

**letzte Aktualisierung:** 07.08.2020

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.3.2019 – 3 Wx 204/18

**FamFG §§ 31 Abs. 1, 447 ff., 466 ff., 467 Abs. 2, 468 Nr. 2; BGB §§ 1163, 1164, 1170  
Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung im Aufgebotsverfahren**

1. Veräußern Erben ihr mit einer Darlehensbriefhypothek belastetes Grundstück und vereinbaren sie mit dem Erwerber im Kaufvertrag die Löschung der im Grundbuch eingetragenen Grundstücksbelastungen, so haben die Verkäufer in einem von ihnen nach grundbuchlicher Eintragung des neuen Eigentümers zum Zwecke der Kraftloserklärung des vom Rechtsnachfolger des ursprünglichen Hypothekengläubigers nicht aufgefundenen Hypothekenbriefs geführten Aufgebotsverfahren ihre Antragsberechtigung glaubhaft zu machen (hier: negative Tatsache, dass die Übertragung einer Eigentümerhypothek durch den früheren Eigentümer – Erblasser – nicht erfolgt ist bzw. aus einer vom Grundpfandrechtskläubiger erteilten Löschungsbewilligung für sie ein Antragsrecht in gewillkürter Prozessstandschaft erwachsen ist).
2. Über einen erstmals im Beschwerdeverfahren hilfsweise gestellten Aufgebotsantrag des neuen Grundstückseigentümers kann der Senat als Beschwerdegericht nicht entscheiden.

## Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Wx 204/18

**Datum:** 20.03.2019  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Wx 204/18  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2019:0320.3WX204.18.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Krefeld, 59 II 6/18

**Leitsätze:** FamFG §§ 31 Abs. 1, 38 Abs. 3, 447 ff., 466 ff., 467 Abs. 2, 468 Nr. 2; BGB §§ 952, 1154 Abs. 1, 1163, 1164, 1170

1.

Veräußern Erben ihr mit einer Darlehensbriefhypothek belastetes Grundstück und vereinbaren sie mit dem Erwerber im Kaufvertrag die Löschung der im Grundbuch eingetragenen Grundstücksbelastungen, so haben die Verkäufer in einem von ihnen nach grundbuchlicher Eintragung des neuen Eigentümers zum Zwecke der Kraftloserklärung des vom Rechtsnachfolger des ursprünglichen Hypothekengläubigers nicht aufgefundenen Hypothekenbriefs geführten Aufgebotsverfahren ihre Antragsberechtigung glaubhaft zu machen (hier: negative Tatsache, dass die Übertragung einer Eigentümerhypothek durch den früheren Eigentümer – Erblasser - nicht erfolgt ist bzw.

aus einer vom Grundpfandrechtsgläubiger erteilten Löschungsbewilligung für sie ein Antragsrecht in gewillkürter Prozessstandschaft erwachsen ist).

2.

Über einen erstmals im Beschwerdeverfahren hilfsweise gestellten Aufgebotsantrag des neuen Grundstückseigentümers kann der Senat als Beschwerdegericht nicht entscheiden.

**Tenor:** Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beteiligten zu 1 bis 4.

Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren: 5.000,- €

### Gründe:

1

#### I.

2

Die Beteiligten zu 1 bis 4 sind Erben des am 10. Juli 2017 verstorbenen A.... Dieser war Eigentümer des im Grundbuch von B..., Amtsgericht Krefeld, Blatt 1613, Flur 17, Flurstück 63 eingetragenen Grundbesitzes. In Abteilung III des Grundbuchs wurde am 29. März 1966 unter der laufenden Nummer 2 eine Hypothek in Höhe von 40.000,- DM zugunsten der C... zur Sicherung eines Tilgungsdarlehns eingetragen.

3

Mit notarieller Urkunde vom 05. Oktober 2017 veräußerten die Beteiligten zu 1 bis 4 den oben genannten Grundbesitz an den Beteiligten zu 5. Im Kaufvertrag ist vereinbart, dass die im Grundbuch eingetragenen Grundstücksbelastungen gelöscht werden sollen. Am 28. Mai 2018 wurde der Beteiligte zu 5 als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen und die weiteren in Abteilung III unter den laufenden Nummern 3 bis 6 eingetragenen Grundstücksbelastungen gelöscht.

4

Mit Erklärung vom 30. November 2017 teilte die D... als Rechtsnachfolgerin der C... mit, der Hypothekenbrief zu

5

der in Abteilung III unter der laufenden Nummer 2 eingetragenen Hypothek sei nicht auffindbar. Eine Abtretung oder Pfändung könnte nicht festgestellt werden. Nachforschungen zu sonstigen Verfügungen über den Hypothekenbrief oder den Verbleib der Urkunde seien erfolglos geblieben. Anhaltspunkte, wo der Brief verblieben sein könnte, seien nicht zu erkennen. Sie gehe davon aus, dass die Urkunde verloren gegangen sei.

Jeweils unter dem Datum des 08. Dezember 2017 versicherten die Beteiligten zu 1 bis 4 an Eides statt, in den Unterlagen des Erblassers weder eine Löschungsbewilligung noch den Hypothekenbrief im Original aufgefunden zu haben. Keiner der Beteiligten habe den Brief je gesehen oder Kenntnisse zu dem Vorgang; Angaben dazu, ob dem Erblasser der Brief ausgehändigt worden sei, könnten nicht gemacht werden. Keinem der Beteiligten sei bekannt, dass das Recht ge- oder verpfändet und/oder der Brief einem Dritten übergeben worden sei.

Mit notarieller Urkunde vom 15. Dezember 2017 ergänzten die Beteiligten den Grundstückskaufvertrag vom 05. Oktober 2017 dahin, dass ein Kaufpreisanteil von 5.000,- € auf ein Notaranderkonto gezahlt werden soll, der auszuzahlen ist, wenn sowohl der Ausschließungsbeschluss zum verfahrensgegenständlichen Hypothekenbrief als auch eine Löschungsbewilligung zu einer der weiteren Grundstücksbelastungen vorliege.

Gestützt auf die Erklärung der D... und die eidesstattlichen Versicherungen beantragten die Beteiligten zu 1 bis 4 sodann am 10. Januar 2018 die Durchführung des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs.

Nach Hinweis des Amtsgerichts vom 18. Januar 2018, dass das Antragsrecht nicht glaubhaft gemacht sei, da antragsberechtigt nur derjenige sei, dem das Recht aus der Urkunde zustehe, haben die Beteiligten zu 1 bis 4 eine notariell beurkundete Löschungsbewilligung der D... vom 30. November 2017 eingereicht.

Nach weiterem gerichtlichen Hinweis, dass die Löschungsbewilligung nur vom Rechtsinhaber erteilt werden könnte, haben die Beteiligten zu 1 bis 4 eine weitere Erklärung der D... vom 03. Mai 2018 eingereicht, in welcher diese mitgeteilt hat, im Hinblick auf den langen Zeitraum seit Eintragung der Hypothek, mit welcher seinerzeit üblicherweise Darlehen mit einer Laufzeit von maximal 30 Jahren abgesichert worden seien, lägen mittlerweile keine Kreditunterlagen mehr vor; Forderungen aus der Kreditverbindlichkeit bestünden jedoch nicht mehr. Den Inhalt ihrer bereits am 30. November 2017 abgegebenen Erklärung versicherte die D... am 03. Mai 2018 an Eides statt.

Mit Beschluss vom 02. August 2018 hat das Amtsgericht den Antrag der Beteiligten zu 1 bis 4 zurückgewiesen. Das Antragsrecht sei nicht glaubhaft gemacht. Dass den Beteiligten zu 1 bis 4 selbst das Recht aus dem abhanden gekommenen Hypothekenbrief zustehe, werde schon nicht vorgetragen. Ein Antragsrecht aus gewillkürter Prozessstandschaft bestehe nur, wenn dem Eigentümer des Grundstücks seitens des Berechtigten in Erfüllung der Sicherungsabrede die Löschungsunterlagen übersandt worden seien; ob dies in der Vergangenheit geschehen sei, wüssten weder die Beteiligten zu 1 bis 4 noch die D.... Die von der D... im Jahr 2018 erteilte Löschungsbewilligung begründe kein Antragsrecht, denn wegen der Akzessorietät einer Hypothek mit der zugrunde liegenden Forderung und der hier vorgetragenen Erfüllung der Kreditverbindlichkeiten stehe fest, dass jedenfalls die D... nicht Berechtigte des Rechts sei. Die Beteiligten zu 1 bis 4 müssten das Verfahren gemäß § 1170 BGB durchführen.

Mit ihrer Beschwerde machen die Beteiligten zu 1 bis 4 geltend, aufgrund der Erklärungen der D... und ihrer eigenen eidesstattlichen Versicherungen seien sie in gewillkürter Prozessstandschaft berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen. Hilfsweise stelle auch der Beteiligte zu 5 den Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache mit weiterem Beschluss vom 26. September 2018 dem Oberlandesgericht Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

## II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 02. August 2018 ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig. Die Entscheidung hierüber ist dem Senat aufgrund der vom Amtsgericht mit weiterem Beschluss vom 26. September 2018 erklärten Nichtabhilfe angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG. In der Sache hat sie keinen Erfolg, weil die Voraussetzungen für ein Aufgebotsverfahren gemäß §§ 466 ff. FamFG, 1162 BGB nicht vorliegen.

Der Wirksamkeit der angefochtenen Entscheidung steht nicht entgegen, dass auf ihr – ebenso wenig wie auf dem Nichtabhilfebeschluss – das Datum ihres Erlasses entgegen § 38 Abs. 3 FamFG nicht vermerkt ist. Die Existenz des Erlassvermerks ist keine Voraussetzung der Wirksamkeit, wenn – wie hier – die Übergabe der Entscheidung zum Zwecke der Hinausgabe aus dem internen Geschäftsbetrieb an die Verfahrensbeteiligten feststeht (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 38 Rn. 93; ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. z.B. Beschluss vom 20. Dezember 2017, Az.: I-3 Wx 146/17, veröffentlicht bei juris).

Zu Recht hat das Amtsgericht den Antrag der Beteiligten zu 1 bis 4 auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens mit

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

dem Ziel der Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs zurückgewiesen. Denn die Beteiligten zu 1 bis 4 haben ihre Antragsberechtigung nicht glaubhaft gemacht.

Antragsberechtigt nach § 467 Abs. 2 FamFG ist derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann. Die Antragsberechtigung folgt aus dem materiellen Recht. Antragsberechtigt beim Aufgebot eines Grundpfandrechtsbriefs ist demnach der Inhaber des dinglichen Rechts, gegebenenfalls auch der Eigentümer des Grundstücks, auf den auch das Eigentum am Brief übergeht, § 952 BGB, oder der persönliche Schuldner nach Rechtsübergang, §§ 1163, 1164 BGB (Keidel/Giers, a.a.O., § 467 Rn. 2; BeckOGK/Volmer, Stand: 01. Februar 2019, § 1162 BGB Rn. 24).

Hier war die ursprüngliche Inhaberin der im Grundbuch eingetragenen Hypothek die Rechtsvorgängerin der D....

Die Beteiligten zu 1 bis 4 können in der Folgezeit nur dann Inhaber der Hypothek geworden sein, wenn sie als Erben des damaligen Grundstückseigentümers, des Erblassers, eine Eigentümerhypothek erworben haben. Das könnte vorliegend deshalb zu erwägen sein, weil nach der Erklärung der D... vom 03. Mai 2018 keine Forderungen aus dem Kreditverhältnis, welches durch die verfahrensgegenständliche Hypothek abgesichert worden sei, mehr bestehen. Rechtsfolge der Tilgung der durch die Hypothek abgesicherten Darlehensforderung ist gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB der Übergang der Hypothek auf den damaligen Grundstückseigentümer, sog. Eigentümerhypothek. Dann ist es aber denkbar und angesichts der banküblichen Praxis auch naheliegend, dass die D... bzw. ihre Rechtsvorgängerin in Erfüllung der Sicherungsabrede, die der Bestellung der Hypothek zugrunde gelegen hat, den Hypothekenbrief an den damaligen Grundstückseigentümer zurückgesandt hat. In einer solchen Situation kann dann aber nicht ausgeschlossen werden, dass der vormalige Eigentümer die Hypothek durch Übergabe des Briefs und schriftliche Erklärung an einen anderen, keinem der Beteiligten bzw. der D... bekannten Gläubiger zur Absicherung einer anderen Verbindlichkeit abgetreten hat. Eine Briefhypothek kann nämlich auch ohne Eintragung im Grundbuch rechtswirksam übertragen werden, vgl. § 1154 Abs. 1 BGB (vgl. Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearbeitung 2015, § 1162 Rn. 1; Beschluss des Senats RNotZ 2012, 34 ff.).

Von der negativen Tatsache, nämlich davon, dass dies nicht geschehen ist, hängt die Antragsberechtigung der Beteiligten zu 1 bis 4 ab. Sie müssten demnach glaubhaft machen, dass eine Übertragung der Eigentümerhypothek durch den damaligen Eigentümer, den Erblasser, nicht erfolgt ist, § 468 Nr. 2 FamFG. Dies kann insbesondere durch eidesstattliche Versicherung nach § 31 Abs. 1 FamFG erfolgen. Die eidesstattliche Versicherung stößt jedoch dann auf Schwierigkeiten, wenn der Antragsteller, z.B. der Erbe, keine eigene Kenntnis vom Sachverhalt hat. Mangels eigener Wahrnehmung kann der Erbe dann nicht an Eides statt versichern, was der Eigentümer nach Übergang der Hypothek auf sich selbst „mit seiner Hypothek“ gemacht hat. Der Erbe kann in der Regel also nicht versichern, dass er nach materiellem Recht Gläubiger des Grundpfandrechts ist (Heckel, DNotZ 2017, 348 ff.; Staudinger/Wiegand, a.a.O., § 1162 Rn. 12; vgl. auch Beschluss des Senats RNotZ 2012, 34 ff.; soweit der Senat in seiner Entscheidung vom 13. Dezember 2012, FGPrax 2013, 134 f., in Bezug auf einen Grundschuldbrief eine im Ergebnis abweichende Meinung vertreten hat, gelten die dortigen Erwägungen hier schon deshalb nicht, weil es im vorliegenden Fall um einen Hypothekenbrief geht; zudem hat die letztgenannte Entscheidung des Senats Kritik erfahren und es dürften nach Auffassung des Senats gute Gründe dafür sprechen, die im hiesigen Fall für ausschlaggebend gehaltenen Gründe auch auf den Fall der Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs anzuwenden; s. dazu auch schon Senat FGPrax 2019, 46 f. für den Ausschluss des unbekannten Gläubigers einer Briefgrundschuld).

Auch hier kann aufgrund der Ausführungen der Beteiligten zu 1 bis 4 nicht davon ausgegangen werden, dass sie Gläubiger der verfahrensgegenständlichen Hypothek geworden sind. Sie haben vielmehr ausdrücklich erklärt und das an Eides statt versichert, dass sie den Hypothekenbrief nie gesehen und vom Vorgang keine Kenntnis haben; auch sei ihnen nicht bekannt, ob das Recht ge- oder verpfändet und/oder der Brief einem Dritten übergeben worden sei. Der Geschehensablauf nach Tilgung des Darlehens ist damit offen und ungeklärt; ihre Stellung als Gläubiger der verfahrensgegenständlichen Hypothek haben die Beteiligten zu 1 bis 4 nicht an Eides statt versichert.

Sind danach die Beteiligten zu 1 bis 4 nicht als diejenigen, denen das Recht aus der Urkunde selbst zusteht, antragsberechtigt im Sinne von § 467 Abs. 2 FamFG, bleibt zu erwägen, ob sie in gewillkürter Prozessstandschaft berechtigt sind, das Aufgebot zur Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs zu beantragen.

Antragsberechtigt sind auch die Grundstückseigentümer, denen der Gläubiger eines Grundpfandrechts eine Löschungsbewilligung erteilt hat. In der Überlassung der Löschungsbewilligung durch den Grundpfandrechtsgläubiger liegt das Einverständnis, mit dem Grundpfandrecht nach Belieben zu verfahren, erforderlichenfalls auch das Aufgebotsverfahren zu betreiben (vgl. Senat FGPrax 2013, 134 m.w.N.).

Ein Antragsrecht in gewillkürter Prozessstandschaft setzt danach voraus, dass die Löschungsbewilligung vom Grundpfandrechtsgläubiger erteilt worden ist. Dass aber die D..., auf deren Löschungsbewilligung sich die Beteiligten zu 1 bis 4 zur Begründung ihres Antragsrechts stützen, zum Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung am 30. November 2017 noch Gläubigerin der verfahrensgegenständlichen Hypothek war, ist – wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat – nicht dargetan und an Eides statt versichert. Die D... hat vielmehr am 03. Mai 2018 selbst erklärt, dass keine Verbindlichkeiten aus dem bereits im Jahr 1966 begründeten Kreditverhältnis, als Laufzeiten von maximal 30 Jahren üblich gewesen seien, mehr bestünden. Wurde aber die der Hypothek zugrunde liegende Forderung vom Grundstückseigentümer selbst erfüllt, ist auch die Hypothek auf ihn

übergegangen, § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Sind also die Beteiligten zu 1 bis 4 weder aus eigenem Recht noch in gewillkürter Prozessstandschaft im Sinne von § 467 Abs. 2 FamFG antragsberechtigt, stellt sich die Frage nach den Erfolgsaussichten des vom Beteiligten zu 5 im Beschwerdeverfahren hilfsweise gestellten Aufgebotsantrags. Über diesen kann der Senat als Beschwerdegericht jedoch nicht entscheiden, denn das Amtsgericht hat diesen Antrag bislang nicht beschieden, so dass eine beschwerdefähige Entscheidung insoweit nicht gegeben ist. In der Sache wird jedoch auch sein Antrag ohne Erfolg bleiben, denn der Beteiligte zu 5 ist als Erwerber des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes Rechtsnachfolger der Beteiligten zu 1 bis 4 und wird ebenso wenig wie diese seine Stellung als Gläubiger der verfahrensgegenständlichen Hypothek an Eides statt versichern können. 27

Sind die Beteiligten zu 1 bis 4 als frühere Grundstückseigentümer und der Beteiligte zu 5 als gegenwärtiger Grundstückseigentümer also nicht antragsberechtigt für ein Verfahren gemäß § 466 ff. FamFG, bleibt für sie die Möglichkeit des Verfahrens nach §§ 447 ff. FamFG, 1170 BGB (Aufgebot des unbekannten Gläubigers), worauf das Amtsgericht zutreffend hingewiesen hat (s. dazu auch Senat FGPrax 2019, 46 f.). 28

**III.** 29

Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. 30

Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 61 Abs. 1, 36 Abs. 1, 53 GNotKG und entspricht dem Kaufpreisan teil, der erst dann auszuzahlen ist, wenn ein Ausschließungsbeschluss vorliegt. 31

Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, besteht nicht, § 70 Abs. 2 FamFG. 32

