



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 140/08

vom

29. Januar 2009

in dem Aufgebotsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1170, 1171

ZPO §§ 265, 266

- a) Der Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts ist im Sinne von §§ 1170, 1171 BGB auch dann unbekannt, wenn der für das Grundpfandrecht erteilte Brief unauffindbar und der Aufenthalt des letzten bekannten Inhabers unbekannt ist.

(Fortführung von BGH, Beschl. v. 3. März 2004, IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664)

- b) Die Vorschriften der §§ 265, 266 ZPO sind auch im Aufgebotsverfahren anzuwenden.

BGH, Beschluss vom 29. Januar 2009 - V ZB 140/08 - LG Berlin

AG Charlottenburg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 29. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers werden die Beschlüsse der Zivilkammer 51 des Landgerichts Berlin vom 28. Mai und 11. August 2008 und des Amtsgerichts Charlottenburg vom 11. Januar 2008 aufgehoben.

Das Amtsgericht Charlottenburg wird angewiesen, den Antrag, den Gläubiger der in Abteilung III unter laufender Nr. 4 des Grundbuchs für das eingangs bezeichnete Grundstück eingetragenen Briefhypothek im Wege des Aufgebotsverfahrens nach § 1171 BGB mit seinem Recht auszuschließen, nicht aus den in den aufgehobenen Beschlüssen angeführten Gründen zurückzuweisen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 4.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Antragsteller war zunächst als einer von mehreren, später als alleiniger Eigentümer des eingangs genannten, mit der aufzubietenden Briefhypothek belasteten Grundstücks eingetragen. Die aufzubietende Briefhypothek wurde aufgrund einer Bewilligung vom 31. März 1933 am 5. April 1933 eingetragen.

Sie wurde am 12. September 1935 an A. S. , geb. W. , abgetreten; diese Abtretung wurde am 24. September 1935 in das Grundbuch eingetragen. Nach einer Neufassung des Grundbuchs im September 1940 wurde für die Hypothek ein neuer Brief ausgestellt, dessen Aushändigung A. S. am 4. Oktober 1940 quittierte.

2 Der Antragsteller hat durch eidesstattliche Versicherung und Vorlage amtlicher Auskünfte glaubhaft gemacht, der Grundschuldbrief sei unauffindbar. Die Forderung sei weder durch Abschlagszahlungen noch in anderer Weise anerkannt worden. Mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln sei nicht in Erfahrung zu bringen, wo sich A. S. aufhalte, ob sie noch lebe und wer sie gegebenenfalls beerbt habe. Anhaltspunkte für eine Verfügung über die Hypothek außerhalb des Grundbuchs bestünden nicht. Gestützt darauf betreibt er das Aufgebotsverfahren mit dem Ziel, den Gläubiger der Briefhypothek nach Maßgabe von § 1171 BGB mit seinem Recht auszuschließen. Er hat sich dazu förmlich erboten, den in Euro umgerechneten Nennbetrag der Briefhypothek nebst Zinsen für die letzten vier Jahre, gerechnet vom Erlass des Ausschlussurteils an, unter Verzicht auf die Rücknahme zu hinterlegen.

3 Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Landgericht zugelassene Rechtsbeschwerde, mit der er seinen Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens weiterverfolgt.

II.

4 Das Rechtsmittel ist zulässig.

5 1. Der Statthaftigkeit steht nicht entgegen, dass das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde "in Ergänzung" seines Beschlusses vom 28. Mai 2008 zugelassen hat. Die Rechtsbeschwerde muss zwar in der angefochtenen Sachentscheidung selbst und kann nicht im Wege von deren Ergänzung zugelassen werden (BGH, Beschl. v. 24. November 2003, II ZB 37/02, NJW 2004, 779). Eine solche nicht ausreichende Zulassung der Rechtsbeschwerde durch Beschlussergänzung liegt hier aber nicht vor. Das Beschwerdegericht hat das Beschwerdeverfahren nicht mit dem nach dem Tenor seines Beschlusses ergänzten Beschluss vom 28. Mai 2008 abgeschlossen. Vielmehr hat der Einzelrichter der Kammer, der diesen Beschluss erlassen hat, auf eine Anhörungsrüge des Antragstellers das Verfahren nach § 321a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO fortgesetzt und die Sache, wie geboten (BGHZ 154, 200, 202 f.), auf die Kammer übertragen. Diese hat mit Beschluss vom 11. August 2008 eine neue, das Verfahren abschließende Sachentscheidung getroffen. In diesem Rahmen ist eine nachträgliche Zulassung der Rechtsbeschwerde zulässig, wenn Verfahrensrechte verletzt worden sind (BGH, Beschl. v. 19. Mai 2004, IXa ZB 182/03, NJW 2004, 2529, 2530; Beschl. v. 4. Juli 2007, VII ZB 28/07, NJW-RR 2007, 1654). So liegt es hier. Das Beschwerdegericht hatte übersehen, dass sich aus dem Vortrag des Antragstellers ein Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde ergab, und es hatte den Antragsteller mit seiner Einschätzung überrascht, seine Glaubhaftmachung reiche auch im Tatsächlichen nicht aus.

6 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch rechtzeitig eingelegt worden. Zwar hat der Antragsteller zu Händen seiner erstinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten den Beschluss des Beschwerdegerichts vom 28. Mai 2008 spätestens am Tag der Abfassung seiner Anhörungsrüge gegen diesen Beschluss vom 11. Juni 2008 erhalten. Darauf kommt es aber nicht an, weil das Beschwerdeverfahren erst durch den Beschluss der Kammer vom 11. August 2008 abge-

geschlossen worden ist. Dessen formlose Zuleitung an den Antragsteller ist am Freitag, dem 29. August 2008, veranlasst worden und nach der anwaltlichen Versicherung und des Antragstellers am 1. September 2008, dem darauf folgenden Montag, erfolgt. Die Rechtsbeschwerde ist damit rechtzeitig eingelegt worden.

III.

7 Das Rechtsmittel hat auch Erfolg. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist das Aufgebotsverfahren zum Ausschluss des Gläubigers der aufzubietenden Briefhypothek mit seinen Rechten statthaft.

8 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts. Ein Aufgebotsverfahren nach § 1171 BGB gegen den eingetragenen Gläubiger eines Grundpfandrechts ist ebenso wie ein Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB nur zulässig, wenn der Gläubiger unbekannt ist. In diesem Sinne unbekannt ist der Grundpfandrechtsgläubiger nicht schon dann, wenn sein Aufenthalt nicht ermittelt werden kann, sondern nur, wenn er von Person unbekannt ist (BGH, Beschl. v. 3. März 2004, IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664, 665). Das ergibt sich insbesondere daraus, dass die hier nicht einschlägige Vorschrift des § 6 Abs. 1a Satz 1 GBBerG das Aufgebot des Gläubigers eines im Gebiet der neuen Länder vor dem 3. Oktober 1990 begründeten Grundpfandrechts „auch dann“ zulässt, wenn nicht seine Person, sondern sein Aufenthalt unbekannt ist. Dabei ist der Gesetzgeber nämlich davon ausgegangen, dass § 1170 BGB ein Aufgebot von Person bekannter Gläubiger unbekanntem Aufenthalts nicht zulässt (Beschlussempfehlung zum Sachenrechtsbereinigungsgesetz in BT-Drucks. 12/7425 S. 93).

9 2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist ein Aufgebotsverfahren nach §§ 1170 oder 1171 BGB nicht erst dann statthaft, wenn eine Grundbuchberichtigungs- oder eine andere Klage nicht zum Erfolg führt (KG OLGZ 1970, 323, 324). Ein solcher Nachrang lässt sich auch nicht aus dem erwähnten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 3. März 2004 entnehmen. In diesem Beschluss hat der Bundesgerichtshof nur entschieden, dass eine entsprechende Anwendung der §§ 1170, 1171 BGB auf den Fall eines von Person bekannten Grundpfandrechtsgläubigers, dessen Aufenthalt unbekannt ist, von dem Fall des § 6 Abs. 1a GBBerG abgesehen, jedenfalls nicht in Betracht kommt, wenn der Grundstückseigentümer gegen ihn eine Grundbuchberichtigungsklage nach § 894 BGB betreiben kann. Dass ein Aufgebotsverfahren auch dann subsidiär sein soll, wenn die Voraussetzungen der §§ 1170, 1171 BGB vorliegen, ergibt sich daraus nicht.

10 3. Schließlich kann dem Beschwerdegericht nicht in seiner Annahme gefolgt werden, die Gläubigerin der aufzubietenden Hypothek sei nicht im Sinne von § 1171 Abs. 1 Satz 1 BGB unbekannt.

11 a) Das ergibt sich allerdings nicht aus der von der Rechtsbeschwerde angeführten Erwägung, A. S. sei schon nicht Inhaberin der Hypothek geworden. Die Rechtsbeschwerde leitet das daraus ab, dass es an einer Annahme der Abtretung durch A. S. fehle. Das überzeugt nicht. Eine Annahme der Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung durch A. S. lässt sich zwar nicht ohne weiteres der Eintragung dieser Abtretung in das Grundbuch entnehmen. Es spricht indes viel dafür, dass A. S. die Abtretung schon durch Entgegennahme des von dem Grundbuchamt mit dem Abtretungsvermerk versehenen ersten Hypothekenbriefes angenommen hat. Die Annahme ist jedenfalls mit der Entgegennahme des nach Neufassung des

Grundbuches ausgestellten neuen Hypothekenbriefs am 4. Oktober 1940 erfolgt.

- 12 b) Die unmittelbare Anwendbarkeit von § 1171 BGB lässt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht damit begründen, dass A. S. seit der Entgegennahme des Hypothekenbriefes am 4. Oktober 1940 nicht mehr als Person in Erscheinung getreten ist und die Forderung nicht geltend gemacht hat. Ob der Inhaber eines Grundpfandrechtes von Person bekannt oder unbekannt ist, bestimmt sich nach dem Charakter des Rechts und der Eintragung im Grundbuch. Wie sich der Gläubiger ansonsten verhalten und ob er die Forderungen geltend gemacht hat, ist für diese Frage unerheblich.
- 13 c) Die Anwendbarkeit von § 1171 BGB ergibt sich aber daraus, dass die hier aufzubietende Hypothek im Gegensatz zu der Grundschuld, um die es im Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 3. März 2004 ging, kein Buchrecht ist, sondern ein Briefrecht.
- 14 aa) Eine Buch- wie eine Briefhypothek entsteht zwar durch Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer über die Begründung der Hypothek und deren Eintragung in das Grundbuch (wobei bei der Briefhypothek noch die Erteilung des Hypothekenbriefs hinzutritt, § 1116 Abs. 1 BGB). Buch- wie Briefhypothek gehen auch kraft Gesetzes mit der Abtretung der Forderung auf den neuen Gläubiger über und können beide nicht ohne Forderung übertragen werden. Die Abtretung der Forderung ist aber bei der Buchhypothek nach §§ 1154 Abs. 3, 873 BGB nur wirksam, wenn sie in das Grundbuch eingetragen wird. Der Gläubiger ist, von Sonderfällen wie dem Erbfall abgesehen, bei einer Buchhypothek deshalb grundsätzlich nur der, der aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Deshalb kann er, soweit hier relevant, nur unbekannt sein, wenn glaubhaft gemacht wird,

dass der im Grundbuch eingetragene Gläubiger verstorben und nicht aufzuklären ist, wer ihn beerbt hat.

- 15 bb) Bei der Briefhypothek ist das anders. Die Abtretung einer durch eine Briefhypothek gesicherten Forderung setzt nicht die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch voraus. Nach § 1154 Abs. 1 Satz 1 BGB genügt es vielmehr, wenn sie in schriftlicher Form vorgenommen und dem Zessionar der Hypothekenbrief ausgehändigt wird. Die Eintragung der Abtretung einer mit einer Briefhypothek gesicherten Forderung in das Grundbuch ist zwar möglich, aber nicht Voraussetzung ihrer Wirksamkeit. Das hat zur Folge, dass der im Grundbuch als Gläubiger einer Briefhypothek ausgewiesene Gläubiger nicht zwingend der ist, dem die Briefhypothek tatsächlich zusteht. Diese kann vielmehr rechtsgeschäftlich auch außerhalb des Grundbuchs übertragen worden sein. Deshalb kommt es bei einer Briefhypothek für die Beantwortung der Frage, ob der Gläubiger im Sinne von § 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; NK-BGB/Krause, 2. Aufl., § 1170 Rdn. 4; Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2002], § 1170 Rdn. 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 Rdn. 2; RGRK/Thumm, BGB, 12. Aufl., § 1170 Rdn. 2; Zöller/Geimer, ZPO, 27. Aufl., § 985 Rdn. 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 Rdn. 1). Der Gläubiger einer Briefhypothek ist deshalb im Sinne von § 1171 BGB schon unbekannt, wenn sich nicht feststellen lässt, in wessen Händen sich der Hypothekenbrief befindet.

- 16 cc) Dass es sich hier so verhält, hat der Antragsteller nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts mit der für die Einleitung eines Aufgebotsverfahrens nach § 1171 BGB erforderlichen Gewissheit glaubhaft gemacht.
- 17 (1) Aufgrund der Quittung in den Grundakten steht fest, dass A. S. am 4. Oktober 1940 den für die aufzubietende Hypothek zuletzt erteilten Brief erhalten hat. Ob sie weiterhin im Besitz des Briefes ist, ist nach der eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers und den von ihm beigebrachten Mitteilungen der Meldebehörden nicht mehr aufzuklären. Nachfragen bei den Meldebehörden haben zwar auch unter Berücksichtigung ihres mutmaßlich hohen Alters von über 90 Jahren nicht die Gewissheit oder überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür erbracht, dass A. S. verstorben ist. Darauf kommt es aber auch nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass sowohl der Verbleib des Hypothekenbriefes aus dem Jahre 1940 als auch der Aufenthalt von A. S. unbekannt sind. Das führt dazu, dass weder durch Rücksprache mit A. S. noch durch Vorlage des Briefes festgestellt werden kann, ob A. S. tatsächlich noch Inhaberin von gesicherter Forderung und Hypothek ist oder ob diese inzwischen einem anderen Gläubiger zustehen.
- 18 (2) Dem steht nicht entgegen, dass der Antragsteller in seiner Antragschrift ausgeführt hat, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, "dass seit der Eintragung im Grundbuch über das Recht verfügt worden ist". Damit hat er solche Verfügungen nicht ausschließen wollen. In seiner Versicherung an Eides statt hat er nämlich erklärt, er habe weder Brief noch Gläubigerin je gesehen und sei auch nicht in Anspruch genommen worden. Es kommt hinzu, dass A. S. selbst durch Abtretung außerhalb des Grundbuchs Inhaberin der Hypothek geworden ist. Diese sichert auch nicht den Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehen des H. B. an den damaligen Eigentümer P. L., sondern ein

von diesem abgegebenes abstraktes notarielles Schuldanerkenntnis. Bei einer solchen Hypothek lässt sich eine Verfügung außerhalb des Grundbuchs von vornherein nur bei Vorliegen besonderer Umstände ausschließen. Solche Umstände sind hier nicht ersichtlich. Deshalb ist das Aufgebotsverfahren nach § 946 ZPO statthaft.

IV.

19 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

20 1. Das an sich mögliche Aufgebotsverfahren setzt nach § 1171 Abs. 1 Satz 1 BGB auch voraus, dass der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt ist. Diese von dem Antragsteller bisher nicht dargelegte Voraussetzung könnte jedenfalls dadurch eingetreten sein, dass der Antragsteller das Grundstück nach dem Inhalt der beigezogenen Grundakten an seine Kinder übereignet und sich ein Nießbrauchsrecht vorbehalten hat. Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts führt nämlich nach den Bedingungen des abstrakten Schuldanerkenntnisses, zu dessen Absicherung die Hypothek bestellt war, dazu, dass die geschuldete Zahlung sofort fällig wird, der Gläubiger damit auch jederzeit befriedigt werden kann.

21 2. Für den Fall, dass sich die Befriedigungsberechtigung des Antragstellers dennoch nicht feststellen lassen sollte, wäre dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, statt eines Aufgebotsverfahrens nach § 1171 BGB eines nach § 1170 BGB zu beantragen. Es spricht nämlich viel dafür, dass die Voraussetzungen des § 1170 BGB gegeben sind. Die letzte Eintragung mit Bezug zu der aufzubietenden Hypothek datiert vom 27. September 1940. Der Antragsteller hat, wie für ein Aufgebot nach § 1170 BGB erforderlich (dazu KG OLGZ 1970, 323,

325), an Eides statt versichert, dass die der Belastung zugrunde liegende Verbindlichkeit in dieser Zeit dem Gläubiger gegenüber weder durch Abschlagszahlungen, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkannt wurde. Das dürfte unter den gegebenen Umständen ausreichen.

22 3. Die Zurückweisung des Antrags (nach § 1171 BGB oder § 1170 BGB) ließe sich auch nicht damit rechtfertigen, dass das Eigentum an dem Grundstück nach dem Inhalt der beigezogenen Grundakten jetzt nicht mehr dem Antragsteller, sondern (zu je ½ Anteil) seinen beiden Kindern zusteht.

23 a) Ein Aufgebotsverfahren gegen den Gläubiger eines Grundpfandrechts nach § 1171 oder § 1170 BGB kann allerdings, von dem hier nicht gegebenen Fall des § 984 Abs. 2 ZPO abgesehen, nach § 984 Abs. 1 ZPO nur von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eingeleitet werden. Das ist der Antragsteller jetzt nicht mehr. Der Eigentumsverlust stellt seine Aktivlegitimation indessen nicht in Frage, weil sie bei Antragstellung gegeben war.

24 b) Die bei Antragstellung bestehende Aktivlegitimation wird durch eine Veräußerung des belasteten Grundstücks nicht berührt.

25 aa) Dieses nicht umstrittene Ergebnis wird teilweise damit begründet, dass auf das Aufgebotsverfahren die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung anzuwenden sind (Hk-ZPO/Kemper, 2. Aufl., Vor § 946-1024 Rdn. 3; Zöller/Geimer, aaO, Vor § 946 Rdn. 10) und damit auch § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO (LG Kaiserslautern, Beschl. v. 12. Februar 2008, 1 T 267/07, juris). Teilweise wird dieses Ergebnis daraus abgeleitet, dass das Ausschlussurteil auch bei einem Antrag des Gläubigers eines anderen Grundpfandrechts nach § 984 Abs. 2 ZPO nicht zum Übergang des Grundpfandrechts auf diesen Gläubiger,

sondern auf den Eigentümer führt (DNotI, Gutachten v. 5. November 1997, DNotI-Report 1999, 22).

26 bb) Den Senat überzeugt die erste Begründung.

27 (1) Die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung gelten für alle darin geregelten Verfahrensarten, soweit nicht etwas Abweichendes bestimmt wird. Solche abweichende Regelungen enthalten die Vorschriften über das Aufgebotsverfahren nicht. Sie machen die Einleitung eines Aufgebotsverfahrens gegen den Gläubiger eines Grundpfandrechtes nach §§ 1170, 1171 BGB zwar davon abhängig, dass der Antragsteller der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist oder daran ein anderes Pfandrecht hat. Das spricht aber nicht gegen, sondern für die Anwendbarkeit von § 265 ZPO. Diese besondere Voraussetzung für die Aktivlegitimation kann sich im Verlaufe des Aufgebotsverfahrens ändern. Die Folgen einer solchen Veränderung werden in den Vorschriften über das Aufgebotsverfahren nicht geregelt. Das legt den Rückgriff auf die für solche Fälle zugeschnittene Regelung des § 265 ZPO auch in der Sache nahe.

28 (2) Der neue Eigentümer kann das Verfahren nach § 266 Abs. 1 ZPO übernehmen. Ein Aufgebotsverfahren nach § 1171 BGB ist nämlich ein Rechtsstreit zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber einer Hypothek über deren Bestand, auf den § 266 ZPO anwendbar ist (dazu: Zöller/Greger, aaO, § 266 Rdn. 3). Das Aufgebotsverfahren kommt auch dann nicht zu einem materiellrechtlich fehlerhaften Ergebnis, wenn der neue Eigentümer von seinem Übernahmerecht keinen Gebrauch macht und an seiner Stelle der alte Eigentümer das Verfahren zu Ende führt. Mit dem Ausschlussurteil soll im Fall des § 1170 BGB ebenso wie im Fall des § 1171 BGB derjenige das aufgebotene Grundpfandrecht erwerben, dem das belastete Grundstück bei Erlass des Aus-

schlussurteils gehört. Das folgt im ersten Fall aus § 1170 Abs. 2 Satz 1 BGB und im zweiten je nach dem, ob der Eigentümer auch persönlicher Schuldner ist oder nicht, aus § 1172 Abs. 2 Satz 1 BGB in Verbindung mit entweder § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB oder mit §§ 1143, 1153 BGB. An der Rechtsfolge des § 1171 Abs. 2 Satz 1 ändert ein Eigentumswechsel vor dem Ausschlussurteil nach allgemeiner Meinung nichts (Erman/F. Wenzel, aaO, § 1170 Rdn. 5; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 1170 Rdn. 4; Staudinger/Wolfsteiner, aaO, § 1170 Rdn. 19). Die im Fall des § 1171 BGB mit dem Ausschlussurteil ausgelöste Befriedigungsfiktion könnte nur unter den Voraussetzungen der §§ 268, 1150 BGB zu einem Übergang der Hypothek auf den früheren Eigentümer führen. Diese Voraussetzungen können aber nicht eintreten, weil das Ausschlussurteil nur erlassen werden darf, wenn der Gläubiger auch zu diesem Zeitpunkt noch unbekannt ist.

29

c) Bei Antragstellung war die Aktivlegitimation des Antragstellers gegeben. Dafür wird offen bleiben können, ob die Einleitung des Aufgebotsverfahrens von der Notgeschäftsführungsbefugnis des Antragstellers als Mitglied einer Erbengemeinschaft nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB gedeckt war. Bei Einleitung des Verfahrens hatten zwar noch nicht alle Mitglieder der Erbengemeinschaft, denen das Grundstück seinerzeit gesamthänderisch gehörte, ihre Anteile wirksam auf den Antragsteller oder seine Rechtsvorgängerin übertragen. Die dazu erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen waren aber abgegeben und haben im Verlaufe des Verfahrens auch zur Berichtigung des Grundbuchs geführt.

IV.

30 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Im Verfahren über eine Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens stehen sich der antragsberechtigte Grundstückseigentümer und der mit seinen Rechten im Aufgebotsverfahren auszuschließende unbekannt Gläubiger nicht wie in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüber. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 3 ZPO und bestimmt sich nach dem Interesse des Antragstellers als bisherigem Eigentümer des Grundstücks an der Durchführung des Verfahrens.

Krüger

Lemke

Schmidt-Räntsch

Stresemann

Czub

Vorinstanzen:

AG Berlin-Charlottenburg, Entscheidung vom 11.01.2008 - 70 C 9/07 -

LG Berlin, Entscheidung vom 11.08.2008 - 51 T 146/08 -