

77. Kann der Eigentümer mit Wirksamkeit auch für seine Rechtsnachfolger darauf verzichten, eine Kündigung oder Mahnung des Gläubigers einer Briefhypothek als unwirksam zurückzuweisen, wenn der Gläubiger nicht den Hypothekenbrief und die sein Gläubigerrecht nachweisenden Übertragungsurkunden vorlegt, und darf ein solcher Verzicht in das Grundbuch eingetragen werden?

B.G.B. § 1160 Abs. 2. § 1155.

V. Zivilsenat. Beschl. v. 27. April 1904 in der Grundbuchsache betr. die Grundbuchbl. für die Stadt Leipzig Nr. 3526 u. Beschw. = Rep. V. 127/04.

I. Amtsgericht Leipzig.

II. Landgericht Baselst.

Gründe:

„Auf Grund der Eintragungsbewilligungen der eingetragenen Eigentümerin Frau B. vom 7. Februar und vom 16. Juni 1892 sind für die Rh.-W. Bodenkreditbank in G. in das Grundbuch für die Stadt L. Blatt Nrn. 3526, 3539, 3504, 3511, 3538 fünf Briefhypotheken von 57400 M, 48000 M und dreimal 36000 M nebst Zinsen eingetragen. In allen Eintragungsbewilligungen ist unter den

Rückzahlungsbedingungen die Bestimmung (4) enthalten: „Eine nach den vorstehenden Bestimmungen zulässige Kündigung ist wirksam, auch wenn sie ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs erfolgt ist.“ Die Eintragung dieser Bestimmung ist — unter Hinweis auf den Beschluß des Landgerichts Leipzig vom 17. Januar 1901, mitgeteilt in *Lobes Zentralbl. für die freiw. Gerichtsbarkeit* Bd. 1 S. 696 — von dem Amtsgericht L. abgelehnt, weil der Verzicht des Eigentümers auf die Befugnis des § 1160 Abs. 2 B.G.B. an sich unzulässig und bedeutungslos, und darum auch die Eintragung unzulässig sei. Am 11. Februar 1902 ist im Grundbuch Bl. 3526 die Hypothek von 57400 *M* unter Verweisung auf die Bestimmungen der Eintragungsbewilligung vom 7. Februar 1902, ausgenommen die Bestimmung unter Pos. 4, unter Nr. 5 eingetragen, und in einem späteren Vermerk (Nr. 8) der Ausschluß der Bestimmung 4 der Eintragungsbewilligung vom 7. Februar 1902 wiederholt. Die übrigen Hypotheken sind zunächst unter den in den Eintragungsbewilligungen vom 16. Juni 1902 enthaltenen Bestimmungen eingetragen; später ist dazu aber vermerkt, daß bei der Kündigung die Bestimmungen im Punkt 4 der Eintragungsbewilligung vom 16. Juni 1902 ausgeschlossen bleiben. Gegen die Beschlüsse des Amtsgerichts, wodurch die Eintragung der Bestimmung 4 der Eintragungsbewilligungen durch Bezugnahme abgelehnt ist, hat die Eigentümerin Beschwerde erhoben mit dem Antrag, auf allen fünf Grundbuchblättern einzutragen, daß die Kündigung ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs wirksam sei, indem sie sich auf den Beschluß des preussischen Kammergerichts vom 2. April 1900 (Entsch. in Angel. der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt, Bd. 1 S. 34) berief. Durch Beschluß der II. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig vom 2. Februar 1904 ist die Beschwerde aus den in dem Beschlusse vom 17. Januar 1901 angegebenen Gründen als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat die Eigentümerin weitere Beschwerde unter Wiederholung ihres Beschwerdeantrags eingelegt. Das Oberlandesgericht zu Dresden, welches die weitere Beschwerde für unbegründet erachtet, hält sich durch den bezeichneten Beschluß des Kammergerichts vom 2. April 1900 an der Zurückweisung des Rechtsmittels für behindert und hat die Akten gemäß § 79 Abs. 2 G.B.O. dem Reichsgerichte zur weiteren Verfügung vorgelegt.

Die Beschwerde und die weitere Beschwerde sind zulässig, weil sie sich nicht gegen eine Eintragung, sondern gegen die Ablehnung einer beantragten Eintragung richten (§ 71 G.B.O.). Die Zuständigkeit des Reichsgerichts für die Entscheidung über die weitere Beschwerde ergibt sich daraus, daß das mit der weiteren Beschwerde angegangene Oberlandesgericht Dresden von der bezeichneten Entscheidung des Kammergerichts abweichen will (§ 79 G.B.O.).

Das Kammergericht hat nämlich die Frage:

Kann der Eigentümer mit Wirksamkeit auch für seine Rechtsnachfolger darauf verzichten, eine Kündigung oder Mahnung des Gläubigers einer Briefhypothek als unwirksam zurückzuweisen, wenn der Gläubiger nicht den Hypothekenbrief und die sein Gläubigerrecht nachweisenden Übertragungsurkunden (§ 1155 B.G.B.) vorlegt, und darf ein solcher Verzicht in das Grundbuch eingetragen werden? bejaht, während sie das Oberlandesgericht in Dresden verneinen will. Das Kammergericht unterscheidet, ob eine Hypothek im Sinne des § 1160 Abs. 1 B.G.B. geltend gemacht wird, oder ob nur eine Kündigung oder Mahnung (§ 1160 Abs. 2) vorliegt. Während es die Bestimmung im Abs. 1 der rechtsgeschäftlichen Abänderung für unzugänglich erachtet, weil sie sich aus dem Wesen der Briefhypothek ergebe und deshalb zwingend sei, nimmt sie dies bei der Bestimmung des Abs. 2 nicht an. In den Gründen heißt es: „Es könnte diese Vorschrift (Abs. 2) als eine zwingende nur dann erachtet werden, wenn auch sie mit dem Wesen der Briefhypothek in untrennbarem Zusammenhänge stände. Das ist aber nicht der Fall. Die rechtliche Natur der Briefhypothek erfordert an sich keineswegs, daß auch schon zur rechtswirksamen Kündigung oder Mahnung der Brief und die etwa sonst noch zur Legitimation des Gläubigers erforderlichen Urkunden vorgelegt werden. In der That hat denn auch das Gesetz keineswegs schlechthin die Wirksamkeit der Kündigung oder Mahnung von der Vorlegung der betreffenden Urkunden abhängig gemacht, vielmehr dem Eigentümer nur die Befugnis gegeben, die ohne Vorlegung der Urkunden erfolgende Kündigung oder Mahnung unverzüglich zurückzuweisen. Es ist nach der Bestimmung die ohne Vorlegung der Urkunden erfolgte Kündigung oder Mahnung wirksam, wenn sie nicht unverzüglich zurückgewiesen wird. Das Gesetz selbst gibt deutlich zu erkennen, daß hinsichtlich der Mahnung oder Kündigung die Vorlegung der Urkunden

nicht für derart mit dem Wesen der Briefhypothek im Zusammenhange stehend zu erachten ist, daß auf die Vorlegung nicht wirksam verzichtet werden könnte. Die Auffassung, daß § 1160 Abs. 2 B.G.B. keine zwingende Rechtsnorm enthält, wird auch durch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung bestätigt.“ Dies wird näher ausgeführt, und dann mit dem Satze geschlossen: „Da es sich im § 1160 Abs. 2 um keine zwingende Rechtsnorm handelt, so ist eine abweichende rechtsgeschäftliche Regelung zulässig, und es steht auch nichts im Wege, daß diese Regelung durch Eintragung Wirksamkeit für und gegen Dritte erlangt.“

Die vom Kammergerichte beliebte Unterscheidung bezüglich der Vorschriften des Abs. 1 und Abs. 2 des § 1160 hat in der Theorie und der Praxis fast überall Widerspruch hervorgerufen. Auch das Oberlandesgericht in Dresden ist ihr in dem Übersendungsbeschlusse entgegengetreten. Im übrigen begründet es seine abweichende Ansicht in folgender Weise. Die Vorschriften des Sachenrechts seien zwingender Natur. Die Beteiligten könnten daran nur soweit etwas ändern, als es vom Gesetze nachgelassen sei. Abweichungen von dem im Gesetze festgelegten Inhalte des Rechtes, wie eine solche hier in Frage komme, seien keinesfalls statthaft. Bei der Briefhypothek sei das Recht des Gläubigers in der Weise mit dem Hypothekenbriefe verbunden, daß die Person des jeweiligen Berechtigten sich nicht durch das Grundbuch bzw. durch die Übertragungsurkunden, sondern durch den Besitz des Briefes ausweisen müsse. Folglich müsse der, welcher die Hypothek geltend mache, sein Gläubigerrecht erforderlichenfalls durch Vorlegung des Briefes und, soweit nötig, der Übertragungsurkunden dartun. Dem entsprächen die Vorschriften des § 1160 Abs. 1 und 2. Wenn darin zur Vereinfachung und Erleichterung des Verkehrs nachgelassen sei, daß der Gläubiger bei der gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung der Hypothek abwarten dürfe, ob der Eigentümer die Nichtvorlegung des Briefes und der Übertragungsurkunden rüge, so sei damit zugleich bestimmt, daß der Gläubiger zur wirksamen Weiterverfolgung seines Rechtes Brief und Urkunden vorlegen müsse, sobald es der Eigentümer verlange. Dies gelte für beide Fälle des § 1160. Eine Befreiung des Gläubigers von der Vorlegungspflicht finde nach Abs. 3 des § 1160 nur für die im § 1159 bezeichneten Ansprüche statt. Bei allen anderen Ansprüchen aus der Hypothek müsse der Eigentümer

die Befugnis haben, die Vorlegung der Urkunden von dem vorgeblichen Gläubiger zu verlangen, widrigenfalls er bis zu einem gewissen Grade rechtlos werde. Einen Unterschied zwischen den Fällen des Abs. 1 und des Abs. 2 des § 1160 mache das Gesetz nicht. Lasse man mit dem Kammergerichte im Falle des Abs. 2 den Verzicht und dessen Eintragungsfähigkeit zu, so müsse dies auch für den Fall des Abs. 1 zugegeben werden. Auch ein beachtliches praktisches Bedürfnis verlange die Zulassung des Verzichts nicht, da der Gläubiger sich bei der Ründigung oder Mahnung eines Gerichtsvollziehers oder eines Notars bedienen und sich die Erstattung der dadurch entstehenden Kosten von dem jeweiligen Schuldner ausbedingen könne.

Von den Bearbeitern des Sachenrechts hat sich die Mehrzahl für die Zulässigkeit des Verzichts und seine Eintragungsfähigkeit in beiden Fällen des § 1160 B.G.B. ausgesprochen.

Vgl. Planck, Bd. 3 S. 549 Bem. 6; Biermann, Sachenr. S. 368 flg.; Kober, Sachenr. S. 463 Bem. 2; Fuchs, Grundbchr. Bd. 1 S. 519 Bem. 10; Turnau u. Förster, Liegenschaftsr. Bd. 1 S. 741 Bem. 8; Dernburg, Sachenr. § 214 Nr. 5 S. 629 flg.; Oberneck, Reichsgrundbchr. § 149 Nr. 3b; Zeitschr. d. Notar.-Ver. Bd. 1 S. 151. Das Oberlandesgericht hat sich für seine Ansicht auf Neumann (Handausg. Anm. A 5 zu § 1160), Rosspatt (Jurist. Wochenschr. 1900 S. 598 flg.) und Kreßschmar (Einführ. in das Grundbchr. Bd. 1 S. 277 flg.) berufen.

Das Reichsgericht tritt dem Beschlusse des Kammergerichts im Ergebnisse bei und erachtet deshalb die weitere Beschwerde für begründet.

Unverkennbar stehen die Bestimmungen des § 1160 B.G.B. über die Vorlegungspflicht des Gläubigers nicht nur im Einklange mit der rechtlichen Natur der Briefhypothek, sondern sie folgen notwendig aus anderen das Recht aus der Briefhypothek ausgestaltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Während die Buchhypothek nur im Grundbuche entstehen und bestehen kann (§§ 873. 1154 Abs. 3), führt die Briefhypothek, ist sie einmal durch Eintragung begründet, ihr Dasein außerhalb des Grundbuchs. Daher läßt sich auch die Person des jeweiligen Gläubigers bei der Briefhypothek nicht aus dem Grundbuche feststellen, sondern muß in anderer Weise ermittelt werden. Hierzu dient der Hypothekenbrief. Der Gläubiger erwirbt die Briefhypothek nicht schon durch seine Eintragung im Grundbuche, sondern

erst dadurch, daß ihm der Hypothekenbrief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben oder auf dessen Ermächtigung von dem Grundbuchamt ausgehändigt wird (§ 1117). Auch die Abtretung der Briefhypothek (§ 1154), ihre Belastung mit einem Nießbrauch oder Pfandrechte (§§ 1069, 1274), sowie die Pfändung und Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 830, 837 Z.P.D.) vollziehen sich nicht durch Eintragung in das Grundbuch, sondern erst dadurch, daß der Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes daran durch Übergabe in den Besitz des Hypothekenbriefs gelangt. Der Eigentümer muß deshalb dagegen gesichert sein, daß er nicht aus der Hypothek von jemandem in Anspruch genommen wird, dem, obwohl er als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist, das Gläubigerrecht noch nicht oder nicht mehr zusteht. Es könnte nicht auffallen, wenn die gerichtliche sowohl wie die außergerichtliche Geltendmachung der Briefhypothek von der Vorlegung des Briefes an den Eigentümer abhängig gemacht wäre. Diese Konsequenz war denn auch im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit der Bestimmung im § 1117 gezogen: „Zur Geltendmachung des Rechtes aus der Briefhypothek ist nur derjenige berechtigt, welcher den Hypothekenbrief vorlegt“ u. Dagegen war das gleiche Prinzip in Ansehung der Kündigung und Mahnung des Gläubigers nicht durchgeführt, und eine dem § 1160 Abs. 2 B.G.B. inhaltlich entsprechende Vorschrift im § 1118 vorgeschlagen, weil das berechtigte Interesse des Eigentümers nur erheische, daß er die ohne Vorlegung des Briefes und der Übertragungsurkunden erklärte Kündigung oder Mahnung bei oder unverzüglich nach der Vornahme des Geschäfts zurückweisen könne. Man meinte, es werde ein wenig befriedigendes Ergebnis liefern, wenn die Mahnung oder Kündigung des Gläubigers unwirksam sein solle, weil es dem Eigentümer eine Handhabe böte, die Erklärung des Gläubigers, an deren Rechtsgültigkeit zu zweifeln er keine Veranlassung gehabt, hinterher als unwirksam zu rügen und hierdurch die Rechtsverfolgung des Gläubigers zu erschweren (vgl. Motive Bd. 3 S. 757, 758, 617). Bei der zweiten Lesung hielt man zur Begründung des Anspruchs des Klägers die Vorlegung des Hypothekenbriefs nicht für erforderlich, weil darin eine große Gefahr und Belästigung für den Gläubiger enthalten sei, und änderte deshalb den § 1117 des ersten Entwurfs so ab, wie er im § 1160 Abs. 1 B.G.B. lautet.

Nach dem Wortlaute des § 1160 B.G.B. und seiner Entstehungsgeschichte kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs und eventuell auch der Übertragungsurkunden die Geltendmachung der Hypothek zulässig, und die Kündigung oder Mahnung wirksam ist. Nur wenn der Eigentümer es verlangt, muß der Gläubiger diese Urkunden vorlegen, um nicht mit seiner Klage aus der Hypothek abgewiesen (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 55 S. 224) oder mit seiner Kündigung oder Mahnung zurückgewiesen zu werden. Es ist also in das Belieben des Eigentümers gestellt, ob er die Vorlegung verlangen, oder davon absehen und damit auf seine Befugnis, den Gläubiger zur Vorlegung zu verpflichten, verzichten will. Daß der Eigentümer einen solchen Verzicht nicht schon im voraus für sich und mit bindender Wirkung für seine Rechtsnachfolger sollte erklären können, dafür läßt sich eine gesetzliche Bestimmung nicht anführen, und ist auch ein durchschlagender Grund nicht vorgebracht. Wenn in dem Beschlusse des Landgerichts Leipzig vom 17. Januar 1901, auf welchen in den Beschlüssen des Amtsgerichts und des Landgerichts verwiesen ist, eingewendet wird, der Verzicht sei unwirksam, weil ein genereller Verzicht auf Einreden rechtlich bedeutungslos sei, so ist zu entgegnen, daß hier nicht ein genereller Verzicht auf Einreden, sondern ein Verzicht auf eine einzelne bestimmte Einrede in Frage steht. Es wird darin weiter gesagt, daß nur eine exakte Untersuchung über die juristische Natur des urkundlichen Erfordernisses zu sicherem Ergebnisse führen könne, ob dem § 1160 dispositiver Charakter beizulegen sei, und dann fortgefahren: „Der entscheidende Grund ist, daß dieses Erfordernis als Beweiserfordernis gedacht werden muß, demgemäß zwar es dem Eigentümer überlassen bleibt, ob er auch ohne die genügende urkundliche Liquidität auf seine Gefahr hin die Geltendmachung der Hypothek sich gefallen lassen will, daß aber ein genereller Verzicht auf diese urkundliche Liquidität als ein das publizistische Interesse berührender Beweisvertrag auf Rechtswirksamkeit keinen Anspruch haben kann. Ein solcher Vertrag müßte auch im Prozesse seine Wirksamkeit üben; er würde wider Treu und Glauben verstoßen, indem er, unerachtet berechtigter Zweifel am Gläubigerrecht, dem Eigentümer die Möglichkeit benähme, die Legitimation des Gegners rechtswirksam zu bemängeln. Er würde ihn damit Gefahren und Ausbeutungen aussetzen, deren staatliche

Sanktionierung gegen die guten Sitten verstieße. Daher ist dem Verzicht die Eintragungsfähigkeit zu versagen.“ Allein diese Begründung könnte doch höchstens Anspruch auf Beachtung haben, wenn es sich um die gerichtliche Geltendmachung der Hypothek (Fall des § 1160 Abs. 1) handelt; sie paßt aber nicht auf den Verzicht auf die Vorlegung der Urkunden bei der Kündigung und Mahnung. Denn wenn der Eigentümer infolge seines Verzichts im Rechtsstreite auch die ohne Vorlegung erfolgte Kündigung oder Mahnung als rechtswirksam gelten lassen muß, so bleibt ihm doch unbenommen, nunmehr der Geltendmachung der Hypothek wegen Nichtvorlegung der Urkunden im Prozesse zu widersprechen, wenn er auf diese Befugnis, wie hier, nicht verzichtet hat. Der Grund, daß der Verzicht auf Vorlegung wider Treu und Glauben verstoße und den Eigentümer Gefahren und Ausbeutungen aussetze, büßt aber auch dadurch an Gewicht ein, daß der Eigentümer durch seinen Verzicht nicht in dem Maße, wie in jenem Beschlusse angenommen zu sein scheint, gefährdet und ausgebeutet werden könnte, da ihm trotz des Verzichts der Schutz des § 1144 B.G.B. zur Seite steht, wonach er den Gläubiger nur Zug um Zug gegen Auskhändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden zu befriedigen hat, so daß er gegen ihn benachteiligende Verfügungen, die der Gläubiger nach seiner Befriedigung vornehmen könnte, vollständig gesichert ist.

Wenn hiernach der Verzicht auf Vorlegung der Urkunden bei der Kündigung und Mahnung zulässig erscheinen muß, so folgt daraus noch nicht, daß er sich zur Eintragung in das Grundbuch eignet, um dingliche Wirksamkeit zu erlangen. Denn obligatorische Verpflichtungen sind nur dann eintragungsfähig, wenn ihnen diese Eigenschaft durch das Gesetz beigelegt ist. Im Sachenrechte besteht keine Vertragsfreiheit; die Beteiligten können daher nur solche Eintragungen in das Grundbuch begehren, welche das Gesetz gestattet. Die Eintragung der Kündigungsbedingungen ist aber im § 1115 Abs. 1 B.G.B. zugelassen. Danach können die Bestimmungen, welche zur Bezeichnung der Forderung getroffen sind und nicht bei der Eintragung der Hypothek angegeben werden müssen (Gläubiger, Gelbbetrag der Forderung, Zinssatz, Nebenleistungen), dadurch zur Eintragung gebracht werden, daß im Eintragungsvermerke auf die Eintragungsbewilligung, in der sie

enthalten sind, Bezug genommen wird. Zu den Bestimmungen der Eintragungsbewilligung, deren Eintragung durch Bezugnahme ersetzt werden kann, gehören, worüber kein Zweifel besteht, insbesondere auch die Zahlungsbedingungen, die Zeit, der Ort und die Art der Zahlung und, falls es einer Kündigung bedarf, die Festsetzungen darüber, wie und unter welchen Bedingungen die Kündigung erfolgen soll. Da die Festsetzung der Rückzahlungsbedingungen grundsätzlich der freien Vereinbarung der Beteiligten überlassen ist, so steht ihnen auch frei, die Kündigung und Mahnung so zu regeln, daß der Eigentümer nicht befugt sein soll, die Kündigung oder Mahnung als unwirksam zurückzuweisen, wenn auf sein Verlangen der Gläubiger nicht unverzüglich den Hypothekenbrief und die sonstigen Urkunden vorlegt. Solcher Regelung, die sich als eine Modifikation der Zahlungsbedingungen darstellt, ist das Grundbuch nicht verschlossen. Sie muß daher auf Antrag der Beteiligten eingetragen werden.“