

**Dokumentnummer:** 2wx21\_11  
**letzte Aktualisierung:** 11.3.2013

## **OLG Naumburg, 15.10.2012 - 2 Wx 21/11**

FamFG §§ 70 Abs. 2, 447, 449; BGB §§ 1170, 1171, 1960, 1961; GG Artt. 14 Abs. 1, 20 Abs. 3, 103 Abs. 3

### **Vorrang der Nachlasspflegschaft vor Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB**

Für ein Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB zum Ausschluss unbekannter Erben einer natürlichen Person als Gläubiger einer Buchgrundschuld besteht ein Rechtsschutzinteresse nur in den Fällen, in denen eine andere, die Gläubigerrechte weniger beeinträchtigende Möglichkeit der Grundbuchbereinigung nicht existiert. Die Einrichtung einer Nachlasspflegschaft, um mit dem Nachlasspfleger eine Einigung über die Löschung der Buchgrundschuld herbeizuführen, ist gegenüber einem solchen Aufgebotsverfahren vorrangig.

## Gründe

A. Der Antragsteller ist Eigentümer der beiden im Grundbuch von N., Blatt 1284, eingetragenen und in der Gemarkung N., Flur 2, Flurstücke 405/0 und 406/0, belegenen Grundstücke zu einer Fläche von insgesamt 935 m<sup>2</sup> (Anschrift: L. Straße 16). Für diese Grundstücke sind in Abteilung III unter lfd. Nr. 1 und 2 zwei brieflose Grundschulden zugunsten eines Meisters H. H. aus N. eingetragen, und zwar eine Grundschuld in Höhe von 7.000 Goldmark (jetzt: 1.789,52 €) nebst Zinsen hieraus seit dem 01.05.1930 und eine Grundschuld in Höhe von 3.000 Reichsmark (jetzt: 766,94 €) nebst Zinsen hieraus seit dem 01.04.1944. Die jeweils letzten hierauf bezogenen Eintragungen im Grundbuch, an denen der Eigentümer der Grundstücke mitgewirkt hat, datieren von 1943 bzw. 1944.

Der Antragsteller erwarb das Eigentum an beiden Grundstücken mit notariellem Kaufvertrag mit Auflassung zu UR Nr. .../94 des Notars O. B. in M. vom 17.01.1994 von dem damals in den USA wohnhaften Hz. H. (geboren am 19.07.1922). Der Verkäufer war Sohn des damals im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragenen Bahnarbeiters R. H. und - vermittelt über die Erbschaft der Ehefrau des R. H., F. H., - auch dessen alleiniger (Nach-)Erbe. Der Verkäufer gab in dem notariellen Kaufvertrag an, dass der Gläubiger der beiden vorgenannten Buchgrundschulden H. H. dessen Bruder gewesen sei. H. H. verstarb am 14.10.1944. Nach Angaben des Verkäufers ist er unverheiratet und kinderlos gewesen und von seinen Eltern R. und F. H. beerbt worden. Der Verkäufer, der s. E. nach durch die Erbfolge nach seinen Eltern auch Inhaber der Rechte aus den o. a. Grundschulden geworden ist, bewilligte und beantragte im notariellen Kaufvertrag mit Auflassung zugleich die Löschung der beiden Grundschulden im Grundbuch (vgl. § 2 Abs. 6 des Vertrags). Eine Löschung der Buchgrundschulden scheiterte wegen Fehlens der Erbnachweise nach H. H.

Der Antragsteller bemühte sich spätestens ab März 2005 durch Korrespondenz mit dem Verkäufer um Beibringung dieser Erbnachweise, jedoch letztlich vergeblich. Im Jahre 2007 brach der Kontakt zum Verkäufer ab. Das vom Antragsteller eingeleitete Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins für den Nachlass des H. H. zugunsten des Verkäufers konnte nicht erfolgreich abgeschlossen werden.

Mit Schriftsatz vom 15.07.2010 hat der Antragsteller beim Amtsgericht Halle hinsichtlich der Rechte aus den beiden o. g. brieflosen Grundschulden die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens beantragt und diesen Antrag im Wesentlichen damit begründet, dass es dem als

Gläubiger auftretenden Hz. H. nicht gelungen sei, seine Berechtigung nachzuweisen, und dass dies einem Unbekanntsein des Gläubigers i. S. von § FAMFG § 449 FamFG gleichstehe.

Mit Verfügung vom 25.11.2010 hat das Amtsgericht Halle den Antragsteller darauf hingewiesen, dass es - unter Aufgabe seiner zuvor geäußerten Rechtsansicht - ebenfalls davon ausgehe, dass der Gläubiger unbekannt sei. Jedoch bestehe für die Durchführung des Aufgebotsverfahrens kein Rechtsschutzbedürfnis, weil zur Löschung eines Buchrechts vorrangig die Bestellung eines Nachlasspflegers und die Leistung an diesen oder aber auch eine Hinterlegung des Ablösungsbetrages in Betracht komme. Hierzu hat sich der

Antragsteller mit Schriftsatz vom 10.01.2011, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, erklärt.

Das Amtsgericht hat mit Beschluss 02.02.2011 den Antrag auf Erlass eines Aufgebots des Gläubigers der beiden Grundschulden zurückgewiesen. Auf die Gründe dieser Entscheidung wird Bezug genommen.

Gegen diese ihm am 07.02.2011 zugestellte Entscheidung hat der Antragsteller mit einem am 07.03.2011 vorab per Fax beim Amtsgericht Halle eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und das Rechtsmittel begründet. Er meint insbesondere, dass die ihm eröffnete Möglichkeit, für den unbekannten Gläubiger einen Nachlasspfleger zu bestellen und die Leistung diesem gegenüber zu erbringen, das Rechtsschutzbedürfnis für seinen Antrag auf Erlass eines Aufgebots nicht entfallen ließe.

B. I. Die Beschwerde ist nach § FAMFG § 58 Abs. FAMFG § 58 Absatz 1 FamFG zulässig, insbesondere ist die nach § FAMFG § 61 Abs. FAMFG § 61 Absatz 1 FamFG notwendige Mindestbeschwerde überschritten. Die Beschwerdefrist des § FAMFG § 63 Abs. FAMFG § 63 Absatz 1 FamFG ist gewahrt worden.

## II.

Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Allerdings sind die materiellrechtlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss des bzw. der Gläubiger der beiden Buchgrundschulden (künftig: der Gläubiger) nach § BGB § 1170 BGB gegeben.

a) Der Senat geht - ebenso wie bereits das Amtsgericht - davon aus, dass der Gläubiger der beiden Buchgrundschulden unbekannt ist.

Unbekannt ist der Gläubiger einer Grundschuld, wenn er dem Eigentümer des Grundstücks der Person nach nicht bekannt ist (vgl. BGH, Beschluss v. 03.03.2004, BGH 2004-03-03 Aktenzeichen IV ZB 38/03, RPfl 2004, 363 - in juris Tz. 7 m. w. N.; Beschluss v. 29.01.2009, 2009-01-29 Aktenzeichen V ZB 140/08, RPfl 2009, 325 - in juris Tz. 8, 14). Dem steht es gleich, wenn die als Gläubiger auftretende Person ihr Recht nicht nachweisen kann (vgl. Bassenge in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 1170 Rn. 2 m. w. N.; Reischl in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 1170 BGB Rn. 8; Geimer in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 449 FamFG Rn. 1).

Im Rahmen der Verhandlungen zum Eigentumserwerb am Grundstück berühmte sich zwar der Verkäufer Hz. H. auch der Inhaberschaft an beiden Buchgrundschulden, einen Nachweis hierfür führte er jedoch nicht. Wie das Grundbuchamt anlässlich der Versagung der Löschung der Buchgrundschulden zutreffend festgestellt hat, fehlte es hierfür an einem Nachweis der (gesetzlichen) Erbfolge nach seinem Onkel H. H., welcher voraussetzte, dass belegt wäre, dass H. H. unverheiratet, kinderlos und ohne eine letztwillige Verfügung verstorben und dass er im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge allein von seinem Bruder R. H., dem Vater des Hz.

H., beerbt worden war. Den weiter gehenden Erbfolgenachweis nach seinem Vater hatte Hz. H. hingegen geführt.

Dem Antragsteller ist weder die vorgenannte Nachweisführung für die Berechtigung des Hz. H. noch die Ermittlung eines (anderen) Gläubigers möglich. Insoweit ist anerkannt, dass ein Unbekanntsein des Gläubigers schon dann anzunehmen ist, wenn angemessene Bemühungen des Grundstückseigentümers nicht dazu führen, den Gläubiger bekannt zu machen bzw. dessen Recht nachzuweisen (vgl. Bassenge und Geimer, jeweils a. a. O.; Zimmermann in: Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 449 Rn. KEIDELKOFAMFG 16 FAMFG § 449 Randnummer 1). Der Antragsteller hat durch Vorlage seines Schriftverkehrs zur Ermittlung des Gläubigers bzw. zur Herbeiführung eines Nachweises der Berechtigung des angeblichen Gläubigers Hz. H. insoweit ernsthafte, aber im Ergebnis erfolglose Bemühungen glaubhaft gemacht.

- b) Die Zehnjahresfrist des § BGB § 1170 Abs. BGB § 1170 Absatz 1 S. 1 BGB ist verstrichen. Als auf die Grundschuld bezogene Eintragungen sind in diesem Zusammenhang lediglich diejenigen Eintragungen anzusehen, an denen der Inhaber der Grundschuld mitgewirkt hat (vgl. Bassenge, a. a. O., Rn. 2 m. w. N.). Dies waren hier nur die ursprünglichen Eintragungen im Jahre 1930 bzw. im Jahre 1944. Sowohl die Erneuerung der Eintragungen auf Antrag des Amtes für offene Vermögensfragen als auch die Übertragung der Daten von Amts wegen im Rahmen der Umtragung des belasteten Grundstücks in ein neu angelegtes Grundbuch berühren den Fristablauf nicht.
- c) Das Gläubigerrecht ist nicht innerhalb einer Zehnjahresfrist vom Grundstückseigentümer in einer zum Neubeginn der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden. Der Antragsteller hat glaubhaft erklärt, dass er selbst kein solches Anerkenntnis abgegeben habe. Er war z. Zt. der Antragstellung bereits seit mehr als zehn Jahren Grundstückseigentümer.

2. Das Amtsgericht hat den Antrag auf Durchführung eines Aufgebotsverfahrens jedoch zu Recht wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen. Der Antragsteller hat kein rechtlich schutzwürdiges Interesse an einem Gläubigerausschluss mittels sog. Tabularersitzung nach § BGB § 1170 BGB, weil für den unbekannten Erben des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers beider Buchgrundschulden eine Nachlasspflegschaft nach §§ BGB § 1960 ff. BGB eingerichtet werden kann und diese verfahrensrechtliche Möglichkeit hier aus verfassungsrechtlichen Gründen Vorrang genießt.

- a) Allerdings lässt sich sowohl den materiellrechtlichen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ BGB § 1170, BGB § 1171 BGB) als auch den verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ FAMFG § 447 bis FAMFG § 453 FamFG) eine Nachrangigkeit der Möglichkeit zum Ausschluss unbekannter Grundschuldgläubiger mittels Tabularersitzung nicht entnehmen.
- b) In der einschlägigen Literatur werden unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, ob bei einer Buchgrundschuld zugunsten einer natürlichen Person, wie hier, ein Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufgebot der unbekannten Erben eines bekannten, aber verstorbenen Gläubigers nach § BGB § 1170 Abs. BGB § 1170 Absatz 1 BGB bestehen kann.

aa) Teilweise wird angenommen, dass bei Vorliegen der materiellrechtlichen Voraussetzungen des § BGB § 1170 Abs. BGB § 1170 Absatz 1 BGB ein Rechtsschutzinteresse stets indiziert sei (vgl. Eickmann in: MüKo-ZPO, §§ 447-453 FamFG Rn. MUEKOZPO FAMFG § 44 Absatz 453 Randnummer 18) und dass das Aufgebotsverfahren zur Ausschließung unbekannter Gläubiger nicht subsidiär gegenüber anderen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Bereinigung des Grundbuchs sei (vgl. auch Wenckstern DNotZ 1993, DNOTZ Jahr 1993 Seite 547 <DNOTZ Jahr 1993 553; insbesondere Fn. 36>). Diese Rechtsmeinung geht zurück auf eine Entscheidung des Kammergerichts (Beschluss v. 25.11.1969, KG 1969-11-25 Aktenzeichen 1 W 7164/69, DNotZ 1970, DNOTZ Jahr 1970 Seite 157), welches zur Begründung seiner Auffassung auf eine Entscheidung des Landgerichts Berlin verwiesen hatte (vgl. KG a. a. O. <160>). Das Landgericht Berlin wiederum hatte in der in Bezug genommenen Entscheidung (Beschluss v. 28.07.1961, 1961-07-28 Aktenzeichen 84 T 187/61, JR 1962, JR Jahr 1962 Seite 143) befunden, dass andere als die drei in § BGB § 1170 Abs. BGB § 1170 Absatz 1 BGB genannten materiellrechtlichen Voraussetzungen nicht verlangt werden dürften; in der Sache ging es darum, ob es für die Begründetheit des Antrags auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens auf die Verhältnisse des Gläubigers ankomme, insbesondere darauf, ob der von Person unbekannte, aber hinsichtlich seines Aufenthaltsortes im Ausland vermutete Hypothekengläubiger derzeit in der Lage sei, seine Rechte im Aufgebotsverfahren geltend zu machen. Die Analyse der Entstehung der vorgenannten Rechtsmeinung zeigt, dass die an ihrem Anfang stehenden Überlegungen, insbesondere die Ablehnung der Annahme eines ungeschriebenen materiellrechtlichen Tatbestandsmerkmals, die an ihrem vorläufigen Ende stehende Schlussfolgerung, wonach im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens keine besonderen Anforderungen gestellt werden dürfen, nicht ohne Weiteres tragen.

bb) Nach anderer Auffassung wird ein Rechtsschutzinteresse an einem Aufgebotsverfahren nach § BGB § 1170 BGB zum Ausschluss unbekannter Erben des Gläubigers einer Buchgrundschuld generell verneint (vgl. Zimmermann, a. a. O., § 449 Rn. 3); eine Ausnahme wird lediglich bei der Eintragung juristischer Personen als Gläubiger in Erwägung gezogen, soweit die juristische Person nicht mehr existiere und für sie auch keine Feststellungen zur Rechtsnachfolge möglich seien. Diese Rechtsansicht wird teilweise darauf gestützt, dass das Unbekanntsein des Gläubigers in diesen Fällen - anders als nach der hier vom Senat vertretenen Auffassung - grundsätzlich nicht dauernd und unbehebbar sei, zum Anderen jedoch darauf, dass der Inhaber eines Grundpfandrechts im Lichte der Art. GG Artikel 14 Abs. GG Artikel 14 Absatz 1, GG Artikel 20 Abs. GG Artikel 14 Absatz 3 und GG Artikel 103 Abs. GG Artikel 14 Absatz 3 GG möglichst zu schützen sei und sein Recht auf Gehör vor Gericht im Aufgebotsverfahren gewährleistet werden müsse (Zimmermann, a. a. O., Rn. 2).

c) Die bisher ergangene Rechtsprechung hat die Rechtsfrage noch nicht abschließend geklärt.

aa) Der Beschluss des 5. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom BGH 29.01.2009 befasst sich mit der Rechtsfrage, ob ein Aufgebotsverfahren nach § BGB § 1170 BGB oder nach § BGB § 1171 BGB erst dann statthaft sei, wenn eine Grundbuchberichtigungs- oder eine andere Klage nicht zum Erfolg geführt habe. Eine solche Nachrangigkeit des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber dem zivilprozessualen Klageverfahren hat der

Bundesgerichtshof ohne nähere Begründung verneint (vgl. a. a. O. - in juris Tz. 9). Diese Entscheidung lässt einen sicheren Rückschluss auf das Verhältnis zwischen einem Aufgebotsverfahren zum Gläubigerausschluss mittels Tabularersitzung und einem Grundbuchverfahren unter Einschaltung eines Nachlasspflegers nicht ohne Weiteres zu.

bb) Der 2. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts hat in seiner vom Antragsteller zitierten Entscheidung (Beschluss v. 01.09.2010, 2010-09-01 Aktenzeichen 2 W 80/10, RPfl 2011, 167 - in juris Tz. 17, 20) lediglich darüber entschieden, dass gegenüber der dort begehrten Durchführung eines Aufgebotsverfahrens mittels Hinterlegung die Grundbuchbereinigung nach Leistung an einen Nachlasspfleger nicht vorrangig sei. Diese Konstellation ist hier jedoch nicht einschlägig, weil beide dort gegenständlichen Verfahrensmöglichkeiten mit einer vermögenswerten Leistung des Grundstückseigentümers zur Grundbuchbereinigung verbunden waren, während der Antragsteller hier die Löschung der Buchgrundschulden ohne eigene geldwerte Leistung anstrebt. Zwar mag bei beiden Fallgestaltungen die Beeinträchtigung des Anspruchs des unbekannten Gläubigers des Grundpfandrechts auf rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren vergleichbar sein, der durch die gerichtliche Entscheidung bewirkte Eingriff in das Eigentumsrecht des Gläubigers nach Art. GG Artikel 14 Abs. GG Artikel 14 Absatz 1 GG ist im Falle eines Aufgebotsverfahrens nach § BGB § 1170 BGB nachhaltiger, denn das Recht erlischt, ohne dass ein Vermögenswert im Zugriffsbereich des Gläubigers verbleibt. Soweit das Kammergericht in seiner o.g. Entscheidung als Hilfsbegründung darauf verwiesen hat, dass die Wirkungen eines Ausschlusssurteils nicht so einschneidend für den Gläubiger seien, weil die persönliche Forderung des Gläubigers gegen den ursprünglichen Eigentümer, welche dem Buchgrundpfandrecht zugrunde liege, bestehen bleibe (vgl. a. a. O., 160 m. w. N.), vermag der Senat dieser Einschätzung nicht zu folgen. Der schuldrechtliche Anspruch wird regelmäßig verjährt sein; seine Geltendmachung wird u.U., wie hier, auch dadurch erschwert sein, dass er sich gegen die unbekannten Erben des ursprünglichen Schuldners richtet.

d) Der erkennende Senat schließt sich in der vorliegenden Konstellation - Vorliegen einer Buchgrundschuld zugunsten einer natürlichen Person als Gläubiger - der letztgenannten Literaturmeinung an. Angesichts der gravierenden Rechtsfolge des Ausschlusssurteils im Aufgebotsverfahren nach § BGB § 1170 BGB, die im vollständigen Verlust des dinglichen Rechts ohne eine geldwerte Kompensationsleistung besteht, ist diese verfahrensrechtliche Möglichkeit der Grundbuchbereinigung auf Fälle zu beschränken, in denen eine andere, die Gläubigerrechte weniger beeinträchtigende Möglichkeit nicht besteht. Die hier bestehende Möglichkeit des Grundstückseigentümers, einen Antrag auf Nachlasspflegschaft nach §§ BGB § 1960, BGB § 1961 BGB zu stellen und nach deren Einrichtung mit dem Nachlasspfleger eine Einigung über die Löschung der beiden Buchgrundschulden herbeizuführen, ist geeignet, den verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen des unbekannten Gläubigers Geltung zu verschaffen. Sie bietet zudem die Chance, dass der Nachlasspfleger aufgrund neuer eigener Bemühungen den unbekannten Erben des Gläubigers ermittelt. Entgegen der Einwendung des Antragstellers führt die vorstehende Rechtsauffassung nicht dazu, dass der Vorschrift des § BGB § 1170 BGB kein Anwendungsbereich verbliebe. Insoweit ist beispielsweise auf Buchgrundschulden zugunsten inzwischen erloschener juristischer Personen oder auf Briefgrundpfandrechte zu verweisen.

3. Aus den vorgenannten Gründen kann hier offen bleiben, ob ein Gläubigerausschluss nach § BGB § 1170 BGB gegenüber einem Aufgebotsverfahren nach § BGB § 1171 BGB mittels Hinterlegung subsidiär ist oder nicht. Der Antragsteller hat sich hier zudem ausdrücklich gegen eine Bereinigung des Grundbuchs durch Aufgebot mittels Hinterlegung des Ablösebetrages entschieden.

### **III.**

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung i. S. von § FAMFG § 70 Abs. FAMFG § 70 Absatz 2 Nr. 1 FamFG hat. Die vom Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde aufgeworfene Rechtsfrage, ob bei Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § BGB § 1170 BGB die Durchführung des Aufgebotsverfahrens für eine Buchgrundschuld subsidiär gegenüber der möglichen Einrichtung einer Nachlasspflegschaft ist oder nicht, ist, wie vorausgeführt, klärungsbedürftig. An der Klärung besteht nicht nur im vorliegenden Fall ein subjektives Interesse des Antragstellers, sondern auch ein abstraktes Interesse der Allgemeinheit, weil ihr Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § KOSTO § 131 Abs. KOSTO § 131 Absatz 1 Nr. 1 KostO.

Die Festsetzung des Kostenwerts des Beschwerdeverfahrens ergibt sich aus §§ 131 Abs. 4 i. V. m. 30 Abs. 1 S. 1 KostO. Der Senat hat seiner Ermessensausübung den Nominalwert der beiden Grundschulden zugrunde gelegt.