



SCHRIFTENREIHE  
DES VERBANDES DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN

# „Flexibilität der Grund- pfandrechte in Europa“ Band II

ERGEBNISSE DES WORKSHOPS VOM  
SEPTEMBER 2007 IN BERLIN

---

Otmar M. Stöcker (Red.)

vdp

Schriftenreihe  
des Verbandes deutscher  
Pfandbriefbanken

---

Band 32

Berlin, 2007

## Vorwort

Im Dezember 2006 hat der vdp einen Sammelband veröffentlicht, der sich mit der Flexibilität der Grundpfandrechte in sieben mitteleuropäischen Ländern befasst. Die detaillierten Länderberichte zu acht Ländern wurden in drei Workshops von Juni 2005 bis Mai 2006 erarbeitet, in denen die rechtliche Ausgestaltung der Grundpfandrechte, die Erfahrungen bei der Einführung neuer Grundpfandrechtsarten sowie die praktische Anwendung der jeweils flexibelsten Grundpfandrechte dargestellt wurden. Im Anhang wurden die wichtigsten Ergebnisse der Workshops in Form von Schaubildern abgedruckt und dabei vier weitere Länder berücksichtigt. Diesem Band I sollten weitere folgen.

Im September 2007 fand Workshop IV statt. Die Anzahl der dort vertretenen Rechtsordnungen konnte von 12 auf 15 erhöht werden. Neue Länderberichte wurden zu Norwegen, Rumänien, Russland, Serbien und der Ukraine verfasst, die in diesem Band II veröffentlicht werden, die Beiträge zu Norwegen und Serbien in englischer Sprache. Auch hier werden wieder – anhand des auch für Band I verwendeten Fragenkatalogs – sowohl grundsätzliche Themen, wie z.B. die Ausgestaltung und Reichweite der Akzessorietät oder Nichtakzessorietät und der Schutz des Eigentümers, als auch die praxisrelevanten Fragen erfasst, z.B. inwieweit moderne Kreditformen durch die jeweiligen Grundpfandrechte gesichert und wie die Grundpfandrechte den ständigen Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse angepasst werden können.

Ein Schwerpunkt des Workshops IV lag auf der Weiterentwicklung der detaillierten Schaubilder. Neu hinzugefügt wurden gesonderte Kapitel zum Vollstreckungsrecht und zum Insolvenzrecht. Von einem Abdruck dieser Schaubilder im Band II wird zunächst abgesehen, da sie bereits sehr umfangreich geworden sind und zudem Gegenstand einer gesonderten Analyse werden sollen, deren Veröffentlichung als Band III im Jahr 2008 vorgesehen ist. Im Anschluss an Workshop IV konnten Experten weiterer Länder zur Mitwirkung gewonnen werden, so dass die Anzahl der in den Schaubildern dargestellten Rechtsordnungen auf nahezu 20 anwachsen wird.

Die Erweiterung der in den Schaubildern erfassten Themen erhöht nicht nur deren Wert für einen wissenschaftlichen Austausch für die Modernisierung des Rechts der Grundpfandrechte auf nationaler und europaweiter Ebene. Sie bietet den Kreditinstituten, die grenzüberschreitend tätig sind, die Möglichkeit, wichtige Informationen in leicht erfassbarer Darstellung für eine Vielzahl von Rechtsordnungen zu erhalten, die sie im Rahmen eines internen Ratings nach Basel II zur Beurteilung der von ihnen verwendeten Kreditsicherheiten berücksichtigen können. Damit haben die Arbeiten des Runden Tisches eine neue Dimension erhalten, die im nächsten Workshop V ausgebaut werden soll.

Der vdp dankt allen Experten, die am Runden Tisch mitgewirkt haben, insbesondere den Autoren der Länderberichte, die nicht nur die umfangreichen Berichte verfasst haben, sondern auch durch engagierte Diskussionsbeiträge in den Workshops zum Gelingen des Projekts und der hier vorliegenden Veröffentlichung beigetragen haben.

Berlin, November 2007

Dr. Otmar M. Stöcker  
Geschäftsführer  
Verband deutscher Pfandbriefbanken

# Inhaltsverzeichnis

<b>Teilnehmer am Workshop</b> .....	<b>6</b>
<b>Fragenkatalog</b> .....	<b>10</b>
<b>Länderberichte</b> .....	<b>17</b>
<b>Norwegen (englisch):</b> Hans Fredrik Marthinussen, Juristische Fakultät, Universität Bergen .....	17
<b>Rumänien:</b> Adrian-Ştefan Sacalschi, LL.M., Universität Konstanz .....	47
<b>Russland:</b> Tim Lassen, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main – Berlin – Moskau, Eurohypo AG, Repräsentanz Moskau .....	81
<b>Serbien (englisch):</b> Miloš Živković, Juristische Fakultät, Universität Belgrad und Mitarbeiter der Anwaltskanzlei Živković-Samardžić, Belgrad .....	131
<b>Ukraine:</b> Konstantin Kucherenko, Jurist, UNIA (Ukrainische Nationale Hypothekenassoziation), Kiev  Tim Lassen, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main – Berlin – Moskau, Eurohypo AG, Repräsentanz Moskau .....	191

## Teilnehmerliste

**Sibylle Barent**, Rechtsanwältin, licenciée en droit, arbeitet seit 2007 für den Verband deutscher Pfandbriefbanken im Bereich „Pfandbriefgesetz und internationales Geschäft“. Sie absolvierte eine Bankausbildung bei der Deutsche Bank AG und studierte Rechtswissenschaft in Berlin und Paris. Nach dem Referendariat am Oberlandesgericht Bamberg war sie drei Jahre in einem Berliner Anwaltsnotariat als Rechtsanwältin tätig.

**Dr. András Gábor Botos**, Geschäftsführer, Verband ungarischer Hypothekenbanken (Magyar Jelzálogbank Egyesület), Budapest, graduierte an der Juristischen Fakultät der Pázmány Péter Katholische Universität im Jahre 2001 und hatte eine handelsrechtliche Fortbildung am Juristischen Fortbildungsinstitut der Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften der Eötvös-Loránd-Universität der Wissenschaften in Budapest. Er ist seit 2004 Geschäftsführer des Verbandes ungarischer Hypothekenbanken.

**Dr. Agnieszka Drewicz-Tulodziecka** ist seit 1995 Geschäftsführerin der Stiftung für Hypothekarkredit (Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego) in Warschau. Zusammen mit den größten Hypothekarinstituten betreut sie Rechtsreformen zur Verbesserung der Flexibilität und Effizienz der hypothekarischen Finanzierung in Polen. Sie ist Expertin des polnischen Parlamentes, Beraterin der Regierungsfachgremien und Mitglied des Exekutivbüros sowie mehrerer Arbeitsgruppen des Europäischen Hypothekenverbandes in Brüssel. Sie ist Autorin von zahlreichen Publikationen zum polnischen System der Immobilienfinanzierung und hat mehr als 80 Fachseminare und Konferenzen zum Thema Hypothekenfinanzierung in Polen durchgeführt.

**Dr. jur. Klaus-Peter Follak** ist Direktor/Funding Transactions bei der Hypo Real Estate Group, München. In früheren Funktionen war er u.a. Leiter der Rechtsabteilung bei der Hypo Real Estate Bank International AG und Mit-Projektleiter für die Umsetzung von Basel II in der Hypo Real Estate Group. Er hat langjährige Erfahrungen im internationalen Immobilienfinanzierungsgeschäft, insbesondere in den Geschäftsfeldern einer Pfandbriefbank sowie im internationalen Bankaufsichtsrecht. Er ist/war Mitglied in verschiedenen Ausschüssen des Bankwesens sowie im Committee on International Monetary Law der International Law Association und hat auch verschiedene zentral- und osteuropäische Staaten beim Aufbau des Bank- und Immobilienfinanzierungswesens beraten.

**Aleksandra Gregorowicz** arbeitet seit 2000 als Juristin in der Stiftung für Hypothekarkredit (Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego) in Warschau. Sie ist zuständig für Rechtsfragen des Hypothekarkredits, die Einführung der Grundschuld und die Harmonisierung der Eintragungspraxis der Grundbuchgerichte.

**Prof. Dr. sc. Tatjana Josipović**, Universität Zagreb, Juristische Fakultät, ist ordentliche Professorin am Lehrstuhl für Zivilrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Zagreb. Sie befasst sich insbesondere mit dem Sachen- und Grundbuchrecht. Sie war Mitglied der Kommission des Justizministeriums zur Ausarbeitung zahlreicher Gesetze im Zivilbereich wie das Gesetz über das Eigentum und andere

dingliche Rechte, das Grundbuchgesetz, die Grundbuchgeschäftsordnung, das neue Erbgesetz usw. Sie ist Mitglied der Kommission des Justizministeriums, die die EDV-Grundbuchgeschäftsordnung ausarbeitet. Sie ist Verfasserin einiger Bücher, mehrerer Fach- und wissenschaftlicher Arbeiten auf dem Gebiet des Zivilrechts sowie Koautorin einiger Monographien.

**Y. S. Kaan Kalkan** ist Rechtsanwalt in der Rechtsanwaltskanzlei Diem & Partner in Stuttgart, die auch über eine Niederlassung in Istanbul verfügt. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Bau- und Immobilienrecht. Hierzu zählen neben der Beratung und gerichtlichen wie außergerichtlichen Vertretung von mittleren und großen Unternehmen aus der Bau- und Immobilienwirtschaft in Deutschland auch das türkische Immobilien- sowie das Vergaberecht.

**Mr. Hans Kemper**, LL.M., ist Notar und Partner bei Schaap & Partners, Rechtsanwälte und Notare in Rotterdam. Die Schwerpunkte seiner Praxis liegen im Immobilienrecht und Gesellschaftsrecht. Innerhalb des Immobilienrechts hat er sich auf die Beratung, Betreuung und das Zustandekommen von Immobiliengeschäften spezialisiert, sowie auf die Erstellung von Immobilienfonds und die Projektentwicklung. Auf dem Gebiet der in- und ausländischen Finanzierungen und Sicherheiten, einschließlich Hypotheken, berät er regelmäßig Finanz- und andere Institutionen.

**Konstantin Kucherenko** hat im Jahre 2005 sein Studium des Internationalen Privatrechts an der Taras-Schewtschenko-Universität in Kiew abgeschlossen. Seit Februar 2006 ist er als Jurist bei der Ukrainischen Nationalen Hypothekenassoziation (UNIA) in Kiew tätig und dort insbesondere für die Entwicklung von Gesetzgebungsinitiativen zuständig. Herr Kucherenko befasst sich vorrangig mit dem Immobilien-, Bank- und Covered Bond-Recht.

**Tim Lassen**, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main/Berlin/Moskau, war von März 1998 – September 2005 Mitarbeiter des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken (vdp, ehem. VdH), Berlin als juristischer Referent im Bereich „Hypothekenbankgesetz, Internationales Geschäft, System-Marketing“. Er war u.a. verantwortlich für die Aktivitäten des Verbandes in Mittel- und Osteuropa bei der Einführung von Hypothekenbank- und Pfandbriefsystemen sowie zur Verbesserung des Rechtsrahmens für Immobilienfinanzierungen. Im Oktober 2005 wechselte er zur Eurohypo AG, Eschborn in die Abteilung „Corporate and Investment Banking“. Seit September 2007 ist er in der Repräsentanz der Eurohypo AG in Moskau tätig und dort zuständig für Immobilienfinanzierungen in Russland und der Ukraine. Er publizierte mehrere Fachbeiträge zum Hypothekenbanken- und Pfandbriefrecht sowie zur Immobilienfinanzierung in Europa.

**Andreas Luckow**, Jurist, ist seit 2002 für den Verband deutscher Pfandbriefbanken im Bereich „Pfandbriefgesetz und internationales Geschäft“ tätig. Zuvor arbeitete er seit 1988 für die Berliner Pfandbriefbank, später Berlin-Hannoversche Hypothekenbank, eine Immobilienfinanzierungsbank in Berlin, in verschiedenen Positionen. Von 1998 bis 2002 war er Abteilungsleiter Ausland und zuständig für grenzüberschreitende Immobilienfinanzierungen, von 1995 bis 1998 Leiter des Zentralbereichs mit der Zuständigkeit für Rechtsfragen.

**Hans Fredrik Marthinussen** ist Dozent an der Juristischen Fakultät, Universität Bergen, wo er im Sachenrecht und im Insolvenzrecht unterrichtet. Er hält auch Vorlesungen über das Pfandrecht als Gastdozent an der Universität Tromsø. Insbesondere beschäftigt er sich mit dem Verhältnis zwischen Sicherungsrechten und der gesicherten Forderung sowie der Kreditrechtsentwicklung. Er hat mehrere Arbeiten zum Sachenrecht veröffentlicht.

**Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar** ist an der Universität Rovira i Virgili (Tarragona, Spanien) als Wissenschaftler im Bereich Zivilrecht tätig. Er hat zwei Bücher über den Hypothekenmarkt in Europa („La garantía de los valores hipotecarios“ [2003] und „Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe“ [2004]) und etwa 40 Forschungsbeiträge in verschiedenen europäischen Ländern veröffentlicht.

**Adrian-Ştefan Sacalschi, LL.M.**, Universität Konstanz, ist rumänischer Jurist und hat in Rumänien Rechts- und Wirtschaftswissenschaften studiert. Im Anschluss daran hat er an der Universität Konstanz ein LL.M.-Studium mit einer Masterarbeit über den Vergleich des deutschen Pfandbriefgesetzes mit dem rumänischen Covered Bond-Gesetz absolviert. Zurzeit promoviert er an der Universität Konstanz im Bereich Immobilien- und Pfandbriefrecht. Er hat eine Beratungsgesellschaft in Bukarest mitgegründet, die sich auf Themen des Covered Bond und der Securitisation spezialisiert.

**Ninel Jasmine Sadjadi** betreut – nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Wien und einem Aufbaustudium zum Wirtschaftsrecht in London – seit dem Jahr 2000 als Project Manager beim Center of Legal Competence (CLC) vorwiegend Beratungs- und Forschungsprojekte aus dem Bereich des Landmanagements. Sie war von 2004 bis 2005 als Langzeitexpertin in einem Kataster- und Grundbuchprojekt in Rumänien eingesetzt und hat ein Projekt zur Erarbeitung eines Corporate Strategic Plans und Business Plans für die bulgarische Grundbuchagentur sowie ein ministerienübergreifendes Projekt zu Restitution, Privatisierung und Bau- und Planungsrecht in Serbien geleitet. Daneben zeichnet Frau Sadjadi für die Koordination sämtlicher Publikationen des CLC zum Thema Grundbuch und Hypothekenrecht verantwortlich.

**Dr. Guido Schleiffer**, Rechtsanwalt, Karben, war bis 2002 Chefjustitiar der RHEINHYP Rheinische Hypothekenbank AG, Frankfurt a. M., (eines der Vorgängerinstitute der heutigen Eurohypo AG). Bis Ende 2003 war er für die Eurohypo AG Mitglied im Rechtsausschuss des Verbandes deutscher Hypothekenbanken (heute vdp) sowie des Bundesverbandes deutscher Banken. Dr. Guido Schleiffer gehörte ferner der 2003 von der EU-Kommission eingesetzten Expertengruppe „Forum Group on Mortgage Credit“ an, die Vorschläge für eine verstärkte Integration der Hypothekarkreditmärkte in der EU erarbeitete. Er ist derzeit als Experte für den vdp in Mittel- und Osteuropa beratend tätig bei der Modernisierung des Hypotheken- und Grundbuchrechts.

**Dr. Otmar Stöcker** ist seit 2001 Geschäftsführer im Verband deutscher Pfandbriefbanken, für den er seit 1989 tätig ist und dessen Bereich „Pfandbriefgesetz, Internationales Geschäft“ er seit 1997 leitet. In mehreren Monographien (u.a. „Die Eurohypothek“) und zahlreichen Fachaufsätzen hat er sich intensiv mit dem Hypo-

theckenrecht und dem Recht der Covered Bonds in Europa auseinandergesetzt. Seit 1993 ist er beratend in Mittel- und Osteuropa bei der Modernisierung der Rechtsstrukturen für Immobilienfinanzierungen tätig.

**Prof. Dr. Rolf Stürner** ist Direktor des Instituts für Deutsches und Ausländisches Zivilprozessrecht an der Universität Freiburg, Visiting Professor Harvard Law School 2001, 2003, 2005, Mitautor des Lehrbuchs Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999 und Autor zahlreicher Beiträge und Gutachten zum Pfandbriefrecht, Sachenrecht, Internationalen Vollstreckungs- und Insolvenzrecht.

**Mario Thurner** ist – nach mehrjähriger Tätigkeit am Forschungsinstitut für Mittel- u. osteuropäisches Wirtschaftsrecht (FOWI) in Wien – seit 1999 der Geschäftsführer des Center of Legal Competence (CLC), eines mit Beschluss des Ministerrates im Jahre 1998 als Maßnahme der Republik Österreich zur Förderung der rechtlichen Ostkompetenz ins Leben gerufenen Vereins, der vorwiegend EU-finanzierte Projekte in den Bereichen Boden- und Kreditsicherungsrecht, Zivilverfahrens-, Vollstreckungs- und Insolvenzrecht sowie Justizmanagement in den Transformationsstaaten Mittel- und Osteuropas durchführt. Er hat zahlreiche Publikationen und Vorträge im In- und Ausland, überwiegend zum Insolvenzrecht in den mittel- und osteuropäischen Reformstaaten, verfasst und ist Mitglied des Herausgeberbeirates der Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInSO).

**Prof. Dr. Rein Tiivel** war seit 2000 Inhaber des Lehrstuhls für Rechtspflege und ist seit Juli 2006 a.o. Professor an dem Lehrstuhl für Privatrecht der Verwaltungsfachhochschule (Sisekaitseakadeemia) in Tallinn. Er war einer der Verfasser des Entwurfs des estnischen Sachenrechtsgesetzes (1992–1993), leitete im Justizministerium die Abteilung für das Notariat, Grundbuch und Handelsregister (1993–2000) und hat die Lehrbücher „Asjaõigus“ (Sachenrecht, 2003, 2007) und „Kinnistusraamatuõigus“ (Grundbuchrecht, 2005) sowie diverse wissenschaftliche Artikel in der Zeitschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Tartuer Universität „Juridica“ über das Sachen- und Grundbuchrecht veröffentlicht (seit 2004).

**Prof. Dr. Matjaž Tratnik** ist Professor an der Juristischen Fakultät Universität Maribor. Er ist Mitverfasser des neuen Slowenischen Sachenrechtsgesetzbuches und Autor von mehreren Publikationen auf dem Gebiet des Sachenrechts, insbesondere des Grundpfandrechts und des Grundbuchrechts.

**Miloš Živković** ist Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Belgrad und Konsultant in der Anwaltskanzlei Živković & Samardžić. Er ist Mitverfasser des Entwurfs des Serbischen Sachenrechtsgesetzbuches und zuständig vor allem für Sicherungsrechte. Er hat mitgewirkt bei der Vorbereitung des Entwurfs eines neuen Immobilienkatastergesetzes für Serbien, das die Materie des Grundbuchrechts beinhaltet. Er ist Autor mehrerer Artikel über das Hypothekenrecht und das Immobilienregisterrecht und verfasst derzeit seine Doktorarbeit (in Serbien Habilitationsarbeit) über die Akzessorietät der Grundpfandrechte.

# Fragenkatalog

## A. Wird das nicht-akzessorische Grundpfandrecht in der Praxis genutzt? Gründe?

## B. Gesetzliche Grundlagen

Kurze **überblicksartige** Darstellung der wesentlichen gesetzlichen Grundlagen

## I. Rechtscharakter

### 1. Arten der Grundpfandrechte

- Verschiedene Ausgestaltungen der Grundpfandrechte
- Briefformen
- Klare Differenzierung von akzessorischen und nicht-akzessorischen Grundpfandrechten?
- Wird das Grundpfandrecht in der heimischen Rechtsordnung in dieses Schema eingeordnet?
- Gibt es unterschiedliche Gebühren (Notar, Grundbuch, Steuern)?
- Höchstbetragshypothek
  - Ist die Form des Grundpfandrechtes frei wählbar oder existieren diesbezüglich Beschränkungen?
  - Ist die Art der Hypothek (bspw. Höchstbetragshypothek) im Grundbuch erkennbar?
  - Ist die Höchstbetragshypothek verzinslich?
  - Existieren Zustimmungserfordernisse bei der Umwandlung (Höchstbetragshypothek in Festbetragshypothek o. umgekehrt)
  - Welche Folgen hat die Übertragung einer Forderung, wenn ursprünglich eine Höchstbetragshypothek für mehrere Forderungen bestellt worden ist (Konsequenz für die restlichen Forderungen)?
  - Welche Folgen hat die Übertragung der Höchstbetragshypothek für die nicht mit übertragenen Forderungen?
  - Wie ist die Beweislast hinsichtlich Bestand und Höhe der Forderung(en) bei der Vollstreckung aus einer Höchstbetragshypothek geregelt?
  - Kann die Höchstbetragshypothek sofort vollstreckbar errichtet werden?
  - Ist eine Befriedigung von Teilforderungen möglich?
  - Ist die Neubegründung einer Darlehensforderung unter der „alten“ Höchstbetragshypothek zulässig?
- Können Grundpfandrechte nur für eigene oder auch für **fremde Schulden** aufgenommen werden?
- Gibt es eine **Gesamt-** bzw. eine **Simultanhypothek**?

- Werden etwaige nicht-akzessorische Grundpfandrechte als solche verzinst, werden also Grundpfandrechtskapital und -zinsen gesondert im Register eingetragen?
- 2. Rechtsnatur des Grundpfandrechts
  - Beschränktes oder unbeschränktes dingliches Recht?
  - Schuldrechtliches Institut?
  - Verbindung mit einer ausdrücklichen Sicherungsabrede?
- 3. Belastbare Objekte
  - Grundstücke
  - Gebäude
  - Wohnungen
  - andere (mobile oder immobile) Rechte
- 4. Sicherung von Nebenforderungen
  - Können Nebenforderungen mitgesichert werden?
  - In welchem Umfang?
- 5. Beschränkung des Personenkreises
  - Beschränkung auf mögliche Gläubiger (Banken, Staat usw.)?
  - Bevorzugung solcher Gläubigergruppen?

## II. Publizitätserfordernisse

1. Grundbuch/Grundregister; Aufbau des Grundbuchs/Registers
  - Wie wird das Grundbuch geführt?
  - Personal- oder Realfolio?
  - Zentrale oder dezentrale Registerführung?
  - „Klassische“ oder elektronische Registerführung?
  - Wie lange **dauert** eine Grundbucheintragung? Gibt es Unterschiede bei den verschiedenen Grundpfandrechten?
2. Widerspiegelung der Rechtslage (Spiegelprinzip)
  - Gibt das Register die aktuelle rechtliche Situation wieder?
  - Oder müssen zur Ermittlung der rechtlichen Situation zusätzlich historische Transaktionen geprüft werden?
  - **„Okkulte“ Rechte**
    - Gibt es Rechte, die nicht in das Grundbuch eingetragen werden können, aber dennoch bei der Vollstreckung **privilegiert** sind – auch im Verhältnis zu den im Grundbuch eingetragenen Rechten?
    - Wenn ja, ist eine evtl. Beeinträchtigung der im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechte **wirtschaftlich erheblich**? (Bsp.: Erschließungskosten)
    - Ist die Haftungsfrage für **Altlasten in einer Art und Weise** gesetzlich geregelt, dass der Grundpfandrechtsgläubiger direkt für die Kosten

ihrer Beseitigung haftet oder sich direkte Auswirkungen auf den Rang seines Rechtes ergeben (nicht gemeint sind wirtschaftliche Auswirkungen durch bloße Verschlechterung als Kreditsicherheit)?

3. Konstitutive oder deklaratorische Eintragung
4. Rangsystem
  - Feste oder bewegliche Ränge, Rangwechsel
  - Reservierung einer günstigen Rangstelle möglich (hier insbesondere: Anders als durch Erhalt eines Eigentümergrundpfandrechts)
5. Vertrauensschutz
  - Wie und in welchem Umfang wird das Vertrauen auf die Eintragungen geschützt?
  - Vertrauensschutz nur für bestehende Eintragungen oder auch negativ, für das Nichtvorhandensein von Eintragungen?
  - Durchsetzung des öffentlichen oder persönlichen guten Glaubens gegenüber anderen Personen?
  - Bei Rechtsverlust: Staatliche Garantie oder Haftung?
  - Gibt es einen **gutgläubigen Erwerb von Forderungen**?

### III. Akzessorietätswirkungen

Besteht eine der folgenden Akzessorietätswirkungen:

1. Entstehensakzessorietät
 

Das akzessorische Recht entsteht nur, wenn das Hauptrecht entsteht.

  - Entstehung des Grundpfandrechts aus materiell- und formell-rechtlicher Sicht
  - Gestaltung eines Sicherungsvertrages
2. Umfangsakzessorietät
 

Der Umfang des akzessorischen Rechts bestimmt sich nach dem Umfang des Hauptrechts, etwa der Höhe der gesicherten Forderung.

  - Möglichkeit der Bestellung des Grundpfandrechts unabhängig von oder über den Betrag der Forderung hinaus?
  - Austausch der gesicherten Forderung (materiell, formell). Auswirkungen auf das Grundpfandrecht?
3. Zuständigkeitsakzessorietät
 

Dem Gläubiger der gesicherten Forderung steht auch das Grundpfandrecht zu.

  - Übertragung des Grundpfandrechts (materiell, formell)
  - Übertragungserleichterungen (z.B. Verbriefungen)
  - Erhalt von Gegenrechten

Übertragungserleichterungen (gemeint sind Erleichterungen für bestimmte Zwecke, z.B. für Verbriefungen)

#### 4. Durchsetzungsakzessorietät

Das akzessorische Recht ist nur dann durchsetzbar, wenn auch das Hauptrecht durchsetzbar ist.

- Durchführung der Einzelzwangsvollstreckung: Verkauf/Zwangsverwaltung/Verfall?
- Öffentliche oder private Verwertung?
- Rolle des Gläubigers, des Sicherungsgebers
- Rang mehrerer Rechte
- Fällig werden aller gesicherten Forderungen?
- Übernahmeprinzip
- Haftungsverband?
- Werthaltigkeit?
- Veränderungen in der Insolvenz
- Treuhandgrundpfandrechte
- Haftet der Schuldner aus dem Grundpfandrecht – neben dem Grundstück – mit seinem **persönlichen** Vermögen? Ist die sofortige Vollstreckbarkeit aus der Grundpfandrechtsbestellung gegeben?
- Falls nicht, gibt es Ersatzkonstruktionen (wie bspw. ein abstraktes Schuldanerkenntnis)?
- Kann man aus dem ursprünglichen Grundpfandrecht ohne weiteres ggü. jedem **neuen Grundstückseigentümer** vollstrecken? Bedarf dies ggf. einer besonderen Vorgehensweise bei der Bestellung des Rechtes?

#### 5. Erlöschensakzessorietät

Mit dem Hauptrecht erlischt auch das akzessorische Recht.

- Erlöschen aus materieller oder formeller Sicht?
- Erhalt einer Rangstelle durch Eigentümergrundpfandrechte?
- Welche Grundpfandrechte **erlöschen** bei einer Zwangsvollstreckung?
  - lediglich die geltend gemachte Hypothek? o.
  - auch die nachrangigen Hypotheken? o.
  - auch die vorrangigen Hypotheken?

#### IV. Schutz des Eigentümers vor ungerechtfertigter (doppelter) Inanspruchnahme

Wie wird der Eigentümer des Grundstücks davor geschützt, bei Veränderungen auf der Gläubigerseite mehrfach – jeweils von verschiedenen Gläubigern – in Zwangsvollstreckung oder Insolvenz in Anspruch genommen zu werden. Welche Einreden und Einwendungen stehen ihm zu?

#### V. Kosten

- Bestellung, Übertragung, Löschung des Grundpfandrechts (Notar, Grundbuchamt u.a.)

### C. Praktische Anwendungsmöglichkeiten

- Praktische Notwendigkeit **notarieller Beglaubigungen** bzw. notarieller Beurkundungen an den geeigneten Stellen aufzeigen
  - Praktische Konsequenzen des jeweiligen Grundpfandrechtes insbesondere bei relevanten Nachteilen aufzeigen sowie die jeweiligen Vorteile einer Ersatzlösung bzw. einer Regelung de lege ferenda erwähnen
1. Veränderung der Forderung (Schuldner und Gläubiger bleiben gleich)
    - a. Forderungsauswechslung und Kreditaufstockung
      - Kann eine bestehende gesicherte Forderung ohne Einwirkung auf das Grundpfandrecht erhöht werden?
      - Kann eine Forderung gegen eine andere Forderung gegen den bisherigen Schuldner ausgetauscht werden ohne Nachteil für oder Veränderung des Grundpfandrechts?
    - b. Zwischen- und Endfinanzierung sowie weitere Zweckänderungen
      - Kann ein für diese Zwecke bestelltes Grundpfandrecht auch zwischenzeitlich oder anschließend für einen anderen Zweck benutzt werden?
      - In welchem Umfang ist dies möglich und welche Schritte sind dafür erforderlich?
      - Wie kann ein Grundpfandrecht bestellt werden, das für beide – die kurz- wie die langfristige Finanzierung – als Sicherheit dienen kann?
    - c. Neuvaluierung
      - Kann durch (formlose) Vereinbarung eine neue Forderung an die Stelle einer getilgten Forderung treten und damit in den Genuss der grundpfandrechtlichen Sicherung kommen?
    - d. Kreditlinien
      - Kann das Grundpfandrecht ohne weiteres zur Sicherung einer Kreditlinie (Kreditlimits) genutzt werden, d.h. ohne den Veränderungen der zu sichernden Forderung zu folgen?
    - e. Änderung der Bedingungen
      - Sichert das Grundpfandrecht auch veränderte Darlehensbedingungen, beispielsweise nach einer Neuvereinbarung der Laufzeiten, der Tilgungsbedingungen (endfällig statt annuitätisch) und der Zinssätze?
    - f. Abschnittsfinanzierung
      - Kann das Grundpfandrecht ein langfristig vergebenes Darlehen sichern, bei dem die Zinsen nur für einen Teil der Laufzeit fest vereinbart sind und anschließend für weitere kürzere oder längere Abschnitte neu vereinbart werden? Sind dann die gesamten neu vereinbarten Zinsen mit abgesichert?
      - Stellt diese Zinsanpassung eine Novation dar? Wenn ja, welche Auswirkungen hat dies auf das Grundpfandrecht?

2. Veränderung auf der Gläubigerseite
  - a. Zwischenfinanzierung, andere Darlehen absichern
    - In der Bauphase des Gebäudes erhält der Darlehensnehmer ein Darlehen von einer Geschäftsbank, das durch ein Grundpfandrecht abgesichert wird. Nach Fertigstellung des Gebäudes wird dieser Kredit abgelöst durch ein langfristiges Darlehen einer Grundkreditbank.
    - Kann die Grundkreditbank zur Sicherung ihres Darlehens das Grundpfandrecht der Geschäftsbank übernehmen?
    - Können durch das für die Grundkreditbank als langfristige Sicherheit bestellte Grundpfandrecht auch Forderungen der Geschäftsbank (mit-) gesichert werden?
  - b. Anfängliche Konsortialbildung, Austausch von Konsorten, Ausplatzierung, Neubildung der Konsortialanteile
    - aa. Anfängliche Konsortialbildung
      - Wie kann ein Grundpfandrecht die Rechte mehrerer Gläubiger sichern?
      - Welche Rechte haben die Gläubiger am Grundpfandrecht, und wie können sie sie geltend machen?
      - Kann die Forderung mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner dadurch gesichert werden, dass das Grundpfandrecht zugunsten eines Treuhänders bestellt wird?
      - Welche Position (dinglich, schuldrechtlich, Stellung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz) haben die anderen Gläubiger?
    - bb. Nachträgliche Konsortialbildung
      - Kann ein Konsortium nachträglich durch Verkauf einzelner Teile der zu sichernden Forderung geschaffen werden?
      - Wie ist die Stellung der neu eingetretenen Konsorten zum Grundpfandrecht?
      - Was ist für die Übertragung von einzelnen Teilen zwischen den Konsorten erforderlich?
  - c. Verkauf des Kredits
    - Aus verschiedenen Gründen kann eine Bank sich veranlasst sehen, einen einzelnen Kredit oder ganze Portfolien zu verkaufen.
    - Wie erfolgt dabei die Übertragung des Grundpfandrechts?
    - Muss der Eigentümer zustimmen?
  - d. Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung (im Konzern, MBS)
    - Innerhalb von **Konzernstrukturen** wird ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen von einer Geschäftsbank vergeben, soll dann aber von einer Hypothekenbank refinanziert werden. Dazu muss der Gläubiger des Grundpfandrechts ausgetauscht werden. Wie geschieht dies?
    - Bei **Verbriefungen** von grundpfandrechtlich gesicherten Krediten (MBS) werden Portfolien auf eine Zweckgesellschaft übertragen. Wie erfolgt dabei die Übertragung des Grundpfandrechts?

3. Veränderung auf der Schuldnerseite
  - a. Umschuldung
    - Kann eine Forderung gegen einen Schuldner durch eine Forderung gegen einen anderen Schuldner ersetzt werden, ohne Einwirkung auf das Grundpfandrecht?
  - b. Bauträgerfinanzierung
    - Bei der Erstellung von Einfamilienhäusern und Eigentumswohnungen wird zunächst der Kredit gegen den Bauträger – den Ersteller eines Objektes mit zahlreichen Einfamilienhäusern oder Wohnungen – durch ein Grundpfandrecht an dem ungeteilten Objekt gesichert. Anschließend wird das Objekt geteilt. Die einzelnen Erwerber benötigen Grundpfandrechte an ihrem Teil der geteilten Immobilie (dem Einfamilienhaus, der Eigentumswohnung) für den Kaufpreis, ohne den die Finanzierung des Bauträgers nicht zurückgeführt werden und damit das Grundbuch für sie freigemacht werden kann.
    - Wie wird dies erreicht und kann das ursprüngliche, aufgeteilte Grundpfandrecht weiterverwendet werden?
  - c. Veräußerung der Immobilie
    - Kann bei einem Verkauf der Immobilie der Erwerber das Grundpfandrecht für den übernommenen Kredit oder einen neuen Kredit weiter nutzen? Sind dabei völlig neue Bedingungen zulässig?
  - d. Liegenbelassung
    - Gibt es bei einer zwangsweisen Verwertung der Immobilie Möglichkeiten für den Erwerber, die bestehenden Grundpfandrechte für die Sicherung übernommener Kredite oder für die Sicherung neuer Kredite zu nutzen? Bleibt der Rang erhalten?
4. Wechsel des Sicherungsobjekts
  - Der Schuldner sichert ein Darlehen mit einem Grundpfandrecht an einer Immobilie. Später möchte er – zur Sicherung des bisherigen Darlehens – eine andere Immobilie benutzen.
  - Der Schuldner verkauft die Immobilie, die er bisher als Sicherheit für ein Darlehen zur Verfügung gestellt hatte und erwirbt eine neue Immobilie. Der bisherige Kreditvertrag zwischen Schuldner und Bank soll weitergeführt werden.

# Länderberichte

## RUNDER TISCH „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“

### Country Report Norway

Hans Fredrik Marthinussen  
Fellow, Faculty of Law, University of Bergen

#### A. The use of non-accessory mortgages in practice

In Norway there are two main types of mortgages<sup>1</sup> in use, *pantobligasjon*<sup>2</sup> and *skadesløsbrev*<sup>3</sup>. Both are non-accessory, although the techniques of making the mortgage independent of the secured claim are slightly different, at least historically. The *pantobligasjon* is a mortgage document which is negotiable and which contains an abstract declaration of indebtedness. The *skadesløsbrev* is a more traditional maximum amount mortgage (*Höchstbetragshypothek*).

As a consequence of both main forms of mortgages of real property in Norway being non-accessory, accessory mortgages are not in use in credit practice in Norway, except for the executory lien granted by the courts to unsecured creditors during the process of debt collection.

#### B. The main legal basis of the Norwegian mortgages

The Norwegian Mortgage Act of 1980<sup>4</sup> defines the mortgage in § 1 subsection (1) as a privileged right to seek satisfaction for a claim in one or more specific assets. The definition is a classic accessory description of a mortgage.

This definition, however, does not correspond with the character of the Norwegian mortgage, as found in Norwegian doctrine and practice of the Norwegian Supreme

---

1 The term *mortgage* is here used in the widest sense, as in the English expression law of mortgages, as a term covering all forms of securities for the repayment of a debt. The closest term to the Norwegian term *pant* (which mainly corresponds to the German term *Pfand*) in English terminology today, would probably be *charge*. The use of the term mortgage in this exposition of Norwegian law must not be confused with the more specific English term of mortgage as describing a fiduciary transfer or (3000 year) lease. The term *hypothec* is not used as it is closely linked to the traditional accessory mortgages in Europe, and the term has never been in use in Norway. If one disregards the formalities or “lies” connected with English mortgage law, the English term mortgage is in fact not so different from the European hypothecary construction for security rights in real property, see *Watt: The Lie of the Land: Mortgage Law as Legal Fiction*.

2 *Pantobligasjon* can be translated into “abstract mortgage deed” (or in German *Hypothekenobligation mit abstraktem Schuldanerkenntnis*).

3 *Skadesløsbrev* can be translated into “letter of indemnity” (in German *Schadlosbrief*).

4 Law of February 8<sup>th</sup> 1980 number 2, *panteloven*.

Court. To explain the legal basis of the Norwegian mortgage, a brief overview of the development over the last 200 years is necessary.

Norway has never had a civil code in the sense that many European countries have, although the King of the Denmark-Norway Union, 4 years after passing the Danish Law, in 1687 passed the almost identical Norwegian Law, including provisions regulating mortgages. The Norwegian Law of 1687 was mainly a codification of existing law, and contained a regulation of known problems<sup>5</sup>. Provisions on mortgages were limited to formal procedures, execution and how to mortgage different objects. The legal basis for the character of the mortgage must therefore be sought in the practice of the Supreme Court and legal doctrine, neither of which has always been consistent.

Despite the seemingly accessory definition of the mortgage in the Norwegian Mortgage Act of 1980, it is today clear that the mortgage is non-accessory, and the legal basis for this characterisation of the mortgage is to be found especially in two Supreme Court rulings from the beginning of the 20<sup>th</sup> century.

In Norway the debate on the character of mortgages, partially influenced by the different German mortgages up until the BGB, culminated in the beginning of the 20<sup>th</sup> century with these Supreme Court decisions stating that the Norwegian mortgages of real property are non-accessory<sup>6</sup>. Both cases concerned the right to re-use the mortgage to secure new obligations after full or partial redemption of the debts originally secured. The Supreme Court stated in both cases that this was possible, which at the time was in accordance with the leading doctrine of Francis Hagerup, a professor greatly inspired by German law, who had argued firmly in favour of the independent character of mortgages.

The concept of accessoriness has not attracted much attention in Norwegian jurisprudence, which must be characterised as pragmatic and consequential<sup>7</sup>. The focus has been on the different questions arising from the link between security rights and the secured claim – can the rank of the mortgage be secured before paying out the loan; can the mortgage be used to secure new obligations; is the mortgage extinguished with the extinguishment of the secured debt – all of which has been decided in accordance with the idea of an independent mortgage, although such a principle has rarely been explicitly stated.

As for the different types of mortgages, the legal basis has to be found in practice – both in bank practice and the practice of the courts. The legislation on mortgages has always been concerned with the right of mortgage alone, and not the different types which are used in practice.

---

5 A brief outline of the law in English is given in *Zweigert/Kötz* p. 278.

6 Supreme Court decisions published in *Norsk Retstidende* (hereafter *Rt.*) 1909 p. 117 and *Rt.* 1910 p. 177.

7 Cf. e.g. *Zweigert/Kötz* p. 281-282.

## I. Legal Character

### 1. Types of mortgages of real property

#### a. *Skadesløsbrev and pantobligasjon*

In Norwegian law, the *skadesløsbrev* is treated as a classic maximum amount mortgage. The maximum amount is set according to the Mortgage Act § 1-4 (which demands a sum or a maximum amount of every mortgage to be registered), and functions as a limitation of the total amount of the claims which can be covered by the outcome of a forced sale. Within this maximum amount the mortgagor and mortgagee are free to secure whatever obligations they want, including claims of other creditors than the mortgagee.

The *pantobligasjon* is a mortgage document containing both an independent declaration of indebtedness and a right of mortgage to secure this debt. Because of the independent declaration of indebtedness, the document is classified as a debenture. In accordance with the Norwegian Debenture Act of 1939<sup>8</sup> § 11 number 3, such a document is also a *negotiable debenture (Wertpapier)*, unless expressly stated to the contrary<sup>9</sup>.

Whether or not the mortgage is accessory to this abstract debt is a question of purely theoretical interest. In legislation and practice, this debt is not treated as a real debt, but solely as a maximum amount for claims which can be secured. For example, this “debt” does not yield interest and is not subject to prescription. The main difference from the *skadesløsbrev* is therefore the negotiability, which leads to the possibility of good faith acquisition both of the secured claim and the mortgage, and the importance of possession of the document itself with regard to debt collection<sup>10</sup>. Apart from these particularities, the *pantobligasjon* can also be characterised as a type of maximum amount mortgage.

An important difference between the two types lies in the fact that the *pantobligasjon* causes the mortgage to be inseparably connected to the document where it is expressed. The rules for transfers follow the rules in the Debenture Act for negotiable debentures, which means that transfers are made through the delivery of the mortgage document (*Briefpfandrecht*), and that payment of the loan can only be demanded by the holder of the document<sup>11</sup>.

A curiosity of Norwegian law is that the transfer of the *skadesløsbrev* does not have to be registered in the Land Registry or completed by some type of transfer of the mortgage document. This is most likely caused by the dominance of the *pantobligasjon* early in the 20<sup>th</sup> century, as the drafters of the Land Registry Act of 1935<sup>12</sup>, with reference to the practice of trading mortgages formed as a

8 Law of February 17<sup>th</sup> 1939 number 1, *gjeldsbrevlova*.

9 The independent declaration of indebtedness is often *pro forma*, i.e. not corresponding with what is actually owed. This is the basis for an old distinction in Norwegian law between the *pantobligasjon* where the declaration of indebtedness is abstract (*gjort pantobligasjon*) and those where the declaration of indebtedness corresponds with the actual debt owed (*reell pantobligasjon*). These terms can still be found in Norwegian literature, but the distinction is presently without legal consequences, cf. *Lilleholt LoR* 2002 p. 418.

10 Further in sections B.II.5 and B.IV.

11 See the debenture act chapter 2.

12 Law of June 7<sup>th</sup> 1935 number 2, *tinglysingsloven*.

*pantobligasjon*, made a provision (§ 22 number 1) stating that transfers of mortgages do not have to be registered. The provision is general, however, and excludes all transfers of mortgages, including *skadesløsbrev*, from the duty to register. At the same time, the Debentures Act is not applicable, which means the document does not have to be handed over<sup>13</sup>. It should therefore be clear that the *skadesløsbrev* cannot be characterised as a documented right (*Briefrecht*), and it is not a traditional *buchrecht* in the continental European sense either<sup>14</sup>.

It is not possible to tell from the available abstract from the Land Registry whether the mortgage document used is a *pantobligasjon* or a *skadesløsbrev*. In order to determine the type of mortgage document used, it is necessary to obtain a copy of the registered document itself.

Up until the 1990's, the *pantobligasjon* has been vastly dominating – indeed so dominating that it is common in some legal circles in Norway to refer to all mortgage documents as *pantobligasjon*. More recently, the *skadesløsbrev* seems to have taken over as the dominant standard document. This is mainly owing to the Financial Contracts Act of 1999<sup>15</sup>. The Financial Contracts Act § 55 subsection (2) forbids financial institutions under public supervision to use negotiable documents when contracting with consumers. As a consequence the Norwegian banks started using mortgage documents without a declaration of indebtedness. For simplicity it seems most banks use these documents also in business transactions, as it is more convenient to have just one standard mortgage type<sup>16</sup>. It seems that the large Norwegian banks are not concerned about the possibility of good faith acquisition of the secured claim, which is only possible when using the *pantobligasjon*.

#### b. Interest

It has always been clear that the *skadesløsbrev* does not yield interest. For the *pantobligasjon*, this question remained unanswered for a long time, but was solved by the legislator when the Enforcement Act of 1992<sup>17</sup> was passed. The *pantobligasjon* now follows the same regime as the *skadesløsbrev*. The current Norwegian regime is that for all types of registered mortgages, where a registered maximum amount is always demanded<sup>18</sup>, interest accumulated during the last two years before a petition for enforcement or the opening of judicial debt restructure proceedings or bankruptcy, are covered in addition to the registered maximum amount (Mortgage Act § 1-5 subsection b). The provision is formulated as an exclusion of older interest, which means that also interest accumulated during enforcement, bankruptcy or debt restructure, is secured.

13 Lilleholt p. 184. A minority doctrine (*Skoghøy* p. 128-129) wants to draw an analogy from the rule for transfers of money claims, demanding the owner of the mortgaged property to be notified of the transfer. In practice, as the transfer of the secured claim demands a notification, this is only a problem when transferring mortgages where the owner of the mortgaged property and the debtor of the secured claim is not the same person.

14 Transfers of these two forms of mortgages and the secured claims will be more closely treated in section B.II.

15 Law of June 25<sup>th</sup> 1999 number 46, *finansavtaleloven*.

16 See Lilleholt LoR 2002 p. 417.

17 Law of June 26<sup>th</sup> 1992 number 86, *tvangsfullbyrdelsesloven*, which changed § 1-5 in the mortgage act, concerning coverage of interests.

18 Mortgage act § 1-4.

The preparatory legislative works to the provision clearly state that only interest in accordance with the market interest can be covered in this manner<sup>19</sup>. Subsequent mortgagees are thereby protected against unpleasant surprises. Older interests that are not prescribed, or interest accruing within the two year period but exceeding the market interest, can be covered within the registered maximum amount<sup>20</sup>. It is possible to register mortgage documents containing a declaration of indebtedness where the debt stipulated seems to yield interest. Such an entry in the register is without legal effect, however, as it is the actual (market) interest in addition to the set maximum of the mortgage that can be covered according to the Mortgage Act § 1-5<sup>21</sup>.

For this reason it is no longer common to set an interest rate in the mortgage document and it is certainly not necessary. This must also be seen in the light of a dissenting opinion put forward by *Brækhus* (p. 291), in which he claims that if an interest rate is set, interest higher than the registered interest rate cannot be claimed in addition to the registered maximum amount. For this reason it is clearly advisable *not to* stipulate anything with regard to interests in the mortgage document which is to be registered.

c. Mortgaging several properties for the same debt (*Gesamthypothek*)

In Norwegian law there is no kind of joint mortgage on several properties. If several properties are to be mortgaged for the same debt, this has to be done by mortgaging every single property for the total sum of the debt.

This lack of a joint mortgage does not seem to cause problems for Norwegian banks. Norwegian law sets no limit to the maximum amount that a mortgage can secure (e.g. to the estimated value of the property). Furthermore, the fee for registering a mortgage in Norway does not depend on the maximum amount of the mortgage or the amount of the debt secured. Registering a mortgage for 100 million Euros on Norwegian real property costs the same as a mortgage for 100 Euros. The fee for registering a mortgage is currently 1.935 NOK – approximately 242 Euro<sup>22</sup>. When registering a mortgage on several properties, it suffices to send one mortgage document for each property with the maximum amount to the Central Land Registry Unit. It is not necessary to provide details concerning the secured debt.

Registering mortgages on e.g. 100 properties in Norway securing a debt of 200 million Euros is therefore quite a simple task. It takes 100 two-page mortgage documents, specifying the property to be mortgaged and the maximum amount of secured claims, signed by the registered owners of each property. It would cost approximately 24.200 Euros in fees payable to the Land Registry.

19 Odelstingsproposisjon number 65 (1990-91) p. 336-337 (in Norwegian referred to as “Ot. prp. nr. 65 (1990-91) s. 336-337”). It is a special feature of Scandinavian legal tradition to use preparatory legislative works extensively in seeking out the “true meaning” of legal provisions.

20 Interests on claims secured by a mortgage are subject to a three year prescription period, prescription act (Law of 18<sup>th</sup> of May 1979 number 18, *foreldelsesloven*) § 27 number 1, subsection c).

21 See further *Falkanger TtR* 1984 p. 534-553.

22 Details covering the legal basis for the fees and the calculation are presented in section B.V (Costs).

## 2. The nature of the mortgage

When discussing the nature of rights in Scandinavian countries, it is important to be aware of the fact that a clear distinction between rights *in rem* (*dingliche Rechte*) and rights *in personam* (*schuldrechtliche Ansprüche*) does not exist. In Norwegian law (as well as in the rest of Scandinavia), the focus is on whether a right that concerns a thing can obtain a protected position, i.e. whether it has to be respected both by an acquirer in good faith and by creditors of former proprietor(s)<sup>23</sup>. To the extent that the terms *in rem* (*tinglig rett*) or *in personam* (*obligatorisk rett*) are used, it is almost always with quotation marks (“*tinglig rett*”), and with an express statement that these terms are purely for pedagogical purposes etc. It is considered extremely bad legal practice to draw legal conclusions from a classification of a right as *in rem* or *in personam*<sup>24</sup>.

For this reason there is of course no principle of abstraction in Norwegian property law, as such a distinction rests on the classification of the rights as *in rem* or *in personam*. Transfer of rights in property in Norwegian property law is conducted in accordance with the french/roman *causa* principle.

It is undisputed that the mortgage is a limited right concerning property of such a kind that it can be registered in the Land Registry. The legal effect of such a classification is roughly equivalent to a classification as a right *in rem* in the rest of Europe. When a mortgage is registered, it is protected against extinguishment by way of good faith acquisition and it is fully protected against the creditors of the owner of the mortgaged property.

## 3. Objects which can be mortgaged

Which objects can be mortgaged is regulated in the Mortgage Act § 2-1 through § 2-4. § 2-1 states that the right of ownership of real property, registered limited rights in real property and undivided shares in such rights can be mortgaged. A physical part of real property cannot be mortgaged unless a public permit is granted for the division of the property.

Which limited rights can be registered is regulated by the Land Registry Act § 12, which states that documents which express the establishment, change, transfer, encumbrance, recognition or extinguishment of a right concerning real property can be registered. In other words, there is no formal *numerus clausus* principle in Norwegian law and the classification of a right as *in rem* is not a condition for registration. A lease, for example, can therefore be registered, independently of how one wants to classify it. And since it can be registered, it can also be mortgaged.

<sup>23</sup> See further *Lilleholt* p. 16-20, 27-32 and 164-172.

<sup>24</sup> The cause for this attitude in Norwegian jurisprudence can be found within the Scandinavian legal realism, which has an empirical scientific position, claiming that only what can be experienced can be scientific. And, roughly put, a distinction between rights *in rem* and rights *in personam* cannot be understood as all rights only can be enforced in legal conflicts between persons (see further *Ross, Alf: Om ret af retfærdighed en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Copenhagen 1971). Leading figures for this legal philosophical school are the Dane Alf Ross, the Norwegian Torstein Eckhoff and the Swedish so called “School of Uppsala”, with, among others, Karl Olivecrona. This legal philosophical school has had a vast influence on the legal thinking in Scandinavia.

The Mortgage Act § 2-2 stipulates that unless otherwise stated, a mortgage of real property includes the ground (subsection a), houses and other buildings and constructions which the owner of the land owns or later constructs (subsection b) and accessories and rights mentioned in the Sale of Real Property Act of 1992<sup>25</sup> § 3-4 through § 3-6. These provisions contain quite a detailed list of accessories, consisting mainly of accessories permanently fixed to the property.

Mortgages of a (registered!) lease must include all rights under the lease agreement, all buildings and constructions the lessor owns or later constructs and accessories (Mortgage Act § 2-3). Ownership of a registered separate condominium unit can also be mortgaged (Mortgage Act § 2-4).

#### **4. Coverage of accessories to the secured claim**

The coverage of accessories is regulated by the Mortgage Act § 1-5. These accessories can be covered *in addition* to the registered maximum amount.

In addition to interest as described above in section I-1-b, the most practical accessory claims that can be covered are the costs of the recovery of the claim(s) secured by the mortgage (Mortgage Act § 1-5 subsection a). These costs are not limited to the costs of the court proceedings; also costs of collecting the debt before the enforcement procedure is initiated are covered.<sup>26</sup> Other costs, such as the cost of a court proceeding to determine the size of the secured claim, are not covered.<sup>27</sup> The cost must be related to the debt *collection* of the secured claim.<sup>28</sup>

Rentcharge payments are covered to the same extent as interest (subsection c). Furthermore, if the mortgagee has paid an insurance premium later than one year before the petition for enforcement, his recourse claim against the owner is also secured (subsection d).

Further claims must be covered within the maximum amount of the mortgage. As the wording of the mortgage act § 1-5 does not cover possible damages for the loss of interest according to a fixed-rate loan resulting from the default of the debtor before the expiration of the fixed-rate period, such damages must be covered within the registered maximum amount of the mortgage.

It is also important to be aware of the fact that the Mortgage Act § 1-5 presupposes that these claims are secured according to the security agreement between the mortgagor and the mortgagee. The provision does not itself provide a legal basis for these claims, but merely states that *if* such claims exist and are secured by the mortgage, that they can be covered without regard to the registered maximum amount.

#### **5. Limitation of mortgagors/creditors**

There are no limitations as regards who may use the different types of mortgages. The Mortgage Act does not distinguish between different mortgagees. The only important limitation is the abovementioned limitation contained in the Financial

---

25 Law of July 3<sup>rd</sup> 1992 number 93, *avhendingslova*.

26 Odelstingsproposisjon number 65 (1990-91) p. 336 and *Skoghøy* p. 85.

27 Odelstingsproposisjon number nr. 39 (1977-78) p. 86, *Skoghøy* p. 85.

28 *Brækhus* p. 292.

Contracts Act § 55 subsection 2, which forbids the use of negotiable documents when contracting with consumers. This act is only applicable to financial institutions under public supervision (specified in more detail in § 1), and the provisions of the act are mandatory rules of law when contracting with consumers.

## II. Publicity

### 1. The legal construction of the Land Registry

The Norwegian Land Registry (*Grunnbok*) is kept by the Norwegian Mapping Agency. This is quite a recent change, as it used to be held by the local courts. The keeping of the Land Registry was centralised in 2006, however, to improve efficiency and to relieve the courts<sup>29</sup>.

The Registry is made up of all of the individual pieces of real property (*realfolio*). Every single property is given its own number and is identified in the Registry with this number.<sup>30</sup>

The Registry still formally consists of paper copies of the actual registered documents. In practice, however, professionals use the electronic abstract of the registry for checking ownership and encumbrances. The electronic abstract provides information about all documents which are registered. Occasionally it can be necessary to check the document itself for further details, although this will prove a rare occurrence. The Land Registry is available on-line for a modest fee, and it is open to the public for inspection.<sup>31</sup>

The registration of a mortgage is not meant to lie on the property forever, and the effect of the registration is therefore repealed after 30 years (Land Registration Act § 28), unless it is re-registered. Re-registration can also take place after the expiration of the time period, but the original rank of the mortgage will only hold against contractual mortgages registered prior to the expiration of the registration. If there are subsequent executory liens, or if contractual mortgages are registered in the period between the expiration of the registration and the re-registration by a mortgagee in good faith, these mortgages will take over the priority of the now unregistered mortgage (Land Registry Act § 20).

29 The reform has also received criticism as much guidance was earlier given by the administrative staff of the courts when the public wanted to register a right. After the reform documents must be sent by mail, and if they are not completed correctly, they are refused for registration and returned with a brief explanation of what is preventing the registration. One might say that the administrative staff of Norwegian courts earlier filled some of the functions of the continental notaries, while today it can be necessary to use a lawyer when registering rights. On the other hand most of the documents which are to be used for different rights (often mandatory forms) are standardised, which reduces the need for counselling in relation to the registration of rights.

30 The identification of properties is done through the use of the cadastre. The Norwegian Mapping Agency is responsible also for the cadastre, but apart from the identification of the property through the use of the number given in the cadastre, the land registry is kept totally independent of the cadastre, and there is no (neither negative nor positive) credibility connected to the physical description given in the cadastre.

31 As of spring 2007 all registered documents are scanned and thereby also the document itself is available electronically. The scanning of older documents is being conducted as soon as possible. However, with a volume of 70 million pieces of paper, it is a rather lengthy procedure.

If the mortgage document contains a set date for termination, § 28 of the Land Registration Act is not applicable (Land Registration Act § 29 first paragraph). If a minimum registration period is set, the effect of the registration will not be repealed before at the earliest 3 years after the set minimum (§ 29 second paragraph). If a payment plan is incorporated in the mortgage document itself, the effect will not be repealed before at least 5 years after the secured debt should have been paid, or could have been claimed by the creditor (§ 29 third paragraph). In practice minimum registration periods etc. are rarely included, so that the registration of mortgages have to be renewed after 30 years.

As of spring 2007 Norwegian banks and financial institutions are permitted to conduct registration electronically (e-conveyancing), after applying for permission with the department of Justice.

## 2. The reflection of the legal status in the Registry

The Norwegian Land Registry reflects the current legal status, and it is not necessary to examine former transactions. This is closely related to the fact that the Registry has both negative and positive credibility<sup>32</sup>; the purchaser can trust the current information from the Registry.

There are, however, some exceptions. First and foremost, acquisition by adverse possession is protected without registration, Land Registry Act § 21 second paragraph. As of today, acquisition of an entire property by adverse possession is practically non-existent due to the requirement that the acquirer has to be in good faith. However, as an example, servitudes, typically rights of way, can occasionally exist and be protected, even though they are not registered.

As a large number of people rent their homes, one has sought to avoid weighing down the Land Registry with all transactions concerning the renting of houses and apartments. For this reason, the Land Registry Act § 22 number 3 states that ordinary rights to rent (i.e. rights that can be terminated with at the most a 3 months notice or customary notice) are protected without registration. This is not considered a serious intervention in the credibility of the Land Registry, as these rights can be terminated by the owner<sup>33</sup>.

As mentioned above, the Land Registry does not necessarily reflect the current situation concerning who is the *holder* of a mortgage. Registration is only necessary when *establishing* a mortgage, later transfers do not have to be registered (Land Registry Act § 22 number 1).

In addition there are some types of legal mortgages which have priority without registration.<sup>34</sup> The Mortgage Act § 6-1 states that a legal mortgage is established for property tax and the local taxation for handling of waste, chimney sweeping and for water and sewage, a legal mortgage which always has first priority. The Mortgage Act § 6-3 further states that such a legal mortgage is extinguished if a

---

32 See further section B.II.5.

33 He must, however, have legal grounds for the termination according to the Landlord and Tenant Act (Law of March 26<sup>th</sup> 1999 number 17, *Husleieloven*), which can be that the purchaser or someone in his family wants to live there, that he wants to reconstruct or renovate the building, or if the tenant defaults or fundamentally breaches the conditions of the tenant contract (Landlord and Tenant Act § 9-5).

34 It is not even *possible* to register these mortgages (Mortgage Act § 6-1 [4]).

petition for enforcement is not set forth within two years after the due date of the claim. For this reason, the sums which are covered by this legal mortgage are relatively small (less than 5,000 Euros). All other legal mortgages have to be registered, and obtains priority according to the time of registration (Mortgage Act § 6-1 [4] third sentence).

The Norwegian Parliament recently added a legal mortgage for the costs of administering the bankruptcy estate, limited to 5% of the value of the mortgaged property, and further limited to a maximum of 700 times the standard legal charge (approximately 75,400 Euros)<sup>35</sup>.

The mortgagee is not responsible for costs related to the removal of contaminated material from real property, and such costs are not protected by any kind of legal mortgage which may outrank existing mortgages.

### 3. The legal effect of registration

The registration of rights in the Land Registry is not constitutive in Norway. All contracts, also concerning real property and what in other countries are considered rights *in rem*, are valid *inter partes*. However, registration is necessary to make the established right protected against third parties (*erga omnes*).

Failure to register a right has the consequence that the right cannot be upheld in a conflict with either creditors obtaining an executory lien<sup>36</sup> or a bankruptcy estate<sup>37</sup>. In addition, it may not be relied upon against an acquirer in good faith (*gutgläubiger Erwerb*). In Norwegian property law, *good faith* depends upon the acquirer not only not *knowing* that the unregistered right does exist, but also that he *ought not to* have obtained knowledge about the unregistered right (Land Registry Act § 21 first paragraph).

### 4. System of priority

The Norwegian system of priority is changeable, i.e. when one right is extinguished, subsequent rights advance in priority<sup>38</sup>.

The concept of owner's mortgage is unknown in Norwegian law, which is somewhat surprising as this concept can be found in Denmark, Sweden and Finland. However, since the mortgage is non-accessory, there is no right of advancement for subsequent rights as the secured debt is repaid. The owner of the encumbered real property has a further right to replace an existing mortgage with another, also when there are lower ranking mortgages<sup>39</sup>.

Since an owner's mortgage does not exist, the mortgagor has to ask the mortgagee to keep the mortgage registered, awaiting possible later credit. This will normally

35 See the Mortgage Act § 6-4. For further information about the standard legal charge and the calculation here, see section B.V.

36 Land registry act § 20.

37 Land registry act § 23.

38 *Falkanger* p. 691-692 and *Skoghøy* p. 156.

39 *Falkanger* p. 695-697.

not cause problems when dealing with professional credit institutions, but it is a disadvantage compared to the system of an owner's mortgage<sup>40</sup>.

Reservation of rank can be secured through a so called voluntary priority waiver. A mortgagee can accept to have priority behind a certain amount reserved for future encumbrances, which effectively secures a free spot in the priority hierarchy. This free spot can then later be obtained through an agreement with the owner, but can also be seized by creditors either through an executory lien or through bankruptcy, as the creditors according to Norwegian law are entitled to the best available rank at all times.

## 5. Credibility of the Land Registry

The Land Registry has both negative and positive credibility. An acquirer of real property or a right in real property can trust that he need not respect rights which are not registered (Land Registry Act § 20), and if he concludes an agreement with the registered proprietor he does not have to yield for another prospective "true owner" (Land Registry Act § 27).

Since Norwegian property law does not have a principle of abstraction, if the agreement to transfer property is invalid, the title to the property has never actually passed over to the buyer. He can then be registered as proprietor, even though he is not. The seller is therefore still the true owner.

An acquirer has to be in good faith to invoke the credibility of the Land Registry, i.e. that he neither had knowledge of, nor *ought to* have obtained knowledge of the fact that the Registry does not mirror the correct actual situation (Land Registry Act § 21 first paragraph and § 27).

Notaries in the continental sense do not exist in Norway. It is sufficient to send a signed document, certified by two witnesses, to the keeper of the Registry (Land Registry Act § 17). As a consequence, it is not possible to know with absolute certainty whether a registered document is actually signed by the registered owner. To protect the owner against dispositions he cannot avoid, there are certain exceptions from the positive credibility of the Registry.

The positive credibility does not include transfers where the transferor has obtained title in the Registry through a forged deed, through an agreement with an owner less than 18 years old (which is practically impossible, as such a deal will not pass the keeper of the Registry), or if the title is obtained through the use of violence or threats which cause fear for life or health (Land Registry Act § 27 second paragraph). In such cases, the acquirer of a right will have to yield for the true owner of the real property. His loss due to the lack of positive credibility of the Land Registry in such a situation is covered by a state guarantee, which also covers errors in the Land Registry (Land Registry Act § 35).

---

40 Technically, an owner's mortgage might be possible. There is no explicit provision hindering an owner having a limited right in his own property. The only source would be the old Roman law principle that no one can have a limited right over his or her own property (*nulla res sua servit*). Norwegian law accepts that an owner can be mortgagee in situations where he acquires either the mortgage or the right of ownership and there are other encumbrances making the right of mortgage more valuable than the right of ownership (equivalent to the English doctrine of *merger*), see *Falkanger* p. 698-699.

There is no corresponding state guarantee for the limitations in the negative credibility treated above in section B.II.2.

The provisions in the Land Registry Act do not open for good faith acquisition of claims. The Debenture Act, however, has provisions for good faith acquisition of claims, completely independent of what is registered. If a *pantobligasjon*, i.e. a negotiable document, is used, the Debenture Act § 14 states that whoever acquires the document in good faith from he who physically holds the document, and has the document handed over to himself, acquires the document free of other rights to the document. In addition, most of the debtor's objections can be extinguished. The debtor cannot object that the claim has already been redeemed, that the claim is invalid<sup>41</sup>, or that a condition for the existence of the claim (which has not been expressed in the document itself) has not been met (Debenture Act § 15)<sup>42</sup>.

When an ordinary *skadesløsbrev* is used, there is no possibility of good faith acquisition in relation to the debtor's objection from the underlying security agreement. A transfer of a *skadesløsbrev* may, in other words, *never* affect the debtor's objections arising from the security agreement. In a conflict between several acquirers of the claim, there is a possibility of good faith acquisition for the acquirer who notifies the *debtor cessus* about the transfer (Debenture Act § 29). It is not possible, however, to acquire the claim from a person other than the true holder of the claim – e.g. if the current holder of the claim has acquired it through an invalid contract, subsequent purchasers will have to respect the owner's right of vindication (Debenture Act § 25).

With regard to the mortgage, good faith acquisition in accordance with the Debenture Act § 14 covers not only the claim, but also the right of mortgage expressed in the document. Good faith acquisition of a mortgage expressed in a *pantobligasjon* is in other words possible by gaining possession of the mortgage document in good faith.

For *skadesløsbrev* there is in addition no provision allowing for good faith acquisition in relation to other possible proprietors of (or other legal rights in) the mortgage, as it is excluded from the Land Registry Act and simultaneously not covered by the Debenture Act. Norwegian law does open up for good faith acquisition outside the provisions of the law in extraordinary cases<sup>43</sup>, but the possibility for good faith acquisition of a mortgage expressed in a *skadesløsbrev*, is *at best* highly uncertain.<sup>44</sup>

41 There is an exception for the most serious types of invalidity; constraint, forgery or the debtor being a minor or suffering from insanity (Debenture Act § 17).

42 The assessment of whether the acquirer is in good faith and the protection this limitation gives to the debtor is discussed in section B.IV.

43 Cf. *Marthinussen JV* 2006 p. 1-29.

44 Even though the registration of a transfer is not necessary, it would probably be a minimum requirement for a good faith acquisition, in addition to the acquisition of the secured claim (which, as mentioned above in the text, is possible according to the Debenture Act § 29 in certain situations). Good faith acquisition without foundation in a provision of law, will as a starting point also demand that the true proprietor of the mortgage is to blame for the conflict at hand, see Supreme Court rulings published in Rt. 1986 p. 1210 and Rt. 1992 p. 352 and *Marthinussen JV* 2006 p. 1-29.

This might explain why mortgage transfers are not the method used when replacing one creditor/mortgagee with another in Norwegian credit practice. Instead, one mortgage is replaced with another, a practice which has a solid legal basis<sup>45</sup>. When deleting one mortgage and simultaneously registering a new one with the same rank, the mortgagee can trust the credibility of the Registry, since it is (formally) a new registration and not a transfer.

### III. Accessoriness

#### 1. Accessoriness of origin

Both mortgage types are non-accessory and can be established and registered independently of any claim they might be intended to secure. According to one credit practice that has existed in Norway for more than 150 years, credit institutions first register a mortgage, and then when the registration is confirmed and priority secured, pay out the loan or make the credit available to the debtor. This practice has been accepted by legal doctrine as early as the late 19<sup>th</sup> century<sup>46</sup>, and is also presupposed in the rulings of the Supreme Court published in Rt. 1909 p. 117, Rt. 1910 p. 177 and Rt. 1994 p. 775.

Historically, there have been a few dissenting opinions to the character of the mortgage, but this practice has never been rejected by the courts. Today, it is supported by a united doctrine.<sup>47</sup>

Even though the mortgage can be established without existence of a claim, it is important to underline that the Norwegian mortgage is a security right and does not itself give a right to claim a sum from the mortgaged property.<sup>48</sup> The concept of “isolated land debt” (“*isolerte Grundschild*”) is therefore unknown to Norwegian law.

#### 2. Accessoriness of scope

The issue of accessoriness of scope was raised before the Supreme Court in two cases early in the 20<sup>th</sup> century, already mentioned several times, Rt. 1909 p. 117 and Rt. 1910 p. 177. Both cases concerned the *pantobligasjon*. In both cases the Supreme Court accepted that the mortgage was not reduced through instalment payments, and could therefore be re-used to secure new credit up to the registered maximum amount.

These two rulings laid the foundations for an independent Norwegian mortgage doctrine, which was extended also to the *skadesløsbrev*. The question of accessoriness of scope was challenged again in a case early in the 1990s, and in a ruling published in Rt. 1994 p. 775, the Supreme Court upheld its previous rulings, stating clearly that both the *pantobligasjon* and the *skadesløsbrev* can be re-used to secure new credit up to the registered maximum amount. Today this opinion is firmly established both in practice and in the doctrine.

The case mentioned from Rt. 1994 p. 775 also treated the limits of the right of re-use. The factual situation was that the mortgagor had mortgaged his real property to bank A for several loans and a bank overdraft credit for his business. Later on,

---

45 Supreme Court rulings published in Rt. 1849 s. 481, Rt. 1890 s. 564, Rt. 1905 s. 547, Rt. 1937 s. 222, Rt. 1939 s. 229 and Rt. 1993 s. 183.

46 Cf. *Møller: Dækningsadgang eller fordringsret* p. 157 (1892).

47 See *Falkanger* p. 703-708 and *Skoghøy* p. 165-167.

48 See further in section B.III.4 (accessoriness of enforcement).

he went to bank B and was granted another loan, secured with a second ranking mortgage on his real property. He committed himself to bank B not to apply for more credit with bank A under the existing mortgage. Bank B notified bank A about this agreement not to re-use the mortgage for later credit. Despite this notification, bank A later granted a bank guarantee in favour of the mortgagor, and secured its possible recourse claim under the existing first ranking mortgage. As the bank was held responsible under the guarantee and wanted to enforce its mortgage over the mortgaged property, bank B claimed that credit granted after the notification of the mortgagor's promise not to re-use the first ranking mortgage, could not be secured prior to its second ranking mortgage. The Supreme Court ruled in favour of bank B, which means that an agreement between the mortgagor and a proprietor of a later ranking right not to re-use the better ranking mortgage, has to be respected by a mortgagee who is notified about the agreement. The Supreme Court declared that an exception must be made for situations where the existing mortgagee is forced to grant further credit in order to avoid loss on already granted credits. A much used example is where the mortgagor is granted a building credit and the given credit exceeds the current value of the construction, so that the mortgagee has to grant further credit to finish the construction and thereby obtain sufficient security for the credit already given.

This solution concerning voluntary limitations to the right of re-use of mortgages is transferred also to the situation where a creditor obtains an executory lien for an unfulfilled outstanding claim. A basic principle of the Norwegian law on debt collection is that creditors are entitled to the best available rank at all times – as all property of the debtor shall serve as possible cover for his debts<sup>49</sup>. For this reason, an executory lien is considered to seize the available free space within the existing mortgage, so that it cannot be re-used by the mortgagor<sup>50</sup>. And after the executory lien, the mortgagor is considered obligated not to obtain further credit that can harm the position of his creditor. The same principle is used here as with voluntary limitations described above; if the mortgagee of a better ranking mortgage is notified about the lower ranking executory lien, he cannot later secure new credit under the existing mortgage, unless it is necessary to avoid loss on already granted credits<sup>51</sup>.

### 3. Accessoriness of competency

Both mortgage types are non-accessory, also with regard to competency. A mortgage can secure credit owed to a person other than the mortgagee; there is nothing preventing such a situation<sup>52</sup>. This is in fact frequently done by Norwegian banks when syndicating loans.

Separation of the claim and the mortgage can be carried out both when establishing the secured credit and at a later point. Since the mortgagor and mortgagee are free

49 Cf. creditors security act § 2-2.

50 In reality this is the same solution as with an executory lien on an owner's mortgage.

51 Supreme Court ruling published in Rt. 1940 p. 221. The statements in the above mentioned ruling published in Rt. 1994 p. 775 are also general enough to include the executory lien as a block against re-use of existing mortgages. Further about the accessoriness of scope, *Falkanger* p. 708-725.

52 *Lilleholt* in *Festskrift Per Stavang* p. 723-729 and *Falkanger* p. 722-725.

to agree which claims are to be secured, setting up a credit arrangement with a mortgage securing the debt owed to another creditor than the mortgagor is not problematic.

If the syndication is to take place after the establishment of the credit, transfer of the secured claim can be done independently of the secured claim. To have legal protection against third parties, in practice first and foremost the creditors of the transferor, the debtor cessus has to be notified about the transfer of the claim (debenture act § 29).

It is also possible to transfer the mortgage independently. As explained in section B.II registration of such a transfer is not necessary. The prevailing doctrine in Norway does not seem to require any other equivalent act in order to obtain legal protection against third parties; the agreement to transfer the mortgage is sufficient. But given the fact that according to one minority doctrine the transfer has to be notified to the owner of the mortgaged property (on the grounds of an analogy from the corresponding rule for the transfer of claims), such a notification is usually made in practice, just to be on the safe side.

Since the transfer of mortgages is so simple, there has never been a need for special provisions providing an easier way of transferring portfolios of mortgages for financing purposes (e.g. securitisation).

The transfer of the mortgage does not effect the security agreement. The transfer itself cannot lead to the securing of claims of the transferee. If the acquirer of a mortgage wants to secure his own claims under the mortgage, an agreement with the mortgagor is necessary. If e.g. the debtor/mortgagor A and bank B have agreed that all claims B has or may have against A are to be secured, an acquirer of the mortgage, C, cannot secure his own claims under the mortgage. It is only any claim B might have against A which can be secured, not claims of a third person<sup>53</sup>.

#### **4. Accessoriness of enforcement**

The enforcement of the mortgage of real property is regulated in the Enforcement Act chapter 11. It is stated in § 11-1 that the mortgagee can demand enforcement by forced sale or through the transfer of possession to the mortgagee. The latter is completely unpractical; enforcement is always carried out by forced sale.

Enforcement is only possible if the secured claim is not fulfilled when due. In other words, it is necessary for the mortgagee to be able to point out a secured claim and prove that the due date is passed (enforcement act § 11-1 with § 4-4). In this relation the mortgage can be said to be accessory with regard to enforcement.

That the mortgagee has to prove that there is a claim might seem misleading. When there is a debenture signed by the debtor, the starting point is that the debtor has to prove that the declaration of indebtedness is not real, or does not correspond with what is actually owed. Norwegian civil procedure law is, roughly put, based on a principle of probability; the decisive point is what the court finds most probable after a free examination of the facts of the case<sup>54</sup>. Even though one

---

53 *Skoghøy* p. 127.

54 The Supreme Court ruling published in Rt. 1992 p. 64 is especially clear on this point. See further *Mæland: Kort prosess* p. 179 with references.

might say that the debtor has the burden of proof in the case of a *pantobligasjon*, and the creditor/mortgagee when the document used does not have a declaration of indebtedness (i.e. a *skadesløsbrev*), the factual situation is that if a bank as the professional party cannot provide reasonable documentation to substantiate a claim, the declaration of indebtedness is not of any help as all courts are aware of the fact that these declarations almost never correspond with what is actually owed. In practice, insufficient documentation from a professional lender will be a strong (usually decisive) argument in favour of the debtor.

It is of no relevance who is the owner of the mortgaged property; if the secured claim is past due date, the mortgagee is entitled to initiate a forced sale without regard to who is currently the owner of the property.

When there are better ranking rights than the mortgage which is the basis for the forced sale, the purchaser will have to take over the property encumbered with these rights (Enforcement Act § 11-20 first paragraph, last sentence). This does not apply to mortgages and other purely economic encumbrances. As for economic encumbrances, the rule is that all better ranking encumbrances must be covered by the purchase price if the forced sale is to be concluded (Enforcement Act § 11-20 first paragraph). Bids not covering better ranking economic encumbrances can in other words not be accepted.

Lower ranking economic encumbrances which are not covered by the purchase price, are extinguished by the completion of the forced sale (Enforcement Act § 11-31 fourth paragraph). Other lower ranking rights, typically servitudes, are taken over by the purchaser, if better ranking rights are covered. If it is necessary to secure fulfilment of better ranking rights, the servitude or other limited rights of a non-monetary type, are set aside, which means that the right is given a monetary value which is covered according to priority (Enforcement Act § 11-21).

Enforcement can be carried out either by public auction or by ordinary (private) sale conducted by an administrator appointed by the court handling the enforcement (Enforcement Act § 11-12). The administrator is always an attorney. The basis for the court's choice between auction and private sale is what is deemed to yield the highest price. As of today, enforcement sale of real property is almost always carried out in the same way as an ordinary private sale, with an exception for the procedure for acceptance. The acceptance of bids is carried out by the court, and the highest bid is to be accepted unless it is likely that renewed attempts to sell the property will yield a better price, that the bid does not cover all encumbrances with better priority than the mortgagee initiating the forced sale or if the claim of the initiator has been repaid during the course of the forced sale (Enforcement Act § 11-30)<sup>55</sup>.

The opening of an enforcement procedure makes all creditors of claims secured by a mortgage on the relevant property entitled to demand fulfilment (Mortgage Act § 1-9 subsection (1) b)).

Mortgages are in principle capable of being enforced directly, without a preceding court decision. This was possible before the Enforcement Act of 1992, as the debentures which were always used stipulated an exact amount of the debt (even

---

<sup>55</sup> The bid shall also be refused in some cases where errors have been made or the bid is not valid.

though this stipulation was ordinarily abstract in the sense that it did not correspond with the actual size of the secured claim). In the current Enforcement Act, it is simply stated that registered mortgages provide sufficient basis for instigation of a forced sale. There is an important exception for *skadesløsbrev*. A mortgage based on a *skadesløsbrev* can only provide the basis for a forced sale if the size of the secured claim is fixed in a court decision. This is a huge disadvantage as regards the use of *skadesløsbrev*. In practice a reference is given in the mortgage document to the secured debt, or at least a reference to the debenture which is used to express the secured debt. Such a debenture can be made out in such a way that it provides legal grounds for direct enforcement of the personal liability. Due to this connection between the *skadesløsbrev* and the secured debt in the practice of the financial institutions (either through a direct stipulation of the loan in the document – which is not an independent/abstract declaration of indebtedness, only a stipulation of the borrowed amount – or through an enforceable debenture), the doctrine has accepted direct enforcement, i.e. without a preceding court decision, for these types of documents<sup>56</sup>.

The mortgagor is not personally liable for the secured claim *as such*. As pointed out above, it is possible for the debtor to accept direct enforcement of claims against him in a debenture (Enforcement Act § 7-2 subsection a), which is ordinarily provided when concluding loan agreements with professional lenders in Norway. This is also done in practice when the loan is to be secured by a mortgage. The creditor of the secured claim is also therefore often entitled to direct enforcement of the secured debt in the rest of the debtor's assets on the basis of the personal liability. This possibility is, however, independent of whether there is a mortgage securing the claim.

Registered mortgages are in principle protected against bankruptcy, but nevertheless not completely unaffected. To protect the interest of the bankruptcy estate, especially to allow an adequate phasing out of the ongoing business before liquidation, the possibility to demand a forced sale is barred for 6 months when bankruptcy or compulsory composition is opened (Bankruptcy Act § 117 third paragraph with § 17 second paragraph). According to the wording of the Bankruptcy act § 17 second paragraph, this clearly applies also when the forced sale is demanded before the opening of the bankruptcy, as long as the sale is not completed.

During this 6-month-period, a forced sale initiated by the mortgagee can only take place with the consent of the administrator of the bankruptcy estate or the debt restructure committee.

If the mortgagee initiates enforcement (with consent, or after the expiration of the period of the barring of enforcement), the bankruptcy estate is entitled to release the mortgagee, i.e. to fulfil the secured claim, and to have the mortgage securing this claim subrogated to itself (Creditors Security Act<sup>57</sup> § 8-16). The release can be either full or in part, which means that the bankruptcy estate can confine itself to release only up to the value of the mortgaged property.

---

56 *Brækhus* p. 365 and *Lilleholt LoR* 2002 p. 423-425. See also (somewhat more reserved) *Falkanger/Flock/Waaler* p. 635.

57 Law of June 8<sup>th</sup> 1984 number 59, *Dekningsloven*.

This possibility to release other mortgagees and step into their rank when an enforcement sale is initiated is also open to other mortgagees of the same property (Mortgage Act § 1-14). To mortgagees (in practice lower ranking mortgagees), however, the only possibility is to release better ranking mortgages by fulfilling the secured claim *in full*. The transfer of the mortgage by way of subrogation in such a situation does not make the new mortgagee entitled to secure his own claims – only the recourse claim from the release can be covered by the subrogated mortgage<sup>58</sup>.

The bankruptcy estate has, like the mortgagor had prior to the bankruptcy, the right to sell mortgaged real property (Bankruptcy Act § 117 first paragraph). In addition, however, the bankruptcy estate is also entitled in certain circumstances to sell the property with the same extinctive effect as that of a forced sale. The bankruptcy estate is entitled to conduct a sale with extinctive effect regarding uncovered encumbrances, unless the bankruptcy estate will not obtain any share of the outcome of the sale *and* the mortgagees have either waived their rights to dividends or it is clear that the mortgagees will not receive any dividends (Creditors Security Act § 8-15).

### 5. Accessoriness of extinguishment

Neither of the Norwegian mortgages is extinguished together with the secured claim. However, as Norwegian property law is built on the *causa* principle (in contrast to the principle of abstraction of the German BGB), circumstances that would make an obligation invalid, may also make the mortgage invalid.

Prescription of a secured claim, does not even affect the right to have the claim covered by the mortgage (Prescription Act § 27). The reality of a prescription of a secured claim is that only the right to ordinary debt collection based on the personal responsibility is lost.

When the secured claims are paid, it is up to the mortgagor and the mortgagee to decide what to do with the mortgage. According to the Land Registry Act § 13 with § 14 third paragraph, the proprietor of a limited right in real property can himself demand to have such a right deleted from the Registry<sup>59</sup>. Thus, the mortgagor cannot *demand* that the mortgagee preserves the mortgage for later use. This will, however, often be advantageous for the mortgagee in order to secure future business with the mortgagor, and therefore a mortgagee will ordinarily accept such a request from the mortgagor.

It is unclear whether the mortgagor has a right to demand a mortgage not securing any claims transferred either to himself or a third party<sup>60</sup>. It is also unclear whether a transfer to the mortgagor himself will lead to extinguishment of the mortgage. Some earlier Supreme Court rulings do not accept a transfer to the mortgagor, but

58 Cf. above in section B.III.3.

59 According to these provisions it is the registered proprietor that is entitled to demand deletion of a mortgage. In practice this does not seem to be a big issue, but as the transfer of mortgages does not have to be registered, the registered proprietor is not necessarily the true proprietor. According to the basic principles of land registration, it must be assumed that the keeper of the Registry cannot delete a mortgage if it is likely that he is not the true proprietor. In order to be able to demand deletion, an unregistered mortgagee must surely be able to provide documentation of the transfer. See further *Austenå* p. 137. If the mortgage document is a *pantobligasjon*, an easier way would be to note the payment on the mortgage document, which is sufficient for deletion according to the Land Registry Act § 32.

60 See *Marthinussen* LoR 2005 p. 113.

they accept a transfer *in blanco* of the mortgage document, which means that the mortgage document later can be transferred to a new creditor by the mortgagor for securing new claims<sup>61</sup>.

A completed forced sale, as pointed out above in section B.III.4, causes the extinction of *all* mortgages. Better ranking mortgages are, however, protected by the principle of full coverage of all better ranking mortgages. The holders of lower ranking mortgages are protected by the right of releasing better ranking mortgages, and thereby taking over the better ranking mortgage by subrogation<sup>62</sup>.

#### IV. Protection of the mortgagor against double payment

The Norwegian mortgage does not itself give a right to payment, as it is accessory with regard to enforcement. The fact that the mortgage and the secured claim(s) are held by different people does not itself cause a risk of double payment. A mortgagee cannot initiate a forced sale if he is not able to point to a secured claim.

In Norway, the risk of double payment is related to the use of negotiable documents as the basis for mortgages, which opens for good faith acquisition of the claim. If a fraudulent mortgagee decides to sell a *pantobligasjon* after the debtor/mortgagor has repaid some or all of his debt(s), he risks having to pay the entire debt to the new mortgagee and creditor (Debenture Act § 15). Technically, the mortgagor can protect himself against such a good faith acquisition by demanding that all payments are noted on the mortgage document (Debenture Act § 21). This, however, is completely impractical, and undermines the flexibility these documents are meant to promote. If a note of a payment is made on the document itself, the mortgage cannot later be re-used for new credit<sup>63</sup>.

The only protection for the mortgagor against double payment in such circumstances is the demand that the acquirer must be in good faith. If he ought to have understood that the claim expressed in the mortgage document does not reflect what is really owed, good faith acquisition is not possible. To most professionals, this will hinder a good faith acquisition: Professionals know that the declaration of indebtedness almost never reflects what is actually owed by the debtor/mortgagor. However, if a fraudulent seller supplies false information about the current debt which seems credible, good faith acquisition might be possible<sup>64</sup>.

---

61 Transfer *in blanco* is accepted in Supreme Court rulings published in Rt. 1890 p. 564, Rt. 1909 p. 117. A transfer to the owner of the mortgaged property was deemed to cause the extinction of the mortgage in the Supreme Court ruling published in Rt. 1874 p. 649. The issue is not covered in recent literature on mortgage law.

62 See further above in section B.III.4.

63 This is not expressly stated as a consequence of the right to demand payments noted on the document according to the Debenture Act § 21, but it has always been understood this way, see *Falkanger* p. 714.

64 The question here is whether the provision for good faith acquisition applies only to the claim expressly stated in the document or if the provision also gives a possibility for good faith acquisition of the underlying claim which once may have corresponded with the claim expressed in the document. In my opinion the provision does only open for good faith acquisition of the claim expressly stated in the document – as it is a question of good faith acquisition of the document itself with the rights there expressed, but this question is not treated in the current legal doctrine and must therefore be classified as uncertain.

## V. Costs

The fee for registering a mortgage in Norway is fixed and is the same for all registrations independent of the maximum amount of the mortgage. The fee for registering a mortgage is currently 1,935 NOK – approximately 242 Euro<sup>65</sup> – and it is paid to the keeper of the Land Registry. There are no additional costs, e.g. equivalent to notaries etc.

To promote competition between credit institutions, especially in the private housing loans market, the registration of a transfer (which is not mandatory, but nevertheless often conducted in practice), or the registration of a new mortgage replacing an existing one (which is the usual technique when refinancing mortgages in Norway), is particularly inexpensive. The cost of such a registration is currently 215 NOK (approximately 27 Euros)<sup>66</sup>.

The deletion of a right registered in the land registry is free of charge (Legal Charge Act § 22 number 1).

## C. Possibilities of different uses of the mortgage in practice

### 1. Changes relating to the secured claim

The non-accessory character of the Norwegian mortgages makes changes of the secured claim(s) unproblematic. The following changes in the secured claim(s) can be made by agreement between the mortgagor and mortgagee, without the need to register or make changes to the mortgage:

- Replacement of claims (novation). The claim cannot only be replaced, but the claim can be supplemented by further claims or replaced by a larger claim. The only limitation is that the mortgagee is not permitted to claim a higher amount than the registered maximum amount when a forced sale occurs<sup>67</sup>. Replacement of the secured claim(s) can be carried out without regard to the purpose of the existing secured debt.
- Bridging loans can be secured and later replaced with a more long-term loan.
- After full repayment of the formerly secured claim, new claims can freely be secured.

65 The system for calculating the fees for registering rights in the Land Registry in Norway is linked to the standard legal charge (*rettsgebyr*), which is subject to annual adjustment by the Norwegian Parliament. The Legal Charge Act (Law of December 17<sup>th</sup> 1982 number 86, *Rettsgebyrloven*) § 21 second paragraph states that the cost of registering a mortgage is 2,25 times the legal charge. For 2007 the legal charge is set to 860 NOK (approximately 108 Euros). As of August 1<sup>st</sup> 2007, 1 Euro equalled 7,99 NOK.

66 The fee is 0.25% of the standard legal charge (Standard Legal Charge Act § 21 third paragraph). The background for this regulation and the choice of a special regulation for transfers and replacements of mortgages is explained in *Marthinussen* LoR 2005 p. 109-114.

67 It is in other words possible to *secure* a claim which may exceed the registered maximum amount. In such a case, coverage of interests in addition to the registered maximum amount is limited to interests of the part of the claim which is equivalent to the maximum amount, *Skoghøy* p. 89 and *Brækhus* p. 289 and 291.

- Revolving credits/overdraft cash credit accounts can be secured.
- The terms of the secured credit can be changed according to what the parties agree to at any given time. Interests to be covered in addition to the registered maximum amount cannot, however, exceed the market interest<sup>68</sup>.

## 2. Changes of the creditor position

a. Bridging finance (e.g. building loans), securing the claims of other creditors

As pointed out in section B.1.I.a, it is possible to secure claims of different creditors under both mortgage types. As specialised mortgage banks no longer exist in Norway, it is currently most common that a building loan and the superseding long-term loan are granted by the same bank. It is, however, unproblematic to transfer the mortgage to a new creditor, which can then be used to secure new credit. In both Supreme Court rulings mentioned as a basis for the non-accessory character of the Norwegian mortgages (particularly in relation to scope), Rt. 1909 p. 117 and Rt. 1910 p. 177, the mortgage was transferred before it was re-used to secure new credit.

It is also possible to secure the transferor's claims. If the transferring bank has claims which it wants to secure, one can agree with the transferee that also the transferor's claims shall be secured by the transferred mortgage.

If the new mortgagee (transferee) later on goes bankrupt, since the connection between the creditors is "purely contractual", it may seem as if the administrator of the bankruptcy estate is entitled to first seek to have the bankruptcy estate's own claim covered before sharing the outcome with other secured creditors. However, when a forced sale is held, it is the court that is responsible for the division of the outcome of the sale, not the mortgagee. According to the Enforcement Act § 11-36, the court shall cover all encumbrances according to priority. And according to the Enforcement Act § 11-38, the outcome of the forced sale shall be paid directly to the persons *entitled*. A definition of who is entitled, and entitled to what, is not given. But the provisions in the Enforcement Act can hardly, in their Norwegian context, be read any other way than that the court has to pay out the outcome of the forced sale directly to the individual creditors of the secured claim.

At this point it is important also to underline again the fact that Norwegian law does not operate with a clear distinction between (personal) contractual obligations and property rights. When dealing with loan syndication, it is important to be aware of the fact that Norwegian lawyers might not emphasise in the same degree as continental lawyers e.g. the difference between a formal classification of one creditor as mortgagee (acting on behalf of the other creditors with secured claims) and the formal classification of all creditors as co-proprietors of the mortgage. Norwegian courts will often seek "the reality of the situation at hand".

If there are not sufficient funds to cover the claim of both the transferor (former mortgagee) and the transferee (new mortgagee), and the parties have not made an agreement concerning the priority in such a situation, the funds have to be distributed according to general principles of distribution of funds between creditors of equal priority (i.e. bankruptcy) and of co-ownership. This effectively means that the funds are distributed to the parties proportionally based on the size of the claim.

---

68 Further information about coverage of interests is given in section I.1.b.

b. Loan syndication, transfer of creditor position in bank syndicates etc.

As pointed out several times already, the Norwegian mortgage may secure the claims of different creditors. The claims can be split up and transferred separately without affecting their status as secured by a mortgage.

What may seem problematic when dealing with syndication in Norway is the relationship between the creditors of the secured claims (who are not proprietors of the mortgage) and the mortgagee. The main issue causing some uncertainty when syndicating loans is the lack of the institute of trust in Norwegian law. If the mortgagee is insolvent and bankruptcy is filed, there is a question of the position of the creditors whose claims are secured but who are not formally (registered) proprietors of the mortgage which secures the claims. The mortgagee's duty to protect the interests of the other secured creditors may be seen as a contractual obligation. It follows from the Creditors Security Act § 7-3 that the bankruptcy estate is free to choose which obligations to respect and which not to.

When syndicating loans, the syndication has traditionally been structured as a co-proprietorship of the mortgage<sup>69</sup>. Since the transfer of mortgages does not have to be registered, such an arrangement does not cause particular problems, and it has been accepted that the right of co-proprietorship has legal protection against the creditors of the holder of the mortgage documents (also when the mortgage document is a negotiable document)<sup>70</sup>. The holder of a claim which forms a part of a syndicated loan is proprietor of an equivalent (proportional) part of the mortgage securing his claim. The loan is in practice managed by an agent, which is usually one of the creditors ("leading bank"/"managing bank"), and this agent is responsible for collecting interests and payments. The individual co-proprietor of a mortgage is not entitled to initiate enforcement proceedings by himself<sup>71</sup>; this must be done according to the rules regulating co-ownership. These rules are declaratory, and it is always thoroughly regulated in the syndication agreement when the agent is entitled to and when he is obliged to institute foreclosure proceedings.

If structured in another way – formally with a single proprietor of the mortgage holding it on behalf of the other creditors – Norwegian courts may still look upon the issue of the mortgagee's insolvency in the same way as described above. Even though there formally is only one proprietor, the purpose of the mortgage has always been to secure all creditors. And regardless of how the transaction is characterised, as pointed out above in section C.2.a, the Enforcement Act states that the court has a duty to distribute the income of a forced sale directly to the individual secured creditors.

If the holder of the mortgage is seen as the true proprietor, holding the mortgage on behalf of the other creditors, and if the bankrupt mortgagee is not also a creditor, the question is whether the administrator of the bankruptcy estate can refuse to

69 Often called *andelslån*. One particular type is the *partialobligasjonslån* which was frequently used in the Norwegian shipping market. One mortgage secured a large amount of debentures sold on the open market to finance ships. All owners of such a debenture were deemed to be a co-proprietor of the mortgage. See further *Brækhus* p. 361-362.

70 I.e. that the right of co-proprietorship is valid and protected without anything being registered in the land registry, cf. *Brækhus* p. 359.

71 Supreme Court ruling published in Rt. 1936 p. 318.

initiate a forced sale, which is only possible to the proprietor of the mortgage<sup>72</sup>, even though the bankruptcy estate does not have any financial relevant interest in not upholding its commitment to act on behalf on the other creditors.

Firstly, the administrator of the bankruptcy estate has a duty to act in the best interest of the creditors to the estate. If he does not initiate enforcement proceedings on behalf of the other secured creditors, i.e. that he chooses not to respect the agreement, the bankruptcy estate will be liable for the loss caused by not fulfilling its obligations (Creditors Security Act § 7-8). Such damages will only be paid out as dividend, which, however, is still a poorer solution to the bankruptcy estate than respecting the agreement and not having to pay anything. The other alternative, to demand payment from the holders of the secured claims to initiate a forced sale, i.e. *extortion* of the holders of these claims, will in my opinion be a clear breach of the duties of the administrator of the bankruptcy estate and invoke the liability of the administrator (which will be covered by his obligatory insurance). The administrator of the bankruptcy estate must have a reasonable (even though very limited) duty of care for the interests of third parties. Thus, as I see it, when the mortgagee is not also creditor, a bankruptcy estate will also have to safeguard the interests of the other holders of secured claims.

If the holder is merely an agent administering the mortgage on behalf of the creditors, the bankruptcy of the agent must clearly lead to a situation where the agent's bankruptcy estate can declare itself free from the contractual duty to administer the mortgage. In such a case, a combination of the principles of co-ownership and interpretation of the agreement and its principles will have to determine how the future administering of the mortgage is to be solved. As long as the creditors are proprietors of the mortgage, there is no risk of losing the security.

There are, however, no court decisions on this issue. Even though the legal arguments and legal doctrine are clearly in favour of a duty to safeguard the other creditor's interests, also in the situation with one mortgagee holding the mortgage on behalf of the others, most banks are not willing to choose solutions which are not absolutely secure. The co-proprietor solution is therefore still the dominating construction, based on a century of legal practice, especially within shipping, which has never been refuted by the courts<sup>73</sup>. Another possible construction is the establishment of a company whose sole asset is the mortgage, and where the holders of the secured claims are jointly responsible for any possible claims against the company. By structuring the syndication this way, one is able to eliminate the risks of a prospective bankruptcy of the mortgagee. In practice, however, syndications are also sometimes structured with one of the major banks and creditors holding and administering the mortgage on behalf of the others. This is probably accepted by the other holders of secured claims since the risk of bankruptcy of the mortgagee appears microscopic, and the legal situation after all seems to be clearly in favour of protection of the creditors who are not proprietors of the secured claim, equivalent to the different trust-institutions in Europe.

There is one (minor) risk associated with having an agent administering the mortgage. If the agent is a creditor, and interests and payments are collected by the agent but not yet distributed to the creditors when bankruptcy is declared, the other creditors

---

<sup>72</sup> Enforcement Act § 11-1, first paragraph.

<sup>73</sup> Cf. *Brækhus* p. 358-361 and *Dobrowen/Mellbye/Stray Ryssdal/Rønning* p. 406-411.

might have to settle for dividends of what is collected. If the agent is also one of the creditors, the administrator of the bankruptcy estate is most likely entitled first to cover its own claims before distributing the collected funds to the other creditors. Norwegian law accepts the notion of ownership of trusted funds, which means that if the agent has a duty to hold the collected funds separate from his own funds (which in practice always will be the case), those entitled to these funds are considered owners, and can vindicate the funds without regard to the bankruptcy<sup>74</sup>. If the loan is paid in smaller rates, the risk is in any case a minor one. But if the loan is paid in larger rates, or all at once, it will be advantageous to have an agent which is not a creditor administering the loan. In such cases the creditors will clearly have a protected right to the funds collected on their behalf<sup>75</sup>. If, however, a fraudulent agent should disregard his duty to hold the funds separate from his own funds, the creditors will have to settle for dividends. The establishment of a company whose single asset is the mortgage and whose single purpose is administering the mortgage and the secured debts (as described in the paragraph above), will be the only way of completely avoiding this risk of the right to collected funds<sup>76</sup>.

Whether or not the syndication is the original construction of the loan agreement (direct syndication) and the purpose of the mortgage, or whether the loan is syndicated later (indirect syndication), is of no relevance to the mortgage, due to the non-accessory character of the Norwegian mortgage<sup>77</sup>.

#### c. Sale of the secured credit

Creditors are usually entitled to sell their claims, as all assets are in principle transferable unless otherwise provided by law or practice. The same applies to the mortgage securing the debt.

As for professional financial institutions under public supervision, there is a provision regulating the sale of debts in the Financial Contracts Act § 45. It states that debts only can be transferred to another financial institution under public supervision. If the claim is to be transferred to another creditor, the consent of the debtor is required.<sup>78</sup> It is also stated that in the case of transfer, the provisions protecting the debtor in the Financial Contract Act chapter 3<sup>79</sup> also apply to the relationship with the new creditor. § 55 also expressly states that the debtor keeps his objections from the original creditor/debtor-relationship.

<sup>74</sup> Cf. *Brækhus* p. 359-360.

<sup>75</sup> The protection of trusted funds in this manner can be compared with funds deposited with a lawyer or a notary in the bankruptcy of the lawyer/notary.

<sup>76</sup> It is of course also possible to handle the syndication in such a way that the debtor pays directly to the individual members of the syndicate if the loan is to be repaid at once or in a few large instalment payments.

<sup>77</sup> Syndication in Norway is usually constructed as a direct syndication, i.e. that the syndication is conducted prior to the establishment of the loan.

<sup>78</sup> Due to the mandatory character of the law, the debtor may not waive his right to refuse later transfers of the debt to other creditors than those under public supervision. This is also clearly presupposed in the Financial Services Act § 2-39 which specifies that non-consumers may waive their right to refuse a transfer to an SPV outside of public supervision.

<sup>79</sup> The chapter includes provisions on i.a. information requirements, special provisions and time-limits concerning the changing of the terms of the loan according to the contract and pre-payment of the loan.

The provisions of the Financial Contract Act are declaratory when the debtor is not a consumer, Financial Contracts Act § 2.

d. Replacement of creditors for the purpose of refinancing  
(in corporation, MBS)

The Financial Services Act regulates covered bonds (Chapter 2, part IV) and securitisation (Chapter 2, part V). Only the securitisation involves an actual transfer of the mortgage and the secured debt.

The provisions in the Financial Services Act, Chapter 2 part V, regulate the formal aspects of the transaction, i.e. the relationship between the financial institution and the SPV (Special Purpose Vehicle), including limitations of the interests the financial institution can have in the SPV, demands for notification to the Securities Commission and a provision clarifying that the SPV does not need concession as financial institution and is not comprised by the rules for public supervision of financial institutions.

Paragraph 2-36 of the Financial Services Act presupposes that financial institutions can transfer portfolios of loans. As pointed out above in section c, when transferring loans to a new creditor outside the range of application of the Financial Contracts Act, the consent of the debtor is necessary. When transferring a portfolio for securitisation purposes, the position of the debtor is more closely regulated in the Financial Services Act § 2-39. It states that the transferring financial institution shall inform all debtors of who is acquiring the loans, who will be administering the loans after the transfer and what duties and rights the financial institution, the SPV and the administrator of the loan have and will have towards the debtor.

In the notice which is to be given to the debtor, a reasonable time limit shall be stipulated (in any case no less than three weeks) for the debtor to object to the transfer. If the debtor is not a consumer, the right to object to such a transfer can be waived when concluding the loan contract. If the debtor does not object within the time limit, he is considered to have consented to the transfer.

As loans may freely be sold to other financial institutions, including for refinancing purposes, without consent from the debtor, the replacement of creditors within a corporation or even outside of, is unproblematic as long as the new creditor is a financial institution under public supervision<sup>80</sup>. It is the fact that the SPV is exempted from public supervision (financial services act § 2-38 first paragraph) that is the cause for the necessity of consent.

Transferring the *mortgages* is not subject to any consent requirements. The mortgage can be transferred by agreement between the transferring institution and the SPV. As covered in section B.II, the transfer of the mortgage does not have to be registered. Due to the uncertainty regarding the need to notify the debtor of the transfer, the notice of the transfer of the loan will according to the Financial Services Act § 2-39 in practice also stipulate that the mortgage is being transferred to the SPV. If there are mortgages made out as *pantobligasjon* amongst the mortgages to be transferred, the documents have to be physically handed over to the SPV to make the transfer protected against the creditors of the transferring financial institution<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> See section c above.

<sup>81</sup> Lilleholt p. 212.

The business of securitisation is completely new to Norwegian legal practice. The provisions regulating the portfolio transfers for securitisation purposes are brand new, and therefore Norwegian banks have only recently started preparing securitisation transactions<sup>82</sup>. For this reason there is not much practice regarding portfolio transfers of secured credit. Theoretically, the need to transfer the mortgage should be unnecessary. As with syndication, it should be possible for the former creditor to hold the mortgage for the creditor. Such an agreement should hold also in the case of insolvency of the transferor of the claim<sup>83</sup>.

### 3. Changes on the debtor side

#### a. Changing debtors

The replacement of one debtor with another is regulated in the Mortgage Act § 2-7. Replacing one debtor with a new one requires the consent of the creditor of the secured claim, and there is a formal procedure for assuring that the responsibility can easily be taken over when selling a mortgaged property in such a way that the former and new debtor can pinpoint the exact time of the changed responsibility. Unless otherwise agreed, the responsibility for the secured debt passes to the new debtor the moment the acceptance from the creditor reaches either the new or the old debtor of the secured debt.

#### b. Building owner financing

When constructing large apartment buildings or when developing larger residential areas, the construction loan can be managed in different ways. As a clear starting point, if a mortgage is registered on a property, this does not block the opportunity to split the mortgaged property into several properties later on. The later acquisition of such a part of the property does, however, have a lower rank than the mortgage, which still remains encumbered on the property irrespective of the division of the original piece of land into separate properties.

Selling a piece of real property which is mortgaged as security for a loan which vastly exceeds the value of the property is clearly not feasible. One possibility is of course for the entrepreneur or owner which is selling the property to agree with the mortgagee to free the individually sold properties from the mortgage as they are sold, which is possible without affecting the mortgage on the other property/properties<sup>84</sup>. Another possibility, which for the time being seems to be the most common, is that the purchasers of the apartments or properties agree to collectively take over responsibility for the existing debt, sometimes through a particular type of housing cooperative (*borettslag*). The debt is then simply secured by the existing mortgage.

82 The provisions in the Financial Services Act regulating covered bonds and securitisation entered into force in 2004, and adapted to the expressed further needs of the business in 2007. The lack of securitisation in Norway is analyzed and explained by *Lilleholt and Wiig* ("Norway") in *Baums and Wymeersch: Asset-backed Securitization in Europe* p. 199-206.

83 See further above in section C.2.b.

84 The usual condition for such a sale is that the purchase price is used to repay the debts of the owner/entrepreneur.

c. Sale of real property

If the purchaser of a real property wants to continue using the former established mortgage, he is free to do so if agreed with the seller and mortgagee. The mortgagee is not in a position to refuse the transfer of the mortgaged property, but re-use of the mortgage requires an agreement with the mortgagee, as it is only through agreement between the mortgagee and the owner of the mortgaged property that claims can be secured. It is in other words not possible for the owner of the mortgaged property to force the mortgagee to hold the mortgage on behalf of a new creditor; in such circumstances the owner of the mortgaged property must make sure that the existing mortgage is replaced with a new one securing the possible new claim. The mortgage can of course continue to secure the existing secured debt after a change of debtors as explained above in section C.3.a.

The mortgage can be re-used to secure any credit of any terms, also after a transfer of the mortgaged property.

**4. Change of secured property**

The mortgagor and mortgagee are free to replace a mortgage on one property with a mortgage on another. This is done by registering a mortgage on the new property, and deleting the old mortgage. There is nothing to prevent a new mortgage from securing an existing claim already secured by a mortgage. It is therefore possible to first register the new mortgage before deleting the existing mortgage, so that the mortgagee is not exposed to risks while replacing the security for his claim(s). Such a change of security is also possible in connection with the sale of the originally mortgaged property.

## Bibliography/

### Literature on Norwegian mortgage law

There is unfortunately not much to be found on either Norwegian mortgage law or property law in other languages than Norwegian. I have tried to limit the references to Norwegian literature to the established authoritative works.

For mortgage law there are two leading authorities:

*Brækhus, Sjur*: Omsetning og kreditt 2, Pant og annen realsikkerhet, 3<sup>rd</sup> edition, Oslo 2005, revised by Borgar Høgetveit Berg (cited *Brækhus*)

*Skoghøy, Jens Edvin A.*: Panteloven, 2<sup>nd</sup> edition, Oslo 2003 (cited *Skoghøy*). This is a commentary on the mortgage act. Skoghøy has also written a shorter textbook for students – Panterett (Oslo 2004) – based on the commentary

The main authority on property law in general is:

*Falkanger, Thor*: Tingsrett, 6<sup>th</sup> edition, Oslo 2007, in cooperation with Aage Thor Falkanger (cited *Falkanger*)

In addition there is one main authority on the transfer of property:

*Lilleholt, Kåre*: Godtruerverv og kreditorvern, 3<sup>rd</sup> edition, Bergen 1999 (cited *Lilleholt*)

Other works quoted:

*Austenå, Torgeir, Ole F. Harbek and Erik Solem*: Tinglysingsloven med kommentarer, 9<sup>th</sup> edition, Oslo 1990 (cited *Austenå*) (Commentary on the land registry act.)

*Dobrowen, Kim, Erik Mellbye, Anders Christian Stray Ryssdal and Knut Rønning*: Rederi og kapitaltilførsel, Oslo 1981

*Falkanger, Thor*: Pantesikkerhet for renter, TFR (Tidsskrift for rettsvitenskap) 1984 s. 534-553

*Falkanger, Thor, Hans Flock and Thorleif Waaler*: Tvangsfullbyrdelsesloven. Kommentartutgave, 3<sup>rd</sup> edition, Oslo 2002 (cited *Falkanger/Flock Waaler*) (Commentary on the enforcement act.)

*Lilleholt, Kåre*: Litt om sampant, in Stat, politikk og folkestyre, Festskrift til Per Stavang (Bergen 1998) p. 723-729

*Lilleholt, Kåre*: Pantebrev i ny form, LoR (Lov og Rett) 2002 p. 416-425

*Lilleholt, Kåre and Søren Wiig*: Norway in *Theodor Baums and Eddy Wymeersch*: Asset-backed Securitization in Europe p. 199-206, The Hague 1996

*Marthinussen, Hans Fredrik*: Fjerning av tinglysingsgebyret er ikke nødvendig for å stimulere til økt konkurranse i bankmarkedet, LoR (Lov og Rett) 2005 p. 109-114

*Marthinussen, Hans Fredrik*: Ulovfestet ekstinksjon, JV (Jussens Venner) 2006 p. 1-29

*Mæland, Henry John*: Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven, Bergen 2006

*Møller, Ernst*: Dækningsadgang eller fordringsret, et indlæg i den standende strid om panterettens akcessoriske natur med særligt hensyn til stridens betydning for særskilte retsafgørelser efter dansk og norsk ret, Copenhagen 1892

*Ross, Alf*: Om ret og retfærdighed, en indførelse i den analytiske retsfilosofi, Copenhagen 1971

*Watt, Gary*: The Lie of the Land: Mortgage Law as Legal Fiction, in *Cooke, Elizabeth* (ed.): Modern Studies in Property Law, Vol. 4, Oxford 2007 p.73-96

*Zweigert, Konrad and Hein Kötz*: Introduction to comparative law, 3<sup>rd</sup> edition (Oxford 1998), English edition by *Tony Weir* (cited *Zweigert/Kötz*)



# RUNDER TISCH

## „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“

### Länderbericht Rumänien

Adrian S. Sacalschi, LL.M.  
Doktorand an der Universität Konstanz

#### A. Wird das nicht-akzessorische Grundpfandrecht in der Praxis genutzt? Gründe?

Im Jahr 1999 wurde das *Gesetz Nr. 190/1999*<sup>1</sup> über den Hypothekarkredit für Investitionen in Immobilien verabschiedet und damit der Grundstein für die Entwicklung dieser Form des Kredits in Rumänien in den letzten Jahren gelegt. Es hat sich aber nichts daran geändert, dass das rumänische Recht lediglich die akzessorische Hypothek kennt. Pläne über die Einführung eines nicht-akzessorischen Grundpfandrechts sind nicht bekannt.

#### B. Gesetzliche Grundlagen

Die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen des rumänischen Hypothekenrechts sind in den folgenden Rechtsakten enthalten:

1. Die grundlegenden materiellrechtlichen Bestimmungen zum *Liegenschaftsrecht* befinden sich im ZGB (*Codul civil*) vom 1.12.1865, mit den nachfolgenden Änderungen. Das Sachenrecht ist in den Art. 461 ff. ZGB geregelt. Das Hypothekenrecht ist in den Art. 1746-1815 ZGB geregelt.
2. Die Zivilprozessordnung (*Codul de procedură civilă*) vom 1.12.1865, mit den nachfolgenden Änderungen.
3. Die grundlegenden Bestimmungen zur *Liegenschaftsregistrierung* befinden sich im Gesetz Nr. 7/1996<sup>2</sup> über den Liegenschaftskataster und die Immobiliarpublizität (*Legea cadastrului și a publicității imobiliare*).
4. Die Verordnung Nr. 633 vom 13.10.2006<sup>3</sup> der Nationalen Agentur für Kataster und Immobiliarpublizität über die Organisation der Büros für Kataster und Immobiliarpublizität (*Regulamentul de organizare și funcționare a birourilor de cadastru și publicitate imobiliară*) gilt als Grundbuchverordnung.
5. Das Gesetz Nr. 36/1995<sup>4</sup> über die öffentlichen Notare und ihre Tätigkeit (*Legea notarilor publici și a activității notariale*).

---

1 Das Gesetz Nr. 190 vom 9.12.1999, veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 611 vom 12.12.1999, zuletzt geändert durch das Gesetz Nr. 34/2006, veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 200 vom 3.3.2006.

2 Zuletzt in März 2006 novelliert, veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 201 vom 3.3.2006.

3 Veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 1049 vom 29.12.2006.

4 Veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 92/16.5.1995, mit den nachfolgenden Änderungen.

6. Das Wohnungsgesetz (*Legea locuinței*) Nr. 114/1996.
7. Das Hypothekarkreditgesetz für Investitionen in Immobilien Nr. 190/1999 (*Legea creditului ipotecar pentru investitii imobiliare*).
8. Das Gesetz Nr. 31/2006<sup>5</sup> über die Verbriefung von Forderungen (*Legea privind securitizarea creanțelor*).
9. Das Gesetz Nr. 32/2006<sup>6</sup> über die Hypothekenobligationen (*Legea privind obligațiunile ipotecare*).

*Speziell das Gesetz 190/1999 hat einige Vorschriften des ZGB über die Hypothek gelockert.*

Durch die Nichtanwendung des *Art. 1775 ZGB* auf diese Hypotheken ist es jetzt möglich, dass auch die zukünftigen Güter des Schuldners als Sicherungsgut für die Bestellung einer Hypothek dienen können.

Die Hypotheken, die zur Sicherung des Hypothekarkredites bestellt werden, gelten bis zur vollständigen Tilgung des Kredits. Damit ist auf diese Hypotheken *Art. 1786 ZGB*, wonach die Wirkung der im Grundbuch eingetragenen Hypotheken für 15 Jahren besteht, nicht anwendbar.

Auf diese Hypotheken ist auch *Art. 1785 ZGB*, wonach sich der Sicherungsumfang einer Hypothek auf Zinsen nur für einen Zeitraum von drei Jahren seit der Eintragung der Hypothek erstreckt, nicht anwendbar.

Durch das Gesetz 190/1999 wird auch *Art. 1722 ZGB* dadurch gelockert, dass der Vorrang eines Privilegs nur dann bestehen bleibt, wenn es vor der Hypothek eingetragen wurde.

## **I. Rechtscharakter**

### **1. Arten der Grundpfandrechte**

Das rumänische Recht kennt, als Grundpfandrecht, *nur die akzessorische Hypothek*. Das Hypothekenrecht ist in den Art. 1746-1815 des rumänischen Zivilgesetzbuches (im Folgenden ZGB) geregelt. Bei der Hypothek handelt es sich um ein Realrecht über Immobilien, das die Zahlung einer Forderung sichert (Art. 1746 ZGB). Sie räumt dem Hypothekargläubiger ein Folgerecht (*drept de urmărire*) gegenüber Rechtsnachfolgern des Eigentümers der verpfändeten Immobilie ein und ein Befriedigungsvorrecht (*drept de preferință*) an der belasteten Immobilie (Art. 1719 ff. und Art. 1746 Abs. 3 ZGB).

Dieses Realrecht stellt keine Teilung des Eigentums dar, da es dem Kreditgeber weder *usus* noch *fructus* verleiht; diese Rechte verbleiben bei jenem, der die Hypothek begründet hat; das Realrecht verleiht auch keinen Besitz. Der Schuldner, der im Besitz des verpfändeten Gutes bleibt, behält sämtliche Rechte, die aus dem Eigentum erwachsen, einschließlich jenes der Veräußerung des Gutes. Der Hypothekenkreditnehmer darf aber über die Sicherungsimmobilie nur mit der vorherigen

5 Amtsblatt Nr. 225 vom 13.3.2006.

6 Amtsblatt Nr. 264 vom 23.3.2006.

Einwilligung des Hypothekargläubigers verfügen. Verträge, die ohne Rücksicht auf diese Einschränkung abgeschlossen wurden, sind absolut nichtig<sup>7</sup>.

Im Unterschied zum Forderungsrecht, das es besichert, bleibt das Realrecht, das durch die Hypothek entsteht, deren *akzessorisches Nebenrecht*. Dieses setzt somit verpflichtend eine besicherte Forderung voraus, die allerdings auch bedingter Natur sein kann. Eine Bedingung verhindert somit die Eintragung (Intabulation) der Hypothek, um einen entsprechenden Rang zu erhalten, grundsätzlich nicht.

Eine weitere Eigenschaft der Hypothek ist deren *Unteilbarkeit*. Das Hypothekenrecht ist unteilbar und besteht im Ganzen an allen besicherten Immobilien fort, über jede dieser Immobilien und auch über jeden ihrer Teile (Art. 1746 ZGB). Die verpfändete Immobilie dient im Ganzen als Sicherheit für die gesamte Forderung.

Nach dem Spezialitätsprinzip des Grundpfandrechts muss die gesicherte Forderung bestimmt sein (Art. 1776 Abs. 1 ZGB).

Nach dem rumänischen ZGB können zwei Arten von Hypotheken unterschieden werden: die vertragliche und die gesetzliche Hypothek. Als eine Unterart der gesetzlichen Hypothek können auch die Hypotheken, die im Steuerrecht oder Strafrechtsverfahren durch Gerichtsbeschluss entstehen, angesehen werden.

#### a. Die vertragliche Hypothek

Die vertragliche Hypothek (*ipoteca convențională*) entsteht gemäß Art. 1749 Abs. 2 ZGB durch eine Vereinbarung der Parteien nach den gesetzlichen Formvorschriften. Sie kann gemäß Art. 1772 ZGB nur durch Beurkundung (*act autentic*) begründet werden. In der Praxis wird der Hypothekenvertrag überwiegend in *notariell* beurkundeter Form abgeschlossen. Aber Art. 44 des Gesetzes 36/1995 sieht vor, dass die Verträge, die in öffentlich beurkundeter Form (*forma autentică*) abgeschlossen werden müssen, durch Notare (*notari*), Anwälte (*avocați*) oder Rechtsberater (*consilieri juridici*) der Parteien beurkundet werden können. Aber dass solche Verträge in der Praxis fast ausschließlich durch Notare beurkundet werden, ist auf die Bestimmungen<sup>8</sup> des Gesetzes über den Liegenschaftskataster und die Immobiliarpublikität (Gesetz 7/1996) und des Zusammenarbeitabkommens<sup>9</sup> zwischen der Notarkammer und den Grundbuchämtern zurückzuführen. Wir halten eine solche Beschränkung auf die Mitwirkung nur von Notaren für rechtswidrig<sup>10</sup>.

Der Hypothekenbesteller muss Inhaber des Rechts sein, das er mit einer Hypothek belastet. Die Hypothek an fremdem Eigentum ist absolut nichtig, auch wenn der Besteller später das Eigentum an der jeweiligen Liegenschaft erwirbt<sup>11</sup>. Die Belastung künftigen Vermögens mit einer Hypothek ist grundsätzlich nicht möglich (Art. 1775 ZGB). Jedoch für Immobilien, die nach dem Hypothekenkreditgesetz

7 Art. 5 des Hypothekenkreditgesetzes Nr. 190/1999.

8 Art. 56 des Gesetzes 7/1996 erwähnt ausschließlich „den Notar“ als die Person, die einen Grundbuchauszug zu Beurkundungszwecken verlangen kann.

9 Zusammenarbeitsprotokoll zwischen der Notarkammer und den Grundbuchämtern vom 17.12.2004, verfügbar unter [www.ancpi.ro](http://www.ancpi.ro).

10 Für die Rechtswidrigkeit einiger Bestimmungen des o.g. Protokolls siehe auch *Nicolae*, S. 57 ff.

11 *Alexandresco*, S. 575.

190/1999 finanziert werden, ist Art. 1775 ZGB nicht anwendbar. Auf die Möglichkeit, eine solche Hypothek auf zukünftigen Immobilien zu bestellen, wird im Abschnitt *III.1. Entstehensakzessorietät* näher eingegangen.

Aus dem Spezialitätsprinzip folgt, dass im Vertrag über die Begründung der Hypothek die Natur und die Rechtslage jeder verpfändeten Immobilie und der Betrag, für den die Hypothek begründet wird, genau bezeichnet werden müssen (Art. 1774 ZGB). Ist die Forderung bedingt, so muss dies in der Urkunde angegeben werden (Art. 1770 ZGB).

Die vertragliche Hypothek entsteht bereits mit der Einigung der Parteien (Art. 1749 Abs. 2 ZGB), ihre Drittwirkung entsteht erst mit ihrer Eintragung im Grundbuch (Art. 1778 ZGB und Gesetz Nr. 7/1996).

Das Gesetz 7/1996 bestimmt im Art. 21, dass die Hypothek im III. Teil des Grundbuchs intabuliert wird. *Die Intabulation der Hypotheken hat gemäß Art. 100 GBVO zu enthalten:*

- die Identifizierung der Person, für die die Hypothek intabuliert wird;
- den Titel, der die hypothekarische Belastung rechtfertigt;
- die Höhe der Forderung.

#### *Eigentümerhypothek*

Das Prinzip der Hypothek als Recht an einer fremden Sache besagt, dass der Hypothekengegenstand im Eigentum einer anderen Person als der des Hypothekengläubigers stehen muss. Dieses Prinzip findet insbesondere darin seinen Niederschlag, dass im Fall der Konfusion (Art. 1154 ZGB) von Hypothekengläubiger und Hypothekenbesteller die Hypothek erlischt.<sup>12</sup> Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes in Form einer Eigentümerhypothek kennt das rumänische Zivilrecht nicht.

#### *Höchstbetragshypothek*

In der aktuellen Lehre und Rechtsprechung in Rumänien ist diese Unterart der Hypothek unbekannt, aber in der Literatur<sup>13</sup> vor 1945 wurde die Bestellung einer solchen Hypothek für möglich gehalten. Diese Erörterungen der renommierten rumänischen Zivilrechtler wären ein guter Anhaltspunkt für tief greifende Analysen über die Möglichkeit, eine solche Hypothek zu bestellen.

#### *Realbürgschaft*

Nach rumänischem Recht müssen Schuldner und Eigentümer nicht unbedingt identisch sein. Ein Dritter kann zugunsten eines Schuldners eine Hypothek auf seinem Grundstück bestellen. Hierbei handelt es sich um eine Realbürgschaft (*cauțiune reală*). Auf die Realbürgschaften sind in erster Linie die Vorschriften zu Hypotheken und erst in zweiter Linie die Regeln des ZGB über die Bürgschaft anzuwenden.

<sup>12</sup> *Stătescu/Bărsan*, S. 399.

<sup>13</sup> *Titulescu*, S. 514; *Alexandrescu*, S. 599 ff.

Der Bürge haftet bis zum Betrag der Hypothek,<sup>14</sup> aber es ist noch umstritten, ob er auch gesamtschuldnerisch mit dem Hauptschuldner gemäß Art. 42 Abs. 2 Handelsgesetzbuches haftet, wenn der Hauptschuldner als Kaufmann agiert<sup>15</sup>.

Bei der Realbürgschaft kommt die Einrede der Vorausklage (*beneficial de discuție*) und der Teilhaftung (*beneficial de diviziune*) nicht in Frage. Es ist jedoch umstritten<sup>16</sup>, ob die Parteien vereinbaren können, diese Einrede aufrechtzuerhalten.

#### *Gesamthypothek*

Werden mehrere Immobilien als Sicherheit für eine einzige Forderung verpfändet (Gesamthypothek), so besichert jede Immobilie die gesamte Schuld. Die Wahl der Immobilie verbleibt beim Kreditgeber. Andererseits ist jeder Teil der Forderung durch das gesamte verpfändete Gut besichert. Auch wenn eine Forderung teilweise erloschen ist, dient dem Hypothekargläubiger die gesamte Hypothek als Sicherheit für den noch ausstehenden Teil der Forderung.

In der Praxis taucht aber nicht der Begriff „Gesamthypothek“ als solcher auf.

#### b. Die gesetzliche Hypothek

Sie entsteht als Folge einer speziellen gesetzlichen Anordnung. Gemäß Art. 1753 Pkt. 3 ZGB und Art. 150 Abs. 6 Abgabenordnung (AO)<sup>17</sup> werden durch diese Form der Hypothek die Rechte und Forderungen des Staates, der Gemeinden, Städte und Munizipien gesichert. Diese Hypothek muss auf Antrag vom Vollstreckungsorgan im Grundbuch eingetragen werden. Falls eine Zwangsvollstreckung wegen Fiskalforderungen betrieben wird, werden die Bestimmungen der Abgabenordnung anwendbar.

Die Fiskalforderungen der öffentlichen Hand, die durch diese gesetzliche Hypothek gesichert sind, werden an vierter Stelle befriedigt (Art. 167 AO), nachdem die Kosten des Zwangsvollstreckungsverfahrens, die Forderungen der hypothekarisch gesicherten Gläubiger (andere als die öffentliche Hand), die Lohn- und Gehaltskosten und die Aufwendungen für den Lebensunterhalt gedeckt sind.

Neben den erwähnten Fällen der gesetzlichen Hypothek sind noch folgende Vorschriften zu nennen, die die Entstehung einer gesetzlichen Hypothek anordnen:

- Das Gesetz Nr. 22/1969 (abgeändert durch das Gesetz Nr. 54/1994) über die Anstellung von Verwaltern, die Gründung von Sicherheiten und die Verantwortung im Zusammenhang mit der Verwaltung der Güter der Gesellschaften, Behörden oder öffentlichen Institute.

---

14 Oberster Gerichtshof – Handelssenat, Entscheidung Nr. 4110 vom 12.11.1998 in Revista de drept comercial 3/2000, 141; Entscheidung Nr. 18 vom 11.1.2000 in Revista de drept comercial 2/2002, S. 273.

15 Oberster Gerichtshof – Handelssenat, Entscheidung Nr. 509 vom 11.4.1996 in Dreptul 3/1997, S. 124; Entscheidung Nr. 18 vom 11.1.2000 in Revista de drept comercial 9/2001, S. 162; Entscheidung Nr. 3463 vom 5.6.2001 in Pandectele române 5/2002, S. 47.

16 Hamangiu/Rossetti/Băicoianu, S. 1206-1207; Alexandresco, S. 680-682; F. Ciutacu, Garanțiile de executare a obligațiilor. Garanțiile personale și garanțiile reale [Die Personal- und Realsicherheiten], 2006, S. 295 und die dort zitierte französische Literatur.

17 Regierungsanordnung Nr. 92/2004, gebilligt durch das Gesetz Nr. 174/2004, mit den nachfolgenden Änderungen.

- Gemäß Art. 12 des Dekret-Gesetzes Nr. 61/1990 über den Verkauf von Wohnungen, die aus Mitteln des Staatsfonds gebaut werden, werden die Kredite, die von der Sparkasse (CEC) gewährt werden, durch die Gründung einer Hypothek auf der beschafften Wohnung besichert. Die Intabulation der Hypothek erfolgt aufgrund des Darlehensvertrags und auf Antrag der CEC. Bis zur Rückzahlung des Kredits darf die Wohnung nur mit vorheriger Genehmigung des CEC veräußert werden.
- Art. 15 des Gesetzes Nr. 85/1992 über den Verkauf von Wohnungen und Räumen mit anderer Bestimmung, die mit Mitteln des Staatsfonds oder des Fonds der Wirtschafts- und Staatshaushaltsgenossenschaften gebaut wurden. Nach diesem Gesetz können Wohnungen durch Vereinbarung von Ratenzahlungen verkauft werden; die Intabulation der Hypothek an der Wohnung besichert die Rückzahlung des Kaufpreises.
- Art. 18 des Wohnungsgesetzes Nr. 114/1996 bestimmt, dass bis zur Rückzahlung der geschuldeten Beträge durch die Nutznießer an deren Wohnungen, die mit Staatssubventionen gebaut wurden, eine gesetzliche Hypothek besteht.
- Art. 7 der Regierungsanordnung Nr. 19/1994 über Investitionsanreize für die Durchführung von öffentlichen Arbeiten und Wohnbauten bestimmt, dass bis zur vollkommenen Rückzahlung der geschuldeten Summen eine Hypothek an der Wohnung besteht.
- Art. 28 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 33/1994 über die Enteignung aus Gründen des öffentlichen Nutzens sieht eine Hypothek für Fälle vor, in denen eine verpfändete Immobilie zum Gegenstand einer Enteignung wird. In diesem Fall tritt die Entschädigungssumme an die Stelle der verpfändeten Immobilie.

### c. Privilegien

Von Interesse wäre hier die Abgrenzung von Hypothek zu Immobilienprivilegien, da diese als *gesetzliche Vorzugspfandrechte* eine Bevorzugung von Rechten bestimmter Gläubiger darstellen und daher eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit für die Hypothekengläubiger bedeuten können.

Das Immobilienprivileg ist das Recht eines Gläubigers, das ihm die Möglichkeit gibt, allen anderen Gläubigern vorgezogen zu werden, selbst den hypothekarisch gesicherten. Die Privilegien werden also als bevorrechtigte Hypotheken angesehen<sup>18</sup>. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang sind das Privileg desjenigen, der das Geld für den Immobilienerwerb zur Verfügung gestellt hat (Art. 1737 Abs. 2 ZGB) und das Privileg des Baudarlehensgebers (Art. 1737 Abs. 5 ZGB).

Die Privilegien gehen nach Art. 1722 ZGB auch bereits vorher eingetragenen Hypotheken im Rang vor. Durch das Gesetz 190/1999 wurden aber faktisch die Immobilienprivilegien der Hypothek gleichgestellt, dadurch, dass der Vorrang des Privilegs gegenüber der Hypothek nur dann bestehen bleibt, wenn es vor der Hypothek eingetragen wurde (Art. 4 des Gesetzes 190/1999).

<sup>18</sup> Stătescu/Bărsan, S. 471.

#### d. Die gerichtliche Hypothek

Die gerichtliche Hypothek (*ipoteka judiciară*) entsteht durch die Entscheidung eines Gerichts. Diese Hypotheken entstehen kraft Gesetzes automatisch als Folge eines Urteils, so dass es sich bei ihnen um eine Unterart der gesetzlichen Hypotheken handelt. Auch diese Hypotheken bedürfen einer Eintragung, um Drittwirksamkeit zu erlangen.

Eine solche Hypothek kann entweder im Rahmen der Vollstreckung von staatlichen Steuern und Abgaben oder im Rahmen einer Strafverfolgung entstehen:

- Die Abgabenordnung sieht die Möglichkeit der Sicherung des unbeweglichen Vermögens des Schuldners durch eine Sicherungshypothek vor. Diese Hypothek wird im Grundbuch mit deklaratorischer Wirkung eingetragen.
- Art. 166 Abs. 3 des Strafverfahrensgesetzbuches bestimmt die Möglichkeit der Intabulation einer Hypothek für sequestrierte Immobiliargüter, mit dem Ziel, den Schaden, der durch die Gesetzesübertretung entstanden ist, zu ersetzen.

### 2. Rechtsnatur des Grundpfandrechts

Gemäß Art. 1746 Abs. 1 ZGB ist die Hypothek ein *beschränktes dingliches Recht*. Als Auswirkung dieser dinglichen Rechtsnatur der Hypothek hat der Gläubiger in allen Fällen ein Folgerecht (*drept de urmărire*) und ein Recht auf ranggemäße bevorrechtigte Befriedigung (*drept de preferință*).

### 3. Belastbare Objekte

Nach rumänischem Recht (Art. 1750 ZGB) können mit einer Hypothek *ausschließlich Immobilien* mit deren Zubehör und der Nießbrauch an diese Immobilien belastet werden. Art. 1751 ZGB bestimmt ausdrücklich, dass Mobilien durch die Bestellung einer Hypothek nicht verpfändet werden können. Mobilien können durch die Bestellung einer Mobiliarsicherheit unter den Vorgaben des Mobiliarsicherheitsgesetzes<sup>19</sup> verpfändet werden.

Die Definitionen von Immobiliargütern sind in den Art. 462-471 ZGB festgelegt. Danach sind Immobiliargüter durch folgende Kriterien charakterisiert:

- natürlich bedingte Unbeweglichkeit: *Grundstück und Gebäude* (Art. 463 ZGB);
- Unbeweglichkeit des Objekts, dem sie dienen (Art. 471 ZGB): z.B. *Nießbrauchsrechte an Immobiliengütern*;
- Beweglichkeit auf Grund deren Bestimmung: jene Sachen, die vom Eigentümer für die Leistung und die Nutzung bzw. Ausbeutung der Immobilie bestimmt wurden (Art. 468-470 ZGB), wie z.B. das Zubehör.

Jedes Gut, das eine Immobilie im Sinne der oben Genannten darstellt, kann Gegenstand einer Hypothek sein. Verpfändbar sind nur jene Immobilien, die Gegenstand

---

19 Titel VI des Gesetzes Nr. 99 vom 26.5.1999 über einige Maßnahmen zur Beschleunigung der Wirtschaftsreform, Amtsblatt Nr. 236/27.5.1999. Vgl. hierzu auch WiRO 1999, S. 441 ff.

des zivilen Rechtsverkehrs sind, samt ihrem Zubehör, das laut Gesetz als Immobilie betrachtet wird, und auch der Nießbrauch daran (Art. 1750 ZGB).

#### 4. Sicherung von Nebenforderungen

Der Sicherungsumfang einer Hypothek erstreckt sich gemäß Art. 1785 ZGB auf Zinsen nur für einen Zeitraum von drei Jahren seit der Eintragung der Hypothek. Für die Hypotheken, die nach dem Gesetz 190/1999 bestellt werden, gilt diese Vorschrift nicht, d.h. dass die Zinsen bis zur vollständigen Tilgung des Kredits mitgesichert sind und gemäß Art. 100 Abs. 3 GBVO denselben Rang wie die Hypothek haben.

ZGB spricht nur von der Mitsicherung von Zinsen (*interese*), was allerdings unklar macht, ob auch andere Nebenforderungen (Verzugszinsen, Mahnkosten usw.) mitgesichert werden. Dafür versucht die GBVO in Art. 100 Abs. 3 mehr Klarheit zu schaffen, indem vorgeschrieben wird, dass die Zinsen und die anderen fälligen Forderungen den Rang der Hypothek haben werden.

Problematisch ist auch die hypothekarische Absicherung von Krediten mit einem variablen Zinssatz. Nach dem o.g. Artikel des ZGB werden zwar die Zinsen mitgesichert, aber nach dem Spezialitätsprinzip der Hypothek muss die gesicherte Forderung beim Abschluss des Hypothekenvertrages bestimmt werden, was allerdings bei den variablen Zinsen nicht der Fall sein kann.

Die nachträglichen Meliorationen bei einer Immobilie werden durch die Hypothek gesichert (Art. 1777 ZGB). Das Mobiliarsicherheitsgesetz enthält jedoch eine Bestimmung im Art. 35, die Rechtsunsicherheit in diesem Punkt schaffen könnte: Eine Hypothek gewährleistet nur dann den Vorrang vor den Gläubigern, die an den Meliorationen<sup>20</sup> einer Immobilie eine Mobiliarsicherheit bestellt haben, wenn die Hypothek an den Meliorationen in das Archiv für Mobiliarsicherheiten eingetragen wurde. Obwohl nicht klar geregelt, wäre aber maßgebend für den Rang dieser Hypothek das Datum der Eintragung der Hypothek an der Immobilie im jeweiligen Grundbuch und nicht das Datum der Eintragung der Hypothek an Meliorationen in das Archiv für Mobiliarsicherheiten<sup>21</sup>.

#### 5. Beschränkung des Personenkreises

Es besteht nach rumänischem Recht keine Benachteiligung oder Bevorzugung von Gläubigern oder Schuldnern, die eine Hypothek bestellen wollen.

20 Das rumänische Recht versteht unter Meliorationen die Mobiliargüter, die auf Grund deren Bestimmung durch den Eigentümer als Immobilien betrachtet werden (Art. 468–470 ZGB). Darunter fallen die notwendigen Ausbesserungen oder wertsteigernden Verwendungen an einer Immobilie oder einem Grundstück, wie z.B. neue Anlagen an einer Immobilie oder Bewässerungs- oder Eindämmungsanlagen auf einem Grundstück. Diese Verwendungen dürfen die Liegenschaft allerdings nicht in einer Weise verändern, dass wir von einer neuen sprechen müssen. Vgl. *Rizoiu*, *Garanțiile reale mobiliare* [Die dinglichen Mobiliarsicherheiten], S. 232, *Hamangiu/Georean*, *Codul civil adnotat* [Kommentar zum Zivilgesetzbuch], Bukarest, 1926, S. 263.

21 *Rizoiu*, *Garanțiile reale mobiliare* [Die dinglichen Mobiliarsicherheiten], S. 233.

## **II. Publizitätserfordernisse**

### **1. Grundbuch/Grundregister; Aufbau des Grundbuchs/Registers**

Gemäß Art. 21 des Gesetzes 7/1996 besteht das Grundbuch aus einer Aufschrift mit der Nummer und dem Namen der Ortschaft, in der die Immobilie gelegen ist, und aus insgesamt drei Teilen:

**Teil I** beschreibt die Immobilie und hat folgenden Inhalt:

- a) die Ordnungs- und Katasternummer jeder Immobilie;
- b) die Fläche des Grundstücks, die Benutzungskategorie und die allfälligen Bauten;
- c) die Lage und die Nachbarn.

**Teil II** beschreibt das Eigentumsrecht und enthält folgende Angaben:

- a) den Namen des Eigentümers;
- b) das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung, das/die den Titel für das Eigentumsrechts darstellt, sowie die Bezeichnung der Urkunde, auf die sich das Eigentumsrecht gründet;
- c) die Übertragung des Eigentums;
- d) die Dienstbarkeiten zugunsten der Immobilie;
- e) Rechtshandlungen, persönliche Rechte oder andere Rechtsverhältnisse sowie das Eigentumsrecht betreffende Klagen;
- f) alle Änderungen, Berichtigungen und Vermerke, die in der Aufschrift, im Teil I oder Teil II des Grundbuchs bezüglich der durchgeführten Registrierungen gemacht werden.

**Teil III** enthält Informationen betreffend allfällige Teilungen des Eigentumsrechts und die daran bestehenden Lasten:

- a) Erbbau-, Nießbrauchs-, Nutzungs-, Gebrauchs-, und Wohnrecht, Dienstbarkeiten zu Lasten des dienenden Grundstücks, Hypotheken und die Vermietung und Abtretung von Einkünften auf mehr als drei Jahre;
- b) Rechtshandlungen, persönliche Rechte oder andere Rechtsverhältnisse und Klagen bezüglich der in diesem Teil registrierten Immobilierealrechte;
- c) Pfändungen und Vollstreckungen in die Immobilie oder in deren Erträge;
- d) alle Änderungen, Berichtigungen und Vermerke, die bezüglich der in diesem Teil durchgeführten Registrierungen getätigt werden.

Im Jahr 2005 erfolgte eine grundlegende Änderung und Ergänzung des Gesetzes 7/1996 durch das Gesetz Nr. 247/2005<sup>22</sup>. Durch dieses Gesetz werden auf der Ebene der administrativ-territorialen Einheiten Büros für Katasterwesen und Immobilienpublizität eingerichtet. Sie verfügen nun über die vormals den bei den Bezirksgerichten eingerichteten Grundbuchämtern zustehenden Kompetenzen und werden

---

22 Das Gesetz Nr. 247/2005 über die Reform in den Bereichen Eigentum und Justiz sowie weitere damit verbundene Maßnahmen, Amtsblatt Nr. 653/22.7.2005.

von der Nationalen Agentur für Kataster und Immobiliarpublizität direkt überwacht. Für die Immobiliarpublizität sind die sog. Registratoren zuständig, die sämtliche Aufgaben der Grundbuchbeamten erfüllen. Diese Registratoren haben sämtliche Grundbucheintragungen hinsichtlich einer Immobilie durchzuführen, für die sie örtlich zuständig sind. Die Zuständigkeit der Registratoren umfasst die Erledigung sämtlicher an sie gerichteter Grundbuchgesuche mittels genehmigendem oder abweisendem Beschluss. Weiters hat der Registrator mittels Beschluss auch die Eröffnung von Grundbüchern, die Eintragung von Immobilien, die bis dato noch in keinem Grundbuch registriert waren, die Wiederherstellung eines zerstörten, verlorenen oder unbenutzbaren Grundbuchs und die Berichtigung inhaltlicher Fehler, die im Zuge der Intabulation unterlaufen sind, durchzuführen bzw. zu veranlassen.

Die Register und die Akten des Grundbuchs stellen öffentliche Urkunden dar, die von interessierten Personen eingesehen werden können. Die Pläne für die Identifizierung der Immobilien und die existierenden Karten der Grundbücher sind in den Archiven des jeweiligen Grundbuchamts aufzubewahren. Die Parteien und Katasterbeamten können diese – ebenso wie die Grundbücher, die Register der Grundbücher und die Akten – nur in Gegenwart des Grundbuchführers oder des Archivars einsehen. Auf Verlangen können auch Auszüge und Abschriften des Grundbuchs ausgehändigt werden.

Weiters wurden gegen Ende des Jahres 1999 die Transkriptions- und Inskriptionsregister geschlossen. Seit diesem Zeitpunkt erfolgen sämtliche Eintragungen von Immobiliarealrechten in einem *elektronisch geführten provisorischen Grundbuch*.<sup>23</sup> Diese Eintragungen erfordern jedoch die Bewertung des betreffenden Immobilienvermögens, die Aufbereitung einer entsprechenden Dokumentation und eine Katasternummer. Der Eigentümer eines bestimmten Immobilienvermögens darf dieses nur dann veräußern, wenn zuvor die Registrierung im provisorischen Grundbuch erfolgt ist. Für die Registrierung ist das Eigentumsrecht mittels Urkunden nachzuweisen.

## 2. Widerspiegelung der Rechtslage (Spiegelprinzip)

Wird für eine Immobilie ein Grundbuch eröffnet, so enthält dieses Eintragungen tatsächlicher und rechtlicher Art. Das Grundbuch hat die Immobilie (Größe, Lage, Nutzungsart), den gegenwärtigen Eigentümer sowie allfällige Teilungen des Eigentumsrechts und an der Immobilie bestehende Lasten wiederzugeben.

Das *Aktualitätsprinzip* besagt, dass die zunächst im Grundbuch eingetragenen Informationen so weit wie möglich mit der realen Situation überein zu stimmen haben und (laufend) zu aktualisieren sind. So sieht z.B. Art. 13 Abs. 3 des Gesetzes 7/1996 vor, dass Pläne und bestimmte andere Dokumente ständig zu aktualisieren sind.

Alle Operationen, durch die Immobiliarealrechte begründet, geändert, übertragen oder gelöscht werden, müssen im Grundbuch eingetragen werden, damit diese

23 Um ein „provisorisches“ Grundbuch handelt es sich dann, wenn in dem betreffenden Gebiet das allgemeine Kataster noch nicht eingerichtet ist. Die Grundbucheintragung selbst ist nicht vorläufig oder bedingt. Lediglich die katastralen Daten können bei Unstimmigkeiten nach Inkraftsetzung des allgemeinen Katasters berichtet werden.

Dritten gegenüber wirksam werden und deren Inhaber über die jeweiligen Rechte verfügen können.

Nach Art. 33 des Gesetzes 7/1996 begründet ein zu Gunsten einer Person eingetragenes Immobiliarealrecht die Vermutung, dass dieses Recht zu ihren Gunsten besteht. Wurde ein Immobiliarealrecht aus dem Grundbuch gelöscht, so gilt die Vermutung, dass dieses Recht nicht mehr besteht. Dies bedeutet, dass der gesamte Inhalt des Grundbuchs richtig, vollständig und in Übereinstimmung mit der wahren Rechtslage ist. Die Publizität hat also einen negativen und positiven Charakter. Es wird daher vermutet, dass der tabellarische mit dem tatsächlichen Zustand übereinstimmt (**materielles Publizitätsprinzip**).

*Das Prinzip der vollen Beweiskraft wird jedoch mehrfach durchbrochen:*

- bei der Registrierung von Tatsachen (Kennzeichnung des Grundstücks, seines Werts, Angaben über dessen Lage, über die Nutzungsart und die Fläche), bei Rechtstatsachen (Minderjährigkeit, Entmündigung);
- bei gesetzlichen Beschränkungen (Entzug des Grundstücks aus dem zivilen Rechtsverkehr, Städtebau, Fürsorge);
- bei bestimmten gesetzlichen Ausnahmen (Zuwachs, Ersitzung, Erbfolge, Enteignung, Zwangsverkauf);
- bei Universalrechtsnachfolge und im Fall der Schlechtgläubigkeit des Erwerbers.

*Das Gesetz relativiert ferner den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zugunsten eines Erwerbers durch die Möglichkeit einer Berichtigungsklage des Grundbuchstandes. Dazu siehe unten II.5. Vertrauensschutz.*

Art. 43 des Gesetzes 7/1996 bestimmt, dass jede Person das Grundbuch einsehen kann. Auf Antrag werden Auszüge (*extrase*), Bescheinigungen (*certificate*) oder beglaubigte Abschriften (*copii certificate conform cu originalul*) über das Grundbuch ausgestellt. Jeder interessierte Dritte kann sich dadurch über die Rechtslage an einer Immobilie informieren (**formelles Publizitätsprinzip**). Durch die Neuregelung des Art. 43 durch das Gesetz 247/2005 wird ein Dritter, der das Grundbuch einsehen möchte, nicht mehr aufgefordert, sein Interesse daran nachzuweisen.

### 3. Konstitutive oder deklaratorische Eintragung

Die *Eintragung* eines Realrechts in das Grundbuch hat im rumänischen Recht keine konstitutive, sondern nur eine deklaratorische Bedeutung. Die *Löschung* eines ins Grundbuch eingetragenen Realrechts hat aber eine konstitutive Bedeutung. Diese ungewöhnliche Lösung des rumänischen Gesetzgebers wurde durch die Novelle<sup>24</sup> des Gesetzes 7/1996 im Jahr 2005 eingeführt. Obwohl das Prinzip der deklaratorischen Eintragung außer Zweifel akzeptiert wird, stehen einige Bestimmungen des novellierten Gesetzes nicht im Einklang mit diesem Prinzip<sup>25</sup>. So bestimmt Art. 27 Abs. 1, dass derjenige, der sich verpflichtet, einem anderen ein Realrecht an einer Immobilie zu verschaffen, auch alle Urkunden, die für die Eintragung des

<sup>24</sup> Gesetz Nr. 247/2005, Amtsblatt Nr. 653 vom 22.7.2005.

<sup>25</sup> Vgl. auch *Nicolae*, S. 222 ff.

Realrechts notwendig sind, der anderen Partei übergeben muss (sog. *acțiunea în prestație tabulară*). Es ist nicht eindeutig, ob in diesem Fall das Realrecht erst mit der Eintragung im Grundbuch entsteht oder schon gleich durch den jeweiligen Rechtsakt verschafft wird.

Diese Vorschriften des Gesetzes 7/1996, die nicht im Einklang mit dem Prinzip der deklaratorischen Eintragung stehen, sind fast wörtlich auch im Dekret-Gesetz 115/1938 zu finden. Dieses Gesetz folgte aber dem Prinzip der konstitutiven Eintragung. Der rumänische Gesetzgeber hat mit der Novelle des Gesetzes 7/1996 im Jahr 2005 eine grundlegende Reform des Grundbuchsrechts im Sinne des Dekret-Gesetzes 115/1938 beabsichtigt, aber an einigen Stellen sind widersprüchliche Vorschriften zu finden. Das gilt auch für die deklaratorische oder konstitutive Eintragung. Daher ist es geboten, dass der Gesetzgeber selbst diese Vorschriften in Einklang bringt, sodass keine Rechtsunsicherheit durch Meinungsverschiedenheiten in Lehre oder Rechtsprechung entstehen.

#### 4. Rangsystem

Das Gesetz 7/1996 bestimmt im Art. 49 Abs. 3, dass die Eintragungen in der Reihenfolge des Eingangs der Anträge beim Grundbuchamt vorzunehmen sind. Auch bei den Anträgen, die per Post bei dem zuständigen Grundbuchamt eingegangen sind, werden gemäß Art. 57 Abs. 5 GBVO zunächst das Datum und die Uhrzeit des Eingangs notiert und erst dann werden die Anträge zur Bearbeitung weitergeleitet.

Die Möglichkeit, einen vertraglichen **Rangtausch** zu vereinbaren, ist nicht in ZGB oder in Gesetz 7/1996, sondern nur in Art. 42 und Art. 106 GBVO vorgesehen. Dafür sieht die GBVO die Notwendigkeit einer Vereinbarung zwischen den beiden Hypothekengläubigern und die Publizität des Rangtausches durch Annotation (*notarea priorității*) vor. Der Rangtausch wirkt nur zwischen den Vertragsparteien und schadet Dritten nicht. Der Hypothekengläubiger, der durch einen Rangtausch in den Genuss eines besseren Rangs gekommen ist, kann diesen Rang nur in Höhe der für den anderen Hypothekengläubiger zuvor an diese Stelle eingetragenen Hypothek in Anspruch nehmen<sup>26</sup>. Nicht klar geregelt ist, in welcher Form die Vereinbarung zwischen den beiden Hypothekengläubigern erfolgen muss. Aus der Auslegung des Art. 1722 ZGB und Art. 22 des Gesetzes 7/1996 kann man feststellen, dass eine solche Vereinbarung in öffentlich beurkundeter Form (*act autentic*) erfolgen soll<sup>27</sup>.

Eine interessante Problematik im Bezug auf den Rangtausch ist es, ob es möglich wäre, dass ein Hypothekengläubiger, der an einer Immobilie mehrere Hypotheken eingetragen hat, in den Genuss eines besseren Rangs durch einen Rangtausch kommen könnte. In der alten Literatur<sup>28</sup> (vor dem Zweiten Weltkrieg) wurde diese Möglichkeit verneint, da offenbar eine Vereinbarung fehlte. In der heutigen Lehre<sup>29</sup> wird ein solcher Rangtausch für möglich gehalten.

26 Nicolae, S. 341.

27 Nicolae, S. 342.

28 Negrea, Noul regim al cărților funciare – Legea pentru unificarea cărților funciare din 1938 [Die neuen Grundbücher – Das Grundbuchgesetz vom 1938], Sibiu, 1942, S. 76 ff.

29 Nicolae, S. 342.

Es ist auch möglich gemäß Art. 41 des Gesetzes 7/1996, dass der Eigentümer einer Immobilie seine Absicht, diese Immobilie zu veräußern oder mit einer Hypothek zu belasten, im Grundbuch eintragen lässt. Damit wird faktisch die **Reservierung einer günstigen Rangstelle** ermöglicht. Diese Anmerkung im Grundbuch für eine beabsichtigte Veräußerung oder Verpfändung der Liegenschaft muss nicht für ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder einen bestimmten Rechtserwerber konkretisiert werden. Jedoch, wenn die beabsichtigte Verpfändung durch eine Hypothek angemerket wird, muss auch die zu sichernde Summe benannt werden. Dabei muss beachtet werden, dass eine solche Vormerkung nach Ablauf von zwei Monaten ab dem Eintragungsdatum von Amts wegen gelöscht wird (Art. 42). In dieser Zeit kann die Eintragung des vorgemerkten Rechts erfolgen und der Hypothek wird der angemerkte Rang zukommen.

## 5. Vertrauensschutz

Aus Art. 33 des Gesetzes 7/1996 folgt *sowohl eine positive als auch eine negative Publizität des Grundbuchs*. Zum einen wird vermutet, dass das im Grundbuch zugunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers eingetragene Recht besteht, sofern nicht das Gegenteil bewiesen werden kann (Abs. 1). Ferner wird vermutet, dass ein gelöscht Recht nicht mehr besteht (Abs. 2).

Diese Bestimmungen des Gesetzes ähneln sehr den Bestimmungen des § 891 des deutschen BGB<sup>30</sup>, doch die Richtigkeitsvermutung des gutgläubigen Erwerbers nach rumänischem Recht ist *nicht* eine Vermutung *iusuris et de iure* und damit widerlegbar.

*Das Gesetz relativiert den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zugunsten eines Erwerbers*, der ein Immobiliarealrecht in gutem Glauben und aufgrund des Grundbuchstandes erworben hat. Der Erwerber eines dinglichen Rechts kann also die Ansprüche eines Gegners, der ihm dieses Recht streitig macht, nicht automatisch mit dem Hinweis auf die Eintragung des Rechts ausschließen. Er wird dann vor einer Eigentumsentziehung aus Gründen der Ungültigkeit des Erwerbstitels vor seiner Anschaffung geschützt, wenn der Betroffene (vorhergehender tabellarischer Eigentümer oder jede andere durch die Registrierung geschädigte Person) nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eine Klage auf *Berichtigung des Grundbuchstandes* beantragt hat. Die Klage kann gemäß Art. 39 des Gesetzes 7/1996 im Grundbuch eingetragen werden, um Drittwirksamkeit zu erlangen. So wird das Gerichtsurteil in diesem Fall auch Dritten, die das Recht nach der Eintragung der Klage erworben haben, wirksam. Ein Dritter, der ein zugunsten einer Person eingetragenes Recht, das durch ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft erworben wurde, bestreitet, muss im Zuge eines *Berichtigungsverfahrens* nachweisen, dass entweder im Zeitpunkt des Rechtserwerbs ein Klageantrag im Grundbuch vermerkt war, durch den der Inhalt des Grundbuchs bestritten wird, oder der Erwerber auf sonstige Weise von der Unrichtigkeit des Grundbuchs Kenntnis erlangt hat.

---

30 Der Grund für diese Ähnlichkeit besteht darin, dass die gültige Fassung des Art. 32 des Gesetzes 7/1996 fast wörtlich die Bestimmungen des Art. 32 des Grundbuchgesetzes Nr. 115/1938 übernimmt, das seinerseits stark an § 891 des deutschen BGB anknüpfte.

Grundlage einer solchen Berichtigung ist gemäß Art. 36 des Gesetzes 7/1996 eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung, die sich auf eine der folgenden Tatsachen stützt:

- Die Eintragung oder der Rechtsakt, auf dem die Eintragung beruht, ist ungültig.
- Das eingetragene Recht ist unrichtig qualifiziert worden.
- Die Voraussetzungen für das Bestehen des eingetragenen Rechts sind weggefallen oder das Rechtsgeschäft, auf dessen Grundlage die Eintragung erfolgt ist, erzeugt keine Wirkungen mehr.
- Die Eintragung im Grundbuch stimmt mit der tatsächlichen aktuellen Situation der Liegenschaft nicht mehr überein.

Durch die Novelle des Gesetzes 7/1996 im Jahr 2005<sup>31</sup> wurde die Möglichkeit geschaffen, eine Berichtigung des Grundbuchs auch durch das Einvernehmen der Parteien vorzunehmen.

Für die *Verjährung des Klageanspruchs* gelten nach Art. 37 und 38 des Gesetzes 7/1996 differenzierte Regelungen. Grundsätzlich ist dieser Anspruch *unverjährbar*. In Abhängigkeit davon, ob der gutgläubige Erwerber das strittige Recht entgeltlich oder unentgeltlich erworben hat, gelten Verjährungsfristen von *drei bzw. zehn Jahren*.

#### *Gutgläubiger Erwerb von (hypothekarisch besicherten) Forderungen*

Bei einer Forderungsabtretung differenziert das rumänische Recht nach der Wirkung der *Zession inter partes* und der Drittwirkung. Entsprechend den üblichen rumänischen Zivilrechtsgrundsätzen, ist die Forderungsabtretung ein Konsensualvertrag, d.h. die Übertragung der Forderung wird rechtskräftig und vollzieht sich durch die Willenseinigung der Parteien. Die Zustimmung des Schuldners ist für die Gültigkeit der Forderungsabtretung nicht notwendig.

Bezüglich der Rangordnung, der Publizität und der Vollstreckung unterliegen alle Forderungsabtretungen den Bestimmungen des Mobiliarsicherheitsgesetzes, d.h. um Drittwirksamkeit zu erlangen, muss jede Forderungsabtretung in das Archiv für Mobiliarsicherheiten eingetragen werden. Daher kann es durchaus möglich sein, dass bei einer Mehrfachabtretung derselben Forderung ein zeitlich nachfolgender zweiter Zessionar zuerst die Erfordernisse für die Drittwirksamkeit erfüllt. In diesem Fall wird die Forderung von diesem zweiten Zessionar erworben, der in den Genuss der Drittwirksamkeit gekommen ist (*qui prior tempore potior iure*).<sup>32</sup>

Auch ein Verfügungsrecht des Hypothekengläubigers über eine Hypothek, deren zugrunde liegende Forderung zwar bereits getilgt wurde, aber noch im Grundbuch eingetragen ist, wird im rumänischen Recht nach h.M. nicht akzeptiert. Daher kann eine zwar getilgte, aber aus dem Grundbuch noch nicht gelöschte Forderung einem Dritten nicht abgetreten werden. Im rumänischen Recht nach dem Grundsatz *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* kann niemand einem anderen ein Recht, das ihm selbst nicht zusteht, übertragen.

31 Art. 35<sup>1</sup> Abs. 4 und Art. 53 des Gesetzes 7/1996 in der Fassung nach den Änderungen durch das Gesetz 247/2005.

32 *Stătescu/Bârsan*, S. 379.

### III. Akzessorietätswirkungen

#### 1. Entstehensakzessorietät

Die Hypothek nach rumänischem Recht ist ein akzessorisches Grundpfandrecht und daher sind ihr Entstehen und ihr Bestand von dem Bestand und dem Vorhandensein der zu sichernden Forderung abhängig.

Die *causa* für die Bestellung einer Hypothek ist in dem Kreditvertrag gelegt. Der Kreditvertrag enthält Klauseln, wonach der Kredit einer Besicherung durch entsprechende Kreditsicherheiten bedarf.

Durch eine Hypothek können *auflösend befristete* und *auflösend bedingte Forderungen* gesichert werden, weil diese Forderungen zunächst bestehen. Die Hypothek geht allerdings unter, sobald die Forderung erlischt, sei es durch Ablauf der Frist oder durch Eintritt der Bedingung.

Auch eine Forderung unter einer *aufschiebenden Befristung* kann durch eine Hypothek gesichert werden. In diesem Fall wird nach rumänischem Recht nur die Fälligkeit der Forderung von einem zukünftigen Ereignis, dessen Eintritt aber sicher ist, abhängig gemacht.

Die *aufschiebend bedingten Forderungen* können auch durch eine Hypothek gesichert werden, weil die Hypothek so lange wie die Forderung auch aufschiebend bedingt ist. Außerdem setzt die Hypothek eine Forderung in dem Sinne voraus, dass die Forderung nicht schon vorher bestehen muss, sondern nur, dass sie bestimmbar sein muss<sup>33</sup>. Ein aufschiebend bedingtes Recht wird nach rumänischem Recht mit Eintritt der Bedingung rückwirkend zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts wirksam, sodass sich der Rang einer solchen Hypothek nach der Eintragung bestimmt.

Eine Lockerung des Akzessorietätsprinzips im rumänischen Recht erfolgt durch die Bestellung von Hypotheken, die künftige Forderungen besichern sollen. Die Möglichkeit der Bestellung solcher Hypotheken wurde in rumänischem Recht durch das Hypothekenkreditgesetz 190/1999, das die Bestimmung des Art. 1775 ZGB aufgehoben hat, ermöglicht.

Art. 1775 ZGB verbietet grundsätzlich das Verpfänden zukünftiger Güter von Schuldnern und daher die Bestellung von Hypotheken für künftige Forderungen. Durch das Gesetz Nr. 190/1999 wurden die Bestimmungen des Art. 1775 ZGB für den Fall, dass eine zukünftige Immobilie nach den Bestimmungen dieses Gesetzes finanziert wird, außer Kraft gesetzt und die Möglichkeit der Finanzierung von noch zu errichtenden Gebäuden eröffnet.

Hinsichtlich der Publizität stellt sich das Eintragungsverfahren wie folgt dar: *Bauwerke*, die errichtet werden, werden im Grundbuch nach den Bestimmungen des Art. 31 des Gesetzes 7/1996 nur *vorläufig intabuliert*. Es wird nicht das Eigentumsrecht am Bauwerk eingetragen, sondern nur eine vorläufige Intabulation desselben durchgeführt; bedingte Intabulation unter der aufhebenden Bedingung der Errichtung des Bauwerks nach den Vorschriften der Baugenehmigung. Eine (defi-

---

33 Hamagiu/Rosetti/Băicoianu, S. 1160.

nitive) Intabulation kann noch nicht erfolgen, da das Bauwerk eben real noch nicht existiert.

Konsequenterweise wird auch das *Hypothekenrecht* nur *vorläufig im Teil III des Grundbuchs intabuliert*, weil – wie in Art. 1770 ZGB vorgesehen – derjenige, der ein bedingtes Eigentumsrecht an einer Immobilie hat, nur unter derselben Bedingung eine Hypothek begründen kann. Die Eintragung wird nur durch die spätere Rechtfertigung desselben endgültig, somit nach Fertigstellung und Übernahme der Wohnung (basierend auf einem Übergabe- bzw. Abnahmeprotokoll). Die vorläufige Intabulation wird nach Fertigstellung des Bauwerks in eine endgültige Intabulation geändert. Die Intabulation des Hypothekenrechts wirkt Dritten gegenüber mit dem durch den Intabulationsantrag bestimmten *Rang* und nur unter der Bedingung und im Ausmaß seiner Rechtfertigung. Nach der Rechtfertigung wird die vorläufige zu einer endgültigen Intabulation.

## 2. Umfangsakzessorietät

Für die Begründung einer Hypothek muss nach dem Spezialitätsprinzip des Grundpfandrechts die gesicherte Forderung auf eine bestimmte Summe lauten (Art. 1776 ZGB), d.h. dass die Forderung bestimmt sein muss. Für die Bestimmtheit der Forderung wäre es ausreichend, dass der Rechtsgrund und der mögliche Höchstbetrag dieser Forderung feststehen<sup>34</sup>.

Die Hypothek besichert kraft Gesetzes den Anspruch auf die gesetzlichen und vertraglichen Zinsen.

Das Akzessorietätsprinzip macht die *Auswechslung* der durch eine Hypothek gesicherten Forderung gegen eine andere Forderung unmöglich. In den konkreten Fällen muss genau festgestellt werden, ob es sich um eine Löschung der alten Forderung oder nur eine *Modifizierung* derselben geht. Es muss ferner zwischen bloßen Änderungen der hypothekarisch gesicherten Forderung und einer *Novation* unterschieden werden. Die *Modifizierung* einer Forderung erfolgt i.d.R. über einen Nachtrag zum Kreditvertrag und Hypothekenvertrag.

Gemäß Art. 1800 Abs. 1 ZGB geht die Hypothek wegen ihres akzessorischen Charakters unter, sobald die Forderung untergeht. Es besteht also nicht die Möglichkeit, dass eine nicht gelöschte Hypothek weiter existiert und auf eine andere Forderung übertragen werden könnte. In der Literatur<sup>35</sup> wurde auch vereinzelt die Meinung vertreten, dass, sobald die Forderung aus irgendeinem Rechtsgrund (z.B. Tilgung, Kompensation) erlöschen wird, die eingetragene Hypothek weiter bestehen würde und diese eine zweite Forderung besichern könnte bis zur Höhe der ersten Forderung. Dies wäre möglich nur mittels einer im Kreditvertrag bereits festgelegten entsprechenden Klausel, die diese Möglichkeit abdeckt. Anderenfalls sollte die Hypothek als gelöscht betrachtet werden<sup>36</sup>.

34 *Alexandrescu*, S. 599; *Nicolae*, Contractul de ipotecă [Der Hypothekenvertrag], Revista de drept comercial 7/1997, S. 102.

35 *Pătulea*, Despre posibilitatea transferării garanției prin contractul de ipotecă de la un credit la altul [Über die Möglichkeit der Übertragung einer Hypothek auf eine neue Forderung in den Kreditverträgen], Dreptul 2/1998, S. 66.

36 *Nicolae*, Contractul de ipotecă [Der Hypothekenvertrag], Revista de drept comercial 7/1997, S. 102.

### 3. Zuständigkeitsakzessorietät

Das Akzessorietätsprinzip erfordert, dass der Gläubiger der gesicherten Forderung auch Gläubiger der Hypothek sein muss.

#### *Übertragung der Hypothek*

Die Hypothek wird durch Abtretung der Forderung (*cesiune de creanță*) übertragen. Der Hypothekengläubiger braucht dafür nicht die Zustimmung des Schuldners. Auch bedingte oder künftige Forderungen sind abtretbar. Bei einer Forderungsabtretung nach rumänischem Recht erwirbt der Zessionar genau die gleichen Rechte und Pflichten, die der Zedent vorher hatte, zudem sind diese mit den gleichen Sicherheiten ausgestattet und ihnen haften die gleichen Erlöschungsgründe an. Der Zessionar kann gemäß Art. 104 GBVO beim zuständigen Grundbuchamt die Eintragung der Hypothek zu seinen Gunsten anhand des Zessionsvertrags beantragen, was in der Praxis auch der Regelfall ist.

Entsprechend den üblichen rumänischen Zivilrechtsgrundsätzen ist die Forderungsabtretung ein Konsensualvertrag, d.h. die Übertragung der Forderung wird rechtskräftig und vollzieht sich durch die Willenseinigung der Parteien. Dabei spielt es eine zentrale Rolle, dass der Zessionar die Vollinhaberstellung der jeweiligen Forderung erlangt. Die Zustimmung des Drittschuldners ist für die Gültigkeit der Forderungsabtretung nicht notwendig. Jedoch, um Wirkung gegenüber den Drittschuldner erlangen zu können, wird die Abtretung ihm angezeigt oder von ihm angenommen. Nach rumänischem Recht unterliegen alle Forderungsabtretungen den Bestimmungen des Mobiliarsicherheitsgesetzes bezüglich der Rangordnung, der Publizität und der Vollstreckung.

Durch das Verbriefungsgesetz Nr. 31/2006 wurde die Möglichkeit geschaffen, grundpfandrechlich gesicherte Kredite durch Forderungsabtretung auf eine Zweckgesellschaft zu übertragen. Dazu siehe unten *C.2.d. Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung*.

### 4. Durchsetzungsakzessorietät

Der Inhaber einer Hypothek hat ein Verwertungsrecht an dem belasteten Grundstück und kann dieses realisieren, wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen. Für die gesicherte Forderung haften die verpfändete Liegenschaft sowie ihr Zubehör und ihre Früchte. Die Versicherungsansprüche aus dem Versicherungsvertrag für die jeweilige Immobilie werden an den Kreditgeber abgetreten.

Bei den Versicherungsverträgen, die bis März 2006 abgeschlossen wurden, war die finanzierende Bank als Begünstigte des Versicherungsvertrages eingesetzt. Nach dem In-Kraft-Treten der Novelle<sup>37</sup> zum Hypothekenkreditgesetz, werden die Versicherungsansprüche an die Bank abgetreten. Die Bank muss also eine solche Abtretung durch entsprechende Regelungen in den Verträgen mit dem Kreditnehmer sicherstellen. Um Drittwirkung gegenüber Dritten (mit Ausnahme vom Versicherer) zu erlangen, muss die Abtretung in das Archiv für Mobiliarsicherheiten<sup>38</sup>

37 Gesetz Nr. 34/2006, Amtsblatt Nr. 200 vom 3.3.2006.

38 In der Tat handelt es sich um eine Datenbank mit der Funktion eines Publizitätsregisters. Vgl. *Têves*, Die Neuregelung der Mobiliarsicherheiten im rumänischen Recht, WiRO 12/1999, 441 ff.

eingetragen werden. Um Drittwirkung auch gegenüber der Versicherungsgesellschaft zu erlangen, muss die Abtretung gesondert der Versicherung durch einen Brief mit Empfangsbestätigung angezeigt werden.

Wenn eine Immobilie durch einen Hypothekarkredit finanziert wurde, sind die Voraussetzungen der Eröffnung des Vollstreckungsverfahrens im Gesetz 190/1999 festgelegt.

Der Gläubiger kann gegen den Schuldner mit der Hypothekarklage (*acțiunea ipotecară*) vorgehen. Der beklagte Hypothekenschuldner hat in diesem Fall folgende Einwendungen: die Einwendung des Nichtbestehens oder der Löschung der Forderung, die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit, die Verjährung der Ansprüche.

Falls die belastete Liegenschaft veräußert wird, gehen auch die Rechte und Pflichten, die mit dieser verbunden sind, auf den neuen Liegenschaftseigentümer über. Im rumänischen Recht wird der Erwerber in diesem Fall als Dritter (*terți detentori*) benannt. Dritter in diesem Sinne ist ein nicht persönlich haftender Erwerber, der Eigentümer einer hypothekarisch belasteten Liegenschaft geworden ist. Dies sind Sonderrechtsnachfolger (z.B. nach Kauf, Tausch, Schenkung und Einzelvermächtnis), die die mit der Hypothek belasteten Liegenschaften erworben haben. Auch Eigentümer, die an ihrer Liegenschaft eine Hypothek zur Sicherung einer fremden Schuld bestellt haben (*cauțiunea reală*), werden wie Dritte in diesem Sinne behandelt.

Die Einreden, die dem Erwerber der mit einer Hypothek belasteten Liegenschaft zustehen, sind: die Löschung der Forderung, die Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit, die Einrede der Gewährleistung (*exceptia de garanție contra evicțiunii*), die Einrede der Vorausklage (*beneficiul de discuțiune*)<sup>39</sup>.

Außerdem stehen dem Erwerber der belasteten Liegenschaften nach dem Einbringen einer Hypothekarklage die folgenden vier Möglichkeiten zur Verfügung:

- Tilgung der Forderung (Art. 1792 ZGB); dadurch erfolgt eine Subrogation (Gläubigerauswechslung) des Erwerbers in die Rechte des Gläubigers (Art. 1108 Abs. 2 ZGB);
- Verzicht auf die belastete Liegenschaft zugunsten des Gläubigers (Art. 1795–1797 ZGB);
- das Hypothekenbereinigungsverfahren (Art. 1804–1818 ZGB);
- die Zwangsvollstreckung zu dulden (Art. 1793 ZGB).

In allen diesen vier Fällen hat der Erwerber jedoch die Gewährleistungsklage (*recurs in garanție*) gegen den Hauptschuldner oder den anfänglichen Eigentümer der Immobilie, um Ersatz seines Schadens zu erlangen (Art. 1337, 1799 ZGB).

<sup>39</sup> Durch diese Einrede kann der Erwerber der mit einer Hypothek belasteten Liegenschaft, der nicht persönlich für die hypothekarisch besicherte Forderung haftet, beim jeweiligen Vollstreckungsgericht beantragen, dass der Gläubiger zuerst eine andere Liegenschaft, die sich noch im Besitz des anfänglichen Eigentümers befindet und für dieselbe Forderung haftet, vollstreckt (Art. 492 Abs. 2 ZPO).

*Durchführung der Einzelzwangsvollstreckung*

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist in den Art. 488 ff. ZPO geregelt. Die Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, sind in erster Linie die Immobilien, mit allen Bestandteilen, samt Zubehör (Art. 490 ZPO). Auch die grundstücksgleichen Rechte, wie das Erbbaurecht und das Nießbrauchrecht können der Immobiliärzwangsvollstreckung unterliegen (Art. 488 Abs. 2 ZPO). Auch das Gebäudeeigentum, das vom Eigentum am Grundstück getrennt ist, kann gleichfalls Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sein (Art. 489 Abs. 2 ZPO).

Die Zwangsversteigerung wird vom zuständigen Gericht durch Anordnungsbeschluss (*investirea cu formulă executorie*) angeordnet. Voraussetzung für die Durchführung der Zwangsvollstreckung ist eine rechtskräftige und vollstreckbare Entscheidung eines Gerichts oder ein anderer Rechtsakt, der als Exekutionstitel gilt. Die Einleitung der Zwangsvollstreckung anhand eines Rechtsaktes, der vom Gesetz als Exekutionstitel angesehen wird, bedarf nicht eines Anordnungsbeschlusses des zuständigen Gerichts<sup>40</sup>.

Sofern das Gericht oder ein Gläubiger die Voraussetzungen für die Zwangsversteigerung als erfüllt ansieht, wird dem zuständigen Gerichtsvollzieher der dafür erforderliche Anordnungsbeschluss oder der Exekutionstitel übermittelt. Anhand dieses Titels erstellt der Gerichtsvollzieher ein Protokoll über den Zustand der Immobilie. Auf diese Weise wird die Immobilie genauer individualisiert und auch deren Marktpreis ermittelt<sup>41</sup>. Der Gerichtsvollzieher fordert den Schuldner zur Zahlung auf, um die Vollstreckung in die jeweilige Immobilie zu vermeiden. Diese Aufforderung zur Zahlung (*somația de plată*) wird durch einen Versteigerungsvermerk auch in das Grundbuch eingetragen, welche die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots für den Schuldner hat, so dass seine Verfügungen (Veräußerungen oder Belastungen) dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam sind und auf dessen Verlangen im Verfahren unberücksichtigt bleiben (Art. 497 Abs. 4 ZPO).

Der Schuldner kann innerhalb von zehn Tagen ab der Zustellung der Zahlungsaufforderung bei dem zuständigen Gericht beantragen, dass er die Forderung in den nächsten sechs Monaten aus eigenen Einkünften oder Einkünften aus der Immobilie begleichen möchte. Falls das Gericht diesem Antrag zustimmt, wird das Vollstreckungsverfahren vorübergehend ausgesetzt.

Wenn der Schuldner innerhalb von 15 Tagen ab Zustellung der Zahlungsaufforderung die Forderung nicht begleicht, beginnt der Gerichtsvollzieher mit dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren in die Immobilie.

Nachdem der Preis für die jeweilige Immobilie festgesetzt wurde, bestimmt der Gerichtsvollzieher den *Versteigerungstermin*. Die Bestimmung des Versteigerungstermins ist öffentlich bekannt zu machen.

40 Art. 374<sup>1</sup> ZPO wurde durch das Gesetz Nr. 459/2006 (Amtblatt Nr. 994/13.12.2006) eingefügt.

41 Der Wert der Immobilie wird durch die Einschaltung eines Immobiliengutachters (evaluator imobiliar) ermittelt.

Das Versteigerungsverfahren ist öffentlich und kann am Sitz des jeweiligen Gerichtsvollziehers, beim zuständigen Gericht, beim Ort, wo die Immobilie sich befindet oder in einem anderen, für das Verfahren passenden Ort stattfinden (Art. 507 ZPO). Beim Versteigerungstermin wird der Zuschlag erteilt, wenn für die Immobilie ein Preis geboten wird, der über dem im Bericht des Gerichtsvollziehers festgesetzten Wert liegt oder mindestens diesen Wert erreicht. Falls beim ersten Versteigerungstermin nicht ein solcher Preis geboten wird, dann wird die Immobilie bei einem zweiten Termin, innerhalb von 60 Tagen, nochmals versteigert. Bei diesem zweiten Termin beginnt die Auktion bei einem Preis von 75% des ermittelten Immobilienwertes. Der Zuschlag wird dem Meistbietenden erteilt.

Die Einrichtung eines *Mindestgebots*, das mindestens den Immobilienwert (beim ersten Versteigerungstermin) oder 75% dieses Wertes (bei einem zweiten Versteigerungstermin) beträgt, soll Verschleuderungen verhindern und den Hypothekenschuldner und diejenigen Berechtigten, die bei Erteilung des Zuschlags leer ausgehen würden, schützen. Dieser Schutz gilt aber de facto nur im ersten Versteigerungstermin. In der Zwangsversteigerung dürfen allerdings nicht die Rechte der vorgehenden Gläubiger beeinträchtigt werden. Der Gerichtsvollzieher soll deshalb nur Gebote zulassen, durch welche die Rechte gedeckt werden, die dem Recht des bestrangig betreibenden Gläubigers vorgehen (Art. 509 ZPO). Die vorgehende Rechte bleiben nicht bestehen und können nicht gegen den Ersteher fortwirken, es gilt also nicht das sog. *Übernahmeprinzip* (Art. 518 Abs. 3 ZPO).

Die Entscheidung über den Zuschlag nach dem Versteigerungstermin ergeht durch Beschluss des Gerichtsvollziehers. Der Zuschlag wird erst mit Zahlung des Kaufpreises wirksam und muss innerhalb eines Monats nach dem erfolgreichen Versteigerungstermin erfolgen. Der Zuschlag bewirkt gemäß Art. 1800 Abs. 3 ZGB eine gültige Hypothekenbereinigung (*purga*). Für die Übertragung des Eigentumsrechts durch den Ersteher und die Löschung der jeweiligen Sicherheiten und Lasten an die versteigerte Immobilie siehe unten *C.3.d. Liegenbelassung*.

Hinsichtlich Hypothekarkreditgebern bestimmt Art. 564 ZPO, dass die Forderungen von dem Betrag zu bezahlen sind, der aus der Versteigerung des Gutes Erlöst wurde, nachdem die Verfahrenskosten zuvor gedeckt wurden. Im Verhältnis zu diesen Forderungen sind die gesicherten Gläubiger bevorrechtigt.

Wenn aus der Verwertung des belasteten Grundstücks keine volle Befriedigung des Kreditgebers erfolgt, dann hat dieser allein wegen der Hypothek noch keinen Zugriff auf das sonstige Vermögen des Schuldners. Aus diesem Grund werden in der Kreditpraxis zusätzliche Sicherheiten neben einer Hypothek bestellt, wie die Verpfändung der Gehaltsforderungen zugunsten der Banken oder eine Bürgschaft eingeräumt. Die Kreditinstitute vereinbaren in der Regel im Kreditvertrag, welche zusätzliche Kreditsicherheiten durch den Kreditnehmer einzubringen sind.

Die Zwangsversteigerung dient der Befriedigung des betreibenden Gläubigers. Ein bei der Verteilung allfälliger verbleibender Restbetrag (Überschuss) ist dem Schuldner herauszugeben (Art. 562 ZPO).

Wird die Zwangsvollstreckung von mehreren Kreditgebern eingeleitet oder haben bis zur Zuerkennung und Verteilung des aus der Zwangsvollstreckung erhaltenen Betrags auch andere Kreditgeber Klage eingereicht, so wird der Betrag entsprechend

der Reihenfolge des Art. 563 ZPO verteilt. Die Forderungen der Hypothekengläubiger werden befriedigt, nachdem die Verfahrenskosten abgedeckt wurden (Art. 564 ZPO). Im Übrigen sind die hypothekarisch gesicherten Forderungen bevorzugt.

#### *Insolvenzverfahren*

Das Insolvenzgesetz Nr. 85/2006<sup>42</sup> begründet in Art. 121 ein *Absonderungsrecht für die hypothekarisch gesicherten Gläubiger*, indem die erlangten Erlöse aus der Verwertung der zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenstände, die mit Hypotheken zugunsten des Gläubigers belastet sind, nach der Deckung nur der Verfahrenskosten befriedigt werden. Wenn der Erlös aus der Verwertung eines mit dinglichen Sicherheiten behafteten Gegenstandes zur vollständigen Deckung der Forderungen nicht hinreicht, so werden die dinglich gesicherten Gläubiger hinsichtlich der verbleibenden Differenz (Ausfallforderung) als ungesicherte Gläubiger behandelt und nach der im Art. 123 des Insolvenzgesetzes vorgesehenen Reihenfolge befriedigt.

Vom Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung an werden gemäß Art. 36 des Insolvenzgesetzes alle gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren gegen den Schuldner und sein Vermögen ausgesetzt. Dieses Verbot gilt allerdings gemäß Art. 39 des Insolvenzgesetzes nicht, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Mobiliarsicherheit oder im Zusammenhang mit einem Zurückbehaltungsrecht eröffnet wurde. In diesem Fall können diese Gläubiger vom zuständigen Richter die Aufhebung dieser Sperre und eine sofortige Verwertung der Sicherheiten im Rahmen des allgemeinen Insolvenzverfahrens verlangen.

#### **5. Erlöschensakzessorietät**

Da die Hypothek akzessorisch ist, erlischt sie mit dem Wegfall der Forderung. An die Stelle der kraft Gesetzes gelöschten Hypothek tritt keine Eigentümerhypothek, da eine solche Art von Hypothek dem rumänischen Recht fremd ist. Die nachrangigen Hypotheken rücken in die freie Stelle vor.

In der Zwangsversteigerung erlischt die Hypothek mit der Eintragung des Eigentumsrechts an der zwangsversteigerten Immobilie zugunsten des Erstehers. Siehe unten *Teil C.3.d. Liegenbelassung*.

#### **IV. Schutz des Eigentümers vor ungerechtfertigter (doppelter) Inanspruchnahme**

Dem Eigentümer stehen gegenüber dem neuen Hypothekengläubiger alle Einreden und Einwendungen, die er dem alten Gläubiger gegenüber hatte. Dadurch kann der Eigentümer einer Immobilie, die durch eine Hypothek belastet wird, das Bestehen einer gesicherten Forderung gegenüber jedem Hypothekengläubiger bestreiten.

Da im rumänischen Liegenschaftsrecht nach dem Grundsatz *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* niemand einem anderen ein Recht übertragen kann, das ihm selbst nicht zusteht, ist ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Hypothek unmöglich.

<sup>42</sup> Insolvenzgesetz Nr. 85/2006, Amtsblatt Nr. 359/21.4.2006.

## C. Praktische Anwendungsmöglichkeiten

### 1. Veränderung der Forderung (Schuldner und Gläubiger bleiben gleich)

#### a. Forderungsauswechslung und Kreditaufstockung

Eine Hypothek kann nur für eine bestimmte Höhe der besicherten Forderung begründet werden und im Nachhinein ist es möglich, über einen Nachtrag zum Kreditvertrag, die Forderung zu erhöhen. In diesem Fall müssen die Änderungen des Hypothekenvertrages in das Grundbuch eingetragen werden, um Drittwirksamkeit zu erlangen. Damit wird der hinzugefügte Teil der Forderung einen neuen Rang bekommen und kommt nicht in den Genuss des Ranges der anfänglichen Hypothek<sup>43</sup>.

**Kreditaufstockungen** mit entsprechender Rangwahrung für die ganze Summe sind daher nur dann möglich, wenn in dem Krediteröffnungsvertrag ein Höchstbetrag festgelegt wird.

#### b. Zwischen- und Endfinanzierung sowie weitere Zweckänderungen

Gläubiger und Schuldner können im Rahmen einer Novation vereinbaren, dass die bestehende Verpflichtung durch eine neue ersetzt wird, die einen anderen Gegenstand oder Rechtsgrund hat. Sollten die Parteien durch eine solche Vereinbarung nur die Bestimmung betreffend der Art der Erfüllung, der Zinsen, der Vertragsstrafe oder einer anderen Nebenbestimmung geändert haben, so wird es sich nicht um eine Novation handeln, sondern es besteht dieselbe Forderung fort, die durch dieselbe Hypothek besichert wird. In diesem Fall ist es nicht notwendig, eine neue Grundbucheintragung vorzunehmen, da die Hypothek dieselbe bleibt.

#### c. Neuvaluierung

Da die Hypothek automatisch nach Rückzahlung und Erlöschen der gesicherten Darlehensforderung erlischt, ist es strittig<sup>44</sup>, ob die Parteien vereinbaren können, dass die Hypothek, die die alte Forderung besichert hat, auch die neue Forderung besichern kann. Die h.M. verneint dies. Dazu siehe auch oben *B.III.2. Umfangs-akzessorietät*.

#### d. Kreditlinien

In der Praxis werden die Kreditlinien in der Weise gesichert, dass die Hypothek jeden in Anspruch genommenen Teil einer Kreditlinie sichert. Erlischt eine Forderung aus einer Kreditlinie (durch Rückzahlung), so wird die nächste Forderung, die aus der Kreditlinie hervorgeht, durch dieselbe Hypothek besichert.

#### e. Änderung der Bedingungen

Eine Änderung der Darlehensbedingungen (z.B. eine neue Vereinbarung der Laufzeiten, der Tilgungsbedingungen und der Zinssätze) gilt im rumänischen Recht nicht als Novation, d.h. dass dadurch die Forderung nicht geändert wird, sodass

43 *Nicolae*, Contractul de ipotecă [Der Hypothekenvertrag], Revista de drept comercial 7/1997, S. 102.

44 *Tudorache*, Imposibilitatea transferării garanției, constituită prin contractul de ipotecă, în cazul contractelor de credit autonome [Die Unmöglichkeit der Übertragung einer Hypothek auf eine neue Forderung in den Kreditverträgen], Dreptul 7/1998, S. 37.

diese durch dieselbe Hypothek besichert bleibt. Bei den Änderungen der Zinssätze muss man allerdings beachten, dass die neue Gesamtsumme des Kredits durch die Hypothek gedeckt wird. Das sollte eigentlich keinerlei Probleme hervorbringen, da die Höhe der bestellten Hypothek in der Regel die Höhe des gewährten Kredits übersteigt. Änderungen der zugrunde liegenden Forderung bedürfen einer Eintragung im Grundbuch nur, wenn diese Änderungen einen höheren dinglichen Sicherungsumfang als die Ausgangshypothek aufweisen.

Bei der Eintragung eines Hypothekenkreditvertrages im Grundbuch werden die Zinsen entweder genau ausgewiesen oder die Klausel „einschließlich aller Zinsen“ eingetragen. Daher handelt es sich in dem zweiten Teil um eine Höchstbetragshypothek, die aber als solche vom rumänischen Recht nicht bezeichnet wird.

#### f. Abschnittsfinanzierung

Eine nachträgliche Vereinbarung über die Zinsen wird nach rumänischem Recht nicht als Novation angesehen. Eine nachträgliche Vereinbarung der Zinserhöhung wäre insoweit möglich, wenn die gesamte neu vereinbarte Summe des Kredits den Betrag der eingetragenen Hypothek nicht übersteigt.

## 2. Veränderung auf der Gläubigerseite

### *Kreditablösung durch neuen Gläubiger*

Die *Kreditablösung* erfolgt in der Praxis durch einen vertraglichen Gläubigereintritt (*subrogație convențională*) nach Art. 1107 ZGB. Es gibt zwei Möglichkeiten, einen Gläubigereintritt zu vereinbaren:

- Der *Hypothekengläubiger*, dessen Forderung durch eine andere Person als den Schuldner befriedigt wird, tritt seine Hypothek an diesen neuen Gläubiger ab (*ius offerendi et succendi*). Die Vereinbarung muss gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen.
- Der *Schuldner*, der zur Tilgung eines Darlehens ein neues Darlehen nimmt, kann den neuen Gläubiger in den Rechten des alten Gläubigers subrogieren. Dafür muss in dem neuen Darlehensvertrag ausdrücklich erwähnt werden, dass das neue Darlehen allein mit dem Zweck der Tilgung des alten Darlehens gewährt wurde. Der alte Gläubiger muss außerdem bestätigen, dass seine Forderung durch das Geld aus dem neuen Darlehen befriedigt wurde. Der Gläubigereintritt in diesem Fall erfolgt ohne die Zustimmung des alten Gläubigers.

In Folge eines vertraglichen Gläubigereintritts bleibt die Hypothek bezüglich ihres Ranges bestehen und bezüglich ihres Umfangs und ihres Bestandes von der ursprünglichen Forderung abhängig. Falls die neue Forderung die alte Forderung übersteigt, dann wird durch die Hypothek die neue Forderung nur bis zur Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung gesichert. Dadurch muss man für die Differenz eine Hypothek mit einem niedrigeren Rang bestellen.

#### a. Zwischenfinanzierung, andere Darlehen absichern

Wird ein langfristiger Kredit zwecks Auszahlung eines kurzfristigen Kredits aufgenommen, so kann eine neue Hypothek zwecks Besicherung des langfristigen Kredits bedingt begründet werden, bis zur Höhe der Forderung aus dem kurzfristigen Kredit. Die neue Hypothek ist rechtswirksam, wenn die Löschung der alten

Hypothek durch die Auszahlung des Betrages des kurzfristigen Kredits durch die Grundkreditbank an die Geschäftsbank im Namen und auf Rechnung des Schuldners erfolgt.

b. Anfängliche Konsortialbildung, Austausch von Konsorten, Ausplatzierung, Neubildung der Konsortialanteile

Da bei akzessorischen Sicherheiten Gläubiger der gesicherten Forderung und Sicherungsnehmer identisch sein müssen, ist grundsätzlich für die Sicherung der Darlehensforderungen nur eine unmittelbare Bestellung solcher Sicherheiten zugunsten der einzelnen Konsortialbanken in Höhe ihrer jeweiligen Beteiligungsquote möglich. Auch ein Pooling dieser Sicherheiten käme nur dann in Betracht, wenn auch die Inhaberschaft der Kreditforderungen zentralisiert würde. Eine Treuhändlung in der Weise, dass allein die konsortialführende Bank als Grundpfandrechtsgläubigerin eingetragen wird und dann das Grundpfandrecht auch für die Konsortialbanken treuhänderisch hält, ist in Rumänien nicht bekannt.

In Vertragsdokumentationen sollten Bestimmungen aufgenommen werden, die einen Sicherheitenuntergang (was bei einer Forderungsübertragung mittels Novation der Fall ist) vermeiden und Neubestellungen überflüssig machen. Dazu könnten bestimmte Rechtsinstitute herangezogen werden wie z.B. die Gesamtgläubigerschaft oder die Rechtsfigur des Vertreters ohne Vertretungsmacht.

Die Besicherung eines Konsortialkredits mit akzessorischen Sicherheiten könnte durch die Vereinbarung einer **Gesamtgläubigerschaft** gemäß Art. 1034 ff. ZGB zwischen jeder Konsortialbank einerseits und dem Konsortialführer andererseits unter Beteiligung des Schuldners der besicherten Forderung erfolgen. In diesem Fall könnten die Forderungen mehrerer Gläubiger dadurch gesichert werden, dass die Hypothek für diese Gläubiger als Gesamtgläubiger bestellt wird.

Die Gesamtgläubiger können über ihre Quote an der gesamten Forderung freilich verfügen. Jeder Gläubiger ist dazu berechtigt, die ganze Forderung vom Schuldner einzuziehen. Aber er muss diese eingezogene Forderung mit den anderen Gläubigern teilen, es sei denn, dass er beweisen kann, dass die Forderung allein ihm zusteht.

Die Möglichkeit der Bestellung einer Hypothek zu Gunsten von Forderungen verschiedener Gläubiger erscheint aus materiell-rechtlichen Gründen (Akzessorietätsprinzip) und wegen der entstehenden Unklarheiten aus grundbuchrechtlichen Gründen jedoch bedenklich.

Um nach Abschluss des Konsortialkreditvertrages ohne Mitwirkung des Kreditnehmers den Kreis der Konsorten ändern zu können, könnte die Form einer Innengesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach Art. 1491-1531 ZGB) für das Konsortium gewählt werden. Wenn ein Konsorte einen Teil von seiner Quote an ein anderes Kreditinstitut still überträgt, dann würde es sich um eine bloße Unterbeteiligung handeln; in diesem Fall besteht ebenfalls eine Innengesellschaft, aber nur zwischen dem übertragenden und dem unterbeteiligten Kreditinstitut, während das unterbeteiligte Kreditinstitut weder zu den übrigen Konsorten noch zu dem Kreditnehmer in vertragliche Beziehungen tritt.

Eine *nachträgliche Konsortialbildung* könnte durch die Übertragung eines Konsortialanteils durch Abtretung erfolgen, bei der die Identität der Forderung gewahrt bleibt und die Sicherungsrechte mit übergehen. Eine Möglichkeit, akzessorische Sicherheiten durch den Konsortialführer für die noch nicht bekannten (zukünftigen) Konsorten bestellen zu lassen, würde darin bestehen, dass bereits im Zeitpunkt des Sicherungsvertragsschlusses die Sicherheiten in der Weise bestellt werden, dass die zuständige Bank als **Vertreterin ohne Vertretungsmacht** der zukünftigen Konsorten agiert. Die nötige Genehmigung für ihr Handeln wird nachträglich zeitgleich mit der Übernahme der Kreditforderung erklärt. Eine Vertretung eines noch unbestimmten Dritten durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist für schuldrechtliche Geschäfte anerkannt, aber für sachenrechtliche Geschäfte nicht zweifelhaft anerkannt. In diesem Fall wären die Pfandrechte für die hinzutretenden Konsorten mit den Pfandrechten der bereits zuvor beteiligten Konsorten nicht gleichrangig und daher wären zusätzliche schuldrechtliche Abreden für die gleichmäßige Befriedigung erforderlich.

#### c. Verkauf des Kredits

Es ist nach rumänischem Recht durchaus möglich, dass die Banken ihre Forderungen aus Kreditverträgen nach den Regeln der rechtsgeschäftlichen Forderungsabtretung der Art. 1391 ff. ZGB veräußern. Der Verkauf eines Kredites *bedarf nicht der Zustimmung* des Eigentümers (Schuldners). Um Drittwirksamkeit zu erlangen, muss die Übertragung der Forderung dem Schuldner angezeigt werden oder er muss ihr zustimmen. Der Schuldner kann bis zu seiner Verständigung mit schuldbefreiender Wirkung an den Altgläubiger leisten. In der Praxis werden die Übertragungen der Forderungen in der Regel dem Schuldner angezeigt. Es gibt auch Banken, die bereits in den Kreditverträgen Klauseln hinzufügen, wonach der Schuldner sich damit einverstanden erklärt, dass die jeweilige Forderung der Bank verkauft oder zu Verbriefungszwecken abgetreten werden kann.

In diesem Fall folgen die Sicherheiten der Forderungen<sup>45</sup>. Der Zessionar kann gemäß Art. 104 GBVO bei den zuständigen Grundbuchämtern anhand der Abtretungserklärung die Eintragung der Hypotheken zu seinen Gunsten beantragen. Dabei erfolgt keine Löschung und Neueintragung der Hypotheken, sondern lediglich die Eintragung des Neugläubigers.

Die hypothekarisch gesicherten Forderungen können nicht durch eine Hypothek, sondern nach den Regeln über eine Mobiliarsicherheit weiter verpfändet werden. Diese Möglichkeit, ein Afterpfand zu bestellen, wurde von den Autoren des Mobiliarsicherheitsgesetzes ausdrücklich zugelassen, damit Verbriefungstransaktionen ermöglicht werden können.

#### d. Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung (im Konzern, MBS)

Innerhalb von Konzernstrukturen kann ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen von einer Tochtergesellschaft vergeben und dann von einer Geschäftsbank in demselben Konzern refinanziert werden. Die Tochtergesellschaft kann durch Abtretung die Forderungen aus den Kreditverträgen und damit die Hypotheken auf eine

<sup>45</sup> Stătescu/Bărsan, S. 378.

andere Bank im Konzern übertragen. Die Abtretung lässt die Forderung inhaltlich unberührt.

Auf dem Markt gibt es Anzeichen dafür, dass Darlehen aus den Bilanzen der Tochtergesellschaften in Rumänien an die Banken im Ausland (Muttergesellschaften) ausgliedert werden, um diese als Aktiva für mögliche Emissionen von ABS oder MBS heranzuziehen.

Die grundpfandrechtlich gesicherten Kredite können auch durch **Forderungsabtretung zu Verbriefungszwecken** auf ein Zweckgesellschaft übertragen werden<sup>46</sup>. Bei einer Forderungsabtretung folgt die Hypothek der übertragenen Forderung. Dazu vgl. *C.2.c. Verkauf des Kredits*.

Für die Publizität der Forderungsabtretung von grundpfandrechtlich gesicherten Krediten müssen die Erfordernisse beachtet werden, die im Gesetz über Hypothekenobligationen enthalten sind<sup>47</sup>. Um Drittwirksamkeit zu erlangen, muss die Forderungsabtretung in das Archiv für Mobiliarsicherheiten eingetragen werden<sup>48</sup>. Zusätzlich muss sie dem Schuldner angezeigt werden<sup>49</sup>.

Die Verpfändung der durch Hypotheken gesicherten Forderungen durch eine Mobiliarsicherheit bedarf nicht der Eintragung in die Grundbücher der jeweiligen Immobilien<sup>50</sup>, sondern nur in das Elektronische Archiv für Mobiliarsicherheiten.

### 3. Veränderung auf der Schuldnerseite

#### a. Umschuldung

Der Schuldnerwechsel in Form einer Schuldübernahme ist dem rumänischen Recht mit Ausnahme der Universalrechtsnachfolge im Erbrecht unbekannt. Der Wechsel kann daher nur im Zuge des Verkaufs der mit der Hypothek belasteten Immobilie eintreten. Dazu siehe unten *C.3.c. Veräußerung der Immobilie*.

#### b. Bauträgerfinanzierung

Die Bauträger, die bis dato in Rumänien große Bauvorhaben mit einer Vielzahl von Wohnungen errichten, finanzieren diese Projekte in der Regel mit eigenen finanziellen Mitteln. Allerdings kann man auch eine Hypothek auf die zu errichtende Immobilie bestellen<sup>51</sup>, aber die lokalen Banken sind eher zurückhaltend, Projekte in dieser Größenordnung zu finanzieren.

Die einzelnen Erwerber von Wohnungen müssen in der Regel eine Vorauszahlung in Höhe von bis zu 25% leisten und den Restbetrag finanzieren sie durch einen Hypothekarkredit. Da die Bestellung einer Hypothek auf eine Wohnung, die Teil eines größeren Bauvorhabens ist, die Eröffnung des Grundbuchs für die ungeteilte Immobilie zuerst und dann des Grundbuchs für die einzelne Wohnung<sup>52</sup> erfordert, werden die Kredite bei den einzelnen Erwerbern erst nach der Errichtung der ganzen ungeteilten Immobilie gewährt.

46 Art. 4 ff. des Verbriefungsgesetzes Nr. 31/2006.

47 Art. 9 des Verbriefungsgesetzes Nr. 31/2006.

48 Art. 23 Abs. 4 des Gesetzes über Hypothekenobligationen Nr. 32/2006.

49 Art. 23 Abs. 7 des Gesetzes über Hypothekenobligationen Nr. 32/2006.

50 Art. 23 Abs. 7 des Gesetzes über Hypothekenobligationen Nr. 32/2006.

51 Für Kredite, die nach dem Gesetz 190/1999 gewährt werden.

52 Art. 47 des Gesetzes 7/1996.

### c. Veräußerung der Immobilie

Das rumänische Hypothekenrecht kennt ein sog. Purgationsverfahren (*purga*), durch das der Erwerber lastenfreies Eigentum erwerben kann. Um das Grundstück von Hypotheken zu bereinigen, hat der Erwerber den eingetragenen hypothekarischen Gläubigern ein bindendes Angebot zu unterbreiten, die Hypotheken bis zur Höhe des Kaufpreises durch dessen Zahlung an die Grundpfandgläubiger zu tilgen. Die Gläubiger können entweder das Angebot annehmen oder es durch Stellung eines Zwangsversteigerungsantrags ablehnen.

Wenn der Erwerber der Immobilie zur Finanzierung des Kaufpreises einen neuen Kredit *bei der Bank des Verkäufers* erhält, mit dem der Kredit des Verkäufers zurückgezahlt wird, ist es problematisch, ob nur die Änderung des Sicherungszwecks in dem Hypothekenvertrag für das Weiterbestehen der Hypothek genügt. Wenn der alte Kredit durch Kreditmittel der *Käuferbank* zurückgezahlt wird, kommt es zu Veränderungen auch auf Gläubigerseite.

Die Hypothek kann weiter nur nach einer aufwendigen *Novation* als Sicherheit für den neuen Kredit benutzt werden.

### d. Liegenbelassung

Der durch Urteil ergehende Zuschlag (*hotărârea de adjudecare*) in der Zwangsversteigerung führt nach Art. 518 Abs. 1 ZPO zur Übertragung des Eigentumsrechts und anderer Realrechte an der jeweiligen Immobilie an den Ersteher. Die Intabulation der erworbenen Rechte durch den Erwerber führt nach Art. 518 Abs. 3 ZPO zum Erlöschen aller Hypotheken und Lasten an die jeweilige Immobilie. Die Berechtigten behalten gemäß Art. 518 Abs. 3 ZPO nur das Recht am Kauferlös zur Befriedigung ihrer Forderungen und dieses Vorzugsrecht erlischt, wenn mangels ausreichenden Erlöses keine Befriedigung erfolgen konnte.

Der Erwerber der Immobilie kann aber gemäß Art. 518 Abs. 4 ZPO zustimmen, dass einige Sicherheiten weiter bestehen. In der Praxis bevorzugen aber die Ersteher einer zwangsversteigerten Immobilie, diese lastenfrei zu erwerben. Außerdem wäre die Verwendung einer solchen Hypothek nur unter der Voraussetzung einer relativ aufwendigen Forderungsauswechslung möglich.

Der Rang dieser nicht gelöschten Sicherheiten bleibt erhalten. Allerdings können die Sicherheiten auch einen höheren Rang bekommen, wenn im Rahmen der Zwangsvollstreckungsverfahren Sicherheiten mit einem höheren Rang als dem der weiter bestehenden Sicherheit befriedigt wurden.

## 4. Wechsel des Sicherungsobjekts

Die Möglichkeit, eine Hypothek von einer Immobilie auf einer anderen Immobilie zu übertragen, wurde zuerst in Art. 1814 ZGB nur für die Legalhypotheken vorgesehen. Durch Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes 190/1999 wurde ermöglicht, auch eine rechtsgeschäftliche Hypothek von einer Immobilie auf eine andere Immobilie übertragen zu dürfen. In diesem Fall bleibt die Hypothek auf die alte Immobilie weiterhin bestehen bis die Eintragung im Grundbuch auf die neue Immobilie erfolgt. Der neue Rang der Hypothek bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch auf die neue Immobilie.

Das Gesetz 190/1999 bestimmt, dass „die Hypothek auf die erste Immobilie erlischt mit der Eintragung der neuen Hypothek“ (Art. 3 Abs. 2 Satz 2). Allerdings sollte diese Vorschrift in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Hypothek materiellrechtlich im Wege der Übertragung weiter besteht und nur formell muss sie aus dem Grundbuch der ersten Immobilie gelöscht werden. Anderenfalls wäre der Gläubiger der Gefahr ausgesetzt, dass zwischen der Löschung der Hypothek auf die erste Immobilie und die Eintragung einer „neuen“ Hypothek auf die andere Immobilie keine Sicherung seiner Forderung mehr besteht.

Durch die Möglichkeit, eine Hypothek auf eine andere Immobilie zu übertragen, kann der Schuldner für die Sicherung eines bereits existierenden Darlehens eine andere Immobilie benutzen.

Falls die Immobilie mit einem Hypothekarkredit nach dem Gesetz 190/1999 finanziert wurde, darf der Hypothekenschuldner die belastete Immobilie nur mit der Zustimmung des Hypothekengläubigers verkaufen (Art. 5 des Gesetzes 190/1999).

## **Anlage 1: Muster eines Hypothekenvertrages (Contract de ipotecă)**

### **CONTRACT DE IPOTECĂ**

#### **Art. 1. Între:**

DI./D-na ....., domiciliat(a) în ....., județul .....,  
str. ...., nr. ...., ap. ...., identificat(a) cu actul de  
identitate seria ..... nr. ...., în calitate de CREDITOR IPOTECAR

și

DI./D-na ....., domiciliat(a) în ....., județul .....,  
str. ...., nr. ...., ap. ...., identificat(a) cu actul de  
identitate seria ..... nr. ...., în calitate de DEBITOR IPOTECAR.

#### **Art. 2. OBIECTUL CONTRACTULUI**

Obiectul contractului îl constituie garantarea împrumutului în valoare de .....  
lei cu o dobânda de .....% pe an, acordat de creditorul ipotecar debitorului ipotecar  
în baza contractului nr. .... din data de .....

#### **Art. 3. IMOBILUL IPOTECAT**

Imobilul ipotecat cu care se garantează împrumutul este situat în .....  
str. ...., nr. ....

Imobilul este proprietatea debitorului ipotecar, fiind înscris în Cartea funciara  
nr. ....

Imobilul se afla în circuitul civil și este liber de orice sarcini așa cum rezulta din  
certificatul fiscal nr. ....

#### **Art. 4. OBLIGAȚIILE DEBITORULUI**

Debitorul ipotecar se obliga:

- a) să nu înstrăineze imobilul a cărui ipotecă constituie obiectul prezentului contract  
fără acordul creditorului ipotecar până la rambursarea împrumutului și a dobânzilor  
aferente la scadență.
- b) să înscrie ipoteca în Cartea funciara nr. .... Inscrierea constituie actul în baza  
căruia creditorul ipotecar poate trece la executare silită, în cazul în care debitorul  
ipotecar nu-și lichidează datoria la scadență.

#### **Art. 5. LITIGII**

Litigiile ce decurg din îndeplinirea obligațiilor prevăzute în prezentul contract se  
vor rezolva pe cale amiabilă. Dacă acest lucru nu este posibil, litigiile se vor rezolva  
de instanța competentă.

**Art. 6. CLAUZE FINALE**

Prezentul contract constituie titlu executoriu.

Modificarea dispozițiilor prezentului contract se realizează doar prin act adițional la prezentul contract.

Prezentul contract s-a încheiat astăzi ....., în două exemplare, câte unul pentru fiecare parte contractantă.

CREDITOR IPOTECAR

DEBITOR IPOTECAR

## HYPOTHEKENVERTRAG

### Art. 1. Zwischen

der Bank ....., mit Sitz in ....., Straße .....  
Nummer ..... eingetragen im Handelsregister ..... Nummer .....,  
Steuernummer ....., Konto Nummer ....., bei der .....,  
vertreten durch ....., als HYPOTHEKENGLÄUBIGER,

und

Herr/Frau ....., wohnhaft in ....., Landkreis .....,  
Straße ..... Nummer ....., Ausweisnummer ..... als  
HYPOTHEKENSCHULDNER,

### Art. 2. GEGENSTAND DES VERTRAGES

Der Gegenstand des Vertrages ist die Sicherung des Darlehens in Höhe von .....,  
mit einem jährlichen Zinssatz von .....%, gewährt durch den Hypothekengläubiger,  
wie aus dem Kreditvertrag Nr. .... hervorgeht.

### Art. 3. DIE VERPFÄNDETE IMMOBILIE

Die Immobilie, die als Sicherheit dient, befindet sich in ....., Str. ....  
Nr. ....

Die Immobilie befindet sich im Eigentum des Hypothekenschuldners und ist in  
Grundbuch Nr. .... eingetragen.

Die Immobilie befindet sich im Rechtsverkehr und ist lastenfrei, wie aus dem  
Steuerbescheid Nr. .... resultiert.

### Art. 4 DIE PFLICHTEN DES HYPOTHEKENSCHULDNERS

Der Hypothekenschuldner verpflichtet sich:

- a) Die belastete Immobilie bis zur Rückzahlung des Kredites samt Zinsen ohne  
die Zustimmung des Hypothekengläubigers nicht zu veräußern;
- b) Die Hypothek in Grundbuch Nr. .... einzutragen. Anhand von der eingetragenen  
Hypothek kann der Hypothekengläubiger die Immobilie zwangsversteigern, falls  
der Schuldner die Forderung am Fälligkeitsdatum nicht ausgleicht.

### Art. 5 BEILEGUNG VON RECHTSSTREITIGKEITEN

Die Rechtsstreitigkeiten, die aus diesem Vertrag entstehen können, werden  
einvernehmlich beigelegt. Wenn das nicht möglich ist, werden die Rechtsstreitigkeiten  
vom zuständigen Gericht beigelegt.

**Art. 6 SCHLUSSBESTIMMUNGEN**

Der vorliegende Vertrag stellt einen Exekutionstitel dar<sup>53</sup>.

Alle Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages werden durch einen Nachtrag zu diesem Vertrag gemacht.

Der vorliegende Vertrag wurde heute, den ....., in zwei Exemplare abgeschlossen und jede Partei erhält ein Exemplar davon.

HYPOTHEKENGLÄUBIGER

HYPOTHEKENSCHULDNER

---

<sup>53</sup> Die Hypothekerverträge müssen in beurkundeter Form abgeschlossen werden (Art. 1772 ZGB). Das erfolgt in der Praxis fast ausschließlich unter Mitwirkung eines Notars.

## Anlage 2: Kostentabellen

Die folgende Tabelle verschafft einen Überblick über die Kosten, die beim Abschließen eines Kaufvertrages/Kreditvertrages und die Bestellung einer Hypothek an einer Immobilie, entstehen.

in EUR

Immobilienwert	Höhe des Kredits (LTV=75%)	Notarkosten für den Kaufvertrag	Bestellung der Hypothek	Total	Prozentsatz vom Wert des Kredits
50.000	37.500	1.405	298	1.703	4,54%
60.000	45.000	1.624	335	1.959	4,35%
70.000	52.500	1.843	373	2.216	4,22%
80.000	60.000	2.039	400	2.440	4,07%
90.000	67.500	2.203	416	2.619	3,88%
100.000	75.000	2.368	431	2.798	3,73%
110.000	82.500	2.532	446	2.978	3,61%
120.000	90.000	2.696	461	3.157	3,51%
130.000	97.500	2.860	476	3.336	3,42%
140.000	105.000	3.025	490	3.515	3,35%
150.000	112.500	3.179	506	3.685	3,28%
160.000	120.000	3.307	521	3.828	3,19%
170.000	127.500	3.417	536	3.953	3,10%
180.000	135.000	3.526	551	4.077	3,02%
190.000	142.500	3.636	566	4.201	2,95%
200.000	150.000	3.745	573	4.318	2,88%

Die folgende Tabelle stellt die Kosten für Eintragungen der Immobilien und der Hypotheken in Grundbuch, Einsichtnahme in Grundbuch, Erstellung von Auszügen:

	Verfahren	Gebühr (RON <sup>54</sup> )
1.	Erstintabulation einer Immobilie	120
2.	Intabulation eines Gebäudes	50 + 0,05% des Steuerwertes
3.	Anmerkung, Annotation	50
4.	Eintragung einer Hypothek oder eines Privilegs	100 + 0,1% des Forderungswertes
5.	Einsichtnahme in das Grundbuch ohne Erstellung eines Grundbuchauszugs	5 RON/Grundbuch
6.	Einsichtnahme in das Grundbuch und Erstellung eines Grundbuchauszugs zu Informationszwecken	20 RON/Immobilie
7.	Einsichtnahme in das Grundbuch und Erstellung eines Grundbuchauszugs zu Beurkundungszwecken	40 RON/Immobilie
8.	Erstellung von beglaubigten Abschriften vom Grundbuch	5 RON/Seite

## Literatur

- Adam, I.*, Drept civil – Drepturile reale principale [Zivilrecht – Sachenrecht], Bukarest, 2002
- Adam/Savu*, Legea procedurii insolvenței – Comentarii și explicații [Kommentar zum Insolvenzgesetz], Bukarest, 2006
- Alexandresco, D.*, Explicațiunea teoretică și practică a Dreptului civil român [Kommentar zum rumänischen Zivilrecht], Bukarest, 1911, Band X (zitiert: **Alexandresco**)
- Becker-Eberhard, E.*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld, 1993
- Cucu, C.*, Legislația cadastrului și a publicității imobiliare – Comentarii și explicații [Kurzkommentar zum Gesetz über den Liegenschaftskataster und die Immobilienpublizität], Bukarest, 2005
- Hamangiu/Rossetti-Bălănescu/Băicoianu*, Tratat de drept civil [Abhandlung zum rumänischen Zivilrecht], Bukarest, 1929, 2002, Band II (zitiert: **Hamangiu/Rossetti/Băicoianu**)
- Harpering, G.*, Die Übertragung akzessorisch besicherter Forderungen im Rahmen von syndicated loans, Berlin, 2003
- Leș, I.*, Legislația executării silite – Comentarii și explicații [Kommentar zum Vollstreckungsrecht], Bukarest, 2007
- Nicolae, M.*, Tratat de publicitate imobiliară – Noile cărți funciare [Abhandlung zur Immobilienpublizität – Die neuen Grundbücher], Bukarest, 2006 (zitiert: **Nicolae**)
- Pena, A.*, Garantarea obligațiilor – Culegere de practică judiciară [Rechtsprechung zu Forderungsabsicherung], Bukarest, 2005
- Rizoiu, R.*, Garanțiile reale mobiliare [Die dinglichen Mobiliarsicherheiten], Bukarest, 2006
- Stătescu/Bârsan*, Teoria generală a obligațiilor [Schuldrecht – Allgemeiner Teil], Bukarest, 2002, (zitiert: **Stătescu/Bârsan**)
- Titulescu, N.*, Drept civil [Zivilrecht], Bukarest 1916, 2005 (zitiert: **Titulescu**)
- Wenzel, J.*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, Baden-Baden, 2006

# RUNDER TISCH

## „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“

### Länderbericht Russland<sup>1</sup>

*Tim Lassen, Rechtsanwalt,*  
Frankfurt am Main – Berlin – Moskau,  
Eurohypo AG, Repräsentanz Moskau

#### Inhaltsübersicht

#### A. Wird das nicht-akzessorische Grundpfandrecht in der Praxis genutzt? Gründe?

- I. Hypothek vor 1917
- II. Bankgarantie

#### B. Gesetzliche Grundlagen

- I. Rechtscharakter
  1. Arten der Grundpfandrechte
    - a. Verschiedene Ausgestaltungen der Grundpfandrechte
      - aa. Prinzipien des Hypothekenrechts
        - (1) Akzessorietät
        - (2) Recht an einer fremden Sache
        - (3) Spezialität
        - (4) Prinzip der ungeteilten Haftung
        - (5) Eintragungsprinzip
        - (6) Rang- und Vorrückungsprinzip
      - bb. Einteilung der Hypotheken
        - (1) Vertragliche und gesetzliche Hypothek
        - (2) Ausgestaltung und Beispiel der gesetzlichen Hypothek
      - b. Briefformen
      - c. Höchstbetragshypothek
      - d. Können Grundpfandrechte nur für eigene oder auch für fremde Schulden aufgenommen werden?
      - e. Gibt es eine Gesamt- bzw. eine Simultanhypothek?
    2. Rechtsnatur des Grundpfandrechts
    3. Belastbare Objekte
    4. Sicherung von Nebenforderungen
    5. Beschränkung des Personenkreises
  - II. Publizitätserfordernisse
    1. Grundbuch/Grundregister; Aufbau des Grundbuchs/Registers
      - a. Realfolium, Gliederung des Hauptbuchs
      - b. Gliederung der Einlagen
      - c. Grundbuchbehörde und Grundbuchbeamter
      - d. Grundbuchverfahren

---

<sup>1</sup> Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. Evgenij A. Suchanov von der Moskauer Staatlichen Lomonossov-Universität für die Unterstützung bei der Erarbeitung dieses Beitrages.

2. Widerspiegelung der Rechtslage (Spiegelprinzip)
  3. Konstitutive oder deklaratorische Eintragung
  4. Rangsystem
  5. Vertrauensschutz
    - a. Gutgläubiger Erwerb des Eigentums
      - aa. Beschluss des Verfassungsgerichts vom 21. April 2003
      - bb. Gesetzliche Neuregelung 2004
        - (1) Nichtberechtigter als Eigentümer eingetragen
        - (2) Gutgläubigkeit
        - (3) Kein Vindikationsrecht des wahren Eigentümers
        - (4) Kein unentgeltlicher Erwerb
      - cc. Ergebnis
    - b. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek
      - aa. Gutgläubiger Ersterwerb der Hypothek
      - bb. Gutgläubiger Zweiterwerb der Hypothek
        - (1) Buchhypothek
        - (2) Briefhypothek
          - (a) Vollständige Befriedigung der gesicherten Forderung
          - (b) Teilweise Befriedigung der gesicherten Forderung
          - (c) Bei Rechtsverlust: Staatliche Garantie oder Haftung?
- III. Akzessorietätswirkungen
1. Entstehensakzessorietät
    - a. Allgemeines
    - b. Causa für die Entstehung der Hypothek
  2. Umfangsakzessorietät
  3. Zuständigkeitsakzessorietät
  4. Durchsetzungsakzessorietät
    - a. Das akzessorische Recht ist nur dann durchsetzbar, wenn auch das Hauptrecht durchsetzbar ist.
    - b. Einzelvollstreckung
      - aa. Das gerichtliche Verfahren
      - bb. Das außergerichtliche Verfahren
      - cc. Verwertung
      - dd. Erlösverteilung
      - ee. Haftet der Schuldner aus dem Grundpfandrecht – neben dem Grundstück – mit seinem persönlichen Vermögen?
      - ff. Falls nicht, gibt es Ersatzkonstruktionen (wie bspw. ein abstraktes Schuldanerkenntnis)?
      - gg. Kann man aus dem ursprünglichen Grundpfandrecht ohne weiteres ggü. jedem neuen Grundstückseigentümer vollstrecken? Bedarf dies ggf. einer besonderen Vorgehensweise bei der Bestellung des Rechtes?
    - c. Insolvenz
      - aa. Anfechtung der Hypothek
      - bb. Verhältnis von ZGB und InsG
        - (1) Das Verfassungsgericht der Russischen Föderation
        - (2) Das Höchste Arbitragegericht der Russischen Föderation

5. Erlöschensakzessorietät
  - a. Zwangsvollstreckung aus der nachrangigen Hypothek
  - b. Insolvenz
- IV. Schutz des Eigentümers vor ungerechtfertigter (doppelter) Inanspruchnahme
- V. Kosten

### **C. Praktische Anwendungsmöglichkeiten**

1. Veränderung der Forderung (Schuldner und Gläubiger bleiben gleich)
  - a. Forderungsauswechslung und Kreditaufstockung
  - b. Zwischen- und Endfinanzierung sowie weitere Zweckänderungen
  - c. Neuvaluierung
  - d. Kreditlinien
  - e. Änderung der Bedingungen
  - f. Abschnittsfinanzierung
2. Veränderung auf der Gläubigerseite
  - a. Zwischenfinanzierung, andere Darlehen absichern
  - b. Anfängliche Konsortialbildung, Austausch von Konsorten, Ausplatzierung, Neubildung der Konsortialanteile
    - aa. Anfängliche Konsortialbildung
    - bb. Nachträgliche Konsortialbildung
  - c. Verkauf des Kredits
  - d. Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung (im Konzern, MBS)
3. Veränderung auf der Schuldnerseite
  - a. Umschuldung
  - b. Bauträgerfinanzierung
  - c. Veräußerung der Immobilie
  - d. Liegenbelassung
4. Wechsel des Sicherungsobjekts

### **Abkürzungsverzeichnis**

### **Literaturverzeichnis**

### **Verzeichnis der Gesetze**

### **Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen**

- Verfassungsgericht der Russischen Föderation
- Oberstes Gericht und Höchstes Arbitragegericht
- Höchstes Arbitragegericht der Russischen Föderation

## A. Wird das nicht-akzessorische Grundpfandrecht in der Praxis genutzt? Gründe?

Im russischen Recht existiert die akzessorische Hypothek als einziges Grundpfandrecht. Allerdings gab es vor 1917 ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht. Und mit dem neuen Zivilgesetzbuch<sup>2</sup> wurde mit der Bankgarantie wieder ein nicht-akzessorisches Sicherungsmittel eingeführt.

### I. Hypothek vor 1917

Im russischen Recht vor 1917 hatte sich aus der Hypothek ein Grundpfandrecht entwickelt, das stark nicht akzessorische Züge trug.<sup>3</sup> Unumstritten war, dass dieses Grundpfandrecht der Sicherung einer Forderung diene und die Verwertung nur bei Nichterfüllung dieser Forderung möglich war.<sup>4</sup>

Allerdings bestand keine Akzessorietät im Sinne einer Parallelität des Pfand- und des Forderungsrechts in der Art, dass das Pfandrecht vom Forderungsrecht abhängig gewesen wäre.<sup>5</sup> Auch das Gesetz unterschied nicht zwischen dem Recht der zu sichernden Forderung und dem des sichernden Pfandes.<sup>6</sup> Das Pfandrecht war kein eigenständiges Rechtsgeschäft, sondern wurde direkt mit dem zu sichernden Geschäft verbunden, indem es die zu sichernde Forderung umwandelte in die Pfandforderung.<sup>7</sup> Die Hypothek enthielt somit die Forderung und die dingliche Sicherheit.<sup>8</sup> Darin wurde in der Lehre z.T. eine Novation gesehen.<sup>9</sup> Das Pfandrecht war ein abstraktes Recht, das von der ursprünglichen Forderung in jeder Weise juristisch unabhängig war.<sup>10</sup>

Aufgrund dieser Nicht-Akzessorietät konnten gegen die Vollstreckung aus dem Pfandrecht nur Einwände aus dem Pfandrecht, nicht jedoch aus der ursprünglichen Forderung vorgebracht werden.<sup>11</sup>

2 Das Zivilgesetzbuch ist in Teilen verabschiedet worden und in Kraft getreten:  
– Teil 1 vom 30. November 1994,  
– Teil 2 vom 26. Januar 1996,  
– Teil 3 vom 26. November 2001,  
– Teil 4 vom 18. Dezember 2006.

3 Em – Em/Rogova, S. 79–81 mit der Forderung, ein ähnliches Instrument wieder einzuführen.

4 Kasso, S. 250; Zvonickij, S. 235. Sinajskij, S. 261–263 folgerte hieraus – mit ausführlicher Darstellung eines nicht-akzessorischen Grundpfandrechts – die Akzessorietät der zeitgenössischen russischen Hypothek.

5 Kasso, S. 250, 261.

6 Mit Wiedergabe des Gesetzeswortlautes: Zvonickij, S. 240.

7 Zvonickij, S. 239 f.; Kasso, S. 251.

8 Kasso, S. 260.

9 Zvonickij, S. 240 m.w.N.; Kasso, S. 250.

10 Zvonickij, S. 240 f.

11 Kasso, S. 261. Als Beispiel gibt Zvonickij, S. 365–367 die Rechtslage beim unentgeltlichen Erwerb einer Hypothek: Nur der Ersterwerber muss sich den Einwand der Unentgeltlichkeit entgegenhalten lassen. Ist die Hypothek an einen gutgläubigern Erwerber veräußert, kann dieser aus ihr vollstrecken, ohne sich den Einwand der Unentgeltlichkeit entgegenhalten lassen zu müssen.

Ist andererseits die dingliche Absicherung unwirksam, entsteht die ursprüngliche Forderung wieder und der Gläubiger kann aus ihr klagen, allerdings ist diese Forderung unbesichert.<sup>12</sup>

Reichte allerdings der Erlös aus der Verwertung nicht aus, hatte der Gläubiger keine Möglichkeit mehr, für den unbefriedigten Teil gegen den Schuldner vorzugehen, da es ja keine persönliche, vom Pfand getrennte Forderung mehr gab.<sup>13</sup> Aufgrund der reinen Sachhaftung konnte im Ergebnis allerdings die Sicherheit des Hypothekengläubigers gesenkt statt gesteigert werden,<sup>14</sup> da die Pfandforderung beschränkt war auf das Recht am Wert des verpfändeten Objekts.<sup>15</sup>

Die Hypothek war in einer Urkunde<sup>16</sup> verkörpert, die allerdings nicht verkehrsfähig war. Wurde hingegen die Immobilie veräußert, hatte dies automatisch einen Schuldnerwechsel zur Folge. Der bisherige Eigentümer – der bei Begründung der Hypothek immer auch Schuldner war – war automatisch nicht mehr Schuldner.<sup>17</sup>

In der zeitgenössischen russischen Literatur wurde z.T. in der Begrenzung der Haftung auf die verpfändete Immobilie eine Annäherung an die deutsche Grundschuld gesehen.<sup>18</sup> Z.T. wurden die aufgrund der Verbindung von Forderung und dinglicher Sicherung in einem Pfandrecht bestehenden Unterschiede zur Grundschuld deutschen Rechts deutlicher betont.<sup>19</sup>

## II. Bankgarantie

Daneben besteht allerdings mit der Bankgarantie (Art. 368–379 ZGB) ein nicht-akzessorisches Sicherungsrecht. Bei der Bankgarantie verpflichtet sich die Bank oder eine andere Kreditorganisation oder Versicherung (der Garant) gegenüber der anderen Person (dem Prinzipal), dessen Verbindlichkeiten gegenüber einem Gläubiger (Benefiziar) zu erfüllen.

Die Besonderheit der Bankgarantie besteht in ihrer Unabhängigkeit von einer zugrunde liegenden Hauptforderung: Auf eine erneute Aufforderung des Benefiziars muss der Garant erneut leisten, er kann sich nicht auf den Einwand der Erfüllung oder des sonstigen Erlöschens der Hauptforderung berufen. Der Garant kann die Leistung nur verweigern aufgrund von Einwänden, die mit der Bankgarantie selbst verbunden sind, nicht jedoch mit der gesicherten Forderung. Zwischen der Verpflichtung des Garanten, dem Benefiziar die garantierte Geldsumme zu zahlen und der Hauptforderung, die durch die Bankgarantie gesichert ist, fehlt jede Verbindung.

---

12 Kasso, S. 262.

13 Zvonickij, S. 238, 371; Kasso, S. 262.

14 Kasso, S. 279 f., FN 4 weist dabei auf die schweizerische Gült hin. Für die Gült ist die Begrenzung auf die reine Sachhaftung charakteristisch: Es besteht keine persönliche, sondern nur noch eine Sachhaftung (Art. 847 Abs. 3 chZGB). Ist also ein Grundstück mit einer Gült überbelastet, so kann der Gläubiger zu Schaden kommen (Riemer, S. 143–145).

15 Zvonickij, S. 242, 371 f.

16 Russ. Закладная крепость (Zakladnaja krepost').

17 Kasso, S. 262 f.

18 Zvonickij, S. 239, 243.

19 Kasso, S. 260.

Die Bankgarantie im russischen ZGB wurde nach den „Einheitlichen Richtlinien für auf Anforderung zahlbare Garantien“ der Internationalen Handelskammer von 1992 erarbeitet.<sup>20</sup>

## B. Gesetzliche Grundlagen

Rechtsgrundlagen der russischen Hypothek sind die materiellen Grundlagen für das Pfandrecht sowie die formellen Grundlagen für die Publizität (Registerrecht).

Das materielle Pfandrecht ist geregelt im ZGB (Art. 334–358). Es enthält die grundlegenden Vorschriften sowohl für das Mobilien- wie für das Immobilienpfandreht (Hypothek). Für die Hypothek wird weiter verwiesen auf das Hypothekengesetz (Art. 334 Pkt. 2 S. 1 ZGB). Die allgemeinen Regeln über das Pfand werden auch auf die Hypothek angewandt, soweit das ZGB selbst oder das HypG keine abweichende Regelung treffen (Art. 334 Pkt 2 S. 2 ZGB). Daraus ergibt sich ein Vorrang des HypG vor dem ZGB.<sup>21</sup>

Daneben findet das PfandG weiterhin Anwendung, soweit es dem ZGB und dem HypG nicht widerspricht (Art. 79 Pkt. 2 Abs. 1 HypG). Hauptanwendungsbereich des PfandG im Bereich der Hypothek ist die Gesamthypothek.

Grundlage des Rechts der Registrierung von Rechten an Immobilien ist das ImmRRegG.

### I. Rechtscharakter

#### 1. Arten der Grundpfandrechte

##### a. Verschiedene Ausgestaltungen der Grundpfandrechte

Die Hypothek gibt dem Hypotheknehmer als Gläubiger der gesicherten Forderung das Recht, vor den anderen Gläubigern des Pfandgebers – soweit keine gesetzlichen Ausnahmen bestehen – Befriedigung seiner Geldforderungen gegen den Schuldner aus dem Wert der Immobilie zu erhalten (Art. 1 Pkt. 1 Abs. 1 HypG).

##### aa. Prinzipien des Hypothekenrechts

Das russische Hypothekenrecht folgt grundsätzlich den folgenden Prinzipien:

##### (1) Akzessorietät

In Entstehung, Umfang und Bestand ist die russische Hypothek von der zu sichernden Forderung abhängig (Art. 334 Pkt. 1 Abs. 1; 337 ZGB). Im russischen Recht gelten mit der Entstehens-, Umfangs-, Zuständigkeits-, Durchsetzungs- und Erlöschensakzessorietät alle fünf Formen der Akzessorietät. Die Akzessorietät ist eine Grundlage des russischen Hypotheken- und Pfandrechts.<sup>22</sup>

20 Derleder/Knops/Bamberger-Suchanov, S. 1862, RN 36.

21 Ganz einhellige Meinung, statt vieler: Abova/Kabalkin I – Makarova, Anm. 3 zu Art. 334.

22 Gongalo, S. 30–41; S. 152 f. m.w.N. („Beherrschende Eigenart“). Suchanov III – Em, S. 116 f. weist ausdrücklich darauf hin, dass ein der deutschen Grundschuld vergleichbares nicht-akzessorisches Pfandreht dem russischen Recht unbekannt ist.

*(2) Recht an einer fremden Sache*

Gemäß Art. 1 Pkt. 1 Abs. 2 HypG kann Pfandgeber der Schuldner der hypothekarisch gesicherten Forderung oder ein von dieser Forderung unabhängiger Dritter sein.

Ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich gesagt wird, ist daraus zu folgern, dass eine Eigentümerhypothek nicht möglich ist.<sup>23</sup>

*(3) Spezialität*

Der Grundsatz der Spezialität bedeutet einerseits, dass die gesicherte Forderung und andererseits, dass der verpfändete Gegenstand eindeutig bestimmt sein müssen (Art. 339 Abs. 1 ZGB; 9 HypG).<sup>24</sup>

*(4) Prinzip der ungeteilten Haftung*

Die gesamte Immobilie ist gemeinsam mit ihrem Zubehör zur Sicherung der Forderung verpfändet (Art. 5 Pkt. 3 HypG).

*(5) Eintragungsprinzip*

Die Hypothek unterliegt der staatlichen Registrierung (Eintragung) im Immobilienrechtsregister in dem durch das ImmRRegG festgelegten Verfahren (Art. 131 Pkt. 1 S. 2, Pkt. 6 ZGB; Art. 19 Pkt. 1 HypG).

*(6) Rang- und Vorrückungsprinzip*

Der Rang der Hypothek richtet sich nach dem Zeitpunkt der Eintragung in das Immobilienrechtsregister.

Im Falle des Erlöschens der vorrangigen Hypothek rückt die nachfolgende Hypothek im Rang auf. Eine Reservierung der freiwerdenden Rangstelle ist nicht möglich.

*bb. Einteilung der Hypotheken*

Die russische Hypothek kann **nach folgenden Kategorien** eingeteilt werden:

- nach dem Entstehungsgrund: gesetzliche und vertragliche Hypothek
- nach den Publizitäts- und Übertragungsmöglichkeiten: Buch- und Briefhypothek
- nach den Hypothekengegenständen: Gesamt- und Einzelhypothek
- nach der gesicherten Forderung: Festbetrags- und Höchstbetragshypothek.

*(1) Vertragliche und gesetzliche Hypothek*

Da die anderen Formen im Folgenden noch dargestellt werden, soll hier nur kurz auf den Unterschied zwischen vertraglicher und gesetzlicher Hypothek eingegangen werden.

Die russische Hypothek folgt der aus dem römischen Recht stammenden Lehre von Titel und Modus:

Der Titel ist die Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek. Hinzukommen muss noch eine Erwerbsart (Modus).

<sup>23</sup> Nach Suchanov III – Em, S. 120 und Gongalo, S. 135 sind Forderungsgläubiger und Pfandnehmer stets personenidentisch.

<sup>24</sup> Informationsbrief des Höchsten Arbitragegerichts vom 15.1.1998 Nr. 26, Pkt. 2.

Bei der vertraglichen Hypothek ist der Titel der Hypothekenvertrag. Titel der gesetzlichen Hypothek ist die Erfüllung der vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen für die Entstehung einer Hypothek.

Modus ist sowohl bei der gesetzlichen wie der vertraglichen Hypothek die Eintragung ins Immobilienrechtsregister.

(2) *Ausgestaltung und Beispiel der gesetzlichen Hypothek*

Gemäß Art. 334 Pkt. 3 Abs. 1 S. 2 ZGB kann ein Pfand nicht nur auf vertraglicher Grundlage, sondern bei Vorliegen der im Gesetz genannten Voraussetzungen auch kraft Gesetzes entstehen. Dazu muss in dem Gesetz bestimmt sein, welches Vermögen zur Sicherung welcher Forderung kraft Gesetzes verpfändet wird.<sup>25</sup>

Das HypG regelt ergänzend, dass auf die Verpfändung unbeweglichen Vermögens kraft föderalen Gesetzes (Hypothek kraft Gesetzes<sup>26</sup>) die Regeln über die vertragliche Verpfändung entsprechende Anwendung finden, wenn nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist (Art. 1 Pkt. 2 HypG).<sup>27</sup>

Eine Hypothek kraft Gesetzes unterliegt der staatlichen Registrierung, die Registrierung erfolgt zugleich mit der Eintragung des Rechts, das sie belastet. Die Eintragung erfolgt von Amts wegen durch die Registerbehörde und ist kostenlos. Dabei ist die Ausstellung eines Hypothekenbriefes möglich (Art. 20 Pkt. 2 HypG). Die Hypothek kraft Gesetzes entsteht – wie die vertragliche Hypothek – im Moment der Registrierung (Art. 11 Pkt. 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 1 Pkt. 2 HypG). Danach bestimmt sich auch ihr Rang.

Titel der gesetzlichen Hypothek ist die Vornahme der Handlungen, an deren Erfüllung das Gesetz die Entstehung der gesetzlichen Hypothek knüpft.

Die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen und die Registrierung der Hypothek stellen dabei den Modus der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts dar.

Beispiele:

- Im HypG ist ein Fall der Hypothek kraft Gesetzes in Art. 77 HypG geregelt<sup>28</sup>: Wird eine Wohnung oder ein Wohnhaus ganz oder teilweise mit einem Kredit einer Bank oder einer anderen Kreditorganisation erworben, entsteht mit der Eintragung des Darlehensnehmers als neuem Eigentümer im Einheitlichen Staatlichen Register eine Hypothek an der erworbenen Immobilie zugunsten des Kreditgebers (Art. 77 Pkt. 1 Abs. 1 und 2 HypG).
- Gemäß Art. 64.1; 64.2 HypG entstehen Hypotheken kraft Gesetzes an einem Grundstück, wenn
  - das Grundstück oder das Pachtrecht an einem Grundstück mit Mitteln aus einem Kredit einer Bank oder Kreditorganisation erworben wurde oder

<sup>25</sup> S. a. Suchanov III – Em, S. 133.

<sup>26</sup> Russ. Ipoteka v silu zakona.

<sup>27</sup> Die entsprechende Regelung ist auch in Art. 334 Pkt. 3 Abs. 2 ZGB enthalten: Auf das Pfand kraft Gesetzes finden die Vorschriften des vertraglichen Pfandes entsprechende Anwendung, wenn gesetzlich nichts anderes geregelt ist.

<sup>28</sup> Mit Beispielen aus anderen Gesetzen: Grišaev, Hypothek, Anm. 2 zu Art. 1, S. 15.

- auf dem Grundstück ein Gebäude mit Hilfe eines Kredits einer Bank oder Kreditorganisation gebaut oder erworben wurde und diese Forderung mit einer Hypothek am Gebäude gesichert wurde. Diese Hypothek erstreckt sich kraft Gesetzes auf das Grundstück.
- Art. 76 S. 2 HypG legt fest, dass sich die Hypothek an einem unvollendeten Wohnhaus kraft Gesetzes am fertig gestellten Wohnhaus fortsetzt.
- Art. 64.1 Pkt. 2; 77 Pkt. 2 HypG legen fest, dass die Regeln über das vertragliche Pfand Anwendung finden. In Art. 64.2; 76 HypG fehlt ein entsprechender Hinweis, die Anwendung dieser Regeln ergibt sich aber unmittelbar aus Art. 1 Pkt. 2 HypG.
- In den in Art. 64.1; 64.2 und 77 Pkt. 1 geregelten Fällen entsteht die gesetzliche Hypothek zugunsten des Gläubigers der Kredit- bzw. Darlehensforderung (Art. 64.1 Pkt. 1 Abs. 3; 64.2 Pkt. 2; 77 Pkt. 1 Abs. 2 HypG). Da es sich im Falle des Art. 76 S. 2 HypG um die Fortsetzung der bisherigen Hypothek handelt, sichert diese natürlich auch den bisherigen Gläubiger weiter.
- Andere Pfandrechte kraft Gesetzes sind geregelt in Art. 488 Pkt. 5 ZGB (Kauf von Waren auf Kredit), Art. 489 Pkt. 3 ZGB (Abzahlungskauf), 587 Pkt. 1 ZGB (Sicherung eines Immobilienrentenversprechens), Art. 602 Abs. 2 ZGB (lebenslanger Unterhalt).
- Art. 13 AntBautG: Sammelt ein Bauträger Gelder des Publikums zu Errichtung eines Gebäudes auf einem ihm gehörenden oder von ihm gepachteten Grundstück, erhalten die Investoren ein gesetzliches Pfandrecht am Grundstück bzw. Pachtrecht sowie an dem im Bau befindlichen Gebäude.

#### b. Briefformen

Im russischen Recht ist – anders als nach dem deutschen BGB – die Buchhypothek der gesetzliche Regelfall. Eine Briefhypothek wird nur errichtet, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren. Ein Brief kann sowohl für eine gesetzliche wie eine vertragliche Hypothek erteilt werden (Art. 13 Pkt. 1 Abs. 2 HypG). Für die Erteilung eines Briefes muss die Hypothek zunächst im Register eingetragen werden (Art. 14 Pkt. 1 Nr. 13 HypG).

Zweck des Hypothekenbriefes ist die Übertragung der Hypothek auf eine andere Person.<sup>29</sup> Durch die Übertragung des Briefes geht die Hypothek mit der gesicherten Forderung auf den neuen Briefinhaber über (Art. 48 Pkt. 2 Abs. 1 HypG).

Jeder rechtmäßige Inhaber eines Hypothekenbriefes kann seine Eintragung als Hypothekengläubiger im Register (Art. 16 Pkt. 1 HypG) verlangen. Möglich ist auch die Verpfändung des Hypothekenbriefes (Art. 49 HypG).

#### c. Höchstbetragshypothek

Gemäß Art. 3 Pkt. 2 HypG sichert die Hypothek die Forderung nur in der tatsächlich (noch) bestehenden Höhe, nicht (mehr) in der ursprünglich registrierten Höhe.

<sup>29</sup> Suchanov III – Em, S. 140 f.

In Abweichung von diesem Grundsatz führt Art. 3 Pkt. 3 HypG auch eine Höchstbetragshypothek ein. Es gibt keinen speziellen Begriff für die Höchstbetragshypothek, das HypG spricht von einer „insgesamt festen Summe der Forderungen des Pfandnehmers, die durch die Hypothek gesichert werden“<sup>30</sup>.

Im Hypothekenvertrag wird eine feste Summe vereinbart, die aus der Immobilie gezahlt werden soll. Die Forderungen des Pfandnehmers sind, soweit sie diese Summe überschreiten, nicht durch die Hypothek gesichert (Art. 3 Pkt. 3 HypG), und zwar unabhängig davon, ob es sich um Haupt- oder Nebenforderungen handelt.

Davon ausgenommen sind lediglich folgende Nebenkosten (Art. 3 Pkt. 3 i.V.m. Art. 3 Pkt. 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4; Art. 4 HypG):

- Gerichtskosten und Kosten des Zwangsvollstreckungsverfahrens
- Kosten der Verwertung der Immobilie
- Unterhaltungs- und öffentliche Kosten im Zusammenhang mit der Immobilie

Vertragliche Zinsen, die gemäß Art. 3 Pkt. 1 Abs. 2 HypG von der normalen Festbetragshypothek erfasst werden, sind nach dem Wortlaut von der Höchstbetragshypothek nicht mit erfasst.

Möglich wird durch die Höchstbetragshypothek die Sicherung eines Kontokorrentkredites:<sup>31</sup> Im Moment der Bestellung der Hypothek ist die Bestimmung der Höhe der gesicherten Forderung aufgrund der Art der Forderung nicht möglich. Erst im Moment der Saldierung der Forderungen ist die Bestimmung der Höhe der Forderung möglich. Vorher sind weder der Termin zur Erfüllung noch die Höhe der gesicherten Forderung bekannt. Geregelt ist lediglich, wie durch die Saldierung die Bestimmung erfolgen soll.

Daher muss es auch möglich sein, die russische Höchstbetragshypothek für die Absicherung länger dauernder Schuldverhältnisse, bei denen die Höhe der Forderung im Laufe der Zeit schwankt, zu nutzen (sog. Sicherung einer Kreditlinie).

In der Praxis wird die Höchstbetragshypothek bisher nicht genutzt. Hintergrund ist zum einen ein noch geringes Bedürfnis in der russischen Kreditwirtschaft, zum anderen Schwierigkeiten im dogmatischen Verständnis dieses Instruments.

d. Können Grundpfandrechte nur für eigene oder auch für fremde Schulden aufgenommen werden?

Der Hypothekengeber kann seine Immobilie zugunsten einer eigenen Verbindlichkeit oder als Drittsicherheit für die Verbindlichkeit eines anderen belasten (Art. 1 Pkt. 1 Abs. 2 HypG; Art. 335 Pkt. 1 ZGB).

Wird die Hypothek als Drittsicherheit gegeben, ist die Haftung des Hypothekengebers beschränkt auf die Summe, die aus der Verwertung der belasteten Immobilie erzielt wird.<sup>32</sup>

30 Russ. Общая твёрдая сумма требований залогодержателя, обеспеченных ипотекой.

31 Em – Dudkin, S. 113 f.

32 Informationsbrief des Höchsten Arbitragegerichts vom 15.1.1998 Nr. 26, Pkt. 7

e. Gibt es eine Gesamt- bzw. eine Simultanhypothek?

Die Gesamthypothek gehört zu den wenigen verbliebenen Anwendungsbereichen des PfandG im Bereich des Hypothekenrechts. Die entsprechende Vorschrift in Art. 26 PfandG gilt für das gesamte russische Pfandrecht, nicht nur bei der Hypothek.

Dienen mehrere Sachen (bei der Hypothek also mehrere Immobilien) als Pfandgegenstand, kann der Pfandgläubiger nach seiner Wahl Befriedigung der gesicherten Forderung erhalten aus

- der Gesamtheit der verpfändeten Immobilien oder
- aus einer der verpfändeten Immobilien. Soweit dies zur Befriedigung der Forderung nicht ausreicht, behält der Gläubiger das Recht, anschließend vollständige Befriedigung aus den anderen, mit dem Gesamtpfandrecht belasteten Immobilien zu erlangen.

Ist der Gläubiger allerdings durch die Verwertung einer der Immobilien bereits befriedigt, hat dies gemäß Art. 352 Pkt. 1 Nr. 1 ZGB das Erlöschen des Pfandrechts durch Erlöschen der gesicherten Forderung zu Folge.

## 2. Rechtsnatur des Grundpfandrechts

Die Frage, ob es sich bei dem Pfandrecht um ein dingliches oder ein schuldrechtliches Instrument handelt, ist in Russland stark umstritten.

Für die Einordnung als dingliches Recht wird vorgebracht, dass das Pfandrecht der Sache folgt (Art. 353 ZGB).<sup>33</sup> Speziell für die Hypothek ist zudem in Art. 38 Pkt. 3 HypG geregelt, dass die Hypothek erhalten bleibt, auch wenn Regelungen für den Eigentumsübergang an der Immobilie verletzt wurden.

Zudem ist das Pfandrecht das Recht an einer fremden Sache und endet mit dem Untergang der Sache (Art. 352 Pkt. 1 Nr. 3 ZGB). Darüber hinaus hat das Pfandrecht absoluten Charakter: Der Pfandnehmer kann die Herausgabe des Pfandgegenstandes durch Vindikationsklage verlangen, wenn ihm das Recht zur Nutzung des Pfandgegenstandes zusteht, sogar gegen den Eigentümer (Art. 347 i.V.m. 301 f.; 305 ZGB). Gemäß Art. 33 Pkt. 3 HypG steht dem Hypothekengläubiger die Vindikationsklage im eigenen Namen zugunsten des Pfandgebers zu, obwohl er gar nicht zum Besitz des Gegenstandes berechtigt ist.

Gegen den dinglichen Charakter des Pfandrechts wird zunächst der Aufbau des Gesetzes vorgebracht. Das Pfandrecht findet sich in Abschnitt III „Allgemeiner Teil des Schuldrechts“, Kapitel 23 „Sicherung und Erfüllung von Verbindlichkeiten“ des ZGB und nicht im Abschnitt II „Eigentum und andere dingliche Rechte“.<sup>34</sup> Auch ist das Pfandrecht nicht Bestandteil der Aufzählung dinglicher Rechte in Art. 216 Pkt. 1 ZGB.

33 Suchanov III – Em, S. 143; Višnevskij, S. 3 f.

34 Bragninskij/Vitrjanskij I – Vitrjanskij, S. 501.

Gegenstand des Pfandrechts können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte sein (Art. 336 Pkt. 1 ZGB), auf die aber die Regeln über Sachen nicht anwendbar sind.<sup>35</sup>

Weiter wird eingewandt, dass der Anspruch des Pfandgebers sich nicht auf die Sache bezieht, sondern ihm nur das Recht gibt, sich aus dem Wert der verpfändeten Sache zu befriedigen.<sup>36</sup>

Vermittelnd wird vorgetragen, dass das Pfand jedenfalls dann dinglichen Charakter trägt, wenn körperliche Sachen verpfändet werden, wie z.B. Immobilien, nicht jedoch bei der Verpfändung von Rechten oder papierlosen Wertpapieren.<sup>37</sup> Zudem wird das Pfandrecht auch als gemischt dinglich-obligatorisch eingeordnet.<sup>38</sup>

### 3. Belastbare Objekte

Gemäß Art. 5 Pkt. 1 S. 1 HypG können alle Immobilien gemäß Art. 130 Pkt. 1 ZGB hypothekarisch belastet werden, an denen Rechte im Verfahren der staatlichen Registrierung von Rechten an Immobilien registriert werden können.

Dies sind:

- Grundstücke,
- Wohnhäuser, Wohnungen und Teile von Wohnhäusern und Wohnungen, die aus einem oder mehreren getrennt zugänglichen Zimmern bestehen,
- Gebäude, Bauwerke (z.B. Datschen, Gartenhäuser, Garagen und andere Nutzbauten) und anderes unbewegliches Vermögen, das unternehmerisch genutzt wird,
- Unternehmen,
- unvollendete Bauwerke,
- Luft-, See- und Binnenschiffe sowie kosmische Objekte.

Die Regeln der Hypothek werden auch auf die Verpfändung von Pachtrechten an Immobilien angewandt (Art. 5 Pkt. 5 HypG). Dies ist eine Besonderheit, da das Pachtrecht – anders als das Eigentumsrecht an den Immobilien – kein dingliches, sondern ein obligatorisches Recht darstellt. Allerdings unterliegt auch das Pachtrecht an Immobilien – bei einer Laufzeit über einem Jahr – der Eintragung ins Immobilienrechtsregister.<sup>39</sup>

### 4. Sicherung von Nebenforderungen

Die Hypothek sichert die Zahlung des Kapitalbetrages der gesicherten Forderung vollständig oder zu dem im Hypothekenvertrag bestimmten Teil an den Pfandnehmer (Art. 3 Pkt. 1 Abs. 1 HypG). Bei verzinslichen Kredit- oder Darlehensförde-

35 Bragninskij/Vitrjanskij I – Vitrjanskij, S. 501.

36 Babaev, S. 313.

37 Suchanov III – Em, S. 143.

38 Makovskij – Braginskij, S. 114 f.

39 Die Verpfändung von Pachtrechten an Immobilien ist von großer praktischer Bedeutung, da Grundstücke – wenn sie nicht privatisiert sind – dem Gebäudeeigentümer regelmäßig für 49 Jahre verpachtet werden.

rungen sichert die Hypothek auch die dem Gläubiger zustehenden vertraglichen Zinsen (Art. 3 Pkt. 1 Abs. 2 ZGB).

Wenn vertraglich vereinbart, werden auch folgende Ansprüche des Pfandnehmers durch die Hypothek gesichert (Art. 3 Pkt. 1 Abs. 3 Nr. 1–4; Art. 4 HypG):

- Schadensersatz und bzw. oder Vertragsstrafen (Geldstrafen, Bußen)<sup>40</sup> wegen Nichterfüllung, verspäteter oder nicht gehöriger Erfüllung der gesicherten Forderung (Nr. 1),
- Zinsen für die ungerechtfertigte Nutzung fremder Geldmittel (Verzugszinsen), entsprechend den für die gesicherte Verbindlichkeit bzw. durch föderales Gesetz vorgesehenen Zinsen (Nr. 2),
- Ersatz von Gerichtskosten<sup>41</sup> und anderen bei der Zwangsvollstreckung in die verpfändete Immobilie entstandenen Kosten (Nr. 3)<sup>42</sup>,
- Ersatz von Kosten für die Verwertung der verpfändeten Immobilie (Nr. 4)<sup>43</sup>,
- notwendige oder vertraglich vereinbarte Ausgaben zum Erhalt oder Schutz der verpfändeten Immobilie (Art. 4 1. Fall HypG),
- Tilgung von Verpflichtungen des Pfandgebers aus mit der verpfändeten Immobilie verbundenen Steuern, Gebühren oder kommunalen Abgaben (Art. 4 2. Fall HypG).<sup>44</sup>

Die Hypothek sichert die Forderungen des Pfandnehmers in der Höhe, in der die Forderungen zum Zeitpunkt der Befriedigung bestehen (Art. 3 Pkt. 2 HypG). Dies bedeutet, dass die Zinsen und Vertragsstrafen in dem Umfang befriedigt werden, wie sie bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Befriedigung durch die aus der Immobilie gewonnene Geldsumme entstanden sind.<sup>45</sup> Möglich ist auch die Sicherung nur eines Teiles einer Forderung (Art. 3 Pkt. 1 Abs. 1 HypG).

## 5. Beschränkung des Personenkreises

Die verschiedenen Hypothekenformen sind allen Gläubigern zugänglich. Einzige Ausnahme sind die gesetzlichen Hypotheken, bei denen der Gläubigerkreis beschränkt ist auf die jeweils gesetzlich vorgesehenen Personen.

---

40 Geregelt in Art. 330–333 ZGB.

41 Zu den durch die Hypothek gesicherten Gerichtskosten gehören auch die Notarkosten bei der außergerichtlichen Zwangsvollstreckung gemäß Art. 55 HypG, Gračëv, Hypothek – Burov, Anm. 4.4 zu Art. 3, S. 8.

42 Dies schließt auch z.B. Gutachter- und Übersetzerkosten mit ein, Grišaev, Hypothek, Anm. 1 zu Art. 3, S. 20.

43 Dies umfasst auch Kosten für die Organisation der Versteigerung, Auslagen für die Benachrichtigung potentieller Teilnehmer der Versteigerung und die Bewachung der Immobilie während der Verkaufsperiode, Grišaev, Hypothek, Anm. 1 zu Art. 3, S. 20.

44 Regel des Art. 4 HypG für beide Fälle ist, dass diese Ausgaben aus der verpfändeten Immobilie bezahlt werden sollen. Allerdings steht es den Vertragsparteien frei, im Hypothekenvertrag eine Vereinbarung zu treffen, dass der Pfandgeber diese Ausgaben zu tragen hat, Grišaev, Hypothek, Zu Art. 4, S. 21.

45 Gračëv, Hypothek – Burov, Anm. 5 zu Art. 3, S. 8.

## II. Publizitätserfordernisse

### 1. Grundbuch/Grundregister; Aufbau des Grundbuchs/Registers

#### a. Realfolium, Gliederung des Hauptbuches

Das russische Grundbuch, das „Einheitliche Staatliche Register der Rechte an Immobilien und Rechtsgeschäfte mit ihnen“, ist als Realfolium aufgebaut, d.h. die Grundstücke bestimmen den Aufbau des Registers, nicht die berechtigten Personen. Jede Immobilie wird auf einem eigenen Registerblatt gesondert gebucht (Hauptbuch). Dabei werden die Registerblätter für Grundstücke, aufstehende Gebäude und Räumlichkeiten in dem Gebäude hintereinander angeordnet („Grundsatz der Einheitlichkeit des Immobilienobjekts“). Für jede Immobilie ist dabei die Katasternummer anzugeben.

Die für die Rechtslage wesentlichen Informationen ergeben sich aus den Eintragungen im Hauptbuch. Die Grundakten („Akten der rechtsbegründenden Dokumente“) haben nur noch ergänzende Bedeutung. Die Einreichung von Dokumenten zur Registrierung sowie die Ausgabe von Registrierungsbescheinigungen und Registerauszügen werden im Tagebuch („Buch zur Dokumentenerfassung“) vermerkt.

#### b. Gliederung der Einlagen

Die Registerblätter der einzelnen Immobilien (Grundstücke, Gebäude, Räumlichkeiten) gliedern sich einheitlich in drei Teile:

- Bestandsblatt mit Angaben zu Lage, Größe und Bestimmungszweck der Immobilie
- Eigentumsblatt mit Eintragung des Eigentümers
- Belastungsblatt mit Eintragungen über bestehende Belastungen (z.B. Hypotheken)

Zudem wird in der Rubrik „Besondere Vermerke“ die Stellung von Eintragungsanträgen vermerkt, um auf das Bestehen eines Rechtsanspruchs bezüglich der Immobilie hinzuweisen. Wird die beantragte Eintragung abgelehnt, ist dies ebenfalls in dieser Rubrik zu vermerken.

#### c. Grundbuchbehörde und Grundbuchbeamter

Registrierungsbehörde für Rechte an Immobilien und Rechtsgeschäfte mit ihnen ist der „Föderale Registrierungsdienst“. Zuständig ist jeweils die Behörde am Ort der Belegenheit der Immobilie.

Der Föderale Registrierungsdienst untersteht dem föderalen Justizministerium.

Leiter einer Registrierungsbehörde ist der „Staatliche Registrator“. Der Registrator ist Beamter und muss ein Jurist sein oder über eine zweijährige Erfahrung im Registrierungsdienst verfügen. Seiner Rechtsstellung nach ist er zwischen einem deutschen Grundbuchrichter und einem Rechtspfleger einzuordnen.

#### d. Grundbuchverfahren

Die Eintragungen erfolgen nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist der Rechtsinhaber sowie bei Belastungen auch der Berechtigte aus der Belastung. Möglich ist natürlich auch ein gemeinsamer Antrag. Die Parteien können sich auch vertreten lassen.

Der Antrag muss Mindestanforderungen v.a. hinsichtlich der Bestimmtheit der Immobilie und des zu registrierenden Rechts erfüllen. Dem Antrag sind in jedem Fall die rechtsbegründenden Dokumente beizufügen (z.B. der Hypothekenvertrag).

Formal beginnt das Registrierungsverfahren mit der Annahme der Dokumente. Bei Unvollständigkeit der Unterlagen kann die Annahme verweigert werden. Nach der Annahme überprüft die Registrierungsbehörde die Gesetzmäßigkeit der beantragten Registrierung. Die gesetzlich vorgegebene Frist für die Durchführung des Registrierungsverfahrens ist ein Monat ab Einreichung des Antrags und der vollständigen Unterlagen.

Unter verschiedenen Voraussetzungen ist eine Aussetzung oder gar Ablehnung der Registrierung möglich. Die Aussetzung kann vom Registrator angeordnet werden, um den Antragstellern die Möglichkeit zur Nachbesserung der eingereichten Unterlagen zu geben. Die Aussetzung kann auch auf Antrag des Antragstellers für bis zu drei Monate erfolgen.

## **2. Widerspiegelung der Rechtslage (Spiegelprinzip)**

Das russische Immobilienrechtsregistrierungssystem setzt die auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen üblichen Grundbuchprinzipien um. Diese Prinzipien stehen in enger Verbindung zu den Prinzipien des materiellen Immobilienrechts.

Dies sind

- Eintragungsgrundsatz (Verfügungen über Rechts an Immobilien bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung),
- Antragsprinzip (Eintragungen in das Immobilienrechtsregister erfolgen nur auf Antrag),
- Legalitätsprinzip (die Registerbehörde ist verpflichtet, die Gesetzmäßigkeit der beantragten Eintragung zu prüfen),
- Bestimmtheitsgrundsatz (die Immobilie, über die verfügt werden soll, sowie der Berechtigte und der Inhalt des einzutragenden Rechts müssen klar und eindeutig feststehen),
- Spezialitätsgrundsatz (Rechtsgeschäfte und Eintragungen müssen sich auf bestimmte individualisierte Sachen beziehen),
- Prinzip des bürgerlichen Vormannes (Voreintragungsprinzip, eine Eintragung kann nur erfolgen, wenn die Person, deren Rechte durch die Eintragung berührt werden, bereits als Berechtigter eingetragen ist),
- Typenzwang (numerus clausus der Rechte, es können nur Immobilienrechte begründet und eingetragen werden, die das Gesetz zulässt),
- Formeller Prioritätsgrundsatz (der Rang der Rechte an Immobilien richtet sich nach der Reihenfolge der Eintragung im Register. Dies hat im Hypothekenrecht die besondere Ausprägung, dass die früher eingetragene Hypothek den besseren Rang hat.),

- Materieller Prioritätsgrundsatz (Rang der Grundstücksrechte richtet sich nach der Reihenfolge der Eintragung: gilt im russischen Recht für Pfandrechte an einer Immobilie. Allerdings fehlt eine Regelung, die das Verhältnis zu anderen eingetragenen Rechten regelt.),
- Publizitätsprinzip
 

Verwirklicht ist im russischen Recht das formelle Publizitätsprinzip als Öffentlichkeitsprinzip: Jede natürliche oder juristische Person kann auf schriftlichen Antrag Informationen über die Angaben im Register zu jeder beliebigen Immobilie erhalten.

Auch das materielle Publizitätsprinzip (Vertrauensgrundsatz) wurde durch eine Reform 2004 – der eine entsprechende Entscheidung des russischen Verfassungsgerichts vorausgegangen war – inzwischen weitgehend umgesetzt: Der gute Glaube des Erwerbers an das eingetragene Eigentum des Veräußerers wird geschützt. Voraussetzung ist – neben der Gutgläubigkeit –, dass der Erwerb nicht unentgeltlich erfolgt und die Immobilie dem wahren Eigentümer nicht abhanden gekommen ist.
- Daneben bestehen noch weitere, speziell an die Rechtslage in Russland angepasste Prinzipien. Von besonderer praktischer Bedeutung ist das „Prinzip der doppelten Registrierung“: Bei vielen Immobilienrechtsgeschäften ist nach russischem Recht sowohl die Registrierung des Vertrages wie auch des Rechts notwendig (so muss bei der Hypothek z.B. der Hypothekenvertrag registriert werden – der erst dadurch in Kraft tritt – und die Hypothek als Belastung als Immobilie selbst).

### 3. Konstitutive oder deklaratorische Eintragung

Registrierungspflichtige Rechte entstehen mit der Eintragung, die Eintragung hat somit konstitutive Wirkung.

Wichtigstes eintragungspflichtiges Recht ist das Eigentum, einschließlich des gemeinschaftlichen Immobilieneigentums.

Weiter unterliegen der Eintragung als dingliche Rechte das Recht der wirtschaftlichen Verwaltung, das Recht auf operative Verwaltung<sup>46</sup>, das Recht auf lebenslangen vererbaren Besitz und das Recht auf ständige Nutzung.

Der Registrierung unterliegen zudem das Unternehmen als Vermögenskomplex und Kondominien.

Als Belastung eintragbar sind die Hypothek, Pacht, Dienstbarkeiten, treuhänderische Verwaltung und Arreste. Diese Aufzählung ist nach dem ImmRRegG allerdings nicht abschließend.

### 4. Rangsystem

Oben wurde dargestellt, dass sich im russischen Recht der Rang der Hypotheken nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung in das ESRIG richtet (formeller Publizitäts-

<sup>46</sup> Bei dem „Recht der wirtschaftlichen Verwaltung“ und dem „Recht auf operative Verwaltung“ handelt es sich um ältere, in das neue ZGB übernommene Institute zur Nutzung staatlichen Eigentums.

grundsatz). Von großer Bedeutung ist dabei auch die Frage, ob sich der Rang einer nachrangigen Hypothek verändertert, wenn die vorrangige Hypothek erlischt oder ob der Eigentümer den freigewordenen Rang eventuell erneut an einen Gläubiger vergeben kann.

Diesem Anliegen stehen aber im Prinzip zwei Grundsätze des Pfandrechts entgegen:

- Das Akzessorietätsprinzip, das die Begründung von Pfandrechten nur zugunsten bestehender oder zumindest bestimmbarer Forderungen gestattet, also die vorsorgliche Begründung von Sicherheitsrechten für noch unbestimmte zukünftige Forderungen nicht zulässt.
- Die Begründung oder Aufrechterhaltung eines Pfandrechts ohne Forderung führt zu einem Pfandrecht an der eigenen Sache.

Für die Lösung dieses Anliegens gibt es andererseits grundsätzlich zwei Möglichkeiten:

- Die gleitende Rangordnung, bei der im Falle des Erlöschens des vorstehenden Rechts das nachfolgende aufrückt.
- Die fest bestimmte Rangstelle, bei der jedes Recht seine Rangstelle unverändert beibehält, so dass der Wegfall des vorstehenden Rechts keine Verbesserung des Ranges mit sich bringt.

Das russische Recht hat sich für den ersten Weg entschieden: Nachrangige Hypotheken rücken im Rang auf.

Dies ergibt sich im Umkehrschluss daraus, dass es keine Regelungen über Eigentümergrundpfandrechte oder über Sicherungen der Rangstelle gibt. Es gibt somit nach russischem Recht keine Möglichkeit, einen freiwerdenden Rang zu sichern.

Dieses System hat allerdings wirtschaftlich nachteilige Folgen: Schlechterrangige Hypotheken bergen in der Regel ein höheres wirtschaftliches Risiko in sich und führen damit auch zu einem höheren Kreditzins. Es lässt sich schwer rechtfertigen, dass ein Pfandgläubiger durch automatisches Nachrücken ohne weiteres von einem besseren Rang profitiert und dennoch einen höheren Zins erhält.<sup>47</sup>

## 5. Vertrauensschutz

### a. Gutgläubiger Erwerb des Eigentums

Bis heute hat sich das neue russische Immobilienregistrierungssystem zu einem zuverlässigen und transparenten Mittel für die Stärkung der Rechtssicherheit auf dem Immobilienmarkt entwickelt. Eine zentrale Frage entbehrte aber bis vor kurzem immer noch einer endgültigen Lösung, und zwar inwieweit ein öffentlicher Glaube des Immobilienregisters besteht und inwieweit die Position eines gutgläubigen Immobilienerwerbers in Russland sicher ist.<sup>48</sup>

47 Denkbar wäre zwar, dass im Einzelfall im Kreditvertrag für diesen Fall ein niedrigerer Zins vereinbart wird. Neben der Frage, ob sich nachrangige Pfandgläubiger darauf einlassen, wäre dies aber auch von dem – für die nachrangigen Gläubiger nicht erkennbaren – Schicksal der vorhergehenden Hypothek abhängig.

48 Volodin, S 38.

Das Problem bestand bis Ende 2004 darin, dass weder das ImmRegG noch das ZGB einen öffentlichen Glauben des Immobilienregisters statuierten.<sup>49</sup>

*aa. Beschluss des Verfassungsgerichts vom 21. April 2003*

Der Gutgläubensschutz wurde bereits durch einen Beschluss des Verfassungsgerichts aus dem Jahre 2003 weiterentwickelt.<sup>50</sup> Nach Auffassung des Verfassungsgerichts kann das hohe Risiko des Eigentumsverlusts dem gutgläubigen Erwerber nicht zugemutet werden. Der unzulängliche Schutz des Eigentumsrechts sei eine große Beeinträchtigung der Stabilität und der Vorhersagbarkeit des Wirtschaftsverkehrs. Die Schutzvorschriften der Verfassung, die das Recht auf Besitz, Nutzung und Verfügung über das Vermögen schützen, schützen nicht nur den Eigentümer, sondern auch die anderen Teilnehmer am bürgerlichen Rechtsverkehr, darunter auch den gutgläubigen Erwerber.

*bb. Gesetzliche Neuregelung 2004*

Der Gesetzgeber hat diese durch das Verfassungsgericht geschaffene Rechtslage durch das Gesetz vom 30.12.2004<sup>51</sup> nachvollzogen: Art. 223 Pkt. 2 ZGB<sup>52</sup> wurde um Abs. 2 ergänzt, der festlegt, dass Immobilien durch die Registrierung des gutgläubigen Erwerbers in dessen Eigentum übergehen.

*(1) Nichtberechtigter als Eigentümer eingetragen*

Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs ist, dass der veräußernde Nichtberechtigte als Eigentümer der Immobilie im ESRIG eingetragen und kein Gerichtsverfahren zur Berichtigung der fehlerhaften Eintragung anhängig ist.<sup>53</sup> Eine solche Klage müsste in die Rubrik „Besondere Vermerke“ des Hauptbuches eingetragen werden.

*(2) Gutgläubigkeit*

Voraussetzung ist, dass der rechtsgeschäftliche Erwerber gutgläubig gemäß Art. 302 Pkt. 1 HS 1 ZGB ist. Dies bedeutet, dass der entgeltliche Erwerber nicht wusste und nicht wissen konnte, dass der Veräußerer nicht zur Veräußerung berechtigt war. Ein Erwerber ist nicht gutgläubig, wenn er grob fahrlässig oder gar vorsätzlich handelt.<sup>54</sup> Den Erwerber trifft eine Pflicht zur Überprüfung des Eigentums des Veräußerers: Bei Immobilien erfolgt dies durch Überprüfung der Eigentumseintragung im ESRIG, indem der Erwerber sich vom Veräußerer einen aktuellen Registerauszug vorlegen lässt.

<sup>49</sup> Volodin, S. 38.

<sup>50</sup> Beschluss des Verfassungsgerichts vom 21. April 2003 Nr. 6-P, hierzu und zum Folgenden: Volodin, S. 38 f.

<sup>51</sup> Art. 1 des Föderalen Gesetzes vom 30. Dezember 2004 N 217-FZ „Über die Einfügung von Änderungen in Art. 223 des Ersten Teils des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation und im Föderalen Gesetz „Über die staatliche Registrierung von Rechten an Immobilien und Geschäften mit ihnen““.

<sup>52</sup> Art. 223 Pkt. Abs. 1 ZGB regelt, dass in den Fällen, in denen die Veräußerung von Vermögen der staatlichen Registrierung unterliegt (wie dies gemäß Art. 131 ZGB für Immobilien der Fall ist), das Eigentumsrecht beim Erwerber im Zeitpunkt der Registrierung entsteht.

<sup>53</sup> Tuzov, S. 183.

<sup>54</sup> Gračëv, Hypothek – Lomidze, Anm. 1 zu Art. 42, S. 121, m.w.N.

(3) *Kein Vindikationsrecht des wahren Eigentümers*

Zudem darf der wirkliche Eigentümer nicht gemäß Art. 302 Pkt. 1 HS 2 ZGB berechtigt sein, die Immobilie herauszuverlangen. Der Eigentümer hat dieses Vindikationsrecht, wenn die Immobilie ihm<sup>55</sup> abhanden gekommen ist oder ihm entwendet wurde oder er den Besitz auf andere, nicht seinem Willen entsprechende Weise verloren hat.

Art. 302 ZGB stellt grundsätzlich auf das Abhandenkommen von beweglichen Sachen ab. Kernpunkt ist die Übertragung des Besitzes an diesen Sachen zur Verschaffung des Eigentums durch einen Nichtberechtigten an einen gutgläubigen Dritten. In diesem Fall erwirbt der gutgläubige Dritte kein Eigentum, der wahre Eigentümer kann vom Dritten die Sache herausverlangen.<sup>56</sup>

Dies ist bei Immobilien schwer vorstellbar. Rechtsschein für das Eigentum von Immobilien ist ja – anders als beweglichen Sachen – nicht der Besitz, sondern die Eigentumseintragung. Daher ist bei der Anwendung des Art. 302 ZGB beim gutgläubigen Erwerb des Eigentums an Immobilien darauf abzustellen, ob die Löschung des Eigentums des wahren Eigentümers im Register mit oder entgegen seinem Willen erfolgte. Es kommt bei der Beantwortung der Frage des Abhandenkommens nur auf die Registereintragung an, die Frage, wer tatsächlichen Besitz an der Immobilie hat, ist dabei nicht erheblich.

(4) *Kein unentgeltlicher Erwerb*

Nicht geschützt wird der gute Glaube des Erwerbes im Falle des unentgeltlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten (Art. 302 Pkt. 2 ZGB).

cc. *Ergebnis*

Durch die Gesetzesänderung von 2004 wurde das ESRIG mit gutem Glauben<sup>57</sup> ausgestattet, allerdings nur hinsichtlich des Eigentums und unter den Voraussetzungen des Art. 302 ZGB.<sup>58</sup>

Materiell-rechtlich bedeutet der gutgläubige Erwerb lediglich, dass der Vindikationsanspruch des bisherigen (wahren) Eigentümers ausgeschlossen ist.

b. *Gutgläubiger Erwerb der Hypothek*

Die Gesetzesänderung wirkt sich somit nicht auf den gutgläubigen (Erst- oder Zweit-) Erwerb von Hypotheken aus. Auf die Buchhypothek sind Gutglaubensvorschriften nicht anwendbar, für die Briefhypothek bestehen Sonderregelungen.

55 Oder einer Person, der er die Sache zu Besitz übergeben hatte; dies gilt auch für die anderen beiden Fälle des Verlusts.

56 Abova/Kabalkin I – Rubanov, Anm. 2 zu Art. 302, S. 794.

57 In der Gesetzesbegründung: „Prinzip der öffentlichen Richtigkeit“, russ. princip publicnoj dostovernosti.

58 Der ursprüngliche Gesetzesentwurf (s. [www.urbaneeconomics.ru](http://www.urbaneeconomics.ru)) war hier weitergegangen: Alle im ESRIG eingetragenen Rechte (z.B. Pachtrecht oder auch die Hypothek) an Immobilien sollten durch den öffentlichen Glauben geschützt werden. Dies wurde dann auf das Eigentum beschränkt. Zudem sollte nach dem Gesetzentwurf eine Vindikation nur möglich sein bei Fälschung oder Eintragung durch die Registerbehörde unter Gewalteinwirkung bzw. Drohung mit Gewalt.

*aa. Gutgläubiger Ersterwerb der Hypothek*

Hauptfälle des gutgläubigen Ersterwerbs sind, dass eingetragene Eigentümer nicht der wahre Eigentümer ist oder dass die Forderung nicht entstanden ist.

Grundlage des Gutgläubigererwerbs ist Art. 302 ZGB. Art. 32 ZGB stellt ab auf den Erwerb von „Vermögen“<sup>59</sup>, was gemäß Art. 128 ZGB auch Vermögensrechte umfasst.

Im Vindikationsrecht allerdings wird der Begriff einschränkend auf Sachen ausgelegt: Art. 302 Pkt. 1 ZGB verlangt einen „Erwerb von Vermögen“, worunter die Übergabe von Sachen gemäß Art. 224 ZGB zu verstehen ist.<sup>60</sup> Aus diesem Grund ist Art. 302 auf den Erwerb eines Rechts – einschließlich der Hypothek – nicht anwendbar.

Wie oben bereits dargelegt, kann dies bei Immobilien auch nicht durch die Eintragung im ESRIG überwunden werden: Der gute Glaube wird nur beim Erwerb des Eigentums geschützt, nicht beim Erwerb anderer Rechte an der Immobilie.

Dies gilt einheitlich bei Buch- und Briefhypotheken.

*bb. Gutgläubiger Zweiterwerb der Hypothek*

Beim Zweiterwerb kommt es auf den guten Glauben des Zweiterwerbers der Hypothek an die Berechtigung des Veräußerers an. Unerheblich ist dabei, ob die Hypothek nicht entstanden oder bereits erloschen ist.

*(1) Buchhypothek*

Grundlage des gutgläubigen Zweiterwerbs ist, dass die gesicherte Forderung nicht oder nicht mehr besteht. Prinzipiell ist in diesem Fall die Hypothek gemäß Art. 352 Pkt. 1 Nr. 1 ZGB erloschen bzw. gar nicht entstanden.

Nach dem Grundsatz, dass niemand über mehr Rechte verfügen kann, als ihm zustehen,<sup>61</sup> ist der Erwerb einer nicht (mehr) bestehenden Hypothek grundsätzlich ausgeschlossen. Wie bereits beim gutgläubigen Ersterwerb dargestellt, kann der Erwerber auch nicht auf die bloße Eintragung der Hypothek vertrauen. Auch beim gutgläubigen Zweiterwerb ist Art. 302 ZGB Grundlage des Erwerbs. Wie oben beim gutgläubigen Ersterwerb dargelegt, ist Art. 302 ZGB aber auf den gutgläubigen Erwerb der Hypothek nicht anwendbar, sondern lediglich auf den gutgläubigen Erwerb von Sachen.

Ein gutgläubiger Zweiterwerb der Buchhypothek ist somit mangels geschützten Vertrauens in die im Immobilienrechtsregister eingetragene Hypothek ausgeschlossen.

*(2) Briefhypothek*

Abweichend vom gutgläubigen Zweiterwerb der Hypothek bei der Buchhypothek gelten beim gutgläubigen Erwerb des Hypothekenbriefes einige Besonderheiten.

<sup>59</sup> Russ. „имушество“.

<sup>60</sup> Abova/Kabalkin I – Rubanov, Anm. 2 zu Art. 302, S. 794; ebenso mit dem Hinweis, dass Art. 302 Pkt. 2 ZGB die „Übergabe“ des Vermögensgegenstandes voraussetzt und sich somit nur auf Sachen beziehen kann: Marschhausen, S. 88; auch Šilochvost, 2007 – Chan, S. 335 verlangt eine „faktische Übergabe“ der Sache an den Erwerber.

<sup>61</sup> Dieser Grundsatz gilt auch im russischen Recht: Marschhausen, S. 84.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen vollständiger oder teilweiser Befriedigung der Forderung.

Grundsätzlich gilt, bis zum Beweis des Gegenteils, dass die Forderung weder ganz noch teilweise erfüllt wurde, wenn sich der Brief beim Pfandnehmer befindet oder auf dem Brief keine Bestätigung der teilweisen Erfüllung angebracht wurde (Art. 17 Pkt. 3 HypG).

*(a) Vollständige Befriedigung der gesicherten Forderung*

Bei vollständiger Rückzahlung<sup>62</sup> der gesicherten Forderung greift Art. 17 Pkt. 3 HypG direkt ein: Befindet sich der Brief beim Pfandnehmer, gilt die Forderung – bis zum Beweis des Gegenteils – als nicht erbracht. Da es keine dem Art. 48 Pkt. 2 Abs. 3 HypG (s.u.) entsprechende Ausnahmeregelung gibt, bedeutet dies, dass der Erwerber des Briefes die gesicherte Forderung gegen den Schuldner erwirbt, auch wenn diese bereits zurückgezahlt wurde.

Unklar sind allerdings die Folgen aus diesem gutgläubigen Erwerb, da diese Regel nur „bis zum Beweis des Gegenteils“ gilt: Kann der Beweis nur dem ursprünglichen Inhaber des Briefes entgegengehalten werden, oder auch jedem gutgläubigern Erwerber?

Im ersten Fall könnte der Erwerber die Forderung gegen den Schuldner und Pfandgeber geltend machen. Der Schuldner müsste dann beim Veräußerer des Briefes Schadenersatz begehren.

Im zweiten Fall müsste sich auch der Erwerber den Beweis der Erfüllung entgegengelassen lassen. In diesem Fall müsste der Erwerber beim Veräußerer des Briefes die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Dies hätte allerdings den Verlust des guten Glaubens und somit der Verkehrsfähigkeit des Briefes zur Folge: Jeder Erwerber des Briefes müsste damit rechnen, dass ihm die Erfüllung der Forderung entgegengelassen wird.

Entsprechend der Regelung in Art. 14 Pkt. 4 Abs. 1 S. 1 HypG,<sup>63</sup> nach der auch der gute Glaube der späteren Erwerber, nicht jedoch der erste Briefinhaber<sup>64</sup> geschützt wird, erscheint auch beim gutgläubigern Erwerb des Hypothekenbriefes zum Zwecke der Sicherung des Verkehrsschutzes folgende Lösung als angebracht:

- Den Beweis der Erfüllung der gesicherten Forderung muss sich der erste Briefinhaber entgegengelassen lassen.
- Spätere Inhaber des Briefes können die bereits getilgte Forderung gutgläubig erwerben. Der Schuldner muss sich dann an den Veräußerer des Briefes halten.

Der Schuldner und Pfandgeber wird dadurch geschützt, dass er verlangen kann, dass die Erfüllung nur gegen Rückgabe des Briefes erfolgt (Art. 17 Pkt. 2 HypG).

---

62 Dabei kann es sich um eine – in der Praxis seltene – Rückzahlung der Forderung in einer Rate oder bei teilweiser Befriedigung um die Zahlung der letzten Rate handeln.

63 Bei Nichtübereinstimmung des Hypothekenbriefes mit dem Hypothekenvertrag oder dem Vertrag über die gesicherte Verbindlichkeit gilt der Hypothekenbrief als richtig, wenn der Inhaber des Briefes im guten Glauben war.

64 Art. 14 Pkt. 4 Abs. 1 S. 2 HypG.

*(b) Teilweise Befriedigung der gesicherten Forderung*

Der oben genannte Grundsatz des Art. 17 Pkt. 3 HypG gilt hinsichtlich der Erbringung von Teilleistungen im Falle der Übertragung des Briefes mit einer Abwandlung: Bei Teilerfüllung der Hauptverbindlichkeit gelten die bis zum Moment der Übertragung des Briefes fälligen Teilleistungen als erbracht, sofern nichts anderes vereinbart ist (Art. 48 Pkt. 2 Abs. 3 HypG).

Der Erwerber des Briefes erwirbt die hypothekarisch gesicherte Forderung also grundsätzlich in dem Umfang, den sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung haben soll. Wird keine anderweitige Vereinbarung getroffen, werden eventuelle Rückstände bei der Briefübertragung abgeschnitten, andererseits aber auch eventuelle vorzeitige Tilgungen<sup>65</sup> nicht erfasst.<sup>66</sup>

Geschützt wird der gute Glaube an den Bestand der Forderung, wie sie nach den Angaben im Brief sein soll.

*(c) Bei Rechtsverlust: Staatliche Garantie oder Haftung?*

Die Registerbehörde haftet für die Vollständigkeit und Richtigkeit der von ihr vorgenommenen Eintragungen. Ebenso ist die unbegründete Versagung der Registrierung haftungsauslösend. Erleidet eine natürliche oder juristische Person einen Schaden aufgrund einer Pflichtverletzung der Registerbehörde, so wird dieser Schaden durch die Staatskasse der Russischen Föderation ersetzt.

Durch eine Reform wurde 2004 zudem eine Kompensationspflicht des Staates eingeführt, wenn eine natürliche Person das Eigentum an ihrer Wohnung an einen gutgläubigen Erwerber verloren hat. Da sich der gute Glaube nur auf eine richtige Eintragung im Register beziehen kann, wurde für den in der Rechtswirklichkeit bedeutsamen Fall einer falschen Eintragung im Register eine verschuldensfreie Haftung des Staates eingeführt.

### **III. Akzessorietätswirkungen**

#### **1. Entstehensakzessorietät**

Das akzessorische Recht entsteht nur, wenn das Hauptrecht entsteht.

##### **a. Allgemeines**

Nach russischem Recht erwirbt der Hypothekengläubiger das Recht, die Befriedigung seiner Forderung aus dem Wert der verpfändeten Immobilie zu verlangen (Art. 1 Pkt. 1 Abs. 1 HypG). Die Entstehensakzessorietät ergibt sich dabei eindeutig aus der Formulierung „Befriedigung seiner Forderung“. Nur bestehende Forderungen können hypothekarisch gesichert werden.

<sup>65</sup> Allerdings kann der Schuldner gemäß Art. 17 Pkt. 2 HypG verlangen, dass die teilweise Erfüllung nur erbracht wird, wenn diese auf dem Brief vermerkt oder in anderer geeigneter Weise nachfolgenden Erwerbenden des Briefes kenntlich gemacht wird (z.B. durch eine Anlage zum Brief).

<sup>66</sup> Zur Frage, ob sich der Erwerber eventuelle vorzeitige Tilgungen entgegenhalten lassen muss, gelten die Ausführungen zum Beweis der Befriedigung der Forderung. Unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsfähigkeit des Briefes ist davon auszugehen, dass dieser Beweis nur gegenüber dem ursprünglichen Inhaber des Briefes möglich ist.

Wurde z.B. zur Sicherung eines Darlehens eine Hypothek bestellt, das Darlehen dann aber nicht ausgezahlt, ist keine zu sichernde Forderung entstanden. Auch die Hypothek ist in dem Fall nicht entstanden.

Um den Bedürfnissen der Kreditwirtschaft gerecht zu werden, wurde in Art. 11 Pkt. 3 S. 2 HypG ein Sonderfall geschaffen, der in der Praxis der Regelfall sein dürfte: Durch diese Vorschrift wird die Sicherung einer zukünftigen Forderung ermöglicht. Die Hypothek entsteht allerdings nicht schon bei der Eintragung, sondern erst, wenn die Forderung entsteht. Allerdings ist es auf diese Weise möglich, für eine zukünftige Forderung einen besseren Rang zu sichern.

Materiell entsteht die Hypothek mit Eintragung im ESRIG, formell mit Entstehung der Forderung.

#### b. Causa für die Entstehung der Hypothek

Die causa ist der verpflichtende und die anschließende Rechtsänderung rechtfertigende Grund. Unter diesem Begriff wird der Rechtsgrund für die Änderung der rechtlichen Zuordnung einer Sache oder eines Rechts verstanden. Die Veränderung einer solchen Zuordnung hat stets einen rechtfertigenden Grund, eben die causa. Die Übereignung einer Sache z.B. ist kein Selbstzweck, sondern erfolgt immer, um irgendeinen außerhalb der Übereignung liegenden Zweck zu erfüllen (z.B. den Kaufvertrag). Ebenso verhält es sich mit der Bestellung der Sicherheit.<sup>67</sup>

Auch bei der Bestellung einer Sicherheit ist ein rechtlich-wirtschaftlicher Zweck (Rechtsgrund, Verpflichtungsgeschäft) notwendig. Dieses Verpflichtungsgeschäft begründet den Anspruch auf Bestellung der Sicherheit. Das Verpflichtungsgeschäft bewirkt die Bestellung nicht, es verpflichtet lediglich dazu.

Im russischen Recht unterscheidet man die rechtsgeschäftliche Hypothekenbestellung, bei der der Hypothekenvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner das Verpflichtungsgeschäft darstellt und die gesetzliche Hypothek, bei der das Gesetz Rechtsgrund der Entstehung der Hypothek ist.

Grundlage für die Eintragung der vertraglichen Hypothek ist der registrierte Hypothekenvertrag (Art. 11 Pkt. 1 Abs. 1 HypG). Der Hypothekenvertrag – durch den die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien geschaffen werden – tritt mit seiner staatlichen Registrierung in Kraft (Art. 10 Pkt. 2 HypG).<sup>68</sup>

Die Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages führt auch zur Unwirksamkeit der Hypothek. Ist die Hypothek bereits eingetragen, führt die Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages zu einem Anspruch des Hypothekengebers auf Löschung der Hypothek.

Grundlage für die Eintragung der gesetzlichen Hypothek ist das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen.

<sup>67</sup> Soergel/Stöcker, S. 413 f.

<sup>68</sup> Der Hypothekenvertrag kann als eigener Vertrag geschlossen werden, er kann auch Teil des Vertrages sein, aus dem die gesicherte Forderung entsteht (Art. 19 Pkt. 3 HypG).

## 2. Umfangsakzessorietät

*Der Umfang des akzessorischen Rechts bestimmt sich nach dem Umfang des Hauptrechts, etwa der Höhe der gesicherten Forderung.*

Welche Forderungen durch die Hypothek gesichert werden, wird durch Art. 2 bis 4 HypG festgelegt. Dies sind der Grundbetrag der gesicherten vertraglichen oder sonstigen Forderung sowie die vertraglichen Zinsen. Hinzu kommen noch eventuelle Nebenkosten wie Kosten für das Verfahren, Vertragsstrafen, Verzugszinsen und gemachte Aufwendungen.

Bei der Höchstbetragshypothek ist nur die feste Geldsumme durch die Hypothek gesichert, weitergehende Ansprüche (abgesehen von Verwertungskosten) jedoch nicht.

Im Falle der Verwertung der hypothekarisch belasteten Immobilie wird der Erlös nach Abzug der Verfahrenskosten zwischen den an der Verwertung beteiligten Pfandgläubigern und dem Pfandgeber verteilt (Art. 61 Abs. 1 S. 1 und 2 HypG i.V.m. Art. 350 Pkt. 5 und 6 ZGB). Danach ist ein nach der Verteilung an die gesicherten Gläubiger verbleibender Rest an den Pfandgeber/Eigentümer herauszugeben.

Möglich ist die Forderungsauswechslung durch Novation (Art. 414 Pkt. 3 ZGB). Dies bedarf allerdings der ausdrücklichen Vereinbarung, da die Novation grundsätzlich zum Erlöschen aller Pfänder und Hypotheken führt (Art. 414 ZGB). Zu beachten ist, dass dann, wenn ein Dritter Sicherungsgeber ist, im Falle der Vereinbarung einer Novation zwischen Pfandnehmer und Schuldner das Pfandrecht erlischt.<sup>69</sup>

## 3. Zuständigkeitsakzessorietät

*Dem Gläubiger der gesicherten Forderung steht auch das Grundpfandrecht zu.*

In Art. 1 Pkt. 1 Abs. 1 HypG ist eindeutig festgelegt, dass Hypothekennehmer nur der Gläubiger der gesicherten Forderung sein kann.<sup>70</sup>

Der Gläubiger kann seine hypothekarisch gesicherte Forderung gemäß Art. 47 Pkt. 1 HypG übertragen durch Abtretung der gesicherten Forderung oder durch Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag.

Wird die gesicherte Forderung übertragen, folgt die Hypothek als Sicherungsrecht dieser Forderung, sofern keine anderweitige Regelung getroffen wird (Art. 47 Pkt. 3 Abs. 1).<sup>71</sup> Der Übernehmende tritt an die Stelle des Pfandnehmers im Hypothekenvertrag (Art. 47 Pkt. 3 Abs. 2 HypG). Möglich ist auch die anderweitige Regelung, dass die Hypothek nicht mit der Hauptforderung übergeht. In diesem Fall erlischt die Hypothek aufgrund der Akzessorietät mangels einer Forderung.

<sup>69</sup> Pkt. 6 des Informationsbriefes des Höchsten Arbitragegerichts vom 21.12.2005 Nr. 103.

<sup>70</sup> Wortlaut Art. 1 Pkt. 1 Abs. 1 HypG: „Der Pfandnehmer, der Gläubiger der durch die Hypothek gesicherten Verbindlichkeit ist („Залогодержатель, являющийся кредитором по обязательству, обеспеченному ипотекой“)“. Dies ist auch durch die Rechtsprechung bestätigt: Informationsbrief des Höchsten Arbitragegerichts Nr. S5-7/ZU-694 vom 9.9.1998, Pkt. 1.

Vereinzelt wird im Insolvenzrecht der insolvenzrechtliche Schutz eines Pfandnehmers diskutiert, der nicht Gläubiger der gesicherten Forderung ist (Chimičev, S. 74 f.), allerdings ohne Darstellung der Entstehung dieser Situation.

<sup>71</sup> Eine entsprechende Regelung enthält Art. 384 ZGB: Bei Abtretung der Forderung gehen die Sicherungsrechte mit über.

Auch bei der Übertragung durch Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag tritt der Übernehmende an die Stelle des bisherigen Pfandnehmers (Art. 47 Pkt. 2 Abs. 1 HypG). Bis zum Beweis des Gegenteils gilt die Abtretung aus dem Hypothekenvertrag auch als Abtretung der gesicherten Forderung (Art. 47 Pkt. 2 Abs. 2 HypG). Der neue Gläubiger übernimmt alle Rechte und Pflichten des bisherigen Pfandnehmers. Wird bewiesen, dass die gesicherte Forderung nicht mit abgetreten wurde, ist die Übertragung der Hypothek nichtig: Ansonsten würden Hypothek und gesicherte Forderung – entgegen Art. 1 Pkt. 1 Abs. 1 HypG – auseinander fallen, ohne dass klar wäre, wem welche Rechte zustehen.

#### 4. Durchsetzungsakzessorietät

- a. Das akzessorische Recht ist nur dann durchsetzbar, wenn auch das Hauptrecht durchsetzbar ist.

Nach § 1137 des deutschen BGB stehen dem Hypothekengeber die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung sowie die nach § 770 BGB dem Bürgen zustehenden Einreden gegen den Hypothekennehmer zu. Das russische ZGB enthält zwar in Art. 364 eine entsprechende Regelung für das Bürgschaftsrecht. Doch fehlt eine Vorschrift, wonach auch dem Hypothekengeber diese Rechte zustehen. Daher soll diese Frage hier anhand einzelner Fälle untersucht werden.

Der Hypothekengeber/Eigentümer kann gegen die Geltendmachung der hypothekarisch gesicherten Forderung einwenden, dass die Forderung erfüllt wurde. Gemäß Art. 352 Pkt. 1 Nr. 1 ZGB erlischt das Pfand mit der Beendigung der gesicherten Forderung, der Pfandnehmer kann also nicht mehr aus der Hypothek die Vollstreckung betreiben.

Dem Hypothekengeber/Eigentümer steht ebenso der Einwand der Verjährung zu. Eine Forderung verjährt innerhalb von drei Jahren (Art. 200; 196 ZGB). Gemäß Art. 207 ZGB verjährt das Pfandrecht zusammen mit der Forderung, die es sichert. Eine Klage auf Vollstreckung in die verpfändete Immobilie wird abgewiesen.<sup>72</sup>

Festzuhalten ist somit, dass sich nach russischem Recht der Grundsatz, dass die Hypothek nur durchsetzbar ist, wenn die gesicherte Forderung durchsetzbar ist, aus dem Prinzip der Akzessorietät selber ergibt, z.T., wie z.B. bei der Verjährung, ergänzt durch gesetzliche Vorschriften.

- b. Einzelvollstreckung

Bei der Einzelvollstreckung aus der Hypothek stehen dem Hypothekengläubiger grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Verfügung:<sup>73</sup>

- das gerichtliche Verfahren (Art. 51 HypG),
- das außergerichtliche Verfahren (Art. 55 HypG).

<sup>72</sup> Abova/Kabalkin I – Abova, Anm. 1 zu Art. 207, S. 588.

<sup>73</sup> Nach dem noch geltenden VollstrG besteht für den Erlös eine andere Verteilungsrangfolge, wenn nicht ein Hypothekengläubiger, sondern ein ungesicherter Dritter in die hypothekarisch belastete Immobilie vollstreckt. Dies wird durch das neue VollstrG, das am 1. Februar 2008 in Kraft tritt, geändert: Nunmehr wird bei allen Vollstreckungen in hypothekarisch belastete Immobilien das HypG als *lex specialis* angewandt (Art. 68 Pkt. 8 VollstrG neu). Hierbei ist allerdings die Anwendung durch die Gerichte in der Praxis abzuwarten.

*aa. Das gerichtliche Verfahren*

Grundsätzlich erfolgt die Zwangsvollstreckung auf Verlangen des Pfandnehmers in die verpfändete Immobilie auf gerichtliche Anordnung, wenn Pfandgeber und Pfandnehmer keine außergerichtliche Vollstreckung vereinbaren (Art. 51 HypG) oder die Vollstreckung kraft Gesetzes nur im gerichtlichen Verfahren erfolgen kann (Art. 55 Pkt. 2 HypG).

Die Zwangsvollstreckung in einen verpfändeten Gegenstand erfolgt – wie in der Vollstreckung allgemein – durch seine Beschlagnahme (russ. arest), die Wegnahme und die Verwertung (Art. 46 Pkt. 1 VollstrG).<sup>74</sup> Hier soll nur auf die Verwertung eingegangen werden, dies erfolgt sogleich nach der Darstellung des außergerichtlichen Verfahrens.

*bb. Das außergerichtliche Verfahren*

Die Vollstreckung in die verpfändete Immobilie ist auch ohne Einschaltung des Gerichts auch möglich auf Grundlage einer notariell bestätigten Vereinbarung zwischen dem Pfandgeber und dem Pfandnehmer.<sup>75</sup> Diese Vereinbarung kann nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt geschlossen werden, sondern erst *nach* dem Entstehen der Voraussetzungen<sup>76</sup> für die Zwangsvollstreckung (Art. 55 Pkt. 1 HypG; Art. 349 Pkt. 1 Abs. 2 ZGB). Der Abschluss dieser Vereinbarung ist somit erst möglich, wenn der Schuldner in der gesetzten Frist nicht oder nicht ordnungsgemäß die gesicherte Verbindlichkeit erfüllt, der Pfandgeber also die Möglichkeit zur Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens hätte.<sup>77</sup> Daher kann eine Vereinbarung über das außergerichtliche Verfahren nicht bereits im Pfandvertrag geschlossen werden.<sup>78</sup>

Gemäß Art. 55 Pkt. 3 HypG können die Parteien in der Vereinbarung folgende Arten der Befriedigung der gesicherten Forderung vereinbaren:

- Die Verwertung der Immobilie gemäß Art. 56 HypG, also durch öffentliche Versteigerung oder Auktion.
- Den Erwerb der verpfändeten Immobilie durch den Pfandnehmer für sich oder für Dritte. Dabei wird die Forderung des Pfandnehmers vom Wert der Immobilie abgezogen.

Daneben enthält Art. 55 Pkt. 4 HypG einige Punkte, die von den Parteien vereinbart werden müssen.

Vereinbaren die Parteien die Verwertung der Immobilie durch eine öffentliche Versteigerung, finden darauf die allgemeinen Vorschriften über die Versteigerung (Art. 57 und 58 HypG) Anwendung, mit der Besonderheit, dass der Organisator der Versteigerung von den Parteien und nicht vom Gericht bzw. dem Gerichtsvollzieher ausgewählt wird.<sup>79</sup>

74 Suchanov III – Em, S. 149; zur Anwendbarkeit auch bei der Hypothek: Grišaeв, Hypothek, Anm. 1 zu Art. 50, S. 109.

75 Das ZGB enthält eine entsprechende Vorschrift in Art. 349 Pkt. 1 Abs. 2.

76 Diese sind geregelt in Art. 50 HypG; Art. 348 ZGB.

77 Braginskij/Vittrjanskij I – Vittrjanskij, S. 534.

78 Pkt. 47 Abs. 2 S. 2 des Beschlusses der Plena des Obersten Gerichts und des Höchsten Arbitragegerichts vom 1. Juli 1996, Nr. 6/8; Braginskij/Vittrjanskij I – Vittrjanskij, S. 534.

79 Gračëв, Hypothek-Luk'jancev, Anm. 4 zu Art. 56, S. 184.

*cc. Verwertung*

Die Verwertung der Immobilie kann grundsätzlich in zwei Wegen erfolgen:

- durch öffentlich Versteigerung oder
- durch eine Auktion.

Welches Verfahren gewählt wird, muss vom Gericht entschieden (Art. 54 Pkt. 2 Nr. 3 HypG) oder im außergerichtlichen Verfahren von den Parteien vereinbart werden (Art. 55 Pkt. 4 Nr. 3 HypG).

*dd. Erlösverteilung*

Für die Verteilung des durch die Verwertung erhaltenen Erlöses sieht Art. 61 HypG eine eigene Verteilungsrangfolge vor:

1. Rang: Kosten des Zwangsvollstreckungs- und des Verwertungsverfahrens (Art. 61 Abs. 1 HypG).
2. Rang: Forderungen der Hypothekengläubiger, soweit diese zur Einziehung angemeldet wurden, in folgender Reihenfolge (Art. 61 Abs. 1 HypG):<sup>80</sup>
  - Nachrangige Hypothekenforderungen werden erst nach vollständiger Befriedigung der ihnen vorgehenden Hypothekenforderungen befriedigt (Art. 61 Abs. 1 HypG i.V.m. Art. 46 Pkt. 1 HypG).<sup>81</sup>
  - Die Forderungen der einzelnen Hypothekengläubiger werden in folgender Reihenfolge befriedigt (Art. 61 Abs. 1 HypG i.V.m. Art. 319 ZGB):
    - Kosten des Gläubigers für die Durchführung der Zwangsvollstreckung und Verwertung,
    - Zinsen der hypothekarisch gesicherten Forderung<sup>82</sup>,
    - Hauptbetrag der Forderung,
    - Verzugs- und anderen Zinsen gemäß Art. 395 ZGB.
3. Rang: Andere Gläubiger des Pfandgebers, die ihre – wohl titulierten – Forderungen in der Zwangsvollstreckung geltend gemacht haben (Art. 61 Abs. 1 HypG i.V.m. 334 Pkt. 1 Abs. 1 ZGB). Das Vorrecht des Pfandnehmers auf Befriedigung besteht allerdings gemäß Art. 334 Pkt. 1 Abs. 1 ZGB nur, wenn es keine gesetzlich geregelten Ausnahmen gibt. In der Einzelzwangsvollstreckung stellt Art. 78 Pkt. 2 VollstrG eine Ausnahme dar.<sup>83</sup>
4. Rang: Ein verbleibender Überschuss wird an den Pfandgeber ausgezahlt (Art. 61 Abs. 1 HypG i.V.m. Art. 350 Pkt. 6 ZGB).

<sup>80</sup> Die Befriedigung in diesem Rang erfolgt erst nach Befriedigung aller Forderungen im vorhergehenden Rang, Masevič – Klejn, Anm. 3 zu Art. 61, S. 161.

<sup>81</sup> Dies ist die Anwendung des Tempusprinzips („princip staršinstva“), Masevič – Klejn, Anm. 5 zu Art. 61, S. 161 f.

<sup>82</sup> Abova/Kabalkin I – Otnjukova, Anm. 2 zu Art. 319, S. 837. Da die Hypothek die Forderung einschließlich der Nebenforderungen in dem im Zeitpunkt der Vollstreckung bestehenden Umfang sichert, werden auch die Zinsen in der tatsächlich bestehenden Höhe durch die Hypotheken gesichert, Gračev, Hypothek – Burov, Anm. 5 zu Art. 3, S. 8.

<sup>83</sup> Gračev, Hypothek – Luk'jancev, Anm. 3 zu Art. 61, S. 200.

Ist der Erlös für die Befriedigung des oder der Pfandnehmer, die an der Zwangsvollstreckung teilnehmen, nicht ausreichend, sind diese berechtigt, den Fehlbetrag aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners zu erhalten (Art. 61 Abs. 1 HypG i.V.m. Art. 350 Pkt. 5 ZGB).<sup>84</sup>

*ee. Haftet der Schuldner aus dem Grundpfandrecht – neben dem Grundstück – mit seinem persönlichen Vermögen?*

Neben der Befriedigung aus der Hypothek hat der gesicherte Gläubiger auch die Möglichkeit, in das allgemeine Vermögen des Schuldners zu vollstrecken. Allerdings steht ihm dabei kein Vorrecht wie das Pfand zur Verfügung, er handelt dann als ungesicherter Gläubiger.

*– Ist die sofortige Vollstreckbarkeit aus der Grundpfandrechtsbestellung gegeben?*

Nach russischem Recht gibt es keine Vollstreckung in Immobilien durch eine vollstreckbare notarielle Ausfertigung.<sup>85</sup> In Art. 28 Pkt. 1 PfandG a.F. war eine vollstreckbare notarielle Urkunde noch vorgesehen. Gegen diese Möglichkeit wurde jedoch eingewandt,<sup>86</sup> dass die Möglichkeit der nicht-streitigen Vollstreckung, die bereits vor dem Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen vereinbart wurde, erhebliche Risiken geborgen habe: So wurde die Begründetheit von Gläubigerforderungen nicht geprüft. Insgesamt sei dieses Instrument nicht den heutigen russischen Verhältnissen angepasst, insbesondere bei Krediten an Verbraucher.<sup>87</sup>

*ff. Falls nicht, gibt es Ersatzkonstruktionen (wie bspw. ein abstraktes Schuldanerkennnis)?*

Das russische Recht kennt – bisher – kein abstraktes Schuldanerkennnis.

Darüber hinausgehend würde eine Sicherung eines solchen Anerkenntnisses durch eine Hypothek möglicherweise unzulässig sein. Denn durch eine solche Konstruktion wird die Akzessorietät der Hypothek zu einer – juristisch und wirtschaftlich – konkreten Forderung in Frage gestellt. Die Akzessorietät bildet aber – wie dargestellt – ein wesentliches Merkmal und eine bestimmende Eigenart des russischen Pfandrechts.

Daher besteht die Gefahr, dass in einer solchen Konstruktion ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften des russischen Rechts zu sehen ist. Dies hat dann notwendig die Unwirksamkeit der Konstruktion zur Folge.

In der Praxis anzutreffen ist der Versuch, ausländische abstrakte Schuldanerkennnisse – z.B. als parallel debt deed nach englischem Recht – durch ein russisches Sicherungsrecht zu sichern. Auch hier besteht die Gefahr der Unwirksamkeit, die auch nicht über den Umweg über das russische Recht geheilt werden kann. Das

84 Dabei haben sie allerdings nicht mehr das Vorrecht eines Pfandgläubigers (Art. 350 Pkt. 5 a. E. ZGB). Sie sind nunmehr lediglich ungesicherte Gläubiger.

85 Pkt. 47 Abs. 1 des Beschlusses der Plena des Obersten Gerichts und des Höchsten Arbitragegerichts Nr. 6/8 vom 1 Juni 1996.

86 Braginskij/Vitrjanskij I – Vitrjanskij, S. 532 f.

87 Die vollstreckbare notarielle Ausfertigung (russ. исполнительная надпись нотариуса – ispolnitel'naja nadpis' notariusa) ist gemäß Art. 358 Pkt. 3 ZGB nur zulässig bei Verpfändung von Sachen in einer Pfandleihanstalt, Suchanov III – Em, S. 150.

Höchste Arbitragegericht hat in der sog. „Megafon-Entscheidung“<sup>88</sup> die Umgehung zwingenden russischen Rechts durch ausländische Konstruktionen als einen Verstoß gegen den *ordre public* angesehen und explizit festgestellt, dass der Grundsatz der Rechtswahlfreiheit der Parteien seine Grenze in zwingenden Rechtsvorschriften findet.

*gg. Kann man aus dem ursprünglichen Grundpfandrecht ohne weiteres ggü. jedem neuen Grundstückseigentümer vollstrecken? Bedarf dies ggf. einer besonderen Vorgehensweise bei der Bestellung des Rechtes?*

Die Übertragung der Rechte an dem durch Hypothekenvertrag verpfändeten Vermögen und die Belastung dieses Vermögens mit Rechten Dritter ist in Kap. VI (Art. 37–42) des HypG geregelt.

Grundsätzlich behält der Pfandgeber das Recht, über seine Immobilie zu verfügen. Dieses Recht ist allerdings begrenzt: Der Pfandgeber kann – soweit nichts anderes im Hypothekenvertrag vereinbart ist – das verpfändete Vermögen nur mit vorheriger Zustimmung des Pfandnehmers übertragen<sup>89</sup> (Art. 37 Pkt. 1 HypG). Bereits im Hypothekenvertrag kann auch ein vollständiges Veräußerungsverbot vereinbart werden.

Grundsatz ist, dass auch bei Übergang des Eigentums an der Immobilie die Hypothek erhalten bleibt.<sup>90</sup> Das Pfandrecht folgt der Sache, der Erwerber übernimmt einen belasteten Gegenstand. Dies bedeutet nicht, dass der neue Eigentümer/Pfandgeber auch Schuldner der gesicherten Forderung wird. Es wird dadurch nur der Schutz des Pfandnehmers verfolgt, da dieser das Interesse hat, zur Erfüllung seiner Forderung die Zwangsvollstreckung in die Immobilie betreiben zu können.<sup>91</sup> Dabei ist der Erwerb der belasteten Immobilie nicht auf den Erwerb vom Berechtigten eingeschränkt, sondern umfasst auch den möglichen Erwerb vom Nichtberechtigten.

Im Falle des Erwerbs, der Gesamtrechtsnachfolge<sup>92</sup> oder der Erbfolge durch einen Dritten<sup>93</sup> bleibt die Hypothek unberührt. Der Dritte tritt an die Stelle des Pfandgebers und übernimmt vollständig die Rechte und Pflichten des vorherigen Pfandgebers (Art. 38 Pkt. 1 Abs. 1 HypG). Von den übernommenen Pflichten kann der

88 Höchstes Arbitragegericht, Beschluss vom 31. März 2006, Rechtsstreit N Φ04-2109/2005 (1410-A75-11), Φ04-2109/2005 (15210-A75-11), Φ04-2109/2005 (15015-A75-11), Φ04-2109/2005 (14744-A75-11), Φ04-2109/2005 (14785-A75-11).

89 Genannt sind der Verkauf, die Schenkung, der Tausch, die Einbringung in das Vermögen einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die Anteilseinbringung in das Vermögen einer Produktionsgenossenschaft oder eine Übertragung in sonstiger Weise.

90 S. Art. 38 HypG und Art. 353 Pkt. 1 ZGB. Die Grundregel, dass das Pfand gemäß Art. 353 ZGB bei der Übertragung des verpfändeten Gegenstandes erhalten bleibt, wurde durch den Beschluss des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts vom 8. Juli 2003 Nr. 2729/02 bestätigt.

91 Gračëv, *Ipoteka – Lomidze*, Anm. 7 zu Art. 38, S. 100. Überträgt der Hypothekengeber die belastete Immobilie nach Eröffnung des Zwangsvollstreckungsverfahrens in die Immobilie, so hat der Gerichtsvollzieher nach dem Eigentumsübergang die Vollstreckung gegen den neuen Eigentümer fortzusetzen (Pkt. 9 des Informationsbriefes des Höchsten Arbitragegerichts vom 21.5.2004 Nr. 77).

92 Z.B. durch Reorganisation der pfandgebenden juristischen Person.

93 Bei Personenmehrheit als Erben s. Gongalo, S. 151.

neue Pfandgeber nur durch Vereinbarung mit dem Pfandnehmer befreit werden (Art. 38 Pkt. 1 Abs. 2 S. 1 HypG).

Werden Vorschriften, die für die Übertragung der belasteten Immobilie gelten<sup>94</sup>, nicht beachtet, hat dies auf den Fortbestand der Hypothek keinen Einfluss (Art. 38 Pkt. 3 HypG). Dies gilt natürlich erst recht, wenn die Nichtbeachtung der Regeln zur Folge hat, dass das Eigentum an der Immobilie nicht übergeht; dann bleibt der alte Pfandgeber Eigentümer und Pfandgeber.

Werden bei der Veräußerung der Immobilie die Regeln des Art. 37 Pkt. 1 und 2 HypG nicht beachtet, kann der Pfandnehmer wahlweise folgende Rechte geltend machen (Art. 39 Abs. 1 HypG):

- Unwirksamklärung des Veräußerungsgeschäfts und Rückabwicklung gemäß Art. 167 ZGB<sup>95</sup>,
- Verlangen der vorzeitigen Erfüllung der gesicherten Forderung und Zwangsvollstreckung in die Immobilie, unabhängig davon, wem diese gehört.<sup>96</sup>

Das ESRIG ist verpflichtet, den Erwerber der belasteten Immobilie bei Registrierung des Veräußerungsgeschäfts oder bei seiner Eintragung als neuer Eigentümer über die eingetragene Hypothek zu informieren.

### c. Insolvenz

Entscheidende Frage bei der Durchsetzbarkeit der Hypothek in der Insolvenz ist der Rang in der Verteilung des Erlöses aus der Verwertung. Das russische Insolvenzgesetz von 2002 legt dabei folgende Befriedigungsrangfolge fest:

Bei der Befriedigung der Forderungen der einzelnen Ränge ist zu beachten, dass jeder nachfolgende Rang erst nach vollständiger Befriedigung aller Forderungen des vorhergehenden Ranges erfolgt, mit Ausnahme von Forderungen, die durch ein Pfand gesichert sind (Art. 142 Pkt. 2 Abs. 1 InsG).

1. Rang: Schadensersatzforderungen natürlicher Personen für Lebens- und Gesundheitsschäden sowie moralische Schädigungen (Art. 134 Pkt. 4 Abs. 2 InsG).<sup>97</sup>
2. Rang: Lohnforderungen der Arbeitnehmer und Autorenhonorare (Art. 134 Pkt. 4 Abs. 3 InsG).
3. Rang: Im dritten Rang werden alle weiteren Forderungen befriedigt (Art. 134 Pkt. 4 Abs. 4 InsG).

94 Z.B. Verletzung der Formvorschriften des Kaufvertrages.

95 Nach Art. 167 Pkt. 2 ZGB ist der Erwerber dann verpflichtet, dem Veräußerer die Immobilie zurückzuübertragen.

96 Wird dabei bewiesen, dass der Erwerber den Verstoß gegen Art. 37 Pkt. 1 und 2 HypG kannte oder kennen musste, haftet er gesamtschuldnerisch mit dem Veräußerer, aber nur bis zur Höhe des Wertes der verpfändeten Immobilie (Art. 39 Abs. 2 S. 1 HypG). War der Veräußerer nicht der Schuldner der gesicherten Forderung, haften für die Erfüllung gesamtschuldnerisch der Schuldner, der alte und der neue Pfandgeber (Art. 39 Abs. 2 S. 2 HypG).

97 Bei Insolvenz einer Bank oder anderen Kreditorganisation werden im ersten Rang auch die Einleger der Bank befriedigt, Art. 64 Pkt. 1 Abs. 6 ZGB; Art. 49 Pkt. 1 BkInsG.

In diesem Rang werden die Forderungen der privaten Konkursgläubiger und der öffentlichen Stellen – darunter auch die Steuerforderungen und Forderungen der Sozialversicherungsfonds – befriedigt (Art. 137 Pkt. 1 InsG).

Auch pfandgesicherte Forderungen gelten nach dem Wortlaut des Gesetzes als Forderungen des dritten Ranges. Besonderheiten der Befriedigung pfandgesicherter Gläubiger sind in Art. 138 InsG geregelt (Art. 137 Pkt. 4 InsG). Im Moment der Befriedigung der gesicherten Forderung erlischt das Pfandrecht.<sup>98</sup>

Weitere Gläubiger:

Forderungen von Gläubigern, die erst nach Schließung des Gläubigerverzeichnisses angemeldet wurden bzw. die erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden sind, werden unabhängig von ihrer Fälligkeit erst nach den in das Gläubigerverzeichnis aufgenommenen Gläubigern aus den restlichen Geldmitteln befriedigt (Art. 142 Pkt. 4 InsG).

Sonderstellung der Pfandgläubiger:

Durch das InsG von 2002 wurde eine wichtige Neuerung eingeführt, nämlich die teilweise Wiedereinführung des Absonderungsrechts für pfandrechlich gesicherte Gläubiger.

Gemäß Art. 134 Pkt. 4 Abs. 5 InsG werden Forderungen von Gläubigern, die durch ein Pfand gesichert sind, aus dem Wert des Pfandgegenstandes (der beim Verkauf des Pfandgegenstandes erzielt wurde) vorrangig vor allen anderen Gläubigern erfasst, berechnet und befriedigt, mit Ausnahme der Gläubiger des ersten und zweiten Ranges<sup>99</sup>, deren Forderungsrechte vor dem Abschluss des Hypothekenvertrages entstanden sind. Forderungen des ersten und zweiten Ranges, die nach dem Abschluss des Pfandvertrages entstanden sind, werden somit aus dem Verkaufserlös des Pfandgegenstandes erst nach den Pfandgläubigern befriedigt. Die Reihenfolge der Befriedigung hängt also nach dem InsG vom Zeitpunkt der Entstehung der Pfandrechtsbeziehungen ab. Dadurch entsteht für die Pfandgläubiger faktisch ein besonderer Rang.<sup>100</sup> Grundsätzlich wird der Pfandgegenstand aber Teil der Konkursmasse, der Pfandgläubiger hat nicht die Möglichkeit den Pfandgegenstand zu verwerten und sich uneingeschränkt aus dem Erlös zu befriedigen.<sup>101</sup>

Dies bedeutet, dass bei der Frage der Rangfolge das Datum des Pfandvertrages zu beachten ist. Dann werden zunächst alle Gläubiger des ersten und zweiten Ranges, deren Forderungen vor dem Abschluss des Pfandvertrages entstanden sind, befriedigt, danach der Pfandgläubiger. Anschließend werden die Gläubiger des ersten und zweiten Ranges befriedigt, deren Forderungen nach Abschluss des Pfandvertrages entstanden sind. Danach nimmt der Pfandgläubiger eventuell noch mit unbefriedigten Forderungsteilen am weiteren Verfahren im dritten Rang teil.

98 Pkt. 16 des Informationsbriefes des Höchsten Arbitragegerichts vom 15.12.2004 Nr. 29 mit dem Hinweis auf Art. 352 Pkt. 1 Nr. 1 ZGB.

99 Den sog. „sozialen Gläubigern“, Denisov/Egorov/Sarbaš – Sarbaš, S. 80.

100 Teljukina, Bankrotstvo, Anm. 6 zu Art. 137, S. 358.

101 Teljukina, Osnovy, S. 184.

*aa. Anfechtung der Hypothek*

Anfechtbar<sup>102</sup> sind auch Rechtsgeschäfte, die der Schuldner mit einzelnen Gläubigern nach Annahme des Insolvenzantrages durch des Arbitragegericht oder innerhalb von sechs Monaten vor der Beantragung der Insolvenz<sup>103</sup> abgeschlossen hat, wenn diese Geschäfte zur vorteilhaften Befriedigung einzelner Gläubiger vor anderen Gläubigern führen (Art. 103 Pkt. 3 InsG).

Das Gesetz sagt nicht, was unter einer „vorteilhaften Befriedigung“<sup>104</sup> zu verstehen ist. Daher kann dieser Begriff weit ausgelegt werden.<sup>105</sup> Dazu gehören Rechtsgeschäfte, die zu einer bevorzugten Befriedigung der Forderungen des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners führen.<sup>106</sup> Die Beweislast für die Anfechtung trägt der Kläger, also der externe Verwalter oder der andere Gläubiger.<sup>107</sup> Keine Voraussetzung ist, dass dem Schuldner durch das Geschäft Verluste entstanden sind.<sup>108</sup>

Daher ist auch die Verpfändung von Sachen, also auch die Bestellung einer Hypothek zu den anfechtbaren Rechtsgeschäften zu rechnen. Da keine weiteren Voraussetzungen genannt sind als die vorteilhafte Befriedigung des einzelnen Gläubigers (also z.B. des hypothekarisch gesicherten Gläubigers), entsteht damit de facto ein Anfechtungsrecht gegen alle Hypotheken, die innerhalb von sechs Monaten vor der Beantragung der Insolvenz bestellt wurden<sup>109</sup>.

*bb. Verhältnis von ZGB und InsG*

Die Vorschriften der Art. 134–138 InsG über die Verteilung der Konkursmasse treffen andere Regelungen als die Vorschriften der Art. 64; 65 ZGB. Die Frage, wie sich abweichende zivilrechtliche Vorschriften aufgrund der Regelung des Art. 3 Pkt. 2 Abs. 2 ZGB – der in der Zivilgesetzgebung einen Vorrang des ZGB vor anderen zivilrechtlichen Normen festlegt – zum Zivilgesetzbuch verhalten, ist von der russischen Rechtsprechung eindeutig entschieden worden.

*(1) Das Verfassungsgericht der Russischen Föderation*

Das Verfassungsgericht hat in seiner Entscheidung Nr. 182-O vom 5. November 1999 – mit Verweis auf vorangegangene Entscheidungen mit dem selben Ergebnis – festgestellt, dass bei der Frage, ob bei gleichem Regelungsgehalt die Vorschriften

102 Anfechtungsberechtigt ist hierbei nicht nur der externe Verwalter, sondern auch andere Gläubiger, Denisov/Egorov/Sarbaš – Denisov, Anm. 6 zu Art. 103, S. 194.

103 Unklar ist die Frist zwischen der Einreichung des Insolvenzantrags und dessen Annahme (gemäß Art. 42 Pkt. 2 InsG darf diese Frist höchstens fünf Tage betragen). Nach Teljukina, Osnovy, S. 382 werden auch in diesem Fall die allgemeinen Regeln angewandt, d.h. in dieser Periode abgeschlossene Rechtsgeschäft sind anfechtbar. Allerdings hält Teljukina, Bankrotstvo, Anm. 5 zu Art. 103, S. 271 eine offizielle Auslegung dieser Vorschrift für notwendig.

104 Russ. predpočitel'noe udovletvorenije.

105 Teljukina, Osnovy, S. 382.

106 Teljukina, Bankrotstvo, Anm. 5 zu Art. 103, S. 271.

107 Denisov/Egorov/Sarbaš – Denisov, Anm. 6 zu Art. 103, S. 194.

108 Folgerung aus: Teljukina, Osnovy, S. 382.

109 Im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung: Popondopulo – Lebedev, Anm. 4 zu Art. 103, S. 219.

Teljukina, Osnovy, S. 382 regt an, diese Anfechtungsmöglichkeit durch eine Gesetzesänderung auf Fälle zu beschränken, die eine vorzeitige Befriedigung des Gläubigers zur Folge haben, da andernfalls die Anfechtung praktisch aller Rechtsgeschäfte möglich wird.

des ZGB oder anderer föderaler Gesetze<sup>110</sup> Anwendung finden, kein verfassungsrechtlicher Vorrang besteht: Art. 76 der Verfassung sieht keine Hierarchie der föderalen Gesetze (einschließlich der Gesetzbücher) vor. Es ist vielmehr auf Grundlage des Einzelfalls und der Auslegung der Gesetze im Einzelfall eine Entscheidung<sup>111</sup> der allgemeinen Zivil- und Arbitragegerichte, welche Vorschriften angewandt werden.<sup>112</sup>

Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 12. März 2001<sup>113</sup> zu diskutieren, in der das Verfassungsgericht bei der Frage der Verteilung der Konkursmasse in der Liquidation einen Vorrang des Art. 65 Pkt. 3 ZGB vor dem InsG bejaht, da es um die Befriedigung von Forderungen auf Kosten des Vermögens eines Rechtssubjekts geht, die Rechte an dem Vermögen aber durch die Zivilrechtsgesetzgebung bestimmt werden.<sup>114</sup> Es handelt sich dabei lediglich um eine Stellungnahme des Verfassungsgerichts ohne Bindungswirkung für andere Gerichte. Entsprechend hat das Verfassungsgericht seine Ansicht auch in der Beschlussformel der Entscheidung nicht wieder aufgegriffen.

## (2) *Das Höchste Arbitragegericht der Russischen Föderation*

Das Höchste Arbitragegericht hat in seinem Beschluss Nr. 4 vom 8. April 2003 die Frage des Verhältnisses zwischen den InsG und dem ZGB aufgegriffen, insbesondere die unterschiedliche Behandlung von Pfandgläubigern (Pkt. 8 des Beschlusses) und dabei festgestellt, dass Art. 64 Pkt. 1 ZGB nur für Liquidationen außerhalb der Insolvenz gilt.

In der Literatur wird der Schluss des Arbitragegerichts, dass damit zwei Liquidationsarten mit unterschiedlichen Verteilungsrängen geschaffen werden, in Zweifel gezogen.<sup>115</sup>

Zuzugeben ist der widersprechenden Ansicht, dass die Lage mit zwei unterschiedlichen Rangfolgen unbefriedigend ist. Einzuwenden ist jedoch, dass in dem Fall, dass sich in der freiwilligen Liquidation zeigt, dass die Mittel nicht ausreichen, gemäß Art. 224–226 InsG ein Insolvenzverfahren durchzuführen ist. Einzige zulässige Verfahrensart ist dann das Konkursverfahren (Art. 225 Pkt. 1 Abs. 2 InsG, sog. „erleichtertes Insolvenzverfahren“<sup>116</sup>). Dies wurde von der Rechtsprechung inzwischen weiter ergänzt:<sup>117</sup>

Somit besteht zwischen beiden Verfahren auch kein Widerspruch, vielmehr ergänzen sie einander.

---

110 In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall das InsG von 1998 und das BankG.

111 In der zitierten Entscheidung spricht das Verfassungsgericht auch von „Prärogative“ der allgemeinen Zivil- und Wirtschaftsgerichte.

112 Pkt. 2 der Entscheidung Nr. 182-O vom 5. November 1999.

113 Nr. 4-P.

114 Pkt. 5.1 der Entscheidung Nr. 4-P vom 12.3.2001.

115 Teljukina, *Osnovy*, S. 187; Pustovalova, S. 51 fordert eine Änderung des ZGB.

116 Russ. uproščennaja procedura bankrotstva.

117 Pkt. 12 des Informationsbriefes des Höchsten Arbitragegerichts vom 13.8.2004 Nr. 84.

## 5. Erlöschensakzessorietät

*Mit dem Hauptrecht erlischt auch das akzessorische Recht.*

Art. 352 Pkt. 1 Nr. 1 ZGB legt ausdrücklich fest, dass das Pfand mit der Beendigung der gesicherten Verbindlichkeit erlischt. Die Löschung der Hypothek im ESRIG hat lediglich deklaratorische Bedeutung.

Art. 352 ZGB sieht weitere Erlöschensgründe für das Pfandrecht vor, das ZGB enthält noch weitere Fälle. Dabei handelt es sich allerdings ausschließlich um Fälle, in denen das Pfandrecht erlischt, die Forderung allerdings weiter besteht.

Wird die gesicherte Forderung für unwirksam erklärt, erlischt auch die Hypothek. Allerdings hat die Unwirksamkeit der Hypothek nicht das Erlöschen der Forderung zur Folge.<sup>118</sup>

### a. Zwangsvollstreckung aus der nachrangigen Hypothek

Im Falle der Zwangsvollstreckung in die Immobilie erfolgt die Befriedigung der nachrangigen Hypotheken erst nach der Befriedigung der vorrangigen (Art. 46 Pkt. 1 HypG).<sup>119</sup>

Im Fall der Zwangsvollstreckung in die Immobilie aus der nachrangigen Hypothek kann gleichzeitig die vorzeitige Erfüllung – also vor Eintritt der Fälligkeit<sup>120</sup> – der vorrangigen Hypothek verlangt und die Zwangsvollstreckung aus der vorrangigen Hypothek betrieben werden (Art. 46 Pkt. 2 S. 1 HypG). Erfolgt keine Zwangsvollstreckung aus der vorrangigen Hypothek, bleibt diese erhalten und geht als Belastung auf den neuen Erwerber über (Art. 46 Pkt. 2 S. 2 HypG). Aufgrund des Vorrangs des HypG vor dem ZGB gemäß Art. 334 Pkt. 2 ZGB bleibt die vorrangige Hypothek erhalten, ungeachtet der Regelung in Art. 352 Pkt. 1 Nr. 4 ZGB, dass Pfandrechte beim Verkauf des verpfändeten Vermögens auf öffentlichen Versteigerungen erlöschen.<sup>121</sup>

Auch aus der nachrangigen Hypothek kann die Zwangsvollstreckung – auch vor Fälligkeit – begonnen werden, wenn aus der vorrangigen Hypothek vollstreckt wird<sup>122</sup> (Art. 46 Pkt. 3 S. 1 HypG). Zu beachten ist aber die Rechtslage, wenn der Pfandnehmer der nachrangigen Hypothek im Falle der Zwangsvollstreckung aus einer vorrangigen Hypothek kein eigenes Vollstreckungsverfahren einleitet. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 46 Pkt. 2 und 3 HypG; Art. 352 Pkt. 1 Nr. 4 ZGB erlischt die nachrangige Hypothek in diesem Fall und die Immobilie geht belastungsfrei auf den Erwerber über.<sup>123</sup> Dafür spricht auch, dass die Möglichkeit der Übernahme der vorhergehenden Hypothek durch den Erwerber in Art. 46 Pkt. 2 S. 2 HypG eine Ausnahme zur Erlöschensregel in Art. 352 Pkt. 1 Nr. 4 ZGB dar-

118 Masevič – Braginskij, Art. 1, Anm. 4, S. 3.

119 Der Gesetzwortlaut spricht von vor- und nachrangigen Hypothekenverträgen. Dies ist jedoch unerheblich, gemeint ist die Reihenfolge der Hypotheken, wie sich aus dem Verweis auf Art. 20 Pkt. 5 und 6 HypG in Art. 43 Pkt. 1 Abs. 2 HypG ergibt. S. Gračëv, Ipoteka – Gračëv, Anm. 1 zu Art. 46, S. 134 f.

120 Das Gesetz gibt dem Pfandnehmer damit ein Recht auf vorzeitige Befriedigung, Grišaev, Ipoteka, Anm. 1 zu Art. 46, S. 101.

121 Gračëv, Ipoteka – Gračëv, Anm. 2 zu Art. 46, S. 135.

122 Dies gilt nicht, wenn zur Befriedigung der vorrangigen Hypothek die Vollstreckung in einen Teil des verpfändeten Vermögens ausreichend ist (Art. 46 Pkt. 3 S. 2 HypG).

123 Dazu mit weiteren Nachweisen: Marschhausen, S. 116 f.

stellt.<sup>124</sup> Für die nachrangige Hypothek ist keine entsprechende Ausnahme geregelt.

In jedem Fall ist der Pfandnehmer, der die Zwangsvollstreckung betreiben will, verpflichtet, die anderen Pfandnehmer schriftlich darüber zu informieren (Art. 46 Pkt. 4).

Keine Anwendung finden die Vorschriften des Art. 46 HypG über die Zwangsvollstreckung, wenn Pfandnehmer der vor- und nachrangigen Hypothek identisch sind (Art. 46 Pkt. 5 S. 1 HypG).<sup>125</sup>

#### b. Insolvenz

Im Moment der Befriedigung der pfandgesicherten gesicherten Forderung bei der Erlösverteilung in der Insolvenz erlischt das Pfandrecht.<sup>126</sup>

### **IV. Schutz des Eigentümers vor ungerechtfertigter (doppelter) Inanspruchnahme**

*Wie wird der Eigentümer des Grundstücks davor geschützt, bei Veränderungen auf der Gläubigerseite mehrfach – jeweils von verschiedenen Gläubigern – in Zwangsvollstreckung oder Insolvenz in Anspruch genommen zu werden. Welche Einreden und Einwendungen stehen ihm zu?*

Gegen eine mögliche erneute Inanspruchnahme durch einen Erwerber der Hypothek steht dem Schuldner der Einwand der Erfüllung zu. Da die Erfüllung gemäß Art. 352 Pkt. 1 ZGB das Erlöschen der Hypothek zur Folge hat, ist eine wirksame Übertragung nicht mehr möglich, ebenso wenig wie eine Vollstreckung aus der (erloschenen) Hypothek.

Wie oben ausgeführt ist ein gutgläubiger Erst- oder Zweiterwerb einer Hypothek nicht möglich. Ausnahmen bestehen lediglich beim Zweiterwerb der Briefhypothek.

### **V. Kosten**

Für die staatliche Registrierung (Art. 333-33 Pkt. 1 SteuerGB) fallen folgende Gebühren an:

- Registrierung von Rechten an einem Unternehmen als Vermögensgesamtheit, Vertrag über die Übertragung eines Unternehmens als Vermögensgesamtheit sowie über die Belastung der Rechte am Unternehmen als Vermögensgesamtheit (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 19 SteuerGB):

0,1 Prozent des Vermögens und der vermögenswerten Rechte die in den Bestand des Unternehmens als Vermögensgesamtheit eingehen, höchstens aber 3000 RUB

<sup>124</sup> Em – Dudkov, S. 116, dort in FN 1 Hinweis auf das deutsche ZVG.

<sup>125</sup> In diesem Fall werden die gesicherten Forderungen in der Reihenfolge ihrer Fälligkeit befriedigt, wenn durch Gesetz oder Parteivereinbarung nicht anderes vorgesehen ist. (Art. 46 Pkt. 5 S. 2 HypG).

<sup>126</sup> Pkt. 16 des Informationsbriefes des Höchsten Arbitragegerichts vom 15.12.2004 Nr. 29 mit dem Hinweis auf Art. 352 Pkt. 1 Nr. 1 ZGB.

- Registrierung von Rechten und Begrenzungen (Belastungen) von Rechten an Immobilien, von Verträgen über die Übertragung von Immobilien, ausgenommen die in Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 19, 22–24 SteuerGB vorgesehenen Gebühren (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 20 SteuerGB):
  - für natürliche Personen – 500 RUB
  - für juristische Personen – 7500 RUB
- Einbringung von Änderungen in Eintragungen im ESRIG, mit Ausnahme der Gebühren gemäß Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 25 SteuerGB (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 21 SteuerGB):
  - für natürliche Personen – 100 RUB
  - für juristische Personen – 300 RUB
- Registrierung von (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 22 SteuerGB):
  - Hypothekenverträgen, einschließlich der Eintragung von Hypotheken im ESRIG:
    - für natürliche Personen – 500 RUB
    - für juristische Personen – 2000 RUB
  - Vereinbarungen über Änderungen oder Kündigung des Hypothekenvertrages, einschließlich der entsprechenden Eintragung im ESRIG:
    - für natürliche Personen – 100 RUB
    - für juristische Personen – 300 RUB
  - Bei Abschluss des Hypothekenvertrages zwischen einer natürlichen und einer juristischen Person wird die für die natürliche Person geltende Gebühr erhoben.
- Staatliche Registrierung von (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 23 SteuerGB):
  - Wechsel des Pfandnehmers infolge der Abtretung der Rechte aus der hypothekengesicherten Pfandverbindlichkeit oder aus dem Hypothekenvertrag, darunter der Rechtsgeschäfte über die Abtretung des Forderungsrechts sowie einschließlich der Eintragung des Pfandnehmerwechsels im ESRIG:
    - 500 RUB
  - Wechsel des Inhabers des Hypothekenbriefs, darunter des Rechtsgeschäfts über die Abtretung des Forderungsrechts sowie einschließlich der Eintragung des Wechsels des Hypothekenbriefinhabers im ESRIG:
    - 100 RUB
- Änderung und Ergänzung der Eintragung über die Hypothek im ESRIG (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 25 SteuerGB):
  - 100 RUB
- Für die wiederholte Ausgabe einer Bestätigung über die staatliche Registrierung von Rechten an Immobilien (im Falle des Verlusts, des Eintritts der Unbrauchbarkeit, im Zusammenhang mit der Einbringung von Änderungen in der Ein-

tragung über ein Recht, darunter Verbesserung von technischen Fehlern, es sein denn, diese sind von der Registrierungsbehörde verschuldet (Art. 333-33 Pkt. 1 Nr. 26 SteuerGB):

für natürliche Personen – 100 RUB

für juristische Personen – 300 RUB

## C. Praktische Anwendungsmöglichkeiten

- *Praktische Notwendigkeit **notarieller Beglaubigungen** bzw. notarieller Beurkundungen an den geeigneten Stellen aufzeigen*
- *Praktische Konsequenzen des jeweiligen Grundpfandrechtes insbesondere bei relevanten Nachteilen aufzeigen sowie die jeweiligen Vorteile einer Ersatzlösung bzw. einer Regelung de lege ferenda erwähnen*

### 1. Veränderung der Forderung (Schuldner und Gläubiger bleiben gleich)

#### a. Forderungsauswechslung und Kreditaufstockung

- *Kann eine bestehende gesicherte Forderung ohne Einwirkung auf das Grundpfandrecht erhöht werden?*
- *Kann eine Forderung gegen eine andere Forderung gegen den bisherigen Schuldner ausgetauscht werden ohne Nachteil für oder Veränderung des Grundpfandrechts?*

Jede Veränderung der Forderung (Gläubiger, Schuldner, Inhalt und Bedingungen) bedarf einer Änderung des Hypothekenvertrages. Diese Änderung bedarf der Registrierung.

#### b. Zwischen- und Endfinanzierung sowie weitere Zweckänderungen

- *Die kurzfristige Bauphasen- und die langfristige Bauendfinanzierung werden häufig von verschiedenen Instituten dargestellt.*
- *Kann ein für diese Zwecke bestelltes Grundpfandrecht auch zwischenzeitlich oder anschließend für einen anderen Zweck benutzt werden?*
- *In welchem Umfang ist dies möglich und welche Schritte sind dafür erforderlich?*
- *Wie kann ein Grundpfandrecht bestellt werden, das für beide – die kurz- wie die langfristige Finanzierung – als Sicherheit dienen kann?*

Ein Grundpfandrecht kann nur für eine bestimmte Forderung bestellt werden, deren Bedingungen im Moment der Registrierung festliegen. Spätere Änderungen der Forderung (z.B. Laufzeit, Zinsen o.Ä.) bedürfen der Eintragung.

Eine Hypothek an einem unfertigen Bauwerk setzt sich nach Fertigstellung des Bauwerkes zwar an dem fertigen Bauwerk fort. Werden nach Fertigstellung neue Darlehensbedingungen vereinbart, unterliegen diese der Registrierung im Wege einer Ergänzung des Hypothekenvertrages.

Die einzige Möglichkeit, eine Registrierung späterer Änderungen der Forderung zu vermeiden, ist, die Bedingungen der Bauendfinanzierung bereits von Anfang an festzulegen.

#### c. Neuvaluierung

- *Kann durch (formlose) Vereinbarung eine neue Forderung an die Stelle einer getilgten Forderung treten und damit in den Genuss der Grundpfandrechlichen Sicherung kommen?*

Jede Veränderung der Forderung, insbesondere ihr Ersatz durch eine neue Forderung, ist nur durch eine erneute Registrierung möglich.

Beim Ersatz einer getilgten Forderung ist nach russischem Recht weiter zu beachten, dass mit dem Erlöschen der Forderung auch die Hypothek erlischt. In diesem Fall ist die Nutzung der erloschenen, aber noch nicht im Register gelöschten Hypothek natürlich nicht möglich.

#### d. Kreditlinien

- *Kann das Grundpfandrecht ohne weiteres zur Sicherung einer Kreditlinie (Kreditlimits) genutzt werden, d.h. ohne den Veränderungen der zu sichernden Forderung zu folgen?*

Mit der Höchstbetragshypothek verfügt das russische Recht über eine Hypothekart, die die Sicherung von Kreditlinien erlaubt. Soweit ersichtlich, wird dieses Instrument aber in der Praxis bisher nicht genutzt.

#### e. Änderung der Bedingungen

- *Sichert das Grundpfandrecht auch veränderte Darlehensbedingungen, beispielsweise nach einer Neuvereinbarung der Laufzeiten, der Tilgungsbedingungen (endfällig statt annuitätisch) und der Zinssätze?*

Auch diese Änderungen verlangen eine Ergänzungsvereinbarung zum Hypothekenvertrag, die der Registrierung unterliegt.

#### f. Abschnittsfinanzierung

- *Kann das Grundpfandrecht ein langfristig vergebenes Darlehen sichern, bei dem die Zinsen nur für einen Teil der Laufzeit fest vereinbart sind und anschließend für weitere kürzere oder längere Abschnitte neu vereinbart werden? Sind dann die gesamten neu vereinbarten Zinsen mit abgesichert?*
- *Stellt diese Zinsanpassung eine Novation dar? Wenn ja, welche Auswirkungen hat dies auf das Grundpfandrecht?*

Werden während der Laufzeit des Kredites die Zinsen neu vereinbart, auch wenn dies im ursprünglichen Kreditvertrag bereits vorgesehen war, ist dies eine Änderung (hier: spätere Konkretisierung) der gesicherten Forderung. Dies verlangt ebenfalls eine registrierungspflichtige Ergänzungsvereinbarung zum Hypothekenvertrag.

Eine Novation wird in solchen Ergänzungsverträgen nicht gesehen, lediglich die Änderung der bisher gesicherten Forderung.

## 2. Veränderung auf der Gläubigerseite

### a. Zwischenfinanzierung, andere Darlehen absichern

*In der Bauphase des Gebäudes erhält der Darlehensnehmer ein Darlehen von einer Geschäftsbank, das durch ein Grundpfandrecht abgesichert wird. Nach Fertigstellung des Gebäudes wird dieser Kredit abgelöst durch ein langfristiges Darlehen einer Grundkreditbank.*

- *Kann die Grundkreditbank zur Sicherung ihres Darlehens das Grundpfandrecht der Geschäftsbank übernehmen?*

Grundsätzlich kann eine gesicherte Forderung von einem Gläubiger auf einen anderen übertragen werden. Anschließend kann der neue Gläubiger mit dem Schuldner eine Novation zum Austausch der gesicherten Forderung vereinbaren. Dies verlangt jedoch eine Registrierung sowohl des Übergangs der gesicherten Forderung wie auch der neuen Forderung im Wege der Novation. In der Praxis wird daher in solchen Fällen für den neuen Gläubiger eine neue Hypothek zur Sicherung seiner Forderung eingetragen. Die Auszahlung des neuen Darlehens erfolgt allerdings an den bisherigen Gläubiger. Durch Tilgung der bestehenden Forderung erlischt automatisch die bisherige Hypothek und die Hypothek des neuen Gläubigers rückt im Rang auf.

- *Können durch das für die Grundkreditbank als langfristige Sicherheit bestellte Grundpfandrecht auch Forderungen der Geschäftsbank (mit-) gesichert werden?*

Grundsätzlich kann eine Hypothek mehrere Forderungen sichern. Allerdings ist dies nur möglich, wenn Gläubiger und Schuldner aller gesicherten Forderungen dieselben Personen sind.<sup>127</sup>

### b. Anfängliche Konsortialbildung, Austausch von Konsorten, Ausplatzierung, Neubildung der Konsortialanteile

#### aa. Anfängliche Konsortialbildung

- *Wie kann ein Grundpfandrecht die Rechte mehrerer Gläubiger sichern?*
- *Welche Rechte haben die Gläubiger am Grundpfandrecht, und wie können sie sie geltend machen?*
- *Kann die Forderung mehrerer Gläubiger gegen denselben Schuldner dadurch gesichert werden, dass das Grundpfandrecht zugunsten eines Treuhänders bestellt wird?*
- *Welche Position (dinglich, schuldrechtlich, Stellung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz) haben die anderen Gläubiger?*

Das russische Recht kennt mit der „treuhänderischen Vermögensverwaltung“<sup>128</sup> (Art. 1012–1026 ZGB) ein Treuhandinstitut.

<sup>127</sup> Informationsbrief des Höchsten Arbitragegerichts vom 28. Januar 2005, Nr. 90, Pkt. 8.

<sup>128</sup> Russ. Доверительное управление имуществом (Doveritel'noe upravlenie imuščestva).

Das treuhänderische Halten von Pfandrechten wird heute von der herrschenden Meinung in der Literatur (noch) abgelehnt.<sup>129</sup> Hier ist die weitere Entwicklung abzuwarten.

*bb. Nachträgliche Konsortialbildung*

- *Kann ein Konsortium nachträglich durch Verkauf einzelner Teile der zu sichernden Forderung geschaffen werden?*
- *Wie ist die Stellung der neu eingetretenen Konsorten zum Grundpfandrecht?*
- *Was ist für die Übertragung von einzelnen Teilen zwischen den Konsorten erforderlich?*

Die Teilung der Forderung und ihre Übertragung sind nachträglich möglich. Notwendig sind dazu aber der Abschluss eines neuen Hypothekenvertrages und die Eintragung im ESRIG.

*c. Verkauf des Kredits*

- *Aus verschiedenen Gründen kann eine Bank sich veranlasst sehen, einen einzelnen Kredit oder ganze Portfolien zu verkaufen.*
- *Wie erfolgt dabei die Übertragung des Grundpfandrechts?*
- *Muss der Eigentümer zustimmen?*

In der Praxis ist der Verkauf von Hypothekenkreditportfolien zwischen russischen Banken nicht unüblich. Instrument zur Übertragung der gesicherten Forderung ist dabei der Hypothekenbrief.

*d. Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung (im Konzern, MBS)*

- *Innerhalb von **Konzernstrukturen** wird ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen von einer Geschäftsbank vergeben, soll dann aber von einer Hypothekenbank refinanziert werden. Dazu muss der Gläubiger des Grundpfandrechts ausgetauscht werden. Wie geschieht dies?*
- *Bei **Verbriefungen** von grundpfandrechtlich gesicherten Krediten (MBS) werden Portfolien auf eine Zweckgesellschaft übertragen. Wie erfolgt dabei die Übertragung des Grundpfandrechts?*

Der Wechsel des Gläubigers ist grundsätzlich nur möglich durch eine registrierungspflichtige Änderung des Hypothekenvertrages. Dies gilt auch innerhalb des Konzerns oder für Verbriefungen.

In der Praxis nutzen russische Banken für diese Zwecke heute die Briefhypothek, um die Forderungen auf Zweckgesellschaften zu übertragen.

### **3. Veränderung auf der Schuldnerseite**

*a. Umschuldung*

- *Kann eine Forderung gegen einen Schuldner durch eine Forderung gegen einen anderen Schuldner ersetzt werden, ohne Einwirkung auf das Grundpfandrecht?*

---

129 Braginskij/Vitrjanskij III – Vitrjanskij, S. 863 f. mit Darstellung der Mindermeinung.

Dies ist nur möglich durch eine Änderung des Hypothekenvertrages hinsichtlich des Schuldners und der gesicherten Forderung. Dabei erscheint der Austausch der Forderung bei (mindestens) drei Beteiligten unter Aufrechterhaltung der Hypothek dogmatisch als schwierig.

Einfacher erscheint es, für die neue Forderung des neuen Schuldners eine neue Hypothek einzutragen und die bestehende Forderung zu tilgen.

#### b. Bauträgerfinanzierung

- *Bei der Erstellung von Einfamilienhäusern und Eigentumswohnungen wird zunächst der Kredit gegen den Bauträger – den Ersteller eines Objektes mit zahlreichen Einfamilienhäusern oder Wohnungen – durch ein Grundpfandrecht an dem ungeteilten Objekt gesichert. Anschließend wird das Objekt geteilt. Die einzelnen Erwerber benötigen Grundpfandrechte an ihrem Teil der geteilten Immobilie (dem Einfamilienhaus, der Eigentumswohnung) für den Kaufpreis, ohne den die Finanzierung des Bauträgers nicht zurückgeführt werden und damit das Grundbuch für sie freigemacht werden kann.*
- *Wie wird dies erreicht und kann das ursprüngliche, aufgeteilte Grundpfandrecht weiterverwendet werden?*

Solche Finanzierungen finden in der russischen Praxis bisher nicht statt. Der Bau von Eigentumswohnungen erfolgt dadurch, dass die künftigen Wohnungseigentümer dem Bauträger Vorschuss zahlen. Eine Kreditfinanzierung dieser Wohneinheiten mit späterer Aufteilung ist bisher die Ausnahme.

Um die Investoren dabei abzusichern, wurde durch das AntBautG inzwischen die Entstehung einer gesetzlichen Hypothek an den im Bau befindlichen Wohnungen geschaffen.

#### c. Veräußerung der Immobilie

- *Kann bei einem Verkauf der Immobilie der Erwerber das Grundpfandrecht für den übernommenen Kredit oder einen neuen Kredit weiter nutzen? Sind dabei völlig neue Bedingungen zulässig?*

Die Übernahme des bisherigen Kredits ist möglich durch Änderung des Hypothekenvertrages und dessen Registrierung.

Um die Immobilie für die Absicherung eines neuen Kredits des neuen Eigentümers zu nutzen, empfiehlt sich die Eintragung einer neuen Hypothek und die Löschung der bisherigen.

#### d. Liegenbelassung

- *Gibt es bei einer zwangsweisen Verwertung der Immobilie Möglichkeiten für den Erwerber, die bestehenden Grundpfandrechte für die Sicherung übernommener Kredite oder für die Sicherung neuer Kredite zu nutzen? Bleibt der Rang erhalten?*

Im Falle der Verwertung erlischt die Hypothek, aus der vollstreckt wird (Art. 352 Pkt. 1 Nr. 4 ZGB).

#### 4. Wechsel des Sicherungsobjekts

- *Der Schuldner sichert ein Darlehen mit einem Grundpfandrecht an einer Immobilie. Später möchte er – zur Sicherung des bisherigen Darlehens – eine andere Immobilie benutzen.*
- *Der Schuldner verkauft die Immobilie, die er bisher als Sicherheit für ein Darlehen zur Verfügung gestellt hatte und erwirbt eine neue Immobilie. Der bisherige Kreditvertrag zwischen Schuldner und Bank soll weitergeführt werden.*

In beiden Fällen sind der Abschluss eines neuen Hypothekenvertrages und die Eintragung einer neuen Hypothek an der anderen Immobilie notwendig.

## Abkürzungsverzeichnis

<i>AntBautG</i>	Föderales Gesetz „Über die Beteiligung am Anteilsbau von Mehrfamilienhäusern und anderen Immobilienobjekten und über die Einbringung von Änderungen in verschiedene Gesetzesakte der Russischen Föderation“ Nr. 214-FZ vom 30. Dezember 2004
<i>chZGB</i>	schweizerisches Zivilgesetzbuch
<i>FN</i>	Fußnote
<i>HypG</i>	Föderales Gesetz „Über die Hypothek (das Immobilienpfand)“ Nr. 102-FZ vom 16.7.1998
<i>ImmRRegG</i>	Föderales Gesetz „Über die Staatliche Registrierung von Rechten an Immobilienvermögen und Rechtsgeschäften mit ihnen“ Nr. 122-FZ vom 21.7.1997
<i>InsG</i>	Föderales Gesetz „Über die Zahlungsunfähigkeit (den Konkurs)“ vom 26. Oktober 2002 Nr. 127-FZ
<i>m.w.N.</i>	mit weiteren Nachweisen
<i>PfandG</i>	Gesetz der Russischen Föderation „Über das Pfand“
<i>SteuGB</i>	Steuergesetzbuch der Russischen Föderation
<i>VollstrG</i>	Föderales Gesetz „Über Zwangsvollstreckung“ Nr. 119-FZ vom 21. Juli 1997
<i>VollstrG neu</i>	Föderales Gesetz „Über Zwangsvollstreckung“ Nr. 229-FZ vom 2. Oktober 2007
<i>ZGB</i>	Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation

## Literaturverzeichnis

*Abova, Tamara E./Kabalkin, Aleksandr Ju. (Redakteure):*

Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации – Части Первой (Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation – Teil Eins); Moskau 2004 (zit.: Abova/Kabalkin I – Bearbeiter)

*Babaev, Aleksej B.:*

Система вещных прав (System der dinglichen Rechte); Moskau 2006

*Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf:*

Sachenrecht; 17. A. München 1999

*Braginskij, Michail I./Vitrjanskij, Vasilij V.:*

Договорное право – Книга первая: Общие положения (Vertragsrecht – Erstes Buch: Allgemeine Regelungen); 2. A. Moskau 2005 (zit.: Braginskij/Vitrjanskij I – Bearbeiter)

Договорное право – Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг (Vertragsrecht – Drittes Buch: Verträge über die Erbringung von Arbeiten und Diensten); Moskau 2005 (zit.: Braginskij/Vitrjanskij III – Bearbeiter)

*Chimičev, Viktor A.:*

Осуществление и защита гражданских прав при несостоятельности (банкротстве) (Verwirklichung und Schutz zivilrechtlicher Rechte in der Insolvenz [dem Konkurs]); Moskau 2006

*Denisov, Sergej A./Egorov, Andrej V./Sarbaš, Sergej V.:*

Rehabilitacionnye procedury v dele o bankrotstve – postatejnyj kommentarij k glavam V, VI, VIII Federal'nogo zakona „O nesostojatel'nosti (bankrotstve)“; Moskau 2003 (zit.: Denisov/Egorov/Sarbaš – Bearb.)

*Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg:*

Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht; Berlin – Heidelberg 2004

darin:

Suchanov, Evgenij:

Russland, S. 1855–1864

*Em, Vladimir S.:*

Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России (Rechtsprobleme der Organisierung des Hypothekenkreditmarktes in Russland); Moskau 1999 (zit.: Em – Bearbeiter)

*Gongalo, Bronislav M.:*

Учение об обеспечении обязательств (Untersuchung über die Forderungssicherung); 2. A. Moskau 2004

*Gračev, Ivan D.:*

Комментарий к Федеральному закону „Об ипотеке (залоге недвижимости)“ (Kommentar zum Föderalen Gesetz „Über die Hypothek [das Immobilienpfand]“); Moskau 1999 (zit.: Gračev – Bearb.)

*Grišaev, Sergej P.:*

Комментарий к Федеральному закону „Об ипотеке“ (Kommentar zum Föderalen Gesetz „Über die Hypothek“); Moskau 2004 (zit.: Grišaev, Hypothek)

*Kasso, Lev A.:*

Понятие о залоге в современном праве (Verständnis des Pfandes im heutigen Recht); Jur'ev 1898 (Neudruck Moskau 1999)

*Kirsanov, A. R. (verantwortlicher Redakteur):*

Государственная регистрация прав недвижимости: проблемы регистрационного права (Staatliche Registrierung von Rechten an Immobilien: Probleme des Registrierungsrechts); Moskau 2003

darin:

Kirsanov, A. R.:

Регистрационное право – формирующая отрасль современного российского права (Das Registrierungsrecht – ein sich formierender Zweig des modernen russischen Rechts), S. 5–15

*Makovskij, A. L. (verantwortlicher Redakteur):*

Гражданский кодекс России. Проблемы – теория – практика (Zivilgesetzbuch Russlands. Probleme – Theorie – Praxis); Moskau 1998

darin:

Braginskij, M. I.:

К вопросу о соотношении вещных и обязательных правоотношений (Zur Frage des Verhältnisses dinglicher und obligatorischer Rechtsbeziehungen), S. 113–130 (zit.: Makovskij – Braginskij)

*Masevič, M. G. (Redakteur):*

Научно-практический комментарий к Федеральному закону „Об ипотеке (залоге недвижимости)“ (постатейный) (Wissenschaftlich-praktischer Kommentar zum Föderalen Gesetz „Über die Hypothek [das Immobilienpfand] [nach Artikeln]); Moskau 1999 (zit.: Masevič – Bearbeiter)

*Mejer, D. I.:*

Русское гражданское право (Russisches Bürgerliches Recht); 8. A. o. O. 1902 (Nachdruck in 3. A. Moskau 2003)

*Riemer, Hans Michael:*

Die beschränkten dinglichen Rechte – Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band II; 2. A. Bern 2000

*Rudomino, Vasilij/Bogatyrev, Fedor:*

Точка зрения: Добросовестность – не панацея (Standpunkt: Gutgläubigkeit – keine Imagination); Vedomosti – nedvižimost' v. 23.5.2005, Nr. 91 (1372) (zit. nach der auf [www.vedomosti.ru](http://www.vedomosti.ru) abgelegten Fassung)

*Sinajskij, V. I.:*

Русское гражданское право (Russisches Bürgerliches Recht); Kiev 1914/1915 (Neudruck: Moskau 2002)

*Soergel, Otto/Stöcker, Otmar:*

EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts – Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck; ZBB 2002, S. 412–420

*Stöcker, Otmar:*

Die Eurohypothek; Berlin 1992

*Suchanov, Evgenij A.:*

Гражданское право, том III: Обязательственное право (Bürgerliches Recht, Band III: Schuldrecht); 3. A. Moskau 2006 (zit.: Suchanov III – Bearbeiter)

*Teljukina, Marina V.:*

– Комментарий к Federal'nomu zakonu „O nesostojatel'nosti (bankrotstve)“; 2. A. Moskau 2004 (zit.: Teljukina, Bankrotstvo)

– Osnovy konkursnogo prava; Moskau 2004 (zit. Teljukina, Osnovy)

*Tuzov, Daniil O.:*

Restitucija pri nedejstvitel'nosti sdelok i zaščita dobrosovestnogo priobretatelja v rossijskom graždanskom prave; Moskau 2007

*Volodin, Maxim:*

Zur Frage des öffentlichen Glaubens des Immobilienregisters in Russland; WiRO 2005, S. 38–40

*Višnevskij, A. A.:*

Залоговое право (Pfandrecht); Moskau 1995

*Zvonickij, A. S.:*

О залоге по русскому праву (Über das Pfand im russischen Recht); Kiev 1912

## Verzeichnis der Gesetze

### Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation

- Teil 1 vom 30. November 1994 Nr. 52-FZ; SZ, 1994, Nr. 32, Pos. 3301
- Teil 2 vom 26. Januar 1996 Nr. 14-FZ; SZ, 1996, Nr. 5, Pos. 410
- Teil 3 vom 26. November 2001 Nr. 146-FZ; SZ, 2001, Nr. 49, Pos. 4552
- Teil 4 vom 18. Dezember 2006 Nr. 230-FZ; SZ, 2006, Nr. 52, Pos. 5496  
zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Oktober 2007

### Steuergesetzbuch der Russischen Föderation

- Teil 1 vom 31. Juli 1998 Nr. 146-FZ; SZ, 1998, Nr. 31, Pos. 3824
- Teil 2 vom 5. August 2000 Nr. 117-FZ; SZ, 2000, Nr. 32, Pos. 3340  
zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Juli 2007

Über das Pfand vom 29. Mai 1992 Nr. 2872-1; Nachrichten des Kongresses der Volksdeputierten der Russischen Föderation und des Obersten Sowjets der Russischen Föderation, 1992, Nr. 23, Pos. 1239, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Juli 2007

Über Zwangsvollstreckung vom 21. Juli 1997 Nr. 119-FZ; SZ, 1997, Nr. 30, Pos. 3591; zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Juni 2007

Über die Staatliche Registrierung von Rechten an Immobilien und Rechtsgeschäften mit ihnen vom 21. Juli 1997 Nr. 122-FZ; SZ, 1997, Nr. 30, Pos. 3594; zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Oktober 2007

Über die Hypothek (das Immobilienpfand) vom 16. Juli 1998 Nr. 102-FZ; SZ, 1998, Nr. 29, Pos. 3400; zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Juni 2007

Über die Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) vom 26. Oktober 2002 Nr. 127-FZ; SZ, 2002, Nr. 43, Pos. 4190; zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Oktober 2007

Über die Beteiligung am Anteilsbau von Mehrfamilienhäusern und anderen Immobilienobjekten und über die Einbringung von Änderungen in verschiedene Gesetzesakte der Russischen Föderation vom 30. Dezember 2004 Nr. 214-FZ; SZ, 2005, Nr. 1, Pos. 40, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2006

Über die Einbringung von Änderungen in Art. 223 des Zweiten Teils des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation und des Föderalen Gesetzes „Über die staatliche Registrierung von Rechten an Immobilien und Rechtsgeschäften mit ihnen“ vom 30. Dezember 2004 Nr. 217-FZ; SZ, 2005, Nr. 1, Pos. 43

Über Zwangsvollstreckung vom 2. Oktober 2007 Nr. 229-FZ

## **Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen**

### **Verfassungsgericht der Russischen Föderation**

Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation vom 5. November 1999 Nr. 182-O

Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation vom 12. März 2001 Nr. 4-P

Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation vom 21. April 2003 Nr. 6-P

### **Oberstes Gericht und Höchstes Arbitragegericht**

Beschluss des Plenums des Obersten Gerichts der Russischen Föderation und des Plenums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 1. Juli 1996 Nr. 6/8: „Über einige Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung des Ersten Teiles des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation“

### **Höchstes Arbitragegericht der Russischen Föderation**

Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 15. Januar 1998 Nr. 26: „Überblick der Praxis der Behandlung von Streitfällen, die verbunden sind mit der Anwendung der Normen des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation über das Pfand“

Informationsbrief des Höchsten Arbitragegericht vom 9. September 1998 Nr. S5-7/ UZ-694: „Über das Föderale Gesetz ‚Über die Hypothek (das Immobilienpfand)‘“

Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 15. Dezember 2004 Nr. 29: „Über einige Fragen der Praxis der Anwendung des Föderalen Gesetzes ‚Über die Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz)‘“

Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 21. Mai 2004 Nr. 77: „Überblick über die Praxis der Entscheidung von Streitfällen im Zusammenhang mit der Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen von Arbitragegerichten durch Gerichtsvollzieher“

Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 31. August 2004 Nr. 84: „Über verschiedene Fragen der Anwendung des Art. 61 des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation durch die Arbitragegerichte“

Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 28. Januar 2005 Nr. 90: „Über die Behandlung von Verfahren durch die Arbitragegerichte über die Anfechtung der Bewertung von Vermögen, die von einem unabhängigen Bewerter durchgeführt wurden“

Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 21. Dezember 2005 Nr. 103: „Überblick der Praxis der Anwendung des Art. 414 des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation durch die Arbitragegerichte“

---

Beschluss des Präsidiums des Höchsten Arbitragegerichts der Russischen Föderation vom 8. Juli 2003 Nr. 2729/02

Beschluss vom 31. März 2006, Rechtsstreit N  $\Phi$ 04-2109/2005(14105-A75-11),  $\Phi$ 04-2109/2005 (15210-A75-11),  $\Phi$ 04-2109/2005 (15015-A75-11),  $\Phi$ 04-2109/2005 (14744-A75-11),  $\Phi$ 04-2109/2005 (14785-A75-11).



# RUNDER TISCH

## „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“

### Country Report Serbia

Miloš Živković, MSc Law (Belgrade)  
University of Belgrade Faculty of Law  
Živković & Samardžić Law Offices

#### A. Is Non-Accessory Real Estate Security Used in Practice? Grounds?

Serbian private law, property law included, has until the Second World War been influenced by the tradition of the 1811 Austrian Civil Code [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*] (hereinafter “ABGB”). The 1844 Serbian Civil Code [*Грађански законик за Кнежевину Србију*] (hereinafter “SGZ”) has been prepared with the ABGB as its role model (especially in the area of property law)<sup>1</sup>. These two codes have been applied after the formation of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (as of 1931, the Kingdom of Yugoslavia) in the most of the territory of the modern day Serbia (only in some parts of the northern province of Vojvodina Hungarian uncodified law was applied, but it was also, in the area of property law, under the strong influence of the ABGB). The attempt to create a civil codification for the whole Kingdom of Yugoslavia never came to realization because of the breakout of the Second World War, but a pre-draft which was published in 1934 [*Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*]<sup>2</sup> has also been decisively influenced by the ABGB. This meant, when it comes to the real estate security, that Serbian law of that era recognized the traditional ABGB-type of hypothec as the sole type of real estate security. Moreover, the hypothec in Serbian law has been modelled along the original wording of the ABGB, without the amendments made in 1916 (the third “novella”), and was therefore dominated by the principle of accessory.

After the Second World War and the creation of the socialist Yugoslavia, the whole private law was abrogated, whereas some of the rules contained in the old codifications could have been applied if there were no new rules that should have replaced them and if the old rules were not in breach with the principles of the

---

1 See, instead of many, *Stanković in Stanković/Vodinić, Увод у грађанско право [Introduction to Civil Law]*, Nomos, Belgrade 1996, p. 30 ff.

2 See *Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, Текст [Pre-Draft of the Civil Code for the Kingdom of Yugoslavia, Text]*, Ministry of Justice of the Kingdom of Yugoslavia, Belgrade 1934.

new social order<sup>3</sup>. The new social order, however, influenced the property law heavily, because the Marxist ideological positions on ownership were not in line with the traditional legal construction thereof. Therefore, many rules of SGZ and ABGB could not have been applied, or were applied with serious limitations. Various modes of nationalization of real estate through confiscation, expropriation, forced purchases under very low prices, nationalization of companies and land in the cities led to state ownership over real estate, be it directly or through the form of the so-called “social ownership”<sup>4</sup> (it also led to *de facto* desertion of the *superficies cedit solo* principle, which is still a key characteristic of Serbian real estate law). Even though Yugoslav economy was, after 1948 and political break-up with the Soviet Union, never a typical command economy of the Soviet type (there was a commodities market, some elements of labor market, but never any capital market), the investment decisions (“allocation of resources”) were neither profit-driven nor based upon market conditions. In a country where political leadership decides on the investments upon political reasons, the security rights are not of any material significance. When it comes to real estate security, its importance was additionally reduced by the fact that most of the land (and significant part of other real estate) was either state owned or socially owned. That, first, made the debt collection from the value of the real estate less feasible – the real estate would remain socially owned even after the sale in the execution procedure, only the user/bearer of the right of disposal would change. Second and more important, it led to reduced significance of the real estate registry (the land books) and questions whether the socialist state should finance an expensive real estate registry when almost all of the real estate is socially owned<sup>5</sup>, which subsequently led to registries not being regularly updated (being outdated or obsolete, in fact). The neglected hypothec was, therefore, not changed in the new “socialist” legislation, and it remained an accessory right even after a partial codification of property law was passed in 1980, in a form of the Law on Basic Ownership Relations [*Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*] (hereinafter “ZOSPO”)<sup>6</sup>. This law contained a mere

3 This was done by the 1946 Law on Non-validity of Legal Regulations Passed Before 6 April 1941 and During the Hostile Occupation [*Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije*] (hereinafter: ZNPP), Official gazette of the FNRJ No. 86/1946.

[NOTE: Laws in Serbia are denoted by the number of the official gazette (which may itself be one of the former federations and state unions, i.e. DFJ – Democratic Federal Yugoslavia 1943-1946; FNRJ – Federal Peoples Republic of Yugoslavia 1946-1963; SFRJ – Socialist Federal Republic of Yugoslavia 1963-1992; SRJ – Federal Republic of Yugoslavia 1992-2003 and SCG – State Union Serbia and Montenegro 2003-2006, or of the [Peoples 1946-1963, Socialist 1963-1990, no prefix from 1990-present] Republic of Serbia), year of its issue and the page number. The pattern is **number/year-page**. Where there is no data on the page, it is simply omitted.]

4 “Social ownership” was a peculiarity of Yugoslav socialism, molded and caused by ever changing ideological positions of the Yugoslav communist party. It was called a “non-ownership form of ownership”, whereas in practice the various powers contained in the right of ownership were divided between various subjects, the state always being one of them.

5 See B. Blagojević, Predgovor [Preface], in Đ. Krstić, Evidencija prava na nepokretnostima, uporednopravni prikaz [*Records of the Rights on Real Estates, a Comparative Review*], Institute of Comparative Law, Belgrade 1972, p. IV ff.

6 See Official gazette of the SFRJ Nos. 6/1980-180, 36/1990-1197, Official gazette of the SRJ No. 29/1996-41 and, especially, Official gazette of the Republic of Serbia No. 115/2005-10, by which its rules on hypothec were abrogated.

seven articles dedicated to the hypothec, thus reflecting its diminished practical importance in that time. These seven articles structured the hypothec as a strictly accessory right<sup>7</sup>.

Due to the unfortunate events of the nineties and the bloody breakdown of the Yugoslav federation, the transition in Serbia came somewhat belated. The beginning of the nineties was marked by a very specific “transition” which did not, in fact, aimed at transforming Serbia into a political democracy and market economy but rather into a multiparty-masked political autocracy and market-masked planned war economy. The result of this distorted transition was that there was private ownership and rich individual entrepreneurs, but no genuine attempt to go for a real market economy. There were some changes in the nineties, but the genuine political (and thus economic) change came after the fall of autocrat Milošević in October of 2000. Once Serbia attempted to create a genuine market economy it became painfully obvious that the ZOSPO rules on hypothec are neither sufficiently complete nor appropriate in content. The practice relied on the so-called “court executable hypothec” provided in the Law on Enforcement Procedure<sup>8</sup> for it was more efficient in terms of collection (there was no need to go for a dispute proceedings first, for it enabled direct recourse to execution/enforcement proceedings), but the structural deficiencies of the legal institute of hypothec were not overcome by that particular type. The work on a new law which would regulate the hypothec in more detail was initiated under the auspices of the World Bank. However, the Law on Hypothec, passed in December 2005, did not introduce a non-accessory real estate security. What it did was it, in some respects, relaxed the strict accessory of hypothec which existed under the ZOSPO, as shall be presented later in this report.

The answer to the question posed in the title of this part of the report would, therefore, read that there is no non-accessory real estate security in Serbian law, but that the recent amendments of the legal framework allow more exceptions to the strict accessory of the existing hypothec.

## B. Legal Grounds

The main legal source for substantive regulation of hypothec in Serbian law is the 2005 Law on Hypothec [*Zakon o hipoteci*] (hereinafter: ZH)<sup>9</sup>. Given the fact that hypothec is, in almost all cases, established by registration, the legal sources related

---

7 See on this a short presentation in English – *M. Živković*, Mortgage and Lien on Land in Property Law Amendments in Serbia, Institute of Comparative Law, Belgrade 2004, p. 170 ff. of the English text (the book is bilingual, in Serbian and in English). The review of hypothec, as defined in the current property codifications in the two entities of Bosnia-Herzegovina (apart from Brčko District), by *Meliha Povelakić* in: *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa Band I, Länderbericht Bosnien und Herzegowina, Schriftenreihe vdp Band 23*, Berlin 2006, p. 33 ff. is in German and is fully applicable to the hypothec under the ZOSPO.

8 This type of security right over movables and immovables alike was in fact introduced during the former Yugoslav federation, in 1990, by amendments of the 1978 Law on Enforcement Procedure. Further amendments of that law, as well as new laws of the same name and contents which were passed in 2000 and 2004 respectively (the latter is the one currently in force) kept this form of hypothec, so it shall be presented later in this report.

9 Official gazette of the Republic of Serbia No. 115/2005-10 of 27 December 2005.

thereto are also of importance. These are the pre-World War II laws on land books<sup>10</sup> (hereinafter jointly referred to as: JZZK) and the 1992 Law on State Survey and Cadastre and on Registration of Rights on Immovables [*Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima*] (hereinafter: ZKN)<sup>11</sup>. The already mentioned “court executable hypothec” is still provided in the current 2004 Law on Enforcement Procedure [*Zakon o izvršnom postupku*] (hereinafter: ZIP)<sup>12</sup>, and the ordinary court hypothec (in German, “*Zwangshypothek*”) is also provided in this law. Lastly, the area of obligations, including the law of contracts (legal acts, *Rechtsgeschäfte*), is regulated in the 1978 Law on Obligation Relations [*Zakon o obligacionim odnosima*] (hereinafter: ZOO)<sup>13</sup>.

The **Law on Hypothec** was passed on 27 December 2005, it came into force on 4 January 2006 and its implementation commenced on 27 February 2006. Speaking of its’ subject-matter, the ZH itself, in Article 1, states that it regulates “hypothec for securing of receivable”, which indicates that the accessory nature of hypothec has been preserved. The draft ZH has been prepared with ABGB rules (as amended by the three “novelles” of 1914-1916) as its role model<sup>14</sup>, in keeping with the tradition and principles of civil law (continental European) systems. However, the final text has a few features that originate from the law on mortgage developed in the legal systems of common law tradition (the possibility of out-of-court collection, i.e. sale of the encumbered immovable) as well as some country-specific provisions developed for overcoming some of the biggest practical obstacles for the development of hypothec in practice, which were introduced as a consequence of World Bank experts persisting on it<sup>15</sup>. Not going into its details here, it should be pointed out that ZH has the main aim at establishing the primary market of hypothec, i.e. enabling its broader practical use by banks and its efficient realization in case of default by the debtor. Neither the original drafters nor the mentioned WB experts

- 
- 10 These are: Law on Land Books [*Zakon o zemljišnim knjigama*] (hereinafter: ZZZK), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia Nos. 146/1930-53 and 281/1931-90, Law on Partition, Writing Off and Writing To in the Land Books [*Zakon o zemljišnoknjižnim deobama, otpisima i pripisima*] (hereinafter: ZZDOP), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. 62/1931, Law on Internal Organization, Establishment and Correction of Land Books [*Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga*] (hereinafter: ZUOIZK), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. 62/1931, as well as the Rulebook on Keeping the Land Books [*Pravilnik za vođenje zemljišnih knjiga*] (hereinafter: PZK), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. 64/1930. The abbreviation “JZZK” shall be used to denote this complete package of land book laws and regulations further in the text.
  - 11 Official gazette of the Republic of Serbia No. 83/1992-2897, significant amendments in Nos. 12/1996-328 (March 1996) and 25/2002-1 (May 2002). Other numerous amendments are of less importance, for they were restricted to changing the amounts of fines provided in the law, correction of technical errors of the text and erasing some less important parts.
  - 12 Official gazette of the Republic of Serbia No. 125/2004-33.
  - 13 Official gazette of the SFRJ Nos. 29/1978-1181, 39/1985-1129, 49/1989-1195, 57/1989-1438, Official gazette of the SRJ Nos. 31/1993-681 (these amendments were important for the law was cleaned from socialist ideology in its wording), 22/1999-2 and 44/1999-17 (two last amendments refer to application of this law during the state of war proclaimed in 1999).
  - 14 See draft published in Danas PravoPlus [attachment to daily newspaper Danas] of 3 June 2004 (*the first draft*) and enhanced *second draft* of 4 October 2004 published in *Pravni život* Nr. 10/2004, p. 39 ff. The author of these drafts was professor *Miodrag Orlić* from the Belgrade University Faculty of Law.
  - 15 The final text also spoiled some of the traditional civil law features from the earlier drafts, as shall be shown later on.

who participated in the subsequent drafting appeared to pay too much attention to the flexibility of hypothec and the requirements of the secondary hypothec market, in which hypothecs would be traded amongst credit institutions and refinanced. This is, though, quite understandable having in mind their starting position, for before the ZH was adopted Serbia was a country with very deficient legal framework on real estate security and an extremely underdeveloped primary market of hypothec in practice, which were the problems to be tackled with priority.

The **JZZK** and **ZKN** contain two different sets of rules on registration of real estate rights currently existing in Serbia<sup>16</sup>. The JZZK regulates the land books system, which is regulated along the Austro-German tradition (the JZZK set of regulations has been passed in the early nineteen thirties with the Austrian *Grundbuchgesetz* of 1871 as a role model<sup>17</sup>). The main characteristic of this system is the detachment of factual record of real estate data, kept in the land cadastre [*katastar zemljišta*] and legal record (record of rights) related to real estate, kept in the land books [*zemljišna knjiga*]. Land books are kept by municipal courts, according to the special non-contentious procedure. Registration of legal data in the land books depends upon the will of the right-holder (voluntary inscription, registration *ex privato* principle). Territorially, land books exist in the (northern) province of Vojvodina (which used to be a part of Austria-Hungary until 1918), in northern regions of inner Serbia (from Sava and Danube rivers southwards) and in the bigger cities (Belgrade, Kragujevac, Niš), for that was the order in which they were introduced in the nineteen thirties. They seem to be a very efficient system in areas where the cadastral changes have been notified to the land books and where land books were updated with the new cadastral data (new surveys etc). However, this is often not the case and the land books are not updated in many areas where they exist, especially regarding the record of the buildings erected from the nineteen sixties onwards and the rights thereon. Real estate cadastre [*katastar nepokretnosti*] (hereinafter: KN) is the register established by the ZKN. Its main characteristic is the unification of legal and factual information in the unified cadastre, which is kept by the Republic Geodetic Authority [*Republički geodetski zavod*] (hereinafter: RGZ) by applying the rules of administrative procedure. Even though ZKN provides an official duty to register one's rights in the KN (mandatory registration, "*ex officio* registration" principle), in fact the registration in the KN also follows the submission of the request of the right-holder, if for no other reason, than for the reason of payment of administrative fees for registration. Territorially, KN is gaining momentum, especially after the changes of ZKN of May 2002 (until those changes, in 10 or, more precisely, 14 years that the real estate cadastre system was established and developed in Serbia, a mere 10% of the territory was covered by the KN), and the RGZ now (Summer of 2007) claims that more than 80% of the state territory of Serbia (apart from Kosovo and Metohija region which is under international protectorate) is covered by the KN. However, some of the territorially smaller areas which are of great significance

---

16 There is the third system, the "deed system" [*tapijski sistem*] which was the oldest, inherited from the time of Turkish rule, but now it is almost extinct and the analysis thereof is therefore omitted in this report.

17 See on that *Ferdo Čulinović*, *Komentar zemljišnoknjižnih zakona* [*Commentary of Land Books Laws*], Geca Kon, Belgrade 1931, p. VI (Introduction).

for the real estate related businesses, i.e. the developed urban areas of big Serbian cities, are not yet registered in the KN, due to the fact that such exercise requires more time, effort and skill than registration of the big surfaces in rural areas. Be it as it is, relying on the existing legislation one may only conclude that the KN is the system of the future, for land books are destined to be transformed into the KN. There are bitter disputes amongst the lawyers and surveyors regarding the issue of which system is better, and one cannot say with certainty that the KN has definitely won the battle, even though today it sure seems to be winning<sup>18</sup>. Not going into details nor taking sides in the dispute on which system is more appropriate for the registration of rights on real estate, here I can only stress that the rules on registration of rights, especially hypothec, are far less developed in the new system of real estate cadastre than in the JZZK<sup>19</sup>, so if the KN system is to be preserved, significant alterations and additions to the registration rules of ZKN are required.

The 2004 ZIP is the existing law regulating the enforcement procedure (forced debt collection on ground of an executable document, *izvršni postupak*) as well as procedure for securing of receivables [*postupak obezbeđenja*] in Serbia. The arch-ancestor of all Serbian laws on enforcement procedure is the 1896 Austrian *Exekutionsordnung* (EO), which is the systematic basis of the 2004 ZIP as well. Regarding the real estate security, two types of hypothec are regulated in this act – “court hypothec” [*sudska hipoteka*], which is in fact a hypothec based upon a court decision which is passed during the enforcement procedure, and the “court executable hypothec” [*sudska izvršna hipoteka*], which is a hypothec based upon an agreement between the creditor and the owner of the real estate to be encumbered concluded in front of the enforcement court along the rules of the procedure for securing of receivables of the ZIP<sup>20</sup>.

Finally, the ZOO, as the general source of law of obligations in Serbia, finds its application in the real estate security law given the fact it regulates the relations between any creditor and debtor, i.e. the receivable (obligation) which is being secured by the real estate security (hypothec). It also contains some provisions reaffirming the accessory of the hypothec (for example, Article 437 on assignment – *Zession* – which provides that the assignee receives all accessory rights along with the assigned receivable, such as, amongst others, hypothec). ZOO regulates

18 See more on the issue of disputes between advocates of the two systems in *M. Živković*, Real Estate Registers, in Property Law Amendments in Serbia, Institute of Comparative Law, Belgrade 2004, p. 103 ff. and especially 110 of the English text (the book is bilingual, in Serbian and in English).

19 See that comparison in more detail in *M. Živković*, Upis hipoteke u zemljišne knjige i katastar nepokretnosti [*Inscription of Hypothec in Land Books and in the Real Estate Cadastre*], in Simpozijum u Cavtatu – Doprinosi reformi vanparničnog postupka u državama jugoistočne Evrope [*The Cavtat Symposium – Contributions to the Reform of Non-contentious Procedure in Southeastern Europe*], GTZ Temmen, Bremen 2005, p. 169 ff. (Serbian version). The book is bilingual (Serbian and German), so German version of the same article (Eintragung der Hypothek in die Grundbücher und in das Liegenschaftskataster) is to be found at p. 182 ff.

20 The same type still exists in Croatian law as well, see *T. Josipović*, Länderbericht Kroatien in Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa Band I, Berlin 2006, p. 162 (die freiwillige gerichtliche Hypothek).

the validity [*Gültigkeit*] and annulment [*Anfechtung*] of contracts, rights of creditor if the debtor is in default [*Nichterfüllung*] or in arrears [*Verzug*], etc.

The presentation of legal sources, however, would not be complete without mentioning two existing drafts of new legislation, which would fundamentally influence the flexibility of real estate securities in Serbia. The one is the **Pre-draft of Code of Ownership and Other Property Rights** [*Prednacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*], the publication of which in Serbian and German is to be expected very soon, and the other is the pre-draft of the **new Law on State Survey and Real Estate Cadastre** [*Nacrt Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti*], the working version of which has been presented to the Government of Serbia by the RGZ in early 2007. Given the relatively early stage of these drafts it seems premature to analyze them in detail, but a general outline of their provisions may indicate the way in which the real estate security law could develop in Serbia<sup>21</sup>. As for the text of the Code of Ownership and Other Property Rights, it explicitly provides for a so-called real debt [*realni dug*] which is in fact a modified German land charge [*Grundsschuld*], therefore an inherently non-accessory real estate security. This draft code also regulates hypothec, as an accessory real estate security, but much more along the line of traditional continental concept of hypothec, i.e. without the existing transplants from the common law of mortgages which exist in the ZH. As for the text of the new Law on State Survey and Real Estate Cadastre, related to the registry of rights it is much more molded along the role model of the land book rules, to the extent possible given the administrative proceedings have to be applied to the registration (rather than the non-contentious court procedure which is applied to the land books).

## I. Legal Character

### 1. Types of Real Estate Securities

As already stated, hypothec is an accessory real estate security (i.e. it serves for the securing a certain receivable of which it cannot be legally detached). It is, at present, the only type of real estate security in Serbian law. Hypothec is acquired by registration, which is deemed a mode of acquisition (*modus acquirendi*) – constitutive effect of registration – but only if there is a valid title (*iustus titulus*), and if the person establishing the hypothec on a certain real estate is authorized to do so (typically, if such person is the owner of the real estate to be encumbered with hypothec). The hypothec encumbers one or more specific real estates as its subject-matter, and it exists for securing one (or more, whereas this is not explicitly contained in the ZH but also not excluded<sup>22</sup>) receivable(s) of the secured (“hypothecary”) creditor. The hypothec can secure the debt of the owner of the encumbered real estate, but may also be given for securing the debt of a third

---

21 I have participated in preparation of both mentioned drafts, and therefore I am aware of the current versions of both texts. Also, I am fully aware of the discussions and the lines of thinking within the expert groups which prepared them, so I feel I can present the general directions these drafts aim to achieve for Serbian property law.

22 See Art. 7 and Art. 12 Para. 1 Item 3 of the ZH. It is indicative that the law speaks of the secured receivable in singular, and of the encumbered real estate in singular and in plural.

party<sup>23</sup>. Hypothec is a form of a letter [*Briefhypothek, hipotekarno pismo*] does not exist in Serbian law.

Most of the substantial rules regarding the hypothec are contained in the ZH, but other laws deviate from those rules at certain issues. Therefore there are several sub-types of hypothec, depending on the criteria for classification. So, related to the title upon which the hypothec is established, there are hypothec based upon contract or court settlement (contractual hypothec, *ugovorna hipoteka*), hypothec based upon declaration of owner of the real estate (unilateral declaration hypothec, *jednostrana hipoteka*), hypothec based upon the statute (statutory hypothec, *zakonska hipoteka*) and hypothec based upon the court decision (court hypothec, *sudska hipoteka*), whereas the statutory rules pertaining to the contractual hypothec apply to the other three types if nothing else is provided by law<sup>24</sup>. Regarding the enforceability, one may differentiate the two directly enforceable hypothecs: “court enforceable hypothec” [*sudska izvršna hipoteka*] provided by the ZIP, and the “enforceable out-of-court hypothec” [*izvršna vansudska hipoteka*] as provided in Art. 15 of the ZH, from the basic model which is not directly enforceable. Regarding the encumbered real estate, there is the ordinary and the simultaneous/joint hypothec [*simultana/zajednička hipoteka, Simultan-, Gesamthypothek*], and the special hypothec on objects or parts of objects under construction [*hipoteka na objektu u izgradnji/na posebnom delu objekta u izgradnji*]. Lastly, Serbian law also recognizes the so-called “overhypothec” (*nadhipoteka*, in German *Afterhypothek*).

It is interesting that, while allowing the hypothec to secure conditional or future receivables [*buduće ili uslovno potraživanje, künftige oder bedingte Forderung*], ZH **does not provide** the so-called “highest amount hypothec” [*hipoteka na najviši iznos, Höchstbetragshypothek*], whereas the two were often related in the registration legislation – see, for example, § 14 of the ZZK, Arts. 130 and 131 of PZK, which provide for the highest secured amount to be denoted and not the precise amount, especially in cases of so-called cautionary and credit hypothec [*kauciona i kreditna hipoteka, Kautiön- und Kredithypothek*]. This is even more perplexing bearing in mind the fact that the 2004 drafts of the ZH explicitly contained the provisions on the hypothec for the highest amount<sup>25</sup>.

23 The ZH does not provide this explicitly, but, beyond any doubt, allows it – see Art. 29 Para. 1 ZH, which speaks of the notice that should be sent to the “debtor and the owner of the encumbered real estate (if they are different persons)...”. This wording is repeated on several other places in the ZH. 2004 drafts ZH contained the explicit provision – see Art. 15 Para. 2 of the first draft, Art. 16 Para. 3 of the second draft. Same applies to the Montenegrin Law on Hypothec, Art. 12.

24 See Art. 8 ZH.

25 See Art. 8 of the first draft of 3 June 2004 and Art. 9 of the second draft of 4 October 2004, *Pravni život* No. 10/2004, p. 42. Also, the 2004 Montenegrin Law on Hypothec, which was drafted along its Serbian counterpart by more or less the same experts, explicitly allows the “highest amount hypothec” in its Article 7.

I shall start the presentation with the types related to the title of establishment:

- **Contractual hypothec** is a hypothec based upon the agreement between the creditor and the owner of the real estate to be encumbered (contract on hypothec)<sup>26</sup>. ZH regulates the contents and the form of the contract on hypothec, which may be a part of the contract by which a secured receivable is established (typically lending/credit contract) or a self-standing contract. The contract on hypothec is a contract between the owner of a real estate and a creditor by which the owner is obliged that the creditor may collect its receivable from the value of the encumbered real estate, if the secured receivable is not satisfied (paid) upon its maturity<sup>27</sup>. The contract must be concluded in written form, and the signatures must be verified by the court or other authorized body<sup>28</sup>. The contract on hypothec must contain: names and addresses of the debtor and the owner of the encumbered real estate (if they are not the same); *clausula intabulandi*, i.e. the unconditional declaration of the owner of the real estate that it allows the registration of hypothec on his/hers real estate (it is rather strange that the ZH makes the *clausula intabulandi* a mandatory part of the contract on hypothec, because the very meaning and the reason of its existence suggest that it may, but need not be, the part thereof); precise data on the receivable that is being secured – currency of calculation and of payment (receivables in foreign currency are explicitly allowed), amount of each instalment and time of maturity thereof, place and manner of payment, respectively data on principle sum, interest rate or the elements upon which it may be determined, place and manner of interest payment, as well as amount of other ancillary payments if they are agreed, and the maturity of the receivable, respectively the way by which the maturity is to be determined, if no deadline is foreseen; data on the encumbered real estate with the proof of ownership (this is also perplexing – presumably, reference to the documents that prove the ownership should suffice); and data on fixtures and other parts of the real estate that are encumbered with the hypothec<sup>29</sup>. Lastly, some of the provisions of the contract on hypothec, related to the case the secured receivable is not paid upon maturity, are forbidden, i.e. proclaimed null and void (ban on

---

26 The ZH in Art. 8 speaks also of court settlement as the basis for a contractual hypothec, which is in itself not a mistake because the court settlement is also a kind of contract (agreement), but I see no reason to mention this kind of agreement explicitly, especially bearing in mind that the hypothec based upon the agreement of parties in front of the enforcement court is not regulated by the ZH but by the ZIP. Also, such directly enforceable hypothec is commonly treated as a type of a court hypothec, because that is its decisive characteristic important for its practical use.

27 See Art. 9 of the ZH. The wording of this Article is a bit perplexing, to say the least, because it seems as if the owners' obligation is that the creditor collects its receivable from the value of encumbered real estate, which looks a lot like an obligation for the performance of a third party (as if the owner overtakes the obligation that the creditor shall do something, i.e. shall collect, which would place him in default if the creditor does not do that). One could presume this to be a vagueness due to grammatical reasons, but the 2004 drafts are, even though also not fully correct themselves in my opinion, much more precise: they speak about the obligation of the owner to endure [lat. *pati*] that the creditor collects its secured receivable from the value of the real estate – Art. 15 of the first draft of 3 June 2004, Art. 16 of the second draft of 4 October 2004. In my opinion, the correct way to word this provision is simply that the owner undertakes the obligation to create a hypothec for the creditor.

28 See Art. 10 of the ZH.

29 See Art. 12 of the ZH.

*lex commissoria*) – the creditor may not sell the encumbered real estate itself contrary to the provisions of the ZH; the creditor may not keep the encumbered real estate or transfer it to a third party at a previously determined or previously undetermined price; the creditor may not use the real estate nor collect its fruits (ban on *pactum de antichresis*); the creditor may not forbid the owner to sell the real estate after the hypothec is established nor can he forbid the owner to establish subsequent hypothecs<sup>30</sup>. Also, both directly enforceable types of hypothec are, by their nature, contractual ones. As for the scope of the provisions of the contract that established the secured receivable which should be repeated/denoted in the contract on hypothec, the above determination of secured receivable will suffice, whereas the referral to the contract that established the secured receivable for more details is allowed.

- **Unilateral declaration hypothec** is a hypothec based upon a unilateral declaration [*založna izjava*] of the owner of the real estate to be encumbered, in which the owner obliges himself that the creditor may collect its receivable from the value of the encumbered real estate, if the secured receivable is not satisfied (paid) upon its maturity. The unilateral declaration is, in fact, a unilateral legal act [*einseitiges Rechtsgeschäft*] for it produces legal effects. The contents of the unilateral declaration and its form mirror the ones provided for the contract on hypothec. Both the owner and the creditor may request the registration of hypothec based upon the unilateral declaration.<sup>31</sup>
- **Statutory hypothec** is a hypothec based directly upon the provision of a particular law. Traditional regulation related to acquiring the statutory hypothec, which was contained in the ZOSPO, provides that registration is not required for acquiring the statutory hypothec, for it is acquired “in the moment when the conditions foreseen by law are fulfilled”<sup>32</sup>. Under the ZH, there is no exception for the statutory hypothec, for it is acquired by registration based upon the statute<sup>33</sup>. Old, unregistered statutory hypothecs established under the ZOSPO do not exist anymore. The rules provided for the contractual hypothec apply to the statutory hypothec, if nothing else is provided in the law in which the statutory hypothec is regulated (so, as default rules). “Textbook examples” of statutory hypothec are: 1) the provisions by which the receivables related to the sale of the encumbered real estate (and some other privileged receivables) are the first ones to be settled from the amount achieved by such sale (expenses of sale procedure), which means that these receivables are in fact privileged, for even though they are created later, they enjoy the top priority over all other receivables to be settled from the amount achieved by the sale, and 2) the provisions on the real estate security the state has for securing the tax debts of its taxpayers. As for cases of the first group, they are regulated in Art. 41 Para. 1

30 See Art. 13 of the ZH.

31 See Art. 14 of the ZH.

32 See Art. 64 Para. 2 ZOSPO, which was put out of force by coming into force of the ZH. The same provision exists in other countries influenced by Austrian tradition, for example the Croatian law – see *T. Josipović*, op. cit., p. 163.

33 Art. 14 Para. 1 Item 3. The only exception in ZH deals with costs made to prevent the decrease of value of the incumbered real estate, if they were made by the hypothecary creditor – see Art. 19 Para. 3 ZH, where a non-registered statutory privilege exists.

Item 1 ZH for the case of an out-of-court sale of the encumbered real estate (the costs of sale including the costs and fees of third parties have the absolute top priority), and, for the case of the court sale of the encumbered real estate, in ZIP, Art. 140 (expenses of enforcement procedure, receivables based upon statutory alimentionation if they are proved by an enforceable document and reported by the sale hearing at latest) and Art. 141 (tax and other levies burdening the real estate in the last year, compensation for the damages caused by damage to health, reduction or loss of the ability to work or loss of alimentionation due to the death of its debtor, salaries in case the employer is an entrepreneur or other natural person including matured contributions for the social insurance, irrespective if all these are secured by a security right, but provided that all these receivables are proved by an enforceable document and reported by the sale hearing at latest). These receivables, also called “privileges” because of their priority over even the earliest hypothec, still exist even without the registration, and even though they are referred to in the textbooks as a type of statutory hypothec<sup>34</sup> they may also be treated separately, because they are inherently attached to the process of forced collection from the value of the encumbered real estate (and therefore need not be treated as secured by hypothec). As for the cases of the second group, the rules of the Law on Tax Procedure and Tax Administration [*Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji*] (hereinafter: ZPPPA)<sup>35</sup> are of importance. This law abolished the absolute privilege for the due tax, interest on that tax, costs of collection procedure and even the fines for tax-related misdemeanours which existed under the previous tax legislation<sup>36</sup>. It introduced a relatively complex system in which there is a statutory hypothec of the Republic of Serbia for the securing of tax receivables in the forced collection procedure over the real estate of the tax debtor, until all due taxes are collected<sup>37</sup>. The statutory hypothec is acquired based upon a decision of recording (*Inventur, popis*) the real estate of the debtor (as *iustus titulus*) and the registration thereof in the real estate records (as *modus acquirendi*)<sup>38</sup>. However, the ZPPPA statutory hypothec enjoys a limited privilege. Namely, ZPPPA allowed the Tax Authority to perform the forced collection procedure itself, even when it involves the sale of the tax debtor real estate (prior to this law, this has been an exclusively court entrusted task, so the Tax Authority could only initiate court procedure in case it wanted satisfaction from the value of the debtors’ real estate). Under the ZPPPA rules on enforced collection from the value of the debtors’ real estate, only one third of the assessed initial value of the real estate encumbered with the statutory hypothec is exempt from the tax privilege<sup>39</sup>. Under the ZPPPA, statutory hypothec may also be established

34 See *M. Orlić* in *O. Stanković-M. Orlić*, *Stvarno pravo [Property Law]*, VI skraćeno i izmenjeno izdanje, NIU Službeni list, Belgrade 1993, p. 238.

35 Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 80/2002-1, 84/2002-2, 23/2003-16, 70/2003-1, 55/2004-32, 61/2005-51, 85/2005-30 and 62/2006-12.

36 In fact, that privilege existed from mid-nineteen nineties, see *M. Živković*, *Mortgage and Lien on Land* in *op. cit.*, p. 174 ff. (in English version).

37 Art. 86 ZPPPA.

38 Art. 87 ZPPPA.

39 See Art. 111 Para. 6 related to Art. 110 Para. 7 ZPPPA.

as a provisional measure aiming to secure future tax liabilities, in the same way as the one explained above<sup>40</sup>.

- **Court hypothec** is a hypothec based upon a court decision. Typical court hypothec is regulated in Art. 102 Para. 3 ZIP, which pertains to the situation in which an unsecured creditor requests enforcement through the sale of the debtor's real estate. By notification of the decision on enforcement [*Exekutionsbewilligung*] in the real estate registry, such creditor acquires a hypothec. In case of a creditor of a previously registered (contractual or unilateral declaration) hypothec, a notification of the decision on enforcement in the real estate registry provides a third party effect for that decision, and it becomes enforceable against any future owner of the encumbered real estate<sup>41</sup> (so there is no need to carry out new enforcement proceedings against such new owner). Apart from this type, the hypothec established upon the provisions of the ZIP on the procedure for securing receivables may also be deemed court hypothec<sup>42</sup>. This applies to the hypothec based upon agreement of parties recorded in the minutes of the court procedure ("court enforceable hypothec", Art. 268 ff. ZIP), even though it may also be treated by a contractual one (whereas the contract is concluded in front of the court and witnessed in the minutes from the court hearing).

Along the criteria of enforceability, one distinguishes the ordinary hypothec and the directly enforceable types of hypothec.

- **Ordinary hypothec** is not directly enforceable, which means that the creditor must first obtain an executable court decision, and only upon such a decision may initiate enforcement proceedings. In other words, the creditor must first take its debtor to court in civil proceedings, in which the court establishes whether the debtor really owes the performance provided in the secured receivable. Only after the court verifies the existence of the debt and obliges the debtor to pay it to the creditor in its final verdict, can the creditor initiate the enforcement proceedings. Moreover, if the *in rem* debtor (owner of the encumbered real estate) is not simultaneously the personal debtor, the creditor must file a special hypothecary action [*Hypothekarklage, hipotekarna tužba*] against the real debtor in order to be able to initiate enforcement procedure against him.
- **Court enforceable hypothec** is a hypothec which is based upon agreement of parties made in the securing of receivables procedure provided in ZIP, and recorded in the minutes of the court hearing. The parties to this agreement confirm the existence of a monetary receivable [*Geldforderung*], denote its maturity and agree that a hypothec shall be established to secure it. The signed minutes from the hearing are deemed, by operation of law, a court settlement, which is directly enforceable<sup>43</sup>. The registration of this hypothec is made upon the court decision which the court must pass after the agreement is made<sup>44</sup>, and such hypothec is directly enforceable, i.e. there is no need to carry out civil proceedings, for enforcement may be requested on the basis of the agreement

40 See Art. 66 Paras. 3 and 4 ZPPPA.

41 See Art. 102 Paras. 1 and 2 ZIP.

42 See Arts. 274 ff. ZIP.

43 See Art. 270 ZIP.

44 See Art. 271 ZIP.

alone<sup>45</sup>. However, the enforcement in this type of hypothec is performed by the court.

- **Enforceable out-of-court hypothec** is regulated in Art. 15 of the ZH. Given the fact that Serbia does not yet have public notaries, the ZH provided for a simulation of the notarial hypothec and went a step further, allowing the secured creditor to sell the encumbered real estate out-of-court, following the role model of the law of mortgage that exists in the common law systems. The fact that a hypothec is enforceable by out-of-court sale by creditor is specially noted in the land books, respectively KN, and the out-of-court sale is performed according to the rules contained in the ZH. The ZH requires that the contract on hypothec, respectively the unilateral declaration on establishment of hypothec, contains the following four special provisions in order to be deemed enforceable out-of-court: 1) a clear provision, i.e. statement, by which the owner of the real estate irrevocably authorizes the creditor to, if the debt is not duly paid, the creditor may sell the real estate in the proceedings provided by the ZH without having to revert to the courts, as well as that the real estate shall be evicted and transferred in possession of the buyer within 15 days from the day of sale; 2) explicit provision, i.e. statement of the owner that he has been warned on the consequences of failing to pay the debt upon maturity and that he, aware of those consequences, accepts the possibility of enforcement of the contract of hypothec by the sale of his real estate in keeping with the rules of ZH, without the right to initiate a lawsuit, and that the real estate shall be evicted and transferred in possession of the buyer by force if he does not do it voluntarily within 15 days from the day of sale; 3) a clear provision, i.e. statement, of the owner that he agrees that the creditor has the right of access to the real estate, included the entry therein, irrespective of the direct possessor thereof (owner, tenant), for the control of maintenance or for other justifiable reasons, as well as that he has the duty to co-operate with the creditor in the process of sale, especially to enable the access to the encumbered real estate (entry into the apartment etc.); and 4) explicit statement of the third party (apart from the owner) having direct possession (if there is such a third party) that it is aware of the consequences to which the contract on hypothec may lead, including the eviction from the real estate and the loss of possession thereof, as well as that it agrees with the access rights from point 3) above. In case these provisions are contained in the contract on hypothec, the enforcement is carried out in the special private (out-of-court) procedure provided in the ZH, and if not – in the court procedure provided in the ZIP. However, even though the rule is not explicitly contained in the ZH, the creditor which can enforce its right out-of-court can, if he so chooses, opt for court enforcement, because the one that is authorized to do more can also do less.

Depending on the number and nature of the encumbered real estate, the following special types of hypothec may be differentiated:

---

45 See Art. 273 ZIP. The enforcement is carried out by application of the standard rules of ZIP on enforcement by sale or administration of encumbered real estate (*Zwangsversteigerung* or *Zwangsverwaltung*).

- **Simultaneous/joint hypothec** [*Gesamthypothek*] is a hypothec encumbering two or more real estate, irrespective of whether they are owned by the same person, for securing one receivable. The creditor may seek satisfaction (enforcement) from one or more of the encumbered real estate, provided he makes his choice in good faith<sup>46</sup>. Even though the ZH is not completely clear on that, the essential characteristic of the simultaneous hypothec is that any encumbered real estate may be used for collection of the full amount of the secured receivable – figuratively speaking, the encumbered real estates are jointly liable for the whole secured debt. This type of hypothec, originating in the ABGB, also existed in the ZOSPO (Art. 63 Para. 3). The novelty of the ZH is the explicit provision that the encumbered real estates need not belong to the same owner (this was not explicitly put, but was implied in the ZOSPO), and that the creditor must make his choice in good faith (this was also implied before, for this provision is in fact a concretization of the ban on the abuse of rights – *Rechtsmissbrauchverbot*). It should also be said that Serbian ZIP does not contain the provision similar to the one in the §222 of the Austrian EO, so the collection from one of the encumbered real estate may come as a detriment to the subsequent creditors having hypothec on that particular real estate and an advantage to the ones having hypothec on the other real estates encumbered by the simultaneous hypothec.
- **Hypothec on objects under construction/hypothec on special parts of objects under construction**, as shall be explained more comprehensively below in the part of this report on the real estate that can be encumbered by hypothec, is a hypothec the subject-matter of which are buildings that are under construction, or parts of these buildings, irrespective of whether they are finished (provided they are not yet registered)<sup>47</sup>. This special type of hypothec was introduced because of the fact that many buildings are not yet registered in the real estate registries, with the purpose of enabling the establishment of hypothec over such real estate. It also should serve for securing the credits extended for the purpose of construction of a building by the value of the building that is being constructed (in order to boost the construction industry), as well as for enabling the buyers of apartments and business premises in the buildings which are still under construction to use those apartments/business premises as collateral for the bank which extends them credit for the purchase price (economically, the first case is meant to increase supply of new buildings, and the other demand). The main characteristic of these hypothecs is the special manner of enforcement in the period prior to the objects being registered, because an unfinished, more precisely unregistered object cannot be legally sold for it does not legally exist. Therefore the ZH provides that the collection of hypothec from the object under construction is performed by assigning the building permit to the buyer against compensation (price) and selling the things already built in the object under construction (the creditor collects from the price achieved for the license and built-in things)<sup>48</sup>. However, ZH does not speak of the collection of hypothec in case the object is a special part of the object under construction at all, at least for the case the

46 See Art. 4 ZH.

47 See Art. 3 Para. 1 Item 6, Art. 11 Paras. 2-5 ZH.

48 See Art. 39 ZH.

default happens before the construction is finished and the building, as well as special parts thereof, registered.

Lastly, there is a special type of hypothec usually described “hypothec on hypothec”, as if the subject-matter of such hypothec is not a real estate, but rather the already existing hypothec.

- **Overhypothec** [*Afterhypothek, nadhipoteka*] is, in fact, a pledge of receivable which is secured by hypothec<sup>49</sup>. Therefore, the subject-matter of overhypothec is not hypothec, but rather a receivable secured by a hypothec. Due to its accessory, the hypothec securing the pledged receivable by operation of law secures the secured receivable<sup>50</sup>. The general rules on pledge of receivables are contained in the ZOO<sup>51</sup>. ZH merely regulates the contract on overhypothec, requiring it to be in written form with verified signatures. Furthermore, the contract on overhypothec must contain *clausula intabulandi*. ZH also regulates that the debtor of the pledged receivable may not perform the pledged receivable to its original creditor, but to the pledgee (overhypothecary creditor) as of the moment he has been informed on the pledge in writing, and that overhypothec has third party effect as of the moment of registration in the real estate registry.

## 2. Legal Nature of Real Estate Security

It is common and it was until recently undisputed that the hypothec is a property (*in rem*) right [*stvarno pravo, dingliches Recht*], not an obligation (*in personam, ad rem*) right [*obligaciono pravo, persönliches, obligatorisches Recht*], and the generations of Serbian law students learned so<sup>52</sup>. However, in his preface to the Law on Hypothec, Minister Milan Parivodić, PhD, former assistant for Introduction to Civil Law and Property Law at the University of Belgrade Faculty of Law who is considered the *spiritus movens* of the final text of the ZH, claimed that hypothec is in fact an obligation (has an obligatory nature)<sup>53</sup>. Given the fact that Mr. Parivodić is my acquaintance and that we were working together for some six years, I know both his motives to write such a claim and the logic behind it and I understand him. However, this does not mean that the claim he made is correct or, at least, not extremely dangerous for the legal profession, if it becomes an official position in law schools<sup>54</sup>. I shall omit going into detailed explanation of his motives here, restricting myself to saying that his claim that hypothec is not a property right [*dingliches Recht*] is caused by the understanding of property rights [*Sachenrechte, dingliche Rechte*] as rights which authorize their bearers to a certain extent of direct power over a thing [*određeni obim neposredne vlasti na stvari, Herrscherrecht*]

49 See Art. 21 ZH.

50 In case of pledge of receivable [*Forderungspfand*], there are two receivables – the secured one, and the pledged one. The pledged one serves as a security for the secured one.

51 See Arts. 989-994 ZOO.

52 See *Stanković* in *Stanković/Orlić*, op. cit., p. 1, especially for hypothec p. 4.

53 See *Zakon o hipoteci*, predgovor dr Milan S. Parivodić [*Law on Hypothec, Preface by Milan S. Parivodić, PhD.*], Službeni glasnik, Belgrade 2006, p. 8. It is interesting that the claim is made along the claim that the ZH defines hypothec in a “traditional” way, whereas the claim that hypothec is in its nature an obligation is all but traditional.

54 At a number of state organized trainings related to the ZH, Mr. Parivodić repeated his position on obligatory nature of the hypothec.

über eine körperliche Sache], advocated strongly by late Prof. Obren Stanković, Mr. Parivodićs' original mentor. However, Prof. Stanković never claimed that, if hypothec is not a clear property right under his definition, it has to be an obligation right, because he never claimed that all rights are either property or obligation rights [*Sachen- oder Obligationenrechte*]<sup>55</sup>. That step belongs to Mr. Parivodić alone, even though he made a slight reservation by writing that hypothec is “rooted in thing” and therefore “nearing property rights” (this is in fact a reference to the right of suit, the *Folgerecht*, which is typical for property rights).

Notwithstanding this dissenting opinion, hypothec is unanimously regarded as a property right, and more importantly, it has the features of an *in rem* right under the ZH – the right of suite and the right of priority. It cannot fall under prescription [*Verjährung*]<sup>56</sup> and it is not a right to request something from a certain person (*Anspruchsrecht*) but rather a right to convert a real estate in money [*Verwertungsrecht*] and collect the secured receivable from that sum of money. There are some of the consequences of the misconception the authors of the final text had regarding the legal nature of hypothec – for example, the mentioned perplexing definitions of the contract on hypothec and unilateral statement on hypothec, in which it seems as if the owner of the encumbered real estate undertakes the obligation that the creditor shall collect his (creditors') receivable from the value of that real estate, are most probably due to an attempt to treat the hypothec as an obligation (obligatory right). Fortunately, these consequences do not appear to impede the genuine nature of hypothec in practice, leaving it amongst the *in rem* rights where it belongs since the Roman law.

Now, as for the treatment of hypothec within the boundaries of the property law, the Serbian doctrine is not unanimous – some simply mention it as one of the property rights<sup>57</sup>, some treat it as one of the property rights on alien thing [*stvarno pravo na tuđoj stvari, iura in re aliena*], in the tradition of Roman law<sup>58</sup>, but the most common conception is the one treating hypothec as one of the limited property rights [*ograničeno, sektorsko stvarno pravo, beschränktes dingliches Recht*]<sup>59</sup>.

### 3. Subject-matter of hypothec [predmet hipoteke, Hypothekgegenstand, belastbares Objekt]

The ZH, in its Article 3, defines the subject-matter of hypothec relatively broadly:

- **Immovable (the ownership on land or an object and similar).** Here the authors of the final ZH text insist on a detail, leaving the more important issues

55 For position on legal nature of hypothec as an atypical *in rem* right [*unechtes Sachenrecht*], which he appears to agree, see Stanković in Stanković/Vodinelić, op. cit., p. 110.

56 Moreover, it prevents the principal amount of the secured receivable to fall into prescription – see Art. 368 ZOO and Art. 26 ZH.

57 So Stanković in Stanković/Vodinelić, op. cit., p. 109 ff., Stanković in Stanković/Orlić, op. cit., p. 1 ff.

58 So I. Babić, Osnovi imovinskog prava [*Outline of Proprietary Law*], Službeni glasnik, Belgrade 2006, p. 267.

59 So A. Gams, Osnovi stvarnog prava [*Basics of Property Law*], Naučna knjiga, Belgrade 1968, p. 163, as well as D. Stojanović, *Stvarno pravo* [*Property Law*], Kragujevac 1998, p. 173. The references to the pre-WW II authors may be found in these two books, and the gist of their positions is the same – hypothec is one of the limited property rights.

unresolved – the insisting on the fact that the subject-matter of hypothec is, in fact, the ownership over a immovable thing and not the immovable thing itself is, to say the least, a theoretical detail<sup>60</sup> (which is not necessarily correct, depending on the broader theory of limited property rights), and the relation of the ZH to the *superficies cedit solo* principle, which is of essential importance for land law, the part of which is the law of hypothec, remains quite murky. The situation regarding the *superficies* principle in Serbia shall be explained below, in the part on objects under construction as subject-matter of hypothec;

- **Parts of immovables, in line with the decision on partition.** This is also a rather perplexing provision – in Serbian doctrine the common position is that a physical part of an immovable cannot be the subject-matter of hypothec until it is registered as a self-standing immovable in the real estate registry<sup>61</sup>. The 2004 drafts ZH had a provision that reflected this prevailing position – a part of an immovable may be subject-matter of hypothec only after it ceases to be that and becomes a self-standing immovable, registered as such in the land books (Art. 9 of the first draft, Art. 10 of the second draft). If the authors of the final text wanted merely to rephrase the provision of the two drafts, they have done so rather poorly, for instead of a clear-cut provision of the drafts, the final text contains a vague provision that may lead to misinterpretations. If this is a deliberate deviation from the former position<sup>62</sup>, it is not quite clear how it would be possible to register a hypothec over a part of real estate without prior registration of the (physical) partition of that real estate in the registry.
- **Co-ownership stake in an immovable.** This is in line with the legal rules on co-ownership [*susvojina*, *Miteigentum*], because each co-owner may dispose of his/hers stake alone and without requiring consent from other co-owners<sup>63</sup>.

60 Presumably this wording is yet another homage of minister Parivodić to his mentor, Prof. Stanković, who originally pointed out his position on the verbal use of the term “thing” instead of the legally correct (according to his opinion) term “ownership over thing”. So, when someone is buying a thing, it is the ownership on that thing that is being transferred (*in commercio*), and not the thing itself. See Stanković in Stanković/Vodinielić, op. cit., p. 109. Practically the same see in Parivodić, Preface, p. 10, especially footnote 1. This position is certainly not immune to grounded theoretical criticism, but this report is not the place to do it – it is enough to say that also here Parivodić took the positions of Stanković a step further, convinced that he is following his mentor whereas he in fact claimed something his mentor never did – if the ownership over an immovable is subject-matter of hypothec, how come it survives the transfer of ownership, i.e. how comes it stays with the thing and not with the owner? In other words, why would only ownership have a thing as its subject-matter, and all other rights ownership over thing?

61 See instead of many Orlić in Stanković/Orlić, op. cit., p. 271.

62 For such interpretation see Dragoslav R. Živković, Komentar zakona o hipoteci [*Commentary to the Law on Hypothec*], Poslovni biro, Belgrade 2006, commentary to Art. 3, p. 12; opposite interpretation, that the partition must be registered first and then the hypothec, see Aleksandar Gloginić, Komentar zakona o hipoteci [*Commentary to the Law on Hypothec*], Službeni glasnik, Belgrade 2007, commentary to Art. 3, p. 23. For the record, both of these commentaries are extremely short and, with all due respect to their authors and publishers, prevailingly represent a mere restatement of the legal text, without any in-depth analysis or explanations of some of the legal provisions (and obviously no references to case law, for the ZH is rather new).

63 Art. 14 Para. 2 ZOSPO.

However, the rules of ZIP regarding the collection from the co-ownership stake of an immovable may be interpreted so as to render this subject-matter of hypothec less attractive, at least for the types of hypothec which are enforced in the procedure provided in the ZIP. Namely, in case the debtor is a co-owner of an immovable, the consent of all other co-owners is required for enforcement against him related to that immovable, and only if all co-owners agree shall the court allow the enforcement by sale of the whole immovable<sup>64</sup>. Therefore the provision that the co-owner does not need the consent of other co-owners to burden his co-ownership stake with a hypothec appears not to be of much use for the creditor, if s/he requires this consent to enforce his right of hypothec. This problem was spotted by the practice, and there are published works explaining that the consent the ZIP is speaking about refers only to the situation where the whole immovable is to be sold, and if only the co-ownership stake is sold in the enforcement procedure no consent from other co-owners is required<sup>65</sup>.

- **Special parts of buildings on which there is ownership or another right that authorizes its bearer to the right of disposal (apartment, business premises, garage, parking place and similar).** The immovables mentioned here are the subject-matter to the condominium ownership [*etažna svojina, Wohnungseigentum*]. This type of ownership used to be regulated by the 1966 Law on Ownership on Special Parts of Buildings [*Zakon o svojini na posebnim delovima zgrada*]<sup>66</sup>, but that law was quashed by decision I U 95 of the Federal Constitutional Court in 1996 as not in keeping with the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia and the ZOSPO. Condominium is therefore one of the more significant lacunas in Serbian property law, because the ZOSPO only regulates that the self-standing right of ownership on a special part of the building may exist only on apartment [*stan, Wohnung*], business premises [*poslovne prostorije, Büroräume*], garage [*garaža*] or parking place [*garažno mesto*]<sup>67</sup>. The rest of the condominium law [*pravo etažne svojine, Wohnungseigentumsrecht*] is regulated very scarcely in the 1995 Law on Maintenance of Residential Buildings [*Zakon o održavanju stambenih zgrada*]<sup>68</sup>. ZH goes a step beyond the ZOSPO, leaving open the possibility that some other special part of the building could become subject-matter of a self-standing ownership in the future. Special parts of the buildings are registered separately, in section V of the KN, or as a separate land book body in the land book insertion related to the building as a whole and the land beneath it. Generally, they must be registered in order to be eligible

64 See Art. 101 ZIP.

65 See *Mladen Nikolić*, Sporna pitanja u primeni novog Zakona o izvršnom postupku [*Disputable Issues in Application of the New Law on Enforcement Procedure*], in periodical *Izbor sudske prakse* [*Selected Court Practice*], No. 1/2007, p. 30 and 31. The author is a judge of the Commercial court in Belgrade. The similar text by the same author is published in *N. Šarkić/M. Nikolić*, Komentar Zakona o izvršnom postupku [*Commentary to the Law on Enforcement Procedure*], Službeni glasnik, Belgrade 2006, commentary to Art. 101, p. 289 ff.

66 Official gazette of the SFRJ Nos. 43/1965-1583, 57/1965-1902, Official gazette of the SR Serbia Nos. 29/1973-948, 52/1973-1578, Official gazette of SRJ No. 38/1996-1057.

67 See Art. 19 Para. 1 ZOSPO.

68 Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 44/1995-1646, 46/1998-1119, 1/2001-3 and 101/2005-28.

for encumbering with a hypothec (exceptions relate to special parts of buildings under construction).

- **Right on land containing the power of free legal disposition, especially right to build [*pravo građenja, Baurecht*], prior right of construction [*pravo preče gradnje*] or right of disposal over land in state ownership or socially owned.** Drafts ZH also contained this possibility<sup>69</sup>, but the drafting technique was different, because the provision was a general one – it spoke of a right over an immovable that empowers the bearer to free disposition of that immovable, making an *exempli causa* list of such rights part of the provision (the list is longer, though, and includes the right of usufruct explicitly). These rights must be negotiable separately (not accessory in nature), they must have some market value and they must be eligible for registration<sup>70</sup>. As for the right to build [*Baurecht*], even though it is mentioned in some textbooks and lexicons of property law in Serbia, the modern Serbian lawyers lack even the basic concept of this right, given the fact that the *superficies* principle has been long abandoned, and that the existence of the right to build is tightly connected with this principle. Therefore some authors misunderstand the right to build referred to in this provision, understanding it as a right acquired in administrative proceedings in which the building permit is issued (“public” right to build) instead as a right to erect and have ownership over a building on somebody else’s land<sup>71</sup>. The provisions under which the right to build is considered an immovable and is being registered as such (in a separate folio of land books), typical for countries under the influence of the ABGB, do not exist in Serbian law, not even in the JZZK (only PZK speaks of right to build in several of its Articles). Regarding the right of disposal over state and social ownership, it is a remnant from the socialist era, in which it was replacement for the right of ownership. Since social ownership, even though privatized to a significant extent, still exist, and since there are no new regulations on state ownership, this provision continues to be required. Lastly, the prior right of construction [*pravo preče gradnje*] also originated during the socialist era. Given the fact that the construction land was until recently, by operation of constitution, owned by state or socially owned, whenever an urban plan provided for a surface to be dedicated for construction that land would be expropriated from its (private) owner. However, the owner would retain this “prior right of construction” on that land until it is “brought to its purpose” [*privedena nameni*] in the sense of urban planning. During the socialist period this right could not have been effectively used in most cases, because of various maximums of ownership over real estate for private individuals (so, if a 10 apartment building was planned to be erected on the expropriated land, the bearer of the prior right of construction could not effectively use that right because if s/he did, s/he would end up exceeding the maximum of 2 bigger or 3 smaller apartments which existed then). After 1990, when the restrictions and limitations of private ownership over real estate were abandoned, this right became valuable and thus eligible to be used as collateral by means of hypothec – and so it made its way into the ZH.

69 See Art. 4 of the first draft and Art. 5 of the second draft.

70 So Parivodić, op. cit., p. 9.

71 See D. Živković, op. cit., commentary to Art. 3, p. 13.

- **Object under construction and special parts thereof, irrespective whether it is already constructed, provided however that a final/irrevocable building permit has been issued in keeping with the law that regulates building (construction) of objects.** This particular subject-matter of hypothec, i.e. encumbrable immovable, is country specific and requires a more thorough explanation. In most countries which apply the *superficies* principle, there is simply no need for a special hypothec over an object under construction. Due to the elasticity of hypothec, i.e. the rule that it entails all subsequent increase of value of the encumbered real estate, and the *superficies* principle, in case someone wants to include an object under construction in hypothec one simply encumbers the land below the object under construction, and the hypothec automatically stretches over the unfinished building constructed thereupon. In case the owner of the land is not the owner of the building, i.e. the one performing the construction, the person performing construction must have a right to build on someone else's land and to own the building, typically for a certain period of time – the (private) right to build [*Baurecht*]. This right to build is legally considered an immovable itself, there is a separate folio for it in the registry (land books), so it is encumbered by hypothec by encumbering that separate folio, as if it is an immovable. Therefore there is no need for a special hypothec over an object under construction. However, the application of *superficies* principle in Serbia is very limited. Namely, the land designated for construction in the cities [*gradsko građevinsko zemljište*] was firstly nationalized in different ways and subsequently remained, by operation of constitution, state (earlier socially) owned<sup>72</sup>. Given the fact that private individuals and legal persons could have a (limited by quantity) ownership over buildings or special parts thereof (apartments, business premises, garages etc.), the legal unity between the land and buildings erected thereupon (i.e. the *superficies* principle) was broken – the state owned the land and private persons owned the buildings<sup>73</sup>. Therefore the owner of a building could establish a hypothec over the building in his ownership, but not on the land – owners of buildings have only the permanent right of use of the land below the building and land required for its regular use, which is permanent because it lasts for as long as the building exists, and which is accessory to the ownership on the building (as the main right)<sup>74</sup>. This did not create too much problems if the hypothec is established over the existing registered building or a part thereof, because these could be sold for satisfaction of the creditors, and the buyer would, along with the building/special part thereof

72 See on the reach of *superficies* principle in Serbia *Stanković in Stanković/Orlić*, op. cit., p. 28 ff. In detail and meticulously on the historical reasons and methods of abandoning the *superficies* principle see in study by *B. Begović/B. Mijatović/D. Hiber*, *Privatizacija državnog zemljišta u Srbiji [Privatization of State Land In Serbia]*, CLDS, Belgrade December 2006, available at [http://www.clds.org.yu/newsite/privatizacija\\_dr\\_zemljista.pdf](http://www.clds.org.yu/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pdf) (Serbian version only). The monopoly of state ownership over construction land in cities was abandoned only recently, in October 2006, when the new Constitution of the Republic of Serbia came into force.

73 The only exception were the buildings in rural areas, because only the construction land in the cities was in state ownership, so in rural areas *superficies* principle is still applied.

74 See Art. 83 of the Law on Planning and Construction [*Zakon o planiranju i izgradnji*] (hereinafter: ZPI), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 47/2003-1 and 34/2006-3.

acquire the right of use of the land. However, this prevented the classical way of establishing the hypothec over the object under construction, for the hypothec could not simply be registered over land and then extended to the building thereon as it is being finished, because the land did not belong to the future owner of the building, but to the state. On the other hand, the private right to build [*Baurecht*] gave way to the public rights by which the state granted the license to build on the land it owned, so encumbering the right to build in order to achieve the hypothec over object under construction was not an option anymore. Since objects under construction were not registered until they were finished, i.e. when the use license was issued, they simply could not have been encumbered by hypothec (moreover, they could not be subject-matter of ownership), and that created serious practical problems. Therefore the ZH introduced the special hypothec on the object under construction as its subject-matter. The conditions for the object under construction to be encumbered by hypothec is that there is a final building permit issued by the competent authority (most often municipality, for the larger buildings in Belgrade the City of Belgrade, and for capital objects the Republic). This hypothec is registered in a form of adnotation [*zabeležba, adnotatio, Anmerkung*] on the land on which the building is being erected, which is by operation of law transformed into full registration of hypothec (*uknjižba, intabulatio, Einverleibung*) on the building/special part thereof once it is finished and registered (and thus it is transformed into hypothec over on a building/special part thereof)<sup>75</sup>. This hypothec on building under construction (or special part thereof) may also be used for encumbering the buildings that are already finished, but are not yet registered, provided however that the final building license exists for these buildings<sup>76</sup>. This is very important for the practice, because it enabled immediate activation of the value of many unregistered objects/parts thereof as collateral, without having to wait for the slow process of establishment of KN, i.e. registration of buildings which shall last until 2010 the least<sup>77</sup>. The ZH provides that the risk of eventual demolition of the object (in case it was not been built according to the license) is divided between the investor, the debtor and the creditor according to their internal relations (presumably, their agreement)<sup>78</sup>. The biggest structural weakness of the hypothec on object under construction, and especially of the hypothec on a special part of the building under construction, is the enforcement of those hypothecs prior to registration of the building/special part thereof (so, while the objects are still “under construction”). It has already been mentioned that the enforcement in case object under construction is the subject-matter of hypothec, under the ZH, is made by the sale of the unfinished building (“things incorporated in object under

---

75 See Art. 11 Para. 2 ZH.

76 See Art. 11 Para. 4 ZH. One should bear in mind that the factual situation with so-called illegal objects in Serbia is dramatic, for there is over 1 million various buildings which are built without the legally required licenses. That is why the problem of legalization of these buildings is one of the most pressing and complex tasks of the competent department of the Ministry of Infrastructure (earlier Ministry of Capital Investments) of Serbia. Fortunately, the ZH did not enable hypothec over illegal objects.

77 See on registers being outdated and why above in the section on sources of law, in the part on the JZZK and ZKN.

78 See Art. 11 Para. 5 ZH.

construction”) and special assignment of the building permit<sup>79</sup>. The problem with this solution is the fact that building permits are generally not negotiable, and rightly so – the right of an “investor”<sup>80</sup> is based upon a decision of the public authority, and public rights are not negotiable, i.e. only private rights [*subjektivna građanska prava, subjektive bürgerliche Rechte*] are negotiable. Negotiability is pointed out as one of the immanent characteristics of the private rights and those rights alone<sup>81</sup>. The private right on the land which enables an “investor” to build on that land<sup>82</sup> is only one of the preconditions for issuing the building permit – there is a number of other conditions related to the planned object, its keeping with requirements of urbanism (plans of regulation) etc. Therefore the exception provided in the ZH is a structural one, i.e. the one every legislator should try to avoid whenever possible because it undermines the very basics of the legal system. I believe the reasons for its’ inclusion in the ZH justify it, but one should bear in mind that this solution is far from the regular one, and the sooner the Serbian law returns to the above presented classical solutions the better<sup>83</sup>. The ZH attempted to circumvent this problem by saying that the authority that issued the original permit shall issue the new permit, which is going to be the same as the original one in all aspects but one – it shall be issued to the name of the person who bought it in the enforcement procedure<sup>84</sup>. However, even though not capable of articulating their position legally, many municipalities rebelled against the negotiability of the building permit and refused to act in accordance with the ZH. However, the City of Belgrade, which is practically the most important, started to apply them in 2007, and thus the hypothec on object under construction started to be practically

79 See Art. 39 Para. 1 ZH.

80 The term “investor” is used by Serbian legislation on construction to denote the person who has the right to build, and in whose name the building permit is issued. That person is the original owner of the building once it is finished and registered. The “constructor” is the company hired by the “investor” carrying out the construction works – see Art. 2 Para. 1 Item 30 (for “investor”) and Art. 114 Para. 1 (for “constructor”) of the ZPI.

81 See instead of many *Stanković* in *Stanković/Vodinečić*, op. cit., p. 6 (Rn. 13), as well as *Vodinečić* in *Stanković/Vodinečić*, op. cit., p. 256 (Rn. 769). The doctrine is quite equivocal and explicit on this issue – if a right is negotiable [*prenosivo, prometljivo, übertragbar*] than it is a private right.

82 Which is in many cases itself non negotiable – for example, until recently, the prior right of construction [*pravo preče gradnje*], i.e. an exception to the principle of negotiability of private rights.

83 I say this with authority of a person who, at the request of minister *Parivodić* caused by repeated pressures from the World Bank experts, gave the original idea for this solution. However, my idea was restricted to objects under construction, not the special parts thereof, and it did not include the objects that are already finished and used (the latter I deem an improvement of the original idea). It seems that my reservations regarding the existing impossibility of transfer of ownership on the object under construction (because the ownership does not exist until the object is registered) were disregarded by the authors of the final text of the ZH – see Art. 11 Para. 3.

84 See Art. 39 Para. 2 ZH. This is an attempt to mask the transfer of building permit by, formally, revoking the first and simultaneously issuing the new one to the new “investor”, under the same conditions. It is revealed in Art. 39 Para. 3, in which the ZH provides that the new “investor” acquires all rights and obligations of the previous investor by operation of law, even before the new permit is issued. Paragraph 3 was included because the authors of the ZH feared that the municipalities will refuse to issue new building permits instead of old ones.

applied<sup>85</sup>. Even bigger problem relates to the enforcement of hypothec on a special part of object under construction. As it was mentioned above, ZH is completely silent on this. Building permits are not issued for special parts of buildings but for buildings as a whole, which is logical, so there is no possibility to enforce the hypothec on a special part of object under construction by assignment of the building permit. Therefore, the only legally possible solution is to consider the hypothec on a special part of object under construction as a pledge right on a receivable (*založno pravo na potraživanju, Forderungspfand*), the receivable being the claim towards the “investor” to finish the object, register it and transfer ownership on the special part to the creditor (the creditor being the buyer of the special part of object under construction), which by operation of law transforms into hypothec on a special part of building once the building is registered and divided to special parts in the registry.

#### **4. Securing the Ancillary Payments [*obezbeđenje sporednih davanja, Sicherung von Nebenforderungen*]**

Under the ZH, the hypothec secures the principle amount, the due interest and the costs of enforcement (Art. 7 Para. 2). As it was mentioned above, in the part on the contents of the contract on hypothec, the ZH requires the contract to contain, among other elements, the details of the principle amount, interest and other ancillary payments [*sporedna davanja, Nebenforderungen*]<sup>86</sup>. Therefore, the only requirement for the ancillary payments to be secured along the principle debt is for them to be entailed in the contract/unilateral declaration on hypothec and registered. This applies also to costs incurred by the creditor which are not directly related to enforcement (say, costs of repair of encumbered immovable, or costs of initial value assessment). According to the provision of ZIP, the receivables related to interest and costs of enforcement enjoy the same priority as the principle amount, but only if they relate to the period of 3 years prior to passing of the decision of transfer of real estate to the buyer and if they are determined in an executable document<sup>87</sup>. This means that, in case of court execution of hypothec, if nothing special is agreed in the contract by which the receivable is established, typically the loan agreement (say, payment in instalments, or maturity of interest simultaneously with the maturity of the principle, or the like), only the interests for the last three years and the enforcement costs incurred in that period shall enjoy the priority of the principle amount. Also, if in case of cancellation of the long-term loan with fixed interest rate the bank wants to secure the claim for damages caused by premature cancellation, it would be wise to stipulate this explicitly because it is not certain these claims would be covered by a hypothec securing the loan by operation of law.

---

85 There is a danger that this hypothec will be misused to achieve negotiability of objects under construction, which normally cannot be sold – the provision of Art. 11 Para. 3 which speaks about the change of ownership on object under construction seems to overlook this fact.

86 Art. 12 Para. 1 Item 3 ZH.

87 Art. 141 Para. 3 ZIP.

## 5. Limitation for the Groups of Creditors [*Beschränkung des Personenkreises*]

There are no limitations whatsoever in Serbian law related to the capacity of any person to be a creditor secured by hypothec – physical (natural) persons and legal entities, domestic and foreign alike may become creditors secured by hypothec. As for advantages for some hypothecary creditors, they are primarily related to the privileged status of the secured receivables, and not to the personal characteristics of the creditor (see above on statutory hypothec and privileges). However, there is one exception hidden in the regulations of foreign exchange operations [*devizno poslovanje*]. Namely, a domestic (Serbian) company cannot provide security (hypothec included) for the debt that exists between two foreign entities, except in case a foreign (personal) debtor is a subsidiary of the Serbian company providing security (hypothec)<sup>88</sup>. Therefore, in structures involving international real estate financing, the borrower should always be a local entity in Serbia, for in that case there are no impediments for establishment of hypothec on real estate in Serbia for securing the loan facility.

## II. Requirements of publicity

### 1. Land Books and Real Estate Cadastre; Construction of Real Estate Registries

As it has already been explained above, there are two main systems of real estate registries in Serbia (and the third, the deed system, which is almost extinct but may still appear in some areas of the country). This makes it more complicated to present the publicity requirement as it exists in Serbia. Fortunately, the new system, the one that “seems to be winning” – unified cadastre (KN) – tries to copy as much of the land books rules on registration of rights as possible, so the current text of the ZKN after amendments of 1996 (and even more the mentioned pre-draft of new such law), contains some rules that are similar to the well known rules of the land books system. Therefore, even though the land books are also destined to be extinct in Serbia in not more than a decade, this presentation shall, in each individual issue, start from the land book rules and then present the KN rules which deviate from them (and to the extent of such deviation). I hope this methodology shall enable a clear presentation of an issue that is otherwise unnecessarily very complicated in Serbian law.

Land book exists on the basis of JZZK, which was heavily influenced by the Austrian land books system. The JZZK applies not as rules of law, but as “legal rules” [*pravna pravila*], which in the context of the mentioned ZNPP<sup>89</sup> could have been applied in two cases: if there is an explicit decision that some particular rules shall apply<sup>90</sup> and if the rules are in line with the new social order, and no new

88 See Art. 23 Para. 2 of the Law on Foreign Exchange Transactions [*Zakon o deviznom poslovanju*], Official gazette of the Republic of Serbia No. 62/2006-57. Even though this paragraph explicitly speaks only of guarantee [*Bürgschaft*], which is a personal security, in practice it extends to hypothec and other *in rem* securities based upon the definition contained in Art. 2 Para. 1 Item 21, Subpara. 5, Item 2.

89 See footnote Nr. 3 above.

90 See Art. 3 ZNPP.

rules are passed to replace them<sup>91</sup>. This means that, apart from the rules entailed in an explicit decision on their applicability, the courts did not have the obligation to apply these “legal rules”, for they were not “rules of law” which the courts mandatory apply, but could apply them appropriately, if and to the extent they found them in line with the new social order (in practice, the deviations from the “legal rules” were made where appropriate, even if it had nothing to do with the “new social order”). It is interesting that some rules of the JZZK were among the only recorded two cases the competent body (Presidium of the National Assembly) of the socialist Yugoslavia explicitly decided that the “legal rules” should be applied in the changed social order as rules of law<sup>92</sup>. Generally, JZZK applies as a kind of “soft law”, which does not help the unified application of rules which are mostly procedural in nature, and therefore (among many other reasons) the system started to decline after 1945 and the end of the Second World War.

The land book consist of four parts: a) the main book [*glavna knjiga, Hauptbuch*] which consists of all land book insertions [*zemljišnoknjižni uložak, Grundbucheinlage*] in the relevant cadastral municipality; b) the collection of documents [*zbirka isprava, Urkundensammlung*], which consists of all documents based upon which the entries into land books have been made; c) the collection of cadastral maps [*zbirka katastarskih planova, Katastralmappensammlung*], which contains the cadastral plans upon which the land books is based; and d) registries and other ancillary books [*registri i druga pomoćna evidencija, Hilfsverzeichnisse*] which contain useful data on contents of the main books (for example, real registry [*stvarni registar*], which connects the number of a cadastral parcel with the land book insertion in which it is inscribed, or the personal registry [*imenik*], which contains the list of all owners of real estate in particular cadastral municipality). Each land book insertion has 3 sections – section A, in which the cadastral parcels and buildings, to which the insertion relates, are noted; section B, in which the right of ownership (co-ownership, joint ownership, right of disposition in case of social or state ownership) is registered, and section V (in Serbian alphabet, V is the third letter, not C), in which the rights burdening the real estate/ownership thereon (hypothec, servitudes, real encumbrances [*realni tereti, Reallasten*], lease, pre-emption rights etc.) as well as some facts of relevance for the real estate rights or transfer thereof are registered<sup>93</sup>. The types of entries in the land books are transplanted from the Austrian system: there is intabulation/extabulation [*uknjižba, Einverleibung*], by which the effects of registration are finally produced, then prenotation [*predbeležba, Vormerkung*], by which the effects of registration are produced conditionally, and adnotation [*zabeležba, Anmerkung*], by which facts of relevance to the real estate rights are registered.

91 See Art. 4 ZNPP.

92 These are the two Decrees of the Presidium of the National Assembly of FNRJ, dated 17 January 1947 and 2 March 1949 respectively, on the application of rules forbidding the ownership on physical parts of buildings contained in the ZUOIZK as the rules of law. See *A. Gams, Увод у грађанско право (општи део) [Introduction to Civil Law (General part)]*, Naučna Knjiga, Beograd 1952, p. 107.

93 There are some less important deviations from this partition of data that go into certain sections, but they are omitted in this presentation for they are deemed less important and their detailed presentation would burden the text unnecessarily.

Land books are public records of rights over real estates [*publicity principle, načelo javnosti*], because every interested party, without having to prove its interest in any way, has a right to the insight of the land books (in practice, however, some manifestation of interest could be required for the insight into the collection of documents, which is one of the consequences of the fact that land book rules are “legal rules”, not “rules of law”, so the courts could deviate from strict JZZK rules). Land books are based upon a complete cadastral state survey [*državni premer*], which provides information on land parcels and buildings erected thereon, they are kept by the courts, separately for each cadastral municipality (decentralized register), with implementation of real folio principle, meaning that the basis for the record is the land parcel, more precisely one or more land parcels that create one land book insertion. Land books are kept manually, in the written form, so not with the use of electronic data processing.

The Real Estate Cadastre (“unified cadastre”, KN) consists of: a) working original plan [*radni original plana*], which contains the copy of the archived original for the purposes of maintaining the survey and the real estate cadastre; b) the collection of documents [*zbirka isprava*], which is more or less the same as in land books; and c) the “cadastral operate” [*katastarski operat*], which consists of real estate sheets [*listovi nepokretnosti, Immobilienblätter*], based upon which some ancillary registries are established and maintained. Each real estate sheet consists of four sections (as opposed to three sections of land book insertions): section A, listing the cadastral parcels (land), section B, containing data on owner of the land, section V (third letter in Serbian alphabet), containing data on buildings erected on the cadastral parcel listed in section A, special parts of those buildings and owners thereof, and section G (fourth letter in Serbian alphabet), containing data on encumbrances and limitations, presumably both on the land and on the buildings/parts of buildings<sup>94</sup>. The amendments of the ZKN made in 1996 introduced the same three types of entries that exist in the land books<sup>95</sup>.

The KN, as opposed to the land books, is kept by an administrative body – the RGZ, also in a decentralized form, whereas under the ZH there is a centralized registry of hypothecs kept by the RGZ for all hypothecs in Serbia, i.e. for the ones registered in the KN as well as for the ones registered in the land books. The KN is organized on the principle of personal foils, for the real estate sheets, as opposed to their name, contain the data on all real estate owned by the same owner in one cadastral municipality (they are in fact “sheets of owners of real estate” rather than the “real estate sheets”). However, the KN is kept in an electronic form, so the fact that the database is primarily organized on personal principle does not prevent the search of the base according to other criteria, for example the number of cadastral parcel or street name and number of a particular building.

As for the speed of registration proceedings, it depends on the concrete land book court or office of the RGZ, but generally, and oddly enough, (if the documentation is complete) the average in Belgrade is two weeks for land books and a month and a half for KN (this is a huge improvement from an average of six months in 2004). This, however, does not influence the priority of the registered right, for it

94 See Arts. 38 to 42 ZKN.

95 See Art. 58g ZKN.

is acquired in the moment the request for registration reaches the competent authority, not in the moment such authority actually allows registration by its decision.

## 2. Mirroring of Legal Situation (The Mirror Principle) [*Widerspiegelung der Rechtslage*]

Both the land books and the KN should provide the full picture of rights over a particular real estate, which is in line with the publicity function of both registers. Moreover, due to the rule on fiction of absolute correctness [*fikcija apsolutne tačnosti*], which in land books appears three years after an entry, and in KN two years (the regulation in KN is somewhat faulty, for it turns out that the fiction is effective after two years even in case of a manifestly wrong entry, which is not the case in the land books), an entry that has been registered three, respectively two years ago may be treated as correct by a bona fide acquirer.

The principle applied in the land books, which is a consequence of the fact that (mostly) private rights are being registered therein, is the fact that registration takes place upon request of the interested party (most often, the right acquirer) – *ex private* registration. This, on the other hand, may impede the mirror principle, because in some cases it may lead to the situation in which the registered legal situation does not reflect the actual situation (this is possible in cases where the entry does not have a constitutive effect, see below). Therefore the JZZK contained the rules that enabled *ex officio* registration in some cases<sup>96</sup>, and that authorized the land book judge to intervene and request a registration of right from the right bearer, under threat of a fine<sup>97</sup>. The obsolescence of land books in mid-nineteen seventies was mainly attributed to this rule (this is only partly true), so the unified cadastre system adopted the principle of *ex officio* registration along with the registration upon request, with the pretext that it should lead to the new registry being up-to-date at all times<sup>98</sup>. One of the consequences of the application of this principle is the obligation of users of real estate<sup>99</sup> and state entities<sup>100</sup> alike to submit the evidence on acquisition of rights over real estate to the RGZ for registration. As it has already been said above, in practice the RGZ does not register the rights *ex officio*, but merely invites the acquirer to request the registration (given the fact it is his obligation), the main reason being the wish to collect the registration fee prior to registration.

As it has already been presented above in the section on various types of hypothec, the traditional main type of “hidden” hypothec – the statutory hypothec for the securing of taxes burdening the owner – does not exist in Serbian law without registration, which is a significant improvement from the earlier situation. However, there are some receivables covered by the value of the real estate even without

96 See § 84 ZZK, where *ex officio* registration was enabled in case of inheritance proceedings, if the decision on inheritance suffices for the registration or if all documents necessary for such registration are available in the inheritance proceedings, and if the same court that keeps the land books carried out the inheritance proceedings (if not, the inheritance court may request registration from the land book court).

97 See §§ 85 and 86 ZZK. Also, see on that *Ferdo Čulinović*, *Zemljišnoknjižno pravo [Land Books Law, Grundbuchrecht]*, Planeta, Beograd 1933, p. 31.

98 See Art. 5 Para. 4 ZKN. See also *Orlić* in *Stanković/Orlić*, op. cit., p. 365.

99 See Art. 99 Para. 1 ZKN.

100 See Art. 14 Para. 1 ZKN.

registration – the mentioned “privileges” that relate to the costs of sale including the costs and fees of third parties (in case of out-of-court sale for satisfaction of hypothec), i.e. expenses of enforcement procedure, receivables based upon statutory alimentation if they are proved by an enforceable document and reported by the sale hearing at latest as well as tax and other levies burdening the real estate in the last year, compensation for the damages caused by damage to health, reduction or loss of the ability to work or loss of alimentation due to the death of its debtor, salaries in case the employer is an entrepreneur or other natural person including matured contributions for the social insurance, irrespective if all these are secured by a security right, but provided that all these receivables are proved by an enforceable document and reported by the sale hearing at latest (in case of court sale). Economically speaking, the statutory hypothec for securing of taxes burdening the owner of the real estate is also important, for even after registration it is a privilege, with the exception related only to the first third of the assessed value of the real estate (as explained above in the section on types of hypothec). These privileges are, or better said may be exceptions to the mirror principle, which are far less significant than they used to be, but which still makes it prudent and reasonable to accept hypothecs only up to the one third of the value of the encumbered real estate, which most of the banks attempt to do (but in practice up to a half of the value is acceptable).

Apart from the “hidden” encumbrances mentioned in the preceding paragraph, there are cases of so-called “extra-tabular” ownership [*vanknjižna svojina*], i.e. the cases where the actual owner is not registered as such in the relevant registry. In most cases this is due to the fact that the subject-matter of ownership (say, a building) is not registered as such in the registry, thus making the registration of ownership thereon impossible, but it may also happen in case of acquisition through adverse possession [*održaj, Ersitzung*] because such acquisition takes place automatically after the required term expires (*ipso iure*), and the registration is merely a declaration (not constitutive)<sup>101</sup>.

### 3. Constitutive or declaratory registration

Both systems of registration recognize the principle of intabulation [*načelo upisa, Eintragungsgrundsatz*], under which the rights over real estate are acquired (as well as amended, transferred and cease) by registration – § 4 Para. 1 ZZK; Art. 5 Para. 1 ZKN – so the registration is, in principle, constitutive. However, this principle has its exceptions, firstly related to the rights which exist prior to registration and are only publicized thereby (say, contractual pre-emption right or right of lease), and secondly related to some types of acquisition of rights that are generally acquired by registration – say, acquisition of ownership or servitude by adverse possession. Therefore the effect of registration depends upon two factors – type of right to be registered, and the basis for acquisition of right, whereas the registration may be constitutive as well as declaratory.

### 4. Ranking System [*prvenstveni red, Rangsystem*]

Both registration systems in Serbia are organized on the basis of the so-called sliding rank [*klizni rang, gleitende Rangordnung*] – the priority of a certain registered

<sup>101</sup> See Arts. 21 and 28 ZOSPO.

right depends upon the time the request for registration was received by the competent authority (naturally, provided that the request was followed by successful registration)<sup>102</sup>. In case of hypothec, this rule is reiterated in the ZH (Art. 40), under which the exact day, hour and minute of the establishment of hypothec determines its priority<sup>103</sup>. If the highest ranking hypothec (“first rank hypothec”, *hipoteka prvog ranga*) ceases to exist by extabulation (erasure from the registry), the hypothec of second rank moves up and becomes the first rank hypothec, and all subsequent hypothecs move up in their rank. Even though the rule is not explicitly contained in either of the laws regulating both systems of registration it is beyond any dispute that it is applicable.

As for the possibility for disposal of the rank, i.e. the possibility of the owner of real estate, in case of so-called “owners hypothec” [*svojinska hipoteka, Eigentümerhypothek*], or the hypothecary creditor to keep or change the rank of their hypothecs by their legal acts, the situation before coming into force of the ZH was different depending on the type of register used in particular case. Namely, the JZZK contained provisions on the assignment of rank [*ustupanje prvenstvenog reda, Rangabtretung*]<sup>104</sup> and the adnotation of prior rank [*zabeležba prvenstvenog reda, Anmerkung der Rangordnung*], along the role model of Austrian law, and ZKN did not have any rules on either of those, which were therefore impossible in that registration system.

The ZZK rules on assignment of rank were applicable generally to all registered rights which could exist on one real estate simultaneously<sup>105</sup> (this excludes ownership, because only one ownership right can exist over one real estate, and the registration of new ownership means that the old one ceases to exist), and not only to hypothecs (as opposed to original, pre novellas XIX century text of Austrian GBG, which restricted it to hypothecs). Generally, a bearer of higher ranking right could agree an exchange of rank with a bearer of lower ranking right. In case the right moving backward in rank is hypothec, the owner of the real estate must also give approval, and if there is a right of third party burdening the backward moving right (say, an overhypothec on the backwards moving hypothec), such third party must also consent to the adverse exchange of rank. In case the rights exchanging rank are one after the other directly, than the exchange is, as for its scope, complete, because it does not interfere with any third party rights. The same applies in case that the rights exchanging rank are not immediately after each other in the registry, but the right holders of the rights ranked between the rights exchanging rank consent to the complete exchange. However, if such “in-between” right holders do not consent to complete and full exchange of rank, than the exchange could be only partial, because the forward moving right can take the rank of the backward moving right

102 See § 29 ZZK and Arts. 5 Para. 2 and 106d ZKN.

103 It is self-understood that the moment of establishment is, in fact, the moment the request for registration of subsequently registered hypothec was submitted to the competent authority (land book court or RGZ).

104 See §§ 30 to 35 ZZK. These paragraphs are an almost literal translation of §§ 45 to 50 of the third novella of the Austrian GBG of March 1916.

105 Basically, these rights must be burdens [*tereti, Lasten*] which can be effected by sale of the real estate and division of achieved price, because only in that case the assignment of rank makes sense and produces effects – see Čulinović, Komentar zemljišnoknjižnih zakona, p. 123 ff, commentary to § 30 ZZK.

only to the extent of the backward moving right, so in case the backward moving rank has a lesser extent (say, a hypothec for a smaller amount), only a part of the forward moving right (equal to the backwards moving right) shall take its rank, whereas the remaining part shall keep its original rank (and the backward moving right shall rank after that remaining part). However, if the backward moving right is under condition or is limited by time [*uslovno ili oročeno pravo, bedingtes oder befristetes Recht*] the forward moving right shall retain its original rank in enforcement procedure until the condition is fulfilled or the time is elapsed. The same applies if the buyer in enforcement must retain the backward moving right in its original rank, even after the purchase and without including its value in the purchase price. In case there is more than one forward moving rights coming to the position of one backward moving right, and the advance of all those rights is intabulated simultaneously, the forward moving rights retain the mutual relation of their ranks existing before the exchange of rank. Lastly, subsequent changes in existence or scope of the backwards moving right do not impede the right that has moved forward in rank. I am not aware of any recent case of application of these ZZK rules by the courts that keep the land books, but there is no doubt that they would be applied if so requested by right holders.

Regarding the adnotation of prior rank the ZZK rules (§§ 60 to 65) were modelled along the text of the original July 1871 text of the Austrian GBG (§§ 53 to 58), in other words the possibilities of keeping the rank through the ownership hypothec (introduced in Austria in 1916) are not possible according to ZZK. However, it seems that these rules of ZZK do not apply when it comes to adnotation of prior rank for future hypothecs, because the ZH contains rules on that issue, which makes the “legal rules” contained in the ZZK inapplicable according to Art. 4 of the ZNPP. Therefore the short presentation of these rules is omitted in this report<sup>106</sup>.

After the ZH came in force in February 2006 the possibility to dispose of the rank of hypothec was enabled in the KN system as well, and the modalities of such disposal were broadened by adopting the rules of the 1916 amendments of the Austrian law (ABGB and GBG). In the second chapter of its fifth part, headed “Establishment of New Hypothec”, the ZH provides for three possibilities of influencing the rank of a hypothec: the “disposing with the non-erased hypothec” (*raspolaganje neispisanom hipotekom*, Arts. 53 and 54), adnotation of prior rank (Art. 55) and prenotation of a new hypothec (*predbeležba nove hipoteke*, Art. 56).

106 However, the presentation contained in, for example, *T. Josipović, Länderbericht Kroatien, in Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa Band I, Berlin 2006, p. 175* (under the heading *Anmerkung der Rangordnung*) is fully applicable to the JZZK rules as well. Same applies to appropriate parts of the Austrian Länderbericht by *N. J. Sadjadi* and *M. Thurner* in the same book, p. 215.

Disposing with the non-erased hypothec is in fact the so-called *forderungsentkleidete Eigentümerhypothek* from §§ 469 and 469a ABGB (as amended from 1916). Under ZH, the owner of the encumbered real estate can, within 3 years from the day the receivable secured by a registered hypothec has ceased to exist, give the non-erased hypothec to a new creditor for securing his receivable, or to the same creditor but for securing a new receivable, up to the amount of the registered hypothec. The transfer is made on the basis of a request of an owner accompanied with the proof that the original secured receivable does not exist anymore. The owner of the encumbered real estate may not forfeit the right to dispose with the non-erased hypothec, unless there is a contract with a third party to such effect and if such forfeiture is adnotated in the registry. The subsequent hypothecary creditors may not object to such disposal of the owner, and they retain their original rank – therefore this rule is in fact a concession to the system of fixed rank, though limited in time to three years from the day the original secured receivable ceased<sup>107</sup>. It is very indicative that both short commentaries of the ZH simply fail to understand the theoretical (exception of accessory principle) and practical (more flexible real estate security, rank disposal) significance of these provisions – one of the commentaries simply restates the legal text very shortly<sup>108</sup>, and the other does even worse, trying to explain the whole institute by “process economy”, as if the reason for this provision is to avoid the parties having to go through procedures of extabulation and subsequent intabulation by enabling simple transfer of hypothec<sup>109</sup>. This is straight forward wrong, because it misses the rank aspect and making the hypothec non-accessory, which were the original reasons for inclusion of these provisions in ABGB in 1916. This fact is pointed out here just to illustrate how some of the old institutes of the law of hypothec are misunderstood and falsely understood even by authors of commentaries in Serbia, which leaves little hope that ordinary practicing lawyers will understand them correctly. It is yet another testimony of the low awareness and expertise in the law of hypothec, due to the (earlier mentioned) neglecting that this area of law suffered in Serbia in last several decades.

As for the adnotation of prior rank from Art. 55 of the ZH, it is in fact adnotation of retaining the prior rank [*zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda, Rangvorbehalt*] from § 37 of the III novella of the ABGB of March 1916 (currently contained in

---

107 It is interesting that both original drafts ZH, like the §§ 469 and 469a ABGB, did not contain the 3 years preclusive period, but simply provided the possibility of disposal until the owners hypothec is erased – see Art. 54 of the first draft and Art. 66 of the second draft. Limiting this possibility by the 3 years deadline makes the concession to the system of fixed rank a little smaller. The reason is most probably mirroring the rules on adnotation of (retaining the) prior rank, which contain the 3 years deadline, and avoiding the permanent discrepancy from the mirror principle, where a hypothec that is in fact not existing is registered, thus making the situation in the registry incorrect.

108 See *Gloginić*, op. cit., p. 82 and 83, commentaries to Arts. 53 and 54 ZH.

109 See *D. Živković*, op. cit., p. 69 *in fine*, commentary to Art. 53 ZH.

§ 58 of the Austrian GBG<sup>110</sup>), which contain additions to §§ 469 and 470 ABGB<sup>111</sup>. The owner of the encumbered real estate may, along with the request for extabulation of hypothec, request the adnotation of prior rank of a new hypothec, with the same rank and up to the amount of the erased one. New hypothec must be intabulated within three years from the adnotation. In case the owner of the real estate changes, the registered adnotation continues to be in effect in the interest of the new owner. This provision is applied accordingly in case the new hypothec should come at the place of more than one old, erased hypothecs, which are ranking directly one after another.

Lastly, the prenotation of a new hypothec is in fact the *bedingte Pfandrechteintragung* of the Austrian law, provided in §§ 38 to 40 of the III novella of the ABGB of March 1916 (currently contained in § 59 of the Austrian GBG). So, a new hypothec can be prenotated with the same rank and up to the amount of an existing intabulated one, in which case it shall become final (i.e. intabulated, effective) if the existing hypothec is erased within one year from the day of such prenotation. The extabulation of the existing hypothec may be requested both by the owner of the real estate and to the creditor secured by the prenotated (new) hypothec. In case the existing hypothec is burdened with an overhypothec, in order for the prenotation to become final the overhypothec must be erased within one year along with the existing hypothec it burdens, or the creditor secured by the overhypothec must agree with the creditor of the prenotated hypothec that his overhypothec shall continue to burden the prenotated hypothec once it becomes final. In case of joint hypothec being the existing one, it must be erased from all real estates it burdens in order to make the prenotated hypothec final. Lastly, this provision is also applied accordingly in case the prenotated hypothec should come at the place of more than one existing hypothecs, which are ranking directly one after another.

Short recap of the possibilities for rank disposal in Serbian law would therefore read: owners hypothec, as a possibility to dispose with the hypothec after the receivable it secured has ceased, adnotation of retaining the prior rank and prenotation of new hypothec, in a form which is based upon Austrian law with some discrepancies, exist under ZH and are applicable in both registration systems, whereas only the land books system recognizes the possibility of assignment (exchange) of rank, which is not possible in unified cadastre system. The adnotation of prior rank is inapplicable in both registration systems, at least related to the real estate security (hypothec).

110 See *Kozioł/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts [Basics of Civil Law]*, 10. Aufl., Band II, Manz, Wien 1996, p. 141.

111 It is interesting that the original drafts of ZH spoke of adnotation of **retaining** the prior rank – Art. 55 of the first draft and Art. 67 of the second draft, but the final text of ZH simply omitted the word “retaining” from the heading of its Art. 55 and its text (Para. 1), and therefore caused a consequence that the authors of the final text may not have wanted – the inapplicability of the JZZK provisions on adnotation of prior rank, at least related to hypothec, because the ZH contains this provision and JZZK rules cannot apply under Art. 4 of the ZNPP. This is, naturally, wrong, because the adnotation of retaining the prior rank and adnotation of prior rank are two separate types of adnotation with different fields of application (in German, this is the difference between *Anmerkung der Rangordnung* and *Rangvorbehalt*). This illustrates that even the authors of final ZH text were not always aware of all consequences of their drafting decisions, and that the drafts of professor Orlic were often amended unwillingly and due to the poor understanding of his work by the final drafters.

## 5. Protection of Reliance [*zaštita pouzdanja, Vertrauensschutz*]

The principle of reliance [*načelo pouzdanja, Vertrauensgrundsatz*] means that a bona fide third party may rely in correctness and completeness of the data contained in the real estate register. The “negative aspect” of this principle reads: if a right is not registered on a particular real estate, it does not exist on that real estate (“*quod non est in tabulae, non est in vitae*”). It has been pointed out that there are some exceptions, i.e. some rights over real estate that may exist outside the register, but in case of competition between such (unregistered) rights and the reliance of a bona fide acquirer of a registered right, the bona fide acquirer shall win because he is protected in his reliance<sup>112</sup> – this is the consequence of the “negative aspect”. The negative aspect effects are produced in the moment the relying party registers its right, falsely convinced that the prior legal situation was complete. The “positive aspect” of the reliance principle means that all data inscribed in the register is correct, so if a bona fide person relies on such correctness, it must be protected in its reliance, even if the data was incorrect in a particular case. The positive aspect effects are produced in case the predecessor of the relying party was registered for some time himself, i.e. after elapse of some time.

The principle of reliance exists in both systems of registration in Serbia, because it is inherent to systems in which some rights are acquired by registration (as *modus acquirendi*) and in which the registers are public<sup>113</sup>. As for the land books system, the JZZK did not contain any explicit provisions on the reliance principle, but earlier as well as the contemporary doctrine had no doubt that it is implied in the ZZK<sup>114</sup>. As for the unified cadastre, the ZKN in its Art. 6 contain a provision that “The data on real estate and rights thereon registered according to Article 5 of this Act are considered correct **and third parties can not suffer adverse consequences** in transfer of real estate and other relations in which these data are used” (emphasis mine). The action for erasure and adnotation of dispute, usually quoted as basis for reliance principle in land books, are explicitly regulated in the ZKN as well (Art. 106e), though a bit more rudimentary compared to the JZZK, and the absolute deadline for action for erasure is shortened to 2 years from 3 years provided in the ZZK (Art. 106ž ZKN). The regulation of the action for erasure in the ZKN is problematic not only because of the shortened period, but in some other aspects as well, however here I shall restrict myself to pointing out that the two years in unified cadastre are effective not only towards bona fide third parties who relied in the registered legal situation regarding a particular real estate, but also toward the falsely registered right holder directly, which is not the case in

112 This does not pertain to rights that have direct *erga omnes* opposability based upon the explicit provision of the law, because in that case it is presumed that the acquirer knows the law, i.e. is not bona fide. The main scope of application of the “negative aspect” is unregistered ownership acquired via adverse possession.

113 So Orlić in *Stanković/Orlić*, op. cit., p. 333, paragraphs 1055 and 1056.

114 See *F. Čulinović*, *Zemljišnoknjižno pravo*, p. 32. The reliance principle, in this opinion, derives from §§ 68 to 78 and § 60 ZZK, which contain rules on action for erasure [*tužba za brisanje, Löschungsklage*] and adnotation of dispute [*zabeležba spora, Anmerkung der Streitanhängigkeit*], as well as on adnotation of prior rank (§ 60). Derivation of reliance from the action for erasure and the adnotation of dispute, especially in case of adverse possession, is common in Austrian doctrine as well – see *Kletečka* in *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht [Civil Law]*, 13. Aufl., Band I, Manz, Wien 2006, p. 364 ff.

land books system (there it works only towards the bona fide third party, protecting such parties' reliance<sup>115</sup>). Be this as it is, it must be pointed out that the **reliance principle**, due to the data in the registries being obsolete for past few decades, **was softened up** in the court practice in Serbia **to the level of extinction**. Namely, according to the Conclusion of the highest courts in former Yugoslavia<sup>116</sup> (which is still valid in Serbia today), in order for a party to be considered "bona fide", such party must check the situation in the register, the situation related to the possessor of the real estate, and also must not know or have to know under the circumstances for the existence of a previous contract [*Titelgeschäft*], which its acquisition of a registered right would breach, i.e. it must make sure there is no earlier contract. This rule leaves almost no room for reliance in the registered data, because there is an obligation to check whether the unregistered (possessory) legal situation matches the registered (in other words, to check if the registered legal situation is accurate), and even knowing that there is a contract, the fulfilment of which would render the registered situation incorrect, would make a person "mala fide"<sup>117</sup>. The annihilation of reliance principle was justified by the obsolescence of the registries – the registered data were often blatantly incorrect, and no reliance could be justified. However, such rule further contributed to deterioration of registries related to their completeness and correctness, because registry is in fact without any sense if one cannot rely in what is registered. A vicious circle leading to the death of registries was thus created, and only adopting adequate draft new legislation can change the twenty year old position of the courts – and such change is a must if Serbia wants to have decent real estate registers. Therefore the actual situation today is that the reliance principle, even though provided by the law, is not applied in the practice.

### III. Effects of Accessory

The accessory itself may be subdivided in several different ways, depending on the criteria for subdivision<sup>118</sup>. For the purposes of presentation of the effects of accessory, the subdivision into five different subtypes, as devised by Medicus<sup>119</sup>, shall be used. Therefore the effects of the following types of accessory shall be

115 See Čulinović, Komentar zemljišnoknjižnih zakona, p. 240, commentary to § 71 ZZK. As for the falsely registered right holder directly, see p. 235, commentary to § 69 ZZK – the rule is that the deadline is as long as the prescription period, or period required for acquisition by adverse possession. Same rules exist in modern Austrian land books law – see Kletečka, op. cit., p. 363 – and laws that follows that model – for example, for Croatia see T. Josipović, Zemljišnoknjižno pravo [*Land Books Law, Grundbuchrecht*], Informator, Zagreb 2001, p. 133-134, 235-236 and especially 272 ff.; however not in Bosnia-Herzegovina, see Powlakić, op. cit., p. 59.

116 See Conclusion from Council of Civil Law and Trade Law Departments of the Federal Court, Supreme Courts of Republics and Autonomous Regions and the Supreme Military Court, held in Belgrade on 28 and 29 May 1986, published in: Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije [*Bulletin of Court Practice of the Supreme Court of Serbia*], No. 3/1987, p. 5; also in Stanković/Orlić, op. cit., p. 75 ff. The Conclusion relates to acquiring ownership and reliance in the registry related to that, but it is applicable to other rights as well.

117 See with indication of court practice Orlić, op. cit., p. 334 ff.

118 See presentation of different subdivisions of accessory in Mincke, Die Akzessorität des Pfandrechts [*Accessory of Real Estate Security*], Berlin 1987, p. 18.

119 See Medicus, Die Akzessorität im Zivilrecht [*Accessory in Civil Law*], JuS 10/1971, p. 497 ff.

presented separately: 1) accessory in establishment of real estate security (“establishment accessory”, *Entstehungsakzessorietät*); 2) accessory in the scope of real estate security (“scope accessory”, *Umfangsakzessorietät*); 3) accessory related to the right-bearer (“right-bearer accessory”, *Zuständigkeitsakzessorietät*); 4) accessory in realization of real estate security (“realization accessory”, *Durchsetzungsakzessorietät*); and, finally, 5) accessory in extinction (“extinction accessory”, *Erlöschensakzessorietät*).

The hypothec in the form existing in Serbian law, as it has already been explained, is an accessory real estate security, with some exceptions to the full application of the accessory principle. Therefore these exceptions shall be presented for each of the sub-types of accessory stated above.

### 1. Establishment accessory

In principle, hypothec cannot be established prior to establishment of the secured receivable, because its purpose is to secure such receivable. However, the ZH allows the establishment of a hypothec for a future or conditioned receivable<sup>120</sup>, which is usually seen as a deviation from the strict application of accessory principle related to the establishment<sup>121</sup>. It is true that in this case the hypothec may be formally established even prior to (full) establishment of the secured receivable. However, such formally existing hypothec does not produce any effect (it does not materially exist) until the future, respectably conditioned receivable comes to existence, because the hypothec can not be realized (collected upon) nor transferred if the secured receivable does not exist (save for the possibility of treating it as an owners hypothec, see immediately below). Therefore it may be said that, practically, hypothec in Serbian law has no effect until the future or conditioned receivable for the securing of which it has been established comes to existence. On the other hand, if such secured receivable is established, the hypothec produces full legal effect with the priority determined by the moment of its formal establishment. The purpose (and sole effect) of registering hypothec for the securing of future/conditioned receivable is thus providing the priority (better rank) of that hypothec.

As for the formal establishment of the hypothec, due to the causality principle which exists in Serbian property law, the requirements for it are: the valid grounds for establishment (typically, contract or declaration on hypothec), authorization of the person granting hypothec to do so (typically, that the person granting hypothec owns the real estate to be encumbered), and successful registration as the mode of acquisition.

The legal destiny of this “formally existing” hypothec in case the future/conditioned receivable never comes to existence is not regulated explicitly, nor has the Serbian doctrine dwelled over this issue. From the wording of the entire ZH, it is my opinion that such hypothec should be treated in the same way as a hypothec for the securing of a receivable that existed but ceased to exist (for example, was extinguished by payment of the debt). That means that it should be treated as owners hypothec without secured receivable [*forderungsentkleidete Eigentümer-*

120 Art. 7 Para. 1 ZH.

121 See for example *Orlić in Stanković/Orlić*, op. cit., p. 240.

*hypothek*”], which further means that the owner of the real estate may dispose of it according to appropriate provisions of the ZH (i.e. give it for securing a new receivable, or register an adnotation of preserving the priority rank, or register a prenotation of the new hypothec), or the owner may request its erasure from the registry. The argumentation of this position would be that there is obviously enough ground for broadening the field of application of the provisions pertaining to owners hypothec without secured receivable by analogy, because there is no material difference in the two situations – the first, in which hypothec is registered prior to establishment of secured receivable which was never established, and the second, in which the hypothec remained registered after the secured receivable ceased to exist. In both of these situations there exists a formally valid registered hypothec which lacks the secured receivable. Therefore, if the law allows the disposal of such hypothec in one case, it must allow it in another. The only difference is that, in the first case, the owner must prove that the condition by which the secured receivable was conditioned has finally failed, respectively that the future secured receivable never came to existence, and in the second that the secured receivable was fully settled (or ceased to exist in another way).

## 2. Scope accessory

The meaning of scope accessory is that the amount secured by the hypothec is always equal to the amount of the secured receivable. In other words, the amount of hypothec must equal the amount of the secured receivable, and if such receivable diminishes (say, by payment in instalments), the hypothec diminishes together with it. There are some additions to the scope accessory that should be borne in mind.

*First*, the scope accessory must be complemented by the rule that interest and other ancillary payments as well as expenses of realization are entailed in the hypothec, which therefore, in its very notion, always exceeds the secured receivable a little bit. *Second*, the decrease of amount of secured receivable (and hypothec) due to payment of some instalments is not registered in the appropriate registry, and under the principle of indivisibility the hypothec burdens the encumbered real estate in full until the last portion of the secured receivable is paid. Therefore the mirror principle (of the registry) is distorted, because the registered amount of hypothec, even if it equals the original amount of secured receivable at the beginning, soon exceeds it if the secured receivable is repayable in instalments. *Third*, and this is deemed a relative exception of the scope accessory, there is a possibility to register the highest amount up to which the secured receivable is covered by hypothec, which is usual in case of a hypothec for a future/conditioned receivable. As it has been explained above, the ZH does not explicitly recognize the existence of the highest amount hypothec as a special type of hypothec, but the situation in which a secured receivable is in fact smaller than the registered amount of hypothec (which is the maximum amount covered by the hypothec) is common whenever a payment in instalments is stipulated, as well as in case the secured receivable is a future or conditioned one.

As for the possibility of change of the secured receivable covered by the hypothec, it is possible only after the original receivable ceases to exist, by virtue of disposal over the owner’s hypothec. Apart from this, the change of receivable requires a

new hypothec, which in effect means that the rank of the original hypothec cannot be preserved. In case the secured receivable ceases by novation, under the ZOO the hypothec could remain valid in case the owner of the encumbered real estate agrees to that, but the consent of subsequent ranking hypothec bearers seems inevitable for that as well<sup>122</sup>.

### 3. Right-bearer accessory

The right-bearer accessory means that the bearer of the hypothec is always the creditor of the secured receivable. This derives from the very essence of hypothec as an accessory right, i.e. as a right aimed at securing a receivable as a main right. For the whole time the secured receivable exist, the hypothec shall belong to its creditor, and this rule have no exceptions in Serbian law. Hypothec may gain its relative independence only after the secured receivable is extinguished. Also, there is no possibility of turning the hypothec into a form of negotiable security (no *Verbriefung*). Therefore, the hypothec may only be transferred along the receivable it secures.

As for the question of assignment of the secured receivable, it is regulated in the ZOO [*cesija*, *Zession*] in a way that hypothec is assigned *ipso iure* together with the secured receivable<sup>123</sup>, as well as the ZH, which explicitly regulates that hypothec cannot be assigned without the secured receivable<sup>124</sup> and that the hypothec is transferred by the assignment agreement itself (such agreement having to be in written with verified signatures of parties thereto), whereas the subsequent registration of the new hypothecary creditor has only declaratory (third party) effect<sup>125</sup>. The hypothec does not loose its rank by assignment of secured receivable because the receivable (and the hypothec) remain the same, only the creditor is changed. These rules, provided for the case the secured receivable is assigned by agreement, are applied accordingly in other cases of change of creditor (inheritance, fulfilment with subrogation etc.).

### 4. Realization accessory

The effect of the realization accessory is that the hypothec may be collected upon only in case the secured receivable is due and free of any objections, which also derives from the very fact that the sole purpose of hypothec is to secure payment of the secured receivable. The reason for it is that the ordinary hypothec can not be realized without a court decision in which it is determined that the secured receivable exists and is due for payment (“executable document”), so any objection related to secured receivable preventing passing of such court decision prevents the realization of hypothec as well. As for the two directly enforceable types of

---

122 See Art. 350 ZOO. This provision, however, seems to refer to guarantee [*Bürgschaft*] and pledge [*Faustpfand*] only, and it does not speak of hypothec explicitly. Whether or not it can simply be applied to hypothec by analogy is, to say the least, questionable, especially in case there are lower ranking hypothecs after the one being extinguished by novation. It seems that the hypothec can survive the novation if not only the owner of the real estate, but also all subsequent bearers of hypothec, agree to that. Apart from that, there is always a possibility to transfer the original hypothec to secure the novated receivable by disposal with the owners hypothec.

123 See Art. 437 Para. 1 ZOO, which mentions hypothec explicitly.

124 See Art. 20 Para. 2 ZH.

125 See Art. 20 Para. 3 ZH.

hypothec (court and out-of-court enforceable hypothec, see above B.I.1), they are as a rule based upon agreements made in front of court or verified by the court, which makes such agreements directly enforceable, but in practice they quite often lead to situations which are in fact exceptions to the realization accessory<sup>126</sup>. The other commonly stressed exception to the realization accessory is the prescription of the secured receivable, because it does not prevent the creditor to collect the principle amount (not the interest and other occasional payments, [*Zinsen und andere wiederkehrende Ansprüche, kamate i druga povremena davanja*]) out of hypothec securing such receivable<sup>127</sup>. Lastly, even though this is not stressed in the existing doctrine, there is an exception of realization accessory in cases of reduction of the secured receivable in insolvency (bankruptcy) [*Konkurs*] or similar proceedings and situations, because hypothec enables separate and full realization from the encumbered real estate<sup>128</sup>. This exception is in line with the purpose of the hypothec – securing the full realization of the secured receivable.

In all of these cases, the owner of the encumbered real estate is liable, on the basis of hypothec, only with the encumbered real estate and not with his other personal property – the broad liability happens in case the owner is also the personal debtor, though not on the basis of hypothec, but on the basis of the (secured) receivable.

As it has been stressed, realization [*Durchsetzung, Durchführung*] of hypothec can be performed either in a procedure performed by an official authority (court in

126 The realization accessory is a weakness of these directly enforceable hypothecs, for in practice the parties either 1) claim that the secured receivable is already due even though it often does not even exist in the moment of conclusion of the directly enforceable agreement (which is a risk for the debtor, i.e. owner of encumbered real estate, this is typical for the court enforceable hypothec), or 2) set a precise due date of the secured receivable in the agreement itself, after which the hypothec is enforceable but the enforcement may be prevented by decision based upon the appeal of the owner of the encumbered real estate, if that owner can prove by “indisputable written evidence” that the secured receivable is in fact not due yet – Art. 31 Para. 6 Item 3 ZH (thus again overburdening the debtor with the burden of proof, this is typical for the out-of-court enforceable hypothec). In both of these cases the debtor is an obvious underdog and the creditor is, practically, in position to collect on hypothec even though he could not collect on secured receivable.

127 See Art. 368 ZOO and Art. 26 ZH. Even though the ZH obviously aimed at simple restating the ZOO provision, it may be interpreted as if it has (most probably unintentionally) deviated from it, because the ZOO excluded the prescribed interest and other occasional payments [*zastarela potraživanja kamata i drugih povremenih davanja*], meaning that the ones that are not themselves prescribed are within the exception, and the ZH simply excluded the interest and other occasional payments [*kamate i druga povremena davanja ne mogu se namiriti...*] irrespective of whether they are prescribed themselves. This, depending on the interpretation of the Art. 369. ZOO, which says that the ancillary claims are prescribed together with the principal claim, can be understood as a change (on the other hand, if the existence of the hypothec does not prevent the prescription of the principal but merely enables collection of the prescribed receivable from the value of the encumbered real estate, than there is no change, because the ancillary payments prescribe together with the principal). It should be noted that professor Orlić, who drafted the original two drafts of the ZH, did not change the wording of the ZOO related to this issue (Art. 45 of the first draft, Art. 55 of the second draft).

128 See Art. 42 ZH and Art. 38 of the Law on Insolvency Procedure [*Zakon o stečajnom postupku*], (hereinafter: ZSP), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 84/2004-1 and 85/2005-30.

case of individual enforcement as well as in case of insolvency, and tax authority in case of tax debts) or in a private, out of court procedure. The rules for each of these modes of realization differ, and shall be shortly presented here.

a. Court enforcement

The court enforcement is, in a way, a default type of enforcement of hypothec – it happens if the conditions for the other two “special” types are not fulfilled. Until rather recently it was the only way of realization of hypothec, but the legislative changes first enabled the administrative enforcement, and afterwards private enforcement. The court enforcement is carried out according to the ZIP provisions on enforcement of monetary receivables by sale of real estate (Arts. 98 to 153), as well as according to the relevant provisions of the Law on Insolvency Procedure (hereinafter: ZSP).

The individual court enforcement is made on the basis of an enforceable (executory) document [*vollstreckbare Urkunde, izvršna isprava*]. In case of an ordinary hypothec, it is a final and enforceable court decision allowing the collection of secured receivable from the proceeds of sale of the encumbered real estate, and in case of (practically most often used) directly enforceable court hypothec it is an agreement made in front of the court. The specifics of the enforcement over real estate is that it is carried out by adnotation of enforceability in the registry, determination of value of the real estate, sale of real estate and satisfaction of creditors from the proceeds<sup>129</sup>. The effect of the adnotation of enforceability [*Anmerkung der Vollstreckung, zabeležba izvršenja*], which is in fact an adnotation of the decision on enforcement [*Exekutionsbewilligung*] passed in the enforcement procedure, is that the creditor may collect its receivable from the value of particular encumbered real estate directly, even in case the owner of such real estate changes after the adnotation<sup>130</sup>. Without such adnotation, in case of change of the owner, the creditor would have to obtain an enforceable document against the new owner prior to enforcement. In case the enforcement is requested by a creditor whose receivable was secured by a hypothec, this is the only effect of such adnotation, and in case an ordinary, non-secured creditor requests enforcement, the adnotation creates a court hypothec (see above chapter B.I.1) for such creditor<sup>131</sup>. Hypothecary creditors are satisfied in the procedure of court enforcement over the encumbered real estate even if they did not request enforcement<sup>132</sup>, and hypothec ceases to exist after the enforcement procedure is over, irrespective of whether the hypothecary creditor(s) are fully satisfied or not, except in case the buyer in the enforcement procedure

129 See Art. 99 ZIP.

130 See Art. 102 ZIP. The same effect is achieved in case the court hypothec is established in the procedure for securing the claims foreseen in Arts. 277 and 278 of ZIP, after the court hypothec is registered, because the enforceability [*Vollstreckbarkeit, izvršivost*] of the secured receivable is registered simultaneously – this is the so-called adnotation of enforceability [*Anmerkung der Vollstreckbarkeit, zabeležba izvršivosti*].

131 See Art. 102 Para. 3 ZIP. This is the usual construction of the ordinary court hypothec, see instead of many *Orlić* in *Stanković/Orlić*, op. cit., p. 236 and 237. However, there are opinions that ordinary creditor does not acquire hypothec by this adnotation – see *Šarkić/Nikolić*, op. cit., p. 291, commentary to Art. 102 ZIP. The usual construction seems much more appropriate and correct.

132 See Art. 105 ZIP.

agrees with the hypothecary creditor to take over the secured debt<sup>133</sup>. Agricultural land up to 10 acres (1000 square meters) is, generally, exempt from enforcement, but not in case of receivable secured by hypothec over such land<sup>134</sup>. It is interesting that there is no similar explicit exception for hypothec related to the possibility of the court to, upon request of the debtor, determine that the enforcement shall be performed over another real estate of the same debtor or over other property of such debtor, which is introduced to prevent the sale of (valuable) real estate for satisfaction of relatively small (personal) debts which can easily be satisfied by sale of other property of the debtor<sup>135</sup>. Even though the existing commentators seem to omit this issue<sup>136</sup>, it seems that this possibility should be excluded in case of hypothec existing over the real estate which is subject-matter of enforcement, especially in case the real estate owner is only *in rem* debtor, not the personal one, because in that case the real estate owner is quite obviously not liable for the secured receivable with his other property. As for the sale itself, it is as a rule performed in form of an auction, but if all parties to enforcement procedure agree it may be performed in direct negotiations. The sale is based upon an estimated price as the opening price in an auction, and in case it is not achieved in the first auction it may be reduced, but not less than to 2/3 of the original estimated price, except if all parties agree to bigger reduction. In case the sale is unsuccessful, there is a possibility of transferring the real estate to the creditor for his use, which is made at a certain price as determined by the court, for a period required for the price of use (i.e. rent) to equal the receivable of the creditor that has not been satisfied in enforcement (a type of *Zwangsverwaltung*)<sup>137</sup>. As for the satisfaction of creditors, it should be noted that hypothecary creditors are satisfied from the proceeds of sale even in case they did not request collection in the enforcement procedure (did not “report their receivables”)<sup>138</sup>, according to the rank of their hypothecs. Receivables secured by a hypothec have the priority immediately after the existing privileges (see chapter B.I.1 on statutory hypothec above), but only if they “were reported at latest by the hearing for the sale of real estate and if they are accompanied by a enforceable document”<sup>139</sup>. This requirement of “reporting” the secured receivable in Art. 141 ZIP seems to be in direct contravention of provision that secured creditors are satisfied from the proceeds of sale “even if they did not report their receivables” contained in Art. 139 ZIP. The standard commentary by Šarkić and Nikolić is silent on this issue<sup>140</sup>, not even noticing the antinomy of the two provisions. It seems that the correct solution would be that no “report of receivable” is required for creditors already having the registered hypothec (simply because their right is visible from the registry, and therefore there is no need for “report”), leaving only the eventual creditors that have the “invisible” statutory hypothec, which may exist without registration (this used to

133 See Art. 106 ZIP.

134 See Art. 111 ZIP.

135 See Art. 104 ZIP.

136 There is no reference to this issue in commentary to Art. 104 in Šarkić/Nikolić, op. cit., p. 293 ff.

137 See Arts. 136 and 137 ZIP. This is a new possibility in Serbian law of enforcement, introduced by the 2004 ZIP, and is therefore not yet used in practice.

138 See Art. 139 Para. 1 ZIP.

139 Art. 141 Para. 4 ZIP.

140 See commentary to Arts. 139 and 141 in Šarkić/Nikolić, op. cit., p. 321 to 323.

be hypothec for the securing of tax-related receivables towards the state, but not any longer – see on statutory hypothec in B.I.1 above), with the requirement to “report” their receivables by the hearing for the sale of real estate. As for the secured receivables which have not matured yet, they shall be satisfied from the sale proceeds according to their rank despite the fact that they did not yet mature, whereas the ones that bear no interest shall be discounted for the statutory interest for the period from the satisfaction to the maturity, and the ones bearing interest shall be paid with the interest only until the day of payment<sup>141</sup>. In case the receivable secured by hypothec is under a condition precedent or condition consequent [*aufschiebende oder auflösende Bedingung, odložnim ili raskidnim uslovom*], as well as in case of prenotation of hypothec (which equals receivable under condition precedent) or in case of adnotation of lawsuit for erasure of hypothec or adnotation of lawsuit (which equals receivable under condition subsequent), the amount required for satisfaction is placed into deposit (escrow) until it becomes certain whether the condition is fulfilled or not (in other words, for the period in which the condition is pending)<sup>142</sup>.

In the insolvency procedure, as it was mentioned earlier, the receivable secured by hypothec is eligible for separate and full enforcement despite insolvency (hypothecary creditors are not deemed as insolvency creditors), in case the statutory conditions listed in the relevant provisions of the ZSP are fulfilled. These conditions are: 1) that the hypothec has been established prior to the deadline of 60 (sixty) days before insolvency procedure was initiated; 2) that the enforcement of the right of separate enforcement is not temporarily suspended, which is possible in case of a moratorium, when the insolvency council orders that measure to prevent enforcement of all debts towards the insolvent debtor, which may be done in a decision to initiate a preparatory insolvency proceedings [*prethodni stečajni postupak*] if there are grounds for a suspicion that the insolvency debtor may reduce its property or destroy documents before the (main) insolvency proceedings are initiated<sup>143</sup> (this moratorium may be challenged in certain circumstances), or in case of the ban on enforcement and satisfaction, which *ipso iure* comes into force after the insolvency procedure is initiated, in which case all the individual enforcement procedures which are still pending are interrupted<sup>144</sup> (this ban may be challenged in individual case under the same conditions as the mentioned moratorium). Under Art. 66 Para. 2 ZSP, once the (main) insolvency proceedings are initiated, the rights of separate enforcement are carried out exclusively within that procedure. However, under the ZSP, hypothecary creditors may not request or achieve the sale of encumbered real estate themselves, for the property of an insolvent debtor is sold only in case the insolvency judge passes a conclusion on sale of (all or part) of the assets of the insolvent debtor, whereas the insolvency manager performs the sale<sup>145</sup>. This provision leaves the hypothecary creditor in a disadvantageous and dangerous position, for he can neither request the enforcement in a separate procedure, nor can he request/achieve the sale of the encumbered

---

141 See Art. 145 ZIP.

142 See Arts. 147 and 148 ZIP.

143 See Art. 47 ZSP.

144 See Art. 73 ZSP.

145 See Arts. 109 and 110 ZSP.

real estate in insolvency procedure, which, especially in case of reorganization, may last for years. Therefore the hypothecary creditor is left “at the mercy” of the insolvency judge and insolvency manager, which is even less understandable bearing in mind that hypothecary creditor, not deemed as an insolvency creditor, may not affect the insolvency procedure through his participation in the creditors assembly. As for the priority of claims secured by hypothec, it exists in the insolvency as well – only the costs of sale of real estate in insolvency procedure are privileged, and once these are paid the hypothecary creditors are satisfied in the order of the rank of their hypothecs<sup>146</sup>. In case of sale of the insolvency debtor as a legal entity (meaning that it is sold as such, i.e. as a company, as opposed to selling its assets individually), all hypothecary creditors, irrespective of the concrete real estate upon which they had the hypothec, have priority “as defined by the law”<sup>147</sup>.

#### b. Administrative enforcement

Administrative enforcement was introduced in 2002, when the ZPPPA was enacted, for it enabled the tax authority to enforce tax debts through sale of real estate<sup>148</sup>, which was not possible prior to that (before ZPPPA, tax authority had to turn to court for enforcement by sale of real estate<sup>149</sup>). Obviously, this type of realization of hypothec can not be initiated by the creditor of the secured receivable (i.e. bearer of hypothec), but if a hypothec exists over a real estate of a taxpayer who is subject to enforcement of his tax debts by the tax authority from the value of that real estate, the creditor may find himself in a situation where he is a party to administrative enforcement. Administrative enforcement over real estate of tax debtor is performed by seizure, determination of initial value and sale<sup>150</sup>. The satisfaction of tax-related receivables is performed in the following order: 1) expenses of enforcement, 2) fines for tax misdemeanours, 3) interest, 4) principle amount of tax debt<sup>151</sup>. There is a special provision for the case the enforcement is performed by transfer of ownership over the real estate to the state as creditor, in which case the tax debt is deemed to be settled in the amount of  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value of the real estate, and in case a prior hypothec of another creditor that has to be satisfied exists over the same real estate, the prior creditor shall be satisfied first, up to the amount of  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value of the real estate<sup>152</sup>. The specific provisions on enforcement by sale of tax debtor’s real estate are contained

146 See Art. 111 Para. 10 ZSP.

147 See Art. 113 Para. 2 ZSP. However, there are no explicit definition for determining this priority, which means that the hypothecs have the priority defined by the date of their establishment, and that the privileges (say, for the collection of taxes) are valid in this procedure as well. This, however, defies the specialty principle under which hypothec burdens only the real estate over which it exists and not the whole property of the (real) debtor, but the deviation is justified by the benefits of the possibility of sale of the insolvency debtor as such.

148 See Art. 84 Para. 1 Item 6 ZPPPA.

149 The traditional reason for such solution is the fact that the tax authority, on the one hand, passes the decision on the taxpayer debt (title for execution, i.e. enforcement), and enforce that decision, which, generally, leaves less space for impartiality. Therefore, when it comes to real estate, which are traditionally seen as more significant than other assets, traditional rule left the enforcement to the courts, as independent and impartial.

150 See Art. 92 Para. 1 Item 6 ZPPPA.

151 See Art. 70 Para. 1 ZPPPA.

152 See Art. 94 ZPPPA.

in Arts. 105 to 112 ZPPPA. The legal ground [*Titel*] for this sale is the decision on forced collection of tax debt passed by the tax authority. Estimated initial value is determined by a decision of the tax authority, 3 days after the decision of forced collection becomes final in administrative proceedings, in a way determined by the minister of finance. Eight days after this decision on determination of initial value becomes final in administrative proceedings, or earlier if the tax debtor agrees, sale of the real estate takes place. The sale is performed, primarily, by public auction. At the first public auction, the price of the real estate may not go below 75% of the estimated value, and at the second below 50%, except if the tax debtor agrees. After that, the price at any subsequent auction(s) may not fall below  $\frac{1}{3}$  of the estimated value. If the real estate is not sold within 3 months from the first auction, the tax authority shall order the sale by direct negotiations, in which case the price can not be lower than  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value. In case the real estate cannot be sold in subsequent three months, the state acquires ownership over it at a price of  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value. The tax authority shall satisfy the prior hypothec, i.e. receivable secured by prior hypothec up to the value of  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value. After that, the hypothec shall be erased from the registry (though, the wording is not clear whether this shall also happen irrespective of whether the secured receivable has been satisfied in full, see Art. 110 Para. 8 ZPPPA, but it is more likely that this rule applies here as well as in court enforcement). As for the sale proceeds, in case a receivable of another creditor secured by a prior hypothec exists, that creditor is satisfied first, up to the amount of  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value (so, even in case the price is far higher of the estimated value, only  $\frac{1}{3}$  of the estimated value is exempt from the tax privilege of the state). The decision on paying out the prior hypothecary creditor, once it is final in the administrative procedure, along with the proof of payment is forwarded to the registry which then erases the hypothec. Finally, the ZPPPA provides that the rules of ZIP on enforcement over real estate of the debtor are to be appropriately applied to all issues which are not explicitly regulated in the ZPPPA. As it could be seen, the ZPPPA rules are stricter towards the hypothecary creditor than the rules of ZIP, exempting only  $\frac{1}{3}$  of the estimated initial value from the privilege the state reserved for itself.

### c. Private enforcement

Private enforcement, which is quite atypical for the continental law of hypothec, has been transplanted from the common law of mortgage and incorporated in the ZH, which means that it is available in Serbia from February 2006 onwards. Only the out-of-court enforceable hypothec (see chapter B.I.1 above) may be enforced by private sale of the encumbered real estate (the ZH speaks also of a receivable from “trustworthy document” [*verodostojna isprava*], see more on that below). The second chapter of the fourth part of the ZH (Arts. 29 to 38) deals with the procedure for private enforcement of hypothec. In case the debtor does not pay the secured receivable upon maturity, the creditor shall send to him and to the owner of the real estate, in case it is not the same person, the **first notice**, containing the following elements: 1) data on the contract on hypothec and the encumbered real estate, 2) description of default triggering the realization of hypothec as provided in the contract on hypothec, 3) actions to be taken by the debtor in order to pay the debt and avoid the sale of real estate, 4) deadline within which the debt must be paid to avoid the sale of real estate, 5) warning that in case such activities/

payment are not performed the creditor shall collect his receivable from the value of encumbered real estate, the possession over which shall be lost for the debtor<sup>153</sup>, 6) name and necessary data on representative of the creditor which shall provide further information upon debtors' request, and 7) other information the creditor deems relevant. The first notice must be written. In case the debtor does not pay the secured receivable within 30 days from the day it receives the first notice, the creditor shall send the **notice of sale** to the debtor and the owner of the encumbered immovable, which must contain: 1) data on the contract on hypothec and the encumbered real estate, 2) description of default triggering the realization of hypothec as provided in the contract on hypothec, 3) notification that the whole debt is due (has matured), 4) the amount of the due debt, 5) actions to be taken by the debtor in order to pay the debt and avoid the sale of real estate, 6) deadline within which the debt must be paid to avoid the sale of real estate, 7) warning that in case such activities/payment are not performed by the debtor/owner, the creditor shall interrupt the possession of real estate by sale thereof, 8) notification on choice of manner of sale of the real estate, 9) name and necessary data on representative of the creditor to which the debtor may turn for a meeting, and 10) other information the creditor deems relevant. Simultaneously with this notice of sale, the creditor shall request the **adnotation of hypothecary sale** in the competent registry. Along with the request for registration of such adnotation, the creditor shall submit: 1) copy of the notice of sale, 2) copy of the contract on hypothec, 3) his statement that the debtor has not paid his debt by that date, and 4) proof that the first notice and the notice of sale have been dispatched to the debtor and the owner of encumbered real estate. The registry shall, within 7 days from the day it received the request, register the adnotation and disclose the **decision on adnotation of hypothecary sale** to the creditor, the debtor and the owner of the encumbered real estate. The adnotation, respectively decision on that adnotation contain: 1) explicit authorization that the hypothecary creditor, once the decision becomes final but not before 30 days from the day the decision has been passed, may as a hypothecary creditor, in his name, sell the immovable, according to the provisions of the ZH; 2) ban of sale of the encumbered immovable by its owner. The decision on adnotation of hypothecary sale may be appealed by the creditor, the debtor and the owner of the encumbered real estate within 15 days from the day they received it. The second instance decision must be passed within 15 days from the day of submission of the appeal. The appeal shall be granted if the debtor or the owner of the encumbered real estate submit undisputable written evidence that: 1) the secured receivable does not exist; 2) the hypothec does not exist; 3) the secured receivable is not yet due; or 4) the debt has been paid. The second instance decision is final and enforceable, moreover it cannot be disputed by a lawsuit or any legal remedy (!). The debtor, respectively the owner of the encumbered real estate may request a meeting within 10 days from the day of receipt of the notice of sale, and the creditor, respectively his representative has an obligation to enable such meeting in its business premises during working hours. However, if the parties do not agree to settle the debt in a way proposed by the debtor at this meeting, the right of creditor to continue with the sale of immovable shall not be impeded. There is

---

153 Here, even though the ZH does not say it explicitly, the law has in mind the real, *in rem* debtor, not the personal one.

also a special provision that, contrary to the general rule of contract law and procedural laws existing in Serbia, adopts the mailbox rule (receipt by dispatch) for the mutual correspondence between creditor, on the one hand, and debtor and owner of immovable, on the other. In case the debtor does not pay the secured receivable by the time the decision on adnotation of hypothecary sale becomes final (provided, however, that at least 30 days have elapsed from the day that decision was passed), the creditor may sell the immovable either by auction or by direct negotiations. However, choosing one of the two manners of sale does not prevent the creditor to use the other, if the first failed. Before commencing the sale procedure, the creditor must determine an **approximate market value** of the immovable by hiring an authorized court expert. This value is for the purposes of “orientation” only, and is not deemed the genuine value of the real estate. The **auction sale** may be performed either by the creditor himself or by a professional hired by the creditor, and it is based on the public advertisement that must be published in a daily newspaper which is sold in the region in which the real estate is situated at least 45 days prior to planned auction. The public advertisement contains: 1) description of immovable; 2) name of creditor; 3) contact data of creditor; 4) initial auction price; 5) time and place of the auction; 6) other information the creditor deems of relevance. Simultaneously, the creditor shall send the information on the public advertisement to the debtor, the owner of the immovable and to any and all third persons that have a right over the immovable. The initial auction price may not be below 75% of the estimated value, and should the first auction fail, the price at the second auction can not be lower than 60% of the estimated value, all that except the creditor and the owner explicitly agree in written that the price may go below the mentioned thresholds. The creditor may participate, i.e. place his bid at the auction. The **sale by direct negotiations** must be agreed at the price that is “near to market price”, whereas the creditor sells the real estate in his own name. The market price is, by wording of the ZH, the usual price that may be achieved by sale of such immovable in good faith in the time of hypothecary sale. Here also the creditor may sell himself, but may also hire an attorney or a real estate agency to do it for him, in which case the attorney’s fees, respectively agency’s commission may be included in the price. The creditor shall, at latest 15 days prior to closing of sale, inform the debtor, the owner of the immovable and any and all third persons that have a right over the immovable on the sale, whereas the notice shall contain: 1) the full amount of receivable; 2) estimated value of the immovable; 3) essential elements of the sale and purchase agreement; 4) the date of the planned closing; 5) the way of distribution of the sale proceeds; 6) the date by which the immovable must be evicted; 7) statement on the deadline within which the debt may be paid in order to avoid the sale. The creditor shall have full police assistance in case the owner or other possessor [*Besitzer, držalac*] of the immovable refuse to grant access to the potential buyers or evict the immovable within the deadline provided in Art. 15 ZH, respectively the contract on hypothec (15 days from the day of closing). Lastly, if the secured receivable is not fully satisfied from the sale proceeds, the personal debtor remain indebted for the difference between the achieved price and the secured receivable. However, if the achieved price is below 75% of the estimated price, the remaining debt shall be reduced for the amount of difference between the 75% of the estimated price and the achieved price. In case the hypothecary creditor is satisfied by acquisition of

ownership over the encumbered immovable, the satisfaction is perfected in the moment of acquisition. In case the achieved price exceeds the secured receivable, the remaining amount belongs to the “hypothecary debtor” (presumably, former owner of the real estate, *in rem* debtor). The distribution of sale proceeds in case of private sale is determined in Art. 41 ZH in the following way: first the costs of sale are paid, including the fees and expenses of third parties (also, according to Art. 19. para. 3 ZH, the costs of measures undertaken by the hypothecary creditor for the purpose of preventing the decrease of value of the encumbered real estate), then the secured receivable of hypothecary creditor, afterwards secured receivable of hypothecary creditor with a lower rank or other creditor with the same rank, and lastly the eventual leftover belongs to the debtor (here also, presumably, real debtor, even though the wording indicates the personal one – as it has been said before, the authors of the ZH have not understood the legal nature of hypothec quite correctly, and therefore have made some strange provisions which do not adequately differentiate personal and real debtor). The distribution shall be made within 7 days from the day of collection of purchase price, and the final calculation must be disclosed to the debtor and all third parties that have the right over the immovable within 7 days from the day of distribution. However, as opposed to provisions of Art. 41, the ZH in its Art. 49, which pertains to extinction of hypothec in case of private enforcement sale, provides that the hypothec is extinct only if the creditor is satisfied, and, even more oddly, provides that “the rights of subsequent hypothecary creditors remain reserved”, which would indicate that the subsequent ranking hypothecs survive the private enforcement of prior ranking hypothec. This, on the other hand, should make the buyers of the encumbered real estate, especially if it is “over-encumbered”, very scarce, for no one shall buy a real estate at a market price in order to get an encumbered real estate. Not to go further into details, one may say that the rules on private enforcement of hypothec certainly look a little rough, as if the drafters only had a case in which a bank is creditor to an individual buying a flat in which to live in mind, and that many problems may be expected once these provisions start being applied in practice. However, the most perplexing issue regarding the private enforcement is the already mentioned possibility of private enforcement of the hypothec other than the “out-of-court executable hypothec” – the ZH speaks in Art. 29 of “hypothecary creditor from a trustworthy document” [*hipotekarni poverilac iz verodostojne isprave*]. Art. 24 Para. 3 ZH explicitly enables the private enforcement “when the contract on hypothec is made in a form of a trustworthy document or enforceable document from Art. 15 of this Act...”. The “trustworthy document” [*verodostojna isprava*] is one of the grounds for enforcement [*Exekutionstitel, Zwangsvollstreckungstitel*] of monetary claims [*Geldforderungen, novčana potraživanja*]. It is defined in Art. 36 Para. 2 ZIP, but for the purposes of that law (that restricts the definition), in the following manner: 1) bill of exchange or check [*Wechsel oder Scheck, menica ili ček*], with protest and return invoice if that is required for establishment of a claim; 2) bond [*Schuldverschreibung, obveznica*] or other security issued in a series that empower the bearer to payment of nominal value; 3) invoice, including the calculation of interest; 4) excerpts from business books for the price of communal services, delivery of water, heating, transport of waste and similar services; 5) public document that establishes an executable (directly enforceable) monetary obligation, except foreign public documents; 6) bank guarantee; 7) letter of credit; 8) verified statement

of debtor that authorizes the creditor to transfer of monetary means (sum of money). The trustworthy document must contain data on debtor, creditor, subject-matter, type, scope and time of fulfilment of obligation. If due date is not visible in the trustworthy document, the enforcement is ordered if the creditor submits written statement that the receivable is due and denotes the day of maturity. If the trustworthy document is simultaneously a means of payment (say, in case of bill of exchange or check), abbreviated enforcement procedure is carried out upon request of the creditor. The enforcement on the basis of a trustworthy document is an exception to the rule that enforcement is based upon the executory (enforceable) document, aimed at enabling swift enforcement of monetary claims. However, in case the debtor lodges an objection to enforcement on ground of a trustworthy document, the enforcement procedure turns into a classical civil procedure (dispute procedure, *Zivilprozess*)<sup>154</sup>. The ZIP broadens the definition of trustworthy document in its Art. 253, in which it defines the types of trustworthy documents that may be ground for the abbreviated enforcement procedure [*skraćeni izvršni postupak*], which is possible only if both debtor and creditor are commercial entities or businessmen. Along some of the documents mentioned in Art. 36, it adds “all contracts in commerce” [*ugovori u privredi*], which are, under ZOO, contracts between commercial entities and businessmen<sup>155</sup>. However, this “broadening” of the definition is also provided for the purpose of defining the possible grounds for the abbreviated enforcement procedure, which also restricts the application of the definition. Be it as it is, if the authors of the ZH had the definition of trustworthy document contained in the ZIP in mind, than it seems they wanted to make all contracts on hypothec which qualify as “contracts in commerce” to be enforceable by private enforcement, under the rules contained in the ZH. However, the Law on Civil Procedure [*Zivilprozessordnung, Zakon o parničnom postupku*] (hereinafter: ZPP)<sup>156</sup> also contains a definition of trustworthy document, that is even broader than the “broadened” ZIP definition. It is contained in Art. 453, which pertains to the procedure for issuing a payment order [*Erlassung des Zahlbefehles, izdavanje platnog naloga*], in which the following documents are, especially, deemed as trustworthy documents (this means the list is not exhaustive): 1) public documents; 2) private documents in which the signatures were verified by competent authority; 3) bills of exchange and checks with protest and return invoices in case they are required for establishment of claim; 4) excerpts from verified business books; 5) invoices; 6) documents which are, under other laws, deemed as public documents. These documents are deemed trustworthy documents if they contain evidence on monetary claim that has matured. It is less likely that the authors of the ZH had this definition of a trustworthy document in mind, for it will render all contracts of hypothec directly enforceable by private enforcement, because they fall within item 2) of the definition. However, introduction of a claim from trustworthy document in private enforcement is perplexing, not only because different definitions of trustworthy document in ZPP and ZIP, but also because the meaning within ZIP (which the authors of the ZH most probably had in mind) is hidden into a labyrinth of ZIP rules – none of the trustworthy documents mentioned in basic Art. 36 can

---

154 See Art. 21 related to Art. 258 ZIP.

155 See for precise definition Art. 25 Para. 2 ZOO.

156 Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 125/2004-1 and 106/2006-58.

be a form for contract on hypothec<sup>157</sup>, so one has to dig deeper into the ZIP to see that the definition of trustworthy document is expanded in Art. 253 in a way that enables including a contract on hypothec as a type of trustworthy document. It is therefore no wonder that the existing commentaries to the ZH do not explain this possibility of private enforcement in case of trustworthy document, if they notice it at all<sup>158</sup>. Finally, the very inclusion of the “creditor from trustworthy document” into possibility of private enforcement defies the explicit provision of Art. 15 Para. 4 ZH, which provides that, in case the contract, respectively declaration on hypothec does not contain the elements stated in that Article (see B.I.1 above on “out-of-court executable hypothec”), the enforcement is made according to the ZIP. Therefore, it seems that a trustworthy document, in order to be eligible for private enforcement, must have all the elements provided in Art. 15 ZH, but in that case, there is no difference from the enforceable (executory) document the contract on hypothec from Art. 15 ZH in fact is. That, on the other hand, makes the mentioning of the trustworthy document in Arts. 24 and 29 superfluous and senseless. Therefore I have labelled this characteristic of the provisions on private enforcement the most perplexing of all.

Lastly, it should be noted that Serbian law does not recognize fiduciary real estate securities, i.e. treats the nominal right-bearer as the beneficial right-bearer, thus making the insolvency-remoteness of real estate security through a fiduciary relation impossible.

## 5. Extinction accessory

The meaning of the extinction accessory is that the hypothec cannot survive the extinction of the secured receivable, i.e. that it ceases to exist together with the receivable it secures<sup>159</sup>. The hypothec, however, formally survives the extinction of the secured receivable for as long as it remains registered, but it can not produce any effect after the secured receivable is extinct – it does not exist materially (substantially), only formally. However, there is a case in which this hypothec, that is only formally existing, may “resurrect” to full effect. This case is known

157 Except maybe the one defined in Item 8 – verified statement of debtor that authorizes the creditor to transfer of sum of money, but even such statement is in no way contract on hypothec (may be declaration on hypothec, though).

158 See *Gloginić*, op. cit., commentary to Art. 24 ZH, p. 57 and 58; commentary to Art. 29 ZH, p. 61 – this commentary does not even notice that private enforcement may be carried out outside of the “out-of-court executable hypothec” provided in Art. 15 ZH, even though it restates the legal text which explicitly mentions “trustworthy document or enforceable document from Art. 15...”; *D. Živković*, op. cit., commenatry to Art. 24 ZH, p. 42 notices the difference and mentions trustworthy document from Art. 36 Para. 2 Item 8 ZIP (verified statement of debtor that authorizes the creditor to transfer of sum of money), but without any further explanations, and commentary to Art. 29 ZH, p. 47, where the possibility was also noticed but not further explained. *D. Živković* fails to stress that the definition of trustworthy document from Art. 36 Para. 2 ZIP is explicitly restricted to „the meaning [of the term “trustworthy document”] within this law“.

159 See Arts. 43 and 44 ZH. The ZH provides that hypothec ceases by erasure in the registry based upon the extinction of the secured receivable, but such wording is aimed at formal, not material extinction of the hypothec.

as owners hypothecs without secured receivable<sup>160</sup>, and under the ZH there is a possibility of the owner to dispose of such hypothec within three years from the day the original secured receivable was extinguished. The details of this possibility are set forth in chapter B.II.4 of this report on the rank disposal and shall therefore not be repeated here.

#### **IV. Owner Protection from Unjustified (Double) Collection [*doppelte Inanspruchnahme*]**

This protection is realized through the possibility of the owner of the encumbered real estate to make objections related to the secured receivable to any hypothecary creditor who seeks collection thereof, particularly to object by proving the secured receivable has been settled by payment. Given the fact that there are no exceptions to right-bearer accessority (see B.III.3 above), the risk of unjustified double collection, in which both personal and real creditor, as different ones, would collect the secured receivable, is practically excluded. Since the hypothec in Serbian law is a counterpart of German “*Sicherungshypothek*”, not the “*Verkehrshypothek*”, the rule contained in § 1138 BGB does not apply in Serbian law, i.e. a *bona fide* third party cannot acquire a hypothec without the secured receivable through rules on reliance in the registry.

In case of assignment of secured receivable [*Zession*] the debtor may make, towards the new creditor, all the objections it could have made to the former creditor up to the moment he found out of the assignment (apart from the strictly personal ones), along with any objections it has towards the new creditor personally<sup>161</sup>. In principle, the owner of the encumbered real estate can make these objections only when he is simultaneously the personal debtor.

#### **V. Costs**

The costs related to the establishment, transfer and extinction of hypothec depend on the legal ground upon which it is established and the registry in which it is registered. I shall present these costs for the situation in which the secured receivable is around 100,000.00 € (approximately 8,100,000.00 RSD, 1 € is around 81 RSD for the last few years), because some of the costs depend upon the value of the secured receivable.

So, in case the hypothec is grounded on the declaration or contract on hypothec, the documents containing such declaration/contract must be verified by the court. The cost of such verification, in case of a declaration, is significantly less, which

---

160 There is also owners hypothec with secured receivable [*forderungsbekleidete Eigentümerhypothek*], but in this case the secured receivable still exists, it is only that the owner of the encumbered real estate became its creditor (creditor of the secured receivable). The hypothec therefore can not serve for securing the receivable, because the security exists over the property real estate of the creditor, for as long as this situation exists. However, should the creditor/owner of the encumbered real estate assign the secured receivable to a third party, the hypothec shall re-activate, and secure the new creditor. It is disputable whether this type of owners hypothec may be used for exercising the priority right of the creditor/owner of the encumbered real estate in case some lower ranking creditor of his initiate enforcement from the same real estate, but it seems that the affirmative answer can be better substantiated.

161 See Art. 440 ZOO.

is the main reason for its very broad use in practice, and depends upon the number of verified copies. Contract verification is more expensive, and depends upon the value of the contract. Concretely, for the verification of declaration on hypothec, court fee would be RSD 32.50 + RSD 65.00 for each copy of the declaration, which is, for say 3 copies, still under € 3.00 (three euros)<sup>162</sup>. For the verification of contract on hypothec, for which the amount of the cost depend on the value of the contract, the court fee would be RSD 32.50 + RSD 26,000.00 (some € 321 at current exchange rate), which is the maximal value<sup>163</sup>. As for the court executable hypothec, it is grounded on the basis of an agreement concluded in front of the court in procedure for securing the claims provided in the ZIP. The value of the court fee depends on the value of the claim that should be enforced or secured. The costs of this procedure are: for the proposal by which the procedure is initiated, RSD 32,500 (approximately € 401) if the municipal court is competent, and RSD 58,700 (€ 725) if the commercial court is competent<sup>164</sup> and for the court decision the same amount – RSD 32,500 (approximately € 401) if the municipal court is competent, and RSD 58,700 (€ 725) if the commercial court is competent<sup>165</sup>. Both amounts (for proposal and for decision) are paid simultaneously, upon submitting the proposal.

Apart from the costs related to the legal ground of hypothec, there are costs related to its registration, which differ depending on the registry in which it is to be inscribed.

For the **land books**, the court fees are determined in the Law on Court Fees [*Zakon o sudskim taksama*] (hereinafter: ZST), tariff Nos. 14 and 15. The court fee for the request for registration (inscription) or erasure would in our case be 2,600 RSD

162 See Tariff No. 13 Paras. 1 and 2 of the Law on Court Fees [*Zakon o sudskim taksama*] (hereinafter: ZST), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 28/1994-762, 53/1995-1999, 16/1997-288, 34/2001-1, 9/2002-20, 29/2004-1 and 61/2004-4.

163 The full formula for this fee is calculated upon the following formula: for contract value up to 10,000 RSD, fee is 650 RSD; for contract value from 10,001 to 100,000 RSD, fee is 650 RSD + 1% of value, for contract value from 100,001 to 1,000,000 RSD, fee is 1,950 RSD + 0.5% of value, for contract value over 1,000,000 RSD the fee is 8,450 RSD + 0.25% of value, whereas RSD 26,000 is set as maximum. See Tariff No. 13 Paras. 1 and 4 ZST.

164 See Tariff No. 1, Para. 3 related to Paras. 1 and 2 ZST. For the fees for **courts of general jurisdiction (Tariff No. 1 Para. 1)**, the full formula is as follows: up to 10,000 RSD dispute value, the fee is 1,300 RSD, from 10,001 to 100,000 RSD dispute value, the fee is 1,300 RSD + 4% of dispute value, from 100,001 to 500,000 RSD dispute value the fee is 6,500 + 2% of dispute value, from 500,001 to 1,000,000 RSD dispute value, the fee is 19,500 RSD + 1% of dispute value, lastly for dispute value over 1,000,000 RSD, the fee is 32,500 RSD + 0.5% dispute value, but not more than 65,000 RSD (note that for enforcement only ½ of this fee is paid). For the fees for **commercial courts (Tariff No. 1 Para. 2)**, the full formula is as follows: up to 10,000 RSD dispute value, the fee is 2,600 RSD, from 10,001 to 100,000 RSD dispute value, the fee is 2,600 RSD + 6% of dispute value, from 100,001 to 1,000,000 RSD dispute value the fee is 10,400 + 2% of dispute value, from 1,000,001 to 10,000,000 RSD dispute value, the fee is 36,400 RSD + 1% of dispute value, lastly for dispute value over 10,000,000 RSD, the fee is 166,400 RSD + 0.5% dispute value, but not more than 260,000 RSD (note here also that for enforcement only ½ of this fee is paid). All court fees in dispute and enforcement procedure are calculated based upon these amounts.

165 See Tariff No. 2, Para. 5 ZST.

(€ 32)<sup>166</sup>, but it is not paid if the request is made in a court procedure (as it is the case with the court hypothecs). The court fee for intabulation and prenotation (this one is not paid in case the right is erased) is 650 RSD (€ 8), and if hypothec is established by adnotation (say, ordinary court hypothec), also 650 RSD (€ 8). This registration fee is also paid when the registration occur within existing court procedure, or if it is requested *ex officio*. Both of these taxes are paid together, at the beginning of the land books procedure (along with the request for registration). As for the registration of changes of the existing hypothec, there are no explicit provisions in the ZST on that. There are two possibilities – either the registration of change is not subject to payment of court fees, or the same fee is paid for each change. The practice in Serbia is rather scarce so there is no reliable position of land books courts on this issue, but it seems that in case of registration of changes of existing hypothec, no court fee for request for registration is paid, and the fee for registration (not partial or full erasure) should be paid.

The fees of the **unified cadastre** (KN) are determined in the Law on Administrative Fees [*Zakon o republičkim administrativnim taksama*] (hereinafter: ZRAT)<sup>167</sup> and the Decree on the Amount of Fee for Using the Data of Survey and Cadastre and Provision of Services by the Republic Geodetic Authority [*Uredba o visini naknade za korišćenje podataka premera i katastra i pružanje usluga Republičkog geodetskog zavoda*] (hereinafter: UVNKN)<sup>168</sup>. The administrative fee for request for registration (including change or erasure) is 150 RSD (€ 1.85), and administrative fee for any decision on change in the KN (this includes establishment of hypothec, any change thereof as well as erasing it) is 300 RSD (€ 3.7)<sup>169</sup>. The fee for the RGZ service is determined in points, the value of which is corrected each month by the index of retail prices published by the Republic Statistical Authority [*Republički zavod za statistiku*]. For the registration of hypothec it is 425 points<sup>170</sup>, whereas the current value of a point is some 18.64 RSD, the fee therefore being in the vicinity of 7,923 RSD (€ 98). This fee is paid for establishment, it is explicitly excluded for erasure, and whether it is paid for the change of an existing registered hypothec is not clear from the regulations. In practice, the RGZ charges its fee with the explanation that “there are no grounds for exemption”, as a high legal officer of the RGZ has put it when asked about the grounds for charging this fee. Therefore every change is associated with the full fee, as if the establishment of hypothec is at hand.

The costs of realization (enforcement) depend both on the type of hypothec (directly enforceable – ordinary; court enforcement – private enforcement) as well as of the

166 This is the maximum amount. The full formula reads as follows: up to 5,000 RSD value of right to be registered/erased, the fee is 260 RSD, from 5,001 to 20,000 RSD value of right, the fee is 260 RSD + 1% of right value, over 20,000 RSD value of right, the fee is 520 RSD + 0.5% of right value, but not over 2,600 RSD.

167 Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 43/2003-9, 51/2003-1, 53/2004-10, 42/2005-6, 61/2005-60, 101/2005-28, 42/2006-20 and 47/2007-85.

168 Official gazette of the Republic of Serbia No. 45/2002-8.

169 See Tariff Nos. 1 and 130 ZRAT.

170 See Tariff No. 17 Para. 1 Item 10 UVNKN. For secured receivable up to 5,000 RSD, the fee is 30 points, for secured receivable from 5,001 to 20,000 RSD the fee is 30 points + 1% of receivable value, but not over 200 points, and for secured receivable over 20,000 RSD the fee is 425 points. Since in real life there are no hypothecs for only 20,000 RSD (€ 247), in practice the 425 points fee is applied in every case.

circumstances of each individual enforcement, so they can not be presented in a general way.

## C. Practical Application

### 1. Change of the Receivable (Creditor and Debtor Remain the Same)

#### a. Exchange of Receivable and Increase of Loan [*Forderungsauswechslung und Kreditaufstockung*]

Generally, since the hypothec is accessory in nature, the secured receivable cannot simply be replaced without influencing the hypothec. The only way to do it is through the *forderungsentkleidete Eigentümerhypothek*, i.e. by the disposal of the hypothec in case the secured receivable ceased to exist, as was explained above. As for the increase of loan for this case in which the exchange of receivable is possible, it is not possible to exceed the limit of hypothec that has been registered simply by attaching it to a new secured receivable that is of higher amount. In other words, rank may be preserved and owners hypothec given for securing of another receivable only up to the registered value. In case the value of new receivable is bigger, there are two options – either the increase shall not be covered by the hypothec, or a new registration of hypothec, with a new rank, is required.

#### b. Bridging Finance and Final Financing and Other Changes of Purpose [*Zwischen- und Endfinanzierung sowie weitere Zweckänderungen*]

In principle, the hypothec that is securing a certain receivable cannot be used for securing other receivables of the same or any other creditor, because the ZH defines it as a means of securing certain receivable, the elements of which must be determined. As it has been already said, it is questionable whether one hypothec can initially be established to secure more than one receivable (the wording of ZH does not seem to allow that possibility, but other interpretation may also be well substantiated), and subsequent inclusion of a new secured receivable into existing hypothec is not possible. Therefore the short term loans (bridging finance) cannot simply be secured by the existing hypothec, which already secure the long term loans (final financing) and vice versa, without the change of rank of the hypothec. Many see this as a consequence of the specialty principle, but this is in fact a consequence of accessory, because adding a receivable to the one secured by hypothec would breach it. This effect could only be achieved by the use of instruments provided in the law of obligations, that is by partial assignment or pledge of initial secured receivable to the providers of the bridging finance, which would practically enable them to use the existing hypothec for securing their receivables. On the other hand, if the existing hypothec secures the short-term bridging loans, it can be used for securing the subsequent long term loan (final financing) through the use of one of the three possibilities for disposing of the hypothec (*forderungsentkleidete Eigentümerhypothek*, adnotation of retaining the prior rank and prenotation of new hypothec), whereas the use of owners hypothec without recurred receivable would be the most cost efficient.

c. New Credit as a Replacement [*Neuvaluierung*]

The *Neuvaluierung* – the replacement of an old settled receivable secured by hypothec with a new one by the same creditor – is possible only by assignment of owners hypothec, which requires formal proceedings in front of the competent registry<sup>171</sup>. Therefore it cannot be achieved by informal agreement between the creditor and the (personal and real) debtor.

d. Lines of Credit [*Kreditlinien*]

Given the fact that the maximal amount hypothec does not explicitly exist as a special type of hypothec under the ZH (see B.I.1), it is not certain whether a hypothec could be used for securing a revolving credit. From the point of view of strict application of the ZH, it seems that this would not be possible, because the amount of the secured receivable, once determined and registered, may only decrease, and once it decreases it could not be increased again. However, even though the ZH does not explicitly mention the maximal amount hypothec, in case the revolving credit is based upon one contract as legal ground [*Rechtstitel*], I believe that in practice a hypothec for securing a certain maximal amount of the outstanding credit could be registered, i.e. that the registry official would accept it despite the lack of the explicit wording of the ZH. This opinion, however, is based not upon the interpretation of ZH, but on the knowledge of practice and the reasoning of the registry officials. However, in case a subsequent hypothecary creditor objects to such arrangement the matter would have to be resolved in court, and it is impossible to conclude how the court would decide. This would have been much easier if the authors of the final text of ZH had kept the wording of both drafts of ZH, which explicitly mentioned the maximal amount hypothec, for this type of hypothec is, actually, designed for securing the revolving credit (credit lines).

e. Change of Terms [*Änderung der Bedingungen*]

In case the terms and conditions related to the secured receivable are changed without changing the receivable itself (without *novatio*)<sup>172</sup>, the existing hypothec shall apply to the amended secured receivable, provided however that the amount of the secured receivable (interest included) is not increased over the registered level. As for the increase of interest, see immediately below on phase financing.

f. Phase (Stage) Financing [*Abschnittfinanzierung*]

Basically, since the subsequent agreement on interest does not constitute a novation, it is possible to change the interest rates during the period of a long term credit while preserving the identity of the secured receivable, that is without influence to the existing hypothec securing it. However, the interest rate agreed subsequently may not exceed the level of registered interest rate, more precisely – the part of the interest rate increased over the registered level would not be covered by the existing hypothec. Moreover, each change of interest rates should be subject to registration, because interest rate is an element of the secured receivable which is

<sup>171</sup> See Art. 53 ZH.

<sup>172</sup> See on *novatio* Art. 348 ZOO. Paragraph 2 of that Article explicitly exclude changes or additions related to time, manner and place of fulfillment, as well as subsequent agreement on interest, conventional penalty, securing the fulfillment or any other ancillary provision from novation.

specifically entered into the registry. However, I think that it would be possible in practice to register the maximal amount of interest rate, which would then cover not only the level of interest in the initial phase, but also subsequent changes, all provided that the maximal registered interest rate is not exceeded. This is due to the strict interpretation of the ZKN, which requires registration of interest rates<sup>173</sup>, but does not specify that maximal amount of interest cannot be registered, i.e. that only the fixed interest must be registered. The maximal amount hypothec would also ease the uncertainty regarding this possibility, for it would enable a hypothec which would easily include potential changes of interest rate in its value, but since it is not explicitly provided in the ZH it cannot be used to cover the situation of phase financing.

## **2. Change of Creditor [Veränderung auf der Gläubigerseite]**

### **a. Bridging Finance, Securing Other Loans [Zwischenfinanzierung, andere Darlehen absichern]**

In case the commercial bank has financed (as a short term loan) a construction project, and a real estate bank provided the money for repayment of such debt after the construction was finished (as a long term loan), the hypothec that was established to secure the receivable of the commercial bank may be used to secure the new receivable by the real estate bank in several ways, provided in the section of the ZH on the establishment of a new hypothec (Arts. 53 to 56 ZH). These possibilities were presented in detail above in relation to the ranking system (B. II.4), and therefore are only briefly mentioned here. There are three possibilities: disposal of the registered hypothec after the secured receivable ceased to exist (“owners hypothec without secured receivable”); adnotation of (retaining of) prior rank and prenotation of a new hypothec. So, the hypothec that used to secure the short term loan may be “assigned” to the long term loan after the short term loan is repaid, the rank of the hypothec for securing the long term loan may be retained so that a new hypothec for securing the long term loan could have the same rank, and lastly the hypothec for a long term loan may be prenotated over an existing hypothec that secures the short term loan, so that it is deemed as intabulated once the existing hypothec is erased, with the same rank the existing hypothec has. In all three cases, the “new” hypothec may not exceed the “old” one in scope (in amount). Also, in all three cases a formal procedure with the registry is required.

As for the possibility of a hypothec that secures the long term loan to be used for securing the short term loans as well in the meantime (during the period of the long term loan), see above III.1.b on bridging finance.

### **b. Initial Loan Syndication, Change of Syndicate Members, Outsourcing the Credit Risk and Subsequent Establishment of Syndicate Stake [anfängliche Konsortialbildung, Austausch von Konsorten, Ausplatzierung, Neubildung der Konsortialanteile]**

#### **aa. Initial Loan Syndication**

One hypothec may secure a receivable belonging to more than one creditor, whereas the creditors may be either in position of joint and several creditors [*solidarnost*

<sup>173</sup> See Art. 58ž Para. 2 ZKN.

*poverilaca, Gläubigersolidarität*], which must be specifically stipulated by agreement, or in the position of divided, separate creditors<sup>174</sup>. The requirement of this possibility is that there is a unique receivable as the subject-matter of security, which would in practice mean that it derives from one agreement as its legal ground [*Titel*], that it matures on the same date or in a same way etc. As for the rights of the creditors, they depend on their internal relations – in case of joint and several creditors, each creditor may request the full amount of secured receivable, and in case of divided creditors, each may request only its respective part thereof. In both cases, the hypothec secures the part a creditor may request, whereas in the case of divided creditors the realization of hypothec requested by one necessarily includes all other creditors. Due to the non recognizing of fiduciary relationship, there is no possibility that one syndicate member acts as a trustee (fiduciary agent, *Treuhänder*) for all of them. That means that the fiduciary agent would be deemed as if it really is the only creditor, and the other syndicate members would not have any claims toward the debtor or the hypothec, but only to the fiduciary agent.

*bb. Subsequent Loan Syndication*

The subsequent syndication of a loan is possible in case the original creditor assigns parts of the secured receivable to new creditors, which is possible if assignment was not excluded in the original loan agreement. Together with the assigned receivable, the new creditor *ipso iure* obtains the hypothec that secures it. In spite of that, in order to be able to realize its hypothec, the subsequent creditor must register its right – the registration is declaratory in nature, but must be performed in order to enable the creditor to be deemed as “hypothecary” one. Once the new creditor is registered, its position is the same as if he was syndicate member from the beginning. Regarding the possibility of trade with the stakes in syndicated loan amongst the syndicate members themselves, it is free and may be achieved without the registration of the change of stake, save in case some members leave the syndicate altogether, in which case they should be erased as hypothecary creditors from the registry.

*c. Sale of a Loan [Verkauf des Kredits]*

The sale of a loan is performed by assignment of secured receivable against consideration. The debtor need not agree to the assignment, but the assignor has an obligation to inform him on the assignment, and until the debtor finds out of the assignment he may validly pay to his original creditor, i.e. the assignor. This renders the sale of loan too complicated in cases the subject of assignment is the whole portfolio of loans. The hypothec, as it has been mentioned a few times above, is transferred along with the sold receivable *ipso iure*, but the new creditor (assignee) must register it in his name in order to be able to realize it. However, the declaratory nature of the registration of change of creditor renders the consent of the owner of the encumbered real estate not required.

---

174 See Arts. 412 Para. 3 and 425 to 434 ZOO.

d. Exchange of Creditor for Refinancing (in Concern, MBS) [*Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung (im Konzern, MBS)*]

There are no specific provisions for the change of creditor in case of concern (group of affiliated companies). Therefore, what was said for the case of bridging finance and securing other loans (C.2.a) pertains to this case as well.

As for the mortgage backed securities, they do not yet exist in Serbian law, because the development of hypothecary credits commenced rather recently, and there is not yet enough pressure from the banks for refinancing.

### 3. Change of Debtor [*Veränderung auf Schuldnerseite*]

a. Refinancing (Rescheduling) [*Umschuldung*]

There is no possibility to replace a secured receivable against one debtor with a secured receivable against another debtor without impeding the hypothec. This effect, however, may be achieved through the possibilities provided in the ZH related to “establishment of a new hypothec” (Arts. 53 to 56, see above C.2.a). Through these possibilities the secured receivable may be effectively replaced without losing rank, provided, however, that the new receivable must be registered and that the amount of the new secured receivable can not exceed the amount of the old one.

As for the possibility of change of debtor in the same secured receivable [*Schuldübernahme, preuzimanje duga*], it is possible but the consent of the creditor is required<sup>175</sup>. However, special provision pertains to the case the buyer of the encumbered real estate takes over the secured debt, because it is deemed that the creditor consented if he does not object within three months from the day he was informed of the taking over of debt<sup>176</sup>. In case the real debtor (owner of the encumbered real estate) does not agree to secure the debt of the new debtor, the hypothec ceases<sup>177</sup>.

b. Construction Financing [*Bauträgerfinanzierung*]

The hypothec which secured the credit extended to a sponsor of construction (the initial owner of constructed real estate), that existed at a construction as a whole, burdens *ipso iure* all the parts of that construction (immovable) established by its division<sup>178</sup> (say, flats in an apartment building). Therefore, if the purchaser of the individual part (say, a flat) wants to encumber his part with the hypothec of prior rank, the hypothec of the construction sponsor must cease to exist over that part, which, in case the creditor is willing to do so (presuming that the secured receivable is not yet paid, because if it is the creditor has no further say in this), may be achieved by his forfeiting [*Verzicht, odricanje*] his hypothec. By disposing of the

175 See Art. 446 ZOO and Art. 22 ZH.

176 See Art. 447 ZOO. It is not clear whether this provision was made ineffective by Art. 22 ZH (as *lex posterior*), which contains a vague provision that seems to pertain only to the case where takeover of debt happens along the purchase of the encumbered real estate, and does not provide the exception for the requirement of consent.

177 See Art. 449 ZOO. Even though it speaks of guarantees and pledges, it is indisputable that it pertains to hypothec, as a type of pledge right [*Pfandrecht*], as well.

178 See Art. 23 ZH.

remained owners hypothec, the hypothec can subsequently be granted to the creditor of the owner of the flat.

c. Alienation of Immovable [*Veräußerung der Immobilie*]

The acquirer of the encumbered real estate may use the existing hypothec(s) that burdens it only after they become owners hypothecs, in which case he can give them for securing new receivables, provided however that the registered amount of owners hypothec is not exceeded.

d. Survival of Hypothec [*Liegenbelassung*]

Generally, as it has been explained in B.III.4 above, in case of enforcement the hypothecs burdening the immovable that is forcedly sold cease to exist and are erased from the registry (there is an uncertainty related to that in case of private enforcement, as had been noted above). In case of court enforcement, there is a possibility of the buyer and hypothecary creditor to agree on the survival of hypothec, in which case the buyer takes over the debt and the purchase price is reduced for the amount that hypothecary creditor would get if his hypothec would have been realized in that enforcement procedure<sup>179</sup>. After the secured receivable is settled, the owner of the real estate may dispose of his owners hypothec i.e. give it for securing a new receivable.

**4. Change of Subject-matter of Hypothec [*Wechsel des Sicherungsobjekts*]**

Hypothec is an *in rem* right, and therefore it is tied to the real estate it encumbers. Therefore the change of the real estate which is the subject-matter of hypothec is not possible, save in the cases of so-called real subrogation [*Realsubrogation*], in which the law itself orders that the hypothec, which existed over one real estate, shall be transferred to another. For example, Art. 47 ZH provides that, in case the expropriation compensation was in a form of ownership over another real estate, the hypothecs which existed on the expropriated real estate shall be transferred to the new one. Or, in case the subject-matter of hypothec is object under construction, immediately after it is finished and registered as a building, the hypothec shall burden the building (Art. 11 ZH). Apart from these cases, the change of subject-matter of hypothec is not possible – even if a different real estate is encumbered for the securing of the same receivable, that new hypothec would not have anything to do with the existing one, especially the rank.

---

179 See Art. 106 ZIP.

## List of Regulations/Draft Legal Texts Quoted (chronologically)

1. Law on Land Books [*Zakon o zemljišnim knjigama*] (abbreviation: ZZK), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia Nos. 146/1930-53 and 281/1931-90
2. Law on Partition, Writing Off and Writing To in the Land Books [*Zakon o zemljišnoknjižnim deobama, otpisima i pripisima*] (abbreviation: ZZDOP), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. 62/1931
3. Law on Internal Organization, Establishment and Correction of Land Books [*Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga*] (abbreviation: ZUOIZK), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. 62/1931
4. Rulebook on Keeping the Land Books [*Pravilnik za vođenje zemljišnih knjiga*] (abbreviation: PZK), Official gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. 64/1930
5. Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, Текст [Pre-Draft of the Civil Code for the Kingdom of Yugoslavia, Text], Ministry of Justice of the Kingdom of Yugoslavia, Belgrade 1934
6. Law on Non-validity of Legal Regulations Passed Before 6 April 1941 and During the Hostile Occupation [*Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije*] (abbreviation: ZNPP), Official gazette of the FNRJ No. 86/1946
7. Law on Ownership on Special Parts of Buildings [*Zakon o svojini na posebnim delovima zgrada*], Official gazette of the SFRJ Nos. 43/1965-1583, 57/1965-1902, Official gazette of the SR Serbia Nos. 29/1973-948, 52/1973-1578, Official gazette of SRJ No. 38/1996-1057
8. Law on Obligation Relations [*Zakon o obligacionim odnosima*] (abbreviation: ZOO), Official gazette of the SFRJ Nos. 29/1978-1181, 39/1985-1129, 49/1989-1195, 57/1989-1438, Official gazette of the SRJ Nos. 31/1993-681, 22/1999-2 and 44/1999-17
9. Law on State Survey and Cadastre and on Registration of Rights On Immovables [*Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima*] (abbreviation: ZKN), Official gazette of the Republic of Serbia No. 83/1992-2897, significant amendments in Nos. 12/1996-328 (March 1996) and 25/2002-1 (May 2002)
10. Law on Court Fees [*Zakon o sudskim taksama*] (abbreviation: ZST), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 28/1994-762, 53/1995-1999, 16/1997-288, 34/2001-1, 9/2002-20, 29/2004-1 and 61/2004-4
11. Law on Maintenance of Residential Buildings [*Zakon o održavanju stambenih zgrada*], Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 44/1995-1646, 46/1998-1119, 1/2001-3 and 101/2005-28

12. Decree on the Amount of Fee for Using the Data of Survey and Cadastre and Provision of Services by the Republic Geodetic Authority [*Uredba o visini naknade za korišćenje podataka premera i katastra i pružanje usluga Republičkog geodetskog zavoda*] (abbreviation: UVNKN), Official gazette of the Republic of Serbia No. 45/2002-8
13. Law on Tax Procedure and Tax Administration [*Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji*] (abbreviation: ZPPPA), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 80/2002-1, 84/2002-2, 23/2003-16, 70/2003-1, 55/2004-32, 61/2005-51, 85/2005-30 and 62/2006-12
14. Law on Administrative Fees [*Zakon o republičkim administrativnim taksama*] (abbreviation: ZRAT), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 43/2003-9, 51/2003-1, 53/2004-10, 42/2005-6, 61/2005-60, 101/2005-28, 42/2006-20 and 47/2007-85
15. Law on Planning and Construction [*Zakon o planiranju i izgradnji*] (abbreviation: ZPI), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 47/2003-1 and 34/2006-3
16. Law on Insolvency Procedure [*Zakon o stečajnom postupku*], (abbreviation: ZSP), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 84/2004-1 and 85/2005-30
17. Law on Civil Procedure [*Zivilproceßordnung, Zakon o parničnom postupku*] (abbreviation: ZPP), Official gazette of the Republic of Serbia Nos. 125/2004-1 and 106/2006-58
18. Law on Enforcement Procedure [*Zakon o izvršnom postupku*] (abbreviation: ZIP), Official gazette of the Republic of Serbia No. 125/2004-33
19. Law on Hypothec [*Zakon o hipoteci*] (abbreviation: ZH), Official gazette of the Republic of Serbia No. 115/2005-10
20. Law on Foreign Exchange Transactions [*Zakon o deviznom poslovanju*], Official gazette of the Republic of Serbia No. 62/2006-57

## Bibliography/Literature Used

### Textbooks:

- Babić, I.*, Osnovi imovinskog prava [*Outline of Proprietary Law*], Službeni glasnik, Belgrade 2006
- Čulinović, Ferdo*, Zemljišnoknjižno pravo [*Land Books Law, Grundbuchrecht*], Planeta, Beograd 1933
- Gams, A.*, Увод у грађанско право (општи део) [*Introduction to Civil Law (General part)*], Naučna Knjiga, Beograd 1952
- Gams, A.*, Osnovi stvarnog prava [*Basics of Property Law*], Naučna knjiga, Belgrade 1968
- Josipović, T.*, Zemljišnoknjižno pravo [*Land Books Law, Grundbuchrecht*], Informator, Zagreb 2001
- Kletečka in Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht [Civil Law], 13. Aufl., Band I, Manz, Wien 2006
- Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts [*Basics of Civil Law*], 10. Aufl., Band II, Manz, Wien 1996
- Stanković/Orlić*, Stvarno pravo [*Property Law*], VI skraćeno i izmenjeno izdanje, NIU Službeni list, Belgrade 1993
- Stanković/Vodinelić*, Увод у грађанско право [*Introduction to Civil Law*], Nomos, Belgrade 1996
- Stojanović, D.*, Stvarno pravo [*Property Law*], Kragujevac 1998

### Monographs:

- Begović B./Mijatović B./Hiber D.*, Privatizacija državnog zemljišta u Srbiji [*Privatization of State Land in Serbia*], CLDS, Belgrade December 2006, available at [http://www.clds.org.yu/newsite/privatizacija\\_dr\\_zemljista.pdf](http://www.clds.org.yu/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pdf)
- Josipović, T.*, Länderbericht Kroatien in Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa Band I, Berlin 2006
- Krstić, Đ.*, Evidencija prava na nepokretnostima, uporednopravni prikaz [*Records of the Rights on Real Estates, a Comparative Review*], Institute of Comparative Law, Belgrade 1972
- Mincke*, Die Akzessorität des Pfandrechts [*Accessory of Real Estate Security*], Berlin 1987
- Povlakić, Meliha*, Länderbericht Bosnien und Herzegowina in Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa Band I, Schriftenreihe vdp Band 23, Berlin 2006

**Commentaries:**

Čulinović, Ferdo, Komentar zemljišnoknjižnih zakona [*Commentary of Land Books Laws*], Geca Kon, Belgrade 1931

Gloginić, Aleksandar, Komentar zakona o hipoteci [*Commentary to the Law on Hypothec*], Službeni glasnik, Belgrade 2007

Šarkić N./Nikolić, M., Komentar Zakona o izvršnom postupku [*Commentary to the Law on Enforcement Procedure*], Službeni glasnik, Belgrade 2006

Živković, Dragoslav R., Komentar zakona o hipoteci [*Commentary to the Law on Hypothec*], Poslovni biro, Belgrade 2006

**Articles:**

Medicus, Die Akzessorität im Zivilrecht [*Accessory in Civil Law*], JuS 10/1971

Nikolić, Mladen, Sporna pitanja u primeni novog Zakona o izvršnom postupku [*Disputable Issues in Application of the New Law on Enforcement Procedure*], Izbor sudske prakse [*Selected Court Practice*], No. 1/2007

Orlić, M., Nacrt Zakona o hipoteci [*Draft Law on Hypothec*], Pravni život [*Legal Life*] Nr. 10/2004, p. 39 ff.

Zakon o hipoteci, predgovor dr Milan S. Parivodić [*Law on Hypothec, Preface by Milan S. Parivodić, PhD.*], Službeni glasnik, Belgrade 2006

Živković, M., Mortgage and Lien on Land in Property Law Amendments in Serbia, Institute of Comparative Law, Belgrade 2004

Živković, M., Real Estate Registers, in Property Law Amendments in Serbia, Institute of Comparative Law, Belgrade 2004

Živković, M., Upis hipoteke u zemljišne knjige i katastar nepokretnosti [*Inscription of Hypothec in Land Books and in the Real Estate Cadastre*], in Simpozijum u Cavtatu – Doprinosi reformi vanparničnog postupka u državama jugoistočne Evrope [*The Cavtat Symposium – Contributions to the Reform of Non-contentious Procedure in Southeastern Europe*], GTZ Temmen, Bremen 2005



# RUNDER TISCH

## „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“

### Länderbericht Ukraine

*Konstantin Kucherenko*

Jurist, UNIA (Ukrainische Nationale Hypothekenassoziation), Kiev

*Tim Lassen*

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main – Berlin – Moskau,  
Eurohypo AG, Repräsentanz Moskau

#### A. Wird das nicht-akzessorische Grundpfandrecht in der Praxis genutzt? Gründe?

Das ukrainische Recht kennt bei den Grundpfandrechten nur die akzessorische Hypothek<sup>1</sup>.

Das Gesetz bezeichnet die Hypothek in Art. 3 Abs. 4 Hypothekengesetz als ein (von der gesicherten Forderung) „abgeleitetes“, d.h. akzessorisches Grundpfandrecht. Obwohl der Gesetzgeber, wie noch aufzuzeigen sein wird, die Akzessorietät nicht auf der ganzen Linie konsequent durchsetzt, geht auch die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur von der Akzessorietät<sup>2</sup> des ukrainischen Grundpfandrechts wie auch des Pfandrechts im Allgemeinen aus<sup>3</sup>.

Eine gewisse Lockerung des Akzessorietätsprinzips ergibt sich allerdings daraus, dass die Hypothek und der Hypothekenvertrag wie auch das allgemeine Pfandrecht von einem wesentlichen T.d.L. als ein (schuldrechtliches) Vertragsverhältnis zwischen dem Eigentümer<sup>4</sup> und dem Hypothekengläubiger<sup>5</sup> mit der Folge der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Vertragsfreiheit verstanden wird<sup>6</sup>.

Eine weitere Einschränkung des Akzessorietätsprinzips ergibt sich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen, die die Absicherung künftiger (auch zum Zeitpunkt der Hypothekenbestellung noch nicht bestimmter) Forderungen nach dem Vorbild der in vielen Rechtsordnungen bekannten Höchstbetragshypothek zulassen<sup>7</sup>.

Auf die beiden hier erwähnten Einschränkungen der Akzessorietät der ukrainischen Hypothek wird nachfolgend noch detailliert einzugehen sein.

1 Ukr.: іпотека (ipoteka).

2 Ukr.: похідний характер (pochidnij charakter).

3 § 2 des Schreibens des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine Nr. 01-8/637 v. 30.5.2001; *Dovgert/Kuznetsova/Podoprigora* u.a. – *Kuznetsova/Bodnar*, S. 478; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 Gesetz der Ukraine „Über das Pfand“.

4 Im Sprachgebrauch des ukrainischen Gesetzes „Hypothekengeber“, ukr.: іпотекодавець.

5 Ukr.: іпотекодержатель, „Hypothekennehmer“.

6 Vgl. z.B. *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 318, wonach der Gesetzgeber die traditionelle Lehre vom dinglichen Charakter des Pfandrechts „nicht übernommen hat“; zur Anwendbarkeit der Vertragsfreiheit s. auch ebenda, S. 437.

7 Vgl. vor allem Art. 3 Abs. 3 Hypothekengesetz.

**Nichtakzessorische Sicherheiten** kommen im ukrainischen Recht kaum vor. Das wichtigste nichtakzessorische Sicherungsrecht stellt die Garantie dar, die in den Art. 560-569 ZGB geregelt ist.

## **B. Gesetzliche Grundlagen: Kurze überblicksartige Darstellung der wesentlichen gesetzlichen Grundlagen**

Das Pfandrecht in der Ukraine ist im Zivilgesetzbuch<sup>8</sup>, im Pfandgesetz<sup>9</sup>, im Hypothekengesetz<sup>10</sup> und im Hypothekenkreditgesetz<sup>11</sup> geregelt.

Das Zivilgesetzbuch und das Pfandgesetz enthalten Regelungen zum Mobiliarpfandrecht, die auch als allgemeine Vorschriften für das Grundpfandrecht gelten. Dabei haben die Normen des Zivilgesetzbuches Vorrang vor den Vorschriften des Pfandgesetzes<sup>12</sup>. Besondere Bestimmungen (*lex specialis*) in Bezug auf die Hypothek enthält demgegenüber das Hypothekengesetz.

Das Hypothekenkreditgesetz regelt einzelne Aspekte der Hypothekenkreditverträge wie auch der Hypothekenverträge. Soweit es um die Hypothek geht, treten die Vorschriften des Hypothekenkreditgesetzes vor die Normen des Hypothekengesetzes<sup>13</sup>.

Für die Verwertung der Hypothek im Wege gerichtlicher Vollstreckung (durch Zwangsversteigerung) gelten neben den Art. 41 ff. Hypothekengesetz die Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsgesetzes<sup>14</sup>. Die Rechte des Hypothekengläubigers in der Insolvenz richten sich nach den Vorschriften des Insolvenzgesetzes<sup>15</sup>.

Die Anwendung der Hypothek im Rahmen der sog. Baufinanzierungsfonds<sup>16</sup> ist zudem im Bauhypothekengesetz<sup>17</sup> geregelt. Da dieses Gesetz nur einen Sonderfall der Anwendung von Hypotheken betrifft, wird sein Regelungsgehalt hier nicht näher behandelt.

Die Refinanzierung von Hypothekenkrediten durch Emission von Covered Bonds, den sog. Hypothekenobligationen ist im Hypothekenobligationengesetz<sup>18</sup> geregelt.

8 Zivilgesetzbuch der Ukraine vom 16. Januar 2003 Nr. 435-IV (ukr. *Cyvil'nyj kodeks Ukraïny*).

9 Gesetz der Ukraine „Über das Pfand“ vom 2. Oktober 1992 Nr. 2654-XII.

10 Gesetz der Ukraine „Über die Hypothek“ vom 5. Juni 2003 Nr. 898-IV.

11 Gesetz der Ukraine „Über Hypothekenkreditierung, Transaktionen mit konsolidierten Hypothekenforderungen und Hypothekenzertifikate“ vom 19. Juni 2003 Nr. 979-IV.

12 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 316.

13 Ebenda.

14 Gesetz der Ukraine „Über das Zwangsvollstreckungsverfahren“ vom 21. April 1999 Nr. 606-XIV.

15 Gesetz der Ukraine „Über die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder seine Bankrotterklärung“ vom 14.5.1992 Nr. 2343-XII.

16 Baufinanzierungsfonds („фонди фінансування будівництва“) sind gesetzlich geregelte Finanzierungsmechanismen zum Bau von Wohnanlagen, die die Aufnahme und Verwaltung von Investorengeldern zur Finanzierung von Bauvorhaben vorsehen.

17 Gesetz der Ukraine „Über Finanz-Kredit-Mechanismen und Vermögensverwaltung beim Wohnungsbau und bei Immobilientransaktionen“ vom 19. Juni 2003 Nr. 978-IV.

18 Gesetz der Ukraine „Über die Hypothekenobligationen“ vom 22. Dezember 2005.

Des Weiteren ist für die Hypothek eine Reihe von untergesetzlichen Vorschriften einschlägig. Hierzu gehören insbesondere:

- die Verordnung des Ministerkabinetts der Ukraine „Über die Bestätigung der provisorischen Ordnung der Registrierung von Hypotheken“ Nr. 410 v. 31.3.2004<sup>19</sup>, die die staatliche Registrierung von Hypotheken im Staatlichen Register für Hypotheken (Hypothekenregister) regelt. Diese Verordnung soll mit der Schaffung eines einheitlichen Registers der Rechte an Immobilien außer Kraft gesetzt werden;
- die Verordnung der Staatlichen Kommission für Wertpapiere und Kapitalmarkt (Wertpapierkommission) „Über die standardmäßige (typische) Form des Blanketts eines Hypothekenbriefes“ Nr. 363 v. 4.9.2003<sup>20</sup>, die die einheitliche Form des Hypothekenbriefes festlegt.

## I. Rechtscharakter

### 1. Arten der Grundpfandrechte

Als einziges Grundpfandrecht ist dem ukrainischen Recht nur die akzessorische Hypothek bekannt.

#### a. Allgemeines zu den Arten der Grundpfandrechte

Die Hypothek nach ukrainischem Recht existiert als *Registerrecht* oder, soweit ein Hypothekenbrief (ukr.: *zastawna*) erteilt wird, als *Briefrecht*. Grundsätzlich ist die Ausgestaltung der Hypothek als Register- oder Briefrecht frei wählbar. Es bestehen jedoch zwei Ausnahmen:

1. Die Ausgestaltung der Hypothek als Briefrecht ist nicht möglich, wenn es sich bei der gesicherten Forderung nicht um eine Geldforderung handelt (vgl. Art. 20 Abs. 1 S. 1 Hypothekengesetz). So sieht z.B. Art. 10 Bauhypothekengesetz vor, dass die Forderung des Fondsverwalters eines Baufinanzierungsfonds gegen den Bauträger aus dem Bauträgervertrag, die auf eine Werkleistung gerichtet ist, durch eine Hypothek abzusichern ist. Allgemein kann eine Hypothek zur Sicherung aller Forderungen verwendet werden, d.h. nicht nur von Geldforderungen (arg. Art. 7 Abs. 2 Hypothekengesetz). Ist die gesicherte Forderung also keine Geldforderung, so ist die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen.
2. Ein Hypothekenbrief kann außerdem nicht erteilt werden, wenn die Hypothek eine Geldforderung sichert, deren Höhe zum Zeitpunkt des Abschlusses des Hypothekenvertrages noch nicht feststeht und soweit auch keine Kriterien vorhanden sind, die es erlauben, die Höhe der Geldforderung zu einem konkreten Zeitpunkt zu bestimmen. Nach Art. 3 Abs. 3 Hypothekengesetz kann eine Hypothek zur Sicherung künftiger Forderungen, die auf einem (zum Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek) bereits wirksamen Vertrag beruhen, bestellt werden<sup>21</sup>. Ist in einem solchen Fall die Höhe der künftigen Forderung(en) noch offen, so kann für die sie absichernde Hypothek demnach kein Hypothekenbrief erteilt werden.

19 Nachfolgend zitiert als Hypothekenregisterverordnung.

20 Nachfolgend zitiert als Hypothekenbriefverordnung.

21 Hierzu gleich u.

Die Erteilung eines Briefes muss im Hypothekenvertrag vereinbart werden (Art. 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, Art. 20 Abs. 1 S. 2 HypG). Häufig enthalten Hypothekenverträge eine Bestimmung, die nur die Möglichkeit einer (späteren) Erteilung eines Hypothekenbriefes vorsieht, wobei der Hypothekenbrief aber vorerst nicht erteilt wird. Fraglich ist, ob die Erteilung eines Hypothekenbriefes aufgrund einer solchen Vertragsabrede zu einem späteren Zeitpunkt ohne Änderung des Hypothekenvertrages möglich ist.

Diese Frage ist bislang nicht geklärt; insbesondere gibt auch der Wortlaut des Gesetzes für die Lösung dieser Frage nichts her<sup>22</sup>. Für die Möglichkeit der Erteilung eines Hypothekenbriefes bei einer solchen vertraglichen Regelung spricht die Bestimmung des § 92 Notariatsverordnung<sup>23</sup>, wonach ein Hypothekenvertrag „die Möglichkeit der Erteilung eines Hypothekenbriefes“ regeln muss.

Des Weiteren unterscheidet man im ukrainischen Recht nach dem Rechtsgrund der Bestellung der Hypothek:

- a) die *vertragliche* Hypothek (aufgrund eines Hypothekenvertrages);
- b) die *gesetzliche* Hypothek, die *ipso jure* entsteht. Häufigster und bislang einziger Fall einer gesetzlichen Hypothek im ukrainischen Recht ist das sog. Steuerpfandrecht, soweit es unbewegliches Vermögen belastet. Das Steuerpfandrecht<sup>24</sup> ist ein gesetzliches Pfandrecht zugunsten der Steuerverwaltung, das die Steuerschuld eines Steuerzahlers sichert, der mit der Begleichung einer fälligen Steuerschuld in Verzug gekommen ist. Es entsteht kraft Gesetzes und erstreckt sich auf sämtliche Aktiva des Steuerschuldners<sup>25</sup>, also auch unbewegliches Vermögen. Nach der nunmehr ausdrücklichen Regelung in Art. 4 Abs. 4 Hypothekengesetz (in der Fassung des Gesetzes v. 22.12.2005) ist das Steuerpfand, soweit es unbewegliches Vermögen erfasst, im Hypothekenregister einzutragen. Durch die Registrierung erhält das Steuerpfandrecht seinen Rang.
- c) die *gerichtliche* Hypothek, die durch eine Gerichtsentscheidung (Beschluss oder Urteil) bestellt wird. Dem Verfasser sind jedoch bislang keine Gerichtsentscheidungen bekannt, die die gerichtliche Bestellung einer Hypothek anordnen.

#### b. Briefrecht

Wird im Hypothekenvertrag, soweit zulässig (s.o.), die Erteilung eines Hypothekenbriefes vereinbart, handelt es sich bei der Hypothek um ein Briefrecht. Die Übertragung der gesicherten Forderung und Hypothek nach Erteilung des Hypothekenbriefes erfolgt nicht mehr nach den für die Übertragung von Forderungen

22 Nach Art. 18 Abs. 1 Nr. 4 hat der Hypothekenvertrag zu enthalten „eine Bestimmung über die Erteilung des Hypothekenbriefes oder Nichterteilung desselben“.

23 Anweisung über die Ordnung der Vollziehung von Notarhandlungen durch die Notare der Ukraine, bestätigt durch Verordnung des Justizministeriums der Ukraine Nr. 20/5 v. 3.3.2004.

24 Ukr.: податкова застава (podaktova zastawa).

25 Art. 8.1., 8.2.2. Gesetz der Ukraine „Über die Ordnung der Begleichung von Verbindlichkeiten der Steuerzahler gegenüber den Budgets und den Staatlichen Zielfonds Nr. 2181-III v. 21.12.2000; siehe hierzu auch die Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine Nr. 2-пп/2005 vom 24.03.2005.

und Registerhypotheken geltenden Vorschriften, sondern ausschließlich durch Übergabe und Indossierung des Hypothekenbriefes<sup>26</sup>.

Das ukrainische Recht qualifiziert den Hypothekenbrief als ein Wertpapier<sup>27</sup>. Da der Hypothekenbrief nach Art. 3 Abs. 2 Wertpapiergesetz<sup>28</sup> ein sog. Nichtemissions-Wertpapier ist, sind die wertpapierrechtlichen Bestimmungen über die Sammelverwahrung und den elektronischen Umlauf von Wertpapieren auf den Hypothekenbrief nicht anwendbar. Der Hypothekenbrief verbrieft die Rechte des Hypothekengläubigers sowohl aus der gesicherten Forderung, als auch aus der Hypothek. Nach Art. 20 Abs. 1 Hypothekengesetz ist der Hypothekenbrief ein schuldverschreibungsähnliches Wertpapier<sup>29</sup>, das dem Inhaber das Recht gibt, vom Schuldner der gesicherten Forderung deren Erfüllung zu verlangen und im Falle der Nichterfüllung in die verpfändete Immobilie zu vollstrecken.

Entsprechend der Qualifikation des Hypothekenbriefes als Wertpapier enthalten das Gesetz und die einschlägigen Ausführungsvorschriften der Wertpapierkommission relativ strenge Anforderungen an die Form von Hypothekenbriefen. Nach Art. 21 Hypothekengesetz ist die Standardform des Hypothekenbriefes von der Wertpapierkommission festzulegen. Die Wertpapierkommission hat in der Hypothekenbriefverordnung entsprechende Ausführungsbestimmungen erlassen, die am 1.7.2007 in geänderter Fassung in Kraft getreten sind. Hiernach wird das Formular des Hypothekenbriefes mit einem besonderen Fälschungsschutz ausgestattet; der Hypothekenbrief enthält Angaben über die gesicherte Forderung, den Hypothekenvertrag sowie besondere Felder für das Indossament. Nach Vereinbarung zwischen dem Hypothekenschuldner und dem Hypothekengläubiger können in den Hypothekenbrief auch Angaben aufgenommen werden, die das Gesetz nicht als Pflichtangaben vorsieht.

Das Gesetz legt dem Hypothekenbrief besondere Rechtswirkungen bei, die im Vergleich zu der Buchhypothek einen erhöhten Verkehrsschutz bezwecken. Allerdings wurde die Bestimmung im Hypothekengesetz, die eine Novationswirkung im Falle der Erteilung eines Hypothekenbriefes vorsah<sup>30</sup>, aus dem Gesetz gestrichen. Andere Vorschriften, die den Inhaber des Hypothekenbriefes schützen sollen, wurden beibehalten. Dies betrifft insbesondere folgende Regelungen:

1. Nach Erteilung des Hypothekenbriefes kann die Erfüllung der gesicherten Forderung und die Vollstreckung in den Gegenstand der Hypothek nur vom Inhaber des Hypothekenbriefes verlangt werden (Art. 20 Abs. 3 Hypothekengesetz). Das bedeutet, dass der Hypothekenschuldner nicht verpflichtet ist, an eine Person zu leisten, die nicht im Besitz des Hypothekenbriefes ist (auch wenn sie im

26 Vgl. Art. 24 Abs. 4 Hypothekengesetz.

27 Табала О. Заставна. Іпотечні цінні папери, в: Іпотека – аналіз, коментарі, практика застосування, Харків 2006, ст. 86.

28 Gesetz der Ukraine „Über die Wertpapiere und den Kapitalmarkt“ Nr. 3480-IV v. 23.2.2006.

29 Укр. борговий цінний папір (borhovyj cinnij papir).

30 Art. 20 Abs. 3 Hypothekengesetz a.F. enthielt folgende Bestimmung: Nach Erteilung des Hypothekenbriefes erlischt die Verpflichtung des Schuldners aus dem Vertrag, der die gesicherte Forderung regelt, und entsteht die Zahlungsverpflichtung des Schuldners aus dem Hypothekenbrief. Diese Vorschrift wurde durch das Änderungsgesetz vom 15.12.2005 abgeschafft.

Hypothekenregister als Hypothekengläubigerin eingetragen ist). Andererseits befreit den Hypothekenschuldner nur eine Leistung an den Inhaber des Hypothekenbriefes.

2. Entspricht der Inhalt des Hypothekenbriefes nicht den Bestimmungen des Hypothekenvertrages oder des Vertrages über die gesicherte Forderung, so hat der Inhalt des Hypothekenbriefes Vorrang, Art. 21 Abs. 3 S. 2 Hypothekengesetz. Hier hat sich der Gesetzgeber eindeutig für den Verkehrsschutz beim Hypothekenbrief entschieden. In der Praxis bedeutet das, dass der Erwerber eines Hypothekenbriefes nicht die Hypotheken- und Kreditverträge nachzuprüfen hat, sondern sich auf den Inhalt des Hypothekenbriefes verlassen kann.
3. Der Hypothekenbrief ist nach der Tilgung der gesicherten Forderung an den Hypothekenschuldner auszuhändigen; befindet sich der Hypothekenbrief nicht im Besitz des Hypothekenschuldners, so wird vermutet, dass die gesicherte Forderung nicht erfüllt wurde (Art. 22 Abs. 2 Hypothekengesetz).

Übertragen wird die durch einen Hypothekenbrief verbriefte persönliche Forderung und Hypothek durch Indossament (Art. 25 Hypothekengesetz). Das Indossament enthält unter anderem auch die Angabe über den Restbetrag der gesicherten Forderung<sup>31</sup>. Die Übertragung durch Abtretung der Forderung nach den Vorschriften des ZGB und Abtretung der Hypothek nach Art. 24 Hypothekengesetzes ist im Falle der Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen. Die Übertragung des Hypothekenbriefes bedarf nach Art. 26 Abs. 1 Hypothekengesetz nicht der staatlichen Registrierung im Hypothekenregister. Dies hindert den Indossatar freilich nicht daran, sich als Hypothekengläubiger im Hypothekenregister eintragen zu lassen.

Komplementär zum Schutz des Inhabers des Hypothekenbriefes sieht das Gesetz auch Regelungen zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers des Hypothekenbriefes vor, die zur Konsequenz haben, dass der Erwerber eines Hypothekenbriefes besser geschützt ist, als der Erwerber einer Buchhypothek<sup>32</sup>. Zentrale Vorschrift ist hier Art. 26 Abs. 4 Hypothekengesetz. Hiernach kann der Schuldner Zahlung an einen gutgläubigen Erwerber des Hypothekenbriefes nur dann verweigern, wenn der Schuldner die gesicherte Forderung bereits vertragsgemäß erfüllt hat<sup>33</sup> oder der Hypothekenbrief unter dem Einfluss des Betruges, der Gewalt, einer Gewaltdrohung oder einer Kollusion der Parteien erteilt worden ist. In anderen Fällen sind Einwendungen des Schuldners gegen die Zahlung aus dem Hypothekenbrief ausgeschlossen.

Dies betrifft vor allem die (in der ukrainischen Praxis durchaus häufigen) Fälle der Unwirksamkeitserklärung des Hypothekenvertrages, die – soweit sie nicht auf

31 § 8.5. Hypothekenbriefverordnung. Für diese Angabe im Hypothekenbrief haftet der Indossant wie auch für den übrigen Inhalt des Hypothekenbriefes nach Art. 26 Abs. 2 Hypothekengesetz.

32 Einen gutgläubigen Erwerb von beschränkten dinglichen Rechten kennt das ukrainische Recht nicht, hierzu s. auch u.

33 Es ist jedoch bislang ungeklärt, ob hier nur die vollständige oder auch die nur teilweise Erfüllung der gesicherten Forderung gemeint ist. Der Wortlaut des Gesetzes spricht eher für die Annahme, dass nur die vollständige Erfüllung der gesicherten Forderung gemeint ist.

den im Gesetz aufgezählten Gründen beruhen – gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Hypothekenbriefes nicht geltend gemacht werden können.

Zusätzlich bestimmt Art. 26 Abs. 3 Hypothekengesetz, dass der Indossant mit der Übertragung des Hypothekenbriefes auf den Indossatar mangels einer abweichenden Mitteilung an den Indossaten garantiert, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Übergabe des Hypothekenbriefes die gesicherte Forderung ordnungsgemäß bedient und sämtliche Zahlungen, die zu diesem Zeitpunkt fällig waren, entsprechend den Bedingungen des Hypothekenbriefes erbracht hat.

In der Praxis der ukrainischen Kreditwirtschaft hat der Hypothekenbrief bislang keine große Anwendung gefunden. Dies hängt unter anderem auch damit zusammen, dass die vor dem 1.7.2007 geltende Fassung der Hypothekenbriefverordnung durchaus anwenderfeindlich war. Es steht zu erwarten, dass mit dem Erlass der Hypothekenbriefverordnung in neuer Fassung und mit der Weiterentwicklung des ukrainischen Verbriefungs- und Covered-Bond-Marktes der Hypothekenbrief eine stärkere Verbreitung erfährt.

### c. Höchstbetragshypothek

Der Begriff einer Höchstbetragshypothek ist dem ukrainischen Recht nicht bekannt. Jedoch erlaubt das ukrainische Gesetz die Gestaltung der herkömmlichen Hypothek in der Weise, dass sie einen Forderungskreis bestehend aus den zum Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek unbestimmten Forderungen sichert. Da dies wohl das wichtigste Wesensmerkmal der Höchstbetragshypothek ist, kann davon ausgegangen werden, dass die Höchstbetragshypothek im ukrainischen Recht im Ergebnis möglich ist, jedoch vorbehaltlich der hier noch näher zu behandelnden Einschränkungen.

Noch unter dem alten Recht – vor Einführung des Hypothekengesetzes<sup>34</sup> – war umstritten, ob im Pfandvertrag – dem heutigen Hypothekenvertrag – die Höhe der gesicherten Forderung vermerkt sein muss oder es auch ausreicht, wenn der Hypothekenvertrag lediglich einen Verweis auf den die gesicherte Forderung begründenden Vertrag enthält.

Das Oberste Wirtschaftsgericht (ehemals: Oberste Arbitragegericht) hat sich in einer Reihe von Urteilen mit Hypothekenverträgen auseinandergesetzt, die eine folgende Bestimmung zu den gesicherten Forderungen enthielten:

„Das Pfandrecht (am unbeweglichen Vermögen – Anm. d. Verf.) sichert:

1. die rechtzeitige Rückzahlung durch den Schuldner XX eines Überziehungskredites in Höhe von XX;
2. Forderungen, die aus allen abgeschlossenen Kreditverträgen zwischen der P-Bank und dem Schuldner innerhalb von drei Jahren entstehen können im Betrag von maximal 140.000 UAH.“

Es handelte sich also faktisch um eine Höchstbetragshypothek. Das Oberste Wirtschaftsgericht hat in seinen Entscheidungen die Auffassung vertreten, dass die

---

34 Vor Einführung des Hypothekengesetzes war die Hypothek als eine Unterart des Pfandrechts im Pfandgesetz geregelt.

gesicherte Forderung im Hinblick auf Art. 12 Pfandgesetz<sup>35</sup> im Hypothekenvertrag ihrer Höhe nach bezeichnet sein muss. Eine bloße Verweisung auf das die gesicherte(n) Forderung(en) begründende Rechtsgeschäft wie in den Streitgegenständlichen Pfandverträgen sei demnach nicht ausreichend<sup>36</sup>. Aus diesem Grund erklärte das Oberste Wirtschaftsgericht die Pfandverträge für unwirksam.

Das Oberste Gericht der Ukraine, das als letzte Revisionsinstanz in Wirtschaftsstreitigkeiten fungiert, hat diese beiden Urteile des Obersten Wirtschaftsgerichts aufgehoben<sup>37</sup>. Das Oberste Gericht berief sich dabei unter anderem auf Art. 3 Abs. 2 Pfandgesetz, wonach das Pfandrecht auch Forderungen sichern kann, die zukünftig entstehen können, soweit die Parteien sich über einen Maximalbetrag der Sicherung geeinigt haben. Das Oberste Gericht hielt es im Hinblick auf diese gesetzliche Bestimmung für ausreichend, wenn die Parteien im Pfandvertrag lediglich auf das Rechtsgeschäft oder die Rechtsgeschäfte verweisen, aus denen die gesicherten Forderungen entstehen können<sup>38</sup>. Erforderlich war dabei aber – wie bei der Höchstbetragshypothek – die Einigung über den Maximalbetrag der Sicherung.

Das im Jahre 2004 in Kraft getretene Hypothekengesetz hat hier jedoch einige wesentliche Neuerungen gebracht, die die Rechtsprechung des Obersten Gerichts aus dem Jahre 2002 teilweise außer Kraft setzen. Art. 3 Abs. 4 Hypothekengesetz enthält nunmehr die Bestimmung, die gegenüber Art. 3 Abs. 2 Pfandgesetz *lex specialis* ist. Diese Bestimmung lautet: „Die Hypothek kann die Erfüllung einer bestehenden Forderung oder einer Forderung absichern, die *zukünftig aufgrund eines bereits wirksamen Vertrages* entstehen kann.“ Erforderlich ist also nunmehr, dass der die (zukünftige) Forderung begründende Vertrag im Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek bereits wirksam ist<sup>39</sup>. Es können mithin nicht mehr sämtliche künftige Forderungen aus dem Geschäftsverhältnis durch die Hypothek gesichert werden, sondern nur Forderungen aus einem bestimmten, bereits wirksamen Vertrag.

Auf der anderen Seite verlangt das Hypothekengesetz nicht die Vereinbarung eines Maximalbetrages der Sicherung. Im Hypothekenvertrag braucht die Höhe der gesicherten Forderung auch nicht mehr notwendigerweise bezeichnet zu werden<sup>40</sup>; nach der am 15.12.2005 beschlossenen Gesetzesänderung genügt es nunmehr, wenn der Hypothekenvertrag eine Verweisung auf das Rechtsgeschäft enthält, das die gesicherte(n) Forderung(en) begründet (Art. 18 Abs. 1 Nr. 2 Hypothekengesetz), z.B. die Verweisung auf einen Vertrag über die Eröffnung einer Kreditlinie.

35 Nach Art. 12 Pfandgesetz hat der Pfandvertrag Angaben zum Gegenstand, Höhe und Erfüllungsfrist der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung zu enthalten.

36 Entscheidung des Obersten Arbitragegerichts der Ukraine v. 21.9.1999 (AZ Д-1-55); Entscheidung des Obersten Arbitragegerichts der Ukraine v. 5.8.1999 (AZ ПД-10-42).

37 Entscheidung des Obersten Gerichts der Ukraine v. 15.4.2002 (AZ ПД-10-42 02/104); Entscheidung des Obersten Gerichts der Ukraine v. 15.4.2002 (AZ Д-1-55 02/105).

38 Die gesicherten Forderungen wären somit nicht bestimmt, sondern lediglich bestimmbar; vgl. *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 326.

39 Nach *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 324, kann ein Hypothekenvertrag für unwirksam erklärt werden, wenn er vor dem Wirksamwerden des die gesicherte Forderung begründenden Vertragsverhältnisses geschlossen wird.

40 Саутенко Н., Практика застосування іпотечного законодавства у питаннях та відповідях: Іпотека – аналіз, коментарі, практика застосування, Харків 2006, ст. 262.

Somit bleibt zur aktuellen Gesetzeslage unter dem Hypothekengesetz Folgendes festzuhalten:

1. Die Hypothek kann auch zur Sicherung künftiger, zum Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek noch nicht entstandener Forderungen bestellt werden.
2. In diesem Fall genügt es, wenn im Hypothekenvertrag nicht die (individualisierte) gesicherte Forderung mit ihrem Betrag bezeichnet wird, sondern lediglich ein Verweis auf das Rechtsgeschäft, das die gesicherte Forderung begründet, enthalten ist.
3. Es ist jedoch zu beachten, dass der Vertrag, der die (auch künftigen) gesicherten Forderungen begründet, zum Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek bereits wirksam sein muss.
4. Die Vereinbarung einer Maximalhöhe der Sicherung im Hypothekenvertrag ist nicht erforderlich.

Es sind keine Beschränkungen zur Gestaltung der Hypothek im o. beschriebenen Sinne ersichtlich.

Eine Hypothek, die den aus einem Vertragsverhältnis entstammenden Forderungskreis sichert, wird im Hypothekenregister dadurch erkennbar sein, dass bei einer solchen Hypothek statt der Informationen zur gesicherten Forderung lediglich ein Verweis auf das die gesicherte Forderung begründende Rechtsgeschäft vermerkt sein wird.

Das ukrainische Recht kennt keine eigene Verzinsung der Hypothek im Sinne dinglicher Zinsen. Nach Art. 7 Abs. 1 Hypothekengesetz sichert die Hypothek die gesicherte Forderung<sup>41</sup>, deren Höhe zum Zeitpunkt der Erfüllung dieser Forderung zu bestimmen ist, einschließlich der Zinsen, der Vertragsstrafe und des Hauptbetrages der Forderung. Somit sichert die Hypothek – soweit im Hypothekenvertrag nichts anderes bestimmt ist – die schuldrechtlichen Zinsen. Die Angabe der Zinsen *aus der Hauptforderung* (d.h. schuldrechtlicher Zinsen) im Hypothekenvertrag ist nicht zwingend erforderlich: Der Hypothekenvertrag kann lediglich einen Verweis auf das Rechtsgeschäft enthalten, das die gesicherte Forderung begründet.

Im Hypothekenregister ist die Höhe der schuldrechtlichen Zinsen dagegen anzugeben (Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 Hypothekengesetz). Von der Angabe kann nur abgesehen werden, wenn die Hypothek künftige Forderungen sichert und im Register lediglich der Verweis auf das diese Forderungen begründende Rechtsgeschäft angegeben wird (Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 2. HS Hypothekengesetz). Somit kann bei der hier schon beschriebenen Konstruktion (s.o.), die der Höchstbetragshypothek ähnlich ist, von der Angabe der Zinsen im Register abgesehen werden. Dies spielt aber letztlich für den Hypothekengläubiger keine Rolle, weil die Hypothek die künftig entstehenden Forderungen ohne einen Maximalbetrag sichert.

Wird die Hypothek, die einen Kreis von künftigen Forderungen (ohne Maximalbetrag) sichert, in eine Hypothek umgewandelt, bei der ein fester Betrag im Hypothekenvertrag bzw. im Register angegeben ist, so bedarf es hierzu zunächst einer

---

41 Das ukrainische Gesetz bezeichnet die gesicherte Forderung als die „Hauptforderung“ (ukr.: основне зобов'язання).

Änderung des Hypothekenvertrages, die der Zustimmung des Hypothekengebers und des Hypothekenehmers bedarf. Darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse, wie z.B. der nachrangigen Gläubiger sind dem ukrainischen Recht nicht bekannt. Stattdessen werden nachrangige Gläubiger durch die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 Hypothekengesetz geschützt. Hiernach folgt jede Erhöhung der gesicherten Forderung, soweit sie im Hypothekenvertrag nicht vorgesehen war, im Rang dem Recht des nachrangigen Hypothekengläubigers nach, soweit sein Recht vor der Erhöhung der gesicherten Forderung ins Hypothekenregister eingetragen wurde. Diese Vorschrift kann insbesondere bei der Umwandlung einer Hypothek, die eine Forderung mit festem Betrag sichert, in eine Hypothek künftiger Forderungen eingreifen.

Nach ukrainischem Recht werden die Forderung und die Hypothek trotz der Akzesorietät separat übertragen: die Forderung durch Forderungsabtretung nach Art. 512 Abs. 1 Nr. 1 ZGB, die Hypothek durch Abtretung der Hypothek<sup>42</sup> nach Art. 24 Hypothekengesetz, arg. Art. 24 Abs. 1 S. 2 Hypothekengesetz<sup>43</sup>. Eine Ausnahme hiervon besteht lediglich dann, wenn ein Hypothekenbrief ausgegeben wird: In diesem Fall erfolgt die Übertragung der gesicherten Forderung und der Hypothek einheitlich durch Indossierung des Hypothekenbriefes (Art. 24 Abs. 4 Hypothekengesetz)<sup>44</sup>.

Wird eine Forderung aus dem gesicherten Forderungskreis an einen Dritten abgetreten, ohne dass gleichzeitig die Hypothek abgetreten wird, so sichert die Hypothek ab dem Zeitpunkt einer solchen Abtretung nur noch die verbleibenden (nicht abgetretenen) Forderungen aus dem Forderungskreis. Wird dagegen die Hypothek auf den Dritten mitübertragen, so sichert sie ab dem Zeitpunkt der Abtretung nur die abgetretene(n) Forderung(en). Die beim ursprünglichen Gläubiger verbleibenden Forderungen bleiben ungesichert. In diesen Fällen empfiehlt sich die Änderung des Hypothekenvertrages mit dem neuen Gläubiger dahingehend, dass die Hypothek nur noch die genau bezeichneten (abgetretenen) Forderungen sichert.

Nach Art. 7 Abs. 1 Hypothekengesetz sichert die Hypothek die gesicherte Forderung (einschließlich Zinsen), deren Höhe zum Zeitpunkt der Erfüllung dieser Forderung zu bestimmen ist. Diese Vorschrift ist im Sinne des Art. 589 Abs. 2 ZGB auszulegen, wonach ein Pfandgläubiger sich aus dem Gegenstand des Pfandrechts in Höhe der gesicherten Forderung, die zum Zeitpunkt der *faktischen Befriedigung* zu bestimmen ist, befriedigen kann<sup>45</sup>. Damit sind auch die im Titel nicht berücksichtigten Zinsen, die vor dem Zeitpunkt der Befriedigung anfallen, eingeschlossen.

Die Höhe der Forderung hat nach allgemeiner Beweislastverteilungsregel der Gläubiger nachzuweisen<sup>46</sup>. Eine Ausnahme von dieser Vorschrift kennt das Hypothe-

42 Das Gesetz spricht hier von der „Übertragung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag“.

43 Hierzu siehe unten.

44 Bei einer Hypothek, die künftige, zum Zeitpunkt ihrer Bestellung noch ungewisse Forderungen sichert, ist die Ausgabe des Hypothekenbriefes jedoch ausgeschlossen, Art. 20 Abs. 5 Hypothekengesetz.

45 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 404.

46 Nach Art. 10 Abs. 3 Zivilprozessgesetzbuch hat jede Partei diejenigen Umstände zu beweisen, auf die sie sich als Grundlage für ihre Forderungen oder Einwendungen beruft, soweit dieses Gesetzbuch nichts anderes vorschreibt.

kenrecht nicht. Die zusätzlichen Forderungen (wie z.B. Zinsen), die im Titel nicht berücksichtigt sind, hat der Vollstreckungsgläubiger, d. h. ebenso der Hypothekengläubiger gegenüber dem Gerichtsvollzieher nachzuweisen<sup>47</sup>. Dies gilt umso mehr, als im Hypothekenvertrag und im Hypothekenregister nur ein Verweis auf das die gesicherte Forderung begründende Rechtsgeschäft und nicht die Höhe der gesicherten Forderung selbst enthalten ist.

Hinsichtlich der Vollstreckung aus der Hypothek bestehen keine Unterschiede zwischen einer Hypothek, die einen Forderungskreis künftiger Forderungen sichert sowie einer Hypothek, die eine auf einen festen Betrag lautende Forderung sichert. Daher sind auch bei einer der Höchstbetragshypothek ähnlichen Hypothek sämtliche Verwertungsarten möglich, nämlich:

- die außergerichtliche Verwertung nach Art. 36 ff. Hypothekengesetz (durch freihändige Veräußerung des Gegenstands der Hypothek oder Eigentumserwerb durch den Hypothekengläubiger);
- Verwertung der Hypothek durch notarielle Vollstreckbarerklärung (Art. 33 Abs. 3 2. Alt.);
- gerichtliche Verwertung nach Art. 39 ff. Hypothekengesetz.

Die Zwangsvollstreckung aus einer einen Forderungskreis sichernden Hypothek kann auch wegen einer Teilforderung betrieben werden, in Bezug auf die die Vollstreckungsvoraussetzungen eingetreten sind. In diesem Fall erlischt die gesamte Hypothek; der Verwertungserlös, der die Teilforderung übersteigt, wegen der die Zwangsvollstreckung betrieben wird, wird an die nachrangigen Gläubiger bzw. sonstigen Gläubiger des Eigentümers und nach deren Befriedigung an den Eigentümer ausgeschüttet.

Die Neubegründung einer Darlehensforderung unter der „alten“ Hypothek ist zulässig, soweit die neue Darlehensforderung durch den gleichen Vertrag begründet wird, auf dem der durch die Hypothek gesicherte Forderungskreis beruht.

#### d. Hypothek als Drittsicherheit

Gemäß Art. 1 Abs. 1 Abs. 5 HypG<sup>48</sup> ist der Hypothekengeber<sup>49</sup> die Person, die eine Immobilie als Schuldner<sup>50</sup> zur Sicherung einer eigenen Verbindlichkeit oder als Dritter (sog. Vermögensbürge)<sup>51</sup> zur Sicherung einer Verbindlichkeit eines anderen verpfändet.

Wird die Forderung des Hypothekenehmers bei Stellung der Hypothek als Drittsicherheit auf Kosten der belasteten Immobilie befriedigt, geht die gesicherte Forderung auf den Vermögensbürgen über (Art. 11 Abs. 2 HypG). Nach dieser *cessio legis* kann der Dritte den Schuldner in Regress nehmen.

47 § 5.3.3. der Anweisung über die Durchführung von Vollstreckungshandlungen, bestätigt vom Justizministerium der Ukraine am 15.12.1999, Nr. 74/5.

48 So auch Art. 583 ZGB.

49 Ukr. *ipotekodavec*.

50 Ukr. *boržnyk*.

51 Ukr. *majnovyj poručitel*.

Der die Rechtsstellung des Vermögensbürgen regelnde Art. 11 Hypothekengesetz ist durch Gesetz vom 22.12.2005 neu gefasst worden. Nach Art. 11 Abs. 1 Hypothekengesetz n.F. haftet der Vermögensbürge gegenüber dem Hypothekennehmer für die Nichterfüllung der gesicherten Forderung durch den Schuldner „ausschließlich bis zum Wert des Gegenstands der Hypothek“. Diese Formulierung knüpft die Haftung des Vermögensbürgen nur wertmäßig an den Gegenstand der Hypothek an, m.a.W. kann der Vermögensbürge – bei wortgetreuer Auslegung des Art. 11 Abs. 1 Hypothekengesetz n.F. auch aus seinem sonstigen Vermögen bis zum Wert des Gegenstands der Hypothek in Anspruch genommen werden. Dies erscheint systemfremd; sie ist dem allgemeinen Pfandrecht so nicht bekannt.

Es ist daher wohl auch weiterhin davon auszugehen, dass die Vorschriften des ZGB über die Bürgschaft, insbesondere die (vergleichsweise) kurzen Fristen des Art. 559 Abs. 4 ZGB für die Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger nicht auf die Stellung des hypothekenrechtlichen Vermögensbürgen anzuwenden sind<sup>52</sup>.

#### e. Gesamthypothek

Ein anfängliches rechtsgeschäftliches Gesamtgrundpfandrecht<sup>53</sup> ist möglich.

Ausdrücklich geregelt ist, dass nachrangige Gesamthypotheken an mehreren Objekten auch dann bestellt werden können, wenn die Gegenstände der Hypothek verschiedenen Personen gehören<sup>54</sup> (Art. 13 Abs. 1 S. 3 HypG). Dies gilt auch für erstrangige Gesamthypotheken.

Sind mehrere Immobilien verpfändet, so kann der Hypothekennehmer in dem Umfang in die Immobilien vollstrecken, der zur vollständigen Befriedigung seiner Forderungen notwendig ist (Art. 33 Abs. 5 S. 1 HypG). Der betreibende Pfandgläubiger kann wählen, ob er in einen, in alle und in welchen Pfandgegenstand vollstreckt werden soll (Art. 590 Abs. 5 S. 1 ZGB). Wird nur in eine verpfändete Sache vollstreckt und die gesicherte Forderung dabei nicht vollständig befriedigt, behält der Pfandgläubiger das Recht zur Vollstreckung und somit auch das Pfandrecht (Hypothek) an weiteren Pfandgegenständen (Art. 590 Abs. 5 S. 2 ZGB). Falls die mit der Gesamthypothek belasteten Immobilien verschiedenen Personen gehören und der Hypothekengläubiger in einen Teil der (aber nicht in alle) Hypothekengegenstände vollstreckt, so haben die Hypothekengeber, deren Immobilien verwertet worden sind, einen pro-rata-Regressanspruch gegen die anderen Gesamthypothekengeber. Hinsichtlich der verbliebenen Hypothekengegenstände treten diese Gesamthypothekengeber in die Rechte des Hypothekengläubigers wegen des bezeichneten Regressanspruchs ein (Art. 33 Abs. 5 S. 2 HypG).

Verringert sich der Betrag der gesicherten Forderung, so bleibt der Gegenstand der Gesamthypothek in vollem Umfang erhalten. Dies ergibt sich aus der ausdrück-

52 Zum Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung über die Anwendbarkeit der bürgschaftsrechtlichen Vorschriften auf die Stellung des Vermögensbürgen siehe Гридчук Д. М., Олійник В. О. Іпотека у кредитуванні – практичні аспекти, К.: А. С. К., 2006, ст. 31.

53 Ukr. спільна іпотека (spil'na ipoteka); der Begriff wird im Gesetz nur in Art. 13 Abs. 1 Hypothekengesetz im Zusammenhang mit der Bestellung einer nachrangigen Gesamthypothek erwähnt.

54 Voraussetzung dafür ist, dass die Eigentümer aller Hypothekengegenstände dem zustimmen (Art. 13 Abs. 1 S. 3 HypG).

lichen Regelung in Art. 590 Abs. 4 Hypothekengesetz. Hiernach bleibt das Recht auf Vollstreckung in den Gegenstand des Pfandrechts in vollem Umfang erhalten, wenn der Schuldner die gesicherte Forderung teilweise erfüllt. Diese gesetzliche Regelung wird häufig in die Hypothekenverträge in der Formulierung übernommen: „Im Falle einer teilweisen Erfüllung der Verpflichtungen durch den Hypothekengeber bleibt die Hypothek im ursprünglichen Umfang erhalten“<sup>55</sup>. Teilweise wird zudem vertraglich ein Anspruch des Hypothekengebers auf Freigabe eines Teils des Gegenstands der Hypothek (d.h. einzelne Immobilien aus dem durch die Gesamthypothek belasteten Portfolio) vereinbart, soweit er den größeren Teil der gesicherten Forderung bereits erfüllt hat<sup>56</sup>.

## 2. Rechtsnatur des Grundpfandrechts

### a. Hypothek als Recht an fremder Immobilie

In der ukrainischen Rechtslehre besteht keine einheitliche Auffassung hinsichtlich der Frage, ob es sich beim Pfandrecht im Allgemeinen und bei der Hypothek im Besonderen um ein schuldrechtliches oder ein sachenrechtliches Institut handelt.

Ausgangspunkt für den Meinungsstreit ist die Tatsache, dass das Zivilgesetzbuch in Art. 395 ZGB eine Aufzählung so genannter dinglicher Rechte an einer fremden Sache<sup>57</sup> enthält, unter denen folgende Rechte aufgeführt sind:

- das (dingliche) Besitzrecht;
- die Dienstbarkeit;
- das Nutzungsrecht an einem fremden Grundstück für landwirtschaftliche Zwecke (sog. Emphiteusis);
- das Bebauungsrecht an einem fremden Grundstück (Superfícium, vergleichbar mit dem Erbbaurecht).

Zwar ist diese Aufzählung, wie aus Art. 395 Abs. 2 ZGB hervorgeht, nicht abschließend: Das Gesetz kann auch andere dingliche Rechte an einer fremden Sache bestimmen. Jedoch bezeichnet das Gesetz das Pfandrecht bzw. die Hypothek an keiner Stelle als ein dingliches Recht. Stattdessen ist das Pfandrecht im Zivilgesetzbuch im Schuldrecht geregelt (Art. 572-593 ZGB).<sup>58</sup>

Diese gesetzliche Ausgangslage hat dazu geführt, dass ein T.d.L. den dinglichen Charakter des Pfandrechts und der Hypothek anzweifelt. Allerdings wird die – früher verbreitete – Auffassung, dass es sich beim Pfandrecht um ein reines schuldrechtliches Institut handelt, so nicht mehr vertreten. Vielmehr wird das Pfandrecht teilweise als ein gemischtes schuldrechtliches und sachenrechtliches Institut eingeordnet.

55 Diese Vertragsklausel sollte trotz der etwas unklaren Formulierung nicht als Durchbrechung der Akzessorietät in dem Sinne missverstanden werden, dass der Umfang der Hypothek nicht dem Umfang der gesicherten Forderung folgt.

56 Гриджук Д. М., Олійник В. О. Іпотека у кредитуванні – практичні аспекти, К.: А. С. К., 2006, ст. 184.

57 Ukr.: речові права на чуже майно.

58 Fünftes Buch: „Schuldrecht“, Abschnitt I: „Allgemeine Regelungen über Verbindlichkeiten“, Kapitel 49: „Sicherung der Erfüllung von Verbindlichkeiten“.

So unterscheidet der Standardkommentar zum ZGB zwischen dem rein schuldrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandschuldner und Pfandgläubiger (Hypothekar und Eigentümer) und den dinglichen Wirkungen des Pfandrechts bzw. der Hypothek gegenüber Dritten<sup>59</sup>. Zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner bestehe ein (rein schuldrechtlicher) Vertrag, kraft dessen der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Übergabe des Pfandgegenstandes zu verlangen (bei Faustpfändern) und den Pfandgegenstand zu verwerten. Dieser schuldrechtliche Vertrag entfaltet dingliche Wirkungen gegenüber Dritten, deren Inhalt darin besteht, dass:

- der Pfandgläubiger ein Vorrecht zur Befriedigung aus dem Pfandgegenstand gegenüber anderen Gläubigern des Pfandschuldners hat;
- die Veräußerung des Pfandgegenstandes nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers möglich ist<sup>60</sup>;
- der Hypothekengläubiger berechtigt ist, von jedem Dritten die Unterlassung von Handlungen zu verlangen, die zu einer Zerstörung oder Beschädigung des Gegenstands der Hypothek führen können.

Andere gewichtige Stimmen in der Literatur betrachten das Pfandrecht – ebenso wie das Zurückbehaltungsrecht – als dingliches Sicherungsrecht, im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Sicherungsrechten Vertragsstrafe, Bürgschaft, Garantie und Draufgabe.<sup>61</sup> Als wesentliche Merkmale des Pfandrechts werden dabei genannt:<sup>62</sup>

- Das Pfandrecht ist ein Recht an einer fremden Sache.
- Das Pfandrecht folgt der Sache.
- Das Pfandrecht ist akzessorisch.

Der Meinungsstreit wirkt sich in einem Punkt besonders entscheidend aus, nämlich in der Anwendbarkeit allgemeiner schuldrechtlicher Vorschriften auf den Hypothekenvertrag. Ordnet man das Pfandrecht und die Hypothek ausschließlich dem Sachenrecht zu, so kommt man zur Unanwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit wäre mit dem Sachenrecht wohl auch nur schwerlich zu vereinbaren.

Geht man aber davon aus, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Hypothekengeber und dem Hypothekennehmer einen schuldrechtlichen Charakter hat, so kommt man zu einem gegenteiligen Ergebnis<sup>63</sup>. Vor allem kommt man zur Anwendbarkeit

59 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 318.

60 Art. 9 Abs. 3 Hypothekengesetz; dieses Veräußerungsverbot hat nach ukrainischem Recht dingliche Wirkung.

61 *Dovgert*, S. 15; *Charitonov/Saniachmetova*, S. 485; ebenso *Rehbock/Pogrebna*, S. 16.

62 *Dovgert/Kuznetsova/Podoprigora* u.a. – *Kuznetsova/Bodnar*, S. 478.

63 Vgl. *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 320.

der Vertragsfreiheit auf den Hypothekenvertrag. Dadurch wird die Flexibilität des Grundpfandrechts zusehends erhöht<sup>64</sup>.

#### b. Hypothekenvertrag

Da die ukrainische Hypothek grundsätzlich ein akzessorisches Recht ist, gibt es keine Sicherungsabrede, die eine Verbindung zwischen dem Pfand und der Forderung herstellen würde. Zur Begründung eines Pfandrechts ist allerdings der Abschluss eines Pfandvertrages (bei Immobilien: Hypothekenvertrages) notwendig. Dieser Hypothekenvertrag stellt die causa für das Pfandrecht dar und bestimmt teilweise auch den Inhalt dieses Pfandrechts.

Gemäß Art. 584; 583 ZGB müssen im Pfandvertrag Inhalt, Umfang und Erfüllungsfrist der gesicherten Verbindlichkeit sowie eine Beschreibung des Pfandgegenstandes und die sonstigen, von den Parteien vereinbarten Bedingungen enthalten sein. Spezielle Regelungen für den Hypothekenvertrag<sup>65</sup> enthält Art. 18 Abs. 1 S. 2 HypG, wonach der Hypothekenvertrag enthalten muss:

- Angaben über Hypothekengeber und Hypothekennehmer (Art. 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HypG).
- Angaben über Art und Umfang der gesicherten Forderung, Frist und Verfahren ihrer Befriedigung und/oder Verweis auf das Rechtsgeschäft, das die gesicherte Forderung begründet (Art. 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 HypG). Der Hypothekenvertrag kann auch eine eigene Geltungsdauer enthalten. Endet der Hypothekenvertrag danach vor der Erfüllung der gesicherten Forderung (z.B. weil die gesicherte Forderung zwischenzeitlich gestundet wurde, ohne dass der Hypothekenvertrag angepasst wurde), so ist die Forderung danach nicht mehr durch die Hypothek gesichert.
- Angaben über den Gegenstand der Hypothek, die ausreichend zu seiner Identifizierung sind und/oder Registrierungsangaben des Gegenstands (Art. 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 HypG)<sup>66</sup>.
- Angaben, ob ein Hypothekenbrief ausgegeben wird oder nicht (Art. 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 HypG).

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, kann der Hypothekenvertrag gerichtlich für unwirksam erklärt werden (Art. 18 Abs. 2 HypG). Daneben kann der Hypothekenvertrag noch weitere Angaben enthalten (Art. 18 Abs. 3 HypG).<sup>67</sup>

64 Der Standardkommentar zum ZGB führt folgendes Beispiel für die Anwendbarkeit der Vertragsfreiheit auf den Pfandvertrag an: durch ein Pfandrecht kann auch die Verpflichtung des Pfandschuldners zur Lieferung von Waren (also eine nicht auf Geldleistung gerichtete Forderung) gesichert werden. Werden die Waren geliefert, erlischt die gesicherte Forderung und nach allgemeiner Regel auch das Pfandrecht. Die Parteien können aber kraft Vertragsfreiheit vereinbaren, dass das Pfandrecht bis zum Ablauf der Garantiefrist fortbesteht. Vgl. *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 437.

65 Ukr. іпотечний договір (ipotečnyj dohovir).

66 Bei Hypotheken an Grundstücken muss auch die Nutzungsbestimmung mit angegeben werden (Art. 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 S. 2 HypG).

67 Das Gesetz nennt beispielhaft den Wert des Pfandgegenstandes und Festlegungen über die Art der Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand.

Handelt es sich beim Pfandgegenstand um Immobilien, unterliegt der Vertrag der notariellen Beurkundung<sup>68</sup> (Art. 577 Abs. 1 ZGB, ebenso Art. 18 Abs. 1 S. 1 HypG), durch diese Beurkundung tritt der Hypothekenvertrag in Kraft und es entstehen die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Hypothekengebers und Hypothekenehmers (Art. 585 Abs. 1 ZGB, Art. 3 Abs. 2 Hypothekengesetz). Dieses Pfand an Immobilienvermögen unterliegt zudem der staatlichen Registrierung (Art. 4 HypG; Art. 577 Abs. 2 ZGB). Die Registrierung ist aber keine notwendige Voraussetzung zur Entstehung des Pfandrechts, allerdings notwendig zur Entstehung der Priorität des Hypothekenehmers, d.h. zur Rangsicherung.

Der Hypothekenvertrag und der Vertrag über die gesicherte Forderung können in einem gemeinsamen Dokument enthalten sein, das dann den Formerfordernissen für beide Verträge entsprechen muss (Art. 18 Abs. 4 HypG).

Noch wichtiger ist die Bestimmung des Art. 18 Abs. 5 HypG: diese besagt, dass im Falle, wenn die Hypothek die Rückzahlung eines Darlehens zum Erwerb der hypothekarisch belasteten Immobilie sichert, der Vertrag über den Erwerb der Immobilie und der Hypothekenvertrag gleichzeitig beurkundet werden können. Dies bedeutet, dass der Notar entgegen Art. 55 Abs. 1 Notargesetz<sup>69</sup> den Hypothekenvertrag auch bereits dann beurkunden darf, wenn der Hypothekengeber noch nicht als Eigentümer der Immobilie eingetragen ist und das Eigentum daran noch nicht erworben hat.

Parteien des Hypothekenvertrages sind Hypothekengeber und Hypothekenehmer:

Der Hypothekenvertrag wird zwischen einem oder mehreren Hypothekengebern und dem Hypothekenehmer geschlossen (Art. 18 Abs. 1 HypG). Dies wird ergänzt durch die allgemeinen Regeln des ZGB: Pfandnehmer ist der Gläubiger der gesicherten Forderung (Art. 572 ZGB). Pfandgeber kann sowohl der Schuldner der gesicherten Forderung wie auch ein Dritter sein (Art. 583; 572 ZGB).

### 3. Mit der Hypothek belastbare Objekte

#### a. Allgemeines zum Gegenstand der Hypothek

Pfandgegenstand können gemäß Art. 576 Abs. 1 ZGB solche Vermögensgegenstände sein<sup>70</sup>, die der Pfandgeber veräußern und in die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden kann.

68 Ukr.: „посвідчення договору“. Es handelt sich hierbei um eine kompliziertere Notarhandlung, als die blosse Beglaubigung von Unterschriften (ukr.: „засвідчення“): der Notar prüft, ob der Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts den gesetzlichen Anforderungen und den wahren Absichten der Parteien entspricht; bei der Beurkundung des Hypothekenvertrages überprüft der Notar zudem, ob der Hypothekengeber Eigentümer des Hypothekengegenstandes ist (oder das Eigentum daran demnächst erwirbt) und kein Veräußerungsverbot für den Hypothekengegenstand eingetragen ist. Er überprüft auch, ob der Inhalt des Hypothekenvertrages dem Gesetz entspricht.

69 Gesetz der Ukraine „Über das Notariat“ Nr. 3425-XII vom 2.9.1993. Die hier erwähnte Vorschrift besagt, dass der Notar die Beurkundung des Hypothekenvertrages nur bei Nachweis des Eigentums des Hypothekengebers am Hypothekengegenstand vornehmen darf.

70 Das Gesetz nennt beispielhaft Sachen, Wertpapiere und Vermögensrechte.

Pfandgeber kann der Eigentümer der verpfändeten Sache bzw. des verpfändeten Rechts sein sowie eine Person, der der Eigentümer den Vermögensgegenstand mit dem Recht zur Verpfändung übergeben hat (Art. 583 Abs. 2 ZGB).<sup>71</sup>

Kennzeichen der Hypothek ist, dass es sich um ein Pfandrecht an Immobilien handelt und diese Immobilien im Besitz des Pfandgebers oder eines Dritten bleiben (Art. 575 ZGB).

Immobilien können unter folgenden Voraussetzungen mit einer Hypothek belastet werden (Art. 5 Abs. 1 HypG)<sup>72</sup>:

- Der Hypothekengeber ist Eigentümer der Immobilie.<sup>73</sup>
- Der Hypothekengeber kann die Immobilie veräußern und in die Immobilie kann die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden.
- Die Immobilie ist ordnungsgemäß als ein separates Eigentumsobjekt registriert<sup>74</sup>.

Umstritten in der Literatur ist die Frage, ob auch ein ideeller Miteigentumsanteil an einer Immobilie Gegenstand der Hypothek sein kann. Teilweise wird vertreten, ein ideeller Miteigentumsanteil kann mit Zustimmung aller Miteigentümer mit einer Hypothek belastet werden<sup>75</sup>. Die Vertreter dieser Auffassung berufen sich auf Art. 6 Abs. 2 Hypothekengesetz, wonach ein im Miteigentum stehendes Vermögensobjekt nur mit Zustimmung aller Miteigentümer belastet werden kann.

Die wohl herrschende und zutreffende Auffassung geht jedoch davon aus, dass ein ideeller Miteigentumsanteil überhaupt nicht Gegenstand der Hypothek sein kann. Vielmehr muss ein ideeller Miteigentumsanteil zunächst in einen realen Anteil umgewandelt werden und als ein separates Eigentumsobjekt unter einer eigenen Registernummer registriert werden<sup>76</sup>. In Art. 6 Abs. 2 Hypothekengesetz geht es um die Belastung eines im Miteigentum stehenden Objekts *als Ganzes*, hierzu bedarf es der Zustimmung aller Miteigentümer, nicht um die Belastung der einzelnen ideellen Anteile.

Hypothekengegenstand können auch Immobilien sein, die der Hypothekengeber erst zukünftig erwirbt, soweit der Hypothekengeber sein Recht zum Erwerb nachweisen kann. Die Belastung der Immobilie soll registriert werden, unabhängig davon, wer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Hypothekenvertrages Eigentümer

---

71 Wenn für die Veräußerung einer fremden Sache die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist, ist dies auch bei der Verpfändung nötig (Art. 583 Abs. 3 ZGB, s.a. Art. 6 Abs. 1 HypG).

72 Weitere Voraussetzungen, v.a. zum Verhältnis Boden – aufstehenden Gebäude enthält Art. 6 HypG.

73 Bei öffentlichen Betrieben kann an die Stelle des Eigentums das Recht der Wirtschaftsführung treten.

74 Gemeint ist hier die Registrierung der Immobilie als solcher im Immobilienregister (für Gebäude) bzw. im Grundstücksregister (für Grundstücke) und des Eigentums daran.

75 Грибанова О. Частина або частка у праві власності об'єкта нерухомості як предмет іпотеки, в: Іпотека – аналіз, коментарі, практика застосування, Х.: Страйд, 2006, ст. 110.

76 Гриджук Д. М., Олійник В. О. Іпотека у кредитуванні – практичні аспекти – К: А.С.К., 2006, ст. 40.

der Immobilie ist (Art. 5 Abs. 2 HypG). Diese Vorschrift dient der Vereinfachung des Rechtsverkehrs: Die Hypothek kann bereits bestellt und die Auszahlungsvoraussetzungen für ein Hypothekendarlehen erfüllt werden, bevor der Käufer formell als Eigentümer eingetragen ist und der Verkäufer sein Eigentum endgültig verloren hat.

Die Hypothek umfasst die Immobilie mit ihrem Zubehör<sup>77</sup>, soweit nicht im Hypothekenvertrag etwas anderes vereinbart ist (Art. 5 Abs. 4 HypG). Der Hypothekengeber trägt das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Hypothekengegenstandes, soweit nichts anderes vereinbart ist (Art. 5 Abs. 5 HypG).<sup>78</sup>

#### b. Einzelne Objekte der Hypothek

Gemäß ukrainischem Recht kann Gegenstand der Belastung sein<sup>79</sup>:

- Gebäude und Bauwerke, die fest mit dem Boden verbunden sind („Immobilienobjekte“)

Befindet sich das Gebäude auf einem Grundstück, das ebenfalls dem Hypothekeneigentümer gehört, kann das Gebäude nur zusammen mit dem Grundstück belastet werden. (Art. 6 Abs. 4 S. 1 HypG). Diese Vorschrift hat zur Folge, dass der Notar eine separate Belastung des Gebäudes nicht beurkunden darf, wenn er das Eigentum des Hypothekengebers am Grundstück feststellt<sup>80</sup>.

Befindet sich das Gebäude dagegen auf dem Grundstück eines Dritten und wird es als Gegenstand der Hypothek verwertet, so erwirbt der Erwerber des Gebäudes kraft Gesetzes ein gleiches Nutzungsrecht am Grundstück, das auch dem Hypothekengeber zustand (vgl. Art. 6 Abs. 4 S. 2 HypG).

- Grundstücke<sup>81</sup>

Befindet sich auf dem Grundstück ein Gebäude, das ebenfalls dem Hypothekengeber gehört, kann das Grundstück nur zusammen mit dem Gebäude verpfändet werden (Art. 6 Abs. 5 S. 1 HypG, s. o.).

Befindet sich auf dem belasteten Grundstück das Gebäude eines Dritten, so hat der Erwerber des Grundstücks in der Zwangsvollstreckung dem Gebäudeeigentümer die gleichen Nutzungsrechte am Grundstück einzuräumen wie der frühere Bodeneigentümer/Hypothekengeber (Art. 6 Abs. 5 S. 2 HypG).

- Die Regel, dass Gebäude nur mit dem zugehörigen Grundstück verpfändet werden können (und umgekehrt) findet keine Anwendung, wenn dem Gebäudeeigentümer am Grundstück nur ein Pachtrecht zusteht.

<sup>77</sup> Ukr. приналежність (prynaležnist’).

<sup>78</sup> Gemäß Art. 10 HypG ist der Hypothekengeber verpflichtet, den Pfandgegenstand zu erhalten. Der Hypothekennehmer hat entsprechende Kontrollrechte.

<sup>79</sup> Besonderheiten gelten bei Objekten im staatlichen und kommunalen Eigentum (Art. 14 HypG).

<sup>80</sup> Фріс І. Відповіді на запитання, в: Іпотека – аналіз, коментарі, практика застосування, X.: Страйд, 2006, ст. 272.

<sup>81</sup> Ausgenommen sind aufgrund von Übergangsbestimmungen landwirtschaftliche Grundstücke (Kap. X, Abs. 15 BodGB). Besondere Vorschriften enthält Art. 15 HypG.

– Unfertige Bauwerke (Art. 16 HypG)

Unfertige Bauwerke können nur durch Belastung des zugehörigen Grundstücks verpfändet werden (Art. 16 Abs. 1 HypG). Die Belastung unterliegt der Registrierung (Art. 16 Abs. 2 HypG).

Nach Fertigstellung des Bauwerkes bleibt die Hypothek am fertigen Bauwerk erhalten (Art. 16 Abs. 3 HypG).

– Pachtrecht

Durch Gesetzesänderungen vom 22.12.2005, in Kraft getreten am 14.1.2006, ist heute die Beleihung eines Pachtrechts möglich (Art. 5 Abs. 7 HypG n.F.).

Unklar ist aber, wie in ein Pachtrecht vollstreckt wird, da es bisher keine ausreichende gesetzliche Regelung hierfür gibt. Einen möglichen Ansatz liefert Art. 8 Abs. 3 S. 2 Hypothekengrundgesetz. Danach ist die Urkunde über den Erwerb des Hypothekengegenstandes (Gebäudes) aus der Verwertung der Hypothek<sup>82</sup> Grundlage für die Überweisung des mit dem Gebäude verbundenen Bodenpachtrechts an den Erwerber.

Voraussetzung für die Belastbarkeit des Pachtrechts mit einer Hypothek ist nach dem Gesetzeswortlaut, dass der Pächter das Recht hat, ein Gebäude zu errichten, zu besitzen und darüber zu verfügen.

Die Hypothek am Pachtrecht wird im Hypothekenregister eingetragen.

Grundlagen der Bodenpacht sind das ZGB (Art. 792) und das Bodenpachtgesetz<sup>83</sup>.

– Unternehmen (Art. 191 Abs. 3 ZGB, Art. 5 Abs. 1 HypG)

Die rechtliche Fiktion des Art. 191 Abs. 3 ZGB, wonach ein Unternehmen als Gesamtheit von Gegenständen (sog. einheitliches Vermögenskomplex<sup>84</sup>) als unbewegliches Vermögen gilt, führt zum Schluss, dass auch ein Unternehmen als Ganzes mit einer Hypothek belastet werden kann. Diese Unternehmenshypothek ist nur wenig geregelt und in ihrer Anwendung umstritten. Gegen die Unternehmenshypothek spricht insbesondere, dass nach Art. 5 Abs. 1 Nr. 3 HypG der Gegenstand der Hypothek als ein separater Vermögensgegenstand registriert sein muss. An einer solchen (einheitlichen) Registrierung fehlt es aber beim Unternehmen: die dazugehörigen Grundstücke und Gebäude werden einzeln in den betreffenden Registern eingetragen, ebenso die Gegenstände des beweglichen Vermögens, soweit sie registrierungspflichtig sind.

Die Unklarheiten in der Gesetzgebung und das Fehlen von Rechtsprechung können zu Problemen in der Vollstreckung führen. In der Praxis werden stattdessen alle Immobilien eines Unternehmens mit einer Hypothek und alle beweglichen Sachen mit einem Pfandrecht zu belasten. Die Unternehmenshypothek spielt in der Praxis keine Rolle.

82 Eine solche Urkunde wird dem Erwerber aus einer Zwangsversteigerung durch den Notar ausgestellt, Art. 47 Abs. 5 HypG.

83 Gesetz der Ukraine „Über die Bodenpacht“ Nr. 161-XIV v. 6.10.1998.

84 Ukr.: *jedynyj majnowyj kompleks*.

– Vermögensrechte auf eine künftige Immobilie<sup>85</sup>

Dieses in Art. 5 Abs. 1 Hypothekenkreditgesetz verankerte Rechtskonstrukt spielt in der Baufinanzierung eine große praktische Rolle. Hintergrund ist, dass nach ukrainischem Recht das Eigentum an Gebäuden und Gebäudeteilen (wie z.B. Wohnungen) erst nach der Bauabnahme<sup>86</sup> registriert werden kann. Der (künftige) Gebäude- oder Wohnungseigentümer will aber häufig bereits vor der Bauabnahme ein Darlehen aufnehmen, um die Bauarbeiten zu finanzieren. Das Grundstück kann er nur verpfänden, wenn es ihm gehört, was gerade bei Baufinanzierungen von Wohnanlagen in den Städten nicht der Fall ist.

In diesem Fall verpfändet der künftige Gebäude- bzw. Wohnungseigentümer seine Vermögensrechte auf die künftige Immobilie, d.h. die schuldrechtlichen Ansprüche auf die Errichtung und evtl. Übereignung des Gebäudes bzw. der Wohnung gegen den Bauträger an die Bank. Damit übernimmt die Bank freilich die Risiken, die mit der Fertigstellung des Gebäudes verbunden sind (d.h. das allgemeine Fertigstellungsrisiko).

Dieses Pfandrecht an den Vermögensrechten auf die künftige Immobilie bezeichnet das Gesetz – etwas systemfremd – als Hypothek. Die Hypothek an Vermögensrechten ist vor allem bei Baufinanzierungen im Rahmen sog. Baufinanzierungsfonds nach dem Bauhypothekengesetz von einer wesentlichen Bedeutung.

#### 4. Sicherung von Nebenforderungen

Der Pfandnehmer hat das Recht, seine gesicherte Forderung auf Kosten des Pfandgegenstandes in der vollen Höhe, wie sie im Moment ihrer tatsächlichen Befriedigung besteht, zu befriedigen. Dazu gehören auch – soweit vertraglich nicht anders vereinbart – Zinsen, Vertragsstrafen, Ersatz von Schäden, die durch die Verletzung der gesicherten Forderung entstanden sind, notwendige Ausgaben für den Erhalt des Pfandgegenstandes sowie Ausgaben für die Geltendmachung der Forderung. (Art. 589 Abs. 2 ZGB).

Die Hypothek sichert die Hauptforderung vollständig oder zu den im Hypothekenvertrag festgelegten Teilen, in dem Umfang, wie sie im Zeitpunkt der Befriedigung auf Kosten der Immobilie bestehen. Dazu gehören Zinsen und Vertragsstrafen<sup>87</sup>

85 Ukr.: majnowi prava na neruhomist', budiwnitstwo jakoji ne sawerscheno.

86 Manchen Rechtsordnungen ist diese Bauabnahme als sog. Kollaudierung bekannt.

87 Grundsätzlich sichert eine Hypothek nach ukrainischem Recht auch mit der Forderung verbundene Strafen, somit auch die Verzugszinsen. Nach einer in der Lit. vertretenen Auffassung fallen Verzugszinsen unter die in Art. 7 Abs. 1 HypG erwähnten Zinsen, vgl. *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 404. Gleichwohl sollte zur Sicherheit im Kreditvertrag festgelegt werden, dass Verzugszinsen eine der Vertragssanktionen sind sowie im Hypothekenvertrag, dass die Hypothek auch die Verzugszinsen sichert.

sowie die Hauptforderung einschließlich Erhöhungen<sup>88</sup> dieser Summe, die im Vertrag über die Hauptforderung<sup>89</sup> festgelegt sind (Art. 7 Abs. 1 HypG).

Gesichert durch die Hypothek sind zudem, soweit vertraglich nicht abbedungen, der Ersatz für Aufwendungen zur Geltendmachung der Hauptforderung und der Vollstreckung (Art. 7 Abs. 3 S. 1 HypG). Ebenso sichert die Hypothek – wenn nicht anders vereinbart – die Forderungen des Hypothekengläubigers für Aufwendungen zum Unterhalt und Sicherung des Hypothekenobjekts, dessen Versicherung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit oder Nebenvereinbarungen aus dem Hypothekenvertrag (Art. 7 Abs. 3 S. 2-4 HypG).

Die Sicherung der Gebühren, Vertragsstrafen für die vorzeitige Rückzahlung des Hypothekenkredits bzw. einer etwa im Kreditvertrag vorgesehen Vorfälligkeitsentschädigung durch das Grundpfandrecht<sup>90</sup> ist weder in den allgemeinen pfandrechtlichen Vorschriften, noch im Hypothekengesetz ausdrücklich vorgesehen. Gleichwohl wird angenommen, dass eine Vereinbarung im Pfand- (Hypotheken-)vertrag, wonach die Hypothek auch die Vorfälligkeitsgebühr (bzw. andere Formen der Entschädigung des Kreditgebers im Falle vorzeitiger Tilgung des Kredits) sichert, zulässig ist. Begründet wird dies mit der Vertragsfreiheit<sup>91</sup>, die wie bereits erwähnt auch auf den Hypothekenvertrag Anwendung findet.

Der Standard-Hypothekenvertrag des Staatlichen Hypothekeninstituts<sup>92</sup> enthält die folgende Klausel, die den Kreis der gesicherten Haupt- und Nebenforderungen betrifft:

„Der Hypothekengeber ist berechtigt, sich *wegen seiner sämtlichen Forderungen aus dem Kreditvertrag* in vollem Umfang aus dem Gegenstand der Hypothek zu befriedigen.“ (§ 3.3. Standard-Hypothekenvertrag des Staatlichen Hypothekeninstituts). Durch eine solche Klausel dürften auch Vorfälligkeitsgebühren aus dem Kreditvertrag gedeckt sein.

---

88 Eine Erhöhung der Kapitalsumme und deren Sicherung durch die Hypothek ist möglich, wenn die erhöhte Summe von Anfang an im Kredit- und im Hypothekenvertrag vorgesehen ist (z.B. eine Kreditlinie).

89 Handelt es sich bei der Hauptforderung um eine Geldforderung, bestimmt sich die Höhe der Forderung nach den im Hypothekenvertrag oder im Vertrag über die Hauptforderung genannten Summen oder nach den dort geregelten Kriterien zur Feststellung der Forderungshöhe (Art. 7 Abs. 2 HypG).

90 In der ukrainischen Kreditpraxis ist als Entgelt für die vorzeitige Rückzahlung des Hypothekenkredits die Gebühr für die vorzeitige Rückzahlung verbreitet, deren Höhe von vornherein im Kreditvertrag festgelegt ist. Die Pflicht des Kreditnehmers zum Ersatz des konkreten aus der vorzeitigen Rückzahlung entstehenden Schadens der Bank (Vorfälligkeitsentschädigung) kommt hingegen in der Praxis kaum vor.

91 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 405.

92 Das Staatliche Hypothekeninstitut (SHI, ukr.: Державна іпотечна установа) ist 2004 zum Zwecke der Refinanzierung von Hypothekenkrediten durch eine staatliche Institution ins Leben gerufen worden. Das SHI bildet einen Pool aus den von den Geschäftsbanken erworbenen Hypothekenkrediten und emittiert Schuldverschreibungen, die durch diesen Pool und eine Staatsgarantie abgesichert sind. Zur Standardisierung der refinanzierten Hypothekenkredite schreibt das SHI für die Primärbanken standardmäßige Kredit- und Hypothekenverträge vor. Näheres hierzu s. unter <http://www.ipoteka.gov.ua>.

## 5. Beschränkung des Personenkreises

Das ukrainische Recht enthält eine Beschränkung des Kreises möglicher Hypothekengläubiger nur im Hinblick auf landwirtschaftlich genutzte Grundstücke. Nach Art. 133 Abs. 4 BodenGB<sup>93</sup> können nur Banken Gläubiger der Hypotheken an landwirtschaftlich genutzten Grundstücken sein. Sonstige Finanzinstitute und andere Personen können dagegen nicht Inhaber von Hypotheken an solchen Grundstücken sein.

## II. Publizitätserfordernisse

### 1. Grundbuch/Grundregister; Aufbau des Grundbuchs/Registers

#### a. Derzeitige Rechtslage

In der Ukraine besteht heute eine Vielzahl von Registern für Rechte an Immobilien und andere Rechte oder Rechtsgeschäfte. Für den Bereich der Hypothekenkreditierung sind von Bedeutung:

- das Immobilienregister<sup>94</sup>. Dieses wird vom Justizministerium<sup>95</sup> der Ukraine nahezu landesweit<sup>96</sup> zentral geführt. In diesem Register werden Eigentumsrechte an Gebäuden und Gebäudeteilen (v.a. Wohnungen) registriert, nicht jedoch andere dingliche Rechte und auch nicht das Eigentum an Grundstücken. Zuständig für die Registrierung sind Beamte der lokalen Büros für technische Inventarisierung (BTI), sog. staatliche Registratoren. Das Immobilienregister wird nach dem Realfolioprinzip geführt: für jedes registrierte Eigentumsobjekt wird ein besonderer Abschnitt des Immobilienregisters (ähnlich dem deutschen Grundbuchblatt) angelegt (§ 4.1. Immobilienregisterverordnung). Die Registerdatenbank ist elektronisch; sämtliche Dokumente müssen jedoch der Registerbehörde ausschließlich in Papierform vorgelegt werden und bei Widersprüchen haben die Papierdokumente Vorrang. Die Eintragung im Immobilienregister nimmt landesweit bis zu zwei Wochen in Anspruch. Dabei hängt die Schnelligkeit der Bearbeitung ganz wesentlich davon ab, wie stark die Registerbehörde in der jeweiligen Stadt (Gemeinde) ausgelastet ist. In Großstädten dauert die Registrierung in der Regel länger als in kleineren Städten.
- das Grundstücksregister<sup>97</sup>. Dieses Register wird vom Staatlichen Komitee für Bodenressourcen geführt. Registriert werden hier nicht die Rechte an Grundstücken, sondern vielmehr staatliche Akte über das Eigentum an Grundstücken und Bodenpachtverträge. Maßgebend im Grundstücksverkehr ist derzeit nicht die staatliche Registrierung, sondern die zu registrierenden Dokumente, vor allem staatliche Akte über das Eigentum an Grundstücken. Das Register wird zentral und in Papierform geführt. Die Ausstellung eines Bodeneigentumsakts

93 Bodengesetzbuch der Ukraine, Ges. Nr. 2768-III v. 25.10.2001.

94 Ukr.: реєстр прав власності на нерухоме майно (rejestr praw wlasnosti na neruhome majno).

95 Grundlage für die Führung des Immobilienregisters ist die Verordnung des Justizministeriums der Ukraine Nr. 7/5 v. 7.2.2002 (nachfolgend – Immobilienregisterverordnung).

96 Eine Ausnahme bilden einige Großstädte, u.a. Kiew, die ein eigenes Immobilienregisterssystem (in dem Gebäude und Wohnungen erfasst sind) unterhalten. Diese Städte sollen jedoch demnächst auch an das zentrale System angeschlossen werden.

97 Ukr.: державний реєстр земель (derzhawnij rejestr semel).

und dessen Registrierung nimmt in der Regel mehrere Monate (bis zu sechs Monaten) in Anspruch.

- das Hypothekenregister<sup>98</sup>. Hier werden die Hypotheken an allen Immobilien (Gebäuden, Gebäudeteilen und Grundstücken) registriert. Das Register wird vom Justizministerium der Ukraine aufgrund der Hypothekenregisterverordnung geführt. Zuständig für die Registrierung sind staatliche und private Notare, die einen elektronischen Zugang zum Hypothekenregister erhalten. Jede registrierte Hypothek erhält einen eigenen Eintrag im Hypothekenregister. Somit werden z.B. auch erst- und zweitrangige Hypotheken am selben Grundstück nicht zusammen (in einem Eintrag, Abschnitt, Blatt), sondern als zwei separate Einträge registriert. Jeder Eintrag enthält nach Art. 4 HypG folgende Angaben zur registrierten Hypothek:
  - Angaben über den Hypothekengeber und den Hypothekennehmer;
  - Beschreibung des Gegenstands der Hypothek, die zu seiner Identifizierung ausreichend ist (hier insbesondere auch die Registernummer der belasteten Immobilie im Immobilienregister bzw. die Requisiten des staatlichen Bodeneigentumsakts);
  - die Höhe der gesicherten Forderung und deren Verzinsung bzw. Verweisung auf das die gesicherte Forderung begründende Rechtsgeschäft, falls die Hypothek künftige Forderungen sichert;
  - die Frist der Erfüllung der gesicherten Forderung bzw. die Geltungsdauer des Hypothekenvertrages, falls die Hypothek künftige Forderungen sichert;
  - Angabe über die Erteilung des Hypothekenbriefes und deren Nummer.

Das Hypothekenregister wird landesweit zentral in elektronischer Form geführt. Die Registrierung der Hypotheken erfolgt zeitgleich mit der Beurkundung des Hypothekenvertrages und wird vom beurkundenden Notar vorgenommen. Somit wird die Eintragung der Hypothek sehr zügig ausgeführt.

- das Verbotregister<sup>99</sup>. Gegenstand der Registrierung im Verbotregister sind privatrechtliche und öffentlichrechtliche Verfügungsverbote über Immobilien. Zu den privatrechtlichen Verboten gehört unter anderem auch das Verfügungsverbot über die hypothekarisch belastete Immobilie, das materiellrechtlich kraft Gesetzes entsteht<sup>100</sup>. Somit wird gleichzeitig mit der Registrierung der Hypothek ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot eingetragen<sup>101</sup>.

Das Verbotregister wird vom Justizministerium der Ukraine verwaltet. Zuständig für die Registrierung sind staatliche und private Notare. Das Register wird

98 Ukr.: державний реєстр іпотек (derzhavnij rejestr ipotek).

99 Ukr.: єдиний реєстр заборон нерухомого майна (jediniy rejestr saboron widschuzhennja neruhomogo majna).

100 Gem. Art. 9 Abs. 3 HypG kann der Hypothekengeber ausschließlich mit Zustimmung des Hypothekennehmers (Hypothekengläubigers) über den Hypothekengegenstand verfügen.

101 Regelmäßig hat der Notar das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot von Amts wegen ins Verbotregister einzutragen. Nur im Falle der Hypothek am Vermögensrecht auf eine künftige Immobilie ist ein förmlicher Antrag des Hypothekengläubigers erforderlich, vgl. Art. 5 Abs. 8 Hypothekenkreditgesetz.

elektronisch geführt, die Eintragung erfolgt im gleichen Notartermin, in dem der Hypothekenvertrag beurkundet und die Hypothek im Hypothekenregister eingetragen wird.

Bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, das die Verfügung über eine Immobilie zum Gegenstand hat, hat der Notar den Inhalt des Verbotsregisters einzusehen<sup>102</sup>. Ist ein Verfügungsverbot über den Gegenstand des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts eingetragen, darf der Notar nicht beurkunden.

#### b. Neuregelung des Grundbuchwesens

Im Aufbau befindet sich ein einheitliches Register für Rechte an Immobilien, in dem zumindest die immobilienbezogenen Angaben enthalten sein sollen.<sup>103</sup> Das Immobilienregister soll mit dem Bodenkataster zusammengelegt werden. Die Ukraine hat für die Umsetzung einen Kredit der Weltbank erhalten. Für die Umsetzung wurde eigens die Gesellschaft „Staatliches Zentrum für das Bodenkataster“ gegründet.

Neben den Katasterangaben und Rechten sollen auch weitere Informationen über die Immobilie aufgenommen werden (z.B. über die Nutzung), die auch Investoren zugänglich gemacht werden. Das Register soll über das Internet abrufbar sein.

In dem Register sollen folgende Rechte an der Immobilie erfasst werden:

- Eigentum
- fremde Rechte an der Immobilie
  - Besitzrecht
  - Nutzungsrecht
  - Dienstbarkeiten (Servitute)
  - dauerndes Nutzungsrecht
  - Recht zur Nutzung von Agrarland (Emphyteusis)
  - Baurecht (Superficies)
  - Pachtrecht über 1 Jahr Laufzeit
  - sonstige dingliche Rechte an Immobilien, für die das Gesetz die staatliche Registrierung vorschreibt. Hierzu gehört auch die Hypothek
  - Belastungen

Zu den Belastungen gehören auch vertragliche, gesetzliche, gerichtliche und behördliche Verfügungsbeschränkungen (die derzeit im Verbotsregister eingetragen werden).

102 § 47 Verordnung des Justizministeriums der Ukraine über die Ordnung der Vornahme der Notarhandlungen durch Notare der Ukraine Nr. 20/5 v. 3.3.2004 (nachfolgend Notarverordnung).

103 Grundlage ist das Gesetz der Ukraine „Über die staatliche Registrierung dinglicher Rechte an Immobilien und Geschäfte mit ihnen“ Nr. 1952-IV vom 1. Juli 2004 (nachfolgend Immobilienregistergesetz).

Grundlage für die Neuordnung ist das Gesetz „Über die staatliche Registrierung dinglicher Rechte an Immobilien und Geschäfte mit ihnen“ vom 20.1.2005, Nr. 2375-IV. Das Register ist nicht öffentlich, Zugang werden haben:

- Eigentümer, deren Erben und Rechtsnachfolger sowie Personen, zu deren Gunsten eine Belastung eingetragen ist.
- Staatliche und municipale Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten.

Das Gesetz trifft keine ausdrücklich Aussage darüber, ob und welche anderen Register durch dieses neue Register ersetzt werden sollen.

Nachfolgend wird die Rechtslage nach dem derzeit geltenden Registrierungssystem (mit mehreren Registern) beschrieben. Soweit nach dem Immobilienregistergesetz Abweichungen von der derzeitigen Praxis zu erwarten sind, wird darauf gesondert hingewiesen.

## **2. Widerspiegelung der Rechtslage (Spiegelprinzip)**

### **a. Ermittlung der Rechte an einer Immobilie**

Die ukrainische Praxis begnügt sich bei der Ermittlung der Rechtslage in Bezug auf eine Immobilie nicht mit der Überprüfung des Immobilienregisters. Vielmehr spielt neben dem Registereintrag das sog. rechtskonstituierende Dokument<sup>104</sup> eine zentrale Rolle. Das rechtskonstituierende Dokument ist ein Dokument, das das Eigentum bzw. ein sonstiges dingliches Recht begründet. Regelmäßig ist ein solches Dokument der Vertrag, der das entsprechende dingliche Recht begründet, im Falle des Eigentums also der Kaufvertrag über die Immobilie<sup>105</sup>. Soll daher ermittelt werden, wer Eigentümer einer bestimmten Immobilie ist, so werden zur Prüfung der Registereintrag und der Kaufvertrag des Registerberechtigten herangezogen.

Beurkundet der Notar ein Rechtsgeschäft, das die Verfügung (Veräußerung, Belastung) über eine Immobilie zum Gegenstand hat, so hat er sich ebenfalls aufgrund des rechtskonstituierenden Dokuments des Verfügenden und des Registereintrages von der Berechtigung des Verfügenden zu überzeugen<sup>106</sup>.

Die Berechtigung des Rechtsvorgängers des jetzigen Berechtigten braucht aber in der Regel nicht geprüft zu werden: Hat der Veräußerer von einem Nichtberechtigten erworben, so kann sich der Erwerber regelmäßig auf gutgläubigen Erwerb nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften<sup>107</sup> berufen. Daher wird in der Praxis neben dem Registereintrag regelmäßig nicht die historische Kette von Transaktionen geprüft, sondern lediglich das rechtskonstituierende Dokument des jeweiligen Eigentümers (Veräußerers).

---

104 Ukr.: prawowstanowluwalnij document.

105 Es sind aber auch andere Dokumente denkbar, die das Eigentum an einer Immobilie begründen. Wurde das Eigentum beispielsweise im Zuge der Privatisierung des ehemals staatlichen Wohnungseigentums erworben, so ist ein solches Dokument das Privatisierungszertifikat.

106 § 38 Notarverordnung.

107 Art. 330, 388 ZGB.

## b. „Okkulte“ Rechte

### aa. Einzelzwangsvollstreckung

Das Hypothekenrecht, das auch die Verwertung von Hypotheken regelt, schränkt den Umfang der Ansprüche, die bei einer **Einzelzwangsvollstreckung** in den Gegenstand der Hypothek dem Recht des Hypothekengläubigers vorgehen, erheblich ein. Nach Art. 47 Abs. 6 HypG wird der Versteigerungserlös bei einer gerichtlichen Versteigerung des Gegenstands der Hypothek in der folgenden Reihenfolge verteilt:

1. Kosten der Organisation der Versteigerung des Gegenstands der Hypothek;
2. Provision der Auktionators, die 3% des Versteigerungserlöses nicht übersteigen darf;
3. Befriedigung der Hypothekengläubiger und der Inhaber sonstiger registrierter Rechte entsprechend deren Priorität;
4. Befriedigung sonstiger Gläubiger bzw. Auskehrung des Übererlöses an den Schuldner.

Eine ähnliche Befriedigungsreihenfolge sieht im Übrigen auch Art. 31 Abs. 1 Mobiliarpfandrechtsgesetz<sup>108</sup> für das Mobiliarpfandrecht vor.

### bb. Insolvenz

In der Insolvenz des Hypothekengebers ist der Gegenstand der Hypothek vorrangig zur Befriedigung des Hypothekenehmers zu verwenden (Art. 26 Abs. 2 Insolvenzgesetz). Nach der Rechtsprechung des Obersten Wirtschaftsgerichts<sup>109</sup> dürfen dem Recht des Hypothekenehmers keine anderen Rechte vorgehen. Wird der Gegenstand der Hypothek im Rahmen einer öffentlichen Zwangsversteigerung verwertet, so sind aus dem Verkaufserlös zunächst freilich die Kosten der Versteigerung zu decken.

Näheres zur Rechtslage in der Insolvenz siehe unten, III.4.c.

Die Frage der Haftung des Grundstückseigentümers für Altlasten ist gesetzlich nicht geregelt. Sie ist für den Hypothekengläubiger nicht von Belang.

## 3. Konstitutive oder deklaratorische Eintragung

Ein Hypothekenvertrag bedarf der Schriftform und der notariellen Beurkundung (Art. 3 HypG). Die Nichtbeachtung dieser Formvorschriften hat die Unwirksamkeit der Hypothek zur Folge.

Die Hypothek muss zudem im Staatlichen Hypothekenregister registriert werden, die Registrierung im Register wird von einem privaten oder staatlichen Notar vorgenommen. Die Nichtbeachtung der Registrierungspflicht hat nicht die Unwirksamkeit der Hypothek zur Folge, allerdings dient die Eintragung der Rangsisicherung (Art. 4 Abs. 1 HypG).

108 Gesetz der Ukraine „Über die Gewährleistung der Gläubigerforderungen und Registrierung von Belastungen“ Nr. 1255-IV v. 18.11.2003.

109 § 1 des Informationsschreibens des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine vom 17.4.2002 Nr. 01-8/447.

Ein vertragliche Hypothek entsteht mit der notariellen Beurkundung des Hypothekenvertrages (Art. 3 Abs. 1 und 2 HypG; Art. 585 Abs. 1 ZGB), also **nicht** mit der Registrierung des Hypothekenvertrages oder der Eintragung der Hypothek.

Eine gesetzliche Hypothek entsteht im Zeitpunkt des betreffenden Geschäfts, das die Grundlage für die gesetzliche Hypothek darstellt oder ab dem Datum der gerichtlichen Entscheidung über eine Hypothek, nicht im Zeitpunkt der Eintragung.

Die Registrierung im Staatlichen Hypothekenregister allerdings entscheidet in beiden Fällen über den Rang.

Die Eintragung des Eigentums im Immobilienregister ist für die Entstehung (den Übergang) des Eigentums an Immobilien (Gebäuden und Gebäudeteilen) ebenfalls nicht konstitutiv.

Zwar sagt Art. 334 Abs. 4 ZGB, dass das Eigentum aufgrund eines Vertrages, der der staatlichen Registrierung unterliegt, erst im Zeitpunkt einer solchen Registrierung entsteht; nach Art. 657 ZGB ist ein Kaufvertrag über eine Immobilie registrierungspflichtig. Jedoch ist nach dem jetzigen Verständnis mit der staatlichen Registrierung i.S.d. Art. 334 Abs. 4 ZGB die Registrierung des Rechtsgeschäfts im sog. Rechtsgeschäftsregister<sup>110</sup> gemeint, die von den Notaren gleichzeitig mit der Beurkundung des Immobilienkaufvertrages vorgenommen wird, de facto also die notarielle Beurkundung. Daher ist für die Praxis davon auszugehen, dass das Eigentum an einer Immobilie bereits im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung übergeht, die Eintragung im Immobilienregister ist nur deklaratorisch.

Für die Entstehung des Eigentums an Grundstücken ist dagegen die Ausstellung des Bodeneigentumsakts und dessen staatliche Registrierung im Grundstücksregister konstitutiv (Art. 125 Abs. 1 BodenGB).

#### **4. Rangsystem**

Gemäß Art. 588 Abs. 1 ZGB ist die Belastung des Pfandobjekts mit einem weiteren Pfand zulässig, sofern dies nicht durch den (ersten) Pfandvertrag oder durch Gesetz ausgeschlossen ist. Die Bestellung des zweiten Pfandes hat nicht die Beendigung des ersten Pfandes zur Folge (Art. 588 Abs. 2 ZGB).

Der erste Pfandnehmer hat gegenüber den nachfolgenden Pfandgläubigern das Recht auf bevorzugte Befriedigung seiner gesicherten Forderung. Die Forderungen der nachfolgenden Pfandgläubiger werden in der Reihenfolge der Entstehung der Pfandrechte befriedigt<sup>111</sup> (Art. 588 Abs. 3 ZGB).

Wird ein Pfandrecht nicht registriert, ist der Pfandgeber verpflichtet, allen Pfandnehmern über dieses Pfand die in Art. 584 ZGB vorgesehenen Informationen zur

---

110 Ukr.: державний реєстр правочинів (derzhavnij rejestr prawotschiniw).

111 Für bewegliche Sachen gilt dies, soweit Art. 588 Abs. 4 ZGB keine abweichende Regelung trifft: Danach ist ein Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht registriert ist, bevorrechtigt gegenüber nicht registrierten und später registrierten Pfandgläubigern.

Verfügung zu stellen.<sup>112</sup> Andernfalls ist er für entstandene Schäden ersatzpflichtig (Art. 588 Abs. 5 ZGB).

Die Belastung des Hypothekengegenstandes mit einer weiteren Hypothek ohne Zustimmung des älteren Hypothekengebers ist unwirksam (Art. 12 Abs. 3; 13 Abs. 1 S. 1 HypG). Die ältere Hypothek<sup>113</sup> hat eine höhere Priorität als die jüngere Hypothek<sup>114</sup> (Art. 13 Abs. 1 S. 2 HypG). Priorität<sup>115</sup> bedeutet gemäß Art. 1 S. 8 HypG, dass das Recht einer Person gegenüber dem Recht einer anderen Person vorrangig ist.

Im Falle der Nichterfüllung der gesicherten Forderung durch den Schuldner hat der Hypothekengläubiger das Recht, seine Forderung aus dem Wert der verpfändeten Immobilie zu befriedigen, bevorrechtigt gegenüber allen Dritten, deren Rechte und Forderungen an der Immobilie nicht bzw. nicht in der vorgeschriebenen Weise oder in einem schlechteren Rang (also später) registriert sind (Art. 3, insbes. Abs. 7 HypG; Art. 13 Abs. 1 HypG) (Prioritätsprinzip).

Es gibt keine Vormerkungen oder Anmerkungen, um einen Rang zu sichern.

Über die Strukturierung des Geschäfts kann lediglich ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit erzielt werden, erneut eine erstrangige Hypothek zu erhalten. In der Praxis gibt es folgende Gestaltungen:

- Der Gebäudeerwerber/Kreditnehmer bestätigt gegenüber der Bank unter Vorlage eines Auszuges aus dem Hypothekenregister, dass das Gebäude nicht belastet ist.
- Am selben Tag unterzeichnen der Käufer und der Verkäufer den Kaufvertrag, wobei der gleichzeitige Übergang des Eigentums und Zahlung des Kaufpreises für einen bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft vereinbart werden.
- Am selben Tag unterzeichnen der Käufer und die Bank einen Vertrag über die Verpfändung des Gebäudes, dessen Eigentum in Zukunft übergehen soll. Dieser Vertrag wird am selben Tag notariert, wobei der Notar die Hypothek in das Hypothekenregister sowie ein Veräußerungsverbot (auf elektronischem Wege) einträgt.

Die Verpfändung einer Immobilie, die einem Dritten gehört und erst nach Abschluss des Hypothekenvertrages Eigentum des Hypothekenschuldners wird, wird durch Art. 5 Abs. 5 HypG ausdrücklich zugelassen.

- Am selben Tag überprüft der Notar das Hypothekenregister und bestätigt, dass die Hypothek den ersten Rang innehat.
- Darauf zahlt die Bank den Kredit aus.

112 Art. 583 ZGB regelt den Mindestgehalt für Pfandverträge. Enthalten sein müssen Angaben zu Inhalt, Umfang und Frist der gesicherten Forderung, Beschreibung des Pfandgegenstandes sowie Angaben zu weiteren Bedingungen, die die Parteien des Pfandvertrages vereinbart haben.

113 Ukr. попередня іпотека (popередnja ipoteka, wörtlich: Vorgehende Hypothek).

114 Ukr. наступна іпотека (nastupna ipoteka, wörtlich: Folgende Hypothek).

115 Ukr. пріоритет (priorityet).

- Der Kreditnehmer/Hypothekengeber hinterlegt die Originaleigentumsdokumente bei der Bank. Ohne diese Dokumente kann das Gebäude weder veräußert noch belastet werden.

Fehlerquellen bei dieser Strukturierung sind:

- Theoretisch hat der Hypothekengeber/Gebäudeeigentümer die Möglichkeit die Originaldokumente über sein Eigentum bei der Bank zu hinterlegen und dann bei den zuständigen Behörden mit der Behauptung, die Originaldokumente seien verloren, neue Dokumente zu beantragen.

Vereinbarungen über Rangwechsel sind dem ukrainischen Recht ebenfalls nicht bekannt.

Wird die durch eine vorrangige Hypothek gesicherte Forderung erfüllt, so erlischt die vorrangige Hypothek (Art. 3 Abs. 4 HypG) und ein etwa bestehendes nachrangiges Recht rückt auf. Somit sind die Ränge beweglich.

## **5. Vertrauensschutz**

### **a. Allgemeines**

In der ukrainischen Praxis werden die bestehenden Register als zuverlässig eingeschätzt. Allerdings enthalten weder die Rechtsgrundlagen der unterschiedlichen Register noch das allgemeine Zivilrecht besondere Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens an die Registereintragung. Es gilt lediglich der allgemeine Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach Art. 330 ZGB.

### **b. Positiver öffentlicher Glaube**

Schutz des positiven öffentlichen Glaubens bedeutet den Schutz des Vertrauens, dass die Rechte, die eingetragen sind, auch existieren.

Hier gelten die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts zum Gutgläubensschutz. Ist der Verkäufer einer Immobilie nicht zur Veräußerung einer Immobilie berechtigt, erwirbt der Käufer dennoch das Eigentum, es sei denn, er ist bösgläubig. Hierbei genügt es, wenn der Veräußerer einen Registerauszug und sein rechtskonstituierendes Dokument vorlegt. Auf die Registereintragung allein kann sich der Erwerber also nicht verlassen.

Die allgemeinen Gutgläubensregeln gelten nicht für den Erwerb einer Hypothek oder einer sonstigen Belastung (weder für den Erst- noch den Zweiterwerb). Ausnahme sind Regelungen zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Hypothekenbriefes (Art. 26 Abs. 4 HypG, hierzu s.o. (I.1.b) zum Schutz des Erwerbers des Hypothekenbriefes).

Es gibt keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen, da es anders als bei Mobilien (Besitz) und Immobilien (Registrierung) keinen Beweis ihrer Existenz gibt.

### **c. Negativer öffentlicher Glaube**

Schutz des negativen öffentlichen Glaubens bedeutet den Schutz des Vertrauens, dass Rechte, die nicht eingetragen sind, auch nicht existieren.

Einen solchen Schutz begründen die Register nicht. So gilt eine nicht eingetragene Belastung auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der belasteten Immobilie.

#### d. Gutgläubiger Erwerb von Forderungen

Einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen kennt das ukrainische Recht nicht. Einen Sonderfall, bei dem ein gutgläubiger Erwerb einer Forderung möglich ist, kennt jedoch das Hypothekenrecht: Art. 26 Abs. 4 HypG schützt den Erwerber des Hypothekenbriefes, der neben der Hypothek auch die gesicherte Forderung verbrieft (Näheres hierzu s.o.).

### III. Akzessorietätswirkungen

Per Definition ist die Hypothek nach ukrainischem Recht ein Instrument zur Sicherung der Erfüllung einer Verbindlichkeit (der Hauptverbindlichkeit) durch Immobilien, auf deren Kosten der Hypothekennehmer sich im Falle der Nichterfüllung der Hauptforderung befriedigen kann (Art. 1 Abs. 1 Abs. 2 HypG). Ebenso wie das Mobiliarpfandrecht bezeichnet das Gesetz die Hypothek als „abgeleitetes Recht“ (Art. 3 Abs. 4 HypG)<sup>116</sup>. Dies wird von der Literatur als Anordnung der Akzessorietät des Pfandrechts und der Hypothek verstanden<sup>117</sup>.

#### 1. Entstehensakzessorietät

##### a. Allgemeines

Gemäß Art. 3 Abs. 4 HypG ist die Hypothek „wirksam bis zur Beendigung der Hauptforderung“.<sup>118</sup> Eine Hypothek – auch die Erwerbshypothek, deren Hypothekenvertrag vor Entstehung der Forderung notariell beglaubigt und registriert wird, entsteht erst mit Entstehung der Forderung. Zuvor dient die Bestellung der Hypothek vorrangig dazu, den Rang der Hypothek zu sichern und die Nebenrechte bzw. -pflichten der Parteien aus dem Hypothekenvertrag<sup>119</sup> zur Entstehung zu bringen.

##### b. Entstehen der Hypothek in materiell- und formellrechtlicher Sicht

Die Hypothek entsteht auf Grundlage eines Vertrages, des Gesetzes oder einer Gerichtsentscheidung (Art. 3 Abs. 1 S. 1 HypG).<sup>120</sup>

Rechte und Pflichten des Hypothekengebers und des Hypothekennehmers entstehen mit der notariellen Beglaubigung des Hypothekenvertrages (Art. 3 Abs. 2 HypG). Der Hypothekenvertrag ist auch ohne Registrierung der Hypothek wirksam (Art. 4 Abs. 1 HypG). Die Registrierung der Hypothek dient allerdings der Sicherung des Ranges gegenüber anderen Rechten an der Immobilie (Art. 4 Abs. 1; Art. 3 Abs. 6 HypG).

116 Art. 3 Abs. 4 HypG: „Ипотека має похідний характер від основного зобов'язання...“.

117 *Dovgert/Kuznecova/Podoprighora* u.a. – *Kuznecova/Bodnar*, S. 409.

118 Durch Änderung des Art. 3 Abs. 4 HypG im Dezember 2005 erlischt die Hypothek nunmehr auch mit Ablauf der Geltungsfrist des Hypothekenvertrages.

119 Z.B. das Verfügungsverbot über den Gegenstand der Hypothek ohne Zustimmung des Hypothekennehmers.

120 Auf eine Hypothek kraft Gesetzes oder Gerichtsentscheidung werden, soweit keine andere gesetzliche Regelung besteht, die Vorschriften über die vertragliche Hypothek angewandt (Art. 3 Abs. 1 S. 2 HypG).

Materiell-rechtlich entsteht die Hypothek aber erst mit der Entstehung der gesicherten Forderung. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz; die Rechtsprechung folgert das jedoch aus dem Grundsatz der Akzessorietät des Pfandrechts. So hat das Oberste Wirtschaftsgericht in seinem Informationsschreiben klargestellt, dass im Falle, wenn die durch ein Pfandrecht gesicherte Forderung nicht entstanden ist, das Pfandrecht trotz Abschlusses des Hypothekenvertrages auch nicht zur Entstehung gelangt<sup>121</sup>. Erst die Auszahlung des hypothekarisch gesicherten Darlehens bringt die Hypothek materiell-rechtlich zur Entstehung<sup>122</sup>.

In der Literatur wird diese Rechtsprechung teilweise als gläubigerfeindlich kritisiert<sup>123</sup>. Es wird die Auffassung vertreten, dass das Pfandrecht bereits im Zeitpunkt des Abschlusses (der notariellen Beurkundung) des Pfand- (Hypotheken-)vertrages entsteht.

Diese – unzutreffende – Auffassung beruht darauf, dass zwischen der Entstehung der Hypothek in formell- und materiellrechtlicher Sicht irrtümlicherweise keine Unterscheidung getroffen wird. Klar ist, dass eine auf die Verwertung der Hypothek gerichtete Klage vor dem Zeitpunkt der Auszahlung des Darlehens nach ukrainischem Recht abzuweisen ist. Daher ist davon auszugehen, dass die Hypothek materiellrechtlich mit der gesicherten Forderung entsteht.

### c. Gestaltung eines Sicherungsvertrages

Wie bereits oben ausgeführt (s.o. zur Höchstbetragshypothek) kann der Hypothekenvertrag wie folgt gestaltet werden:

1. Die Hypothek sichert eine bestimmte bestehende bzw. eine nach Auszahlung des Darlehens entstehende Forderung.
2. Die Hypothek sichert eine oder mehrere künftige Forderungen, hierbei muss aber das Rechtsverhältnis (der Vertrag), auf dem der gesicherte Forderungsbereich beruht, zum Zeitpunkt des Abschlusses des Hypothekenvertrages bereits bestehen<sup>124</sup>, vgl. Art. 3 Abs. 3 Hypothekengesetz. Die Vereinbarung eines Maximalbetrages der Sicherung ist nicht erforderlich.

In beiden Fällen kann die Hypothek nach deren Bestellung durch den Hypothekenvertrag ins Hypothekenregister eingetragen und damit der Rang gesichert werden.

Materiellrechtlich entsteht die Hypothek in beiden Fällen aber erst mit der Entstehung der gesicherten Forderung(en).

---

121 § 2 Informationsschreiben des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine Nr. 01-8/637 v. 30.5.2001.

122 Stellungnahme des Präsidiums des Obersten Arbitragegerichts der Ukraine Nr. 02-5/602 v. 24.12.1999 „Über einige Fragen der Praxis der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, die mit der Anwendung des Gesetzes „Über das Pfand“ verbunden sind“.

123 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 393.

124 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 324.

## 2. Umfangsakzessorietät

### a. Allgemeines

Der Hypothekenehmer hat das Recht, seine gesicherte Forderung auf Kosten des Hypothekengegenstandes in der vollen Höhe, wie sie im Moment ihrer tatsächlichen Befriedigung besteht, zu befriedigen. Dazu gehören auch – soweit vertraglich nicht anders vereinbart – Zinsen, Vertragsstrafen, der Hauptbetrag der Forderung und jede Erhöhung dieses Betrages, die im Vertrag über die gesicherte Forderung unmittelbar vorgesehen ist<sup>125</sup> (Art. 7 Abs. 1 HypG).

Das ZGB erwähnt in den allgemeinen Vorschriften zum Pfandrecht unter den Ansprüchen, die durch die Hypothek gesichert werden, den Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die Nichterfüllung der gesicherten Forderung entsteht sowie der Kosten der Rechtsverfolgung (Art. 589 Abs. 2 ZGB). Diese Posten sind zwar im Hypothekengesetz nicht ausdrücklich erwähnt; jedoch spricht nichts dagegen, im Hypothekenvertrag zu vereinbaren, dass sich die Hypothek auch auf diese (und andere) Ansprüche erstreckt. Es ist auch eine Vereinbarung im Hypothekenvertrag zulässig, wonach die Hypothek sämtliche Ansprüche des Hypothekenehmers aus dem (bestimmten) Kreditvertrag sichert<sup>126</sup>.

### b. Möglichkeit der Bestellung des Grundpfandrechts über den Betrag der Forderung hinaus

Das ukrainische Recht kennt keinen vom Betrag der gesicherten Forderung verschiedenen Betrag der Hypothek. Daher kann die Hypothek auch nicht mit einem von der gesicherten Forderung abweichenden Betrag bestellt werden.

Jedoch ist die hypothekarische Sicherung, wie bereits erwähnt, auch dann möglich, wenn der Betrag der gesicherten Forderung (noch) nicht bekannt ist, und zwar dann, wenn die Hypothek künftige, zum Zeitpunkt der Hypothekenbestellung unbekannt, aber aufgrund eines bereits wirksamen Vertrages entstehende Forderungen sichert. In diesen Fällen verweisen der Hypothekenvertrag und der Eintrag im Hypothekenregister auf den Vertrag, der die künftige(n) gesicherte[n] Forderung[en] begründet (Art. 4 Abs. 2 Nr. 3, 18 Abs. 1 Nr. 2 HypG); ein besonderer Betrag der Hypothek wird dabei nicht angegeben.

### c. Austausch der gesicherten Forderung

Die gesicherte Forderung ist ein *essentialium negotii* des Hypothekenvertrages (Art. 18 Abs. 1 Nr. 2 HypG). Sie muss im Hypothekenvertrag entweder mit ihrem Betrag benannt werden oder der Hypothekenvertrag muss auf den Vertrag verweisen, der diese Forderung begründet.

Wird die gesicherte Forderung ausgewechselt, kommt es zu einer Änderung des Hypothekenvertrages. Fraglich ist, ob eine solche Änderung zulässig ist. Weder das Gesetz, noch die Rechtsprechung äußern sich hierzu ausdrücklich. In der Literatur wird lediglich der Fall erörtert, dass die Hypothek zunächst nur eine Forderung, später auch andere Forderungen des Hypothekenehmers gegen den Hypo-

125 Gemeint ist hier die Indexierung der gesicherten Forderung (z.B. um die Inflationsrate), die oftmals bei auf UAH lautenden Darlehen vereinbart wird.

126 Eine solche Klausel enthält der Standardvertrag des Staatlichen Hypothekeninstituts, s. Fn. 95.

thekegeber sichert. Eine entsprechende nachträgliche Änderung des Hypothekenvertrages wird für zulässig gehalten<sup>127</sup>.

Nach Auffassung des Verfassers ist eine Änderung des Hypothekenvertrages, die darauf gerichtet ist, die gesicherte Forderung komplett auszuwechseln (die Hypothek sichert nicht mehr die alte Forderung, sondern nunmehr nur die neue(n) Forderung(en)), ebenfalls zulässig. Jedenfalls sprechen weder das Gesetz noch die Rechtsprechung dagegen.

Hat die Hypothek jedoch eine dem Betrag nach bestimmte Forderung gesichert und übersteigt der Betrag der neuen Forderung den der alten, so ist die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 HypG zu beachten: Der Betrag, um den die neue Forderung die alte übersteigt, geht einer etwa bestehenden nachrangigen Belastung im Range nach. Dadurch werden die Rechte der nachrangigen Hypothekengläubiger wie vom Gesetz vorgeschrieben gewahrt.

### **3. Zuständigkeitsakzessorietät**

#### **a. Allgemeines**

Gemäß Art. 572 Abs. 1 ZGB ist Pfandnehmer der Gläubiger der gesicherten Forderung. Pfandgeber kann gemäß Art. 583 Abs. 1 ZGB sowohl der Schuldner der gesicherten Forderung wie auch ein Dritter (sog. Vermögensbürge) sein.

Nach der Definition in Art. 1 Abs. 7 HypG ist der Hypothekennehmer<sup>128</sup> der Gläubiger<sup>129</sup> der gesicherten Forderung.

Somit geht das ukrainische Recht davon aus, dass der Hypothekengläubiger und der Forderungsgläubiger zwingend dieselbe Person sind.

#### **b. Übertragung des Grundpfandrechts**

Die Übertragung des Grundpfandrechts<sup>130</sup> ist in Art. 24 HypG geregelt. Die Übertragung von Forderungen durch Forderungsabtretung richtet sich nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches, und zwar Art. 512 ff. ZGB. Dies trifft auch für hypothekarisch gesicherte Forderungen zu: Deren Übertragung richtet sich ebenfalls nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.

Somit finden bei Übertragung einer hypothekarisch gesicherten Forderung mitsamt dem Grundpfandrecht zwei Übertragungsvorgänge statt: Es wird die Forderung nach Art. 512 ff. ZGB abgetreten und das Grundpfandrecht nach Art. 24 HypG übertragen.

Nach Maßgabe des Hypothekengesetzes wird die Hypothek nur im Regelfall zusammen mit der gesicherten Forderung abgetreten. Art. 24 Abs. 1 S. 2 stellt eine Vermutungsregel auf, wonach bei Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag vermutet wird, dass gleichzeitig auch die gesicherte Forderung abgetreten wird. Nur im Falle gleichzeitiger Abtretung der gesicherten Forderung und der Hypothek

127 Гриджук Д. М., Олійник В. О. Іпотека у кредитуванні – практичні аспекти – К: А.С.К., 2006, ст. 53.

128 Ukr. ipotekoderžatel'.

129 Ukr. kredytor.

130 Im Sprachgebrauch des Hypothekengesetzes Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag (ukr.: відступлення прав за іпотечним договором<sup>37</sup>).

bedarf die Abtretung der Hypothek nicht der Zustimmung des Hypothekengebers (Art. 24 Abs. 1 S. 1 HypG).

Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag ohne gleichzeitige Abtretung der gesicherten Forderung (mit Zustimmung des Hypothekengebers) möglich ist. Eine solche separate Abtretung der Hypothek kommt jedoch nur in Betracht, wenn zugleich der Hypothekenvertrag dahingehend geändert wird, dass die gesicherte Forderung ausgewechselt wird: Die Hypothek sichert nunmehr eine persönliche Forderung des neuen Hypothekengläubigers gegen den Hypothekengeber<sup>131</sup>. Denn ohne die gesicherte Forderung kann eine Hypothek nach ukrainischem Recht nicht existieren.

Nach Art. 514 ZGB gehen auf den Forderungszessionar die Rechte des Forderungszedenten in dem Umfang über, der zum Zeitpunkt der Abtretung der Forderung bestand, soweit das Gesetz oder der Vertrag nichts anderes bestimmen. Somit erhält der Forderungszessionar auch sämtliche Sicherungsrechte des Zedenten<sup>132</sup>; die Hypothek müsste mithin im Zweifel automatisch auf den Forderungszessionar übergehen.

Dennoch werden in der Praxis die gesicherte Forderung und die Rechte aus dem Hypothekenvertrag gesondert abgetreten – auch wenn beide Abtretungen in einem Vertrag erklärt werden<sup>133</sup>. Der Abtretungsvertrag unterliegt – jedenfalls im Hinblick auf die Hypothek – der notariellen Beurkundung nach Art. 24 Abs. 3 S. 1 HypG. Der neue Hypothekengläubiger ist zudem ins Hypothekenregister einzutragen (Art. 24 Abs. 3 S. 2 HypG).

Im Falle der Ausstellung eines Hypothekenbriefes ist die Übertragung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag und der gesicherten Forderung nur zulässig durch Übertragung des Hypothekenbriefes in der durch das HypG vorgeschriebenen Form (Art. 24 Abs. 4 HypG). Die Übertragung der gesicherten Forderung und der Hypothek erfolgt also in einem Akt – durch Indossierung des Hypothekenbriefes. Eine gesonderte Abtretung der gesicherten Forderung nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften bzw. der Hypothek nach Art. 24 Abs. 1 HypG ist nicht mehr zulässig.

In allen Fällen der Übertragung der Hypothek (sowohl durch Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenvertrag als auch durch Indossierung des Hypothekenbriefes) muss der alte Hypothekengläubiger (Indossant des Hypothekenbriefes) den Hypothekengeber innerhalb von fünf Tagen schriftlich über die Übertragung informieren (Art. 24 Abs. 2, 25 Abs. 5 HypG). Tut er dies nicht, so tritt zunächst einmal die allgemeine zivilrechtliche Konsequenz des Art. 516 Abs. 2 ZGB ein: Der Schuldner (Hypothekengeber) wird durch Leistung an den alten Gläubiger und Hypothekennehmer befreit. Der alte Hypothekennehmer hat dem neuen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (Art. 25 Abs. 5 S. 2 HypG).

131 Eine solche Gestaltung ist jedoch in der Praxis nicht verbreitet.

132 Vgl. *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 159.

133 Vgl. Mustervertrag über die Abtretung der Rechte aus dem Hypothekenkredit des Staatlichen Hypothekeninstituts, [www.ipoteka.gov.ua](http://www.ipoteka.gov.ua). Als rechtlich ausreichend – jedoch in der Praxis nicht ratsam – ist auch die alleinige Abtretung der Hypothek anzusehen. Die Abtretung der Forderung wird dann nach Art. 24 Abs. 1 S. 2 HypG vermutet.

### c. Übertragungserleichterungen

Im HypG sind mehrere Möglichkeiten der Refinanzierung<sup>134</sup> vorgesehen, allerdings jeweils unter Benutzung des Hypothekenbriefes (Art. 28-32 HypG). Die Übertragung der Hypothek erfolgt dabei jeweils durch Übertragung des Hypothekenbriefes in dem im HypG festgelegten Verfahren.

Möglichkeiten der Refinanzierung sind

- die Übertragung (Verkauf) des Hypothekenbriefes<sup>135</sup> (Art. 28 Abs. 3 UnterAbs. 1; 25 HypG),
- Verkauf des Hypothekenbriefes mit Rückkaufsverpflichtung (Repo-Geschäft<sup>136</sup>) (Art. 28 Abs. 3 UnterAbs. 2; Art. 29 HypG),
- Verpfändung des Hypothekenbriefes<sup>137</sup> zur Sicherung von Gläubigern des Briefinhabers (Art. 28 Abs. 3 UnterAbs. 3; Art. 30 HypG),
- Emission von Hypothekenswertpapieren<sup>138</sup> (Art. 28 Abs. 3 UnterAbs. 4; Art. 31 HypG).

Besondere Übertragungserleichterungen zum Zwecke der Refinanzierung sieht das Gesetz jedoch nicht vor.

## 4. Durchsetzungsakzessorietät

### a. Allgemeines

Gemäß Art. 33 Abs. 1 HypG hat der Hypothekennehmer *im Falle der Nichterfüllung oder nicht vertragsgemäßer Erfüllung* der gesicherten Forderung das Recht, die Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand zu betreiben<sup>139</sup>. Dazu gehört, dass die gesicherte Forderung nicht in der vereinbarten Frist oder am vereinbarten Datum erfüllt wird (Art. 590 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 3 Abs. 5 S. 1 HypG ist der Hypothekennehmer im Falle der Nichterfüllung der gesicherten Forderung<sup>140</sup> berechtigt, sich aus der belasteten Immobilie zu befriedigen.

Somit knüpft das Gesetz die Durchsetzbarkeit des Grundpfandrechts untrennbar an die Durchsetzbarkeit der gesicherten Forderung. Die Verletzung der gesicherten Forderung ist Voraussetzung, die Möglichkeit der Verwertung der Hypothek die Folge.

Aus der in Art. 3 Abs. 4 HypG angeordneten Akzessorietät des Grundpfandrechts folgt die Rechtsprechung, dass die Unwirksamkeit der gesicherten Forderung die Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages nach sich zieht<sup>141</sup>: Wird beispielsweise

134 Ukr. рефінансування (refinansuvannja).

135 Ukr. відчуження (продаж) заставної (vidčuzennja (prodaž) zastavnojji).

136 Ukr. операція репо (operacija repo).

137 Ukr. застава заставної (zastava zastavnojji).

138 Ukr. емісія іпотечних цінних паперів (emisija ipotečnych cennyh paperiv).

139 Eine inhaltsgleiche Vorschrift für das Pfandrecht enthält Art. 589 Abs. 1 ZGB.

140 Das Gesetz spricht hier von der „Verletzung der Hauptforderung“ (порушення основного зобов'язання), womit auch die nicht vertragsgemäße Erfüllung der gesicherten Forderung gemeint ist.

141 § 2 Informationsschreiben des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine Nr. 01-8/637 v. 30.5.2001.

der abgeschlossene Darlehensvertrag nachträglich für unwirksam erklärt, verliert der die Darlehensforderung absichernde Hypothekenvertrag automatisch seine Wirksamkeit. Eines besonderen Gerichtsurteils über die Feststellung der Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages bedarf es dabei nicht<sup>142</sup>.

Die hier angesprochene Unwirksamkeit umfasst sowohl die *ex tunc*- als auch die *ex nunc*-Unwirksamkeit.

Auch die gegen die gesicherte Forderung bestehenden Leistungsverweigerungsrechte können gleichermaßen gegen die Hypothek geltend gemacht werden. Dies gilt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung insbesondere für die Verjährung: Verjährt die gesicherte Forderung, so verjähren auch die dazugehörigen Nebenrechte, insbesondere das Pfandrecht, Art. 266 ZGB. Dies führt dazu, dass der Schuldner und Hypothekengeber nach Ablauf der Verjährungsfrist sowohl die Erfüllung der gesicherten Forderung, wie auch – automatisch – die Duldung der Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand verweigern kann<sup>143</sup>.

Die Fälligkeit der gesicherten Forderung ist Voraussetzung für die Verwertung der Hypothek. Das Hypothekenrecht – wie auch die allgemeinen pfandrechtlichen Vorschriften des ZGB – sehen jedoch eine Reihe von Fällen vor, in denen der Hypothekennehmer die vorzeitige Erfüllung der gesicherten Forderung verlangen und im Falle ihrer Nichterfüllung in den Hypothekengegenstand vollstrecken kann. Nach Art. 12 HypG kann der Hypothekennehmer die gesicherte Forderung fällig stellen, wenn der Hypothekengeber seine Nebenpflichten aus dem Hypothekenvertrag verletzt. Eine solche Pflichtverletzung liegt beispielsweise vor, wenn der Hypothekengeber den Hypothekengegenstand nicht ordnungsgemäß verwahrt, laufende Reparaturen unterlässt oder den Hypothekengegenstand auf andere Art und Weise schädigt<sup>144</sup>, den Hypothekennehmer nicht über eine drohende Vernichtung oder Untergang des Hypothekengegenstandes informiert. Dass das Gesetz in solchen Fällen gerade die Vorfälligkeit der gesicherten Forderung anordnet, zeigt wiederum, dass die Durchsetzbarkeit der Hypothek eng an die Durchsetzbarkeit der gesicherten Forderung geknüpft ist.

Lediglich im Falle der Liquidation (Auflösung) einer juristischen Person hat der Pfandgläubiger das Recht auf Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Pfandgegenstand unabhängig davon, ob die gesicherte Forderung bereits fällig ist (Art. 590 Abs. 3 ZGB). Die Umwandlung einer juristischen Person ohne Auflösung begründet kein Recht auf Verwertung des Pfandgegenstandes<sup>145</sup>.

## b. Grundlagen der Einzelzwangsvollstreckung

### aa. Allgemeines

Die Zwangsvollstreckung in den Pfandgegenstand erfolgt auf Entscheidung eines Gerichts, wenn anderes nicht durch Vertrag oder Gesetz vorgeschrieben ist (Art. 590 Abs. 1 ZGB). Jedoch ist das, was im Zivilgesetzbuch für das allgemeine Pfandrecht als Regel angeordnet ist, für die Hypothek eher die Ausnahme. Die im Hypothe-

142 Ebenda.

143 Vgl. Цивільний кодекс України: Коментар. Видання друге із змінами станом на 15 січня 2004 р. – X.: ТОВ „Одіссей“, 2004, ст. 171.

144 Zur ordnungsgemäßen Verwahrung ist der Hypothekengeber nach Art. 10 Abs. 1 HypG.

145 *Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan*, Band II, S. 409.

kengesetz vorgesehene Arten der sog. außergerichtlichen Verwertung<sup>146</sup> spielen in der Praxis eine weitaus größere Rolle, als die Verwertung aufgrund gerichtlicher Entscheidung (hierzu gleich u.).

Die Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand kann nach dem Gesetz aus folgenden Gründen eingeleitet werden (Art. 33 HypG):

- Nicht- oder nicht ordnungsgemäße Erfüllung der hypothekarisch gesicherten Hauptforderung (Art. 33 Abs. 1 S. 1 HypG).
- Der Hypothekengeber verletzt seine (Neben-) Pflichten aus dem Hypothekervertrag und die gesicherte Forderung wird fällig gestellt (Art. 12 Abs. 1 HypG). Dies bezieht sich insbesondere auf die Pflichten hinsichtlich des Erhalts und der Versicherung des Hypothekengegenstandes (Art. 12 Abs. 2 HypG).
- Über das Vermögen des Hypothekengebers wird das Insolvenzverfahren<sup>147</sup> eröffnet oder der Hypothekengeber wird aufgelöst (Art. 33 Abs. 2 HypG).

#### *bb. Rechtsgrundlagen*

Die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung enthält das Zwangsvollstreckungsgesetz. Dieses spielt jedoch in der hypothekenrechtlichen Praxis nur eine beschränkte Rolle.

Zum einen kommt das Zwangsvollstreckungsgesetz nur dann zum Einsatz, wenn eine öffentliche Verwertung des Hypothekengegenstandes stattfindet, d.h. der Hypothekengegenstand aufgrund eines Gerichtstitels oder einer notariellen Vollstreckungsurkunde verwertet wird. Die Praxis bedient sich jedoch überwiegend der Maßnahmen der privaten (außergerichtlichen) Verwertung nach Art. 36 HypG.

Zum anderen wurde mit dem In-Kraft-Treten des Hypothekengesetzes die Vorschrift des Art. 62-1 ins Vollstreckungsgesetz eingefügt, wonach die Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand und die Verwertung der Hypothek sich nach den Bedingungen des Hypothekervertrages richten. Praktisch sind damit für die Verwertung des Hypothekengegenstandes die Regelungen im Hypothekervertrag sowie die Vorschriften des Hypothekengesetzes maßgebend<sup>148</sup>. Die Bestimmungen des Hypothekengesetzes sind für die Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand *lex specialis* und verdrängen nahezu vollständig die Bestimmungen des Vollstreckungsgesetzes.

Von einer großen Bedeutung für die Verwertung der Hypothek sind dagegen die Vorschriften des Vollstreckungsgesetzes über die zwangsweise Räumung von Immobilien (Art. 79, 80 Vollstreckungsgesetz). Diese Regelungen greifen jedoch erst dann ein, wenn die Zwangsvollstreckung in den Hypothekengegenstand bereits abgeschlossen ist, d.h. das Eigentum am Hypothekengegenstand auf den Erwerber übergegangen ist.

146 Ukr.: „позасудове врегулювання“ (pozasudove vreguljuvannja).

147 Zur Stellung des Hypothekengläubigers in der Insolvenz des Hypothekengebers vgl. oben.

148 Vgl. Науково-практичний коментар до Законів України „Про державну виконавчу службу“, „Про виконавче провадження“/Відп. Ред. О. В. Лавринович. – К.: Юрінком Інтер, 2006б ст. 233.

*cc. Vollstreckungsgrundlagen*

Das ukrainische Recht sieht verschiedene Vollstreckungsgrundlagen vor (Art. 33 Abs. 3 HypG):

– Gerichtsentscheidung

Die Vollstreckung auf Grundlage einer Gerichtsentscheidung ist vorgeschrieben, wenn die Immobilie in staatlichem oder kommunalem Eigentum ist oder einem Unternehmen gehört, an dem der Staat zu mehr als 50% beteiligt ist (Art. 33 Abs. 4 HypG). Zum notwendigen Inhalt der Gerichtsentscheidung: s. Art. 39 HypG.

– Notarielle Vollstreckungsurkunde

Eine notarielle Vollstreckungsurkunde stellt eine Bestätigung der Forderung dar, die erst nach dem Ausfall des Schuldners erteilt wird.

Dieses Instrument wird in der Praxis nur beschränkt genutzt. Nach § 1 der Verordnung des Ministerkabinetts der Ukraine „Über die Festlegung der Liste von Dokumenten, aus denen die Vollstreckung im Wege notarieller Vollstreckbarerklärung möglich ist“ müssen dem Notar zum Zwecke der notariellen Vollstreckbarerklärung Unterlagen vorgelegt werden, aus denen sich die Unstreitigkeit der zu vollstreckenden Forderung ergibt. Welche Unterlagen dies sind, ist unklar. Die einschlägige notarielle Praxis ist uneinheitlich.

Bei einer Verwertung aufgrund einer Gerichtsentscheidung oder einer notariellen Vollstreckungsurkunde erfolgt diese in der Regel durch eine öffentliche Versteigerung<sup>149</sup> (Art. 41 Abs. 1 HypG). Alternativ kann das Gericht aber auch eine freihändige Veräußerung des Hypothekengegenstandes durch den Hypothekenehmer nach den Regeln des Art. 38 HypG anordnen (Art. 39 Abs. 1 Nr. 4 HypG).

Die Verwertung aufgrund einer Gerichtsentscheidung sowie aufgrund der notariellen Vollstreckbarerklärung stellen die zwei Unterarten der öffentlichen Verwertung des Hypothekengegenstandes dar.

– Vollstreckungsvertrag zwischen Hypothekengläubiger und Hypothekenschuldner (außergerichtliche Regulierung). Hierbei handelt es sich um eine private Verwertung des Hypothekengegenstandes.

Durch den Vollstreckungsvertrag wird das Eigentum an der verpfändeten Sache auf den Hypothekengläubiger übertragen oder das Recht des Hypothekengläubigers zum Verkauf der Immobilie geregelt (Art. 36 Abs. 3 Abs. 1 HypG).

Ein Vollstreckungsvertrag<sup>150</sup> kann vor einer gerichtlichen Entscheidung über die Zwangsvollstreckung abgeschlossen werden. In der Praxis ist der Vollstreckungs-

<sup>149</sup> Ukr. прилюдні торги (pryljudni torhi).

<sup>150</sup> In seinen Wirkungen ist ein solcher Vollstreckungsvertrag der notariellen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach deutschem Recht vergleichbar.

Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur Lage in Russland: Nach russischem Recht kann ein Vollstreckungsvertrag erst geschlossen werden, wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen bereits vorliegen. Ein früher geschlossener Vertrag ist unwirksam.

vertrag als Vollstreckungsklausel Bestandteil des Hypothekenvertrages<sup>151</sup> (Art. 36 Abs. 1 S. 2 HypG).

Da der Vollstreckungsvertrag eine der Vollstreckungsgrundlagen ist, kann er nicht mehr nach Beginn der Vollstreckung abgeschlossen werden.

Der Vollstreckungsvertrag kann folgende Maßnahmen zur Befriedigung der gesicherten Forderung vorsehen (Art. 36 Abs. 3 HypG):

- Übernahme des Hypothekengegenstandes durch den Hypothekengläubiger gemäß Art. 37 HypG (*lex commissoria*),
- freihändiger Verkauf gemäß Art. 38 HypG.

Weitere Maßnahmen des Hypothekennehmers gegen den Hypothekengeber zur Befriedigung der gesicherten Forderung nach Durchführung der außergerichtlichen Regulierung sind unwirksam (Art. 36 Abs. 4 HypG). Somit muss die etwa verbleibende Restforderung abgeschrieben werden<sup>152</sup>.

#### *dd. Verfahren*

Die Voraussetzungen und das Verfahren der Verwertung des Hypothekengegenstandes sind abschließend in den Art. 33 ff. HypG geregelt. Insoweit werden die Vorschriften des ZGB über die Verwertung des Pfandes sowie die Vorschriften anderer Gesetze verdrängt.

Im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung der gesicherten Hauptforderung hat der Hypothekengläubiger dem Schuldner eine Frist von mindestens 30 Tagen zur Beseitigung der Störung zu setzen. Erst nach Ablauf dieser 30-tägigen Frist kann der Hypothekengläubiger aus der Hypothek vollstrecken (Art. 35 Abs. 1 HypG).

Wenn im Falle der Fristsetzung innerhalb der 30-tägigen Wartefrist ein Verlust oder eine Gefahr der Schädigung bzw. des Untergangs der Immobilie droht, kann der Hypothekengläubiger ohne Einhaltung der Frist mit der Vollstreckung beginnen (Art. 35 Abs. 3 HypG).

151 In der aktuellen Praxis ist die Frage aufgetaucht, ob die Vollstreckungsklausel im Hypothekenvertrag einem (gesonderten) Hypothekenvertrag gleichwertig ist. Hintergrund ist die Regelung der Immobilienregisterverordnung (Anlage 1 § 1), wonach unter den sog. rechtskonstituierenden Dokumenten (zum Begriff s.o.) lediglich der Vollstreckungsvertrag, nicht jedoch die Vollstreckungsklausel aufgeführt wird. In der Literatur wird jedoch mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass die Vollstreckungsklausel im Hypothekenvertrag einen Unterfall des Vollstreckungsvertrages darstellt und daher mit diesem vollstreckungsrechtlich gleichwertig ist. Vgl. Жуков А. Вопросы, возникающие при применении Закона Украины „Об ипотеке“ в: Ипотека – аналіз, коментарі, практика застосування, Х.: Страйд, 2006, ст. 246.

152 Die Vorschrift des Art. 36 Abs. 4 HypG ist systemfremd, denn sie führt dazu, dass der Hypothekengläubiger im Falle einer außergerichtlichen Vollstreckung sich nur aus dem Veräußerungserlös befriedigen und nicht wegen seines Ausfalls gegen den Schuldner aus der persönlichen Forderung vorgehen kann. Jedoch ist die gesetzliche Regelung insoweit ziemlich eindeutig. Die Anwendung dieser Norm und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung bleiben abzuwarten. Mangels Präzedenzfällen (bisher war auf dem Immobilienmarkt nur ein rasanter Preisanstieg zu verzeichnen) hat die Rechtsprechung zu Art. 36 Abs. 4 HypG noch nicht Stellung genommen.

### (1) *Übernahme durch den Hypothekengläubiger*

Im Fall der Zwangsvollstreckung kann der hypothekengesicherte Gläubiger die belastete Immobilie übernehmen (*lex commissoria*).

Er hat dann die Möglichkeit, diese Sachen bzw. Rechte zu behalten und ggf. zu einem späteren Zeitpunkt zu verkaufen. Mit der Übernahme gilt die gesicherte Forderung als erfüllt und erlischt.

Der Vertrag zwischen Hypothekengeber und Hypothekennehmer über die Übernahme des Hypothekengegenstandes ist Grundlage für die Registrierung des Eigentumsrechts des Hypothekennehmers (Art. 37 Abs. 1 HypG)<sup>153</sup>.

Die *lex commissoria* regelnde Vorschrift des Art. 37 HypG ist durch Gesetz vom 22.12.2005 mit dem Ziel neu gefasst worden, einen Schutzmechanismus für den Hypothekengeber einzuführen. Der Wert des Hypothekengegenstandes kann unter Umständen wesentlich über dem (Rest-)Betrag der gesicherten Forderung liegen.

Nach Art. 37 Abs. 3 n.F. HypG muss im Falle der Übernahme nunmehr eine neue Bewertung des Hypothekengegenstandes durch einen lizenzierten Gutachter<sup>154</sup> erfolgen. Ist der ermittelte Wert der Immobilie höher als die gesicherte Forderung ist folgendes Verfahren einzuhalten: Von 90% des ermittelten Wertes ist die Summe der gesicherten Forderung abzuziehen. Der verbleibende Betrag ist dem Schuldner zu erstatten (Art. 37 Abs. 3 HypG)<sup>155</sup>.

Das Gesetz sieht keine Regelung vor, wenn der ermittelte Wert der Immobilie geringer ist als die gesicherte Forderung. Nach allgemeiner Regel behält in einem solchen Fall der Gläubiger in der verbleibenden Höhe eine ungesicherte Forderung gegen den Schuldner.

Ein späterer Verkauf des Pachtrechts ist allerdings nur möglich durch Änderung des Pachtvertrages, was nur mit Zustimmung des Bodeneigentümers/Verpächters möglich ist.

### (2) *Verwertung*

Eine andere Möglichkeit ist die Verwertung, d.h. der Verkauf der belasteten Immobilie. Dies kann erfolgen im Wege der (öffentlichen) Zwangsversteigerung (Art. 41 ff. HypG) oder durch freihändigen Verkauf seitens des Hypothekengläubigers (Art. 38 HypG).

Wenn ein Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung beginnt, haben sowohl vor- wie nachrangige Hypothekengläubiger die Möglichkeit, sich an dem Verfahren zu beteiligen (Art. 13 Abs. 3, 5 HypG). Beteiligen sich die vorrangigen Hypothekengläubiger nicht, geht die Immobilie belastet mit diesen Hypotheken über

153 Zur Frage, ob auch die Vollstreckungsklausel im Hypothekenvertrag eine solche Grundlage darstellt, s. Fußnote 161.

154 Die Bewertung von Immobilien wird in der Ukraine von unabhängigen professionellen Gutachtern durchgeführt, die über eine besondere Lizenz verfügen. Das Gesetz bezeichnet solche Gutachter als „Subjekte der Bewertungstätigkeit“ (ukr: „суб’єкти оціночної діяльності“).

155 (ermittelter Wert)\*90% – (gesicherte Forderung) = (Erstattungsbetrag an den Schuldner). Die verbleibenden 10% dienen der Deckung der Verfahrenskosten.

auf den Erwerber in der Verwertung. Der vorrangige Hypothekengläubiger ist, soweit er nicht seinerseits vollstreckt, berechtigt, die Vollstreckung durch einen nachrangigen Hypothekengläubiger durch eine schriftliche Erklärung einstellen zu lassen (Art. 13 Abs. 4 HypG); in diesem Fall ist der nachrangige Hypothekengläubiger erst nach Befriedigung des vorrangigen Gläubigers in dem von diesem betriebenen Zwangsvollstreckungsverfahren zu befriedigen.

Wird ein Kredit zurückgezahlt, erlischt die Hypothek automatisch. Der Rang wird nicht frei, sondern die nachfolgenden Hypotheken rücken im Rang auf.

(a) *Freihändiger Verkauf*

Der Hypothekengläubiger kann nach Eintritt der Vollstreckungsvoraussetzungen den Hypothekengegenstand im eigenen Namen als Hypothekennehmer veräußern. Art. 38 HypG enthält insoweit eine unmittelbare Verfügungsbefugnis. Art. 6 Abs. 1 Hypothekenkreditgesetz gibt dem Hypothekennehmer zusätzlich das Recht, den Kaufvertrag über den Hypothekengegenstand *im Namen des Hypothekengebers* abzuschließen. Jedoch ist die Veräußerung der verpfändeten Immobilie durch den Hypothekengläubiger im eigenen Namen in der Praxis die Regel.

Im Falle des freihändigen Verkaufs hat der Hypothekengeber andere Personen, die ein registriertes beschränktes dingliches Recht an der Immobilie (Hypothek, Dienstbarkeit etc.) haben, 30 Tage vor Abschluss des Kaufvertrages über den geplanten Verkauf zu informieren. Die anderen Rechtsinhaber können ein Vorkaufsrecht geltend machen. Tun sie dies nicht, kann der Hypothekengläubiger die Immobilie frei an jeden Interessierten verkaufen (Art. 38 Abs. 1-4 HypG). Der Hypothekengeber und der Schuldner der gesicherten Forderung haben das Recht, die Verwertung durch Befriedigung der gesicherten Forderung abzuwenden (Art. 38 Abs. 8; 42 HypG).

(b) *Öffentliche Verwertung*

Im Falle einer öffentlichen Verwertung wird die Immobilie in der Regel zwangsversteigert. Die Zwangsversteigerung wird einem Auktionator (eine sog. spezialisierte Organisation) aufgetragen (Art. 41 Abs. 2 HypG) und erfolgt unter der Aufsicht des staatlichen Vollziehers (Gerichtsvollziehers). Der Startpreis wird entweder durch die Gerichtsentscheidung oder durch Vereinbarung der Parteien bestimmt. Fehlt eine solche Vereinbarung, so richtet sich der Startpreis nach dem gutachterlichen Wert der Immobilie; hierbei kann er 90% dieses gutachterlichen Wertes nicht unterschreiten. Die Zwangsversteigerung ist in mind. zwei lokalen Zeitungen spätestens 15 Tage vor deren Durchführung anzukündigen. Sie darf stattfinden, wenn es mindestens einen Beteiligten gibt (Art. 45 Abs. 3 HypG). Der Meistbietende erhält den Zuschlag.

Über die Zwangsversteigerung wird eine Niederschrift erstellt, die der Meistbietende zu unterzeichnen hat. Den Kaufpreis hat der Zuschlagempfänger innerhalb von zehn Tagen nach Unterzeichnung dieser Niederschrift an den Auktionator zu überweisen. Innerhalb von fünf Tagen nach Eingang der Zahlung übermittelt der Auktionator dem Gerichtsvollzieher eine Mitteilung über die Durchführung der Zwangsversteigerung. Aufgrund dieser Mitteilung erstellt der Gerichtsvollzieher einen Akt über die Verwertung des Gegenstands der Hypothek (Art. 47 Abs. 2 HypG). Die Erteilung des Aktes kann nicht verweigert werden, soweit die Verwer-

tung der Hypothek den Anforderungen des Hypothekengesetzes entsprochen hat (Art. 47 Abs. 4 HypG). Aufgrund des vom Gerichtsvollzieher erstellten Aktes erteilt der Notar dem Erwerber eine Eigentumsurkunde über die versteigerte Immobilie. Diese Eigentumsurkunde stellt ein sog. rechtskonstituierendes Dokument dar (zum Begriff s.o.).

Nach dem Zwangsvollstreckungsgesetz kann der Gerichtsvollzieher oder eine der Parteien des Vollstreckungsverfahrens verlangen, dass die (öffentliche) Vollstreckung ausgesetzt wird, „bei Vorliegen von Umständen, die die Vollstreckung erschweren oder unmöglich machen“ (Art. 33 Abs. 1 ZVG). Das Gericht kann die gerichtliche Verwertung ablehnen, wenn die Verletzung der gesicherten Forderung oder des Hypothekenvertrages durch den Schuldner und den Hypothekengeber geringfügig ist und für den Hypothekengläubiger keine Nachteile gebracht hat (Art. 39 Abs. 3 HypG). Im HypG wurde durch Gesetzesänderungen vom Januar 2006 die Aussetzung in folgenden Fällen ausgeschlossen (Art. 39 Abs. 4 HypG):

- Die Hypothek ist Teil eines Hypothekenpools.<sup>156</sup>
- Die Aussetzung kann die finanzielle Situation des Hypothekengebers erheblich verschlechtern.
- Gegen den Hypothekengeber oder den Hypothekennehmer ist ein Insolvenzverfahren eröffnet.

Wie bereits erwähnt, können auch vorrangige Hypothekengläubiger die Einstellung der Vollstreckung aus nachrangigen Hypotheken verlangen, falls diese Vollstreckung die vollständige Rückzahlung der vorrangigen Hypothek gefährdet.

Die Verfahrenslänge hängt wesentlich von der gewählten Verfahrensart ab (öffentlich oder privat):

- Durch Gerichtsentscheidung und Zwangsversteigerung: Gerichtsverfahren bis zu einem rechtskräftigen Urteil und Vollstreckungsprozess dauern zusammen bis zu 8–10 Monate.
- Durch Vollstreckungsvertrag: Dauer ca. 2,5–3 Monate.

#### *ee. Verteilungsrangfolge*

Grundsätzlich sieht das ukrainische Recht bei der Verteilung die Befriedigung der Pfandgläubiger im ersten Rang vor. Bei gerichtlicher Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung) sind die Hypothekengläubiger nach Ausgleich der Kosten der Zwangsversteigerung sowie Zahlung der Provision der Versteigerungsorganisation zu befriedigen (Art. 47 Abs. 6 HypG).

Bei der außergerichtlichen Verwertung durch freihändigen Verkauf entstehen keine Verfahrenskosten. Es fallen Notarkosten für die Beurkundung des Kaufvertrages zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Erwerber sowie Registrierungskos-

<sup>156</sup> Es davon auszugehen, dass es sich um Hypothekenpools nach dem ukrainischen Gesetz der Ukraine „Über Hypothekenobligationen“ vom 22.12.2005 Nr. 3273-IV handelt. Das Gesetz regelt ukrainische Pfandbriefe und MBS. Die Frage, ob auch ausländische Hypothekenpools umfasst werden, ist für die Pfandbriefdeckung deutscher Pfandbriefbanken derzeit nicht relevant, solange ukrainische Hypothekenforderungen nach dem deutschen Pfandbriefgesetz nicht deckungsfähig sind.

ten an. Diese Kosten werden aber nach den allgemeinen Grundsätzen von den Vertragsparteien, also in der Regel vom Erwerber getragen. Der Erlös wird zwischen dem verkaufenden Hypothekengläubiger und anderen Personen, die registrierte Rechte an der Immobilie haben (nachrangige Hypothekengläubiger, Fiskus als Inhaber des Steuerpfandrechts) entsprechend der Rangfolge (Priorität) ihrer Rechte verteilt. Ein Überschuss wird dem Hypothekengeber übergeben (Art. 38 Abs. 6 HypG).

Praktisch fungiert der betreibende Hypothekengläubiger im Falle privater Verwertung als Zahlstelle für die Inhaber aller registrierten Rechte an der Immobilie: Er kassiert den Kaufpreis und hat einen eventuellen Überschuss an die nachrangigen Hypothekengläubiger bzw. den Schuldner zu verteilen. Nach dem neu eingefügten Art. 38 Abs. 7 HypG hat der betreibende Hypothekengläubiger nach Abschluss der Verwertung den Inhabern anderer registrierter Rechte sowie dem Schuldner einen Bericht über die Verteilung des Verkaufserlöses zu übersenden.

*ff. Übergang des Eigentums an der Immobilie, Rechte Dritter an der Immobilie*  
Im Falle einer öffentlichen Verwertung im Wege der Zwangsversteigerung geht das Eigentum auf den Erwerber mit der Erteilung der Eigentumsurkunde über die ersteigerte Immobilie durch den Notar über.

Im Falle einer privaten Verwertung geht das Eigentum auf den Erwerber nach allgemeiner Regel mit der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages (bei dem der Hypothekennehmer als Veräußerer auftritt) und dessen staatlicher Registrierung im Staatlichen Register für Rechtsgeschäfte über (Art. 334 Abs. 4 ZGB).

Im Falle der Übernahme des Eigentums am Hypothekengegenstand durch den Hypothekennehmer geht das Eigentum auf den Hypothekennehmer mit der Registrierung des Hypothekennehmers als neuer Eigentümer über.

Im Falle der privaten oder öffentlichen Verwertung der Immobilie erlöschen alle Rechte Dritter an der Immobilie, die nach der Hypothek, aus der vollstreckt wurde, entstanden sind. Dies gilt nicht, wenn der Hypothekengläubiger die Immobilie übernimmt. (Art. 50 HypG).

*gg. Rang mehrerer Rechte*

Ist das Objekt mit mehreren Hypotheken belastet, so können im Falle der Vollstreckung durch einen Hypothekengläubiger auch andere vor- und nachrangige Gläubiger vollstrecken. Dabei ist es unerheblich, ob ihre Forderungen bereits fällig geworden sind (Art. 13 Abs. 3, 5 HypG), die Fälligkeit wird somit in Bezug auf diese Forderungen fingiert.

Das Befriedigungsrecht des Hypothekengläubigers ist vorrangig gegenüber anderen Personen, deren Rechte an der Immobilie nicht oder später als die Hypothek registriert wurden (Art. 3 Abs. 5 S. 1 HypG). Wenn ein Recht an der Immobilie kraft Gesetzes entsteht, geht dieses Recht der Hypothek nur vor, soweit es vor der staatlichen Registrierung der Hypothek entstanden ist und registriert wurde (Art. 3 Abs. 5 S. 2 HypG).

Der Vorrang des Hypothekengläubigers gegenüber anderen registrierten Rechten entsteht mit der Eintragung der Hypothek. Der Rang der registrierten Rechte bei

ihrer Befriedigung richtet sich nach der Reihenfolge ihrer Eintragung (Art. 5 Abs. 6 HypG).

In der Zwangsvollstreckung in eine Immobilie aus mehreren Hypotheken werden die durch nachfolgende Hypotheken gesicherten Forderungen erst nach vollständiger Befriedigung der vorhergehenden gesicherten Forderungen befriedigt (sog. Priorität, Art. 13 Abs. 5 HypG).

Macht ein vorrangiger Hypothekengläubiger von seinem Recht gemäß Art. 13 Abs. 2 S. 1 HypG auf Teilnahme an der Zwangsvollstreckung eines nachfolgenden Hypothekengläubigers vor Fälligkeit seiner Forderung keinen Gebrauch, bleibt seine Hypothek bis zur vollständigen Befriedigung der gesicherten Forderung wirksam und bleibt als Belastung der Immobilie auch nach deren Verwertung in der Zwangsvollstreckung erhalten (Art. 13 Abs. 2 S. 2 HypG).

Nachrangige Hypotheken erlöschen als Ergebnis der aus der vorrangigen Hypothek betriebenen Zwangsvollstreckung (Art. 17 Abs. 2 HypG). Die Forderung des nachfolgenden Hypothekengläubigers bleibt als ungesicherte erhalten.

*hh. Sonstige Fragen der Einzelzwangsvollstreckung*

*(1) Sicherung mehrerer Forderungen durch eine Hypothek*

Sichert die Hypothek mehrere Forderungen aus einem Schuldverhältnis, so kann der Hypothekengläubiger, soweit er überhaupt zur Verwertung der Hypothek berechtigt ist, sich gleichzeitig wegen aller Forderungen aus dem gesicherten Forderungskreis befriedigen. Die Fälligkeit noch nicht fällig gewordener Forderungen wird somit ebenfalls fingiert.

*(2) Umfang der Hypothek*

Nach Art. 576 Abs. 3 S. 1 ZGB erstreckt sich das Pfandrecht an einer Sache – soweit nicht abbedungen – auch auf das Zubehör. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Früchte, Erzeugnisse und Einkünfte, die durch die Nutzung des verpfändeten Vermögensgegenstandes erzielt werden.<sup>157</sup> Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf Sachen, die der Pfandgeber erst nach Entstehen des Pfandes erwirbt (Art. 576 Abs. 2 ZGB, der ausdrücklich die zukünftige Ernte nennt).

Die Hypothek erstreckt sich auf alle Bestandteile und das Zubehör, soweit der Hypothekenvertrag nichts anderes regelt (Art. 5 Abs. 7 HypG). Gemäß Art. 186 ZGB handelt es sich bei Zubehör um Sachen, die der Immobilie dienen und mit ihrer Bestimmung verbunden sind.

Mietverträge werden nicht automatisch von einer Hypothek erfasst. Es erfolgt keine automatische Abtretung an den Hypothekengläubiger. Es ist notwendig und in der Praxis üblich, Rechte aus Mietverträgen gesondert abzutreten.

Um die Mieteinnahmen aus der vermieteten Immobilie zu erhalten, muss dies im Hypothekenvertrag vereinbart und der Mieter über den Gläubigerwechsel informiert werden.

<sup>157</sup> Art. 576 Abs. 3 S. 2 ZGB; Art. 9 Abs. 2 HypG, soweit nicht vertraglich anders vereinbart. Art. 586 Abs. 1 ZGB gibt dem Pfandgeber ausdrücklich das Recht der Nutzung einschließlich der Fruchtziehung und Erzielung von Einkünften.

### (3) *Teilung des Hypothekenobjekts*

Ein Teil einer Immobilie kann erst mit einer Hypothek belastet werden, nachdem er abgetrennt und das Eigentum an diesem Teil als neues Immobilienobjekt registriert wurde (Art. 5 Abs. 6 S. 1 HypG, s.o.). Werden zu einer belasteten Immobilie Teile hinzugefügt, die in Natur nicht abgetrennt werden können, werden diese Teile ebenfalls von der Hypothek erfasst (Art. 5 Abs. 6 S. 2 HypG).

### (4) *Zwangsverwaltung*

Nach Eintritt der Vollstreckungsvoraussetzungen kann über den Hypothekengegenstand aufgrund einer Bestimmung im Hypothekenvertrag oder gerichtlicher Entscheidung nach Art. 34 HypG ein Verfahren eingeleitet werden, das dem deutschen Zwangsverwaltungsverfahren ähnlich ist. Hierbei übernimmt der Hypothekengläubiger oder ein Dritter die Verwaltung des Hypothekengegenstandes bis zu dessen Verwertung. Die aus der Verwaltung gewonnenen Früchte und Einkünfte (hierunter fallen auch Mieteinnahmen) werden zur Befriedigung des Hypothekengläubigers verwendet. In diesem Fall kann also der Hypothekennehmer unmittelbar auf die Mieteinnahmen zugreifen.

### c. *Veränderungen in der Insolvenz*<sup>158</sup>

Nach dem Gesetz „Über die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners und seine Insolvenzerklärung“ vom 14. Mai 1992 (InsG) ist Insolvenz die vom Wirtschaftsgericht festgestellte Unfähigkeit des Schuldners, seine Zahlungsfähigkeit wieder herzustellen und die gerichtlich anerkannten Forderungen gegen ihn anders als durch Liquidation zu befriedigen. Gemäß Art. 6 Abs. 3 InsG kann das Insolvenzverfahren vom Wirtschaftsgericht eröffnet werden, wenn unbestrittene Gläubigerforderungen in Höhe von nicht weniger als 300 Mindestmonatsgehältern<sup>159</sup> bestehen und nach Fristsetzung seit drei Monaten auf diese Forderungen keine Zahlung erfolgt ist.

Gemäß Art. 6 InsG kann der Insolvenzantrag vom Schuldner selbst oder einem Gläubiger gestellt werden. Allerdings sind Gläubiger, deren Forderungen vollständig durch eine Hypothek gesichert sind, nicht zur Stellung des Insolvenzantrages gegen den Schuldner berechtigt (Art. 8 InsG). Sie sind berechtigt, ihre Forderungen in einem eröffneten Insolvenzverfahren geltend zu machen. Diese Anmeldung der Forderungen muss gemäß Art. 14 Abs. 1 InsG innerhalb von 30 Tagen nach der Veröffentlichung des Insolvenzbeschlusses des Wirtschaftsgerichts erfolgen. Erfolgt die Anmeldung nicht innerhalb von 30 Tagen, werden diese Forderungen nicht berücksichtigt (Art. 14 Abs. 2 InsG).

Der Antrag muss in schriftlicher Form, unterzeichnet vom Geschäftsführer des Antragstellers (Gläubiger oder Schuldner) eingereicht werden und muss Einzelheiten und Unterlagen zur Begründung des Antrages enthalten.

<sup>158</sup> Vgl. hierzu auch Ausführungen zur Stellung des Hypothekengläubigers in der Insolvenz.

<sup>159</sup> Ein Mindestmonatsgehalt ist z.Zt. 310 UAH (ca. 51 EUR). Ausreichend für eine Insolvenzeröffnung – bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen – sind also Verbindlichkeiten in Höhe von 15.300 EUR (Art. 6 Abs. 3 InsG).

Entsprechend dem Gesetz können folgende Verfahrensarten verhängt werden:

- Verwaltung des Schuldnervermögens
- Sanierung
- Liquidation
- Vergleich

Gemäß Art. 11 InsG verhängt das Wirtschaftsgericht mit der Entscheidung über die Insolvenzeröffnung die Verwaltung und Verwertung des Schuldnervermögens und ernennt dazu einen Insolvenzverwalter. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens können die Organe des Schuldners folgende Entscheidung nur noch mit Zustimmung des Insolvenzverwalters treffen:

Reorganisation oder Liquidation, Gründung von Tochtergesellschaften, oder Repräsentanzen, Dividendenzahlung, Ausgabe von Wertpapieren und ähnliche Aktivitäten.

Das Hypothekengesetz bestimmt in Art. 33 Abs. 2 HypG, dass im Falle einer Insolvenz des Hypothekenschuldners der Hypothekengläubiger in den Gegenstand der Hypothek vollstrecken kann, selbst wenn die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist. Gemeint ist hier gerade die hypothekenrechtliche Einzelzwangsvollstreckung, nicht die Vollstreckung im Rahmen des Insolvenzverfahrens.

Diese Norm gibt es erst seit der Verabschiedung des Hypothekengesetzes im Jahre 2004. Nach altem Recht (früher war die Hypothek im Pfandrechtsgesetz geregelt) erhielten die Hypothekengläubiger lediglich ein Vorrecht in der Insolvenz, konnten jedoch keine Einzelzwangsvollstreckung betreiben.

Demgegenüber sagt das Insolvenzgesetz (das noch vor 2004 verabschiedet wurde), dass Vermögensgegenstände des Insolvenzschuldners, die Gegenstand eines Pfandrechts (wie z.B. einer Hypothek) sind, Bestandteil der Insolvenzmasse („Liquidationsmasse“) werden, jedoch „ausschließlich zur erstrangigen Befriedigung der Pfandrechtsgläubiger“ verwendet werden können (Art. 26 Abs. 2 Insolvenzgesetz).

Art. 31 Insolvenzgesetz sieht indes eine Rangfolge der Verteilung des Liquidationserlöses vor, in der Forderungen der Pfandrechtsgläubiger nur gleichrangig mit einigen anderen Forderungen zu befriedigen sind. Nach Art. 31 Insolvenzgesetz (zentrale insolvenzrechtliche Verteilungsnorm) sind im ersten Rang folgende Ansprüche (gleichrangig) zu befriedigen:

1. pfandrechtlich gesicherte Forderungen;
2. Gehaltsforderungen in einem gewissen Umfang;
3. Forderungen des Einlagensicherungsfonds, die er im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs gegen das insolvente Kreditinstitut erwirbt;
4. Kosten des Insolvenzverfahrens.

Somit bestehen Widersprüche:

- a) zwischen dem Hypothekengesetz und dem Insolvenzgesetz hinsichtlich der Frage, ob pfandrechtig belastete Gegenstände Bestandteil der Insolvenzmasse werden;
- b) zwischen Art. 26 Abs. 2 und Art. 31 Insolvenzgesetz hinsichtlich der Befriedigungsrangfolge.

Diese Widersprüche wurden aber von der Rechtsprechung erkannt und wie folgt gelöst:

- a) Art. 26 Abs. 2 Insolvenzgesetz, wonach der Erlös aus der Veräußerung von pfandrechtig belasteten Vermögensgegenständen ausschließlich zur erstrangigen Befriedigung der Pfandrechtsgläubiger zu verwenden ist, hat Vorrang vor Art. 31 Insolvenzgesetz<sup>160</sup>. Somit werden Hypothekengläubiger erstrangig aus dem Verkaufserlös der belasteten Immobilie befriedigt, alle anderen Forderungen gehen im Rang nach.
- b) In einer Insolvenz des Hypothekenschuldners werden pfandrechtig belastete Vermögensgegenstände Bestandteil der Insolvenzmasse. Das allgemeine insolvenzrechtliche Vollstreckungsverbot (Moratorium) erstreckt sich darauf. Somit findet die Vollstreckung in den Gegenstand der Hypothek in der Insolvenz des Schuldners ausschließlich nach den Vorschriften des Insolvenzgesetzes statt<sup>161</sup>, was insbesondere zur Folge hat, dass die Verwertung durch den Insolvenzverwalter vorgenommen wird. Dies gilt – so die Empfehlung des Obersten Wirtschaftsgerichts – jedenfalls bis zu einer Anpassung des Insolvenzgesetzes.
- c) Wegen des vom Pfandrecht nicht gedeckten Teils der Forderung ist der Gläubiger jedoch nicht etwa nach Art. 31 Abs. 1 als Pfandrechtsgläubiger im ersten Rang zu befriedigen, sondern wie ein ungesicherter Gläubiger im 4. Rang<sup>162</sup>.

Somit hat hier die Rechtsprechung die sich aus widersprüchlicher gesetzlicher Regelung ergebende Rechtsunsicherheit beseitigt.

Reicht der Erlös aus der Liquidation des Schuldnervermögens zur Befriedigung aller im ersten Rang zu berücksichtigenden Forderungen nicht aus, so sind diese anteilig nach deren Höhe zu befriedigen. In diesem Fall läuft also der Hypothekengläubiger Gefahr, einen Verlust zu erleiden, obwohl seine Forderung allein durch den Liquidationserlös gedeckt wäre.

#### d. Treuhandgrundpfandrechte

Treuhandgrundpfandrechte sind dem ukrainischen Recht nicht bekannt. Hypothekennehmer ist notwendigerweise stets Gläubiger der gesicherten Forderung.

---

160 § 1 des Informationsschreibens des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine vom 17.4.2002 Nr. 01-8/447.

161 § 8.5 der Empfehlung des Präsidiums des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine vom 4.6.2004 Nr. 04-5/1193.

162 § 2 des Informationsschreibens des Obersten Wirtschaftsgerichts der Ukraine vom 17.4.2002 Nr. 01-8/447.

#### e. Persönliche Haftung des Hypothekenschuldners

Soweit vertraglich oder gesetzlich nichts anderes festgelegt ist, hat der Pfandgläubiger, soweit die in der Verwertung des Pfandgegenstandes erzielte Summe nicht zur Befriedigung der gesicherten Forderung ausreichend ist, das Recht, in weitere Gegenstände des Schuldners zu vollstrecken. Eine **sofortige** Vollstreckbarkeit in das sonstige Vermögen des Hypothekenschuldners wird aber durch den Hypothekenvertrag nicht begründet. Der Gläubiger muss vielmehr nach allgemeinen Regeln vorgehen, insbesondere regelmäßig einen (gerichtlichen) Titel erwirken. Ersatzkonstruktionen, wie z.B. abstrakte Schuldversprechen sind der ukrainischen Praxis nicht bekannt.

Bei diesen Vollstreckungsmaßnahmen ist der Gläubiger an die Rangfolge des Art. 112 ZGB gebunden, er hat also nicht mehr das Vorrecht des Pfandgläubigers (Art. 591 Abs. 4 ZGB)<sup>163</sup>.

Durch die Gesetzesänderungen vom Januar 2004 wurden ebenfalls die Vollstreckungsmöglichkeiten gegen einen Dritten verändert, der seine Immobilie zur Sicherung der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner verpfändet.

Bisher war – wie in Deutschland – nur die Vollstreckung in die Immobilie möglich. Eine andere oder weitere Haftung des Drittsicherungsgebers bestand nicht.

Nunmehr haftet der Drittsicherungsgeber – jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes – mit seinem gesamten Vermögen, begrenzt auf die Höhe des Wertes der verpfändeten Immobilie. D.h., der Gläubiger kann, statt in die Immobilie, auch in beliebige andere Vermögensgegenstände des Drittsicherungsgebers vollstrecken (Art. 11 HypG). Ob die Praxis den Wortlaut wie hier dargestellt auslegt, ist bislang unklar.

#### f. Verwertung der Hypothek bei Veräußerung der Immobilie

Der Hypothekengeber kann nur mit Zustimmung des Hypothekenehmers über den Hypothekengegenstand verfügen, insbesondere ihn veräußern (Art. 9 Abs. 3 HypG). Im Falle der Ausstellung des Hypothekenbriefes ist eine Veräußerung des Hypothekengegenstandes gänzlich untersagt (Art. 23 Abs. 4 HypG).

Im Fall des Eigentumsübergangs an der verpfändeten Immobilie bleibt die Hypothek an der Immobilie erhalten, auch wenn der neue Eigentümer nichts von der Existenz der Belastung wusste (Art. 23 Abs. 1 HypG). Dies gilt auch dann, wenn die Hypothek im Hypothekenregister nicht eingetragen ist: Es gibt im ukrainischen Recht keinen gutgläubig lastenfreien Erwerb des Eigentums. Nicht registrierte Rechte gehen lediglich den registrierten in jedem Fall nach.

163 Art. 112 Abs. 1 ZGB legt die Rangfolge der Verteilung des Vermögens bei der Liquidation einer juristischen Person fest:

1. Rang: Schadensersatzansprüche wegen Gesundheitsverletzungen  
Pfand- und andere gesicherte Gläubiger
2. Rang: Arbeitnehmerforderungen, Autorenhonorare
3. Rang: Steuern und Abgaben
4. Rang: alle weiteren Forderungen

Der Erwerber wird Hypothekengeber und übernimmt alle Rechte und Verpflichtungen des bisherigen Hypothekengebers in dem Umfang und zu den Bedingungen, wie sie im Zeitpunkt des Eigentumswechsels bestanden (Art. 23 Abs. 2 HypG).<sup>164</sup> Somit bestehen auch weiterhin alle vertraglichen Verwertungsrechte, die mit dem bisherigen Eigentümer und Hypothekengeber vereinbart wurden.

Eine Umregistrierung im Hypothekenregister ist zwar nicht zwingend erforderlich, jedoch zum Zwecke der Rechtssicherheit anzuraten.

## 5. Erlöschensakzessorietät

Nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 HypG erlischt die Hypothek „im Falle des Erlöschens der gesicherten Forderung<sup>165</sup> oder bei Ablauf der Geltungsdauer des Hypothekenvertrages“. Somit besteht auf den ersten Blick eine strenge Erlöschensakzessorietät: Mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung erlischt auch die sie absichernde Hypothek.

Regelmäßig geht mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung auch die Hypothek unter. Handelt es sich jedoch um eine Hypothek, die einen Kreis zukünftig entstehender Forderungen aus einem Schuldverhältnis sichert, so kann die Hypothek auch über den Zeitpunkt des Erlöschens einer einzelnen Forderung aus dem Forderungskreis hinaus bestehen. In diesem Fall bleibt die Hypothek formell bestehen, auch wenn es zeitweise keine gesicherte Forderung gibt. Der Rang bleibt somit gewahrt.

Diese Anwendungsmöglichkeit der Hypothek ergibt sich zum einen aus einer ambivalenten Bedeutung des im ukrainischen Gesetz verwendeten Begriffs „основне зобов’язання“ – Hauptforderung. Dieser Begriff kann sowohl als „gesicherte Forderung“, als auch als „gesichertes Schuldverhältnis“ verstanden werden. Der ukrainische Gesetzgeber grenzt die Begriffe „Forderung“ und „Schuldverhältnis“ nicht ganz konsequent voneinander ab.

Als Schuldverhältnis kann bekanntlich nicht nur eine einzelne Forderung, sondern ein Vertragsverhältnis verstanden werden, aus dem sich mehrere Forderungen ergeben können. Legt man somit den Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 HypG dahingehend aus, dass die Hypothek erst mit dem „gesicherten Schuldverhältnis“ erlischt, so kommt es beim Erlöschen einer einzelnen Forderung aus dem Schuldverhältnis nicht automatisch zum Untergang der Hypothek.

Zum anderen hat der Gesetzgeber die Aufhebung einer strengen Forderungsabhängigkeit der Hypothek durch einen durch das Änderungsgesetz vom 22.12.2005 eingefügten Zusatz in Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 HypG unterstrichen. Danach erlischt die Hypothek entweder im Falle des Untergangs der gesicherten Forderung (bzw. des gesicherten Schuldverhältnisses) oder bei Ablauf der Geltungsdauer des Hypothekenvertrages. Diese zweite Alternative ist gerade auf die Hypothek zugeschnitten, die einen Kreis künftiger Forderungen aus einem bestehenden Vertrag sichert<sup>166</sup>;

164 Im Falle des Eigentumswechsel durch Erbgang an eine natürliche Person ist nur eine beschränkte Haftung des neuen Eigentümers vorgesehen (Art. 23 Abs. 3 HypG).

165 Ukr.: основне зобов’язання (osnowne sobowjasannja).

166 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Nr. 4, wonach im Hypothekenregister die Frist der Erfüllung der gesicherten Forderung oder – *im Falle der Sicherung künftiger Forderungen* – die Geltungsdauer des Hypothekenvertrages anzugeben ist.

in diesem Fall führt der Untergang jeder einzelnen Forderung aus dem Vertrag nicht zum Untergang der Hypothek. Vielmehr können (und sollten) die Parteien in diesem Fall einen Zeitpunkt wählen, zu dem der Hypothekenvertrag spätestens auslaufen soll<sup>167</sup>.

Das Erlöschen der Hypothek ist zum Hypothekenregister anzumelden (Art. 593 Abs. 2 ZGB; Art. 17 Abs. 3 HypG). Jedoch hat die Eintragung im Hypothekenregister stets nur deklaratorische Bedeutung.<sup>168</sup> Der Hypothekengeber kann vom Hypothekennehmer die Anmeldung des Erlöschens der Hypothek zum Hypothekenregister verlangen und gerichtlich durchsetzen.

Im Falle einer Zwangsvollstreckung in den Gegenstand der Hypothek erlöschen neben der Hypothek, aus der die Zwangsvollstreckung betrieben wird, auch die nachrangigen Hypotheken (Art. 17 Abs. 2 HypG). Vorrangige Hypotheken bleiben dagegen bestehen, soweit der vorrangige Hypothekengläubiger nicht seinerseits die Zwangsvollstreckung betreibt.

Im Falle der Zwangsvollstreckung durch einen nachrangigen Gläubiger darf der Inhaber einer vorrangigen Hypothek auch dann seinerseits in den Hypothekengegenstand vollstrecken, wenn seine Forderung noch nicht fällig ist (Art. 13 Abs. 2 HypG). In diesem Fall nimmt er am Verwertungserlös teil. Vollstreckt er nicht, so wird seine Hypothek (ohne die gesicherte Forderung) vom Erwerber des Hypothekengegenstandes aus der Verwertung übernommen, der damit zum Drittsicherungsgeber wird.

#### **IV. Schutz des Eigentümers vor ungerechtfertigter (doppelter) Inanspruchnahme**

Nach ukrainischem Recht kann eine Hypothek ohne die gesicherte Forderung nicht bestehen. Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Definition der Hypothek (s.o.). „Forderungsentkleidete“ Hypotheken sind dem ukrainischen Recht nicht bekannt.

Zwar kann theoretisch eine Hypothek separat von der gesicherten Forderung abgetreten werden, jedoch nur, wenn die gesicherte Forderung zugleich in der Weise ausgewechselt wird, dass die Hypothek nunmehr eine andere Forderung des Zessionars der Hypothek gegen den Hypothekengeber sichert. Somit bleibt es auch in diesem Fall bei dem Grundsatz, dass die Hypothek ohne Forderung nicht existieren kann.

Daher kann dem Hypothekengeber nicht eine doppelte Inanspruchnahme durch den Hypotheken- und den Forderungsgläubiger drohen. Gegen die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Hypothek kann der Hypothekengeber einwenden, dass eine Verletzung der gesicherten Forderung (als Anspruchsvoraussetzung) nicht vorliegt (z.B. mangels gesicherter Forderung).

<sup>167</sup> Freilich erlischt die Hypothek auch in diesem Fall immer dann, wenn der Vertrag (das Schuldverhältnis), auf dem die gesicherten Forderungen beruhen, untergeht. Denn ohne ein solches Schuldverhältnis kann die Hypothek nicht bestehen, arg. Art. 3 Abs. 3 HypG.

<sup>168</sup> Art. 17 Abs. 3 HypG spricht nur von der Registrierung der Nachrichten (ukr. vidomosti) über die Beendigung der Hypothek.

## V. Kosten

### 1. Notargebühren

Notarisierung des Hypothekenvertrages:

- Staatliche Gebühr: 0,01% des Wertes der belasteten Immobilie
- Notargebühr: in der Praxis zwischen 20 und 100 USD

Andere Gebühren für Immobiliengeschäfte sind:

- Gebäudekaufvertrag: 1% des Vertragswertes
- Grundstückskaufvertrag: 1% des Vertragswertes
- Bodenpachtvertrag: 1% des Vertragswertes (ist das Grundstück von einem unabhängigen Sachverständigen bewertet, betragen die Gebühren 0,01% des ermittelten Wertes)
- Mietverträge für Gebäude mit Laufzeit über einem Jahr: 1% des Vertragswertes (ab 1.1.2007 Reduzierung auf 0,01%).

Nach einigen Gesetzesänderungen ist nunmehr festgelegt, dass Verfügungen über Immobilien und Rechtsgeschäfte über Hypotheken sowohl vom Notar am Ort der Belegenheit der Immobilie wie vom Notar am Ort des Sitzes einer der Parteien beurkundet werden können.<sup>169</sup>

### 2. Staatliche Registrierung der Hypothek

Für die staatliche Registrierung einer Hypothek sowie Erteilung von Auszügen aus dem Hypothekenregister wird eine Gebühr in Höhe von 34 UAH, umgerechnet ca. 5 EUR erhoben.

## C. Praktische Anwendungsmöglichkeiten

### 1. Veränderung der Forderung (Schuldner und Gläubiger bleiben gleich)

a. Forderungsauswechslung und Kreditaufstockung

aa. *Erhöhung der gesicherten Forderung*

Nach Art. 7 Abs. 1 HypG sichert die Hypothek die Hauptforderung vollständig oder zu den im Hypothekenvertrag festgelegten Teilen, in dem Umfang, wie sie im Zeitpunkt der Befriedigung auf Kosten der Immobilie bestehen. Dazu gehören Zinsen und Vertragsstrafen sowie die Hauptforderung einschließlich Erhöhungen dieser Summe, die im Vertrag über die Hauptforderung festgelegt sind. (Art. 7 Abs. 1 HypG).

Eine Erhöhung der Kapitalsumme und deren Sicherung durch die Hypothek sind möglich, wenn die erhöhte Summe von Anfang an im Kredit- und im Hypothekenvertrag vorgesehen ist. Eine solche Erhöhung braucht auch nicht zum Hypo-

---

<sup>169</sup> Unklar ist, ob die Zuständigkeit des Notars am Ort des Sitzes auch gegeben ist, wenn es sich bei einer der Parteien um eine natürliche Person handelt. Im Gewerbefinanzierungsgeschäft ist dies ein untergeordnetes Problem.

thehenregister angemeldet zu werden und behält den Rang vor den nachrangigen Belastungen (arg. Art. 19 Abs. 2).

In der Praxis wird auf die Regelung des Art. 7 Abs. 1 HypG zurückgegriffen, wenn eine der Höhe nach von vornherein bestimmbare Erhöhung der Kapitalsumme vereinbart werden soll. Dies ist der Fall bei der Indexierung der Kapitalsumme (Anpassung der auf UAH lautenden Kapitalsumme an das Inflationsniveau).

Ist der Betrag, um den sich die Kapitalsumme erhöht, nicht von vornherein bekannt (wie z.B. bei revolvingierenden Krediten), ist eine andere Gestaltung möglich. In den Hypothekenvertrag und in die Anmeldung zum Hypothekenregister wird statt einer konkreten gesicherten Forderung lediglich eine Verweisung auf den Kreditvertrag bzw. ein anderes Schuldverhältnis, auf dem die gesicherte Forderung beruht, aufgenommen (Art. 4 Abs. 2 Nr. 3, Art. 18 Abs. 1 Nr. 2 HypG). So kann die gesicherte Forderung erhöht werden, ohne dass Änderungen am Grundpfandrecht erforderlich wären. Nach einer Erhöhung sichert das Grundpfandrecht die Forderung automatisch im neuen Umfang ab.

#### *bb. Forderungsauswechslung*

Die Auswechslung der gesicherten Forderung ist nur durch Änderung des Hypothekenvertrages möglich. Dieser enthält nämlich stets die Bezeichnung der gesicherten Forderung – entweder dem Betrag nach oder durch Verweisung auf den Vertrag, der die gesicherte Forderung begründet (Art. 18 Abs. 1 Nr. 2 HypG).

Eine Änderung des Hypothekenvertrages dahingehend, dass die gesicherte Forderung ausgetauscht wird, ist zulässig. Eine solche Änderung bedarf jedoch – wie alle Änderungen des Hypothekenvertrages – der notariellen Beurkundung. Die Forderungsauswechslung ist außerdem als Änderung des Hypothekenvertrages nach §§ 17 ff. Hypothekenregisterverordnung zum Hypothekenregister anzumelden.

Ist die neue gesicherte Forderung ihrem Betrag nach höher als die alte und ist das Objekt bereits mit einer nachrangigen Hypothek belastet, so erhält der Betrag, um den die neue Forderung die alte übersteigt, den Rang nach der eingetragenen nachrangigen Hypothek. Dies ergibt sich aus Art. 19 Abs. 2 HypG.

#### *b. Zwischen- und Endfinanzierung sowie weitere Zweckänderungen*

Anders als in der deutschen Kreditpraxis wird in der Ukraine die Bauphasen- und Bauendfinanzierung meist von einer Bank in einem einheitlichen Vertrag dargestellt. Daher ergibt sich bei Baufinanzierungen meist kein Bedarf nach einer Änderung des Sicherungszwecks des Grundpfandrechts.

Eine Zweckänderung des Grundpfandrechts ist dennoch möglich. Erforderlich ist hierfür stets eine Änderung des Hypothekenvertrages. Hier muss vor allem die gesicherte Forderung ausgewechselt werden. Eine solche Änderung ist beurkundungs- und eintragungspflichtig. Wird infolge der Zweckänderung der Betrag der gesicherten Forderung erhöht und ist am Hypothekengegenstand bereits eine nachrangige Hypothek eingetragen, so erhält die Forderungserhöhung den Rang nach dem nachrangigen Grundpfandrecht.

Zu beachten ist außerdem, dass eine notwendige Voraussetzung des Bestehens eines Grundpfandrechts das Vorhandensein eines gesicherten Schuldverhältnisses

ist. Erlischt ein solches Schuldverhältnis – auch nur zeitweilig – so erlischt auch die Hypothek.

#### c. Neuvalutierung

Erlischt die gesicherte Forderung bzw. das gesicherte Schuldverhältnis, so erlischt nach ukrainischem Recht auch die Hypothek. Dies steht jedoch nicht einer Änderung des Hypothekenvertrages dahingehend entgegen, dass die Hypothek nunmehr eine neue Forderung des Hypothekengläubigers gegen den Hypothekengeber sichert. Zu beachten ist dabei stets, dass die Hypothek nur dann bestehen kann, wenn auch die gesicherte Forderung (das gesicherte Schuldverhältnis) besteht. Folglich ist eine Auswechslung der gesicherten Forderung nur solange möglich, wie die bisherige Forderung (das bisherige Schuldverhältnis) noch nicht erloschen ist.

Eine solche Änderung des Hypothekenvertrages bedarf der notariellen Form und der Eintragung ins Hypothekenregister. Sie führt nur dann zu einem (teilweisen) Rangverlust nach Art. 19 Abs. 2 HypG, wenn der Betrag der neuen Forderung den der alten übersteigt.

#### d. Kreditlinien

Die Hypothek kann so gestaltet werden, dass sie künftige Forderungen des Hypothekenehmers aus einem Vertragsverhältnis sichert, wobei kein Höchstbetrag der Sicherung vereinbart werden muss (s.o.). Voraussetzung ist, dass ein solches Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek bereits besteht.

Als ein mögliches Vertragsverhältnis, das die gesicherten Forderungen begründen soll, kommt der Vertrag über die Eröffnung einer Kreditlinie in Betracht.

Verweist der Hypothekenvertrag hinsichtlich der gesicherten Forderung auf den Vertrag über die Eröffnung einer Kreditlinie, so sichert die Hypothek automatisch die Forderungen der Bank aus der Kreditlinie in ihrer jeweiligen Höhe.

#### e. Änderung der Bedingungen

Veränderte Darlehensbedingungen, wie z.B. Änderungen der Laufzeiten, der Tilgungsbedingungen oder der Zinssätze bedeuten nach ukrainischem Recht zugleich eine Änderung der hypothekarischen Belastung der Immobilie. Daher haben sie stets eine Änderung des Hypothekenvertrages und des Eintrages über die Hypothek im Hypothekenregister zur Folge.

Änderungen des Hypothekenvertrages bedürfen der notariellen Beurkundung. Wurde ein Hypothekenbrief erteilt, so ist zudem bei jeder Änderung der hypothekarischen Belastung die Löschung des bisherigen Hypothekenbriefes und die Erteilung eines neuen nach Art. 20 Abs. 4 HypG erforderlich.

Wie bereits ausgeführt wurde, ist nach Art. 18 Abs. 1 Nr. 2 HypG nunmehr auch ausreichend, wenn der Hypothekenvertrag einen Verweis auf den Vertrag enthält, der die gesicherte Forderung begründet. Wird eine solche Gestaltung gewählt, so bedarf es bei einer Änderung des Kreditvertrages keiner Änderung des Hypothekenvertrages. In solchen Fällen sichert die Hypothek mit gleichem Rang auch veränderte Darlehensbedingungen, soweit sie Bestandteil des Kreditvertrages geworden sind.

## f. Abschnittsfinanzierung

In der ukrainischen Kreditpraxis ist die Abschnittsfinanzierung nicht verbreitet. Daher ist es momentan unklar, wie die Rechtsprechung damit umgehen wird und insbesondere ob sie die Zinsanpassung als Novation qualifizieren wird.

Die Absicherung veränderter Zinsen ohne Änderung des Grundpfandrechts erscheint indes unproblematisch, wenn der Hypothekenvertrag lediglich einen Verweis auf den Vertrag enthält, der die gesicherte(n) Forderung(en) begründet (s.o.). Ändert sich dieser Vertrag, so ändert sich auch automatisch der Gegenstand der Sicherung.

Ist dagegen im Hypothekenvertrag die gesicherte Forderung mit Zinsen nach ihrem Betrag benannt, so muss im Falle der Änderung der Kreditzinsen der Hypothekenvertrag angepasst werden. Änderungen des Hypothekenvertrages bedürfen der notariellen Beurkundung und der Eintragung ins Hypothekenregister.

## 2. Veränderung auf der Gläubigerseite

### a. Zwischenfinanzierung, andere Darlehen absichern

#### aa. *Ablösung eines kurzfristigen Darlehens der Geschäftsbank durch ein langfristiges Darlehen der Grundkreditbank: hypothekarische Sicherung*

Theoretisch ist eine Konstruktion möglich, bei der das Grundpfandrecht zunächst eine Forderung des Hypothekennnehmers A und später eine andere Forderung des Hypothekennnehmers B sichert. Dies kann durch folgende Gestaltung erreicht werden:

- a) Die Hypothek wird zunächst zur Sicherung der Kreditforderung des Hypothekennnehmers A bestellt.
- b) Später wird die Hypothek mit Zustimmung des Hypothekengebers<sup>170</sup> an den Hypothekennnehmer B abgetreten, ohne das zugleich die gesicherte Forderung abgetreten wird.
- c) Gleichzeitig mit der Abtretung der Hypothek wird der Hypothekenvertrag dahingehend geändert, dass die Hypothek nunmehr eine Forderung des Hypothekennnehmers B gegen den Hypothekengeber sichert.

Die Abtretung der Hypothek und die Änderung des Hypothekenvertrages (Schritte b) und c)) bedürfen der notariellen Beurkundung.

Wird ein Hypothekenbrief erteilt, so ist die Abtretung der Hypothek ohne gleichzeitige Abtretung der gesicherten Forderung nicht möglich (Art. 24 Abs. 4 HypG).

In der Praxis wurde die hier beschriebene Gestaltung jedoch nicht genutzt. Vielmehr lässt sich die ablösende Bank eine zweitrangige Hypothek einräumen. Die Auszahlung des Kredites erfolgt durch Tilgung der Forderung der erstrangig besicherten Bank. Durch die Tilgung der Forderung erlischt auch die erstrangige Hypothek und die zweitrangige der ablösenden Bank rückt auf. Problematisch bei dieser sehr

<sup>170</sup> Nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 HypG kann die Hypothek nur dann ohne die Zustimmung des Hypothekengebers abgetreten werden, wenn zugleich die gesicherte Forderung abgetreten wird.

verbreiteten und in der Praxis dominierenden Gestaltung ist, dass der Hypothekengeber nachrangige Hypotheken nur mit Zustimmung des vorrangigen Hypothekengläubigers bestellen kann (Art. 9 Abs. 3 Nr. 2 HypG). Somit kann der Hypothekengläubiger die Ablösung des Darlehens jederzeit verhindern, indem er seine Zustimmung zur Bestellung einer nachrangigen Hypothek nicht erteilt.

*bb. Mitsicherung der Forderungen der Geschäftsbank durch ein zugunsten der Grundkreditbank bestelltes Grundpfandrecht*

Nach ukrainischem Recht muss der Hypothekennehmer zwingend gleichzeitig Gläubiger der gesicherten Forderung sein (vgl. die gesetzliche Definition des Hypothekennehmers in Art. 1 HypG). Daher kann eine Hypothek nicht gleichzeitig mehrere Forderungen verschiedener Gläubiger sichern. Eine Gestaltung, bei der die für eine Bank bestellte Sicherheit auch Forderungen einer anderen Bank mitsichert, ist mithin unzulässig.

**b. Anfängliche Konsortialbildung, Austausch von Konsorten, Ausplatzerung, Neubildung der Konsortialanteile**

*aa. Anfängliche Konsortialbildung*

Nach Art. 510 Abs. 2 ZGB können in einem Schuldverhältnis sowohl auf Seiten des Schuldners, als auch auf Seiten des Gläubigers mehrere Personen auftreten. Mehrere Gläubiger in einem Schuldverhältnis können entweder Gläubiger nach Bruchteilen (so die Regel, Art. 540) oder Gesamtgläubiger (Art. 541) sein.

Nach Maßgabe des Hypothekengesetzes ist der Gläubiger der gesicherten Forderung zugleich der Hypothekengläubiger. Daraus folgt, dass auf Seiten des Hypothekengläubigers ebenso mehrere Personen auftreten können. So können die Mitglieder eines Konsortiums als Gläubiger einer Forderung und der sie absichernden Hypothek auftreten.

In der Praxis ist es jedoch anzuraten, aufgrund der mit der Mehrheit von Gläubigern verbundenen Rechtsunsicherheit mehrere Grundpfandrechte für mehrere Gläubiger zu bestellen. Dies ist bei der anfänglichen Konsortialbildung meist möglich.

Mehrere Gläubiger der gesicherten Forderung sind auch unmittelbare Hypothekennehmer hinsichtlich der Hypothek. Wie sie die Hypothek geltend machen können, richtet sich zunächst danach, ob es sich um Gesamtgläubiger oder um Gläubiger nach Bruchteilen handelt.

Im Falle der Gesamtgläubigerschaft kann jeder Gläubiger die Hypothek in vollem Umfang geltend machen, Art. 542 Abs. 1 ZGB. Im Innenverhältnis ist derjenige Gläubiger, der vom Schuldner Befriedigung erhalten hat, den anderen Gläubigern zum Ausgleich verpflichtet (Art. 542 Abs. 4 ZGB).

Liegt eine Gläubigerschaft nach Bruchteilen vor, so kann jeder Gläubiger zunächst einmal nur den ihm zustehenden Forderungsteil geltend machen (Art. 540 ZGB). Wie aber die Forderung und die Hypothek als Ganzes geltend gemacht werden können, ist im Gesetz nicht geregelt. Wohl wird man hier die Vorschriften über das gemeinsame anteilige Eigentum<sup>171</sup> analog anwenden können. Danach kann die Hypothek als Ganzes nur von allen Gläubigern gemeinsam geltend gemacht wer-

171 Ukr.: spilna tschastkowa vlasnist'.

den (Art. 358 Abs. 1 ZGB analog). Mehrere Gläubiger können im Innenverhältnis untereinander vertraglich vereinbaren, wie das gemeinsame Recht geltend gemacht werden kann.

Die Bestellung des Grundpfandrechts zugunsten eines Treuhänders führt zum Auseinanderfallen des Hypothekengläubigers und des Forderungsgläubigers und ist daher im ukrainischen Recht nicht möglich.

*bb. Nachträgliche Konsortialbildung*

Die nachträgliche Konsortialbildung ist nur durch Teilabtretung der gesicherten Forderung mitsamt dem Grundpfandrecht möglich. Dabei sind zwei Varianten möglich:

1. Spaltung der Forderung und des Grundpfandrechts. Infolge der Teilabtretung entstehen mehrere Forderungen und Grundpfandrechte, die verschiedenen Mitgliedern des Konsortiums zustehen. Diese Konstruktion ist in der Praxis zu empfehlen;
2. Änderung des Kreditvertrages und des Hypothekenvertrages in der Weise, dass nunmehr mehrere Personen auf Seiten des Gläubigers und Hypothekenehmers auftreten (hierzu s.o.).

In beiden Fällen bedarf der Verkauf der Teile der zu sichernden Forderung der notariellen Beurkundung und Umregistrierung im Hypothekenregister. Wird ein Hypothekenbrief erteilt, so bedarf es der Löschung des bisherigen Hypothekenbriefes und der Erteilung eines neuen (mehrerer neuer).

*c. Verkauf des Kredits*

Die Übertragung des Grundpfandrechts im Falle der Veräußerung des Kredits erfolgt im Falle eines Buchrechts durch notarielle Abtretung der Hypothek und Eintragung des neuen Hypothekengläubigers ins Hypothekenregister. Bei Briefrechten erfolgt die Übertragung durch Indossierung des Hypothekenbriefes.

Der Zustimmung des Hypothekengebers (Eigentümers) bedarf es nicht, soweit zusammen mit dem Grundpfandrecht auch die gesicherte Forderung abgetreten wird (Art. 24 Abs. 1 HypG).

*d. Austausch des Gläubigers zur Refinanzierung (im Konzern, MBS)*

Sowohl in Konzernstrukturen als auch bei Verbriefungen kann bzw. muss nur eine dingliche Vollübertragung des Grundpfandrechts entweder durch Abtretung nach Art. 24 HypG oder durch Indossierung des Hypothekenbriefes nach Art. 25 HypG vorgenommen werden.

Hierzu gibt es keine Alternative. Insbesondere ist eine Gestaltung, bei der eine Bank für eine andere oder das SPV die Grundpfandrechte treuhänderisch hält, nicht zulässig, weil dies zum Auseinanderfallen des Forderungs- und Hypothekengläubigers führt.

### 3. Veränderung auf der Schuldnerseite

#### a. Umschuldung

Möglich ist nach ukrainischem Recht die Auswechslung des Schuldners einer Forderung (sog. Schuldübernahme<sup>172</sup>, Art. 520-522 ZGB).

Ist für diese Forderung eine Drittsicherheit (Bürgschaft oder Pfand) bestellt, erlischt diese Sicherheit, es sei denn, der Sicherungsgeber stimmt zu, dass seine Sicherheit auch dem neuen Schuldner zur Verfügung steht (Art. 523 Abs. 1 ZGB).

Ein Pfand, das der ursprüngliche Schuldner bestellt hat, bleibt hingegen bestehen, soweit Vertrag oder Gesetz nicht etwas anderes vorsehen (Art. 523 Abs. 2 ZGB). Der ursprüngliche Schuldner ist in diesem Fall Drittsicherungsgeber („Vermögensbürge“).<sup>173</sup>

Die Änderung des Schuldners der gesicherten Forderung hat in jedem Fall eine Änderung des Hypothekenvertrages zur Folge. Hierzu ist die notarielle Beurkundung der Vertragsänderungen sowie deren Anmeldung zum Hypothekenregister erforderlich.

#### b. Bauträgerfinanzierung

Denkbar wäre hier ebenfalls die Verwendung der oben unter 2.a.aa beschriebenen Konstruktion (separate Abtretung des Grundpfandrechts mit Zustimmung des Hypothekengebers verbunden mit einer Forderungsauswechslung).

Praktikabler wäre aber folgende Lösung: Eintragung eines nachrangigen Grundpfandrechts für das den Kaufpreis finanzierende Kreditinstitut; Ablösung der erst-rangigen Hypothek der Bauträgerbank durch Zahlung des Kaufpreises; Aufrücken des den Kaufpreis finanzierenden Instituts an die erste Rangstelle.

In der ukrainischen Kreditpraxis wird der Bau von Wohnanlagen mit Eigentumswohnungen unter Einschaltung von sog. Baufinanzierungsfonds<sup>174</sup> finanziert.

#### c. Veräußerung der Immobilie

Die Veräußerung einer hypothekarisch belasteten Immobilie ist nur mit Zustimmung des Hypothekenehmers möglich (Art. 9 Abs. 3 Nr. 3 HypG).

Der Erwerber einer hypothekarisch Immobilie tritt in die Rechte und Pflichten aus dem Hypothekenvertrag ein (Art. 23 Abs. 2 HypG). Im Zeitpunkt des Erwerbs der belasteten Immobilie wird er zum Hypothekengeber.

Übernimmt er zugleich – mit Zustimmung des Gläubigers – auch den durch die Hypothek gesicherten Kredit, kann dieser Kredit weiterhin durch die Hypothek an

172 Ukr.: *perewedennja borgu*.

173 *Dovgert/Kuznetsova/Podoprigora u.a. – Kuznetsova/Kotom*, S. 451.

174 Bei den im Bauhypothekengesetz geregelten Baufinanzierungsfonds („фонди фінансування будівництва“) handelt es sich um einen für ein einzelnes Bauvorhaben (i.d.R. einer Wohnanlage) eingerichteten Fonds, der Gelder von natürlichen Personen (künftigen Wohnungseigentümern) einsammelt, um dem Bauträger die zur Ausführung des Bauvorhabens erforderliche Finanzierung bereitzustellen. Der Baufinanzierungsfonds wird von einem Finanzinstitut, einem sog. Fondsverwalter verwaltet. Der Fondsverwalter erhält als Treuhänder der Fondsteilnehmer (Investoren) Sicherheiten am Bauplatz.

der erworbenen Immobilie gesichert werden. Die gesicherte Forderung kann nach allgemeinen Regeln ausgewechselt werden (s.o.).

Eine Änderung des Hypothekenvertrages durch den Erwerber ist zulässig, soweit sie durch den Veräußerer der Immobilie (ursprünglichen Hypothekengeber) zulässig wäre.

Soll der Kredit durch eine andere Bank, z.B. die Hausbank des Erwerbers abgelöst werden – kommt es also zu einem gleichzeitigen Wechsel auf der Gläubiger- und Schuldnerseite, so ist die Lösung mit der Eintragung einer nachrangigen Hypothek für die ablösende Bank und deren späterem Aufrücken praktikabel.

In allen Fällen der Veräußerung der hypothekarisch belasteten Immobilie kommt es zu einem Wechsel des Hypothekengebers, der eine beurkundungspflichtige Änderung des Hypothekenvertrages sowie eine Änderung des Eintrages im Hypothekenregister erfordert.

#### d. Liegenbelassung

Wird die Immobilie, die Gegenstand des Grundpfandrechts ist, zwangsweise verwertet, so erlischt zunächst einmal die Hypothek, aus der Zwangsvollstreckung betrieben wird (Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 HypG). Es erlöschen außerdem die nachrangigen Hypotheken, Art. 17 Abs. 2 HypG. Vorrangige Hypotheken bleiben dagegen bestehen, soweit aus ihnen keine Zwangsvollstreckung betrieben wird.

Eine Vereinbarung des Inhalts, dass ein Grundpfandrecht, das an sich erlöschen würde, weiterbestehen soll, ist im Gesetz nicht vorgesehen und wird daher als unzulässig anzusehen sein.

#### 4. Wechsel des Sicherungsobjekts

Die allgemeine Vorschrift des Art. 579 ZGB gibt dem Schuldner die Möglichkeit, den Pfandgegenstand mit Zustimmung des Pfandnehmers auszuwechseln, soweit vertraglich oder gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.<sup>175</sup> Diese Regelung gilt gleichermaßen für die Hypothek. Der Gegenstand der Hypothek kann somit nur mit Zustimmung des Hypothekengläubigers ausgewechselt werden.

Kommt es zu einem Wechsel des Hypothekengegenstandes, bedarf es einer Änderung des Hypothekenvertrages. Eine solche Änderung ist beurkundungspflichtig und muss ins Hypothekenregister eingetragen werden. Ist an dem neuen Objekt bereits ein anderes Grundpfandrecht registriert, so kann es nur nachrangig belastet werden.

---

175 Bei zufälligem Untergang oder Verschlechterung des Pfandgegenstandes – dessen Risiko der Pfandgeber trägt (Art. 580 Abs. 1 ZGB) – kann der Pfandnehmer vom Pfandgeber die Bereitstellung eines gleichwertigen Pfandgegenstandes fordern (Art. 580 Abs. 2 ZGB).

## Abkürzungsverzeichnis

<i>BauHypG</i>	Bauhypothekengesetz
<i>BodGB</i>	Bodengesetzbuch
<i>HypKredG</i>	Hypothekenkreditgesetz
<i>HypG</i>	Hypothekengesetz
<i>PfandG</i>	Pfandgesetz
<i>UAH</i>	Ukrainischer Hryvna
<i>ukr.</i>	ukrainisch
<i>ZGB</i>	Zivilgesetzbuch
<i>ZVG</i>	Zwangsvollstreckungsgesetz

## Literaturverzeichnis

- Харитонов Е. О./Саниахметова Н. А.: Гражданское право Украины; Харьков, 2005
- Довгерт, А. С.: Гражданский кодекс Украины – Том I; Харьков, 2005
- Довгерт, А. С./Кузнецова Н.С./Подопригора О. А. и др.: Комментарий к Гражданскому кодексу Украины – Том II; Харьков 2005 (zit. Dovgert/Kuznesova/Podoprigora u. a. – Bearb.)
- Rehbock, Wolfram/Pogrebna, Anna: Einige aktuelle Aspekte des Grundstücksrechts in der Ukraine; WiRO 2005, S. 15–17*
- Ярема А. Г., Карабань В. Я., Кривенко В. В., Ротань В. Г.: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України – т. I; Севастополь, 2004 (zit. Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan – В. I – S.)
- Ярема А. Г., Карабань В. Я., Кривенко В. В., Ротань В. Г.: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України – т. II; Севастополь, 2004 (zit. Jarema/Karaban/Krivenko/Rotan – В. II – S.)
- Харитонов Є. О. (заг. ред.) Цивільний кодекс України: коментар; Харків 2004
- Марченко В. М. (заг. ред.) Іпотека – аналіз, коментарі, практика застосування; Харків 2006
- Гриджук Д. М., Олійник В. О. Іпотека у кредитуванні – практичні аспекти; Київ 2006
- Лавринович О. В. (відп. редактор) Науково-практичний коментар до Законів України „Про державну виконавчу службу”, „Виконавче провадження”; Київ, 2006

## **Gesetzesverzeichnis**

Bodengesetzbuch der Ukraine vom 25. Oktober 2001 Nr. 2768-III

Zivilgesetzbuch der Ukraine vom 16. Januar 2003 Nr. 435-IV

Gesetz der Ukraine „Über das Pfand“ vom 2. Oktober 1992 Nr. 2654-XII

Gesetz der Ukraine „Über Zwangsvollstreckung“ vom 21. April 1999  
Nr. 606-XIV

Gesetz der Ukraine „Über die Hypothek“ vom 5. Juni 2003 Nr. 898-IV

Gesetz der Ukraine „Über Hypothekenkreditierung, Transaktionen mit konsolidierten  
Hypothekenforderungen und Hypothekenzertifikate“ vom 19. Juni 2003  
Nr. 979-IV

Gesetz der Ukraine „Über Finanz-Kredit-Mechanismen und Vermögensverwaltung  
beim Wohnungsbau und bei Immobilientransaktionen“ vom 19. Juni 2003  
Nr. 978-IV

Gesetz der Ukraine „Über die staatliche Registrierung dinglicher Rechte an  
Immobilien und Geschäfte mit ihnen“ Nr. 1952-IV vom 1. Juli 2004

Gesetz der Ukraine „Über Hypothekenobligationen“ vom 22. Dezember 2005  
Nr. 3273-IV

Gesetz der Ukraine „Über die Wertpapiere und den Kapitalmarkt“ Nr. 3480-IV  
v. 23. Februar 2006



## **In der Schriftenreihe des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken erschienen bisher:**

Bühler/Hies/Zimmermann:

**Liquidität für den deutschen Pfandbrief**

Fritz Knapp Verlag, 1996

ISBN 3 7819 0575 6

Band 1

Hies:

**Refinanzierung deutscher Hypothekenbanken – Gegenwart und Zukunft**

Fritz Knapp Verlag, 1996

ISBN 3 7819 0578 0

Band 2

Dübel/Pfeiffer:

**Risikogewichtete Eigenkapitalanforderungen und die Risiken des gewerblichen Hypothekarkredites in Europa**

Fritz Knapp Verlag, 1996

ISBN 3 7819 0585 3

(auch in Englisch)

Band 3

Gluch:

**Gewerbliche Bauinvestitionen in ausgewählten EU-Staaten Entwicklung und Strukturen seit 1980**

Fritz Knapp Verlag, 1997

ISBN 3 7819 0595 0

Band 4

Stöcker:

**Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in den mitteleuropäischen Reformländern**

Fritz Knapp Verlag, 1998

ISBN 3 7819 0627 2

Band 5

Verband deutscher

Hypothekenbanken (Hrsg.):

**Die Steuerreform aus immobilienwirtschaftlicher Sicht – Materialien**

Fritz Knapp Verlag, 1998

ISBN 3 7819 0629 9

Band 6

Stürner:

**Die Sicherung der Pfandbrief- und Obligationengläubiger vor einer Insolvenz der Hypothekenbank – Geltendes Recht und Reformvorschläge**

Fritz Knapp Verlag, 1998

ISBN 3 7189 0633 7

Band 7

Köndgen/Dübel/Lea:

**Die vorzeitige Rückzahlung von Festzinskrediten. Eine rechtsvergleichende und ökonomische Analyse**

Fritz Knapp Verlag, 2000

ISBN 3 7819 061 5

Band 8

Stürner/Stadler:

**Deutsche Pfandbriefe und Deckungswerte in den Niederlanden Ein Gutachten**

Fritz Knapp Verlag, 2000

ISBN 3 7819 0655 8

Band 9

Stürner/Schumacher/Bruns:

**Der deutsche Pfandbrief und englische Deckungswerte**

Fritz Knapp Verlag, 2000

ISBN 3 7819 0656 6

Band 10

Verband deutscher

Hypothekenbanken (Hrsg.):

**Struktur und Entwicklung der Eigenheim- und Gewerbefinanzierung der deutschen Hypothekenbanken**

Fritz Knapp Verlag, 2000

ISBN 3 7819 0663 9

Band 11

Birg:

**Trends der Bevölkerungsentwicklung**

Fritz Knapp Verlag, 2000

ISBN 3 7819 0668 X

Band 12

Rüchardt:

**Der Beleihungswert**

Fritz Knapp Verlag 2001

ISBN 2 8314 0715 0

(auch in Englisch)

Band 13

Picherer:

**Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken**

Fritz Knapp Verlag, 2002

ISBN 3 8314 0718 5

Band 14

Stürner/Stadler:

**Pfandbriefe und Beleihung in Spanien**

Fritz Knapp Verlag, 2002

ISBN 3 8314 0734 7

Band 15

Schätzl:

**Strukturwandel im Gewerbeimmobilienmarkt**

Fritz Knapp Verlag, 2002

ISBN 3 8324 0729 0

Band 16

Schmidt:

**Absicherung von Darlehen durch Grundpfandrechte**

Fritz Knapp Verlag, 2004

ISBN 3 8314 0761 4

Band 17

Stöcker:

**Realkredit und Pfandbriefsicherheit**

Fritz Knapp Verlag, 2004

ISBN 3 8314 0769 X

Band 18

Stürner:

**Deutsche öffentliche Pfandbriefe und Deckungswerte aus Darlehen an US-amerikanische öffentliche Körperschaften**

Fritz Knapp Verlag, 2005

ISBN 3 8314 0787 8

Band 19

Dübel/Köndgen:

**Die vorzeitige Rückzahlung von Festzinskrediten in Europa – Zwei Gutachten**

Fritz Knapp Verlag, 2006

ISBN 3-8314-0796-7

Band 20

Ebner:

**Grundeigentum und Sicherheiten in Tschechien**

Hrsg.: vdp, 2006

ISBN 3-9811273-0-7

Band 21

Biederer:

**Die rechtlichen Voraussetzungen elektronischer Grundstückstransaktionen in rechtsvergleichender Sicht**

Hrsg.: vdp, 2006

ISBN 3-9811273-1-5

Band 22

Stöcker:

**Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa Band I**

Hrsg.: vdp, 2006

ISBN 3-9811273-2-3

Band 23

Stürner/Kern:

**Deutsche öffentliche Pfandbriefe und japanische Deckungswerte**

Hrsg.: vdp, 2006

ISBN 3-9811273-3-1

Band 24

**Rechtsfragen der Immobilienfinanzierung in England und Wales**

Hrsg.: vdp, 2006

ISBN 978-3-9811273-4-8

Band 25

Voigtländer/Hofer:

**Mietwohnungsmarkt und Wohneigentum – Zwei Gutachten**

Hrsg.: vdp, 2006

ISBN: 978-3-9811273-5-5

Band 26

Ebner/Illa:

**Grundeigentum und Sicherheiten  
in Ungarn**

Hrsg.: vdp in Zusammenarbeit mit dem  
Center of Legal Competence (CLC),  
Wien, 2007

ISBN: 978-3-9811273-6-2

Band 27

Stürner/Kern

**Deutsche Hypothekendarlehen und  
U.S.-amerikanische Deckungswerte**

Hrsg.: vdp, 2007

ISBN: 978-3-9811273-8-6

Band 28

Sacalschi

**Grundeigentum und Sicherheiten  
in Rumänien**

Hrsg.: vdp in Zusammenarbeit mit dem  
Center of Legal Competence (CLC),  
Wien, 2007

ISBN: 978-3-9811273-9-3

Band 29

Lassen

**Die Hypothek nach russischem Recht  
als Kreditsicherungsmittel**

Hrsg.: vdp, 2007

ISBN: 978-3-9811816-0-9

Band 30

Stürner/Stadler

**Hypothekendarlehen und  
Deckungswerte in der Schweiz**

Hrsg.: vdp, 2007

ISBN: 978-3-9811816-1-6

Band 31

**Herausgeber:**

Verband deutscher Pfandbriefbanken e.V.

Georgenstraße 21

10117 Berlin

Telefon: +49 30 20915-100

Telefax: +49 30 20915-419

E-Mail: [info@pfandbrief.de](mailto:info@pfandbrief.de)

Internet: [www.pfandbrief.de](http://www.pfandbrief.de)

Postanschrift:

Postfach 64 01 36

10047 Berlin

ISBN 978-3-9811816-2-3