

**Dokumentnummer:** 2wx54\_13  
**letzte Aktualisierung:** 6.6.2013

**OLG Köln**, 19.4.2013 - 2 Wx 54/13

BGB §§ 1141 Abs. 1 S. 1, 1193 Abs. 2 S. 2; FamFG § 38 Abs. 3 S. 3

**Hypothekenfähigkeit des Anspruchs aus abstraktem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis; Vereinbarung über sofortige Fälligkeit einer „abstrakten Verkehrshypothek“**

1. Der Anspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ist ohne weiteres hypothekenfähig (wie OLG Stuttgart NJW 1979, 222, 223 und OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111).
2. Für eine Hypothek, der eine Forderung aus abstraktem Schuldversprechen zugrunde liegt (sog. "abstrakte Verkehrshypothek"), kann die sofortige Fälligkeit vereinbart werden.
3. Dies gilt auch dann, wenn das Schuldversprechen und die Hypothek der Sicherung einer Geldforderung dienen; § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB ist in diesem Fall nicht entsprechend anwendbar.

## Gründe

### I.

Die Beteiligten zu 1. und 2. sind im Grundbuch von ... jeweils zu 1/2-Anteil als Eigentümer des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. Vor Herrn Notar ... erklärten sie am 27.03.2012, der Beteiligten zu 3. einen Betrag in Höhe von 85.000,00 € in der Weise zu schulden, dass das Versprechen die Verpflichtung zur Zahlung dieses Betrages selbstständig begründen soll (§ 780 BGB). Die Forderung ist - auch nach Teillöschung - mit 20 v. H. jährlich vom Ursprungskapital zu verzinsen, wobei das Kapital jederzeit fällig ist und die Zinsen jeweils nachträglich am ersten Werktag des folgenden Kalenderjahres fällig sind (§ 2 Abs. 1 der Urkunde des Notars K. in K1 vom 27.03.2012 - UR-Nr. .../2012). Das Schuldversprechen sichert alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten, auch gesetzlichen Ansprüche der Beteiligten zu 3. gegen die Beteiligten zu 1. und 2., die sie in Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung wegen aller von ihr geförderten Bauvorhaben erwirbt (§ 2 Abs. 2 der Urkunde). In § 3 der Urkunde unterwarfen sich die Beteiligten zu 1. und 2. wegen des oben genannten Schuldversprechens der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen sowie wegen des eingangs genannten Grundbesitzes in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung aus der Hypothek auch gegen den jeweiligen Eigentümer ohne den Nachweis über die Zustellung der Kündigung zulässig sein soll. In § 4 der Urkunde bewilligen und beantragen die Beteiligten zu 1. und 2. die Eintragung einer Buchhypothek „zu den Bedingungen des § 2 Absatz 1 mit dinglicher Unterwerfungsklausel (§ 3)“. Wegen der weiteren Einzelheiten der beurkundeten Erklärungen wird auf die von den Beteiligten zur Akte gereichte Ausfertigung der Urkunde vom 27.03.2012 (Bl. 50 ff. d. A.) Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18.05.2012 beantragte der Notar unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Urkunde vom 27.03.2012 u. a. die Eintragung des bewilligten Grundpfandrechts in das Grundbuch (Bl. 49 d. A.).

Mit Zwischenverfügung vom 18.06.2012 (Bl. 71 ff. d. A.) beanstandete die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes, dass die in der Eintragungsbewilligung getroffene Fälligkeitsregelung gegen die zwingende Vorschrift des § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB verstoße und deshalb nicht eintragungsfähig sei. Zur Behebung des Hindernisses wurde eine Frist bis zum 01.08.2012 gesetzt. Nach fruchtlosem Fristablauf und weiterem Austausch der unterschiedlichen Rechtsstandpunkte zwischen dem Grundbuchamt und der Beteiligten zu 3. zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Hypothek hat das Amtsgericht den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 03.09.2012 zurückgewiesen. Zu den bereits angesprochenen Bedenken aus § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB komme hinzu, dass die vereinbarte sofortige Fälligkeit auch mit § 1193 Abs. 2 BGB nicht in Einklang stehe. Wenn nach dieser Vorschrift schon die Fälligkeit der Sicherungsgrundschuld eine vorherige Kündigung erfordere, könne für die Hypothek nichts anderes gelten.

Gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrages hat die Beteiligte zu 3. mit Schriftsatz ihrer weiteren Verfahrensbevollmächtigten vom 29.01.2013 Beschwerde eingelegt, mit der sie

den Eintragungsantrag weiterverfolgt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 22.02.2013 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

## II.

Die nach Maßgabe der §§ 71, 73 Abs. 2 GBO in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 3. hat auch in der Sache selbst Erfolg. Die im Beschluss des Grundbuchamtes vom 03.09.2012 aufgeführten Gründe stehen der Eintragung des Grundpfandrechts nicht entgegen, auch sonstige Eintragungshindernisse sind nicht ersichtlich.

1. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Art der hypothekarisch gesicherten Forderung die beantragte Eintragung nicht hindert. Denn die Forderung kann auf jedem rechtlichen zulässigen Schuldgrund beruhen (Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1113 Rdn. 16), so dass auch der Anspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis ohne weiteres hypothekenfähig ist (OLG Stuttgart NJW 1979, 222, 223; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2009, § 1113 Rdn. 28 m.w.Nachw.).

2. Die in der Eintragungsbewilligung für die Hypothek getroffene Fälligkeitsregelung verstößt auch nicht gegen § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hängt die Fälligkeit einer durch Hypothek gesicherten Forderung von einer Kündigung ab, so ist nach dieser Vorschrift die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von dem Eigentümer dem Gläubiger erklärt wird. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts folgt hieraus indes nicht, dass die Fälligkeit der Hypothek stets durch eine Kündigung herbeigeführt werden muss. Schon nach dem Wortlaut setzt § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB vielmehr gerade voraus, dass der Sicherungsfall erst nach Kündigung der gesicherten Forderung eintritt (Bamberger/Roth/Rohe, BGB, 3. Auf. 2012, § 1142 Rdn. 3); die Vorschrift nimmt damit lediglich auf ein bereits anderweitig begründetes Kündigungserfordernis Bezug, ohne selbst ein solches zu statuieren. Sofern Kündigungsgründe und -fristen nicht - wie im Regelfall - vertraglich vereinbart worden sind, gelten für die Fälligkeit der Forderung die jeweils maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften (Jauernig/Berger, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1141 Rdn. 5; Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1141 Rdn. 1). In Ermangelung von Sonderregelungen für einzelne Arten von Schuldverhältnissen (wie etwa § 488 Abs. 3 BGB für den Darlehensvertrag) verbleibt es bei der in § 271 Abs. 1 BGB enthaltenen allgemeinen Regel, dass die Forderung sofort fällig ist (vgl. etwa Berger, a. a. O. Rdn. 5). Vor diesem Hintergrund folgen aus § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB keine Bedenken gegen die Annahme, dass die sofortige Fälligkeit der gesicherten Forderung auch als zulässiger Inhalt der Hypothek vereinbart werden kann.

Die tatsächliche Bedeutung des § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB beschränkt sich vielmehr auf den Schutz des Eigentümers in den Fällen, in denen der persönliche Schuldner der Forderung und der Eigentümer des haftenden Grundstücks personenverschieden sind. Kündigt der Gläubiger nur gegenüber dem persönlichen Schuldner, so erfasst diese Kündigung nach § 1141 Abs. 1 S.

1 BGB nur die persönliche Forderung, die Fälligkeit des dinglichen Rechts kann hingegen nur durch eine vom oder gegenüber dem Eigentümer erklärte Kündigung herbeigeführt werden (MünchKomm/Eickmann, BGB, 5. Aufl. 2009, § 1143 Rdn. 3 f.). Damit soll sichergestellt werden, dass der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer von der Kündigung erfährt (vgl. Volmer, MittBayNot 2009, 1, 2). Nur in diesem Sinne ist die Vorschrift zwingendes Recht und sind abweichende Vereinbarungen nicht eintragungsfähig. Auch die vom Amtsgericht in seiner Zwischenverfügung vom 18.06.2012 zum Beleg seiner entgegengesetzten Auffassung zitierte Kommentierung von Eickmann (a. a. O., Rdn. 5) bezieht sich nur auf die vorangehenden, den obigen Ausführungen entsprechenden Aussagen.

2. Das Erfordernis einer Kündigung der hypothekarisch gesicherten Forderung ergibt sich auch nicht aus einer (entsprechenden) Anwendung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB.

Dass in § 1193 BGB für die Grundsuld überhaupt ein besonderes Kündigungserfordernis aufgestellt wird, folgt aus deren abstraktem Charakter. Während sich nämlich bei der Hypothek die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs - abgesehen vom oben behandelten Ausnahmefall des § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB - unmittelbar aus der Fälligkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung ergibt, fehlt es bei der Grundsuld an einer solchen Verknüpfung. Dementsprechend muss die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs gesondert herbeigeführt werden (vgl. Volmer, MittBayNot 2009, 1, 3; Eickmann, a. a. O., § 1193 Rdn. 1). Die entsprechende Regelung enthält § 1193 Abs. 1 BGB, wonach die Grundsuld mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden muss. Auch insoweit sind allerdings gemäß § 1193 Abs. 2 S. 1 BGB abweichende Bestimmungen grundsätzlich möglich; dementsprechend kann - vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen - auch die sofortige Fälligkeit der Grundsuld vereinbart werden (vgl. Bassenge, a. a. O., § 1193 Rdn. 3).

Die angesprochenen Möglichkeiten für eine abweichende Fälligkeitsregelung bestehen allerdings gemäß dem durch das „Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz)“ vom 18.08.2008 (BGBl. I. S. 1666) eingefügten § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB nicht, wenn die Grundsuld zur Sicherung einer Geldforderung dient. Diese Neuregelung beruht auf dem Befund des Gesetzgebers, dass in der Vergangenheit vielfach von der in § 1193 Abs. 2 BGB vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht worden ist und jedenfalls bei Sicherungsgrundschulden Vereinbarungen üblich waren, wonach die Grundsuld sofort fällig sein sollte oder wonach sie sofort und fristlos gekündigt werden konnte. Dies könne den Schuldner in eine schwierige Situation bringen, auf die er nicht eingestellt war. Er gerate zeitlich unter großen Handlungsdruck, obwohl ein zwingendes Erfordernis dafür - auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers - nicht ersichtlich sei. Um dem entgegenzuwirken, ist in den Fällen der Sicherungsgrundschuld im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB n. F. die Fälligkeit zwingend an das Erfordernis einer vorgängigen Kündigung geknüpft worden (vgl. BT-Drucks. 16/9821, S. 17).

Diese Erwägungen des Gesetzgebers treffen auch auf die vorliegende Fallkonstellation zu. Denn durch die gewählte Konstruktion (Sicherung der Forderungen der Beteiligten zu 3. durch ein abstraktes Schuldversprechen und dessen Besicherung durch eine Hypothek) wird eine dingliche Sicherung erreicht, deren Abstraktionsgrad faktisch demjenigen der

Grundschuld nach bisherigem Recht entspricht, ohne dass im Gegenzug für die hier gewählte Art der Sicherung die vom Gesetzgeber durch das Risikobegrenzungs-gesetz geschaffenen Schuldnerschutzvorschriften unmittelbar einschlägig wären. Dies betrifft nicht nur die hier in Rede stehende Frage der Kündigung, sondern insbesondere auch die Möglichkeit des einredefreien Erwerbs durch einen Dritten. Während das Risikobegrenzungs-gesetz für die Sicherungsgrundschuld sogar die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs ausschließt (§ 1192 Abs. 1a S. 1 a.E.), verbleibt es für die Hypothek bei der bisherigen Regelung des § 1157 S. 2 BGB. Die von den Beteiligten gewählte Konstruktion der sogenannten „abstrakten Verkehrshypothek“ vermeidet also einerseits die wesentlichen Nachteile, die sich für den Gläubiger aus der Verknüpfung der Hypothek mit der Forderung ergeben, sie unterliegt andererseits aber nicht den Beschränkungen, die für die Sicherungsgrundschuld nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungs-gesetzes gelten. Nicht zuletzt deshalb wird im Schrifttum damit gerechnet, dass diese Art der Hypothek, welche „die Flexibilität der Grundschuld mit der Verkehrsfähigkeit der Hypothek“ vereint, zum „Grundpfandrecht der Wahl“ aufsteigen könnte (Heinze, AcP 211 (2011), S. 105, 151; ähnlich Staudinger/Wolfsteiner, § 1113 Rdn. 30). Anders gewendet bedeutet dies allerdings für den Schuldner, dass er den aus der Abstraktheit des Grundpfandrechts resultierenden Gefahren ausgesetzt ist, ohne den Schutz zu genießen, den der Gesetzgeber für den Schuldner der Sicherungsgrundschuld in §§ 1192 Abs. 1a, 1193 Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehen hat.

Gleichwohl kommt eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften bereits aus methodischen Gründen nicht in Betracht. Durch den Generalverweis in § 1192 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die vom Hypothekenrecht abweichenden Vorschriften der §§ 1191 ff. BGB nur für die Grundschuld und gerade nicht für die Hypothek gelten sollen. Sofern die durch das Risikobegrenzungs-gesetz geschaffenen Neuregelungen auch für bestimmte Arten der Hypothek gelten sollten, hätten die in den §§ 1192 Abs. 1a, 1193 Abs. 2 S. 2 BGB enthaltenen Regelungen in die §§ 1113 - 1190 BGB eingearbeitet werden können - und müssen -, sie würden dann über § 1192 Abs. 1 BGB ohne weiteres auch für die Sicherungsgrundschuld gelten. Durch die entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften auch auf den hier vorliegenden Fall der abstrakten Verkehrshypothek würde also das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrt; der daraus erkennbare Wille des Gesetzgebers, die Fälligkeit der Hypothek gerade nicht neu zu regeln, bliebe unbeachtet. Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit der Kreditsicherung durch eine Kombination von abstraktem Schuldversprechen und Hypothek auch schon vor Schaffung des Risikobegrenzungs-gesetzes genutzt worden ist (vgl. etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111 ff.). Soweit die vorliegende Problematik im rechtswissenschaftlichen Schrifttum erörtert wird, wird deshalb eine entsprechende Anwendung der zentralen Neuregelung des Risikobegrenzungs-gesetzes, nämlich des § 1192 Abs. 1a BGB, auf Fälle der hier vorliegenden Art ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt (vgl. Habersack, NJW 2008, 3173, 3176; Heinze, AcP 211 (2011), 105, 149; Wolfsteiner, a. a. O., § 1113 Rdn. 30). Für die hier in Rede stehende Vorschrift des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB kann aus den oben dargelegten Gründen nichts anderes gelten.

Hinzu kommt, dass eine analoge Anwendung des § 1193 Abs. 2 BGB auf eine Hypothek in ihren Wirkungen sogar weiter ginge, als dies im unmittelbaren Anwendungsbereich der

Vorschrift der Fall ist. Wie bereits dargelegt, ist nämlich die Fälligkeit der Hypothek grundsätzlich nicht von einer Kündigung anhängig; vielmehr gilt mangels abweichender Vereinbarung oder gesetzlicher Sonderregelung für die hypothekarisch gesicherte Forderung - und damit auch für die Hypothek - § 271 Abs. 1 BGB. Demgegenüber ist bei der Grundschild die Notwendigkeit einer Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten der gesetzlich vorgesehene Regelfall (§ 1193 Abs. 1 BGB). Während also § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB für die Grundschild lediglich eine Abweichung von diesem Regelfall verbietet, würde eine Anwendung auf die Hypothek darüber hinausgehen und ein bisher gesetzlich nicht vorgesehenes Kündigungserfordernis überhaupt erst begründen.

4. Auch im Übrigen bestehen gegen die beantragte Eintragung keine durchgreifenden Bedenken.

Weil die Beteiligten zu 1. und 2. sowohl persönliche Schuldner der mittelbar besicherten Forderungen als auch Grundstückseigentümer sind, ist es - auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei den in der Urkunde vom 27.03.2012 enthaltenen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beteiligten zu 3. handeln dürfte - unbedenklich, dass sie sich formularmäßig nicht nur der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Grundstück, sondern auch der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen in ihr gesamtes Vermögen unterworfen haben (vgl. hierzu ausführlich Heinze, AcP 211 (2011), 105, 117 ff. m.w.Nachw.).

Darüber ist es auch eine Vereinbarung zulässig, wonach auch nach Teillöschung der Hypothek weiterhin Zinsen vom Ursprungskapital zu entrichten sind. Die vereinbarte Fortzahlung von „Zinsen“ auch für den bereits getilgten Teil der Hauptforderung ist dabei als Umwandlung der früheren Zinsforderung in eine Rentenverpflichtung zu bewerten (vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111, 112). In derartigen Fällen ist allerdings bei der konkreten Fassung der Eintragung zu erwägen, ob die für den aufschiebend bedingten Fall einer Teillöschung vereinbarte Nebenleistung von Anfang an klarstellend im Grundbuch verlaubar wird. An einen etwaigen Eintragungsvorschlag ist das Grundbuchamt bei der Formulierung des Eintragungsvermerks nicht gebunden (OLG Düsseldorf, a. a. O.).

Auch wenn das Beschwerdegericht im Fall der Aufhebung einer den Eintragungsantrag zurückweisenden Entscheidung grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden hat (Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 77 Rdn. 25), hat der Senat vor diesem Hintergrund von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache unter Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses ausnahmsweise zur abschließenden Entscheidung an das Grundbuchamt zurückzugeben. Er vermeidet es damit, das pflichtgemäße Ermessen des Grundbuchamtes bei der Formulierung des Grundbucheintrages durch sein eigenes Ermessen zu ersetzen.

5. Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst. Anlass zur Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) besteht nicht.

### III.

Das bisherige Verfahren des Grundbuchamtes gibt dem Senat Anlass, auf folgendes hinzuweisen:

Die Zwischenverfügung ergeht auch im Grundbuchverfahren durch förmlichen Beschluss (vgl. Senat, Beschluss vom 20.01.2010 - 2 Wx 109/09; OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 14). Ein solcher ist gemäß § 38 Abs. 3 S. 2 FamFG zu unterschreiben, wobei die Unterschrift sich unter dem vollständig abgefassten Beschluss befinden muss (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 38 Rdn. 80). Das Unterschriftserfordernis gilt trotz des Wortlauts des § 42 der Grundbuchverordnung auch für eine maschinell erstellte Zwischenverfügung (vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 1167, 1168; OLG Zweibrücken, FGPrax 2003, 249, 250; Demharter, § 18 Rdn. 35).

Zudem ist ein Beschluss gemäß § 38 Abs. 3 S. 3 FamFG durch Übergabe an die Geschäftsstelle oder durch Bekanntgabe durch Verlesen der Beschlussformel zu erlassen. Erst mit dem Erlass wird der Beschluss existent und es wird nach außen erkennbar, dass die Entscheidungsfindung und das Entwurfsstadium überschritten ist (vgl. Meyer-Holz, a. a. O., § 38 Rdn. 88 ff.). Das Datum der Übergabe oder des Verlesens ist auf dem Beschluss zu vermerken.