



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZB 38/03

vom

3. März 2004

in dem Aufgebotsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 1170 Abs. 1 Satz 1

Der Ausschluß unbekannter Gläubiger nach § 1170 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich auf den Fall beschränkt, daß der Gläubiger von Person unbekannt ist. Ein unbekannter Aufenthalt genügt für sich genommen nicht.

BGH, Beschluß vom 3. März 2004 - IV ZB 38/03 - LG Nürnberg-Fürth
AG Hersbruck

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Wendt, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Felsch

am 3. März 2004

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 22. September 2003 wird auf Kosten des Beschwerdeführers zurückgewiesen.

Streitwert: 15.000 €

Gründe:

I. Der Beschwerdeführer hat als Eigentümer eines belasteten Grundstücks die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens zum Ausschluß unbekannter Berechtigter sowie den Erlaß eines Ausschlußurteils gemäß §§ 1170 BGB, 946 ff., 982 ff. ZPO beantragt, und zwar im Hinblick auf eine Grundschuld ohne Brief über 150.000 DM, die am 30. Oktober 1980 zugunsten der damals mit dem Beschwerdeführer verheirateten, offenbar aus Thailand stammenden Frau B. K. ins Grundbuch eingetragen worden ist. Der Beschwerdeführer hat in der Urkunde über die Grundschuldbestellung zugleich ein abstraktes Schuldversprechen in Höhe des Grundschuldbetrages und aller Nebenleistun-

gen abgegeben und sich sowohl wegen der dinglichen als auch der persönlichen Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Nach den der Grundschuldbestellung beigefügten weiteren Bedingungen sollte die Grundschuld alle Ansprüche der Gläubigerin aus der Geschäftsbeziehung gegen den Beschwerdeführer, insbesondere aus Darlehens- und Kreditgewährung, sichern.

Der Beschwerdeführer trägt vor, er habe die Grundschuldsumme am 12. März 1981 an seine damalige Ehefrau zurückgezahlt. Hierüber legt er am gleichen Tage in Bangkok errichtete, privatschriftliche Urkunden vor, nämlich eine Quittung, eine Abtretung der Grundschuld an den Beschwerdeführer sowie eine Löschungsbewilligung, die handschriftlich mit dem Namen seiner Frau unterschrieben sind. Ferner trägt der Beschwerdeführer vor, er sei am 20. Oktober 2001 in Thailand geschieden worden. Der Aufenthalt seiner früheren Ehefrau sei in Thailand nicht zu ermitteln. Sie könne daher nicht zur Abgabe einer Löschungsbewilligung in der für das Grundbuch erforderlichen notariellen Form aufgefordert werden. Diese Angaben hat der Beschwerdeführer an Eides Statt versichert.

Das Amtsgericht hat den Antrag auf Durchführung eines Aufgebotsverfahrens abgewiesen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde wird der Antrag weiterverfolgt.

II. Das zulässige Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht verweist auf den Wortlaut des hier gemäß § 1192 BGB anzuwendenden § 1170 BGB, wonach der Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden kann, wenn er "unbekannt" ist, seit der letzten, sich auf das Grundpfandrecht beziehenden Eintragung zehn Jahre verstrichen sind und das Recht innerhalb dieser Frist nicht vom Eigentümer in einer die Verjährung unterbrechenden Weise anerkannt worden ist. Ob die Vorschrift auch auf Fälle angewandt werden kann, in denen der Gläubiger nicht unbekannt, aber unbekanntes Aufenthaltsort hat, sei streitig. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts besteht jedenfalls dann keine Notwendigkeit, § 1170 BGB auch auf Fälle unbekanntes Aufenthaltsort anzuwenden, wenn die angestrebte Löschung des Grundpfandrechts in der Weise möglich sei, daß der Eigentümer eine Klage auf Grundbuchberichtigung erhebe und die öffentliche Zustellung (§ 185 ZPO) beantrage. Diesen Weg könne der Beschwerdeführer hier einschlagen. Die Voraussetzungen für die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens lägen mithin nicht vor.

2. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die von der Rechtsbeschwerde vertretene Gegenauffassung kann nicht überzeugen, wonach für § 1170 BGB auch der unbekanntes Aufenthaltsort eines an sich bekannten Gläubigers genügen soll (dafür aber LG Erfurt Rpfleger 1994, 310 f.; LG Aachen NJW-RR 1998, 87; MünchKomm/Eickmann, ZPO 2. Aufl. §§ 982 ff. Rdn. 2; MünchKomm/Eickmann, BGB 4. Aufl. § 1170 Rdn. 6; Staudinger/Wolfsteiner, BGB 2002 § 1170 Rdn. 8 f.; RGRK/Thumm, BGB 12. Aufl. § 1170 Rdn. 3; Bamberger/Roth/Rohe, BGB § 1170 Rdn. 4; § 1192 Rdn. 158; Wiczorek/Schütze/Weber, ZPO 3. Aufl. § 982 Rdn. 15; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO 22. Aufl. § 985 Rdn. 2; Musielak/

Ball, ZPO 3. Aufl. § 982 Rdn. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 62. Aufl. § 985 Rdn. 1).

a) Der Wortlaut des § 1170 Abs. 1 BGB enthält zwar keinen klarstellenden Hinweis, der mit seinem Recht auszuschließende Gläubiger müsse von Person her unbekannt sein. Die Formulierung "Ist der Gläubiger unbekannt ..." meint aber nichts anderes. Demgegenüber ist eine Person, deren Aufenthalt unbekannt ist, an sich bekannt, so daß nach ihrem Aufenthalt geforscht werden kann (ebenso LG Köln MDR 2003, 473; MünchKomm/Wacke, BGB 4. Aufl. § 887 Rdn. 2 a; RGRK/Thumm, aaO § 1170 Rdn. 3 a.E.).

Daß der Gesetzgeber neuerdings in § 6 des Grundbuchbereinigungsgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2182, 2192) in besonderen Fällen ein Aufgebot zum Ausschluß von Rechten an Grundstücken ausdrücklich auch bei unbekanntem Aufenthalt des Gläubigers zugelassen hat (vgl. dazu Schöne, Rpfleger 2002, 131, 132 Fn. 21 und 22), besagt nichts für § 1170 BGB. Vielmehr rechtfertigt diese Spezialregelung den Gegenschluß, daß mit einem unbekanntem Gläubiger, wenn das Gesetz der für diesen geltenden Regelung den Fall des bekannten Gläubigers mit unbekanntem Aufenthalt nicht ausdrücklich gleichstellt, nur ein von Person unbekannter Gläubiger gemeint ist.

b) Soweit sich die Rechtsbeschwerde auf eine der Vorgängernormen des § 1170 Abs. 1 BGB bezieht, nämlich § 103 der preußischen Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 (Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten, S. 446), war dort - anders als in § 1170 Abs. 1 BGB - ausdrücklich von Gläubigern die Rede, die "ihrer Person oder ih-

rem Aufenthalt nach unbekannt sind". Im übrigen ist die in den Motiven zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches vorgesehene Konzeption des Aufgebots einer angeblich erloschenen Hypothek (Bd. III S. 738 ff.), die in der Tradition des § 103 der preußischen Grundbuchordnung stand und die Behauptung des Antragstellers voraussetzte, die gesicherte Forderung sei erloschen, nicht Gesetz geworden. Vielmehr stellt § 1170 BGB das Aufgebotsverfahren gerade dann zur Verfügung, wenn die Forderung zwar nicht erloschen, aber unsicher ist, wem das Grundpfandrecht zusteht. Durch das Ausschlußurteil wird mithin nicht etwa festgestellt, daß das Grundpfandrecht (wegen Erlöschens der gesicherten Forderung) nicht mehr bestehe. Sondern dem Ausschlußurteil kommt in der Gesetz gewordenen Fassung des § 1170 BGB gestaltender Charakter zu; der Eigentümer "erwirbt" mit Erlaß des Ausschlußurteils nach § 1170 Abs. 2 Satz 1 BGB das Grundpfandrecht (vgl. Wieczorek/Schütze/Weber, aaO § 982 Rdn. 11; MünchKomm/Eickmann, aaO § 1170 Rdn. 1).

c) Nach Auffassung der Rechtsbeschwerde spricht die Systematik des Gesetzes gegen die Annahme, § 1170 Abs. 1 BGB beziehe sich lediglich auf Rechte von Gläubigern, die ihrer Person nach unbekannt sind. Denn das sei im wesentlichen nur bei Briefgrundpfandrechten vorstellbar, die gemäß § 1154 Abs. 1 BGB übertragen werden können. Es fehle aber jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Anwendung von § 1170 BGB auf Briefgrundpfandrechte habe beschränkt sein sollen (so auch MünchKomm/Eickmann, aaO § 1170 Rdn. 6). Diese Argumentation beruht auf einem Zirkelschluß: Wenn tatsächlich nur bei Briefgrundpfandrechten vorstellbar wäre, daß der Gläubiger unbekannt sein kann, ginge aus dem Wortlaut des § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB die Beschränkung der Vorschrift auf Briefgrundpfandrechte hervor. Allerdings sind auch bei

Buchrechten Fälle denkbar, in denen der Berechtigte der Person nach unbekannt ist, und zwar ohne daß ein Fall unbekannter Erben vorläge, in dem ein Nachlaßpfleger gemäß §§ 1960, 1961 BGB bestellt werden könnte: Zu denken ist etwa an den Fall, daß eine juristische Person als Gläubiger eingetragen ist, die nicht mehr existiert und für die auch keine Feststellungen zur Rechtsnachfolge möglich sind (Wenckstern, DNotZ 1993, 547, 549; Staudinger/Wolfsteiner, aaO § 1170 Rdn. 7).

d) Aus dem bereits erwähnten Gesichtspunkt, daß § 1170 Abs. 2 BGB den Erwerb eines dem Eigentümer an sich nicht zustehenden Grundpfandrechts ermöglicht, wird in der Literatur geschlossen, die Vorschrift sei als Ausprägung des Verwirkungsgedankens zu verstehen (MünchKomm/Eickmann, aaO Rdn. 1; RGRK/Thumm aaO § 1170 Rdn. 3). Die Rechtsbeschwerde meint, danach könne es nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger, der sich zehn Jahre lang nicht um sein Recht gekümmert habe, seiner Person oder seinem Aufenthalt nach unbekannt sei (so auch LG Erfurt Rpfleger 1994, 310, 311). Dem ist entgegen zu halten, daß ein Recht selbst dann der Verwirkung unterliegt, wenn sein Inhaber nicht nur von Person, sondern auch nach seinem Aufenthalt bekannt ist; maßgebend für den Einwand der Verwirkung ist vielmehr, wie lange das Recht nicht geltend gemacht worden ist und ob der Verpflichtete auf das Fortbestehen dieses Zustands vertrauen durfte (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2002 - VII ZR 23/02 - NJW 2003, 824 unter II 1). Die Charakterisierung von § 1170 BGB als Ausprägung des Verwirkungsgedankens kann nicht dazu führen, von der im Gesetz ausdrücklich geforderten, mit dem Verwirkungsgedanken nicht erklärbaren Voraussetzung abzusehen, daß der Gläubiger des auszuschließenden

Rechts unbekannt sei. Für die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals erweist sich der Verwirkungsgedanke jedenfalls nicht als hilfreich.

e) Für ausschlaggebend hält die Rechtsbeschwerde schließlich, daß der Grundstückseigentümer ohne das Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB in Fällen des unbekanntes Aufenthalts eines bekannten Gläubigers weitgehend schutzlos sei. Der Eigentümer könne bei Erlöschen der gesicherten Forderung mit der Klage aus § 894 BGB den Brief nicht erlangen, wenn der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt sei, und habe auch keine Möglichkeit, den Brief im Wege des Aufgebots nach § 1162 BGB für kraftlos erklären zu lassen, weil dem Eigentümer ohne den Brief die Antragsbefugnis fehle (so Staudinger/Wolfsteiner, aaO § 1170 Rdn. 8; a.A. Zöller/Geimer, ZPO 24. Aufl. § 985 Rdn. 1). Im Gegensatz zum Aufgebotsverfahren des § 1170 BGB komme es für die Klage aus § 894 BGB auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs an, die der Eigentümer, insbesondere wenn er das Grundstück nicht selbst belastet habe, häufig nicht darlegen könne. Gerade bei einer Grundschuld wie im vorliegenden Fall werde das Grundbuch allein durch die Tilgung der gesicherten Forderung nicht unrichtig. Vor allem sei nicht einzusehen, warum § 1170 BGB dem Eigentümer die Möglichkeit einräume, ein tatsächlich noch bestehendes, einer Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB daher nicht zugängliches Grundpfandrecht zu erwerben, für ein bereits getilgtes Grundpfandrecht aber nur die strengeren Voraussetzungen des § 894 BGB gelten sollten.

So schutzlos wie die Rechtsbeschwerde meint, ist der Eigentümer und Sicherungsgeber, wenn die gesicherte Forderung getilgt ist, jedoch nicht (so auch Wenckstern, DNotZ 1993, 547, 549, 553 f.). Wie hier in

der vom Beschwerdeführer vorgelegten Urkunde über die Grundschuldbestellung ausdrücklich geregelt, hat er einen Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag, auf dem die Bestellung der Grundschuld beruht. Dieser richtet sich nach der Wahl des Sicherungsgebers auf Abtretung des Grundpfandrechts, dessen Aufhebung oder den Verzicht auf dieses (BGH, Urteil vom 26. April 1994 - XI ZR 97/93 - NJW-RR 1994, 847 unter II 1 b). Der Anspruch kann auch gegen einen Gläubiger unbekanntem Aufenthalts geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung vorliegen (§ 185 ZPO). Mit Rechtskraft des Urteils gelten die Willenserklärungen als abgegeben, die der Sicherungsgeber aufgrund des Rückgewähranspruchs verlangen kann (§ 894 ZPO). Bei einer Buchgrundschuld wie im vorliegenden Fall stellt sich das Problem nicht, daß der Brief bei unbekanntem Aufenthalt des Gläubigers auch im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zurückzuerlangen ist. Der Beschwerdeführer kann den hier geltend gemachten Anspruch jedenfalls im Klageweg verfolgen. Ob es andere Fälle gibt, für die § 1170 BGB oder andere Aufgebotsvorschriften ausdehnend anzuwenden sind, bedarf hier keiner Entscheidung.

Die von der Rechtsbeschwerde geforderte Ausdehnung des § 1170 BGB auch auf bekannte Gläubiger unbekanntem Aufenthalts könnte zwar die Durchsetzung eines Anspruchs, wie ihn der Beschwerdeführer hier verfolgt, erleichtern. Sie würde aber die Rechte des Inhabers des Grundpfandrechts über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus beeinträchtigen. Dessen Rechtsverlust hat der Gesetzgeber nicht nur davon abhängig gemacht, daß seit der letzten sich auf das Grundpfandrecht beziehenden Eintragung im Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind, das Recht in dieser Frist nicht vom Eigentümer anerkannt worden ist und der

Gläubiger sich trotz des Aufgebotsverfahrens nicht gemeldet hat. Hinzu kommen muß vielmehr, daß der Gläubiger unbekannt ist. Bei einem eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger, der von Person allgemein unbekannt ist, mag der Schluß gerechtfertigt sein, er selbst oder ein Rechtsnachfolger seien nicht mehr existent, jedenfalls aber an dem eingetragenen Recht überhaupt nicht mehr interessiert. Das ist grundsätzlich anders bei einem bekannten Gläubiger, dessen Aufenthalt sich lediglich gegenwärtig nicht ermitteln läßt. Daß dieser Gläubiger über das Risiko einer öffentlichen Zustellung einer den Rückgewähranspruch schlüssig begründenden Klage hinaus schon allein wegen des Ablaufs der Zehnjahresfrist sein eingetragenes Recht und die daraus folgenden, gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB unverjähren Ansprüche verlieren sollte, läßt sich nicht zwingend aus dem mit § 1170 BGB bezweckten Schutz der Verkehrsfähigkeit des Grundstücks ableiten. Das Gesetz hat auch dem von Art. 14 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 1 GG für den Inhaber des Grundpfandrechts und dessen Recht auf Gehör vor Gericht gewährleisteten Schutz Rechnung zu tragen.

Der Ausschluß unbekannter Gläubiger nach § 1170 Abs. 1 BGB beschränkt sich deshalb grundsätzlich auf den Fall, daß der Gläubiger von Person unbekannt ist; ein unbekannter Aufenthalt genügt für sich genommen nicht (so im Ergebnis auch LG Bückeburg Rpfleger 1958, 320 f.; Palandt/Bassenge, BGB 63. Aufl. § 1170 Rdn. 2; Soergel/Konzen, BGB 13. Aufl. § 1170 Rdn. 2; Erman/F.Wenzel, BGB 10. Aufl. § 1170 Rdn. 2; Zöllner/Geimer, aaO § 985 Rdn. 1; Wenckstern, DNotZ 1993, 547, 549 f.; Böhringer, NJ 1994, 303, 305; Schöne, Rpfleger 2002, 131, 132).

3. Im übrigen hat der Beschwerdeführer nicht hinreichend dargelegt, daß seine frühere Ehefrau unbekanntem Aufenthalts sei. Unbekannt ist der Aufenthalt, wenn er nicht nur dem Gericht und dem Gegner, sondern allgemein unbekannt ist (BGHZ 149, 311, 314; zum Nachweis im einzelnen vgl. BGH, Beschluß vom 14. Februar 2003 - IXa ZB 56/03 - NJW 2003, 1530 unter II 3). Diese in der Rechtsprechung zu § 185 ZPO vor dem Hintergrund der Verfahrensgarantien des Grundgesetzes entwickelten Anforderungen müßten, wenn man den unbekanntem Aufenthalt eines von Person bekannten Gläubigers für die Anwendung von § 1170 BGB genügen lassen wollte, jedenfalls auch für diese Vorschrift gelten (a.A. Staudinger/Wolfsteiner, aaO § 1170 Rdn. 9).

Hier beschränkt sich der Vortrag des Beschwerdeführers auf den Satz, seine ehemalige Ehefrau sei in Thailand nicht zu ermitteln. Angaben darüber, wo sie sich in Thailand oder in Deutschland zuletzt aufgehalten habe, wer über ihren Aufenthalt unterrichtet sein könnte und welche Nachforschungen insoweit angestellt worden sind, fehlen bisher.

Terno

Dr. Schlichting

Wendt

Dr. Kessal-Wulf

Felsch