

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 34wx116\_08  
**letzte Aktualisierung:** 6.11.2009

**OLG München**, 29.1.2009 - 34 Wx 116/08

GBO § 18; ZPO § 867

## **Eintragung einer Zwangssicherungshypothek erfordert Vorlage eines Nachweises über Zustellung des Titels durch eine Zustellungsurkunde**

1. Sind mit dem Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (hier: Zustellung des Titels) nicht zur Überzeugung des Grundbuchamts nachgewiesen, kommt der Erlass einer (rangwahrenden) Zwischenverfügung nicht in Betracht.
2. Der Nachweis der Zustellung des Titels kann gegenüber dem Grundbuchamt in aller Regel nur durch die Vorlage der Zustellungsurkunde erbracht werden.

### Leitsatz:

**GBO § 18  
ZPO § 867**

**1. Sind mit dem Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (hier: Zustellung des Titels) nicht zur Überzeugung des Grundbuchamts nachgewiesen, kommt der Erlass einer (rangwahrenden) Zwischenverfügung nicht in Betracht.**

**2. Der Nachweis der Zustellung des Titels kann gegenüber dem Grundbuchamt in aller Regel nur durch die Vorlage der Zustellungsurkunde erbracht werden.**

**OLG München, 34. Zivilsenat  
Beschluss vom 29.1.2009  
34 Wx 116/08**

### Gründe:

I.

Am 13.11.2008 haben die Beteiligten, vertreten durch den Nachlasspfleger, beim Grundbuchamt beantragt, auf dem Grundstück der Schuldnerin eine Zwangshypothek einzutragen. Dem Antrag beigelegt waren der Vollstreckungstitel, nämlich die vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Kaufvertragsurkunde vom 28.8.2001, sowie das Protokoll über die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch die Schuldnerin, das als Schuldtitel die notarielle Urkunde mit dem Vermerk „zugestellt am 11.8.08“ enthielt. Das Grundbuchamt hat am 14.11.2008 die Beteiligten u.a. darauf hingewiesen, dass der vorgelegte Titel keinen Zustellungsnachweis enthalte. Mit Schriftsatz vom 27.11.2008, beim Grundbuchamt eingegangen am 28.11.2008, haben die Beteiligten den Zustellungsnachweis vorgelegt.

Bereits am 25.11.2008 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek zurückgewiesen, weil inzwischen ein weiterer, das gleiche Recht

betreffender Antrag eingegangen war. Der gegen die Zurückweisung eingelegten Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 19.12.2008 als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten mit dem Ziel, die Beschlüsse des Amtsgerichts und des Landgerichts aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, die Zwangshypothek einzutragen.

## II.

Die weitere Beschwerde ist gemäß §§ 78, 80 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 71 Abs. 1, § 73 Abs. 2 GBO zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die Voraussetzungen für die Eintragung der Zwangssicherungshypothek hätten im Zeitpunkt der Entscheidung nicht vorgelegen, insbesondere sei der Erlass einer auf § 18 GBO gestützten Zwischenverfügung unzulässig gewesen. Dem Eintragungsantrag habe kein Nachweis über die Zustellung des Vollstreckungstitels beigelegt. In der „Gebührenrechnung des Gerichtsvollziehers“ sei zwar als Schuldtitel die notarielle Urkunde vom 28.8.2001 benannt und als Zustellungstag der 11.8.2008 angegeben. Damit sei aber die Zustellung nicht nachgewiesen. Dies sei erst mit der Übersendung der Urkunde und der damit verbundenen Zustellungsurkunde vom 11.8.2008 als Anlage zum Schriftsatz vom 17.12.2008 geschehen. Erst damit sei dem Grundbuchamt die Zustellung zweifelsfrei zur Kenntnis gebracht. Die Gebührenrechnung stelle keinen Zustellungsnachweis dar. Sie sei weder zu deren Nachweis erstellt noch befasse sie sich inhaltlich mit der Zustellung.

Liege ein Vollstreckungsmangel infolge fehlenden Zustellungsnachweises vor, sei der Erlass einer Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO ausgeschlossen und der Antrag zurückzuweisen. Der teilweise vertretenen Ansicht, dass eine Zwischenverfügung ausnahmsweise zulässig sei, wenn vorgebracht werde, eine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung liege vor, dies aber nicht nachgewiesen sei, schließe sich die Kammer nicht an. Für das Grundbuchamt sei nicht erkennbar, ob eine Vollstreckungsvoraussetzung grundsätzlich nicht vorliege oder zwar gegeben und nur nicht nachge-

wiesen sei. In allen Fällen, in denen nicht eindeutig bekannt sei, dass die Vollstreckungsvoraussetzungen nicht nur nicht nachgewiesen seien, sondern tatsächlich fehlten, müsste somit vorsorglich eine Zwischenverfügung erlassen werden. Da dies bei der Mehrzahl der Fälle zutreffen würde, würde die Ausnahme zur Regel. Dies könne nicht richtig sein. Die Zulässigkeit einer Zwischenverfügung sei daher grundsätzlich zu verneinen und nur dann ausnahmsweise zuzulassen, wenn der Sachverhalt dem Grundbuchrechtspfleger zweifelsfrei bekannt sei. Zutreffenderweise habe das Amtsgericht eine Aufklärungsverfügung erlassen.

2. Die angefochtene Entscheidung hält der auf Rechtsfehler (§ 78 Satz 2 GBO, §§ 546, 559 Abs. 2 ZPO) beschränkten Nachprüfung stand.

a) Im Eintragungsantragsverfahren ist jeder Antragsberechtigte auch beschwerdeberechtigt, wenn sein Antrag zurückgewiesen wird (BGH NJW 1994, 1158). Dieses Beschwerderecht ist nicht dadurch hinfällig, dass die Beteiligten, nach Erledigung ihres Antrags durch Zurückweisung, die fehlende Urkunde noch vorgelegt haben. Ebenso wenig berührt es ihre Beschwerdeberechtigung, dass zwischenzeitlich im Grundbuch an erster Rangstelle zugunsten eines anderen Gläubigers eine Sicherungshypothek eingetragen wurde. Vielmehr kann gegen die endgültige Zurückweisung des Antrags Beschwerde mit dem Ziel eingelegt werden, dass zunächst eine (rangwahrende) Zwischenverfügung nach § 18 GBO hätte ergehen müssen (BayObLGZ 1984, 126/127; Demharter GBO 26. Aufl. § 71 Rn. 26). Denn erst mit Vornahme der Eintragung erledigt sich das Verfahren in der Hauptsache (Demharter aaO).

b) Die Eintragung einer Zwangshypothek ist nicht nur eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung (§ 866 Abs. 1 ZPO), sondern verfahrensrechtlich zugleich ein Grundbuchgeschäft. Das Grundbuchamt hat daher sowohl die vollstreckungsrechtlichen Anforderungen als auch die grundbuchrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen zu beachten (BGH NJW 2001, 3627 m.w.N.). Es müssen also auch die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen und nachgewiesen sein (Demharter GBO § 18 Rn. 9 m.w.N.). Nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung kommt der Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO nicht in Betracht und ist der Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek - unter Umständen nach rechtlichem Hinweis gemäß

§ 139 ZPO - zurückzuweisen, wenn die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nicht vorliegen (z.B. BGHZ 27, 313; BayObLG Rpfleger 2005, 250; Demharter aaO; Meikel/Böttcher GBO 10. Aufl. § 18 Rn. 44). Streitig ist, ob dies auch dann gilt, wenn eine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung behauptet wird, dafür aber der Nachweis fehlt (vgl. Meikel/Böttcher § 18 Rn. 45). Die wohl überwiegende Meinung (vgl. OLG Karlsruhe Die Justiz 1961, 332; ferner Meikel/Böttcher aaO m.w.N.) lässt auch in diesen Fällen eine Zwischenverfügung grundsätzlich nicht und nur ausnahmsweise dann zu, wenn der Sachverhalt dem Grundbuchrechtspfleger zweifelsfrei bekannt ist. Die Gegenansicht hält für den Fall, dass die an sich gegebenen Vollstreckungsvoraussetzungen dargetan, aber noch nicht nachgewiesen sind, eine Zwischenverfügung für zulässig (vgl. Demharter aaO; Rahn Die Justiz 1962, 58; Stein/Jonas/Münzberg ZPO 22. Aufl. § 867 Rn. 33; MüKo/Eickmann ZPO 3. Aufl. § 867 Rn. 31).

c) Der ersteren Meinung ist zu folgen: Die Zwischenverfügung nach § 18 GBO dient der Behebung von Eintragungshindernissen, die sich daraus ergeben, dass noch nicht alle für die Eintragung in Betracht kommenden Voraussetzungen erfüllt sind. Der Eintragungsantrag ist aber sofort zurückzuweisen, wenn die Antragsberechtigung fehlt oder aber der Mangel nicht rückwirkend behoben werden kann. Eine Rückwirkung würde zwar, wenn im Zeitpunkt der Eintragung der Nachweis der tatsächlich gegebenen Vollstreckungsvoraussetzungen noch nicht geführt war, wohl eintreten. Denn selbst wenn die Zwangshypothek - mangels Vorliegens der Vollstreckungsvoraussetzungen – zunächst zu Unrecht eingetragen wird, erhält sie den Rang, der sich ergeben würde, wenn der Antrag mit Behebung des Hindernisses gestellt worden wäre (vgl. Demharter § 18 Rn. 8). Die Eintragung der Zwangshypothek ist aber nicht nur ein Grundbuchgeschäft, sondern eben auch eine Vollstreckungshandlung. Selbst wenn man davon ausgeht, dass zu den Eintragungsvoraussetzungen, die grundsätzlich des Nachweises durch öffentliche Urkunden (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) bedürfen, auch Vollstreckungstitel und Zustellungsnachweise gehören (vgl. Meikel/Hertel § 29 Rn. 118), bedeutet dies nicht, dass auch im Rahmen von Vollstreckungshandlungen eine Zwischenverfügung erlassen werden kann. Die vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen der ZPO sind neben den grundbuchrechtlichen Voraussetzungen selbstständig zu prüfen. Fehlt eine vollstreckungsrechtliche Voraussetzung, ist der Eintragungsantrag sofort zurückzuweisen; eine Zwischenverfügung kommt hingegen nur

beim Fehlen grundbuchrechtlicher Voraussetzungen in Betracht. Eine Zwischenverfügung, durch welche die Beibringung der erforderlichen vollstreckungsrechtlichen Nachweise aufgegeben wird, ist dann unzulässig (vgl. BayObLG Rpfleger 1996, 63). In der Zwangsvollstreckung wahrt allein der Antrag noch keinen Rang; die Voraussetzungen wie die des § 750 ZPO müssen nicht nur vorliegen, sondern auch grundsätzlich nachgewiesen sein, damit die Vollstreckung beginnen kann (vgl. Zöller/Stöber ZPO 27. Aufl. § 867 Rn. 4; Schuschke/Walker Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz 3. Aufl. § 867 Rn. 8).

d) Die Zulässigkeit einer Zwischenverfügung (§ 18 GBO) auch bei fehlenden vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen würde darüber hinaus zu nicht übersehbaren Folgen führen. Wären nämlich die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zwar nicht nachgewiesen, aber mit einem gewissen Grad an Wahrscheinlichkeit dargetan, so wäre die Entscheidung, ob der Antrag zurückzuweisen oder eine Zwischenverfügung zu treffen ist, nach pflichtmäßigem Ermessen zu treffen; der Erlass einer Zwischenverfügung wäre dann die Regel, die sofortige Zurückweisung die Ausnahme (vgl. Senat DNotZ 2008, 934). Für das Grundbuchamt ist aber meist nicht erkennbar, ob eine Vollstreckungsvoraussetzung grundsätzlich nicht vorliegt oder zwar gegeben und nur nicht nachgewiesen ist. Dann würde der Erlass einer Zwischenverfügung auch hier zur Regel (vgl. Meikel/Böttcher § 18 Rn. 45). Der Rechtspfleger, der eine Ermessensentscheidung zu treffen hätte, wird auch oftmals nicht absehen können, ob die Behebung des Mangels in angemessener Frist zu erwarten ist (vgl. Demharter Rn. 23). Da bei der Eintragung von Zwangshypotheken, wie auch der vorliegende Fall zeigt, vielfach mehrere Gläubiger um den besseren Rang streiten, würde die Arbeit der Grundbuchämter durch Eintragung und gegebenenfalls Löschung von rangwahrenden Vormerkungen nach § 18 Abs. 2 GBO in unvertretbarer Weise belastet. Gläubiger wären dann geradezu gezwungen, auch ohne die erforderlichen Nachweise bereits einen Eintragungsantrag zu stellen.

e) Dahingestellt bleiben kann, ob der Erlass einer Zwischenverfügung dann ausnahmsweise zuzulassen ist, wenn der Sachverhalt dem Grundbuchrechtspfleger zweifelsfrei bekannt ist (vgl. Meikel/Böttcher § 18 Rn. 45). Denn dies war hier nicht der Fall. Die Annahme, dass sich aus dem Gerichtsvollzieherprotokoll vom 4.11.2008 die

notwendige Sicherheit nicht ergibt, ist nicht zu beanstanden. Auch wenn der Gerichtsvollzieher die eidesstattliche Versicherung nur unter der Voraussetzung der bereits erfolgten Zustellung des Titels abnehmen durfte und in seinem Protokoll auch den Zeitpunkt dieser Zustellung vermerkt ist, sind damit Zustellungsmängel nicht ausgeschlossen. Maßgeblich ist, dass das Grundbuchamt als eigenständiges Vollstreckungsorgan tätig wird. Es hat die Vollstreckungsvoraussetzungen in eigener Zuständigkeit und unabhängig von anderen Vollstreckungsorganen zu prüfen (Demharter Anh. zu § 44 Rn. 67 m.w.N.). Der erforderliche Zustellungsnachweis wird in der Regel durch die Vorlegung der Zustellungsurkunde erbracht (vgl. BayObLG NotBZ 2002, 184; auch App JurBüro 2003, 453/454). Ob in Einzelfällen auch andere Formen des Zustellungsnachweises genügen können (LG Göttingen JurBüro 1979, 1388; Zöller/Stöber § 750 Rn. 17), kann auf sich beruhen. Das Vertrauen in den öffentlichen Glauben des Grundbuchs verlangt für die Bearbeitung von Eintragungsanträgen ein Höchstmaß an Sorgfalt. Dies bedingt, dass auch die urkundlichen Nachweise, auf denen die vorgenommene Eintragung beruht, möglichst lückenlos und zweifelsfrei sind.

3. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 79 Abs. 2 GBO kommt nicht in Frage. Insbesondere weicht der Senat mit seiner Entscheidung weder von der des Kammergerichts vom 21.9.1903 (OLGE 7, 376) noch von der des Bundesgerichtshofs vom 4.12.2008 (DB 2009, 109) ab.

Beide Entscheidungen beruhen nicht auf einer anderen Beurteilung der Rechtsfrage. Der Bundesgerichtshof befasst sich in seinem Beschluss vom 4.12.2008 mit der Eintragungsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch, nicht aber damit, wie das Grundbuchamt zu verfahren hat, wenn die Zustellung zwar stattgefunden hat, jedoch nicht nachgewiesen ist (vgl. Umdruck Rn. 7). Der Beschluss des Kammergerichts vom 21.9.1903 beruht ebenfalls nicht auf einer abweichenden Auslegung des § 18 GBO. Die weitere Beschwerde der Gläubigerin gegen den landgerichtlichen Beschluss, mit dem die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Rechtsgültigkeit der Sicherungshypothek angeordnet wurde, war nämlich schon deshalb zurückzuweisen, weil diese nur hätte eingetragen werden können, wenn eine Vormerkung eingetragen gewesen wäre. Nicht entscheidend war, ob überhaupt eine Vormerkung zulässig war (vgl. KG OLGE 7, 376/380).