

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 158803

letzte Aktualisierung: 30. November 2017

BGB § 1162; FamFG §§ 467 Abs. 2, 468

Aufgebotsverfahren bei Briefgrundschuld nach Versterben des Eigentümers

I. Sachverhalt

Mit Kaufvertrag vom 20.2.2017 hat die Verkäuferseite in eingetragener Erbengemeinschaft (Umschreibung auf die Erbengemeinschaft im Dezember 2016) eine Wohnung verkauft.

In Abt. III des Grundbuchs ist eine Briefgrundschuld über 100.000,00 DM für die Bausparkasse AG eingetragen (Bewilligung vom 9.5.1994).

Eine Löschungsbewilligung für die Grundschuld ist von der Bausparkasse mit Schreiben vom 21.10.2005 an die Erblasserin übersandt worden. Nach dem Inhalt dieses Schreibens wurde mit diesem Schreiben auch der Grundschuldbrief übersandt. Eine Abtretung der Grundschuld ist nach einer eidesstattlichen Versicherung der Bausparkasse in diesem Zusammenhang nicht erfolgt.

Der Kaufpreis ist in einem Teilbetrag zur Absicherung der Käuferseite bis zur Löschung des Rechtes auf ein Notar-Anderkonto gezahlt worden.

Die Erbengemeinschaft hat (noch vor Eigentumsumschreibung) das Aufgebotsverfahren in die Wege geleitet.

Die eingetragene Grundschuldgläubigerin, also die Bausparkasse, ist in diesem Verfahren mittlerweile beigetreten.

Im Aufgebotsverfahren ist eine eidesstattliche Versicherung der Erbengemeinschaft vorgelegt worden dahingehend, dass der Grundschuldbrief nicht auffindbar ist und sich im Nachlass (trotz sorgfältiger Suche) nicht hat auffinden lassen.

Weiter ist eine eidesstattliche Versicherung der Bausparkasse bzw. eines Mitarbeiters der Bausparkasse vorgelegt worden, wonach der Grundpfandrechtsbrief sich auch dort nicht befindet und das Grundpfandrecht von der Bausparkasse weder abgetreten noch gepfändet wurde.

Ergänzung:

Das Amtsgericht Oldenburg hält das Aufgebotsverfahren nicht für zulässig. Es beruft sich daraufhin, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Erblasserin die Grundschuld noch zu Lebzeiten abgetreten habe, sodass der Grundschuldbrief nicht verloren gegangen sei. Das AG beruft sich auf eine bisher unveröffentlichte Entscheidung des OLG Oldenburg vom 5.7.2017 (12 W 69/17).

II. Frage

Sind die Bedenken des Amtsgerichts begründet?

III. Zur Rechtslage**1. Statthaftigkeit des Verfahrens zur Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs**

Nach §§ 1162, 1192 BGB besteht die Möglichkeit, einen Grundschuldbrief im Aufgebotsverfahren nach §§ 466 ff. FamFG für kraftlos erklären zu lassen. Folge der Kraftloserklärung ist, dass der Brief nicht mehr zur Löschung des Grundpfandrechts vorgelegt werden muss, sondern die Löschungsbewilligung des Buchgläubigers (§ 19 GBO) nebst Eigentümerzustimmung (§ 27 GBO) und der Ausschließungsbeschluss zur Löschung des Grundpfandrechts ausreichend sind (§ 41 Abs. 2 GBO; vgl. BeckOGK-BGB/Volmer, Stand: 1.11.2017, § 1162 Rn. 41).

2. Antragsberechtigung**a) Verfahrensstandschaft**

Gem. § 467 Abs. 2 FamFG ist nur der **Grundpfandrechtsgläubiger** berechtigt, einen Antrag auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens zur Kraftloserklärung eines Grundpfandrechtsbriefs zu stellen (Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 11. Aufl. 2015, § 467 Rn. 3). Allerdings kann ein Grundstückseigentümer einen solchen Antrag im Rahmen der **gewillkürten Verfahrensstandschaft** stellen, wenn ihm der eingetragene Grundschuldgläubiger eine Löschungsbewilligung ausgehändigt hat. In diesem Fall ist von einer konkludenten Ermächtigung (§ 185 BGB) zur Führung des Verfahrens im eigenen Namen auszugehen. Der Eigentümer hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Aufgebotsverfahrens (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2012 – I-3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100, 102; Beschl. v. 7.5.2013 – I-25 Wx 21/13 Rn. 15 [juris]; OLG München, Beschl. v. 5. 11. 2010 – 34 Wx 117/10, NJW-RR 2011, 594, 595; Beschl. v. 25.7.2017 – 34 Wx 110/17, BeckRS 2017, 118274 Rn. 13; BeckOK-FamFG/Schlögel, Stand: 1.10.2017, § 467 Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Bearb. 2015, § 1162 Rn. 11).

b) Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung

Nach § 468 Nr. 2 FamFG muss der Antragsteller die Antragsberechtigung glaubhaft machen. Fraglich ist, ob der Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung der Umstand entgegensteht, dass das Grundpfandrecht zu Lebzeiten des Erblassers auf eine andere Person übergegangen sein kann und die **Erben des Erblassers** insoweit **keine eidesstattliche Versicherung** (§ 31 Abs. 1 FamFG) abgeben könnten. Diese Frage ist bislang in der Rechtsprechung umstritten bzw. nicht höchstrichterlich geklärt. Dem Grunde

nach muss man zunächst gedanklich zwischen dem Fall der Briefhypothek und der Konstellation der Briefgrundschuld unterscheiden.

c) Briefhypothek

Zur Briefhypothek vertritt die **Rechtsprechung** die Auffassung, dass die Erben ihre Antragsberechtigung nicht hinreichend glaubhaft machen könnten. Sei der Hypothekenbrief an den Erblasser übergeben worden, sei es naheliegend, dass die Hypothek wegen einer Zahlung der gesicherten Forderung zur **Eigentümergrundschuld** geworden sei. Es sei **denkbar**, dass der Erblasser anderweitig über die Grundschuld durch Übergabe des Briefs und privatschriftliche Abtretung verfügt habe (§§ 1154 Abs. 1 S. 1, 1192 Abs. 1 BGB). Die **negative Tatsache** einer solchen Verfügung könnten die **Erben** des Erblassers aber **nicht versichern** (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 7. 2010 - 3 Wx 121/10, RNotZ 2012, 34, 36; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.5.2016 – 4 U 77/15, RNotZ 2016, 463, 466; zust. BeckOK-BGB/Rohe, Stand: 15.6.2017, § 1162 Rn. 2; Heckel, DNotZ 2017, 348, 367).

Stimmen aus der **Literatur** stehen dieser Rechtsprechung ablehnend gegenüber (BeckOGK-BGB/Volmer, § 1162 Rn. 36.1; BeckOK-FamFG/Schlögel, § 467 Rn. 2; i. Erg. auch Heinze, ZNotP 2014, 202, 204). Kritisiert wird dabei vor allem, dass das Nachweismaß zu hoch angesetzt wird und auch eine Versicherung an Eides statt durch die Erben, dass ihnen keine anderweitige Abtretung bekannt ist, für eine Glaubhaftmachung ausreichend sein müsse.

Dieser Kritik wird man im Grundsatz zustimmen müssen. Es gehört gerade zu den typischen Fallkonstellationen des Aufgebotsverfahrens, dass ein Rechtsnachfolger nur eine Erklärung darüber abgeben kann, dass ihm nichts bekannt ist, wonach sein Rechtsvorgänger eine anderweitige Verfügung vorgenommen hat. Eine Glaubhaftmachung nach § 31 FamFG verlangt nicht den vollen Nachweis, sondern nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt der Tatsache.

d) Briefgrundschuld

Hat der Grundschuldgläubiger dem Erblasser den Grundschuldbrief überlassen, ist es nach Auffassung von **Teilen der Rechtsprechung naheliegend**, dass die Grundschuld nach Zahlung auf das Grundpfandrecht gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB zu einer Eigentümergrundschuld des Erblassers geworden ist. Dann sei es denkbar, dass die der Erblasser durch Übergabe des Briefs und schriftliche Erklärung an den unbekanntem Gläubiger abgetreten hat. Die Erben könnten nicht glaubhaft machen, dass eine solche Abtretung unterblieben sei. Demzufolge fehle es so wie im Fall einer Briefhypothek an einer Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung (so OLG Düsseldorf (25. Zs.), Beschl. v. 7.5.2013 – I-25 Wx 21/13 Rn. 15 [juris]; so auch OLG Oldenburg, Beschl. v. 5.7.2017 – 12 W 69/17 [unveröffentlicht]).

Anderer Ansicht ist demgegenüber ein **anderer Teil der Rechtsprechung** sowie die **Literatur**. Sie vertreten die Auffassung, dass der Fall einer Briefgrundschuld anders als der Fall einer Briefhypothek behandelt werden müsse (OLG München, Beschl. v. 25.7.2017 – 34 Wx 110/17, BeckRS 2017, 118274 Rn. 15 ff.; OLG Düsseldorf (3. Zs.), Beschl. v. 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100; aus der Lit. BeckOGK-BGB/Volmer, § 1162 Rn. 36; Heinze, ZNotP 2014, 202, 203; Harders, § 467 Rn. 3). Es bestehe keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Grundschuld außerhalb des Grundbuchs durch den **Erblasser übertragen** worden sei. Eine

Sicherungsgrundschuld werde nicht automatisch zur Eigentümergrundschuld, wenn das Darlehen getilgt worden sei. Üblicherweise erfolgten Zahlungen auf die Forderung, nicht auf die Grundschuld. Deswegen sei nicht davon auszugehen, dass der Erblasser die Grundschuld von der Bank erworben habe. Dann könne er auch nicht über sie anderweitig verfügt haben (OLG München, Beschl. v. 25.7.2017 – 34 Wx 110/17, BeckRS 2017, 118274 Rn. 17; OLG Düsseldorf (3. Zs.), Beschl. v. 13.12.2012 – 3 Wx 247/12, RNotZ 2013, 100).

Diese Auffassung ist überzeugend. Es besteht kein **hinreichender Anhaltspunkt** dafür, dass der Erblasser die Grundschuld von der Bank erworben hat. Aus dem Umstand der Übersendung des Grundschuldbriefs nebst Löschungsbewilligung an den Erblasser lässt sich gerade nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass der Erblasser eine Eigentümergrundschuld erworben hat. Mithin genügt es für eine ausreichende Glaubhaftmachung der Antragsberechtigung, dass dem Erben nichts darüber bekannt ist, dass die Grundschuld an den Erblasser übertragen worden wäre. Die gegenteilige Auffassung in der Rechtsprechung ist zu unreflektiert und verkennt die Unterschiede zwischen Briefhypothek und Briefgrundschuld.

3. Ergebnis

Wir halten es daher entgegen der Auffassung des OLG Oldenburg für möglich, dass ein Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung des Grundschuldbriefs durchgeführt wird.