

Immobilienfinanzierungen in Japan und deutsche Pfandbriefe

Otmar Stöcker *

- I. Einführung
- II. Aufsichtsrecht
 1. Direktes grenzüberschreitendes Geschäft
 2. Zweigstelle (*branch*) mit Banklizenz
 3. Lizenz nach dem Geldverleihgewerbegesetz („Money-Lender-Lizenz“)
 4. Zweigstelle (*agency*)
 5. Abtretung einer Darlehensforderung
 6. Abtretung eines TBI
- III. Immobilienregister
 1. Immobilienregister
 2. Grundstück und Gebäude
 3. Registrierte Rechte
 4. Eintragungsverfahren
 5. Rechtswirkung einer Registrierung
 6. Öffentlicher Glaube des Registers
 7. Einsicht in das Register
 8. Abwicklung eines Kaufvertrages über Immobilien
- IV. Hypothek
 1. Hypothek (*teitô-ken*) und Höchstbetragshypothek (*ne-teitô-ken*)
 2. Briefhypothek
 3. Verwertung
 4. Insolvenz
- V. Zusammenfassung

* Die Ausführungen in diesem Beitrag beruhen auf diversen Unterlagen, insbesondere auf Ausarbeitungen von Anwaltskanzleien, die für einige Mitgliedsinstitute des *Verbandes deutscher Pfandbriefbanken (vdp)* erstellt wurden, sowie auf Gesprächen des Autors mit dem japanischen Aufsichtsamt für Finanzdienstleistungen, der Immobilienregister-Abteilung des japanischen Justizministeriums und Anwälten in Tokyo in der Zeit von Oktober 2007 bis Oktober 2008. Vereinzelt wird auf Literatur Bezug genommen. Zum japanischen Bankrecht und Hypothekenrecht ist jedoch kaum aktuelle Literatur in deutscher oder englischer Sprache verfügbar; umso erfreulicher ist es, auf den aktuellen Beitrag von KAISER, *Real Estate Finance in Japan is Gaining Momentum*, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* Nr. 24 (2007) 29 ff. hinweisen zu können. Eine Fülle von Informationen zum japanischen Grundbuch-, Hypotheken-, Vollstreckungs- und Insolvenzrecht findet sich zudem in STÖCKER/STÜRNER, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, Berlin 2008 (vdp-Schriftenreihe Band 37); zu den dort gestellten 89 Fragen hat *Prof. Tomomi Nakayama* die Antworten zum japanischen Recht beigetragen.

I. EINFÜHRUNG

Pfandbriefe sind Wertpapiere, die von Pfandbriefbanken emittiert werden, die dazu eine besondere Erlaubnis benötigen. Die gesetzlichen Regelungen hierfür finden sich im Pfandbriefgesetz (PfandBG) und den dazugehörigen Verordnungen.¹ Diese Regelungen haben zum Ziel, die Sicherheit der Pfandbriefe dergestalt zu erreichen, dass ihre pünktliche Bedienung selbst für den Fall erreicht wird, dass die Pfandbriefbank insolvent wird.

Dies wird dadurch erreicht, dass Forderungen und Kreditsicherheiten aus Darlehen und Wertpapieren in ein Deckungsregister eingetragen werden, das von der Pfandbriefbank – unter der Kontrolle eines von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) als Bankaufsichtsbehörde bestellten Treuhänders – geführt wird. Im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Pfandbriefbank fallen diese Deckungswerte nicht in die Insolvenzmasse, sondern bilden einen besonderen Teil der Pfandbriefbank, der anstatt vom bisherigen Vorstand der Bank nunmehr von einem auf Vorschlag der BaFin vom Gericht bestellten Sachwalter (also nicht vom Insolvenzverwalter) mit dem gesetzlichen Auftrag verwaltet wird, die Pfandbriefe pünktlich zu bedienen.

Eine dieser Sicherheitsvorschriften befasst sich mit der Frage, aus welchen Ländern die Forderungen stammen dürfen, die die Hypothekendarlehenpfandbriefe sichern sollen und die daher in das Deckungsregister eingetragen werden dürfen.² Nach §§ 13, 18 PfandBG können auch Immobilienfinanzierungen in Japan dazu herangezogen werden. Wichtig ist, dass die Pfandbriefbank grundsätzlich selbst Inhaberin der Werte sein muss, die sie in das Deckungsregister eintragen will.

Der vorliegende Beitrag zeigt zum einen einige der komplexen Rechtsfragen auf, die sich dann stellen, wenn eine japanische Immobilienfinanzierung genutzt werden soll, um zur Sicherung deutscher Pfandbriefe zu dienen (II.). Zum anderen werden die Informationen zusammengefasst, die sich bei den Recherchen des Autors zum japanischen Hypotheken- und Registerrecht ergeben haben (III. und IV.).

1 Vgl. hierzu näher HAGEN, § 19, Pfandbriefe, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt (2. Aufl., Köln 2008); STÖCKER, § 86a, Grundzüge des Pfandbriefrechts, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (3. Aufl., München 2007). Der aktuelle Gesetzestext des PfandBG und seiner Verordnungen findet sich auch auf der Internetseite des vdp: www.pfandbrief.de.

2 Zur grundpfandrechtlichen Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen und den damit verbundenen Recherchearbeiten des vdp, vgl. STÖCKER, in: WM 2006, 1941 ff.

II. AUFSICHTSRECHT

Das japanische Aufsichtsrecht für Banken und Kreditinstitute ist in mehreren Gesetzen geregelt. Für die grenzüberschreitende Immobilienfinanzierung in Deutschland ansässiger Pfandbriefbanken in Japan sind insbesondere das Bankgesetz³ sowie das Geldverleihgewerbegesetz⁴ zu beachten.

Das japanische Bankwesen ist nicht auf dem Universalbankprinzip aufgebaut, sondern auf dem Trennbankprinzip. Dies hat zur Folge, dass man unter Banken vorrangig diejenigen Institute versteht, die das Einlagengeschäft und den Zahlungsverkehr betreiben. Für das Kreditgeschäft gibt es speziell lizenzierte Geldverleiher (im grenzüberschreitenden Fachjargon „Money-Lender“).

Im Hinblick auf die Geschäftstätigkeit deutscher Pfandbriefbanken in Japan sind verschiedene strategische Vorgehensweisen zu unterscheiden.

1. *Direktes grenzüberschreitendes Geschäft*

Das direkte deutsch-japanische grenzüberschreitende Immobilienfinanzierungsgeschäft ohne jegliche Lizenz ist offenbar nicht zulässig. Zu hören ist die Einschätzung, dass eine direkte grenzüberschreitende Finanzierung dann ohne Lizenz erlaubt ist, wenn es nur um ein oder zwei Geschäfte geht; aber nicht, wenn mehrere Geschäfte getätigt werden sollen. Im japanischen Bankgesetz ist dies allerdings nicht ausdrücklich geregelt.

Häufig findet sich die Aussage, dass eine ausländische Bank in Japan nur Finanzierungen über eine Zweigstelle oder eine in Japan inkorporierte (Tochter-)Gesellschaft geben kann. Dies wurde von dem Aufsichtsamt für Finanzdienstleistungen (FSA)⁵ bestätigt.

Soweit das grenzüberschreitende Geschäft zulässig ist, darf es durch eine Repräsentanz in Japan unterstützt werden, die keiner gesonderten Genehmigung bedarf. Sie darf allerdings nicht an Geschäftsabschlüssen beteiligt sein.

2. *Zweigstelle (branch) mit Banklizenz*

Die Vorschriften für die Errichtung einer Zweigstelle einer ausländischen Bank in Japan sind in Artt. 47 ff. Bankgesetz enthalten.

Wenn ein deutsches Kreditinstitut eine japanische Banklizenz für eine Zweigstelle in Japan erhalten könnte, würde das deutsche Kreditinstitut Inhaber der Kreditforderung werden, da eine Zweigstelle rechtlich unselbständig ist. Damit käme diese Forderung grundsätzlich als Deckungswert für deutsche Hypothekenpfandbriefe in Betracht.

3 *Ginkô-hô*, Gesetz Nr. 59 vom 1.6.1981.

4 Gesetz zur Regulierung und Kontrolle des Geldverleihgewerbes (*Kashikin-gyô no kisei-tô ni kansuru hôritsu*, engl., *Money Lending Law*), Gesetz Nr. 32 v. 13.5.1983, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 58 v. 25.5.2007.

5 *Kin'yû-chô*; engl. *Financial Services Agency*; im Folgenden „FSA“

Da eine deutsche Pfandbriefbank nach deutschem Aufsichtsrecht als Kreditinstitut (Bank) qualifiziert wird, orientiert sich die japanische Aufsichtsbehörde für die Lizenzfrage nach dem japanischen Bankgesetz.

Zum Erhalt einer japanischen Banklizenz ist es nach derzeitiger Auffassung der FSA allerdings erforderlich, dass die Bank in Japan Einlagengeschäft und Zahlungsverkehrsgeschäfte betreibt. Wenn in Japan nur Immobiliendarlehen gegeben werden sollen, ist die Erteilung einer Banklizenz für eine japanische Zweigstelle nach derzeitiger Auffassung der FSA nicht möglich.

3. *Lizenz nach dem Geldverleihgewerbegesetz („Money-Lender-Lizenz“)*

Neben der Banklizenz regelt das japanische Aufsichtsrecht auch die Lizenz nach dem Geldverleihgewerbegesetz, die sog. „Money-Lender-Lizenz“.

a) Das primäre Ziel des Geldverleihgewerbegesetzes ist es, den japanischen Darlehensnehmer zu schützen. Auch wenn es also vorrangig auf Verbraucher ausgerichtet ist, differenziert es nicht zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden und wird von der FSA daher sogar auf Objektgesellschaften angewendet. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass eine Money-Lender-Lizenz unbeschränkt erteilt wird und folglich auch Kreditgeschäfte mit Verbrauchern getätigt werden dürfen, selbst wenn der Money-Lender nur die Finanzierung gewerblicher Immobilien tätigen will.

b) Grundsätzlich kann auch ein ausländisches Institut eine solche Money-Lender-Lizenz für seine japanische Zweigstelle erhalten. Allerdings galt dies bis Mitte 2008 nicht für ausländische Institute, die nach ihrem Heimatrecht als Kreditinstitute (Banken) einzustufen waren. Hierbei kam es nicht darauf an, ob sie in ihrem Sitzland tatsächlich Einlagengeschäft und/oder Zahlungsverkehrsgeschäfte tätigten. Für die japanische Aufsichtsbehörde genügte es bereits, dass das ausländische Institut den Wortbestandteil „Bank“ in seinem Namen führte, einem Einlagensicherungssystem angeschlossen war oder nach seiner Heimatlizenz Einlagengeschäfte tätigen durfte.

c) Das japanische Aufsichtsrecht über den Finanzmarkt enthielt folglich eine Art Blockadesituation:

- Einerseits konnte eine deutsche Pfandbriefbank keine Banklizenz für eine japanische Zweigstelle erhalten, wenn sie dort kein Einlagengeschäft, sondern nur die Finanzierung gewerblicher Immobilien tätigen wollte.
- Andererseits konnte sie die Money-Lender-Lizenz für eine japanische Zweigstelle nicht erhalten, weil sie nach deutschem Recht ein Kreditinstitut (Bank) war und folglich nur nach japanischem Banklizenzrecht beurteilt wurde, nicht aber nach dem japanischen Geldverleihgewerbegesetz.

In mehreren Gesprächen hat der Autor diese Blockadesituation zusammen mit den Fachleuten der FSA mit der Zielrichtung diskutiert, eine Lösung des rechtlichen Konflikts zu suchen. Positiv unterstützt wurde dieses Bemühen dadurch, dass die FSA seit Anfang 2008 an einer Liberalisierung der japanischen Aufsichtsbestimmungen arbeitete, um ausländischen Kreditinstituten die Tätigkeit in Japan zu erleichtern. Die FSA hat in einigen Fällen Ausnahmelizenzen erteilt, allerdings bislang nur im Bereich des Wertpapiergeschäfts und nicht für Immobilienfinanzierungen.

d) Die auf dem Gebiet der Immobilienfinanzierung in Japan tätigen deutschen Pfandbriefbanken sind daher bisher so vorgegangen, dass sie eine japanische Aktiengesellschaft (*kabushiki kaisha*) als Tochtergesellschaft gegründet und für diese eine japanische Money-Lender-Lizenz eingeholt haben.⁶

Allerdings ergeben sich aus der Gewährung von Krediten durch eine japanische Aktiengesellschaft Ansprüche auf Rückzahlung des Darlehens dieser Gesellschaft, also keine Ansprüche in der Hand der deutschen Pfandbriefbank. Die Ansprüche sind daher bei der deutschen Pfandbriefbank schon vom Grunde her nicht deckungsfähig, d.h. sie können nicht durch Pfandbriefe refinanziert werden.

e) Der Autor hat in mehreren Gesprächen mit der FSA diskutiert, ob es möglich ist, der japanischen Zweigstelle einer deutschen Pfandbriefbank, die in Japan nur die Finanzierung gewerblicher Immobilien tätigen möchte, ausnahmsweise eine Lizenz als Money-Lender zu geben und sie von der Anwendung des japanischen Banklizenzenrechts zu befreien.

Im Oktober 2008 hat die FSA erklärt, dass es nunmehr möglich ist, der japanischen Zweigstelle einer deutschen Pfandbriefbank direkt eine Money-Lender-Lizenz zu erteilen.⁷ Die oben unter c) dargestellte bisherige Blockade zwischen Bankrecht und dem Recht Geldverleihgewerbes ist damit in positiver Weise gelöst.⁸

6 Für die Registrierung der Money-Lender-Lizenz ist die Präfektur zuständig, in deren Gebiet die Tochtergesellschaft ihren Sitz hat.

7 Diese neue und klare Aussage beruht auf einer parlamentarischen Anfrage, die am 23.5.2008 vom Parlamentarier *Takeshi Shina* als Frage Nr. 418 im Zusammenhang mit der Beratung über das Gesetz gestellt wurde, in dem das Finanzprodukte- und Börsengesetz geändert wurde. Diese Anfrage wurde bereits am 3.6.2008 positiv beantwortet.

8 Bedauerlicherweise gibt die FSA zu solchen konkreten Fragen keine schriftlichen Stellungnahmen ab. Allerdings haben die zuständigen Fachleute der FSA dieses Ergebnis in einem Gespräch mit japanischen Anwälten bereits bestätigt.

4. *Zweigstelle (agency)*

Nach Art. 52-2-4 Bankgesetz⁹ kann eine ausländische Bank auch über eine japanische Bank oder Zweigstelle (*agency*) in Japan im Treuhandwege tätig werden, ohne selbst eine japanische Lizenz zu benötigen. Dafür muss die ausländische Bank mit der in Japan lizenzierten Bank oder Zweigstelle konzernmäßig verbunden sein.¹⁰

Rechtsfolge dieser Agency-Lösung wäre, dass die Forderungen aus dem Geschäft der ausländischen Bank, die über keine japanische Banklizenz verfügt, Forderungen dieser ausländischen Bank sind, sie folglich die Kreditforderungen in ihrer (ausländischen) Bilanz hätte.¹¹

5. *Abtretung einer Darlehensforderung*

Überlegt wurde auch, dass eine japanische Gesellschaft mit einer Money-Lender-Lizenz Darlehen an japanische Kunden geben und diese Darlehen – genauer die Ansprüche auf Rückzahlung des Kapitals sowie Zahlung der Zinsen aus einem Darlehen – in der Folge an die deutsche Pfandbriefbank abtreten könnte.

Diese Konstruktion erscheint allerdings insofern problematisch, als eine Abtretung der Darlehensrückzahlungsansprüche von der japanischen Gesellschaft an die deutsche Pfandbriefbank zur Folge haben würde, dass eine direkte Kreditbeziehung zwischen einem nicht in Japan lizenzierten Kreditinstitut und einem japanischen Darlehensnehmer bestünde. Diese Thematik wurde eingehend mit der FSA erörtert. Eine alle Seiten zufriedenstellende und praktikable Lösung wurde allerdings nicht gefunden.

6. *Abtretung eines TBI*

Eine in Japan häufig verbreitete Methode der Übertragung von Immobilien ist die Verwendung eines Immobilien-Trust. Hierbei überträgt der bisherige Eigentümer das Eigentum an der Immobilie zunächst in ein Treuhandvermögen, das von einem speziell lizenzierten Treuhänder (in der Regel einer japanischen Trust-Bank) verwaltet wird.

9 Diese neue Bestimmung ist am 12. Dezember 2008 in Kraft getreten.

10 Zu beachten ist hierbei, dass alle an dieser japanischen Bank oder Zweigstelle beteiligten ausländischen Institute (also die gesamte Bankengruppe) „healthy“ sein müssen. Noch zu klären wäre, was dies bedeutet. Von Seiten der FSA wurde erläutert, dass – im Gegensatz zu den Anforderungen bei einer Banklizenz – bei der Erteilung einer Zweigstellen-Money-Lender-Lizenz (vgl. oben 3.e) nur auf die „healthiness“ der ausländischen Bank selbst geachtet wird, nicht auch darauf, ob die gesamte Bankengruppe „healthy“ ist.

11 Auf den ersten Blick scheint diese Lösung ideal zu sein. Allerdings sollte nicht verkannt werden, dass damit möglicherweise bei jedem einzelnen Geschäft konzernweite Entscheidungsprozesse erforderlich sein können, die bei zeitlich eiligen Verfahrensschritten schwierig erscheinen. Für Immobilienfinanzierungen wurde diese bankrechtliche Möglichkeit bisher offenbar nicht genutzt.

Dieser Vorgang wird im Immobilienregister nachvollzogen mit der Folge, dass die Immobilie im Falle der Insolvenz des Treuhänders nicht Bestandteil der Insolvenzmasse des Treuhänders wird.

Dem bisherigen Eigentümer wird üblicherweise im Gegenzug auf der Grundlage der Treuhandvereinbarung ein sog. „Trust Beneficiary Interest“ (TBI) an der Immobilie gewährt. Bei Immobilientransaktionen wird dieser TBI vom ehemaligen Eigentümer auf den Erwerber übertragen. Wenn eine Bank den Erwerbsvorgang finanziert, wird ihr als Sicherheit ein Pfandrecht an dem TBI gewährt.

a) *Immobilien-Trust oder Darlehens-Trust*

Das Pfandrecht an einem TBI an einer Immobilie ohne Darlehensanspruch genügt nicht als Grundlage für die Emission eines deutschen Pfandbriefes.

Denkbar wäre, dass der Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehen in einen Trust eingebracht wird und nur der TBI daran an die deutsche Pfandbriefbank verkauft und abgetreten wird. Aber auch der reine Darlehens-Trust ist nicht deckungsfähig und kann damit nicht durch deutsche Pfandbriefe refinanziert werden. Denn für die Deckungsfähigkeit einer Immobilienfinanzierung sind die Darlehensforderung und die Immobiliarsicherheit erforderlich.

b) *Property Loan TBI*

Denkbar ist, beide Trust-Strukturen zu verbinden. Die Immobilie sowie der Rückzahlungsanspruch aus einem Darlehen werden jeweils in einen Trust eingebracht:¹²

Trust 1 (*property trust*) enthält die Immobilie. Der TBI daran steht zunächst dem Verkäufer der Immobilie zu, der den TBI an den Käufer abtritt. Der Käufer/Darlehensnehmer verpfändet den TBI zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs aus dem Darlehen an die zum Geldverleih lizenzierte Gesellschaft („Money-Lender-Gesellschaft“).

Trust 2 (*property loan trust*) enthält mehrere Komponenten:

- den Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehen. Der TBI daran steht der Money-Lender-Gesellschaft zu, die diesen TBI an die deutsche Pfandbriefbank überträgt;
- das Pfandrecht am Immobilien-TBI (Trust 1), das den TBI am Darlehensrückzahlungsanspruch sichert;
- Versicherungs- und/oder Mietforderungen, die zur Sicherung des Darlehens an die Money-Lender-Gesellschaft abgetreten oder verpfändet wurden.

Wenn die japanische Money-Lender-Gesellschaft den TBI an diesem *property loan trust*, also den „property loan TBI“ an die deutsche Pfandbriefbank abtritt und dadurch keine direkte Beziehung zwischen der Pfandbriefbank und dem japanischen Kunden

12 Zur Deckungsfähigkeit vgl. § 1 Abs. 2 i.V.m. § 18 Abs. 1 PfandBG.

eintritt, benötigt die Pfandbriefbank keine japanische Lizenz, weder eine Banklizenz noch eine Money-Lender-Lizenz.¹³

Allerdings ist es von großer Bedeutung, dass die Pfandbriefbank das Verfahren einer Vollstreckung gegen den japanischen Schuldner in Japan nicht selbst durchführen darf. Dieses Hindernis lässt sich überwinden, da im Trust-Vertrag zwischen der Money-Lender-Gesellschaft und der Trust-Bank die Verfahrensweise der Vollstreckung geregelt werden kann, ohne dass die Pfandbriefbank hier eine Rolle übernehmen muss. Die Trust-Bank kann die Betreuung selbst übernehmen oder (so üblich) einen *Servicer* damit beauftragen.

Gegenüber dem japanischen Kunden bleibt die Money-Lender-Gesellschaft materiell-rechtlicher Vertragspartner im Hinblick auf das Darlehensverhältnis und die Kredit-sicherheit. Inhaberin des Rückzahlungsanspruches aus dem Darlehen ist die Trust-Bank, nicht jedoch die deutsche Pfandbriefbank. Die deutsche Pfandbriefbank hat jedoch einen insolvenzfesten TBI am Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehen, der durch ein Pfandrecht am TBI bezüglich der Immobilie gesichert wird. Des Weiteren würden sich bei der Geschäftsanbahnung, während der Laufzeit des Darlehens sowie gegebenenfalls bei der Abwicklung keine direkten Beziehungen zwischen der deutschen Pfandbriefbank und dem japanischen Kunden ergeben.

c) *Finanzprodukte- und Börsengesetz*

Das Finanzprodukte- und Börsengesetz (FBG)¹⁴ regelt das Wertpapierhandelsrecht. Nach Auskunft der FSA ist Art. 2 Nr. 2 (1) FBG auf die Abtretung eines TBI anzuwenden, gleich ob der Trust eine Darlehensforderung oder eine Immobilie zum Gegenstand hat. Wer einen TBI abtreten will, braucht folglich eine Registrierung nach Art. 29 FBG. Dies erscheint eindeutig, wenn der TBI an einen japanischen Investor verkauft wird.

Der Anwendungsbereich des FBG ist aber nicht eröffnet, wenn der TBI von der japanischen Gesellschaft an seine deutsche Muttergesellschaft abgetreten wird und diese Abtretung außerhalb Japans stattfindet. Daran ändert sich nichts, wenn die deutsche Muttergesellschaft diesen TBI wiederum weiter abtritt.

13 Diese Lösung hat die FSA im Gespräch mit dem Autor im Oktober 2008 als mit dem Money-Lender-Gesetz vereinbar bezeichnet.

14 *Kin'yū shōhin torihiki-hō*, Gesetz Nr. 65/2006, engl. *Financial Instruments and Exchange Law* (bis zur Reform von 2006 Wertpapierhandelsgesetz, *Shōken torihiki-hō*, Gesetz Nr. 25/1948, engl. *Securities and Exchange Law*). Dies ist das grundlegende Kapitalmarktgesetz Japans und darf nicht mit dem Spezialgesetz über den Handel mit Finanzprodukten (*Kin'yū shōhin no hanbai-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 101/2000; engl. *Law on Sales of Financial Products*) verwechselt werden, welches die zivilrechtlichen Informationspflichten regelt, deren Verletzung Schadensersatzpflichten auslösen können. Was unter Finanzinstrumenten bzw. -produkten zu verstehen ist, ist abschließend im Finanzprodukte- und Börsengesetz bestimmt; vgl. hierzu auch KAISER (Fn.*) 53 f.

III. IMMOBILIENREGISTER

Nicht zuletzt im Hinblick auf die Anforderungen der Deckungsfähigkeitsbestimmungen der §§ 13, 18 PfandBG hat sich eine Pfandbriefbank eingehend mit dem japanischen Immobilienregisterrecht zu befassen, wenn sie in Japan Immobilienfinanzierungen tätigt.¹⁵

Das japanische Zivilrecht ist – wie das deutsche – durch gesetzliche Normen geprägt. Das japanische Zivilgesetz (*Minpô*, nachfolgend ZG) ist in den hier interessierenden Teilen am 16.7.1898 in Kraft getreten. Bei dessen Schaffung hat man sich vordringlich an den Entwürfen zum deutschen BGB und am französischen Code Civil orientiert.¹⁶ Nach dem Zweiten Weltkrieg hat auch das US-amerikanische Rechtsdenken die Entwicklung des japanischen Rechts beeinflusst. Das Immobilienregisterrecht ist im Immobilienregistergesetz¹⁷ geregelt.

1. Immobilienregister

Für Grundstücke (*tochi*) und Gebäude (*tatemono*) gibt es verschiedene Register: das *tochi tôki-bo* für Grund und Boden und das *tatemono tôki-bo* für Gebäude. Die Sammelbezeichnung für beide Immobilienregister ist *fu-dôsan tôki-bo*. Der Begriff der unbeweglichen Sache (*fu-dôsan*) erfasst Grundstücke und Gebäude.

Zu unterscheiden sind das Kataster (*kozu*) und das Immobilienregister (*fu-dôsan*); beide werden vom Justizministerium verwaltet.¹⁸ Die beiden Immobilienregister (Grundregister und Gebäuderegister) nehmen Bezug auf das Kataster. Jede Parzelle wird – anders als im deutschen Recht – auch rechtlich als ein eigenständiges Grundstück betrachtet.

2. Grundstück und Gebäude

Das japanische Recht unterscheidet bewegliche und unbewegliche Sachen. Die unbeweglichen Sachen werden in Grundstücke, feste Bestandteile und Bestandteile unterteilt.

Zum Grundstück (*tochi*) gehören feste Bestandteile. Gebäude werden dagegen nicht als feste Bestandteile des Grundstücks, sondern als bloße Bestandteile qualifiziert und stellen selbständige Rechtsobjekte dar. Gebäude sind folglich rechtlich getrennt vom Grundstück und werden auch im Immobilienregister gesondert registriert. Das Rechtsprinzip „*superficies solo cedit*“ gilt also für Gebäude nicht.

15 Die hier vorliegenden Ausführungen beruhen weitgehend auf Gesprächen, die der Autor im Oktober 2007 mit Fachleuten der Immobilienregister-Abteilung des Japanischen Justizministeriums sowie mit Prof. *Tomomi Nakayama*, Meiji-Universität Tokyo, geführt hat.

16 Eine aktuelle deutsche Übersetzung mit Stand 2008 findet sich bei KAISER, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache (Köln 2008).

17 *Fu-dôsan tôki-hô*, Gesetz Nr. 123/2004, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 132/2007.

18 Das japanische Registerwesen wird von den lokalen Rechtsämtern (*hômû-kyoku*, engl. *Legal Affairs Bureaus*) des Justizministeriums verwaltet. In Japan sind in diesem Bereich ca. 9.000 Personen tätig.

Gebäude sind ausdrücklich vom Umfang der Hypothekenhaftung des Grundstücks ausgenommen, Artt. 86 Abs. 1, 370 ZG. Daher ist eine gesonderte Bestellung von Hypotheken an den Gebäuden erforderlich. Sowohl auf dem Grundstück als auch auf dem Gebäude kann jeweils eine Hypothek zur Sicherung derselben Forderung bestellt werden. Dies ist auch als Gesamthypothek möglich.

Ein Gebäude entsteht rechtlich als unabhängiges Rechtsobjekt nach der japanischen Rechtsprechung mit der Fertigstellung des Rohbaues inklusive Dach. Eine baurechtliche Fertigstellungsbescheinigung (*kensa-zumisho*) ist hierfür nicht erforderlich. Eine solche Bescheinigung wird allerdings üblicherweise verlangt, auch um die rechtliche Selbständigkeit der Immobilie nachweisen zu können.¹⁹

3. *Registrierte Rechte*

Im Grundregister (*tochi tôki-bo*) werden Grund und Boden registriert. Im Gebäuderegister (*tatemono tôki-bo*) werden Gebäude registriert. Daher werden auch die entsprechenden Hypotheken in den jeweiligen Registern gesondert registriert.

Die Hypothek im Grundregister erfasst neben dem Bodeneigentum auch Pflanzen. Die Hypothek im Gebäuderegister betrifft vor allem das Gebäude und unbewegliche Bestandteile. Möbel und Ausstattung werden von einer Hypothek nicht erfasst.

Nach Art. 87 ZG erstreckt sich eine Hypothek auch auf das Zubehör, soweit es dem Boden bzw. dem Gebäude vor der Bestellung der Hypothek zugefügt worden ist. Für das später eingebrachte Zubehör fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung; nach h.M. wird es allerdings ebenfalls erfasst.

Mietverträge können registriert werden mit der Folge, dass sie auch dem Erwerber einer Immobilie entgegengehalten werden können, Art. 605 ZG. Art. 31 des Gesetzes für Mietverträge über Grundstücke und Gebäude²⁰ gibt dem Mieter allerdings das Recht, seinen Mietvertrag einem Erwerber auch ohne Registrierung entgegenzuhalten, wenn er den Besitz an der Mietsache innehat.

4. *Eintragungsverfahren*

a) Für 99 % der Eintragungsfälle dauert die Eintragung nach Auskunft des Justizministeriums nur ca. drei Tage. In Einzelfällen bei komplexen Transaktionen kann ein Eintragungsverfahren auch bis zu zwei Wochen dauern.

19 Diese Bescheinigung wird vom zuständigen Gemeindebediensteten oder vom durch die Gemeinde beauftragten Bestätigungsorgan erteilt. Eine solche Bescheinigung wird z.B. bei illegal errichteten Immobilien versagt; darunter werden Gebäude verstanden, die gegen die Feuerschutzbestimmungen verstoßen oder über größere als die in der Baugenehmigung gestattete Flächen verfügen.

20 *Shakuchi shakuya-hô*, Gesetz Nr. 90/1991, zuletzt geändert durch Gesetz Nr.132/2007.

b) Eine Eintragung wird auf Antrag vorgenommen. In Ausnahmefällen erfolgt die Eintragung von Amts wegen durch die Immobilienregisterbehörde (Eintragung einer Anmerkung, Berichtigung einer Eintragung, Löschung von Amts wegen etc.).

Der Eintragungsantrag ist eine auf einen bestimmten Inhalt gerichtete Willenserklärung. Bei Nichteinhaltung der Formerfordernisse wird der Eintragungsantrag wegen Unvollständigkeit abgewiesen.

Antragsberechtigt ist jede natürliche oder juristische Person, auf die sich das einzutragende Recht bezieht. Aktivberechtigter (Gläubiger des Rechtes) und Passivberechtigter (Schuldner des Rechtes) müssen den Antrag gemeinsam stellen. Eine Antragstellung durch Vertreter ist zulässig.

Ein Antrag kann elektronisch (online im Internet) oder schriftlich (Einreichung auf dem Postwege) oder auch persönlich bei der Registerbehörde eingereicht werden.

Zur Eintragung einer Hypothek müssen die folgenden Dokumente vorgelegt werden:

- Hypothekenbestellungsvertrag in japanischer Sprache, unterzeichnet vom Hypothekenbesteller (Darlehensnehmer oder von ihm verschiedener Eigentümer) und vom Darlehensgeber,
- Nachweis, dass der Hypothekenbesteller Eigentümer der Immobilie ist,²¹
- eine Bestätigung der Echtheit der Namenssiegel (*inkan shōmei-sho*, engl. *seal certificate*) für den Darlehensgeber und den Hypothekenbesteller²² sowie
- ein Auszug aus dem Handelsregister (*shōgyō tōki-bo*) des Darlehensgebers, das dessen Existenz und die Zeichnungsberechtigung des für ihn Handelnden nachweist.

Bei der Registrierung wird eine Ausfertigung/Kopie des Hypothekenbestellungsvertrages vom Grundbuchamt gestempelt und an den Darlehensgeber zurückgegeben. Dieses Dokument ist die Hypothekenurkunde (*tōki-zumisho*, auch *kenri-sho* genannt).

Die Eintragungsgebühr beträgt 0,4 % des gesicherten Darlehensbetrages.

c) Bei Formfehlern wird der Antrag gemäß Art. 25 Immobilienregistergesetz zurückgewiesen.²³ Dies kommt auch bei in sich widersprüchlichen Anträgen vor. Kann der Formfehler berichtigt werden, wird der Antrag ausgeführt, wenn der Antragsteller den Fehler innerhalb der vom Grundbuchbediensteten festgesetzten Frist berichtigt.

Die Behörde weist den Antragsteller auf die Fehler hin und gibt ihm Gelegenheit, diese zu beseitigen; solange bleibt der Rang erhalten, der sich aus der Eingangsliste ergibt. Sind die Fehler allerdings gravierend, kann der Antrag auch zurückgewiesen werden.²⁴

21 Dieser Nachweis kann durch eine Eintragungsbescheinigung (*kenri-sho*, *tōki-zumisho*) erbracht werden.

22 Dies entspricht einer Beglaubigung der Unterschriften. Dieses erteilt der *shihō shoshi* (Rechtsschreiber).

23 Z.B.: Die Aufbereitung des Eintragungsinhaltes entspricht nicht den Erfordernissen des Immobilienregistergesetzes, oder es fehlen Unterlagen oder Anlagen, die nach dem Gesetz erforderlich sind.

24 Insgesamt entspricht dies offenbar der deutschen Verfahrenspraxis.

d) Der Grundbuchbedienstete prüft nicht die materielle Richtigkeit des einzutragenden Rechtes. Das Immobilienregistergesetz verlangt nicht, dass sich der Grundbuchbedienstete aktiv Gewissheit über die materielle Rechtslage in Ansehung des Eintragungsantrages verschafft.

Er prüft die erforderlichen Dokumente, die Eignung der Dokumente und deren Authentizität. Die formale Prüfung beschränkt sich auf den Inhalt des Immobilienregisters und die vom Antragsteller im Antragsformular vorgetragene Informationen und Anlagen zum Antrag.

e) Der Nachweis über die Zustimmung des Verfügenden zur Eintragung erfolgt durch privatschriftliche Dokumente, wobei die Unterschriften notariell, gerichtlich oder anwaltlich beglaubigt sein müssen.

Das japanische Rechtssystem kennt zwar den Notar.²⁵ Dieser spielt im Immobilienrecht jedoch keine Rolle.

Vielmehr gibt es hierfür den speziellen Berufsstand des *shihô shoshi* (Rechtsschreiber),²⁶ der von Verkäufer und Käufer beauftragt wird. Dieser ist zwar kein Staatsbediensteter, wird jedoch vom Justizministerium überwacht und könnte als eine Art freiberuflicher Rechtspfleger qualifiziert werden.²⁷

Üblicherweise bevollmächtigen beide Vertragsparteien den *shihô shoshi*, die erforderlichen Eintragungsanträge zu stellen. Er erteilt auch die *inkan shômei-sho* (Bestätigung der Echtheit des Namenssiegels).

f) Die Registerbehörde führt eine Eingangsliste, in der alle Anträge mit dem Datum und einer laufenden Nummer in zeitlicher Reihenfolge erfasst werden. Die Liste wird mit Eingangsnummern geführt. Sie kann jedoch nicht eingesehen werden. Es ist daher nicht auszuschließen, dass zwischen der letzten Grundbucheinsicht und der Stellung des Eintragungsantrages bereits ein anderer, dann vorrangiger Antrag eingegangen ist. Will man dieses Risiko beseitigen, kann man einen Rangvorbehalt für das zu bestellende Recht eintragen lassen. Davon wird aber nur selten Gebrauch gemacht, da dies noch einmal mit den gleichen Gebühren verbunden ist wie die Eintragung des Rechtes selbst und in der Regel bereits nach drei bis vier Tagen, wenn das Recht selbst eingetragen wurde, Sicherheit über den Rang besteht.

25 Zur Funktion des Notars und zur vollstreckbaren Urkunde vgl. YAMAMOTO, in: Notarius International 2003, 7 ff.; allgemein ferner KAISER/PAWLITA, Das Notariat in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. Nr. 20 (2005) 163 ff.

26 In englisch häufig als „scrivener“ oder auch als „solicitor“ bezeichnet.

27 Seine Zulassung und Tätigkeit ist im *Shihô shoshi-hô* (Gesetz über Rechtsschreiber), Gesetz Nr. 197/1950 geregelt.

5. *Rechtswirkung einer Registrierung*

Das japanische Recht folgt dem französischen Einheitsprinzip.²⁸ Das Eigentum an der Immobilie geht bereits mit dem Kaufvertrag über. Die Eintragung des Erwerbs ist für dessen Wirksamkeit nicht erforderlich.

Die Hypothek entsteht bereits durch Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Grundpfandgläubiger. Für die Wirksamkeit der Entstehung eines Grundpfandrechtes ist die Eintragung in das Register nicht erforderlich.

Jedoch bestimmt sich die Rangfolge mehrerer Hypotheken, die auf demselben Grundstück lasten, nach der zeitlichen Reihenfolge der Eintragungen, Art. 373 Abs. 1 ZG, die sich ihrerseits nach der zeitlichen Reihenfolge der Anmeldungen zur Eintragung richtet.²⁹ Zudem können dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie im Register eingetragen sind (Art. 177 ZG). Dies gilt ebenso für die Wirksamkeit der Hypothek gegenüber dem Insolvenzverwalter des Immobilieneigentümers sowie gegenüber nachrangigen Rechten an der Immobilie.

Auch für die Wirksamkeit der Übertragung eines Grundpfandrechtes, für das kein Brief besteht, ist die Eintragung in das Register nicht erforderlich.

6. *Öffentlicher Glaube des Registers*

a) Grundsätzlich genießt das Register keinen positiven öffentlichen Glauben. Die Bestellung eines Grundpfandrechtes ist daher nicht wirksam, wenn sie jemand vorgenommen hat, der als Eigentümer in das Register eingetragen ist, aber tatsächlich das Eigentum nicht erworben hatte.

Auch die Übertragung eines Grundpfandrechtes ist nicht wirksam, wenn sie jemand vorgenommen hat, der als Inhaber in das Register eingetragen ist, aber tatsächlich das Grundpfandrecht nicht erworben hatte. Das Vertrauen des Erwerbers eines Grundpfandrechtes in den Inhalt des Registers ist folglich nicht geschützt.

Auch ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb mit der Folge des Unterganges des rechtsgeschäftlichen Grundpfandrechtes ist nicht möglich.

Daher läge es nahe, die Kette der früheren Erwerbsgeschäfte zu prüfen. Dies ist in der Praxis allerdings nicht üblich, da man sich offenbar auf die detaillierten Prüfungen durch den *shihô shoshi* und durch die Registerbehörde verlässt. Für Fehler der Behörde haftet der japanische Staat. Praktische Fälle, in denen ein Berechtigter sein Eigentum durch Fehler der Behörde verloren hätte, sind nach Auskunft des japanischen Justizministeriums bisher nicht bekannt geworden, vor allem nicht im gewerblichen Immobilien-geschäft.

28 Zu diesem BAUR / STÜRNER, Sachenrecht (18. Aufl., München 2009) § 64 B IV, Rdn. 61 (S. 932, dort Fn. 1).

29 Ein Rangrücktritt ist möglich (*ten-teitô*), Art. 375 ZG; KAISER (Fn. *) 47.

Eine *title insurance* wird in Japan nicht angeboten. Versuche US-amerikanischer Versicherer (*title insurance companies*), eine *title insurance* in Japan aufzubauen, sind dem Vernehmen nach mangels Nachfrage gescheitert.

b) Die allgemeine Verjährungsfrist für Forderungen beträgt zehn Jahre, Art. 167 Abs. 1 ZG. Andere Vermögensrechte als Forderungen sowie das Eigentum, auch das Immobilieneigentum, verjähren in 20 Jahren, Art. 167 Abs. 2 ZG; dies gilt grundsätzlich auch für die Hypothek. Nach Art. 396 ZG erlischt eine Hypothek gegenüber dem Schuldner und dem Besteller der Hypothek durch Verjährung nur, wenn die durch sie gesicherte Forderung gleichzeitig erlischt. Daher kann ein Schuldner bzw. ein Hypothekenbesteller eine Verjährung der Hypothek nicht geltend machen, soweit die gesicherte Forderung nicht verjährt ist.³⁰

c) Aufgrund des Fehlens des gesetzlichen Schutzes für Dritte hat die Rechtsprechung Grundsätze für den Schutz des Rechtsverkehrs entwickelt, „die Lehre von der analogen Anwendung des Art. 94 Abs. 2“ genannt. Art. 94 ZG regelt das Scheingeschäft, dessen Wirkung die Nichtigkeit der Willenserklärung bzw. des Rechtsgeschäftes ist. Diese Nichtigkeit kann der Erklärende dem gutgläubigen Dritten aber nicht entgegenhalten, soweit er mit Einverständnis eines anderen das Scheingeschäft verursacht hat.

Rechtsfolge dieser analogen Anwendung des Art. 94 Abs. 2 ZG ist es, dass der Eigentümer sein Eigentum dem Dritten nicht entgegenhalten kann, auch wenn es sich tatsächlich nicht um ein Scheingeschäft gehandelt hat, aber eben z.B. um einen Kaufvertrag, den der Eigentümer geschlossen hat (und der sich dann als unwirksam herausgestellt hat) und in dessen Folge der Übergang des Eigentums in das Grundregister eingetragen wurde.

Dadurch kann das Vertrauen des Dritten insbesondere auf die Eintragung geschützt werden. Der Oberste Gerichtshof hat Art. 94 Abs. 2 analog auf den Fall angewandt, dass der Eigentümer wusste, dass sein Freund durch die Vorlage der Bestätigung der Echtheit seines Namenssiegels und den Abdruck seines Siegels (*inkan*) ohne seine Zustimmung die Eintragung des Eigentumsüberganges erwirkt hatte, und der Dritte aufgrund des Vertrauens auf die Eintragung das Grundstück gekauft hatte.³¹ Es gibt bereits mehrere Urteile über solche Fallgruppen, so dass man sagen kann, dass für Extremfälle der

30 Daraus ergibt sich ein Auslegungsproblem und zwar als Umkehrschluss (*argumentum e contrario*). Da Art. 396 ZG eine Ausnahmenvorschrift ist, sollte diese Regel nicht für andere Personen als Schuldner/Besteller wie z.B. nachrangige Hypothekengläubiger, Forderungsgläubiger ohne Sicherungsrecht und Erwerber von Immobilien etc. gelten. Das bedeutet, dass gegen diese Personen die Hypothek alleine aufgrund von Art. 167 Abs. 2 ZG verjähren würde. Z.B. kann die Hypothek allein verjähren, obwohl die gesicherte Forderung wegen der Verjährungsunterbrechung nicht verjährt. Diese Auslegung ist herrschende Meinung und Rechtsprechung. Danach ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass sich der Erwerber einer belasteten Immobilie auf die Verjährung der gesicherten Forderung berufen kann.

31 OGH v. 22. 9.1970, Minshu 24.10.1424.

positive öffentliche Glaube auch im Bereich des Immobilienrechtsverkehrs geschützt wird. Grundsätzlich gilt aber, dass die Beweisfunktion der Eintragung im Grundbuch widerlegt werden kann.

7. *Einsicht in das Register*

Der Zugang zum Register ist jedermann erlaubt. Ein rechtliches Interesse muss nicht nachgewiesen werden. Die Gebühr hierfür beträgt 500 Yen (ca. 4 Euro). Für Kopien wird eine Gebühr von 1000 Yen (ca. 8 Euro) pro Seite erhoben.

Ein formeller Grundbuchauszug (*tôki-bo tohon*) zeigt den gleichen Inhalt, den man auch über Internet einsehen kann. Er hat die Rechtswirkung, dass die Behörde für dessen Inhalt haftet und sie bei Fehlern ggf. zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dieser Auszug ist daran erkennbar, dass ein roter Stempel der zuständigen Behörde aufgebracht ist und der Name des ausstellenden Bediensteten genannt wird; dieser Auszug wird allerdings nicht von jenem unterzeichnet.

Das japanische Grundbuch ist bereits auf EDV umgestellt worden. Seit Ende März 2008 werden alle japanischen Grundstücke und Gebäude in der EDV erfasst. Mit der EDV-Umstellung sind die Grundbücher nunmehr auch über Internet einsehbar, wenn man sich zur EDV-Einsicht anmeldet, was jeder tun kann, auch jede Privatperson, auch grenzüberschreitend. Man muss lediglich eine Gebühr für die Einsicht entrichten, was mittels Kreditkarte möglich ist.³²

8. *Abwicklung eines Kaufvertrages über Immobilien*

a) Da der Verkäufer sein Eigentum grundsätzlich bereits mit dem Vertrag (also auch schon vor der Eintragung im Grundbuch) verliert, der Käufer (und dessen Bank) den Kaufpreis aber erst nach Sicherstellung des Erwerbs zahlen will, wird die Transaktion üblicherweise unter Anwesenheit aller Beteiligten abgewickelt. Der Kaufpreis wird Zug um Zug gegen vertragliche Übereignung gezahlt. Dabei wird auch die Hypothek bestellt, die *inter partes* bereits durch den Hypothekenbestellungsvertrag entsteht.

Nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung geht das Eigentum zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses über, es sei denn, dass die Parteien im Vertrag eine andere Vereinbarung über den Zeitpunkt treffen. In Kaufverträgen über Immobilien wird fast immer vereinbart, wann das Eigentum an den Käufer übergeht, z.B. am Tag der vollständigen Zahlung des Kaufpreises, der Übergabe der Immobilie usw.

In der Praxis läuft dies üblicherweise so ab, dass der *shihô shoshi* unter Anwesenheit aller Beteiligten (Verkäufer, Käufer, Bank) alle Dokumente prüft, die für die Eintragung notwendig sind. Ist seine Prüfung positiv, zahlt der Käufer bar, per Scheck oder durch

32 Allerdings ist die Information nur in japanischer Sprache zugänglich.

Überweisung.³³ In Japan wird die Erfüllung aller Eintragungsvoraussetzungen dann als gegeben angesehen, wenn die Dokumente nach der Prüfung durch den *shihô shoshi* als vollständig anerkannt worden sind.

b) Die herausragende Stellung des *shihô shoshi* erklärt sich daraus, dass er eine materielle Prüfung durchführt, während der Registerbedienstete nur eine formelle Prüfungsbefugnis hat. Der Bedienstete überprüft also nur die für die Eintragung notwendigen Formulare, die vom *shihô shoshi* schon sachlich geprüft wurden. Dies ist der wesentliche Grund für die schnellen Eintragungsverfahren. Zudem gilt das Prinzip der formellen Prüfungsbefugnis des Registerbediensteten nur für die Eintragung von Rechten, wie die Eigentumsübertragung, die Bestellung einer Hypothek usw., aber nicht für die Eintragung von Inhaltsangaben in Bezug auf eine Immobilie (*hyôji ni kansuru tôki*).

c) Zum Vollzug eines Kaufvertrages über ein Gebäude ist der Eintrag im Immobilienregister erforderlich. Der Verkäufer (Eigentümer, Aktivberechtigter) und der Käufer (Passivberechtigter) müssen den Antrag gemeinsam stellen. Vielfach – in über 90 Prozent der Fälle – stellt der *shihô shoshi* die Anträge in Vertretung beider Parteien. Generell müssen die für die Eintragung erforderlichen Dokumente Zug um Zug gegen Begleichung des Kaufpreises übergeben werden. Der Grundbuchbeamte prüft den Eintragungsantrag und vollzieht die Eintragung nur, wenn er den Antrag für formell rechtmäßig hält.

d) Beim Kauf eines Grundstückes mit Gebäude,³⁴ der von einer Bank durch ein Darlehen finanziert wird, das durch eine Hypothek gesichert werden soll, müssen die Anträge in folgender zeitlicher Abfolge gestellt werden: zuerst der Eigentumsübergang, dann der Eintrag der vom neuen Eigentümer (Käufer) nach Übertragung des Eigentums bestellten Hypothek. Wenn diese Anträge rechtmäßig sind, werden sie in der Reihenfolge der Anträge eingetragen. Dabei müssen Verkäufer, Käufer und Hypothekengläu-

33 Insbesondere im *Privatkundengeschäft* wird die Transaktion üblicherweise in der Bank durchgeführt, die den Erwerber finanziert, so dass von dort aus auch die Überweisung direkt getätigt werden kann. Daher sind im Massengeschäft Bargeschäfte und Scheckübergaben weniger üblich. Bei *Gewerbekrediten* treffen sich alle Beteiligten (Verkäufer, Käufer, deren Anwälte, Vertreter der finanzierenden Bank sowie ein oder mehrere *shihô shoshi*, die für Käufer und Verkäufer bzw. die finanzierende Bank tätig sind) im Regelfall in der den Käufer betreuenden Anwaltskanzlei, wo die Dokumente geprüft werden. Ist die Prüfung positiv, wird die finanzierende Bank angewiesen, den Kaufpreis an den Verkäufer bzw. die bisherige finanzierende Bank zu zahlen. Nach Bestätigung des Geldeingangs durch den Verkäufer bzw. die abzulösende Bank erfolgt die Veranlassung der Eintragung des Eigentumswechsels und der Hypothekenbestellung durch den *shihô shoshi* beim Grundbuchamt, wohin dieser sich persönlich mit den zur Eintragung erforderlichen Unterlagen begibt.

34 Vgl. zur Praxis des Immobilienverkaufs MARUTSCHKE, Einführung in das japanische Recht (München 1999) 134 f.

biger gemeinsam anwesend sein und vor dem *shihô shoshi* die notwendigen Dokumente übergeben und den Kaufpreis begleichen.

e) Wenn Grundstück und Gebäude durch einen Trust³⁵ gehalten werden sollen, muss der Trust eingetragen werden, um dem Übergang der Aktiva auf den Trust gegenüber Dritten Geltung zu verschaffen. Nach Fertigstellung von Gebäuden auf vom Trust gehaltenen Grundstücken wird deren Eintragung für den Trust beantragt.

Da Grundstück und Gebäude rechtlich getrennte Objekte sind, muss über ein Gebäude ein gesonderter Trust errichtet werden, der entsprechend ins Gebäuderegister einzutragen ist.

f) Wenn ein hypothekarisch oder durch Trust gesichertes Darlehen an eine andere Bank übertragen wird, geht die Hypothek nach dem Akzessorietätsprinzip auf den neuen Gläubiger über. In diesem Falle muss der Übergang der Hypothek eingetragen werden.³⁶

(1) Treuhandfälle am Grundstück (Sicherungstreuhand): Wird eine durch Trust gesicherte Forderung an eine andere Bank abgetreten, ist dies als Wechsel des Treuhandbegünstigten (*beneficiary*) anzusehen. Nach alter Rechtslage musste jeder Begünstigte eingetragen werden. Nunmehr genügt die Eintragung der Art und Weise, wie der Treuhandbegünstigte jeweils bestimmt wird, es muss also nicht jeder Begünstigte konkret eingetragen werden. Wenn z.B. der Begünstigte mit dem jeweiligen Gläubiger des Darlehens auf Grundlage des als Treuhandgeschäft errichteten Darlehensvertrages identisch sein soll, genügt es, diese Vereinbarung einzutragen.

(2) Treuhandfälle an der Hypothek (Vermögensstreuhand): Auf der Grundlage des neuen Treuhandgesetzes³⁷ kann ein Treuhänder als Berechtigter einer Hypothek bestellt werden und die Hypothek Bestandteil des Treuhandvermögens werden. Dann wird der Treuhänder zum Verwalter und Verfügungsberechtigten der Hypothek (Art. 3 S. 1 u. 2 Treuhandgesetz: „Security Trust“).

Eine Hypothek ist unteilbar. Das gilt auch bei Teilabtretung der besicherten Forderung. In diesem Falle werden alle Gläubiger Mitinhaber der einheitlichen Hypothek, *pro-rata* entsprechend ihrem Anteil an der ursprünglichen Forderung. In diesem Falle wird ein teilweiser Übergang der Hypothek eingetragen. Der entsprechende Teilbetrag der Forderung wird beim Rechtsgrund der Übertragung eingetragen.

Beim *Security Trust* muss die Teilabtretung der Hypothek nicht eingetragen werden, wenn die Art und Weise der Abtretung der Grundlage des Darlehensvertrages entspricht.

35 Zum japanischen Trust-Recht KAISER (Fn. *) 41; STÜRNER / KERN, Deutsche öffentliche Pfandbriefe und japanische Deckungswerte (Berlin 2006, Schriftenreihe des vdp, Band 24) 46.

36 Als Rechtsgrund ist einzutragen „Übergang der Forderung am [Datum]“).

37 *Shintaku-hô*, Gesetz Nr. 108 vom 8. Dezember 2006,

IV. HYPOTHEK

Auch wenn in der gewerblichen Immobilienfinanzierung in Japan die Verwendung von Trust-Strukturen üblich ist und Hypotheken als Kreditsicherheiten häufig allenfalls zusätzlich verwendet werden,³⁸ ist die Kenntnis des Hypothekenrechts für eine deutsche Pfandbriefbank wichtig. Denn die nach § 18 Abs. 1 PfandBG erforderliche Beurteilung der vergleichbaren Sicherheit eines ausländischen Sicherungsrechts (wie dem japanischen Trust) orientiert sich am Leitbild einer Hypothek, so dass eine Argumentation unter Einbeziehung auch des japanischen Hypothekenrechts augenscheinlicher dargestellt werden kann.

1. Hypothek (*teitô-ken*) und Höchstbetragshypothek (*ne-teitô-ken*)a) *Teitô-ken*

Das japanische Immobilienrecht kennt die Hypothek (*teitô-ken*³⁹) als Kreditsicherheit. Sie ist in den Art. 369 ff. ZG geregelt. Die Hypothek ist grundsätzlich akzessorisch, setzt also das Bestehen einer gesicherten Forderung voraus, Art. 369 Abs. 1 ZG. Wenn die gesicherte Forderung erlischt, erlischt auch das *teitô-ken*.⁴⁰

Das *teitô-ken* gibt dem Gläubiger in der Zwangsvollstreckung ein Vorrecht in Höhe des Kapitalbetrages sowie der Zinsen (einschließlich eventueller Verzugszinsen) für zwei Jahre, allerdings nicht im Hinblick auf Kosten (für Anwälte etc.) oder Auslagen.

Eine Übertragung des *teitô-ken* ist nur zusammen mit der gesicherten Forderung möglich. Allerdings gibt es auch die Möglichkeit, den Rang eines *teitô-ken* an einen nachrangigen Hypothekengläubiger zu übertragen, Art. 376 ZG.

b) *Ne-teitô-ken*

Im Jahre 1971 wurde die Höchstbetragshypothek (*ne-teitô-ken*) in das ZG eingeführt, die in der heutigen japanischen Kreditpraxis dem Vernehmen nach sehr häufig verwendet wird, nach Expertenschätzungen in ca. 50 Prozent der Fälle.⁴¹ Wenn von vorneherein klar ist, dass eine Mehrzahl von Forderungen entstehen wird und gesichert werden soll, wird meist das *ne-teitô* verwendet.

Das *ne-teitô-ken* erfordert die Eintragung eines Höchstbetrages im Grundbuch. In der Praxis wird häufig ein Betrag in Höhe von 120 Prozent des Darlehenskapitals eingetragen, damit die Höchstbetragshypothek die Zinsen für etwa zwei Jahre und die Kosten

38 Vgl. auch KAISER (Fn. *) 46 ff; NAKAYAMA, Neue Entwicklungen im japanischen Hypothekenrecht, in: Recht in Japan 14 (2006) 7 ff.

39 Auch *futsû teitô-ken* genannt; *teitô* = Hypothek, *ken* = Recht.

40 Diese Erlöschensakzessorietät ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, jedoch logische Konsequenz der strengen Akzessorietät und in Lehre und Praxis anerkannt.

41 *Ne* = Baumwurzel. Das *ne-teitô-ken* liegt den Antworten von Prof. Nakayama zugrunde in STÖCKER / STÜRNER (Fn. *).

sichern kann. Die Höchstbetragshypothek ist nämlich – wie im deutschen Recht – nicht verzinslich.

Durch ein *ne-teitô-ken* können mehrere Forderungen gesichert werden, auch künftige Forderungen. Die gesicherten Forderungen sind auswechselbar. Allerdings muss der Gläubiger des *ne-teitô* auch Gläubiger der gesicherten Forderungen sein.

Das *ne-teitô-ken* ist geregelt in Art. 398-2 Abs. 1 ZG: „Eine Hypothek kann auch nach Vereinbarung im Bestellungsgeschäft unbestimmte Forderungen, die in einem bestimmten Geschäftsbereich liegen, innerhalb des Höchstbetrages sichern.“

Auch Zinsforderungen, die auf Grundlage der festgesetzten Kapitalforderung entstehen, werden bis zum Höchstbetrag gesichert, Art. 398-3 ZG.

Charakteristischer Unterschied des *ne-teitô-ken* im Vergleich zur gewöhnlichen Hypothek (*teitô-ken*) ist, dass durch das *ne-teitô* zum Zeitpunkt der Bestellung noch unbestimmte künftige Forderungen gesichert werden sollen. Das *teitô-ken* erlischt dann, wenn die akzessorisch gesicherte Forderung durch Tilgung usw. erlischt.

Beim *ne-teitô-ken* bestimmt sich erst zum Zeitpunkt der Festsetzung (Konkretisierung), welche Forderung gesichert wird.⁴² Denn wenn das *ne-teitô-ken* konkretisiert wird, bezieht sich das *ne-teitô-ken* auf die zum Zeitpunkt der Festsetzung bestehenden Forderungen. Bis zum Zeitpunkt der Konkretisierung können durch den Höchstbetragsrahmen des *ne-teitô-ken* gesicherte Forderungen entstehen und erlöschen. Auch wenn eine zu sichernde Forderung nicht entstanden ist, erlischt die *ne-teitô-ken* nicht.

Wenn das *ne-teitô-ken* festgesetzt wird, dann konkretisiert sich das *ne-teitô-ken* auf die bestehende Forderung (Bindungswirkung), so dass eine nach der Konkretisierung entstehende Forderung nicht mehr gesichert wird. Jedoch werden Zinsforderungen, die auf Grundlage der konkretisierten Kapitalforderung entstehen, bis zum Höchstbetrag gesichert, Art. 398-3 ZG.

Im Hypothekenvertrag kann der Termin der Festsetzung festgelegt werden, Art. 398-6 ZG. Dies ist allerdings nicht üblich. Ohne eine solche vorherige Festlegung eines Termins kann der Besteller die Festsetzung verlangen, allerdings frühestens drei Jahre nach Bestellung des *ne-teitô-ken*, Art. 398-19 ZG.

Das *ne-teitô-ken* konkretisiert sich mit Ablauf einer Frist, die von den Parteien vereinbart wurde, mit der Ausübung eines Festsetzungsanspruchs des *ne-teitô*-Schuldners, mit dem Versteigerungsantrag durch den Hypothekengläubiger oder mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bestellers oder Schuldners.

Der Umfang der gesicherten Forderung wird durch das Bestellungsgeschäft (Eini-gung) des *ne-teitô-ken* bestimmt.

42 Vgl. hierzu Artt. 398-6 Abs. 4, 398-19, 398-20 ZG.

Nach Art. 398-2 ZG können folgende Forderungen gesichert werden:

- (i) Forderungen, die auf Grundlage eines bestimmten fortlaufenden Geschäftsvertrages zwischen dem *ne-teitô*-Gläubiger und dem Schuldner entstehen,
- (ii) die Forderungen, die durch eine bestimmte Art von Geschäft entstehen,
- (iii) die Forderungen, die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis mit dem Schuldner fortlaufend entstehen,
- (iv) Scheck- und Wechselansprüche.

c) *Vorläufige Hypothekeneintragung* (kari-tôki teitô-ken)

In der Praxis wird bei manchen Transaktionen die Eintragung der Hypothek aus Kostengründen nur vorläufig vorgenommen. Hierbei beträgt die Eintragungsgebühr nur 1.000 Yen pro Parzelle. Dies gilt für die gewöhnliche und für die Höchstbetrags-hypothek.

Allerdings muss diese vorläufige Eintragung in eine normale Eintragung umgewandelt werden, um der Hypothek eine Drittwirkung zu verschaffen. Dann erhält die Hypothek den drittwirksamen Rang der vorläufigen Eintragung. Im Ergebnis hat dieses Instrument offenbar eine Wirkung wie die deutsche Vormerkung. Dem Vernehmen nach gibt es keine zeitliche Beschränkung für die Umwandlung der vorläufigen in eine gewöhnliche Hypothek.

Allerdings bildet die vorläufige Eintragung in der japanischen Kreditpraxis nur die Ausnahme und wird dann vorgenommen, wenn ein baldiger Verkauf der Immobilie vorgesehen ist und der gegenwärtige Eigentümer auf seiner Immobilie eine Hypothek nicht bestellen möchte.

Die Eintragung des Vollrechts wird im Register auch bei Eintritt sog. „Kreditereignisse“ vorgenommen, d.h. bei (erheblichen) Vertragsverletzungen des Darlehensnehmers oder beim Eintritt von Kündigungsgründen. Damit die mit der Eintragung verbundenen Kosten nicht zu Lasten der Bank gehen, muss der Darlehensnehmer auf einem Konto, auf das die Bank Zugriff erhält, die entsprechenden Geldmittel jederzeit bereithalten.

2. *Briefhypothek*

Die Hypothek kann in Form eines Briefrechts bestellt werden.⁴³ Die Briefhypothek wurde erst im Jahre 1931 durch das Hypothekenbriefgesetz⁴⁴ eingeführt, um die Refinanzierungsmöglichkeiten der meist lokalen Geschäftsbanken zu verbessern. Über eine Höchstbetragshypothek kann jedoch kein Hypothekenbrief ausgestellt werden.

43 Vgl. hierzu ausführlich SHO/PUBLICK, Grundlagen des japanischen Hypothekenbriefgeschäftes, in: WM 1991, 1017 ff; SHO, Die rechtlichen Eigenschaften des japanischen Hypothekenbriefes, in: Senshû Hôgaku Ronshû 1994.

44 *Teitô shôken-hô*; es ist keine dt. oder engl. Übers. des Gesetzes verfügbar.

Der Hypothekenbrief (*teitô shôken*) ist ein Orderpapier,⁴⁵ so dass die Briefhypothek durch Indossament und Übergabe des Briefs übertragen wird. Die aus der Haftungswirkung des Indossaments folgende Garantiefunktion verstärkt die Rechtsstellung des Indossatars gegenüber seinem Vormann, der also neben dem Grundstückseigentümer jedem weiteren Erwerber des Hypothekenbriefs haftet.

Der japanische Hypothekenbrief ist in den achtziger Jahren als Finanzinstrument in Verruf geraten, da japanische Hypothekenbanken (*teitô shôken kaisha*) auf der Grundlage von Hypothekenbriefen Refinanzierungspapiere an den Markt gebracht haben, die zum Teil nicht ausreichend gedeckt waren. Diese Refinanzierungspapiere waren schuldrechtliche Urkunden, *mortgage*-Urkunden (*môgeiji shôsho*) genannt, in denen erklärt wurde, dass der Anleger einen Anteil an einem Hypothekenbrief zu einem festen Zinssatz erworben hat; allerdings verblieb dieser Hypothekenbrief bei der Immobilienbank. Dabei kam es sogar zu Betrügereien. Dies war der Hintergrund für die Schaffung des Gesetzes über die Kontrolle des Hypothekenbriefgeschäfts von 1987.⁴⁶

3. Verwertung

a) Früher gab es zwar für die Zwangsvollstreckung an Grundstücken grundsätzlich zwei Möglichkeiten, entweder die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung. Aber bei der Vollstreckung aus einem Sicherungsrecht war nur die Versteigerung möglich.

Durch die Novelle von ZG und Zivilvollstreckungsgesetz⁴⁷ im Jahr 2003 (in Kraft seit dem 1. Januar 2004) hat man das Zwangsverwaltungsverfahren auch für die Geltendmachung des Sicherungsrechts eingeführt.⁴⁸ Dabei werden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung aufgrund der Forderung entsprechend angewandt.

Für den Antrag auf Vollstreckung ist eine „Bescheinigung/Bestätigung für die Eintragungsangelegenheiten“ (*tôkijikô shômei-sho*) erforderlich, Art. 181 Nr. 3 Zivilvollstreckungsgesetz.

45 Dagegen ist der deutsche Hypothekenbrief ein Rektapapier. Zur Übertragung einer deutschen Briefhypothek näher BAUR / STÜRNER (Fn. 28) § 38 II, Rdnr. 10 ff. (S. 488 ff.).

46 *Teitô shôken-gyô no kisei to ni kansuru hôritsu*; vgl. dazu ausführlich SHO / PUBLICK (Fn. 43) 1021 ff. Zuweilen wurde der japanische Hypothekenbrief mit „Pfandbrief“ übersetzt, so dass es vor allem zu Beginn der Roadshows des *vdp* (damals *VDH*) in Japan einiger Anstrengungen bedurfte, um die Missverständnisse auszuräumen. Das japanische Recht kennt bisher keine gesonderten gesetzlichen Bestimmungen für *covered bonds* kontinentaleuropäischen Musters.

47 *Minji shikkô-hô*, Gesetz Nr. 4/1979.

48 Der OGH hat bereits in seinem Urteil v. 27.10.1988 die dingliche Surrogation des Hypothekengläubigers an Mietzinsforderungen anerkannt; dies wurde durch weitere Urteile bekräftigt.

b) Die Verwertung einer Hypothek erfolgt grundsätzlich im Wege einer öffentlichen Versteigerung auf der Grundlage des Zivilvollstreckungsgesetzes. Hierbei wird die Immobilie im Rahmen eines förmlichen Verfahrens, das der gerichtlichen Aufsicht unterliegt, an den Höchstbietenden veräußert.

Das Verfahren von Antragstellung bis Anordnung des Versteigerungsverfahrens dauert insgesamt zwischen 10 und 24 Monate.

Jeder Hypothekengläubiger kann das Vollstreckungsverfahren einleiten, gleich welchen Rang er hat. Führt ein nachrangiger Hypothekengläubiger ein Vollstreckungsverfahren durch, wird auch die vorrangige Hypothek im Rahmen des Verfahrens gelöscht, wenn der Erlös vollständig zur Befriedigung des vorrangigen Gläubigers ausreicht. Der nachrangige Gläubiger kann die vorrangige Hypothek auch dadurch zum Erlöschen bringen, dass er die Forderung des vorrangigen Gläubigers begleicht.

Im japanischen Recht gibt es offenbar keine (dem § 10 ZVG entsprechende) zentrale Regelung über die Befriedigungsreihenfolge in der Zwangsvollstreckung. Die Verfahrenskosten hat immer der betreibende Hypothekengläubiger vorzustrecken.

Steuerforderungen werden dann vorrangig befriedigt, wenn sie entstanden sind und nach der gesetzlich vorgeschriebenen Frist ein Mahnbescheid ergangen ist, bevor die Hypothek eingetragen wurde. Im Übrigen können die Steuerbehörden Zwangshypotheken im Grundbuch eintragen lassen; diese erhalten dann den Rang entsprechend der Eintragung.

c) Weitere Verwertungsmöglichkeiten sind der freihändige Verkauf und die private Versteigerung, bei der die Immobilie zum Marktpreis verkauft werden kann.

Das japanische Recht erlaubt es, in den Hypothekenbestellungsvertrag eine Verkaufsvollmacht für den Hypothekengläubiger aufzunehmen; da diese jedoch nachrangige Hypothekengläubiger nicht bindet, müssen diese einem solchen Verkauf zustimmen. Um diese Zustimmung zu erhalten, zahlt der betreibende erstrangige Hypothekengläubiger üblicherweise ein sog. „seal money“ (*hanko-dai*), also einen Preis für die gesiegelte Unterschrift auf der Zustimmungserklärung.

d) Für ausländische Investoren oder Banken gibt es keine Erwerbsbeschränkungen. Jedoch muss hierüber ein Bericht an das Finanzministerium geschickt werden.

Auch ein ausländischer Hypothekengläubiger darf in der Versteigerung mitbieten und die Immobilie ersteigern.

4. *Insolvenz*

Sicherheiten, die innerhalb eines Jahres vor Insolvenzeröffnung bestellt wurden, unterliegen der Insolvenzanfechtung.

Die Rechte des Hypothekengläubigers werden durch die Eröffnung einer Insolvenz über den Immobilieneigentümer grundsätzlich nicht berührt. Dies bedeutet, dass der Hypothekengläubiger die Verwertung der Immobilie außerhalb des Insolvenzverfahrens durchführen kann (abgesonderte Befriedigung).

Allerdings ist es üblich, dass der Hypothekengläubiger es dem Insolvenzverwalter überlässt, die Immobilie freihändig zu verwerten, da dies meist einen höheren Preis als ein Zwangsvollstreckungsverfahren bringt.

Zudem kann das Gericht in Ausnahmefällen die Löschung der Hypothek im Zuge eines freihändigen Verkaufes durch den Insolvenzverwalter anordnen, wenn dies einen höheren Preis als eine Zwangsversteigerung zu erbringen verspricht. In diesem Fall wird der Erlös aus dem freihändigen Verkauf den Hypothekengläubigern rangwahrend und getrennt vom Insolvenzverfahren zugeteilt.

Im Verteilungsverfahren hat der Hypothekengläubiger oberste Priorität, sowohl vor den Verfahrenskosten als auch vor Steuerforderungen, die nach Eintragung der Hypothek fällig werden.

V. ZUSAMMENFASSUNG

- Seit Mitte 2008 hat die japanische FSA ihre Ansicht geändert. Nunmehr kann eine deutsche Pfandbriefbank eine Money-Lender-Lizenz für eine Zweigstelle in Japan erhalten, auch wenn sie in Japan nur Immobilienfinanzierungen tätigen möchte. Eine Banklizenz ist nicht erforderlich.
- Wird ein Immobiliendarlehen durch eine japanische Money-Lender-Gesellschaft an einen japanischen Kunden gegeben, können die Rückzahlungsansprüche aus diesem Darlehen sowie die Kreditsicherheiten dazu in japanische Trusts eingebracht und der daraus resultierende „property loan TBI“ an der Forderung, welche durch das Pfandrecht am TBI an der Immobilie gesichert ist, von der japanischen Money-Lender-Gesellschaft an die deutsche Pfandbriefbank übertragen werden.
- Das japanische Hypotheken- und Immobilienregisterrecht enthält detaillierte Bestimmungen, die zahlreiche Bezüge zum französischen und deutschen Recht haben und daher viele bekannte und europäischen Standards vergleichbare Aspekte aufweisen.

SUMMARY

The contribution deals with the complex legal questions that arise in the context of cross-border financing of real estate located in Japan. In the past, a German Pfandbrief bank planning to engage in real estate finance had to use a branch in Japan that in turn needed a banking license in accordance with the Japanese Banking Act. However, if that subsidiary planned to only engage in real estate finance without offering general banking services the Financial Services Agency (FSA) would not grant such a license. In principle, also a license as money-lender based on the Money-Lender Act would be sufficient for the business of real estate finance. However, a branch of a foreign banking institution was not regarded as suitable for such a license as the Banking Act exclusively regulated its business. This blockade was overcome in October 2008 after the FSA declared that a branch of a German Pfandbrief bank is deemed suitable to apply for a money-lender license.

If a Japanese money-lender corporation has granted a loan to a Japanese customer for financing real estate the claim for repayment of that loan and the underlying collateral can be made part of a trust. The resulting property loan trust beneficiary interest (TBI) can then be transferred by the money-lender corporation to the German Pfandbrief bank without the need of obtaining a banking or money-lender license first.

Furthermore, the article discusses various issues of a high practical interest with respect to the Japanese land register and the role of mortgages in real estate finance. Quite a number of similarities with the pertinent German and French law can be observed in this regard.