

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

**Abruf-Nr.:** 114693

**letzte Aktualisierung:** 5. Mai 2014

**In Bezug auf die Anforderungen an die Glaubhaftmachung gemäß § 468 Nr. 2 FamFG vertritt das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 7.5.2013 – I-25 Wx 21/13, 25 Wx 21/13 -, juris) nunmehr eine strengere Ansicht.**

**FamFG §§ 448, 450, 467, 468; BGB §§ 1162, 1170, 1171**

**Aufgebot eines Grundschuldbriefes; Antragsberechtigung des Erben des Grundstückseigentümers; Glaubhaftmachung; Verlust des Grundschuldbriefes; unbekannter Gläubiger; Hinterlegung**

### I. Sachverhalt

Vor Beurkundung eines Kaufvertrages ist der Erbe des vormaligen Grundstückseigentümers im Grundbuch aufgrund entsprechender Erbnachweise als Eigentümer eingetragen worden. Im Grundbuch in Abteilung III lfd. Nr. 1 ist eine Briefgrundschuld für die örtliche Sparkasse eingetragen, die im Rahmen des Kaufvertragsvollzugs gelöscht werden soll, weil die zugrunde liegende Verbindlichkeit getilgt ist. Die Sparkasse hat erklärt, dass sie noch bereits zu Lebzeiten des verstorbenen Erblassers diesem eine Löschungsbewilligung für das Grundpfandrecht und den Grundschuldbrief übersandt habe. Da der Erbe den Brief ebenfalls nicht besitzt und auch im Nachlass des Verstorbenen nicht gefunden hat, veranlasste er die Erteilung einer Zweitschrift der Löschungsbewilligung der Sparkasse. Die Sparkasse versicherte ferner unter Beifügung eines Siegels schriftlich, dass „sich der Grundschuldbrief III Nr. 1 nicht mehr in ihrem Besitz befinde, der Grundschuldbrief von dort weder veräußert, verpfändet oder sonst wie zur freien Verfügung einer dritten Person zugeleitet wurde“. Zudem wird „vorsorglich auf jegliche Ansprüche aus dem Grundschuldbrief verzichtet“.

Der Eigentümer hatte dann an das zuständige Amtsgericht einen Antrag auf Erlass eines Ausschließungsbeschlusses gestellt, in dem er unter Einhaltung der formellen Voraussetzungen der §§ 467, 468 FamFG dargelegt hat, dass „er als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen sei, der Grundschuldbrief des Rechtes III Nr. 1 verloren gegangen sei und es trotz intensiver Suche und Prüfung sämtlicher Unterlagen nicht gelungen sei, den Brief aufzufinden; nähere Kenntnisse seien nicht mehr zu gewinnen“. Außerdem „liegen dem Grundpfandrecht keine Forderungen mehr zugrunde, da diese bereits von dem verstorbenen Voreigentümer beglichen wurden; die Löschungsbewilligung des Gläubigers für das Recht liege auflagenfrei vor“. Kopie der Löschungsbewilligung wurde übersandt. Außerdem erklärte der nunmehrige Eigentümer (Erbe), dass „über die Rechte aus dem Grundpfandrecht seinerseits nicht verfügt worden sei, das Recht insbesondere nicht abgetreten, verpfändet oder sonst mit Rechten Dritter belastet sei und auch insoweit keine Rechte Dritter bekannt seien“. Sodann erbot sich hat der Eigentümer, die Richtigkeit der vorstehenden Angaben an Eides Statt zu versichern und bean-

tragte, den vorstehend näher bezeichneten Grundschuldbrief anzubieten und per Beschluss für kraftlos zu erklären.

Das Amtsgericht trägt vor, der Erbe als jetziger Eigentümer sei gem. § 467 Abs. 2 FamFG nur dann antragsberechtigt, wenn er das Recht aus den Urkunden geltend machen könne. Dies habe er gem. § 468 Ziff. 2 FamFG glaubhaft zu machen. Der Erbe könne diese Berechtigung aber nur von dem verstorbenen Erblasser erworben haben, wenn dieser bis zu seinem Lebensende Berechtigter geblieben sei, da die Gläubigerin ihm die Briefe bereits 1996 übersandt habe. Außerdem müsse der Verlust (ohne Zutun des Briefbesitzers) vorgetragen werden; ein bloßes Nichtauffinden durch den Erben reiche nicht aus. Da der Erbe über den Zeitraum des Eigentums des Voreigentümers keinerlei Angaben machen und erst recht nicht an Eides Statt versichern könne, dass der Erblasser nicht anderweitig über die Rechte aus der Grundschuld verfügt habe, seien die Anträge zurückzuweisen.

## II. Fragen

Ist einem Erben eines Grundstückseigentümers das Verfahren zum Aufgebot eines Grundschuldbriefes (§ 1162 BGB) in Fällen verwehrt ist, in denen der im Grundbuch eingetragene Grundschuldgläubiger bereits dem vormaligen Eigentümer („Erblasser“) noch zu dessen Lebzeiten eine Löschungsbewilligung für das Grundpfandrecht und den Grundpfandrechtsbrief übersandt hat?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Ausschluss unbekannter Gläubiger, § 1170 BGB

Zum Ausschluss unbekannter Gläubiger kommt zunächst ein Aufgebotsverfahren gem. § 1170 BGB i. V. m. §§ 447 f. FamFG in Betracht. Nach **§ 1170 Abs. 1 BGB** kann ein **unbekannter Gläubiger** im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch 10 Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum Neubeginn der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. § 1170 Abs. 1 BGB ist gem. § 1192 Abs. 1 BGB auf die Grundschuld anwendbar (Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1170 Rn. 5).

#### a) Antragsberechtigung, § 448 FamFG

Gem. § 448 Abs. 1 FamFG ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks antragsberechtigt. Somit dürfte vorliegend der Erbe als Grundstückseigentümer antragsberechtigt sein.

#### b) Glaubhaftmachung des unbekanntes Gläubigers, § 449 FamFG

Gem. **§ 449 FamFG** hat der Antragsteller vor der Einleitung des Verfahrens **glaubhaft zu machen, dass der Gläubiger unbekannt** ist. Nach der üblichen Definition ist der Gläubiger unbekannt, wenn der Gläubiger seiner Person nach unbekannt ist oder keine Möglichkeit hat, sein Recht nachzuweisen (Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1170 Rn. 2; Palandt/Bassenge, § 1170 Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2009, § 1170 Rn. 6). Nicht genügen soll dagegen, dass der Gläubiger nur unbekanntes Aufenthaltsort ist (vgl. BGH NJW 2004, 664; MünchKommBGB/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1170 Rn. 2).

Der **BGH** hat mit **Beschluss v. 29.1.2009** (NJW-RR 2009, 660 = DNotZ 2009, 544) die **Voraussetzungen für das Vorliegen eines unbekanntem Gläubigers bei einem Briefgrundpfandrecht** konkretisiert. Er hat dabei wie folgt ausgeführt:

„Deshalb kommt es bei einer Briefhypothek für die Beantwortung der Frage, ob der Gläubiger i. S. v. § 1171 BGB unbekannt ist, nicht auf die Person des im Grundbuch ausgewiesenen Gläubigers, sondern auf denjenigen an, der den Hypothekenbrief besitzt (LG Augsburg MittBayNot 1981, 130 [131]; Krause, in: NK-BGB, 2. Aufl., § 1170 Rn. 4; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, § 1170 Rn. 6; ähnlich für den Gläubiger eines Briefrechts, der sein Recht nicht nachweisen kann: RGZ 67, 95 [99 f.]; Erman/F. Wenzel, BGB, 12. Aufl., § 1170 Rn. 2; Thumm, RGRK, BGB, 12. Aufl., § 1170 Rn. 2; Zöller/Geimer, ZPO, 27. Aufl., § 985 Rn. 1; für den Gläubiger eines solchen Rechts, der den Nachweis trotz Aufforderung nicht führt: LG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1232; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl., § 985 Rn. 1). **Der Gläubiger einer Briefhypothek ist deshalb i. S. v. § 1171 BGB schon unbekannt, wenn sich nicht feststellen lässt, in wessen Händen sich der Hypothekenbrief befindet.**“

(BGH NJW-RR 2009, 660, 661, 662; BeckOK-BGB/Rohe, Stand: 1.3.2011, § 1170 Rn. 5).

Vorliegend ist durch die entsprechende Löschungsbewilligung bzw. die schriftliche Versicherung der Sparkasse sowie durch die Angaben des Antragstellers im Antrag hinreichend glaubhaft gemacht, dass sich der Grundschuldbrief nicht mehr im Besitz der im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechtsgläubigerin und auch nicht im Besitz des derzeitigen Grundstückseigentümers als Rechtsnachfolger des mutmaßlich letzten Besitzers des Grundschuldbriefs befindet. Somit ist diejenige Person unbekannt, die den Grundschuldbrief in Gewahrsam hat. Insoweit reicht es nach den Vorgaben des BGH bereits aus, wenn sich nicht feststellen lässt, in wessen Händen sich der Brief befindet (BGH a. a. O.). Somit dürften auch in Konstellationen, in denen es dem Erben nicht gelingt, einen im Besitz des Erblassers befindlichen Grundschuldbrief aufzufinden, die Voraussetzungen einer Glaubhaftmachung des Merkmals „unbekannter Gläubiger“ i. S. d. § 1170 BGB gegeben sein.

Eine andere Auffassung vertritt in diesem Zusammenhang das KG (Beschl. v. 25.10.2010, 12 W 30/10, zitiert nach juris). Der bekannte Gläubiger einer Briefgrundschuld werde nicht dadurch „unbekannt“ i. S. v. § 1170 BGB, dass der Grundschuldbrief abhandengekommen ist. In einem solchen Fall könne vielmehr ausgeschlossen werden, dass das Recht einem anderen zustehe (KG, zitiert nach juris, Rn. 13). Auch aus der Begründung des BGH-Beschlusses vom 29.1.2009 ergebe sich nichts Abweichendes, da dieser Beschluss einen anderen Sachverhalt betreffe (KG, zitiert nach juris, Rn. 15).

Im Ergebnis überzeugen diese Ausführungen des KG u. E. nicht, da gerade in Fällen eines abhanden gekommenen Grundschuldbriefs nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann, dass sich dieser bei einem neuen Berechtigten befindet.

#### c) **Besondere Glaubhaftmachung i. S. v. § 450 FamFG**

Gem. § 450 Abs. 1 FamFG hat der Antragsteller im Fall des § 1170 BGB vor der Einleitung des Verfahrens auch **glaubhaft zu machen, dass** eine das Aufgebot ausschließende **Anerkennung des Rechts des Gläubigers nicht erfolgt ist**. Gem. § 450 Abs. 3 FamFG genügt zur Glaubhaftmachung in den Fällen der Abs. 1 und 2 die Versicherung des Antragstellers an Eides Statt. In der Literatur wird jedoch darauf hingewiesen, dass das Gericht die Vorlage weiterer Unterlagen vom Antragsteller fordern und auch von Amts wegen selbst ermitteln kann (vgl. § 450 Abs. 3 S. 2 FamFG, vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 450 Rn. 5).

**Fraglich** ist, **wie** die entsprechende **Glaubhaftmachung erfolgen soll, wenn** der jetzige Eigentümer und **Antragsteller noch keine 10-jährige Eigentümerstellung aufzuweisen hat** und es daher für die Frage einer etwaigen Anerkennungshandlung auf die Person des verstorbenen Erblassers ankommt. Insofern ist fraglich, ob eine entsprechende eidesstattliche Versicherung des Antragstellers i. S. v. § 450 Abs. 3 FamFG im Hinblick auf die Eigentumszeiten des Erblassers überhaupt hinreichend sein kann. Im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit Bevollmächtigte eidesstattliche Versicherungen abgeben können, wird in Literatur und Rechtsprechung immer wieder darauf hingewiesen, dass der **Erklärende nur sein eigenes Wissen glaubhaft machen könne** (BayObLGZ 1961, 4, 10; KG OLGZ 1967, 247, 249; Keidel/Sternal, § 32 Rn. 12; Jansen/v. König, FG, 3. Aufl. 2006, § 15 Rn. 85 m. w. N.). In diese Richtung deuten auch die Ausführungen des OLG Düsseldorf (Beschluss v. 6.6.2010, Az.: 1-3 Wx 121/10, S. 6), wenn dort ausgeführt ist:

„Dass diesen inzwischen allesamt verstorbenen Personen der Hypothekenbrief von vorneherein oder wegen zwischenzeitlichen Verlustes nicht zugänglich war, können deren Erben aber aufgrund eigener Wahrnehmung nicht versichern und damit nicht glaubhaft machen.“

(OLG Düsseldorf, S. 5, 6).

Zwar ist durchaus anerkannt, dass **bei Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen** (zumindest soweit sie eidesunmündig sind, vgl. Jansen/v. König, § 15 Rn. 85) der **gesetzliche Vertreter die eidesstattliche Versicherung abgeben** kann (§ 455 Abs. 1 ZPO entsprechend, vgl. Keidel/Sternal, § 32 Rn. 12; Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl. 2011, § 31 Rn. 1). In diesem Zusammenhang wird jedoch zutreffend nach der Art der Beweisfrage differenziert: Grundsätzlich hat der gesetzliche Vertreter die Versicherung abzugeben, insbesondere dort, wo es mehr auf die Versicherung der Unkenntnis der Unrichtigkeit der dort bezeichneten Angaben ankommt (z. B. § 2356 Abs. 2 BGB). Wenn es aber mehr auf eigene Handlungen und Wahrnehmungen des beschränkt Geschäftsfähigen ankommt, kann das Gericht nach seinem Ermessen daneben oder stattdessen gemäß dem Rechtsgedanken des § 455 Abs. 2 ZPO auch dessen eidesstattliche Versicherung verlangen (Jansen/v. König, § 15 Rn. 85 m. w. N.).

Unabhängig davon, wie eine eidesstattliche Versicherung in den Fällen der gesetzlichen Vertretung als Mittel der Glaubhaftmachung zuzulassen ist, dürfte jedoch allgemein festzustellen sein, dass einer eidesstattlichen Versicherung eine ins Gewicht fallende Beweiskraft regelmäßig nur dann zukommen kann, wenn sie sich auf eigene Wahrnehmungen desjenigen bezieht, der sie abgegeben hat (vgl. auch Brinkmann, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 31 Rn. 15 a. E.). Insofern stellt sich gerade in den Konstellationen, in denen es auf eigene Handlungen und Wahrnehmungen des Beteiligten ankommt, die Frage, inwieweit ein Erbe Versicherungen im Hinblick

auf das Tun oder Unterlassen des Erblassers abgeben kann. In diesem Zusammenhang dürfte unstrittig sein, dass die Versicherung, der Erblasser habe dem Versichernden eine bestimmte Tatsache geschildert, zur Glaubhaftmachung der geschilderten Tatsache selbst ungeeignet ist, weil der Versichernde erkennbar keine Gewähr für das Vorliegen der Tatsache übernehmen kann (vgl. KG JR 1953, 307; MünchKommZPO/Ulrici, 3. Aufl. 2010, § 31 FamFG Rn. 7). Somit neigen wir der Auffassung zu, dass es **dem Antragsteller vorliegend nicht möglich ist**, mittels eidesstattlicher Versicherung die **Nichtanerkennung des Rechts des Gläubigers durch den Erblasser i. S. v. § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB glaubhaft zu machen**.

Dieses Zwischenergebnis ist u. E. nach jedoch nicht gleichbedeutend mit der Feststellung, dass eine Glaubhaftmachung dieser Tatsache generell ausscheidet. Vielmehr sind **zur Glaubhaftmachung alle Beweismittel des Freibeweises zugelassen**, u. a. Urkunden, Aussagen präsenster Zeugen, schriftliche Zeugenbekundung aus anderen Verfahren, schriftliche Bestätigung dritter Personen, Gutachten, eidesstattliche Versicherungen Dritter (vgl. Bumiller/Harders, § 31 Rn. 1; MünchKommZPO/Ulrici, § 31 Rn. 6). Als präsenstes **Beweismittel zur Glaubhaftmachung der Nichtanerkennung** des Rechts des Gläubigers kommt die Zweitschrift der **Löschungsbewilligung** der örtlichen Sparkasse in Betracht. Aus dieser geht hervor, dass die ursprüngliche Löschungsbewilligung bereits im Januar 1996 von der Sparkasse unterzeichnet bzw. erstellt wurde. Damit ist miterklärt, dass ihr gegenüber keine Anerkennungshandlung i. S. v. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder Anerkennung in anderer Weise) erfolgt ist, da die durch die Grundschuld zu sichernde Forderung bereits getilgt war.

Dies würde jedoch nur dann zur Glaubhaftmachung i. S. v. § 450 Abs. 1 FamFG hinreichend sein, wenn gleichzeitig für das Gericht überwiegend wahrscheinlich und damit glaubhaft gemacht wäre, dass es sich bei der im Grundbuch eingetragenen **Sparkasse noch immer** um den (berechtigten) **Gläubiger des Grundpfandrechts** handelt. Auch insofern erscheint es u. E. folgerichtig, dass die Sparkasse durch die Erteilung der Zweitschrift der Löschungsbewilligung gleichzeitig miterklärt, dass sie nicht durch einen Verzicht oder eine Abtretung der Grundschuld an den Eigentümer über das Grundpfandrecht verfügt hat. Somit verbleibt es beim **Grundsatz, dass die abstrakte Grundschuld trotz Erfüllung der gesicherten Forderung weiterhin eine Fremgrundschuld bleibt**. Vor diesem Hintergrund wurde dem Erblasser bzw. dem Antragsteller als Erben vor diesem Hintergrund niemals die Rechtsmacht eingeräumt, über das Grundpfandrecht zu verfügen. Somit dürfte aus unserer Sicht die **Gläubigerstellung der Sparkasse hinreichend glaubhaft gemacht** sein, so dass gleichzeitig die besondere Glaubhaftmachung i. S. v. § 450 Abs. 1 FamFG gegeben sein dürfte. Wir weisen jedoch an dieser Stelle nochmals daraufhin, dass wir zu dieser speziellen Problematik weder einschlägige Rechtsprechung noch Literatur nachweisen konnten, so dass die Rechtslage insgesamt als unsicher zu bezeichnen ist.

#### d) **Keine Eintragung in Bezug auf die Grundschuld in den letzten 10 Jahren**

Des Weiteren setzt § 1170 Abs. 1 BGB für die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens voraus, dass seit der letzten sich auf die Hypothek/Grundschuld beziehenden Eintragung in das Grundbuch 10 Jahre verstrichen sind. Diese Voraussetzung kann von uns mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt nicht überprüft werden. Angesichts der Tatsache, dass dem Erblasser bereits im Jahr 1996 die entsprechende Löschungsbewilligung der Sparkasse übersandt worden ist, gehen wir aber davon aus, dass das entsprechende Aufgebotsverfahren hieran nicht scheitern dürfte.



### e) Fazit

Im Ergebnis dürfte es dem derzeitigen Eigentümer als Erben im Ergebnis wohl gelingen, die für die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens i. S. v. § 1170 Abs. 1 BGB erforderlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen. Es ist jedoch nicht abschließend gesichert, dass der BGH seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2009 zu dem Merkmal „unbekannter Gläubiger“ bei Briefgrundpfandrechten auch auf die hier vorliegende Konstellation erstrecken würde, wengleich dies u. E. konsequent wäre. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich ein Gericht auf den Standpunkt stellt, allein die Löschungsbewilligung der Sparkasse sei nicht hinreichend, um die Nichtanerkennung des Eigentümers i. S. v. § 1170 Abs. 1 S. 1 BGB glaubhaft zu machen, sodass ggf. noch eine entsprechende ausdrückliche Erklärung der Sparkasse vonnöten wäre.

## 2. Ausschluss unbekannter Gläubiger durch Hinterlegung

Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass ein unbekannter Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht auch dann ausgeschlossen werden kann, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt (§ 1171 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablauf von 30 Jahren nach der Rechtskraft des Ausschließungsbeschlusses, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet (§ 1171 Abs. 3 BGB). Wie oben dargelegt gehen wir jedoch davon aus, dass vorliegend die Voraussetzungen eines Aufgebotsverfahrens gem. §§ 447-450 FamFG erfüllt sind, so dass eine Hinterlegung vorliegend wohl nicht erforderlich wäre.

## 3. Aufgebot des Grundschuldbriefes, § 1162 BGB

Schließlich kann ein Hypothekenbrief gem. § 1662 BGB im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden, wenn dieser abhanden gekommen oder vernichtet ist. Auf den Grundschuldbrief findet diese Vorschrift entsprechende Anwendung. Die §§ 467, 468 FamFG enthalten sodann die Regelungen bezüglich die Durchführung eines derartigen Aufgebotsverfahrens.

### a) Antragsberechtigung, § 467 FamFG

Antragsberechtigt ist gem. § 467 Abs. 2 FamFG verfahrensrechtlich derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann. Dies ist mit Blick auf Grundpfandrechtsbriefe grundsätzlich der Inhaber des dinglichen Rechts, regelmäßig also der Grundschuldgläubiger. Der Eigentümer ist demgegenüber unmittelbar dann antragsberechtigt, wenn die Hypothek bzw. Grundschuld ihm als Eigentümergrundpfandrecht zusteht. Vor Geltung des FamFG war jedoch anerkannt, dass der **Grundstückseigentümer eine eigene Befugnis zum Aufgebot des Grundpfandrechtsbriefes auch von dem Grundpfandrechtsgläubiger ableiten konnte**. Da er insoweit ein fremdes Recht (das des Grundschuldgläubigers) im eigenen Namen geltend machte, wurden die allgemeinen **Grundsätze zur gewillkürten Prozessstandschaft** herangezogen (statt aller: Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2009, § 1162 Rn. 7 m. zahlr. w. N.). Durch die Überführung des Aufgebotsverfahrens aus der ZPO in das FamFG ist es insoweit nicht zu einer Rechtsänderung gekommen. So hat das OLG München (FGPrax 2011, 47; ebenso KG, Beschl. v. 25.10.2010, 12 W 30/10, zitiert nach juris, Rn. 20) entschieden:

- „1. Auch in dem nun der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordneten Aufgebotsverfahren kann der Grundstückseigentümer in gewillkürter Verfahrensstandschaft das Aufgebotsverfahren betreiben, wenn ihm der Grundschuldgläubiger den Grundschuldbrief nebst grundbuchtauglicher Löschungsbewilligung überlassen hat.
2. (...).“

Soweit die Kommentarliteratur nicht bereits vor der Entscheidung des OLG München die Fortführung der bislang anerkannten Grundsätze im FamFG-Verfahren anerkannt hatte (Nachweise bei OLG München FGPrax 2011, 47), folgt sie – soweit ersichtlich – einhellig der durch das OLG München bekräftigten Fortführung der zum ZPO-Verfahren entwickelten Grundsätze (Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl. 2011, § 467 Rn. 3; BeckOK-FamFG/Schlögel, Stand: 1.8.2011, § 467 Rn. 2 m. w. N.).

Vorliegend wurden dem früheren Eigentümer und Erblasser durch die örtliche Sparkasse sowohl der Grundschuldbrief als auch eine entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt. Im Vorfeld der Kaufvertragsbeurkundung wurde dem Erben als jetzigen Grundstückseigentümer eine Zweitschrift der Löschungsbewilligung ausgehändigt. Hieraus folgt seine Befugnis, ein Aufgebotsverfahren wegen Abhandenkommens des Briefes im eigenen Namen durchzuführen. Hinsichtlich der vorstehenden Berechtigung der Sparkasse verweisen wir auf die oben stehenden Ausführungen.

#### b) **Glaubhaftmachung des Briefverlustes, § 468 Nr. 2 FamFG**

Gem. § 468 Nr. 2 FamFG hat der Antragsteller zu Begründung des Antrags den **Verlust der Urkunde glaubhaft zu machen**. Abhanden gekommen i. S. v. § 1162 BGB ist der Grundschuldbrief dann, wenn der unmittelbare Besitz an der Urkunde unfreiwillig verloren wurde. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn der Inhaber – obwohl der Verbleib der Urkunde bekannt ist – nicht mehr auf sie zugreifen kann, auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung. Dies ist etwa bei einem Besitzer mit unbekanntem Aufenthalt der Fall (vgl. Bumiller/Harders, Vor § 466 FamFG Rn. 3; Keidel/Giers, § 466 Rn. 11 jew. m. w. N.; vgl. auch OLG Stuttgart NJW 1955, 1154, 1155; LG Koblenz NJW 1955, 506).

Welche **Anforderungen an eine Glaubhaftmachung i. S. v. § 468 Nr. 2 FamFG** zu stellen sind, lässt sich der uns zugänglichen Rechtsprechung bzw. Literatur nur sehr rudimentär entnehmen. Fast ausschließlich beschränken sich die einschlägigen Kommentierungen darauf, den Gesetzeswortlaut wiederzugeben. Zum Teil wird formuliert die **„tatsächlichen Umstände zum Abhandenkommen“ seien glaubhaft zu machen** (Bassenge/Roth/Walter, FamFG/RpflG, 12. Aufl. 2009, § 468 Rn. 3). Ähnliches gilt für die Forderung, es müssten die tatsächlichen Umstände angegeben werden, die zu dem Abhandenkommen geführt haben (Holzer, FamFG, 2011, § 468 Rn. 3).

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, inwieweit es einem Erben des Grundstückseigentümers überhaupt möglich ist, das Abhandenkommen eines Grundschuldbriefes glaubhaft zu machen, wenn der entsprechende Grundschuldbrief durch den Gläubiger bereits zu Lebzeiten des Erblassers noch an diesen ausgehändigt worden ist. Findet der Erbe in diesen Konstellationen den Grundschuldbrief im Nachlass nicht vor und hat er auch darüber hinaus keine weitergehenden Informationen über den Verbleib des Grundschuldbriefes – was vielfach der Fall sein wird – so ist es ihm in der Tat nicht möglich,



Angaben zu den Umständen des Abhandenkommens des Briefes zu machen. Möglicherweise ist daraus zwingend zu folgern, dass dem Erben eine Glaubhaftmachung in keinem Fall möglich ist.

Hinsichtlich des Beweismittels der eidesstattlichen Versicherung besteht das bereits oben (Ziff. 1. c)) dargestellte Problem, inwieweit der Erbe Tatsachen versichern kann, die noch zu Lebzeiten des Erblassers eingetreten sind. Somit erscheint fraglich, ob derartigen Versicherungen des Erben überhaupt ein Beweiswert i. S. v. § 31 FamFG zukommt. Der uns zugänglichen **Rechtsprechung bzw. Literatur** sind in diesem Zusammenhang ebenfalls **keine unmittelbar einschlägigen Stellungnahmen zu entnehmen**. Uns ist insofern lediglich der Beschluss des KG Berlin v. 20.5.2008 (1 VA 7/06, zitiert nach juris) aufgefallen, in dem das Gericht die Tendenz erkennen lässt, dass es ein Antragsteller als Rechtsnachfolger des eingetragenen Gläubigers generell schwer habe, anhand der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen das Abhandenkommen oder die Vernichtung der Hypothekenbriefe als Voraussetzung eines Aufgebots nach § 1162 BGB glaubhaft zu machen (vgl. KG Berlin, Rn. 16). In eine ähnliche Richtung gehen die Ausführungen des OLG Düsseldorf in seinem Beschluss v. 6.7.2010, wengleich diese Feststellungen nicht im Rahmen der Frage der Glaubhaftmachung des Abhandenkommens, sondern im Zusammenhang mit der Prüfung der Antragsberechtigung gem. § 467 FamFG erfolgten. Dagegen ist es im Rahmen der erforderlichen Glaubhaftmachung der Voraussetzungen für die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 733 ZPO) anerkannt, dass „dem Gläubiger beim Verlust des Titels nicht der – praktisch kaum zu führende – Nachweis abverlangt werden“ kann, er somit die Umstände des Abhandenkommens nicht darlegen müsse (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 1271, 1272; Schuschke, in: Schuschke/Walter, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011, § 733 Rn. 4; großzügig auch OLG Saarbrücken OLGR 07, 837). Somit genügt in der Regel die anwaltliche Versicherung, wenn nicht der Einzelfall weitere Nachweise gebietet (OLG Saarbrücken OLGR 07, 837; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl. 2011, § 733 Rn. 12). Insofern ist es dann Sache des Schuldners, in diesem Sinne konkrete gegenteilige Umstände darzulegen (Schuschke, in: Schuschke/Walter, § 733 Rn. 4).

Vor diesem Hintergrund muss u. E. auch im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung des Abhandenkommens i. S. v. § 468 Nr. 2 FamFG berücksichtigt werden, dass an die Obliegenheiten der Erben keine höheren Anforderungen gestellt werden dürfen, als an eine etwaige Glaubhaftmachung des Erblassers. Insofern erscheint es **zweifelhaft, ob es einem Antragsteller i. S. v. § 467 FamFG immer** – wie von Teilen der Literatur vorausgesetzt – **möglich sein wird, tatsächliche Umstände zum Abhandenkommen vorzutragen**. Vielmehr wird es in der Praxis **regelmäßig** der Fall sein, dass **Grundschuldbriefe** entweder beim Gläubiger oder beim Eigentümer **schlicht nicht auffindbar** sind, ohne dass der entsprechende Antragsteller die konkreten Umstände des Abhandenkommens des Briefes erläutern könnte. So dürfte es in der Praxis auch der Regelfall sein, dass Grundschuldbriefe in umfangreichen Unterlagensammlungen schlicht nicht mehr auffindbar sind bzw. der Antragsteller sich an den genauen Verwahrungsort nicht mehr zutreffend erinnert. Vor diesem Hintergrund müsste es aus Praktikabilitätsgründen ausreichend sein, Tatsachen vorzutragen, aus denen hervorgeht, dass weder die örtliche Sparkasse als Gläubiger der Grundschuld über den Brief verfügt bzw. Informationen über den Verbleib des Briefes hat, noch die Erben als jetzige Eigentümer des belasteten Grundstücks und Rechtsnachfolger des mutmaßlich letzten Besitzers des Grundschuldbriefes (nach entsprechend erfolgloser Suche) Angaben über den Verbleib desselben machen können. In diese Richtung gehen auch die in der Literatur veröffentlichten Musteraufgebotsanträge:

„(...) Ausweislich der Grundschuldbestellungsurkunde sollte der Grundschuldbrief an den Notar ausgehändigt werden. Ob dies geschehen ist bzw. wem sonst der Grundschuldbrief ausgehändigt ist, können die Eigentümer heute nicht mehr nachvollziehen. (...)“

(T. Krause, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 2010, § 1162, Muster 849).

Gerade bei Grundpfandrechten, die üblicherweise Drittverbindlichkeiten sichern, die über Jahre und Jahrzehnte zurückgeführt werden und bei denen auch nach vollständiger Rückzahlung der gesicherten Forderung die eingetragene Grundschuld regelmäßig noch über einen sehr langen Zeitraum im Grundbuch eingetragen bleibt, dürften Gläubiger bzw. Eigentümer häufig nicht in der Lage sein, über den Verbleib eines Grundschuldbriefes nähere Angaben zu machen. Kann aber in diesen Fällen im Hinblick auf die positiv ausgefallene Prüfung der Antragsberechtigung ausgeschlossen werden, dass das entsprechende Briefgrundpfandrecht in die Hände eines Dritten gelangt ist, dürfen u. E. **nach Sinn und Zweck** der Vorschriften über das Aufgebotsverfahren von Grundschuldbriefen **keine überzogenen Anforderungen an die Glaubhaftmachung bzgl. des Abhandenkommens des Grundschuldbriefes** gestellt werden. Anderenfalls müsste man für einen Großteil der heute über ein Aufgebot nach § 1162 BGB zu lösenden Fälle auf das Aufgebotsverfahren gem. §§ 1170, 1171 BGB zurückgreifen, mit der Folge, dass – wohl anders als im hier vorliegenden Fall (vgl. hierzu oben Ziff. 1) – die Voraussetzungen des § 1170 BGB entweder nicht vorliegen bzw. im konkreten Fall nicht glaubhaft gemacht werden können. Somit wäre ein Gläubiger bzw. ein Grundstückseigentümer auf eine 30-jährige Hinterlegung des Grundschuldbetrages zu verweisen (vgl. § 1171 BGB), und das nur deswegen, weil es ihm aufgrund seines fehlenden Erinnerungsvermögens bzw. seinen Erben aufgrund fehlender Informationen diesbezüglich nicht möglich ist, tatsächliche Umstände bzgl. des Abhandenkommens des Grundschuldbriefes vorzutragen bzw. an Eides Statt zu versichern. Gerade auch im Hinblick darauf, dass die gem. § 1171 BGB zu hinterlegenden Beträge im Vergleich zu dem durch Verkauf zu erzielenden Preis erheblich sein können, stellt sich in der Praxis in etlichen Fällen die Frage, wie derartige Kaufverträge in der Zukunft überhaupt noch sachgerecht abgewickelt werden sollen. Auch vor diesem Hintergrund erscheint uns die Rechtsauffassung des Grundbuchamts im vorliegenden Fall als zu weitgehend und nicht mit der gängigen Praxis in Einklang zu stehen.

Wir weisen jedoch an dieser Stelle nochmals daraufhin, dass wir zu dieser speziellen Konstellation weder einschlägige Stellungnahmen in Rechtsprechung noch in der Literatur auffinden konnten, so dass die Rechtslage als vollkommen ungeklärt zu bezeichnen ist. Im Ergebnis kann daher nicht sicher vorausgesagt werden, ob der Antragsteller auf Grundlage der bisherigen im Antrag enthaltenen Ausführungen das Verfahren zur Kraftloserklärung des Grundschuldbriefes mit Erfolg durchführen können.