

Dokumentnummer: 2w80_10
letzte Aktualisierung: 26.1.2012

OLG Schleswig, 1.9.2010 - 2 W 80/10

BGB §§ 1170, 1171; FamFG §§ 31, 447, 448, 449, 451; ZPO 265, 266

Eigentümerwechsel in Aufgebotsverfahren; Rechtsschutzbedürfnis; unbekannt i. S. v. §§ 1170, 1171 BGB

1. Ein Verfahren über das Aufgebot des Grundpfandgläubigers kann durch den bisherigen Eigentümer des belasteten Grundstücks auch dann zu Ende geführt werden, wenn während des laufenden Verfahrens ein Eigentümerwechsel stattfindet.
2. Für ein Aufgebotsverfahren fehlt nicht schon deshalb das Rechtsschutzbedürfnis, weil - bei Buchrechten - auch andere verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Bereinigung des Grundbuchs eröffnet sind.
3. Der Gläubiger ist auch dann unbekannt im Sinne der §§ 1170, 1171 BGB, wenn nur ein Teil der Erben des eingetragenen Gläubigers bekannt ist und die bekannten Erben nicht auch wirksam die anderen Miterben vertreten können.
4. Der Gläubiger oder einzelne seiner Miterben sind jedoch nur dann unbekannt, wenn sie von Person unbekannt sind und der Antragsteller auch nicht durch ausreichende Nachforschungen die erforderlichen Kenntnisse hätte erlangen können.

Gründe

I.

Die Antragstellerin war bis zum 18. Mai 2010 Eigentümerin des im Grundbuch von (...) Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes. In Abt. III des betroffenen Grundbuchs ist seit dem 6. März 1958 unter der lfd. Nr. 17 eine Buchgrundschuld in Höhe von 3.000,00 DM zu Gunsten des am (...) 1872 geborenen C. S., des Großvaters der im Jahre 1935 geborenen Antragstellerin, eingetragen. Der Grundschatdbetrag war unverzinslich bis zum Tode des Gläubigers und dessen Ehefrau D. S., geboren am (...) 1879.

Die Antragstellerin hat im Hinblick auf eine beabsichtigte Veräußerung des Grundbesitzes mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2009, beim Amtsgericht Lübeck eingegangen am 29. Dezember 2009, das Aufgebotsverfahren zur Ausschließung des Gläubigers beantragt und angeboten, den Grundschatdbetrag zuzüglich Zinsen – unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme – zu hinterlegen. Zur Begründung ihres Antrages hat sie Folgendes vorgetragen und an Eides statt versichert:

Der Gläubiger und seine Ehefrau seien ca. 1960 verstorben und hätten insgesamt sieben Kinder hinterlassen, die um das Jahr 1900 geboren und mittlerweile ebenfalls alle verstorben seien. Bei deren möglichen Rechtsnachfolgern handele es sich um einen Personenkreis von ca. 40 Personen. Davon seien ihr außer ihr selbst und ihrer Schwester nur zwei weitere Personen bekannt, zu denen auch noch weitläufiger Kontakt bestehe. Die Namen und Aufenthaltsorte der anderen Personen seien ihr nicht bekannt und hätten mangels grundlegender Angaben auch nicht ermittelt werden können. Kosten und Zeitaufwand für die Suche ständen im Übrigen in keinem Verhältnis zu den möglichen Erbanteilen. Dokumente wie etwa eine Löschungsbewilligung habe sie im Nachlass ihres Vaters nicht finden können. Keiner der möglichen Erben – bei denen es sich mittlerweile mindestens um Ururenkel handeln müsse – habe sich jemals gemeldet oder sein Erbrecht beansprucht.

Das Amtsgericht hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 15. Februar 2010 darauf hingewiesen, dass die Erben des eingetragenen Gläubigers nicht unbekannt seien. Nach dem Vortrag der Antragstellerin gebe es möglicherweise noch Rechtsnachfolger nach dem Gläubiger. Es sei nicht nachgewiesen worden, dass diese keine Erben nach C. S. geworden seien. Außerdem komme auch die Antragstellerin als Enkelin als mögliche Erbin in Betracht.

Nachdem die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 8. März 2010 an ihrem Standpunkt festgehalten und auf ihr Angebot verwiesen hat, den Grundschatdbetrag nebst Zinsen unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen, hat das Amtsgericht die Antragstellerin mit Schreiben vom 25. März 2010 nochmals um Rücknahme des Antrages gebeten. Die bekannten Erben als Rechtsnachfolger des Gläubigers könnten die erforderlichen Erklärungen im Rahmen der Eigentumsübertragung abgeben. Ferner seien weitere Ermittlungen hinsichtlich der anderen Erben einzuleiten. Der Einwand des Zeit- und Kostenaufwandes könne im Aufgebotsverfahren nicht berücksichtigt werden. Eine Hinterlegung des Grundschatdbetrages nach § 451 FamFG komme nicht in Betracht, da für ein Verfahren nach dieser Vorschrift der Gläubiger unbekannt sein müsse. Der Ehemann der Antragstellerin hat sich daraufhin mit Schreiben vom 1. April 2010 nochmals an das Amtsgericht gewandt und anhand eines Beispiels – einer der Söhne des C. S. sei nach Amerika ausgewandert – ausgeführt, dass die Ermittlung weiterer Erben nicht möglich sei.

Durch Beschluss vom 7. April 2010 hat das Amtsgericht den Antrag vom 15. Dezember 2009 zurückgewiesen und zur Begründung auf die zuvor mitgeteilten Beanstandungen verwiesen. Die Antragstellerin hat gegen den ihr am 12. April 2010 zugestellten Beschluss mit Schriftsatz vom 23. April 2010, beim Amtsgericht eingegangen am 26. April 2010, Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 26. April 2010 nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht Lübeck vorgelegt, das den Vorgang mit Verfügung vom 28. April 2010 an das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht weitergeleitet hat.

Am 18. Mai 2010 ist nunmehr die Stadt R., an die die Antragstellerin das betroffene Grundstück veräußert hat, als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden.

Der Senat hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 13. Juli 2010 Hinweise erteilt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (Bl. 19 f. d. A.). Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 16. August 2010, auf dessen Einzelheiten verwiesen wird, geantwortet (Bl. 23 ff. d. A.). Sie und ihr Ehemann haben die weiteren tatsächlichen Angaben in diesem Schriftsatz an Eides Statt versichert.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss, durch den der Antrag auf Erlass eines Aufgebotes zurückgewiesen worden ist, ist nach §§ 58 ff. FamFG zulässig. Zuständig ist das Oberlandesgericht nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG in der seit dem 1. September 2009 geltenden Fassung. Die Beschwerde ist formgerecht beim Amtsgericht eingereicht worden, so dass es im Ergebnis unschädlich ist, dass der angefochtene Beschluss die nach § 39 FamFG erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung nicht enthält.
2. Die Beschwerde hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat es im Ergebnis zu Recht abgelehnt, das Aufgebot nach Maßgabe der §§ 1171, 1192 BGB, 433 ff., 447 ff., 451 FamFG zu erlassen.

Die Antragstellerin betreibt das Aufgebotsverfahren mit dem Ziel, den Gläubiger der Grundschuld in Abt. III Nr. 17 nach §§ 1171, 1192 BGB mit seinem Recht auszuschließen. Danach kann der unbekannte Gläubiger einer Grundschuld mit seinem Recht ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Grundschuldbetrag für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften für ein derartiges Aufgebotsverfahren ergeben sich insbesondere aus §§ 447, 448, 449, 451 FamFG. Die Voraussetzungen für die beantragte Durchführung des Aufgebotsverfahrens sind hier indes nicht gegeben.

- a. Allerdings ist die Antragstellerin noch als Eigentümerin des belasteten Grundstückes nach § 448 Abs. 1 FamFG antragsberechtigt. Während des Beschwerdeverfahrens ist zwar nunmehr die Stadt R. als neue Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden. Dadurch ist die Antragsberechtigung der Antragstellerin jedoch für das vorliegende Verfahren nicht entfallen.

Im Aufgebotsverfahren sind die Vorschriften der §§ 265, 266 ZPO anzuwenden, so dass im Falle einer Veräußerung des Grundstücks nach Antragstellung der neue Eigentümer das Verfahren übernehmen, aber auch der bisherige Eigentümer das Verfahren zu Ende führen kann (BGH, NJW-RR 2009, 660 ff.; vgl. auch LG Kaiserslautern, Beschluss vom 12. Februar 2008, 1 T 267/07, bei juris). Die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes bezieht sich zwar noch auf die vor dem 1. September 2009 geltende Regelung des Aufgebotsverfahrens in der Zivilprozess-

ordnung. Durch die wörtliche Übernahme der Bestimmung in § 984 ZPO über die Antragsberechtigung im Verfahren zur Ausschließung eines Grundpfandgläubigers in das FamFG (dort § 448) ist es in der Sache indes nicht zu einer Änderung gekommen. Der Bundesgerichtshof hat zur Begründung seiner Entscheidung auch maßgeblich auf materiell-rechtliche Erwägungen abgestellt (vgl. dazu im Einzelnen BGH, a. a. O., juris Rn. 28), die nach der Reform des Verfahrensrechts unverändert gelten.

b. Für den gestellten Antrag fehlt es auch nicht bereits an einem Rechtsschutzbedürfnis.

Zwar wird teilweise vertreten, bei einem Buchrecht fehle das Rechtsschutzbedürfnis für ein Verfahren nach § 1171 BGB. Der Gläubiger des Rechts könne nur der Eingetragene oder dessen Erbe sein, so dass ggf. ein Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB bestellt oder eine Nachlasspflegschaft nach §§ 1960 f. BGB für den unbekannten Erben eingerichtet werden könne und sodann die noch geschuldete Leistung an den Pfleger erbracht werden könne (so Eickmann, in: MünchKommZPO, 2010, §§ 447-453 FamFG, Rn. 18; Zimmermann, in: Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 449 Rn. 3).

Nach anderer Auffassung, der sich der Senat anschließt, ist das Aufgebotsverfahren zur Ausschließung des unbekannten Grundpfandgläubigers dagegen nicht subsidiär gegenüber anderen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Bereinigung des Grundbuchs (KG DNotZ 1970, 157 ff., 158; Wenckstern, DNotZ 1993, 547 ff., 549 Fn. 6; Wolfsteiner, in: Staudinger, 2009, § 1171 BGB Rn. 3; zu den Vorschriften in der vor dem 1. September 2009 geltenden Fassung vgl. auch Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Auflage, § 985 Rn. 1; Weber, in: Wieczorek/Schütze, ZPO und Nebengesetze, 3. Auflage, § 982 Rn. 14).

Eine nur subsidiäre Geltung der Vorschriften über das Aufgebotsverfahren lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die Einrichtung einer Pflegschaft einfacher oder kostengünstiger wäre als die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens. Vielmehr kann neben den gerichtlichen Kosten eine Vergütung für den Pfleger anfallen, wenn nämlich die Pflegschaft berufsmäßig geführt wird. Auch die Interessen des Gläubigers gebieten nicht die Einrichtung einer Pflegschaft an Stelle der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens. Wenn der Grundschuldbetrag für den unbekannten Gläubiger hinterlegt wird (§ 1171 BGB), steht er nicht schlechter, als wenn die Leistung an einen Pfleger erfolgt.

Schließlich entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für ein Verfahren nach § 1171 BGB auch nicht deshalb, weil eine Hinterlegung mit Erfüllungswirkung nach §§ 372, 378 BGB möglich wäre (so aber Eickmann, in: MünchKommZPO, a. a. O., Rn. 18). Zwar führt eine Leistung auf die Grundschuld in entsprechender Anwendung des § 1143 BGB zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld (vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, 69. Auflage, § 1191 Rn. 10, m. w. N.), die dann auf Bewilligung des Eigentümers gelöscht werden kann (vgl. Demharter, GBO, 27. Auflage, § 39 Rn. 19). Dieser Weg ist hier aber jedenfalls deshalb nicht eröffnet, weil die Antragstellerin dem Grundbuchamt nicht allein durch Vorlage eines Hinterlegungsscheins in der Form des § 29 GBO nachweisen könnte, dass Erfüllungswirkung eingetreten und damit eine Eigentümergrundschuld entstanden ist.

Ein Hinterlegungsschein als öffentliche Urkunde könnte nämlich nur den Nachweis dafür liefern, dass der Grundschuldbetrag unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt ist, und dass die Hinterlegungsstelle eine Annahmeverfügung erlassen hat. Dagegen wird damit nicht der Nachweis geführt, dass auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Hinterlegung eingetreten sind. Dafür müssen nämlich auch die Voraussetzungen des § 372 BGB (Annahmeverzug oder unverschuldete Ungewissheit über die Person des Gläubigers) gegeben und nachgewiesen sein (OLG München Rpfleger 2008, 253 f.). Die Voraussetzungen des § 372 BGB können aber viel-

fach – und so auch hier – nicht nach § 29 GBO allein durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Die Antragstellerin ist vielmehr auf das Aufgebotsverfahren angewiesen, in dem sie nach § 449 FamFG glaubhaft zu machen hat, dass der Gläubiger unbekannt ist. Dafür stehen ihr nach § 31 Abs. 1 FamFG alle Beweismittel einschließlich der Versicherung an Eides statt zur Verfügung, welche im Grundbuchverfahren nicht zugelassen sind.

c. Die Antragstellerin hat jedoch nicht nach Maßgabe der §§ 449, 31 Abs. 1 FamFG glaubhaft gemacht, dass der Gläubiger der in Abt. III Nr. 17 des betroffenen Grundbuchs eingetragenen Grundschuld unbekannt ist.

Der Gläubiger ist nur dann „unbekannt“ im Sinne der §§ 1170, 1171 BGB, wenn er von Person unbekannt ist; ein unbekannter Aufenthalt genügt für sich genommen nicht (vgl. nur BGH Rpfleger 2004, 363 f. zu § 1170 BGB; der Begriff „unbekannt“ ist für § 1171 BGB derselbe, vgl. Wolfsteiner, in: Staudinger, a. a. O., § 1171 BGB Rn. 3). Nach diesem Maßstab ist der Gläubiger hier nicht unbekannt.

(1) Das Amtsgericht geht allerdings im Ansatz unzutreffend davon aus, dass der Gläubiger hier bereits deshalb nicht unbekannt sei, weil der Antragstellerin einzelne mögliche Erben des Gläubigers C. S. – einschließlich ihrer eigenen Person – mit Namen und Anschriften bekannt sind.

Die für die Löschung im Grundbuch erforderliche Bewilligung nach § 19 GBO kann nicht durch einzelne Mitglieder der Erbengemeinschaft nach C. S. abgegeben werden. Vielmehr bedarf es der Bewilligung aller Miterben, wenn das betroffene Recht einer Erbengemeinschaft zusteht (Demharter, a. a. O., § 19 Rn. 44). Die Ausschließung einzelner Gesamthandsgläubiger – nur der unbekannten – ist indes nicht möglich (Palandt/Bassenge, a. a. O. § 1170 Rn. 1, § 1171 Rn. 1; Wolfsteiner, in: Staudinger, a. a. O., § 1170 BGB Rn. 14). Damit das Instrument des Aufgebotsverfahrens in solchen Fällen nicht wirkungslos ist, ist es dann zulässig, wenn die bekannten Gläubiger nicht auch für die unbekannten Gläubiger über das Grundpfandrecht verfügen können (Wolfsteiner, a. a. O.). Da die von der Antragstellerin als mögliche Miterben benannten Personen jedenfalls nicht wirksam auch die anderen Miterben vertreten könnten, kann grundsätzlich das Aufgebotsverfahren mit dem Ziel der Ausschließung des Gläubigers (also aller Miterben) durchgeführt werden.

Jedenfalls im vorliegenden Fall ergeben sich auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Interessen der bekannten möglichen Erben ebenfalls gewahrt sein müssen, keine zwingenden Gründe gegen die Durchführung des Aufgebotsverfahrens. Zum einen hat das Amtsgericht die Möglichkeit, das erlassene Aufgebot den bekannten potenziellen Miterben als weiteren Beteiligten des Verfahrens direkt bekannt zu machen (vgl. Zimmermann, in: Keidel, a. a. O., § 435 Rn. 6), damit sie nicht allein auf eine zufällige Kenntnis von der öffentlichen Bekanntmachung angewiesen sind. Zum anderen handelt es sich hier um ein Aufgebotsverfahren nach § 1171 BGB, das durch die Hinterlegung des Grundschuldbetrages einen ebenso guten Schutz des Gläubigers bietet wie die Bestellung eines Pflegers, an den der Grundschuldbetrag geleistet werden könnte (siehe oben). Die Antragstellerin kann also jedenfalls hier auch im Hinblick auf die Interessen des Gläubigers nicht auf andere Möglichkeiten der Grundbuchbereinigung verwiesen werden.

(2) Die Antragstellerin hat jedoch nicht im Sinne der §§ 449, 31 Abs. 1 FamFG glaubhaft gemacht, dass die weiteren Mitglieder der Erbengemeinschaft nach C. S. unbekannt sind.

Dafür genügt es nicht, dass der Antragstellerin persönlich weitere Miterben nicht bekannt sind, wenn sie durch ausreichende Nachforschungen die erforderlichen Kenntnisse hätte erlangen können (vgl. BGH Rpfleger 2004, 363 f., a. A. Wolfsteiner, in: Staudinger, a. a. O., § 1170 Rn.

12). Die Bemühungen, die die Antragstellerin auf die Anfrage des Senats vom 13. Juli 2010 mit Schriftsatz vom 16. August 2010 dargestellt hat, sind jedenfalls unzureichend. Die Antragstellerin hat nicht alle zumutbaren Möglichkeiten zur Feststellung der derzeitigen Mitglieder der Erbengemeinschaft nach C. S. ausgeschöpft.

Der Senat verkennt nicht, dass die Ermittlungen mit einigem Aufwand und Schwierigkeiten verbunden sind, da der im Jahre 1872 geborene Erblasser C. S. bereits vor etwa 50 Jahren verstorben ist und sieben Kinder hinterlassen hat, von denen eines in die USA ausgewandert ist. Auch ist dem Senat bewusst, dass im vorliegenden Fall aufwändige Ermittlungen im Hinblick auf den geringen Grundschuldbetrag einerseits und die große Zahl an Miterben andererseits wirtschaftlich unvernünftig erscheinen mögen. Das Gesetz sieht jedoch nicht aus derartigen Gründen Ausnahmen von dem Grundsatz vor, dass das Unbekanntsein des Gläubigers glaubhaft gemacht werden muss.

Konkrete Ermittlungen hat die Antragstellerin indes nur in der Weise dokumentiert, dass sie die Antwort des Standesamtes R. auf ihre Anfrage, die sie offenbar erst auf den Hinweis des Senats vorgenommen hat, vorgelegt hat. Schon nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin ergeben sich dabei erhebliche weitere Ermittlungsansätze.

Soweit das Standesamt R. für vier der Kinder des C. S. Einträge verzeichnet hat, hätte die Antragstellerin diese weiter verfolgen können und bei den genannten weiteren Standesämtern (O. für die Söhne E. und K. S., L. für den Sohn H. S.) ebenfalls Anfragen vornehmen können. Weiter hätte sie sich an das zuständige Nachlassgericht für den letzten Wohnsitz ihres Großvaters C. S. wenden können, um anhand eines möglichen Nachlassverfahrens weitere Informationen zu erhalten. Dies gilt ferner auch für die Nachlassgerichte der mit bekanntem letztem Wohnsitz verstorbenen Kinder des C. S..

Weiter wären alle Anfragen im Familienkreis – auch gegenüber den bekannten Nachkommen des C. S. im Ausland – und die darauf erhaltenen Antworten zu dokumentieren. Immerhin handelt es sich bei den Kindern des C. S. um die Onkel und Tanten der Antragstellerin und bei deren Kindern um ihre Cousins und Cousinen, also keineswegs um entfernte Verwandtschaft. Es erscheint wenig plausibel, dass der Antragstellerin nichts über den Werdegang dieser relativ nahen Verwandten bekannt sein soll.

Dementsprechend hat die Antragstellerin auch im Beschwerdeverfahren nicht glaubhaft gemacht, dass der Gläubiger der betroffenen Grundschuld unbekannt im Sinne der §§ 1170, 1171 BGB ist. Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

3. Der Ausspruch zu den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO, die Festsetzung des Geschäftswertes auf §§ 131 Abs. 4, 30 KostO.