

**letzte Aktualisierung:** 5.10.2018

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.5.2018 – 3 Wx 60/17

**GBO § 18; GBBerG § 5 Abs. 1; BGB §§ 1018 ff., 1090 ff.**

**Unzulässige Zwischenverfügung bei Antrag auf Löschung eines altrechtlichen Wegerechts**

1. Der Hinweis des Grundbuchamts, es handele sich bei einem eingetragenen Wegerecht nicht um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne der §§ 1090 ff. BGB, sondern um eine Grunddienstbarkeit im Sinne der §§ 1018 ff. BGB, weshalb es nur gelöscht werden dürfe, wenn der Antragsteller Löschungsbewilligungen aller Eigentümer der herrschenden Grundstücke entsprechend der Identitätserklärung vorlege, zielt nicht auf die Beseitigung eines behebbaren Eintragungshindernisses und kann daher im Verfahren auf Löschung nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

Eine Zwischenverfügung darf auch nicht ergehen, wenn – was hier hinzutritt – die nach Auffassung des Grundbuchamtes zur Eintragung erforderliche Eintragungsbewilligung der unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt war.

2. Zu den Voraussetzungen der Löschung eines altrechtlichen Wegerechts („... Wegegerechtigkeit zum Gehen und Schieben für die Benutzung des A. [Band 1 S. 121 des Hypothekenbuchs] nach näherer Anleitung des Vertrages vom 24. Februar 1854 eingetragen zufolge Verfügung vom 15. April 1854.“).

## Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Wx 60/17

**Datum:** 09.05.2018  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Wx 60/17  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2018:0509.3WX60.17.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Mülheim an der Ruhr

**Tenor:** Die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Mülheim an der Ruhr – Rechtspfleger – vom 9. März 2017 wird aufgehoben.

### Gründe:

- I. 1
- Die Beteiligte ist Eigentümerin der wie oben im Grundbuch eingetragenen 13 Flurstücke. Zu Lasten ihres Grundbesitzes ist in Abteilung II Nr. 2 eingetragen 2
- „Eine Wegerechtigkeit zum Gehen und Schieben für die Besitzung des A. (Band 1 S. 121 des Hypothekenbuchs) nach näherer Anleitung des Vertrages vom 24. Februar 1854 eingetragen zufolge Verfügung vom 15. April 1854.“ 3
- Die Beteiligte hat am 30. Aug. 2016 beantragt, das Wegerecht auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Grundbuchbereinigungsgesetz (GBBerG) zu löschen. Sie hat die Identitätsbescheinigung des Katasteramts der Stadt Mülheim an der Ruhr vom 17. Febr. 2017 vorgelegt, in der alle diejenigen aktuellen Flurstücke aufgeführt sind, in denen das ursprünglich herrschende Grundstück (die „Besitzung des A.“) enthalten ist. Auf die achtseitige Auflistung in den Akten wird Bezug genommen. Den Löschungsantrag hat die Beteiligte damit begründet, es sei ausweislich der Grundbucheintragung nicht erkennbar, dass das Wegerecht vererblich oder veräußerbar sei. Da auch der Geburtstag des Berechtigten nicht aus dem Grundbuch oder den Grundakten ersichtlich sei, sei der Tag der Eintragung des Wegerechts, nämlich der 15. April 1854 maßgeblich und die nach § 5 GBBerG maßgebende Frist von 110 Jahren seit geraumer Zeit verstrichen und die mithin überholte Dienstbarkeit zu löschen. 4
- Das Grundbuchamt hat sich zur Aufklärung des Sachverhaltes an das Landesarchiv Nordrhein-Westfalen, Abteilung Rheinland, gewandt. Ausweislich des in der dortigen Hypothekenbuchakte enthaltenen Vertrages vom 24. Febr. 1854 hat der Bergmann B. als damaliger „Besitzer und Eigenthümer“ des dienenden Grundbesitzes – und damit als Rechtsvorgänger der Beteiligten – die Wegerechtigkeit dem „W.“ „A. für dessen zu Heißen gelegene, im Hypothekenbuch von .... ingressirte Besitzung“ eingeräumt und mit 5

diesem bewilligt und beantragt, „daß diese so eingeräumte und constituirte Wegerechtigkeit im Hypothekenbuch am angeführten Orte auf der dienenden Besetzung des B. für A. respective dessen Besetzung“ vermerkt werde.

Das Grundbuchamt hat mit der angefochtenen Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass es sich bei dem eingetragenen Wegerecht nicht um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne der §§ 1090 ff. BGB, sondern um eine Grunddienstbarkeit im Sinne der §§ 1018 ff. BGB handele. Daher könne es nur gelöscht werden, wenn die Beteiligte Löschungsbewilligungen aller Eigentümer der herrschenden Grundstücke entsprechend der Identitätserklärung vom 17. Febr. 2017 vorlege. In Anbetracht des erheblichen Umfangs der zu beschaffenden Löschungsbewilligungen werde eine großzügige Erledigungsfrist gewährt.

Die Beteiligte macht in ihrer Beschwerde geltend, die Eintragung sei rechtlich als beschränkt persönliche Dienstbarkeit zu qualifizieren. Grundbucheintragungen seien grundsätzlich der Auslegung fähig. Die Wegerechtigkeit sei vor Inkrafttreten des BGB im Hypothekenbuch eingetragen worden. Aus den Bewilligungsurkunden – soweit vorhanden – sei nicht erkennbar, dass sie als Grunddienstbarkeit bestellt worden sei. Vielmehr sei eine bestimmte Person benannt, die den Vorteil für die Benutzung eines anderen Grundstückes habe. Vor Inkrafttreten des BGB sei nicht zwischen Grunddienstbarkeit und beschränkt persönlicher Dienstbarkeit unterschieden worden. Wäre eine reine Grunddienstbarkeit gewollt gewesen, so hätte die Formulierung gewählt werden müssen, dass der Berechtigte nur der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks sein müsse. Mangels Eindeutigkeit des Wortlauts sei zugunsten des belasteten Grundbesitzes eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit anzunehmen. Gegen eine Grunddienstbarkeit spreche im Übrigen auch, dass kein Lageplan im Hypothekenbuch existiere, in dem der Weg eingezeichnet sei.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch weiteren Beschluss vom 22. März 2017 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundbuchakten Bezug genommen.

## II.

Die gemäß §§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 72, 73 GBO zulässige Beschwerde ist nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO. Sie hat in der Sache – vorläufigen – Erfolg, weil die Zwischenverfügung nicht hätte ergehen bzw. durch Nichtabhilfe nicht hätte bestätigt werden dürfen und daher schon aus formellen Gründen aufzuheben ist.

Die Zwischenverfügung ist ein Mittel, um einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrages bestimmten Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt bliebe. Sie darf nur ergehen, wenn der Eintragung ein behebbares Eintragungshindernis entgegensteht und ist demgemäß nicht zulässig, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann, denn andernfalls erhielte die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang (Senat, FGPrax 2017, 152; ZEV 2016, 707; BayObLGZ 1990, 6).

So liegen die Dinge hier. Denn nach dem vom Grundbuchamt vertretenen Standpunkt fehlt es gerade deshalb an den Voraussetzungen für die hier beantragte Löschung der Wegerechtigkeit nach § 5 GBBerG, weil das eingetragene Recht eine Grunddienstbarkeit und eben keine beschränkt persönliche Dienstbarkeit enthält. Eine Heilung ist insoweit nicht denkbar.

Eine Zwischenverfügung hätte zudem auch deshalb nicht ergehen dürfen, weil die nach Auffassung des Grundbuchamtes zur Eintragung erforderliche Eintragungsbewilligung der unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt war. Denn wird die Löschung der Eintragung beantragt, ohne dass die Löschungsbewilligungen der unmittelbar Betroffenen vorgelegt werden, leidet der Löschantrag an einem wesentlichen Mangel; später vorgelegte Löschungsbewilligungen können nicht zurückwirken (BayObLG DNotZ 1990, 295 m.N.).	15
Vorsorglich sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:	16
In der Sache dürfte die Auffassung des Grundbuchamtes zutreffend sein. Auch der Senat erachtet die Voraussetzungen für eine Löschung der hier eingetragenen Wegerechtigkeit nach § 5 GBBerG für nicht gegeben.	17
Nach § 5 GBBerG gelten – unbeschadet anderer Erlöschenstatbestände – im Grundbuch <u>zugunsten natürlicher Personen</u> eingetragene nicht vererbliche und nicht veräußerbare Rechte (genannt sind Nießbrauche, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten und Wohnungsrechte) mit dem Ablauf von 110 Jahren unter bestimmten Voraussetzungen als erloschen. Die Fiktion des § 5 GBBerG gilt also <u>nur für höchstpersönliche dingliche Rechte</u> (Böhringer, ZfIR 2017, 721, 722).	18
Um ein solches höchstpersönliches dingliches Recht handelt es sich aber bei dem hier in Rede stehenden Nutzungsrecht offenbar nicht.	19
Schon der Wortlaut der Grundbucheintragung spricht dafür, dass die eingetragene Wegerechtigkeit nicht dem A. als Person und unabhängig von seiner Eigenschaft als Grundstückseigentümer eingeräumt worden ist und von Vorteil sein, sondern sich vielmehr auf dessen Besitzung beziehen und damit der jeweilige Grundstückseigentümer der Berechtigte sein und das Nutzungsrecht einen Vorteil gerade für die Nutzung dieses Grundstücks („für die Besitzung des...“) darstellen sollte.	20
Diese Auslegung wird durch den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung vom 24. Febr. 1854 bestätigt. Danach hat der Bergmann B. als damaliger „Besitzer und Eigenthümer“ des dienenden Grundbesitzes die Wegerechtigkeit dem „W.“ „A. <u>für dessen .... [ näher bezeichnete ] Besitzung</u> “ eingeräumt und mit diesem bewilligt und beantragt, „daß diese so eingeräumte und constituirte Wegerechtigkeit im Hypothekenbuch am angeführten Orte auf der dienenden Besitzung des B. für A. <u>respective dessen Besitzung</u> “ vermerkt wird. Hätte die Wegerechtigkeit nur ein höchstpersönliches dingliches Recht für A. sein sollen, wäre die wiederholte Erwähnung, die Wegerechtigkeit sei für dessen Besitzung bzw. für A. respective dessen Besitzung eingeräumt, nicht nur überflüssig, sondern als widersprüchlich nicht zu erklären.	21
Darüber hinaus entspricht die vorstehende Auslegung der (damaligen und heutigen, Art. 184 Satz1 EGBGB) Rechtsdogmatik.	22
Die 1854 im Grundbuch eingetragene Wegerechtigkeit ist als Nutzungsrecht die Ausgestaltung einer damals sog. Grundgerechtigkeit. Ob ein Nutzungsrecht als eine eigentliche Grundgerechtigkeit anzusehen ist, beantwortet sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 8, 207ff.) aus dem Begriff, den das Allgemeine Preußische Landrecht von einer solchen aufstellt. Dieser Begriff ist mit dem der römischen Präsidialservitut identisch. Der Begriff der Servitut, namentlich die Unterscheidung zwischen Personal- und Präsidialservituten war dem deutschen Recht fremd und die römische Theorie musste daher auf diesem Gebiet vor allem in der Feststellung der Begriffe einen entscheidenden Einfluss gewinnen. Wo daher von Grundgerechtigkeiten gesprochen wird, ist darunter stets der Begriff der römischen Präsidialservitut im Gegensatz zu den Personalservituten zu verstehen. In der gemeinrechtlichen Doktrin war	23

aber unumstritten, dass dem Begriff der Präsidialservitut die Beziehung auf den Vorteil des herrschenden Grundstückes als etwas so wesentliches innewohnt, dass die Berechtigung ohne solche Beziehung gar nicht gedacht werden konnte und dass daher weder das Recht noch auch dessen bloße Ausübung von dem herrschenden Grundstück zu trennen ist. Ein dingliches Recht hingegen, dass der Person Vorteil bringen würde, auch wenn sie gar kein Grundstück besäße, konnte niemals als Grundgerechtigkeit aufgefasst werden. (vgl. zu allem Vorstehenden RGZ 8, 207, 208ff).

- Dienstbarkeiten nach dem Recht des BGB lassen sich u.a. unterscheiden in 24  
Grunddienstbarkeiten (§§1018 – 1020 BGB), bei denen der Eigentümer eines  
(„dienenden“) Grundstücks einzelne Benutzungen des Grundstücks dulden oder einzelne  
tatsächliche Handlungen auf dem Grundstück nicht vornehmen oder einzelne aus dem  
Eigentum fließende Rechte nicht ausüben darf, wobei Berechtigter nur der jeweilige  
Eigentümer eines anderen („herrschenden“) Grundstücks sein und die Grunddienstbarkeit  
für die Benutzung dieses Grundstücks vorteilhaft sein muss. Eine beschränkt persönliche  
Dienstbarkeiten hat den gleichen Rechtsinhalt wie eine Grunddienstbarkeit; allerdings  
kann Berechtigter nur eine bestimmte Person sein und ein Vorteil für die Benutzung eines  
anderen Grundstücks ist nicht notwendig (Palandt/Herrler, BGB, 77. Aufl., Überbl. 1 vor §  
1018).
- Aus alledem folgt, dass Grundgerechtigkeiten und damit auch die hier in Rede stehende 25  
Wegegerechtigkeit keine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne von § 5 GBBerG  
sind und daher der dort vorgesehenen Erlöschensfiktion nicht unterliegen.
- Ob die Wegegerechtigkeit inzwischen wegen dauerhaften, nachträglichen Wegfalls des 26  
Vorteils aus tatsächlichem oder rechtlichem Grund für den herrschenden Grundbesitz  
erloschen ist (vgl. dazu Palandt/Herrler, a.a.O., § 1019, 1 m.N.), ist ebensowenig  
Gegenstand des vorliegenden Verfahrens wie die Frage, ob eine amtswegige Löschung  
der Wegegerechtigkeit gem. §§ 84ff. GBO in Betracht kommt.
- Eine Kostenentscheidung durch den Senat ist nicht veranlasst, §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 27  
GNotKG, daher auch keine Wertfestsetzung. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der  
Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.