

## Aktuelle Probleme der Scheidungsvereinbarung\*

(von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Karlsruhe)

### I. Scheidungsbezogene Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

#### 1. Zulässigkeit der scheidungsbezogenen Vereinbarung nach § 1408 Abs. 2 BGB

In der notariellen Praxis und zunehmend auch in den veröffentlichten Gerichtsentscheidungen sind die Fälle häufig, in denen die Beteiligten den Ausschluß oder eine Einschränkung des Versorgungsausgleichs bei konkreter Scheidungsabsicht nicht nach § 1587o BGB vereinbaren, sondern zur Vermeidung der gerichtlichen Genehmigungspflicht nach § 1408 Abs. 2 BGB. Entsprechend der bisherigen Literatur<sup>1</sup> halten die Gerichte einen derartigen scheidungsbezogenen Ehevertrag über den Versorgungsausgleich für zulässig<sup>2</sup>. Der BGH behandelt die Ausschußfrist des § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB rein formal, ohne nach den Motiven der Beteiligten zu fragen.

Entgegen den Entscheidungen einiger OLG hat der BGH<sup>3</sup> entschieden, daß der in einem Ehevertrag nach § 1408 Abs. 2 BGB vereinbarte Ausschluß des Versorgungsausgleichs wirksam bleibt, wenn der innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluß gestellte Scheidungsantrag zurückgenommen wird. Zur Begründung stützt sich der BGH auf § 269 Abs. 3 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen, wenn die Klage zurückgenommen wird. Das Ergebnis entspricht auch der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, da es verhindert, daß eine Vertragspartei sich durch Stellung eines Scheidungsantrags und anschließende Antragsrücknahme einseitig von der ehevertraglichen Bindung lösen kann.

Daß die Rücknahme des Scheidungsantrags auch dazu dienen kann, die vom Gericht als nach § 1587o BGB nicht genehmigungsfähig angesehene Vereinbarung über den Versorgungsausgleich doch noch zu retten, muß in Kauf genommen werden. Die Jahresfrist des § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB muß schon deshalb aus praktischen Gründen rein formell und ohne Berücksichtigung subjektiver Elemente gehandhabt werden, weil sonst zu unterscheiden wäre, ob die Rücknahme eines Scheidungsantrages auf der Aufgabe der Scheidungsabsicht beruht, oder ob die Beteiligten nur die Rechtsfolgen des § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB entfallen lassen wollen, den Scheidungsantrag aber nach Ablauf der Jahresfrist erneuern wollen. Es wäre dann eine Beweisaufnahme über die der Rücknahme des ersten Scheidungsantrages zugrundeliegenden Absichten anzustellen, die der BGH vermeiden will.

#### 2. Keine Vereinbarung nach § 1408 Abs. 2 BGB nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens

Die in der Literatur allgemein vertretene Ansicht, daß nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens eine ehevertragliche

Vereinbarung über den Versorgungsausgleich gemäß § 1408 Abs. 2 BGB nicht mehr zulässig ist, hat das OLG Düsseldorf<sup>4</sup> bestätigt. Ehevertragliche Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich sind nur im Vorfeld des Scheidungsverfahrens zulässig. Mit Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens beginnt der ausschließliche Bereich des § 1587o BGB. Der BGH<sup>5</sup> hat das Urteil des OLG Düsseldorf bestätigt.

#### 3. Zulässigkeit von Modifizierungen

Zum zulässigen Inhalt einer Vereinbarung nach § 1408 Abs. 2 BGB haben der BGH<sup>6</sup> und des OLG Koblenz<sup>7</sup>, die mittlerweile in der Literatur ganz herrschende Meinung bestätigt, daß nicht nur der vollständige Ausschluß des Versorgungsausgleichs zulässig ist, sondern auch die Modifizierung und der Teilausschluß. Unzulässig ist aber eine erweiternde Vereinbarung, etwa die Vereinbarung, daß in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich Anwartschaften einbezogen werden sollen, die außerhalb der gesetzlichen Ehezeit erworben wurden<sup>8</sup>. Eine interessante Variante zulässiger Modifikation ist nach Wiedereinführung der Barzahlungspflicht durch § 3b Abs. 1 Ziff. 2 des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich in der Form des Änderungsgesetzes vom 8.12.1986 die Gestaltung, daß der Versorgungsausgleich insoweit ausgeschlossen wird, als er in der Form der Zahlung von Beiträgen zur Begründung von Anrechten auf eine bestimmte Rente in einer gesetzlichen Rentenversicherung durchzuführen wäre. In Betracht kommt diese Gestaltung bei erheblicher betrieblicher Altersversorgung eines Ehegatten, wenn diese die Realteilung nicht vorsieht. Die Vereinbarung führt dann zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich.

### II. Scheidungsvereinbarungen über den Versorgungsausgleich

#### 1. Genehmigungsgrundsätze nach § 1587o BGB

Der Wortlaut des § 1587o Abs. 2 S. 4 BGB ist im Gesetzgebungsverfahren nach Anrufung des Vermittlungsausschusses als Kompromiß zustande gekommen und läßt deshalb die wünschenswerte Präzision vermissen. Besonders mißverständlich ist der Begriff der „vereinbarten Leistung“, an den die anderen Tatbestandsmerkmale anschließen. Zunächst folgte die Literatur aus dem Wortlaut der Vorschrift, es müsse für ein gegenüber den gesetzlichen Ansprüchen vereinbartes Minus eine direkte Gegenleistung mit Versorgungscharakter gewährt werden, deren Eignung und Angemessenheit dann nach § 1587o Abs. 2 S. 4 BGB nachzuprüfen sei<sup>9</sup>.

Nach nunmehr st. Rspr. des BGH ist eine Gesamtbewertung des wirtschaftlichen Gesamtergebnisses der Vermögensaus-

<sup>1</sup> Schriftliche Fassung des am 16. 4. 1988 vor der Kammerversammlung der Rheinischen Notarkammer gehaltenen Vortrags. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Rheinische Notarkammer dankt Herrn Prof. Dr. Langenfeld für die Zustimmung zur Veröffentlichung.

<sup>1</sup> Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rz. 455 ff.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1986, 1007; BGH FamRZ 1985, 45; BGH FamRZ 1986, 788 = NJW 1986, 2318 = DNotZ 1987, 290 = MittRhNotK 1986, 204 mit dem Verweis auf einen unveröffentlichten Beschluß vom 28.11.1984; BVerfG FamRZ 1985, 1007.

<sup>3</sup> FamRZ 1986, 788.

<sup>4</sup> FamRZ 1986, 68.

<sup>5</sup> FamRZ 1987, 463 = DNotZ 1987, 754.

<sup>6</sup> FamRZ 1986, 890 = DNotZ 1986, 635 = MittRhNotK 1987, 25. Zu den Grenzen solcher Vereinbarungen BGH MittRhNotK 1988, 101.

<sup>7</sup> FamRZ 1986, 273.

<sup>8</sup> OLG Koblenz, a.a.O.

<sup>9</sup> So etwa Reinartz, NJW 1977, 81, aufgegeben in DNotZ 1978, 267.

einandersetzung, Unterhaltsregelung und Versorgungsregelung vorzunehmen<sup>10</sup>. Das Gesetz geht zwar grundsätzlich von dem Fall aus, daß die Parteien anstelle der gesetzlichen Ausgleichsregelung eine andere Leistung vereinbaren, nicht aber entschädigungslos auf den Ausgleich verzichten. Unter der vereinbarten Leistung ist aber nicht allein eine solche zu verstehen, die gezielt an die Stelle der unterlassenen Ausgleichung von Versorgungsansprüchen treten soll, sondern das Gesetz hat eine Gesamtbewertung dessen im Auge, was die Ehegatten einander im Zusammenhang mit der Scheidung unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung zugestehen.

## 2. Entschädigungsloser Verzicht?

Ein solcher ist nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht möglich. Die familiengerichtliche Praxis genehmigt den vereinbarten Ausschluß des Versorgungsausgleichs, wenn beide Ehegatten intakte Versorgungen haben und die Abweichungen nicht mehr als 10 bis 15 % betragen<sup>11</sup>.

Ein für die Praxis besonders bedeutsamer Fall, bei dem die mögliche Versagung der Genehmigung auf das Unverständnis der Beteiligten stößt, ist die Scheidung der Doppelverdiener-ehe, bei der beide Ehegatten zwar unterschiedlich hohe Versorgungsanswartschaften erworben haben, dies aber nicht ehebedingt ist, also keine „ehebedingten Nachteile“ erlitten wurden. Hier weist das Gesetz eine bedauerliche Lücke auf, die durch die Praxis der Familiengerichte teilweise geschlossen wird. Nach dem OLG Düsseldorf<sup>12</sup> und dem BGH<sup>13</sup> ist die Durchführung des Versorgungsausgleichs nicht schon deshalb nach § 1587c BGB unbillig, weil beide Ehegatten während der gesamten Ehezeit erwerbstätig waren und daher keine ehebedingten Versorgungsausfälle erlitten haben. Zur Genehmigungsfähigkeit des Ausschlusses in diesem Fall im Rahmen von § 1587o BGB liegen noch keine Entscheidungen vor.

## 3. Vereinbarte Härteklauseln

Das Vorliegen eines Härtefalles nach § 1587c BGB führt zur Genehmigungsfähigkeit eines auf dieser Härte beruhenden vereinbarten Versorgungsausgleichsausschlusses<sup>14</sup>. So hat der BGH eine Härte nach § 1585c Nr.1 BGB dann angenommen, wenn die Ehefrau das sicher oder wahrscheinlich von einem anderen Mann stammende Kind dem Ehemann als eheliches Kind untergeschoben hatte<sup>15</sup>.

Aus der neueren Rechtsprechung sind hier zu erwähnen ein Fall des OLG Düsseldorf<sup>16</sup>, bestätigt von BGH<sup>17</sup>, bei dem der ausgleichsberechtigte Ehegatte während der Ehezeit ein Vermögen von 6.000.000,— DM geerbt hatte, der ausgleichspflichtige erwerbstätige Ehegatte nach Durchführung des Versorgungsausgleichs lediglich über eigene monatliche Rentenanswartschaften von 439,— DM verfügt hätte und die Parteien Gütertrennung vereinbart hatten, weiter ein Fall des OLG München<sup>18</sup>, bei dem grobe Unbilligkeit angenommen wurde, weil dem ausgleichspflichtigen Ehegatten bei Durchführung des Versorgungsausgleichs nicht mehr der notwendige Eigenbedarf verblieben wäre, er die Minderung seiner Versorgungsanswartschaften aus Altersgründen auch nicht mehr hätte ausgleichen können und andererseits der ausgleichsberechtigte Ehegatte sich selbst über Vermögensbildung eine ausreichende Versorgung verschafft hatte oder sie sich noch verschaffen

konnte, und schließlich ein Fall des OLG Hamm<sup>19</sup>, bei dem die an sich ausgleichsberechtigte Ehefrau ein von ihr ohnehin beabsichtigtes Studium während der Ehezeit durchgeführt und der Ehemann dieses während der Ehe und nach Rechtskraft der Ehescheidung bis zu dessen erfolgreichem Abschluß überwiegend finanziert hat.

## 4. Geeignete Gegenleistungen

In einem richtungsweisenden Fall<sup>20</sup> hatte der BGH die Genehmigungsfähigkeit einer Vereinbarung zu prüfen, in der die Ehefrau auf einen erheblichen Versorgungsausgleichsanspruch mit der Begründung verzichtet hatte, sie werde durch eine beabsichtigte Neuheirat ausreichend abgesichert. Der BGH hält hier die Genehmigung für möglich, wenn die aufgegebenen Versorgungsansprüche durch einen Vermögenserwerb von dritter Seite kompensiert werden. Als Grundsatz gilt, daß ein vereinbarter Ausschluß dann genehmigungsfähig ist, wenn es des Versorgungsausgleichs nicht bedarf, um für den ausgleichsberechtigten Ehegatten den Grundstock zu einer eigenständigen Alterssicherung zu legen. In Anwendung dieses Grundsatzes böte sich auch die Möglichkeit, die Fälle der Doppelverdiener-ehe mit unterschiedlichen Anwartschaften, befriedigend zu lösen. Bisher ist aber alles noch Kasuistik, was in der Praxis Vorsicht gebietet. Die Meinung des zuständigen Familienrichters sollte vor Abschluß einer Vereinbarung erkundet werden.

## 5. Vereinbartes Supersplitting

Der BGH hält am Verbot des Supersplitting fest<sup>21</sup>. Durch § 3b Abs.1 Nr.1 des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich in der Form des Gesetzes über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs vom 8. 12. 1986<sup>22</sup> hat jedoch das Supersplitting seine Tabu-Stellung verloren, worin eine gewisse Niederlage der gesetzlichen Rentenversicherung liegt. Das Supersplitting ist nun, allerdings in beschränktem Umfang, legalisiert<sup>23</sup>. Ein Supersplitting gibt es nur, wenn ein sonstiger Wertausgleich nicht möglich ist. Das auszugleichende Anrecht muß unverfallbar sein und muß sich gegen einen deutschen Versorgungsträger richten. Von ihm können sogar Anrechte erfaßt werden, die vor der Ehezeit erworben wurden.

Das Supersplitting ist der Höhe nach dadurch begrenzt, daß es 2 % der für das Ende der Ehezeit maßgebenden Bezugsgröße (§ 18 SGB IV) nicht übersteigen darf. 1987 lag die dynamische Obergrenze bei 60,20 DM. Die Begrenzung ist nach allgemeiner Ansicht hoch genug, um zwischen 80 und 90 % aller auszugleichenden Betriebsrenten zu erfassen.

Da das Supersplitting im Ermessen des Familiengerichts liegt, dürften die Familiengerichte auch entsprechende Vereinbarungen genehmigen. Vorherige Abstimmung ist auch hier empfehlenswert.

## 6. Vereinbarungen im Rahmen der Bagatellgrenze

Das VAHRG in seiner neuen Fassung sieht in § 3c S.1 die Möglichkeit des Familiengerichts vor, den Ausgleich eines Anrechts auszuschließen, dessen Wert 0,25 % der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV nicht übersteigt. Für 1987 handelte es sich hier um eine Obergrenze von 7,53 DM<sup>24</sup>. Soweit ein solcher Bagatellfall vorliegt, ist eine Ausschlußvereinbarung damit wohl immer genehmigungsfähig.

10 BGH FamRZ 1982, 473; BGH FamRZ 1987, 467 = DNotZ 1987, 758.

11 Ruland, DRV 1979, 84, 89 f.; ders., AnwBl. 1982, 85, 93.

12 FamRZ 1987, 162.

13 FamRZ 1986, 563.

14 BGH FamRZ 1982, 473.

15 BGH FamRZ 1983, 32; FamRZ 1985, 267.

16 FamRZ 1985, 77.

17 FamRZ 1988, 47.

18 FamRZ 1985, 79.

19 FamRZ 1976, 72.

20 DNotZ 1982, 569 m. Anm. Zimmermann.

21 FamRZ 1986, 250; FamRZ 1988, 153; abweichend OLG Zweibrücken FamRZ 1987, 76.

22 BGBl. I 1986, 2317.

23 Ruland, FamRZ 1987, 345, 348.

24 Ruland, a.a.O., S. 347.

## 7. Verlängerter schuldrechtlicher Versorgungsausgleich

Das neugefaßte VAHRG sieht in § 3a eine Verlängerung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs durch eine Geschiedenen-Hinterbliebenenrente vor, wie es sie bisher nur im Beamtenversorgungsrecht (§ 22 Abs. 2 BeamtVG) gab. Mit dem Tode des Ausgleichspflichtigen erhält der Ausgleichsberechtigte den Anspruch auf eine Geschiedenen-Hinterbliebenenrente gegen den deutschen Versorgungsträger, wenn das auszugleichende Anrecht eine Hinterbliebenenversorgung vorsieht. Der Versorgungsfall braucht beim verstorbenen Ehegatten noch nicht vorzuliegen, muß aber beim hinterbliebenen Ehegatten vorliegen.

Der Versorgungsträger kann die Zahlung des verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs durch eine Realteilung oder durch eine sonstige Sicherung des geschiedenen Ehegatten abwenden. Eine solche Sonderregelung stellt der unverändert fortgeltende § 22 Abs. 2 BeamtVG dar.

Diese Verstärkung macht die Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs anstelle des Wertausgleichs wieder interessant. Bei Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung ist allerdings einwandfrei zu klären, ob die Sicherung durch den verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich auch tatsächlich eintritt.

## 8. Wiedereinführung der Beitragszahlung

Das geänderte VAHRG führt in § 3b Abs. 1 Nr. 2 die Begründung von Rentenanswartschaften durch Beitragszahlung wieder ein. Diese Ausgleichsform ist gegenüber allen anderen Formen des Wertausgleichs subsidiär. Ihre Anordnung liegt im Ermessen des Familiengerichts. Das durch Beitragszahlung auszugleichende Anrecht, regelmäßig eine Betriebsrente, muß unverfallbar sein und muß sich gegen einen deutschen Versorgungsträger richten. Soweit diese Beitragszahlung anstelle des sonst eintretenden schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs vereinbart wird, erhält die Bereiterklärung gem. § 1304b Abs. 1 Nr. 3 RVO, § 83b Abs. 1 Nr. 3 AVG<sup>25</sup> wieder Bedeutung.

Möglich ist und möglicherweise häufig wird sein auch der vereinbarte Ausschluß dieser Ausgleichsform zugunsten des dann eintretenden schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs.

## 9. Abänderung von Vereinbarungen nach § 1587o BGB

Dem Kautelarjuristen geht die Rechtssicherheit über alles. Das nachträgliche Infragestellen einer Vereinbarung bereitet ihm Unbehagen, nicht zuletzt wegen der Haftungsgefahren.

Die Gerichte behalten sich aber zunehmend die nachträgliche Inhaltskontrolle und die Korrektur über § 242 BGB vor. So hat das OLG Schleswig<sup>26</sup> entschieden, daß durch das Inkrafttreten des VAHRG, also eine Gesetzesänderung, die Geschäftsgrundlage einer Vereinbarung entfallen kann.

Gem. § 10a VAHRG n. F. ist jetzt die Abänderung rechtskräftiger Versorgungsausgleichsentscheidungen in weitem Umfang möglich. Die gesetzliche Neuregelung zielt auf die Abänderung und Fehlerberichtigung gerichtlicher Versorgungsausgleichsentscheidungen<sup>27</sup>, bezieht aber in § 10a Abs. 10 Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich ein, wenn die Ehegatten die Abänderung nicht ausgeschlossen haben.

Für die notarielle Praxis dürfte sich als Richtlinie empfehlen, wegen des Vergleichscharakters der Vereinbarung die Abänderung grundsätzlich auszuschließen. Dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung keine Modifizierung des gesetzlichen Versorgungsausgleichs, sondern dessen Ausschluß zum Gegenstand hat. Ob die Abänderungsmöglichkeiten des § 10a VAHRG n. F. auch die Entscheidungen und Vereinbarungen umfassen, die den Ausschluß des Versorgungsausgleichs zum Gegenstand haben, ist zweifelhaft. Es wird dies jedoch von Hahne<sup>28</sup> bejaht.

Den Ausschluß der Abänderung in der Vereinbarung rechtfertigen das Bestreben der Parteien nach einer endgültigen, bestandskräftigen Regelung, das mangelnde Bedürfnis nach Fehlerkorrektur, die Befristung des VAHRG bis Ende 1994 und die Erwartung<sup>29</sup>, daß Abänderungen auch bei gerichtlichen Entscheidungen die „seltene Ausnahme“ sein werden.

## 10. Randbereiche des § 1587o BGB

Mit einer wohl noch offenen Frage befaßte sich das OLG Stuttgart<sup>30</sup>. Hier hatte sich die ausgleichsberechtigte Ehefrau in einer während des Scheidungsverfahrens geschlossenen notariellen Vereinbarung verpflichtet, für den Fall ihrer Wiederheirat den ausgleichspflichtigen Ehegatten ab Beginn des Rentenbezuges so zu stellen, wie wenn ein öffentlich-rechtlicher Versorgungsausgleich nicht durchgeführt worden wäre. Das Gericht hält diese Vereinbarung über eine Rückabwicklung des durchgeführten öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs durch schuldrechtliche Verpflichtungen als für den Schutzzweck des § 1587o BGB unterworfen und prüft deshalb die Genehmigungsfähigkeit, die es hier nicht für gegeben ansieht. Interessant ist die Frage, ob eine nicht scheidungsbezogene Vereinbarung dieser Art dem § 1408 Abs. 2 BGB unterfällt. Vom Schutzzweck her müßte man auch dies wohl bejahen. Ob eine Vereinbarung dieser Art nach Ehescheidung der notariellen Beurkundung und familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, ist völlig offen.

### III.

## Scheidungsvereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt

### 1. Unterhaltsverzicht nach § 5 VAHRG

Er ist die häufigste Form der notariellen scheidungsbezogenen Unterhaltsvereinbarung. Zu beachten ist § 5 VAHRG, nach dem die Altersversorgung des im Versorgungsausgleich ausgleichspflichtigen Ehegatten, solange nicht gekürzt wird, wie er dem ausgleichsberechtigten Ehegatten bei dem der Rentenfall noch nicht eingetreten ist, Unterhalt schuldet. Hier empfiehlt es sich, dem beabsichtigten Unterhaltsverzicht erst mit Eintritt des beiderseitigen Rentenfalles in Kraft treten zu lassen und bis dahin einen Mindestunterhalt zu verlangen<sup>31</sup>.

### 2. Unterhaltsverzicht und Sozialhilfe

Im Verhältnis zur Sozialhilfe sind zwei sich aus der Rechtsprechung des BGH ergebende Anwendungsfälle des § 138 BGB zu beachten. Hat ein Ehegatte bereits Sozialhilfe in Anspruch genommen, und hat das Sozialamt vor Abschluß der Vereinbarung die Unterhaltsansprüche des jetzt verzichtenden Ehegatten gem. §§ 90, 91 BSHG auf sich übergeleitet, so ist der Verzicht unwirksam<sup>32</sup>. Weiterhin ist ein Unterhaltsverzicht nichtig,

25 Vgl. Langenfeld, Handbuch, Rz. 483.

26 FamRZ 1986, 70.

27 Grundsatz der Totalrevision, vgl. Hahne, FamRZ 1987, 217.

28 A.a.O., S. 221.

29 Ruland, FamRZ 1987, 345, 352.

30 FamRZ 1986, 1007.

31 Einzelheiten und Nachweise bei Langenfeld, Unterhaltsvereinbarungen, in: Unterhaltsrecht, Ein Handbuch für die Praxis, 1986, 15.14.

32 BGHZ 20, 127; OLG Karlsruhe FamRZ 1979, 709.

der in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation der Eheleute zwingend dazu führen würde, daß der verzichtende Ehegatte der Sozialhilfe anheimfällt<sup>33</sup>. Auf eine Schädigungsabsicht kommt es dabei nicht an. Der 5. deutsche Familiengerichtstag<sup>34</sup> empfiehlt, in der Vereinbarung ausdrücklich festzustellen, daß und warum aus der Sicht der Beteiligten keine konkrete Gefahr der Sozialhilfebedürftigkeit eines Ehegatten vorhanden ist.

Weiterhin kann sich der Unterhaltsverzicht auf Renten- oder Versorgungsansprüche des verzichtenden Ehegatten aus einer früheren Ehe, die nach Scheidung wieder aufleben, auswirken<sup>35</sup>. In § 44 Abs. 5 BVG wird für die Kriegsoferversorgung bestimmt, daß eine Anrechnung fiktiver Unterhaltsansprüche erfolgen kann mit der Folge, daß der Witwe, die „ohne verständigen Grund“ auf nachehelichen Unterhalt verzichtet hat, der Betrag anzurechnen ist, den der frühere Ehegatte ohne den Verzicht zu leisten hätte. Diesen Rechtsgedanken wendet das BSG im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung durchgehend an<sup>36</sup>. Den verständigen Grund bestimmt es objektiv auch unter Abwägung der Interessen der Versorgungsverwaltung, also sehr restriktiv. Anders entscheidet das BVerwG im Bereich der Beamtenversorgung<sup>37</sup>. Es stützt sich dabei auf die richtige Erwägung, daß sonst von einer Wiederverheiratung zugunsten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft abgesehen würde, und der Versorgungsträger keine Chance bekäme, auch nur zeitweilig von der Versorgungslast befreit zu werden.

### 3. Wirkung und Bestandskraft des Unterhaltsverzichts

Die Rechtsprechung wird immer wieder versuchen, die Bestandskraft von Unterhaltsverzicht im Einzelfall in Frage zu stellen. Daß sich der Richter hier an der Anwendung des § 242 BGB in der Form des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gehindert sieht, hat jüngst noch einmal Herb<sup>38</sup> überzeugend belegt. Der Fall der verschuldeten oder unverschuldeten Vermögensverschlechterung eines Ehegatten wurde durch den Ausschluß des nachehelichen Unterhalts auch für den Fall der Not geregelt. Er ist nicht Vertragsgrundlage, sondern Vertragsinhalt. Nach st. Rspr.<sup>39</sup> wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrages gebildet durch die nicht zum Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsabschluß von den Beteiligten erkennbar vorausgesetzten Umstände, auf denen der Geschäftswille beider Vertragsteile aufbaut. Umstände, die zum Vertragsinhalt geworden sind, können deshalb die Vertragsanpassung über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht begründen.

So bliebe nur die richterliche Inhaltskontrolle über § 242 BGB, also der bewußte richterliche Eingriff in die vertragliche Regelung mit der Begründung, die wechselseitigen Rechte und Pflichten seien unangemessen verteilt oder die unveränderte Durchführung des Vertrages sei einer Partei aus bestimmten Gründen nicht zumutbar. In zwei jüngeren Entscheidungen<sup>40</sup> finden sich Ansätze zu einer derartigen Inhaltskontrolle von Unterhaltsverzicht. Es handelt sich aber in beiden Fällen um Sonderfälle, bei denen dem nach dem Gesetz unterhaltspflichtigen Ehegatten die Berufung auf den Unterhaltsverzicht versagt wurde, weil Kindesbetreuungsunterhalt verlangt wurde und weil auf Grund einer Entwicklung nach der Vereinbarung überwiegend schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder tangiert waren. Es handelte sich einmal um den Fall der nachträglichen Geburt eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes, wobei die Ehegatten den Unterhaltsverzicht zu einem Zeitpunkt vereinbart hatten, als die gescheiterte Ehe kinderlos war und beide Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung davon ausgingen, ihren Lebensunterhalt selbst zu bestreiten, zum anderen um den Fall, daß beide Parteien im Zeitpunkt der Schei-

dung übereinstimmend davon ausgegangen waren, daß die Ehefrau ihren und der Kinder Unterhalt aus dem Verkauf von Immobilien sicherstellen könnte, der sich jedoch auf dem Markt nicht realisieren ließ. Die Fälle verbindet, daß die Bedürftigkeit eines Ehegatten nicht aus einer Vermögensverschlechterung in seiner alleinigen Risikosphäre herrührte, sondern von beiden Eheleuten während der Ehe bereits angelegt war und die Interessen der gemeinschaftlichen Kinder berührte.

### 4. Modifizierende-novierende Unterhaltsvereinbarung

Soweit der nacheheliche Unterhalt nicht völlig ausgeschlossen, sondern konkretisiert oder modifiziert<sup>41</sup> wird, bleibt das gesetzliche Unterhaltsrecht die Grundlage. Die vereinbarten Unterhaltsansprüche behalten ihren durch die §§ 1582 ff. BGB, die ergänzend und ausfüllend anwendbar bleiben, soweit sie nicht ausgeschlossen werden, bestimmten Charakter. Prozeßrechtlich sind diese Unterhaltsansprüche, da sie weiterhin auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, nach § 850 ZPO nur bedingt pfändbar und haben das Pfändungsvorrecht des § 850d ZPO.

Es ist möglich, den Unterhaltsansprüchen einen anderen Rechtscharakter zu geben, sie also novierend auf eine andere rechtliche Grundlage zu stellen<sup>42</sup>. Derartige Vereinbarungen sind die Ausnahme, genießen nicht den vollstreckungsrechtlichen Schutz von Unterhaltsansprüchen und sind keine Familiensachen.

Regelmäßig wird die novierende Unterhaltsverpflichtung durch Bestellung eines Leibrentenstammrechts nach § 761 BGB begründet, wobei Voraussetzung des selbständigen Unterhaltsvertrages der gegenseitige Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt ist. Als Abfindung für diesen Verzicht wird dann dem nach dem Gesetz unterhaltspflichtigen Ehegatten das Leibrentenstammrecht bestellt. Durch die Überlassung des Stammrechts ist der gesetzliche Unterhaltsanspruch abgegolten. Die einzelnen Renten entfließen dem Stammrecht als Rechtsfrüchte. Das Leibrentenstammrecht begründet Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen ohne Rücksicht auf Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit. Da insofern die anspruchsbegründeten Tatsachen feststehen, ist § 323 ZPO nicht anwendbar. Erforderlich und üblich ist deshalb eine Wertsicherungsklausel. Das Leibrentenstammrecht kann für die Lebenszeit des Berechtigten bestellt werden, verpflichtet dann also auch die Erben des Verpflichteten. Es kann auch als bei Wiederverheiratung des Berechtigten oder beim Tod des Verpflichteten erlöschend vereinbart werden.

### 5. Folgerungen aus der Nichtidentität der Ansprüche aus §§ 1586 und 1586a BGB?

Eine neuere Entscheidung des BGH<sup>43</sup> zeigt neue Gefahren für den Unterhaltsverzicht auf. In dem entschiedenen Fall hatten die beteiligten Eheleute in einem gerichtlichen Vergleich für die Ehefrau einen monatlichen Unterhalt von 800,— DM vereinbart. Durch privatschriftliche Vereinbarung hatte die Ehefrau später im Hinblick auf das Verhältnis zu einem anderen Mann auf jeglichen nachehelichen Unterhalt verzichtet. Sie heiratete dann diesen anderen Mann, wurde von diesem wieder geschieden, verzichtete diesem gegenüber auf jeglichen nachehelichen Unterhalt und verlangt nun von dem ersten geschiedenen Ehemann die ursprünglich vereinbarten 800,— DM monatlichen Unterhalt.

Der BGH stellt anläßlich dieses Falles fest, daß der Unterhaltsanspruch nach wiederaufgelöster Zweitehe gem. § 1586a BGB mit dem durch die Wiederheirat erloschenen nachehelichen Unterhaltsanspruch so erhebliche Unterschiede aufweise, daß

33 BGH FamRZ 1983, 137, VG München FamRZ 1985, 292; BGH NJW 1987, 1546.

34 FamRZ 1983, 1201.

35 Gitter, DNotZ 1984, 595, 612 ff.; Langenfeld, a.a.O., 15.15 f.

36 BSG SozR 2200 § 1291 RVO Nr. 16; BSG FamRZ 1985, 1127; LSG Berlin NJW 1985, 2287.

37 BVerwGE 31, 197.

38 NJW 1987, 1525.

39 BGH NJW 1982, 2184; FamRZ 1985, 788 — NJW 1985, 1833.

40 BGH FamRZ 1985, 788 — NJW 1985, 1833; BGH NJW 1987, 776 — FamRZ 1987, 46; vgl. auch BGH FamRZ 1987, 691.

41 Zu den Möglichkeiten der Modifizierung im einzelnen vgl. Langenfeld, in: Unterhaltsrecht 15.17 ff.

42 BGH FamRZ 1978, 873; FamRZ 1988, 46.

43 FamRZ 1988, 46 — NJW 1988, 557.

materiell-rechtlich von jeweils gesonderten Ansprüchen ausgegangen werden müsse, zwischen denen keine Identität bestehe. Er folgert hieraus, daß der Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt nicht ohne weiteres auch den Verzicht auf den Unterhalt gem. § 1586a BGB umfasse. Da es im Fall des BGB nur um die Frage der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich ging, die der BGH verneinte, weil der titulierte Anspruch durch die Wiederverheiratung gem. § 1586 BGB erloschen war, äußert sich der BGH nur obiter zur Rechts-

lage. Er läßt offen, ob die Ehefrau den früheren Ehegatten in Anspruch nehmen kann, wenn sie gegenüber dem zweiten Ehegatten vertraglich auf Unterhalt verzichtet hat und dadurch möglicherweise ihre Bedürftigkeit i. S. v. § 1579 Nr. 3 BGB mutwillig herbeigeführt hat. Die Entscheidung zeigt, daß auch der anscheinend so klare Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt immer wieder in Frage gestellt wird und in der Praxis nicht sorgfältig genug formuliert werden kann.

## Rechtsprechung

**1. Allgemeines/Konkursrecht — Grenzen der Vollmachtserteilung durch Konkursverwalter**  
(LG Wuppertal, Beschluß vom 3. 3. 1988 — 6 T 195/88 — mitgeteilt von RpfI. Dieter Rudloff, Velbert)

**BGB §§ 164 ff.  
KO § 6**

**Ein Konkursverwalter kann eine Angestellte des Notars nicht bevollmächtigen, ihn in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter hinsichtlich sämtlicher bei einem bestimmten AG geführten Grundbesitzungen des Gemeinschuldners zu vertreten.**

(Leitsatz nicht amtlich)

**Zum Sachverhalt:**

Mit notarieller Urkunde vom 1.10.1986 hat die Bet. zu 1), eine Grundstücksgesellschaft i. K., Grundbesitz an die Bet. zu 3) verkauft und aufgelassen. Für den Bet. zu 2), den Konkursverwalter über das Vermögen der Bet. zu 1) hat eine Notargehilfin als Bevollmächtigte aufgrund der Vollmacht vom 16. 2. 1987 alle Erklärungen der Bet. zu 1) in der vorerwähnten Kaufvertragsurkunde genehmigt und die Löschung des in Abt. II. laufenden Nr. 3 des Grundbuchs eingetragenen Konkursvermerks bewilligt und beantragt. In der Vollmachtsurkunde vom 16. 2. 1987 heißt es u. a., daß der Bet. zu 2) u. a. die vorerwähnte Bevollmächtigte bevollmächtigt, ihn in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der Bet. zu 1) hinsichtlich sämtlicher beim AG X. geführten Grundbesitzungen der Bet. zu 1) zu vertreten, insbesondere gegenüber dem AG Bewilligungen und Erklärungen abzugeben und entgegen zu nehmen, soweit dies gesetzlich zulässig ist, wobei als Wirksamkeit dieser Vollmacht die Beglaubigung oder Beurkundung dieser Geschäfte durch den amtierenden Notar, dessen Vertreter im Amt oder Amtsnachfolger und die Einreichung der Anträge an das Gericht durch ihn vorausgesetzt ist. Der Notar hat u. a. die Eintragung des Eigentumswechsels und die Löschung des Konkursvermerks in Abt. II laufende Nr. 3 des Grundbuchs beantragt.

Durch die angefochtene Zwischenverfügung, auf die verwiesen wird, hat der RpfI. des AG u. a. beanstandet, daß die vom Konkursverwalter erteilte Vollmacht unwirksam sei, weil die Tätigkeit des Konkursverwalters wegen der besonderen Verantwortung nicht übertragbar sei und hat die Genehmigung der Erklärungen in der Kaufvertragsurkunde sowie die Löschungsbewilligung hinsichtlich des Konkursvermerks durch den Konkursverwalter gefordert.

**Aus den Gründen:**

Den in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgeführten Bedenken ist beizutreten. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens kann der Gemeinschuldner Rechtsgeschäfte nicht mehr wirksam selbst vornehmen. Das Recht, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt (§ 6 KO). Die ihm danach übertragenen Verpflichtungen und Befugnisse kann der Konkursverwalter zulässigerweise jedenfalls nicht dergestalt auf einen Dritten zu dessen eigener Verantwortung übertragen, daß dieser die anfallenden Entscheidungen und Maßnahmen aus eigenem Entschluß und unter eigener Verantwortung trägt. Zwar fehlt es der KO an ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen zu der Frage, ob und inwieweit der Verwalter seine Aufgaben auf einen Dritten übertragen, also auch sich von einem Dritten zulässigerweise vertreten lassen kann. Allerdings ergibt sich für den Testamentsvollstrecker aus § 2218 Abs. 1 BGB i. V. m. § 664 BGB, daß im Zweifel die Übertragung

von Geschäften auf dritte Personen verboten ist. Da der Testamentsvollstrecker wie der Konkursverwalter gerichtlich bestellter Vermögensverwalter ist, liegt es nahe, bei entsprechender Anwendung dieser Vorschriften die Unzulässigkeit der Übertragung von Geschäften auf Dritte auch bei dem Konkursverwalter anzunehmen. Das bedeutet zwar nicht, daß diejenigen, die Kraft gerichtlicher Bestellung fremdes Vermögen im Interesse Dritter verwalten — wie hier der Konkursverwalter — nicht grundsätzlich zur Bevollmächtigung Dritter befugt wären. Die Zulässigkeit der Stellvertretung hängt jedoch im Einzelfall ab von Art und Umfang des jeweils vorzunehmenden Geschäfts und davon, ob die Stellvertretung mit den mit der Vermögensverwaltung verfolgten Zwecken vereinbar ist (vgl. zu allem Vorstehenden: Eickmann, KTS 1986, 197 ff.).

Dies vorausgesetzt bestehen berechtigte Zweifel an der Wirksamkeit der von dem Bet. zu 2) als Konkursverwalter erteilten Vollmacht, die die Beanstandungen in der angefochtenen Zwischenverfügung als berechtigt erscheinen lassen. Diese Zweifel ergeben sich insbesondere aus dem Umstand, daß die Vollmacht nicht einzelfallbezogen erteilt worden ist, vielmehr der Bet. zu 2) die Notargehilfin bevollmächtigt hat, ihn in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der Bet. zu 1) hinsichtlich sämtlicher bei dem AG X. geführten Grundbesitzungen zu vertreten. Wie aus den vorliegenden Akten erhellt, ist die Bet. zu 1) in einer Vielzahl von Grundbüchern als Eigentümerin eingetragen. Bereits hieraus ergibt sich, daß die in Rede stehende Vollmacht letztlich eine teilweise Übertragung des Amtes des Bet. zu 2) als Konkursverwalter auf einen anderen darstellt, was den mit seiner Betrauung als Vermögensverwalter verfolgten Zwecken zuwider läuft. Die Zweifel an der Wirksamkeit der erteilten Vollmacht ergeben sich schließlich aber auch daraus, daß hier einerseits, soweit es die Vollziehung des in Rede stehenden Kaufvertrages angeht, die Ausübung des Wahlrechts nach § 17 KO ansteht, andererseits die Löschung des Konkursvermerks in Abt. II laufenden Nr. 3 des Grundbuchs bewilligt und beantragt ist, mithin Rechtshandlungen vorliegen, bei deren Vornahme der Konkursverwalter nicht anstelle des Gemeinschuldners, sondern kraft eigenen Rechts handelt, was die Annahme nahe legt, daß insoweit die Befugnis des Konkursverwalters zur Einschaltung eines Vertreters eingeschränkt ist.

Da schließlich die bestehenden Zweifel an der Wirksamkeit der erteilten Vollmacht nicht dadurch ausgeräumt werden, daß nach dem Inhalt der Vollmachtsurkunde der Bevollmächtigte gehalten ist, die Beglaubigung oder Beurkundung der in Rede stehenden Geschäfte „durch den amtierenden Notar“ vornehmen zu lassen, erweist sich die angefochtene Zwischenverfügung als zutreffend.

**2. Schuldrecht — Ausschluß des gesetzlichen Rücktrittsrechts nach § 454 BGB**  
(BGH, Urteil vom 4. 12. 1987 — V ZR 206/86)

**BGB §§ 454; 325 Abs. 2; 326**

**Der Verkäufer kann nicht wegen Zahlungsverzugs vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn der Kaufpreis durch Vereinba-**

**rung ratenweiser Zahlung gestundet ist und der Verkäufer den Besitz des Kaufgrundstückes dem Käufer durch Vereinbarung eines Wohnrechtes als Besitzmittlungsverhältnis übergeben hat.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

Durch notariellen Vertrag vom 29. 12. 1973 verkaufte die Mutter der Kl. ihren Grundbesitz an den Bekl. Der Kaufpreis von 20.000,— DM war zahlbar in Raten von je 1.000,— DM zum 1. 1. eines jeden Jahres; für ihn wurde eine — später genehmigte — Wertsicherungsklausel vereinbart. Der Bekl. räumte der Verkäuferin und ihrem Ehemann ein lebenslangliches Wohnrecht an dem Hausgrundstück ein und verpflichtete sich u. a., sie in alten und kranken Tagen zu hegen und zu pflegen. Weiter heißt es in § 3 des Kaufvertrages:

„Der Grundbesitz soll dem Käufer am heutigen Tage mit dem Abschluß des Vertrages zum Besitz übergeben werden.“

Die Verkäuferin starb wenige Tage nach der Vertragsbeurkundung und wurde von ihrem Ehemann, dem Vater der Kl., allein beerbt. Der Vater starb und wurde von der Kl. allein beerbt. 1984 forderte die Kl. vom Bekl. u. a. Nachzahlung erhöhter Raten ab 1976 aufgrund der Wertsicherungsklausel. In der Folgezeit setzte sie dem Bekl. mehrmals weitere Frist. Im Februar 1985 forderte sie den Bekl. auf, bis 11. 3. 1985 einen Betrag von 4.557,31 DM zu zahlen und erklärte, daß sie die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehnen werde. Am 24. 5. 1985 teilte die Kl. mit, daß noch immer ein Betrag von 3.557,31 DM offenstehe. Weiter heißt es in dem Schreiben:

„Aus dem vorstehenden Grunde erklären wir hiermit den Rücktritt vom Kaufvertrag.“

Die Parteien streiten darum, ob die Kl. nach Ablauf der mit Ablehnungsandrohung gesetzten Frist zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen sei.

#### **Aus den Gründen:**

Dem Rücktritt steht § 454 BGB entgegen, wonach dem Verkäufer, wenn er den Kaufvertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, das in den §§ 325 Abs. 2 und 326 BGB bestimmte Rücktrittsrecht nicht zusteht.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß hier ein Kaufvertrag geschlossen worden ist und die Kaufpreisschuld in Raten getilgt werden soll. Die Kaufpreisschuld ist also gestundet. Unschädlich für die Anwendung des § 454 BGB ist, daß der Bekl. neben der Kaufpreisgeldzahlung weitere Käuferpflichten übernommen hatte. § 454 BGB schließt zwar ein Rücktrittsrecht nicht aus, wenn der Käufer mit anderen Leistungen als der gestundeten Kaufpreisschuld in Verzug geraten ist (Senatsurt. v. 13. 11. 1953, V ZR 56/53, LM BGB § 454 Nr. 1; BGH, Urt. v. 22. 6. 1959, III ZR 52/58, MDR 1959, 733 = LM § 454 BGB Nr. 3; vgl. dazu auch RG WarnRspr. 1915 Nr. 259 insbes. S. 398). Weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Vorschrift läßt sich aber entnehmen, daß § 454 BGB keine Anwendung finden solle, wenn neben einer, gestundeten, Kaufpreisgeldschuld noch andere Gegenleistungen vom Käufer zu erfüllen sind.

2. Die Verkäuferin hat den Kaufvertrag erfüllt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der verkaufte Grundbesitz übereignet worden. Aus dem Vertrag ergibt sich, daß auch die Übergabe erfolgt ist.

Nach dem in der notariellen Verhandlung vom 29. 12. 1973 Beurkundeten sollte der Grundbesitz dem Käufer an demselben Tage „zum Besitz übergeben werden“. Darin liegt die Einigung über eine Besitzübergabe nach § 854 Abs. 2 BGB, soweit es sich um das verkaufte Ackergelände handelt; denn insoweit ist der Erwerber regelmäßig in der Lage, die tatsächliche Gewalt über den Grundbesitz ohne weiteres auszuüben. Was das mitverkaufte Wohngrundstück angeht, ist ein Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) in Gestalt eines Wohnrechtes vereinbart worden. Denn neben der „Übergabvereinbarung“ im Vertrag haben die Bet. weiter beurkunden lassen, daß der Bekl. und ihrem Ehemann ein Wohnrecht an dem Hausgrundstück zustehen solle. Durch ein solches Wohnrecht ist der Wohnberechtigte dem Käufer und zukünftigen Eigentümer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt, wogegen dem Käufer bei Erlöschen des

Wohnrechtes ein Herausgabeanspruch zusteht. Danach handelt es sich bei dem Wohnrecht um ein ähnliches Verhältnis i. S. d. § 868 BGB.

3. Die Kl. konnte daher nicht vom Vertrage zurücktreten; ihr Rückübertragungs- und Rückauffassungsbegehren ist unbegründet.

**3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Keine Löschungserleichterung bei Reallast zur Sicherung der Verpflichtung, für Beerdigung und Grabpflege zu sorgen**  
(BayObLG, Beschluß vom 8. 10. 1987 — BReg. 2 Z 114/87 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**BGB § 1105**  
**GBO § 23 Abs. 2; 49**

- 1. Im Rahmen eines Leibgedings kann eine Reallast zur Sicherung der Verpflichtung eingetragen werden, für die Beerdigung und Grabpflege zu sorgen. Dabei handelt es sich um ein nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht.**
- 2. Die bei einem Leibgeding im Grundbuch allgemein eingetragene Löschungserleichterung ist auf diejenige Reallast nicht anzuwenden, welche die Beerdigung und Grabpflege zum Gegenstand hat. Ein anderslautendes Gewohnheitsrecht gibt es nicht.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Verschiedene Grundstücke der Bet. waren im Grundbuch mit einem Leibgeding für die Eheleute H. belastet. Im Grundbuch war vermerkt, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt. Ferner war auf die Eintragungsbewilligung vom 21. 6. 1960 Bezug genommen. Sie war im Rahmen eines Übergabevertrags erteilt worden. In diesem verpflichtete sich der beteiligte Sohn, seinen Eltern Wohnung zu gewähren, sie zu verköstigen und zu pflegen sowie ihnen ein Taschengeld zu zahlen; außerdem verpflichtete er sich „für eine ortsübliche und standesgemäße Erdbestattung und eine würdige Grabherrichtung und Grabinstandhaltung zu sorgen“. Für das Wohnrecht bestellte er eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und für die übrigen Leistungen eine Reallast. Er bewilligte die Eintragung „sämtlicher Rechte mit der Maßgabe, daß zu ihrer seinerzeitigen Löschung im Grundbuch der Nachweis des Ablebens der Berechtigten genügen soll“. Der Bet. hat Sterbeurkunden für seine Eltern vorgelegt und beantragt, das Leibgeding zu löschen. Das GBA hat den Antrag insoweit abgelehnt, als er sich auf die Löschung der durch das Leibgeding gesicherten Beerdigungs- und Grabpflegekosten bezieht; im übrigen hat es ihm entsprochen. Die Erinnerung/Beschwerde der Bet. hat das LG durch Beschluß zurückgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das LG hat ausgeführt: Das BayObLG habe am 5. 5. 1983 (DNotZ 1985, 41) entschieden, daß die bei einem Leibgeding im Grundbuch eingetragene Löschungserleichterung gem. § 23 Abs. 2 GBO nicht auch für eine zur Sicherung der Beerdigungs- und Grabpflegekosten bestellte Reallast gelte, weil insoweit kein auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht vorliege. Von einem abweichenden Gewohnheitsrecht aufgrund jahrelanger Praxis in Bayern könne nicht ausgegangen werden. Dies scheitere schon daran, daß sich auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts nur Bundesgewohnheitsrecht bilden könne. Besondere Anhaltspunkte dafür, daß die Verpflichtung, für die Beerdigung und Grabpflege zu sorgen, nur schuldrechtlich und nicht dinglich vereinbart worden sei, oder daß die Bestellung eines dinglichen Rechts auflösend bedingt durch den Tod der Berechtigten gewollt gewesen sei, ließen sich der Bestellsurkunde und insbesondere dem Eintragungsvermerk über die Löschungserleichterung nicht entnehmen. Das Leibgeding sei auch nicht bezüglich der Verpflichtung, die Beerdigungs- und Grabpflegekosten zu tragen wegen inhaltlicher Unzulässigkeit zu löschen. Der Vermerk über die Löschungserleichterung führe beim Todesnachweis zu einer Löschung der



auf die Lebenszeit beschränkten Leistungen; im übrigen sei für die Löschung die Bewilligung der Erben der Berechtigten erforderlich.

## 2. Das trifft zu.

a) Im Grundbuch ist ein Leibgeding eingetragen. Darunter ist die Verknüpfung mehrerer dinglicher Rechte zu verstehen. Im wesentlichen kommen — wie auch im vorliegenden Fall — beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. ein Wohnungsrecht) sowie Reallasten (z. B. Leistungen von Lebensmitteln und Geld) in Betracht (Horber/Demharter, 17. Aufl., Anm. 2a; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE —, 3. Aufl., Rd.-Nr. 2, je zu § 49 GBO). Dabei ist es unschädlich, wenn — wie auch hier — einzelne Leistungen nur einmal zu erbringen sind, also in Wirklichkeit keine Reallast sind; dies trifft auf die Verpflichtung zu, für die Beerdigungskosten aufzukommen (BayObLGZ 1970, 100, 103; Horber/Demharter, § 49 GBO, Anm. 2c). Zur Bezeichnung der einzelnen Rechte und nicht nur ihres näheren Inhalts (vgl. § 874 BGB) kann ausnahmsweise auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 49 GBO). Auch hiervon ist im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht worden. Die zu einem Leibgeding zusammengefaßten Rechte können, abgesehen von dem Fall der Bewilligung gem. § 19 GBO, nur nach Maßgabe des § 22 GBO, der durch § 23 GBO ergänzt wird, gelöscht werden. Durch § 23 Abs. 2 GBO wird die Lösbarkeit für den Fall des Todes des Berechtigten formellrechtlich erleichtert (BGHZ 66, 341, 347 f.; BayObLG DNotZ 1985, 41, 43; Horber/Demharter, Anm. 6a; KEHE, Rd.-Nr. 34, je zu § 23 GBO). Voraussetzung ist eine Eintragung im Grundbuch, daß zur Löschung des Rechts der Todesnachweis genügen soll. Ein solcher Vermerk ist hier eingetragen. Er ist aber nur bei Rechten zulässig, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind und bei denen Rückstände von Leistungen ausgeschlossen sind (KG HRR 1933 Nr. 1353; BayObLGZ 1983, 113, 117; Horber/Demharter, § 23 GBO, Anm. 6b). Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Vermerk zukommt, wenn in einem Leibgeding sowohl auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkte als auch darüber hinausgehende, vererbliche Rechte zusammengefaßt sind. Dies ist hier der Fall. Die Verpflichtung, für die Beerdigung und Grabpflege zu sorgen ist anders, als zum Beispiel die Verpflichtung, die Berechtigten zu verköstigen, nicht auf deren Lebenszeit beschränkt, vielmehr erst nach ihrem Ableben zu erfüllen. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 5. 5. 1983 hierzu ausgeführt, daß in einem solchen Fall der für das Leibgeding allgemein eingetragene Vermerk gem. § 23 Abs. 2 GBO nicht auf die Löschung derjenigen Reallast angewendet werden kann, die nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkte Leistungen betrifft (BayObLG DNotZ 1985, 41, 43). Gegenstand einer solchen Reallast ist die Verpflichtung, für die Beerdigung und Grabpflege zu sorgen. Insoweit kommt eine Löschung aufgrund des bloßen Todesnachweises nicht in Betracht. Voraussetzung ist vielmehr eine Bewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO).

b) Hieran ist festzuhalten trotz der Einwendungen der Bet. gegen die in dem Beschluß des Senats vom 5. 5. 1983 vertretene Rechtsansicht.

(1) Die Bet. meinen, aufgrund jahrzehntelanger Praxis habe sich ein Gewohnheitsrecht des Inhalts gebildet, daß die im Rahmen eines Leibgedings eingetragenen Rechte auch insoweit aufgrund einer eingetragenen Löschungserleichterung gem. § 23 Abs. 2 GBO auf den bloßen Todesnachweis hin zu löschen seien, als sie die Beerdigung und Grabpflege zum Gegenstand hätten. Hierzu hat das LG zutreffend darauf hingewiesen, daß ein auf Bayern beschränktes Gewohnheitsrecht dieses Inhalts ebensowenig wie geschriebenes Landesrecht geeignet sein könnte, die bundesrechtliche Regelung außer Kraft zu setzen (vgl. Art. 31 GG). Nicht vertieft zu werden braucht die Frage, ob etwas anderes gälte, wenn es sich um Gewohnheitsrecht aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des GG handeln sollte oder um Gewohnheitsrecht auf Gebieten, die dem Landesrecht vorbehalten sind (vgl. Palandt, 46. Aufl., Einl. V 1e vor § 1 BGB). Denn das in Anspruch genommene Gewohnheitsrecht kann

nicht festgestellt werden. Weder in der Rechtsprechung noch in den Erläuterungsbüchern zur GBO finden sich Hinweise auf ein solches Gewohnheitsrecht. Lediglich bei KEHE, § 23 GBO, Rd.-Nr. 33 ist ausgeführt, die in dem Beschluß des Senats vom 5. 5. 1983 vertretene Rechtsansicht widerspreche einer jahrzehntelangen Rechtsprechung und Praxis sowie dem Zweck des Löschungserleichterungsvermerks. Allerdings wird keine einschlägige Rechtsprechung in einer der Nachprüfung zugänglichen Weise mitgeteilt. Hierzu ist zu bemerken, daß das KG am 9. 2. 1933 entschieden hat (HRR 1933 Nr. 1353), die Verpflichtung, nach dem Tod des Altentellsberechtigten dessen Grab für einen bestimmten Zeitraum in gutem Zustand zu erhalten, könne zwar Inhalt einer Reallast sein; da es sich dabei um ein vererbliches Recht handle, könne die Reallast aber nicht mit der Löschungserleichterung des § 23 Abs. 2 GBO eingetragen werden. Auf diese Entscheidung wird in Erläuterungsbüchern zur GBO bis zum heutigen Tag Bezug genommen (vgl. Thieme, 4. Aufl. [1955], § 23 GBO, Anm. 5; Horber/Demharter, § 23 GBO, Anm. 6b). Dies spricht gegen das behauptete Gewohnheitsrecht. Gegen dieses spricht aber auch und insbesondere, daß es keinen Sinn gäbe, eine Reallast, durch die eine erst nach dem Tod des Berechtigten zu erfüllende Verpflichtung dinglich gesichert wird, allein auf den Nachweis hin zu löschen, daß der Berechtigte gestorben ist.

(2) Die Bet. meinen ferner, weil die Löschungserleichterung im Rahmen einer einzigen Reallast bei Rechten bewilligt worden sei, die zum Teil erst nach dem Tod des Berechtigten fällig würden, müsse die Auslegung ergeben, daß die dingliche Sicherung dieses Teils der Rechte nach dem Tod des Berechtigten nicht gewollt gewesen sei. Das LG hat hierzu unter Hinweis auf die Entscheidung des Senats vom 5. 5. 1983 zutreffend ausgeführt, daß sich aus der Urkunde vom 21. 6. 1960 keine Anhaltspunkte ergäben, die eine derartige Auslegung rechtfertigten. In der Urkunde ist ohne jede Einschränkung „für die wiederkehrenden Leistungen aus diesem Verträge eine Reallast“ bestellt und für „sämtliche Rechte“ die Löschungserleichterung bewilligt. Das LG ist zu Recht davon ausgegangen, daß auch für die Verpflichtung zur Beerdigung und Grabpflege eine Reallast bestellt wurde, die — zwar auch ohne Einschränkung bewilligte — Löschungserleichterung aber hierauf nicht anzuwenden sei.

Die Bet. haben auch ausgeführt, die Bestellsurkunde sei so auszulegen, daß die dingliche Sicherung der Beerdigung und Grabpflege durch eine Reallast auflösend bedingt durch den Tod der Berechtigten sei. Auch hier gilt die Ansicht des LG, daß es an Anhaltspunkten für eine solche Auslegung in der Bestellsurkunde fehle. Gegen sie spricht, daß es wenig Sinn gäbe, die dingliche Sicherung der Verpflichtung zur Beerdigung und Grabpflege in dem Zeitpunkt entfallen zu lassen, in dem die Verpflichtung erst fällig wird und zu erfüllen ist.

(3) Die Bet. vertreten auch die Meinung, der Vermerk gem. § 23 Abs. 2 GBO müsse als inhaltlich unzulässige Eintragung gelöscht werden (vgl. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO). Hierauf braucht nicht näher eingegangen zu werden. Die Löschung des Vermerks würde eine erleichterte Löschung, nämlich ohne Lösungsbevollmächtigung von vornherein ausschließen. Die inhaltliche Unzulässigkeit würde jedenfalls die Eintragung der Reallast als solche, also ohne Löschungserleichterung nicht ergreifen. Gegen sie bestehen keine rechtlichen Bedenken (vgl. KG HRR 1933 Nr. 1353). Im übrigen trifft es nicht zu, daß nach der Entscheidung des Senats vom 5. 5. 1983 die Löschungserleichterung nicht hätte eingetragen werden dürfen. Sie war lediglich bei der Beerdigung und Grabpflege betreffenden Reallast unzulässig. Sie ist aber allgemein für die in dem Leibgeding zusammengefaßten Rechte eingetragen. Dies ist zulässig. Die Löschungserleichterung ist in diesem Fall lediglich auf diejenige Reallast nicht anzuwenden, welche die Beerdigung und Grabpflege zum Gegenstand hat. Dies ist in der Entscheidung vom 5. 5. 1983 zum Ausdruck gebracht (BayObLGZ 1983, 113, 117).

**Anm. d. Schriftleitung:** Vgl. auch Böttcher, Der Löschungserleichterungsvermerk gem. §§ 23 Abs. 2, 24 GBO, MittRhNotK 1987, 219 und die nachstehend abgedruckte Entscheidung.

#### 4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Erleichterte Löschung eines gem. § 428 BGB Mitberechtigten einer Reallast zur Sicherung der Verpflichtung, für Beerdigung und Grabpflege zu sorgen

(OLG Hamm, Beschluß vom 17. 2. 1988 — 15 W 506/86 — mitgeteilt von Vors. RiOLG Dr. Joachim Kuntze, Hamm)

#### BGB § 1105

#### GBO §§ 19; 22; 23

1. Ist Gegenstand einer im Rahmen eines Altenteils bestellten Reallast auch die Sicherung der Kosten der Beerdigung und der Grabpflege und ist im Grundbuch die Löschungserleichterung des § 23 Abs. 2 GBO (Löschung auf Todesnachweis) eingetragen, so bedarf die Löschung der Reallast nicht in jedem Falle der Bewilligung des/der Erben des Berechtigten (Abgrenzung gegenüber BayObLGZ 1983, 113 = DNotZ 1985, 41). Vielmehr kann die Auslegung der Bestellsurkunde im Einzelfalle ergeben, daß das Recht, die Beerdigung des Erstverstorbenen und die Herrichtung sowie Pflege von dessen Grabstätte auf Kosten des Reallastverpflichteten zu verlangen, dem überlebenden Mitberechtigten bis zu dessen Tode allein zustehen und erst mit dem Tode auf seine Erben übergehen soll.
2. In diesem Fall kann nach dem — nachgewiesenen — Tode des Erstverstorbenen im Grundbuch eingetragen werden, daß die Mitberechtigung des Verstorbenen erloschen ist.

#### Zum Sachverhalt:

Der Bet. ist Eigentümer eines Grundstücks sowie Inhaber des dieses Grundstück belastenden Erbbaurechts. Er hat das Grundstück und das Erbbaurecht aufgrund eines „Überlassungsvertrages nebst Altenteilsbestellung“ vom 22.10.1967 von seinen Eltern erworben. Nach § 2 des Vertrages hat er seinen Eltern „lebenslänglich und unentgeltlich“ folgende Altenteilsrechte zu gewähren:

„1. Ein Wohnungsrecht . . . ;

2. Wartung und Pflege im angemessenen Umfang in kranken und alten Tagen, im Todesfalle freie ortsübliche Beerdigung, Setzung eines angemessenen Grabdenkmals, soweit nicht schon vorhanden und Pflege der Grabstätte auf die Dauer von mindestens 20 Jahren nach dem Tode des Längstlebenden der Berechtigten.“

Weiter war vereinbart, daß die den Eltern eingeräumten Rechte diesen als Gesamtgläubigern nach § 428 BGB mit der Maßgabe zustehen sollten, daß nach dem Tode des Erstverstorbenen der Eltern die Rechte dem Überlebenden bis zu dessen Tod allein uneingeschränkt zustehen.

Zur Löschung des zugunsten der Eltern zur Eintragung bewilligten Altenteilsrechtes sollte der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen. Dies wurde im Grundbuch bzw. Erbbaugrundbuch bei dem eingetragenen Altenteilsrecht vermerkt. Der Vater des Bet. ist 1968 gestorben; die Mutter lebt noch.

1986 hat Notar Dr. P. die Unterschrift des Bet. unter einem Löschantrag beglaubigt, in dem es heißt:

„Der Berechtigte (Vater) ist verstorben. Der unterfertigte Eigentümer/Erbbauberechtigte beantragt daher die Löschung des vorbezeichneten Rechts (nämlich des Altenteilsrechts) im Grundbuch.“

Sodann hat der Notar beim GBA den Löschantrag sowie eine beglaubigte Abschrift der Sterbeurkunde bezüglich des Vaters eingereicht und den Vollzug beantragt.

Das GBA — Rpfl. — hat daraufhin durch Zwischenverfügung die Löschung des Altenteils des Verstorbenen von der Vorlage einer formgerechten Löschungsbewilligung seiner Erben, verbunden mit dem Nachweis des Erbrechts, abhängig gemacht. In der Zwischenverfügung ist — unter Hinweis auf eine Entscheidung des BayObLG in DNotZ 1985, 41 ff. — ausgeführt, dinglicher Bestandteil des Altenteils sei ein Grabpflege- und Beerdigungsrecht, das erst mit dem Tode der Berechtigten entstehe und daher nicht aufgrund Todesnachweises gelöscht werden könne. Ersatzweise könne auch der Antrag auf vollständige Löschung des Altenteils des Vaters formgerecht zurückgenommen oder erklärt werden, daß die Rechte Grabpflege und Beerdigung von dem Löschantrag ausgenommen würden.

Gegen die Zwischenverfügung hat der Bet. durch den Notar Erinnerung eingelegt. Er hat geltend gemacht, die vom GBA angeführte Entscheidung des BayObLG sei nicht unbestritten, und er — der Beschwerdeführer — schließe sich der abweichenden Auffassung im Kommentar zur

GBO von Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE — (3. Aufl., § 23 GBO, Rd.-Nr. 33) an. Er hat außerdem im Hinblick auf die Auslegung des hier in Rede stehenden Vertrages vom 22. 10. 1967 ausgeführt, bei Übergabeverträgen der hier vorliegenden Art gehe der tatsächliche Wille der Vertragsbeteiligten praktisch nie dahin, den Erben der Altenteilsberechtigten eine vererbliche Reallast auf Pflege des Grabes der Altenteiler zu verschaffen und zu vererben. Dann sei insoweit innerhalb der Altenteilsleistung keine vererbliche Reallast gegeben, die der Annahme eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechtes (§ 23 Abs. 1 GBO) entgegenstehe.

Nachdem der Rpfl. und der Richter des AG der Erinnerung nicht abgeholfen hatten, ist das Rechtsmittel als Beschwerde durch Beschluß des LG hinsichtlich der auf die Beerdigung und Grabpflege gerichteten Leistungen im Rahmen des Altenteils zurückgewiesen worden.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg, weil die angefochtene Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, § 78 GBO.

Die materiell-rechtliche Beurteilung des LG geht ebenfalls von zutreffenden rechtlichen Erwägungen aus. Die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts setzt grundsätzlich die Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers nach § 19 GBO voraus. Ist das Recht außerhalb des Grundbuchs erloschen, so kann es auch gelöscht werden, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (§ 22 GBO). Die Möglichkeit der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO ist bei Rechten, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind, nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 GBO erschwert; der dort vorgesehene Bewilligung des Rechtsnachfolgers bedarf es aber dann nicht, wenn — wie im vorliegenden Fall — im Grundbuch eingetragen ist, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll (§ 23 Abs. 2 GBO). Die Löschungserleichterung des § 23 Abs. 2 GBO setzt also voraus, daß es sich um ein auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht handelt (BayObLG DNotZ 1985, 41, 43).

Die weitere Annahme des LG, an der genannten Voraussetzung fehle es hier, soweit die vertraglich vereinbarte Reallast die Verpflichtung zur ortsüblichen Beerdigung, Setzung eines angemessenen Grabdenkmals und Pflege der Grabstätte sichern soll, hält jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Sie beruht nämlich auf einer tatsächlichen Würdigung (Auslegung) des Vertrages vom 22.10.1967, die eine andere in Betracht kommende und sogar naheliegende Auslegungsmöglichkeit nicht berücksichtigt und sich deshalb als rechtlich fehlerhaft darstellt (KG Rpfleger 1972, 58, 59; Jansen, 2. Aufl., § 27 FGG, Rd.-Nr. 21).

Richtig ist, daß die Verpflichtungen hinsichtlich der Beerdigung, Herrichtung und Pflege der Grabstätte erst mit dem Tode des zuerst verstorbenen Altenteilsberechtigten entstehen und daß die entsprechenden Leistungen erst danach erbracht werden konnten. Daraus folgt aber nicht notwendig, daß das Recht, diese Leistungen zu fordern, den Erben des zuerst Verstorbenen zustehen soll, daß es sich insoweit also um ein vererbliches und mithin nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht i. S. d. § 23 GBO handeln müsse, wie beide Vorinstanzen ersichtlich angenommen haben. Die Vertragsbestimmungen erlauben vielmehr auch die Auslegung, daß mit dem Tode des Erstverstorbenen der beiden Altenteilsberechtigten in der Person des Überlebenden der Anspruch auf Erbringung der Leistungen zur Beerdigung, Herrichtung und Pflege der Grabstätte entstehen und daß dieser Anspruch dem Überlebenden allein bis zu dessen Tode zustehen sollte. Eine dahingehende Regelung ist rechtlich möglich. Liegt eine Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB vor — wie hier im Vertrag ausdrücklich bestimmt —, so kann jeder Gesamtberechtigte sämtliche Leistungen fordern, auch soweit sie nicht ihm selbst, sondern dem Mitberechtigten gegenüber zu erbringen sind, wie etwa die Wartung und Pflege in gesunden, kranken und alten Tagen (BayObLG DNotZ 1975, 619, 620 f. m. w. N.). Demnach steht in jedem Falle auch dem überlebenden Gesamtberechtigten der Anspruch zu, die Beerdigung des Erstverstorbenen sowie die Herrichtung und Pflege seines Grabes vom Altenteilsverpflichteten zu fordern. Ob diese Rechte daneben



auch den Erben des Erstverstorbenen zustehen sollen, ob insoweit also überhaupt ein vererbliches Leistungsrecht begründet werden sollte, hängt von der Auslegung des Vertrages über die Bestellung des Altenteils ab. Ergibt die Auslegung einen alleinigen Anspruch des überlebenden Gesamtberechtigten hinsichtlich der Beerdigung und Grabpflege nach dem Erstverstorbenen, dann handelt es sich bei den Altenteilsleistungen gegenüber dem Erstverstorbenen ausschließlich um solche, die auf seine Lebenszeit beschränkt sind, mithin von § 23 GBO erfaßt werden. In diesem Falle bedarf es zur Löschung der Mitberechtigung des verstorbenen Altenteilsberechtigten keiner Löschungsbewilligung seitens der — nachgewiesenen — Erben.

Da der angefochtene Beschluß diese Auslegungsmöglichkeit nicht erörtert und der Senat zumindest nicht ausschließen kann, daß sie vom LG überhaupt nicht erwogen worden ist, beruht die Beschwerdeentscheidung auf einem Rechtsfehler und unterliegt deswegen der Aufhebung. Der Senat ist nunmehr — da weitere tatsächliche Ermittlungen nicht erforderlich sind — befugt, anstelle des LG abschließend über die Erstbeschwerde des Bet. selbst zu entscheiden und dabei eine eigene Auslegung vorzunehmen (KEHE, § 78 GBO, Rd.-Nr. 26 m. w. N.).

Der Senat hält die zuletzt erörterte, vom LG nicht erwogene Auslegung des Vertrages vom 22. 10. 1967 für zutreffend. Auszugehen ist vom dinglichen Inhalt der unter dem Sammelbegriff „Altenteil“ zusammengefaßten, im Grundbuch und im Erbbaugrundbuch gleichlautend eingetragenen Rechte. Grundbucheintragungen müssen nach ihrem Wortlaut und ihrem Sinn ausgelegt werden, wie er sich aus dem Grundbuch selbst und der in Bezug genommenen Bewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; das Rechtsbeschwerdegericht ist in der Auslegung solcher Eintragungen frei (KEHE, Einl. C 20, m. zahlr. N.).

Nach § 49 GBO bedarf es bei der Eintragung von Dienstbarkeiten und Reallasten als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug nicht der Bezeichnung der einzelnen Rechte, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Die einzelnen Rechte müssen allerdings nach Art und Umfang in der Eintragungsbewilligung genau beschrieben und dadurch bestimmbar sein (KEHE, § 49 GBO, Rd.-Nr. 4 m. w. N.). Wird das Altenteil — wie hier — für mehrere Berechtigte eingetragen, so bedarf es entgegen § 47 GBO auch keiner Angabe des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses im Text der Grundbucheintragung; vielmehr genügt auch insoweit die Bezugnahme auf die Bewilligung (KEHE, § 49 GBO, Rd.-Nr. 5 m. w. N.).

Im vorliegenden Falle ist das Altenteilsrecht in den beiden Grundbüchern unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 22. 10. 1976 und mit dem ausdrücklichen Vermerk, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Berechtigten genüge, eingetragen. Zur Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Altenteilsrechte ist daher auf die Bewilligung, d. h. den Vertrag vom 22. 10. 1967, zurückzugreifen. Die in § 3 Abs. 2 ausgesprochene Eintragungsbewilligung hinsichtlich des Altenteilsrechts erstreckt sich auf den „vorstehenden Rahmen“, also auf die zuvor in den §§ 2 und 3 getroffenen Bestimmungen. In § 3 Abs. 1, wonach die Eltern Gesamtgläubiger gem. § 428 BGB sein sollen, heißt es weiter, daß nach dem Tode des Erstverstorbenen der Berechtigten die Rechte dem Überlebenden „bis zu dessen Tod allein uneingeschränkt“ zustehen sollen. Mit dieser Klausel mag zwar in erster Linie gemeint gewesen sein, daß dem Überlebenden uneingeschränkt auch für sich allein das Wohnungsrecht und die sonstigen Rechte zustehen sollten, wie sich dies ohnehin aus § 428 BGB ergibt. Die Klausel erlaubt aber außerdem die Auslegung, daß der Überlebende zu seinen Lebzeiten uneingeschränkt und allein das Recht haben sollte, die freie ortsübliche Beerdigung des Erstverstorbenen, Setzung eines angemessenen Grabdenkmals und Pflege der Grabstätte vom Bet. als Übernehmer des überlassenen Grundbesitzes zu fordern. Nach Auffassung des Senats ist diese Auslegung angesichts der vereinbarten „alleinigen uneingeschränkten“ Berechtigung des Überlebenden bis zu dessen

Tode auch die für einen unbefangenen Betrachter nächstliegende Bedeutung der Erklärung (KEHE, Einl. C 26 m. w. N.). Daraus ergibt sich, daß eine Reallast hinsichtlich der hier in Rede stehenden Beerdigungs- und Grabpflegeleistungen erst mit dem Tode des Erstverstorbenen, und zwar in der Person des Überlebenden, entstehen und erst in dessen Person vererblich sein sollte. Da hiernach eine auf die Erben des zuerst Verstorbenen (Vater) übergegangene Reallast bezüglich dieser Leistungen nicht begründet worden ist und die übrigen Altenteilsrechte des Verstorbenen auf dessen Lebenszeit beschränkt waren, liegt das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis nach § 23 GBO nicht vor.

Die vom Bet. angestrebte Teillöschung der Altenteilsrechte kann nach Auffassung des Senats in zulässiger Weise etwa wie folgt gefaßt werden: „Die Mitberechtigung des (Vaters) ist mit dessen Tod am 18. 2. 1968 erloschen.“

**Anm. d. Schriftleitung:** Vgl. auch die vorstehend abgedruckte Entscheidung.

## 5. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Wahlrecht für Wohnungsrecht an verschiedenen Häusern

(BayObLG, Beschluß vom 26. 2. 1988 — BReg. 2 Z 107/87 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### BGB §§ 158; 1093 GBO § 19

1. Die einem ausschließlichen Wohnungsrecht unterliegenden Räume müssen in der Eintragungsbewilligung genau bezeichnet sein.
2. Die Ausübung eines Wahlrechts kann eine zulässige auflösende und zugleich aufschiebende Bedingung für ein Wohnungsrecht an verschiedenen Häusern sein.

### Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) sind Eigentümer eines Grundstücks. Auf diesem befindet sich ein Haus, in dem die Bet. zu 1) wohnen (K.-Weg 8); außerdem steht auf dem Grundstück ein Doppelhaus (K.-Weg 10), dessen eine Hälfte noch nicht fertiggestellt ist. Mit notariellem Übergabevertrag vom 11. 2. 1987 übertrugen die Bet. zu 1) u. a. dieses Grundstück auf den Bet. zu 2). Dieser bewilligte, an dem Grundstück zugunsten der Bet. zu 1) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts einzutragen:

Die Bet. zu 1) sind auf Lebensdauer berechtigt, den Wohnhastrakt im Haus K.-Weg 8 allein und ausschließlich zu bewohnen; sie sind ferner auf Lebensdauer berechtigt, anstelle des Wohnhastraktes K.-Weg 8 die derzeit noch nicht fertige Doppelhaushälfte des Hauses K.-Weg 10 ab deren Bezugsfertigkeit allein und ausschließlich zu bewohnen; sobald die Doppelhaushälfte bezugsfertig ist, können und müssen die Bet. zu 1) entscheiden, ob sie weiterhin im Haus K.-Weg 8 wohnen bleiben oder in die Doppelhaushälfte umziehen wollen; die Entscheidung ist dann endgültig.

Den Antrag auf Vollzug des Übergabevertrages hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 25. 3. 1987 beanstandet: Das Wohnungsrecht könne als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht eingetragen werden, da die Räume nicht genügend bestimmt seien; den Berechtigten könne die Wahl der Räume nicht vorbehalten bleiben. Das Eintragungshindernis könne auf verschiedene Weise behoben werden (wird ausgeführt).

Das LG hat die Beschwerde mit Beschluß vom 15. 7. 1987 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet.

1. Das LG hat ausgeführt:

Das GBA habe das einzutragende Recht zutreffend als Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB angesehen. Die Eintragung eines solchen Rechts erfordere die genaue Kennzeichnung der ihm unterliegenden Gebäude oder Räume. Im vorliegenden Fall

enthalte die Eintragungsbewilligung keine genaue Bezeichnung der Räume. Dieser Mangel werde nicht dadurch behoben, daß die Räume nach der Ausübung des Wahlrechts durch die Bet. endgültig feststünden. Denn der Bestimmtheitsgrundsatz fordere, daß der Inhalt des Rechts für jeden Dritten aus dem Eintragsvermerk selbst i. V. m. der darin in zulässigem Umfang in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung erkennbar sei. Im vorliegenden Fall könne ein Dritter aus dem Eintragsvermerk i. V. m. der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nicht entnehmen, welchen Inhalt das Wohnrecht derzeit habe.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht; die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume sind genügend genau bezeichnet.

a) Die Vorinstanzen sind zu Recht davon ausgegangen, daß die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume genau bezeichnet sein müssen. Nach § 1093 Abs. 1 BGB kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil des Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Belastungsgegenstand des Wohnungsrechts ist zwar das ganze Grundstück, die Ausübung des Wohnungsrechts ist jedoch — wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt — auf ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes, d. h. notwendigerweise auf ein bestimmtes Gebäude oder einen bestimmten Teil eines Gebäudes beschränkt. Daraus folgt, daß die einem Wohnungsrecht unterliegenden Räume, falls es sich nicht auf alle Gebäude oder Räume bezieht, in der Eintragungsbewilligung genau bezeichnet werden müssen (BayObLG DNotZ 1965, 166, 167; BayObLG Rpfleger 1981, 353; MünchKomm/Joost, 2. Aufl., Rd.-Nr. 14, Palandt, 47. Aufl., Anm. 4a, Soergel/Siebert, 10. Aufl., Rd.-Nr. 15, jeweils zu § 1093 BGB).

b) Im vorliegenden Fall entspricht die Eintragungsbewilligung diesen Anforderungen. Das Wohnungsrecht soll zunächst an dem Wohnhaustrakt des Hauses K.-Weg 8 ausgeübt werden. Nach Ausübung des Wahlrechts der Bet. zu 1) soll das Wohnungsrecht entweder an diesen Räumen weiter ausgeübt werden oder aber an den Räumen der (heute noch im Rohbau befindlichen) Doppelhaushälfte des Hauses K.-Weg 10. Die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume sind demnach — entgegen der Meinung der Vorinstanzen — genau bestimmt. Ob das Wohnungsrecht an den einen oder den anderen Räumen auszuüben ist, ist keine Frage ihrer Bezeichnung. Dies hängt vielmehr davon ab, ob die Bet. sich in Ausübung ihres Wahlrechts für das Wohnen in der Doppelhaushälfte K.-Weg 10 entscheiden. Das Wahlrecht bezieht sich — anders als in der Entscheidung BayObLG DNotZ 1965, 166 — auf von vornherein in der Eintragungsbewilligung genau bestimmte Räume. Die Entscheidung der Bet. zu 1) ist als auflösende Bedingung für das Wohnungsrecht am Wohnhaustrakt K.-Weg 8 (§ 158 Abs. 2 BGB) und zugleich als aufschiebende Bedingung für das Wohnungsrecht an der Doppelhaushälfte K.-Weg 10 anzusehen (§ 158 Abs. 1 BGB). Gegen eine solche Potestativ-Bedingung bestehen keine Bedenken (vgl. BGHZ 47, 387, 391 = DNotZ 1968, 23, 24; BayObLG DNotZ 1986, 479, 482 f.; Palandt, Einf. vor § 158 BGB, Anm. 4). Auch kann ein und dasselbe Ereignis zugleich auflösende und aufschiebende Bedingung sein (KG JFG 20, 6, 7). Die hier maßgebende Bedingung ist schließlich auch mit genügender Sicherheit feststellbar (vgl. BayObLG Rpfleger 1984, 405 f.).

## **6. Liegenschaftsrecht — Ausschluß von Lösungsansprüchen nach §§ 1179a Abs. 5, 1179b, 1196 BGB bei Bestellung von Eigentümergrundschulden**

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 8. 2. 1988 — 3 Wx 503/87 — mitgeteilt von RiOLG Dr. Wolfgang Gottschalg, Düsseldorf, und Notar Dr. Johann Peter Tieves, Düsseldorf)

**BGB §§ 1179a Abs. 5; 1179b; 1196**

**Der Grundstückseigentümer kann bei der Bestellung einer Eigentümergrundschuld durch einseitige Erklärung gegenüber dem GBA die Lösungsansprüche bezüglich vor- bzw. gleichrangiger Grundpfandrechte nach § 1179a Abs. 5 BGB ausschließen, auch wenn es sich bei diesen um ursprüngliche Eigentümergrundschulden handelt. In gleicher Weise kann der Grundstückseigentümer bei der Bestellung einer Eigentümergrundschuld den Lösungsanspruch nach § 1179b BGB ausschließen.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Ast. sind zu je  $\frac{1}{2}$ -Anteil Miteigentümer des eingangs bezeichneten Grundstücks. 1987 wurden auf ihren Antrag für sie zwei Eigentümergrundschulden über je 50.000,— DM unter den Nrn. 4 und 5 der Abt. III in das Grundbuch eingetragen. Die Ast. haben in der Bestellsurkunde für die nachrangige Grundschuld folgendes bewilligt:

„Der gesetzliche Anspruch des Gläubigers, vom Eigentümer die Löschung dieser Grundschuld (§ 1179b BGB) und der vorrangigen Grundpfandrechte (§ 1179a BGB) zu verlangen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen oder vereinigt haben, ist ausgeschlossen. Die Eintragung dieses Ausschlusses in das Grundbuch wird bewilligt und beantragt.“

Einen entsprechenden Antrag hatten die Ast. zunächst mit dem Eintragungsantrag für die Grundschuld gestellt, auf Beanstandung durch Zwischenverfügung aber wieder zurückgenommen. Später haben sie den Antrag erneut gestellt. Das AG — Rpf. — hat den Antrag zurückgewiesen, das LG hat die Beschwerde (nachdem Rpf. und Richter des AG der Erinnerung nicht abgeholfen hatten) ebenfalls zurückgewiesen. Hiergegen haben die Ast. weitere Beschwerde eingelegt.

### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das GBA.

Das LG hat, unter Berufung auf OLG Köln (MittRhNotK 1979, 39) und Jerschke (DNotZ 1977, 724) ausgeführt, der gesetzliche Lösungsanspruch könne nicht durch einseitige Erklärung des Grundstückseigentümers, sondern nur durch Vereinbarung des Eigentümers mit den begünstigten Grundpfandrechtsgläubigern ausgeschlossen werden. Dies ergebe sich aus § 1196 Abs. 3 BGB. Hiergegen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken, § 78 GBO.

Nach § 19 GBO ist eine Eintragung vorzunehmen, wenn der in seinem Recht dadurch Betroffene sie einseitig bewilligt. Betroffen i. S. d. § 19 GBO von der Eintragung des Ausschlusses des Lösungsanspruchs ist der Inhaber des durch den Lösungsanspruch begünstigten Rechts, nicht der Grundstückseigentümer, gegen den sich der Lösungsanspruch richtet. Den Vorinstanzen und dem OLG Köln (a.a.O.) ist deshalb darin beizupflichten, daß die einseitige Erklärung des Grundstückseigentümers, gegen den sich der Lösungsanspruch richtet, keine geeignete Eintragungsgrundlage für die Eintragung des Ausschlusses des Lösungsanspruchs bezüglich eines durch diesen Lösungsanspruch begünstigten Grundpfandrechts ist. Hier sind aber die bewilligenden Ast. und Grundstückseigentümer auch die Inhaber desjenigen Rechts, das durch den Ausschluß des Lösungsanspruchs betroffen werden soll, nämlich der nachrangigen Eigentümergrundschuld III/5.

Trotzdem wäre der Eintragungsantrag unbeschadet der vorliegenden Eintragungsbewilligung der Antragsteller abzulehnen, wenn der Ausschluß des Lösungsanspruchs gegenstandslos wäre, weil ein Lösungsanspruch zugunsten einer Eigentümergrundschuld aus Rechtsgründen nicht bestehen könnte, in diesem Falle wäre die Eintragung nach § 84 GBO zu löschen, oder wenn der Ausschluß des Lösungsanspruchs nach materiellem Recht eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Inhaber des Lösungsanspruchs und dem Grundstückseigentümer voraussetzte und eine solche Vereinbarung nach der gegebenen Sach- und Rechtslage aus Rechtsgründen nicht zustandekommen könnte, weil in diesem Falle das

Grundbuch unrichtig würde (vgl. Horber/Demharter, 17. Aufl., Anh. § 13 GBO, Anm. 9 m. N.).

Der Lösungsanspruch nach § 1179a Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1192 BGB steht dem Gläubiger einer nach- bzw. gleichrangigen Hypothek (bzw. Grundschuld) gegen den Grundstückseigentümer zu und richtet sich auf Löschung (= Aufhebung) einer vorrangigen oder gleichrangigen Hypothek (Grundschuld), wenn sie zum Zeitpunkt der Eintragung des Rechts des Gläubigers mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt. Nach § 1179b (i. V. m. § 1192 BGB) kann derjenige, der als Gläubiger einer Hypothek (Grundschuld) im Grundbuch eingetragen und nach Maßgabe des § 1155 BGB als Gläubiger ausgewiesen ist, von dem Eigentümer die Löschung dieses Rechts verlangen, wenn es im Zeitpunkt der Eintragung mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinbarung später eintritt. Die Lösungsansprüche sind nach § 1179a Abs. 1 S. 3 und § 1179b Abs. 2 BGB wie durch eine Vormerkung bei dem begünstigten Recht gesichert.

Der Ausschluß des Lösungsanspruchs nach § 1179a Abs. 5 BGB scheitert nach Auffassung des Senats nicht daran, daß das begünstigte Recht III/5 eine Eigentümergrundschuld ist und Gläubiger und Schuldner des Lösungsanspruchs identisch sind. Hieraus folgt nicht, daß ein Lösungsanspruch als Gegenstand des Ausschlusses als rechtlich nicht existent behandelt werden müßte. Dies wäre allerdings der Fall, wenn der gesetzliche Lösungsanspruch nach § 1179a Abs. 1 BGB ausschließlich schuldrechtlich zu beurteilen wäre. Denn nach einem allgemeinen Grundsatz des Schuldrechts erlischt ein Schuldverhältnis, wenn Forderung und Schuld sich in einer Person vereinigen, da der schuldrechtliche Anspruch begrifflich zwei personenverschiedene Subjekte Gläubiger und Schuldner voraussetzt und niemand sein eigener Gläubiger sein kann (Staudinger/Kaduk, 12. Aufl., Vorbem. §§ 362 ff. BGB Rd.-Nr. 19, 34 m. N.). Der Lösungsanspruch wird jedoch als dinglicher oder verdinglichter Anspruch angesehen, der durch die gesetzliche Neuregelung zusätzlicher Rechtsinhalte des Grundpfandrechts geworden ist (so: BGH DNotZ 1987, 511, 512; OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515; MünchKomm./Eickmann, 2. Aufl., § 1179a BGB, Rd.-Nr. 2 m. w. N.; Staudinger/Scherübl, 12. Aufl., § 1179a BGB, Rd.-Nr.). Für dingliche Rechte trifft aber der Grundsatz, daß niemand sein eigener Gläubiger sein kann, nicht zu, da die Eigentümerrechte selbständige dingliche Rechte am eigenen Grundstück sind (so OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515, 516), wie sich am Beispiel der ursprünglichen Eigentümergrundschuld nach § 1196 BGB erweist. Wenn aber die Bestellung einer Grundschuld am eigenen Grundstück möglich ist und der Lösungsanspruch nach der gesetzlichen Neuregelung Inhalt des Grundpfandrechts wird, ist es folgerichtig, den verdinglichten Lösungsanspruch des § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB auch als Inhalt der Eigentümergrundschuld anzuerkennen (so anscheinend auch BGH DNotZ 1987, 511, 512; OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515, 517). Für diese Auffassung spricht schließlich auch, daß auch nach altem Recht bei Eintragung einer Eigentümergrundschuld zugunsten des jeweiligen Gläubigers dieser Grundschuld eine Lösungsvormerkung nach § 1179 BGB eingetragen werden konnte (vgl. Knopp, DNotZ 1969, 278 zu LG Frankfurt DNotZ 1968, 659).

Daß sich im vorliegenden Falle der Lösungsanspruch auf das als Eigentümergrundschuld eingetragene Recht III/4 bezieht, das möglicherweise dem Lösungsanspruch nach § 1196 Abs. 3 BGB noch nicht unterliegt, besagt nicht, daß der Lösungsanspruch — vorerst — gegenstandslos ist. Auch in dem gesetzlich ausdrücklich geregelten Fall, daß die betroffenen Rechte Fremdrechte sind, steht der Lösungsanspruch unter der gesetzlichen Bedingung, daß das vor- oder gleichrangige Recht zum Eigentümerrecht wird. § 1196 Abs. 3 BGB enthält für den Lösungsanspruch bezüglich einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld eine weitere Rechtsbedingung. Der Lösungsanspruch entsteht — im Interesse der Verkehrsfähigkeit der Eigentümergrundschuld — erst unter der zusätz-

lichen Rechtsbedingung, daß die Grundschuld einem anderen als dem Eigentümer zugestanden haben muß. Ist aber der Lösungsanspruch nach § 1179a BGB Inhalt auch der Eigentümergrundschuld, dann muß der Eigentümer, der zugleich Inhaber und Adressat des Lösungsanspruchs ist, in dem auch vom Gesetzgeber (BT Drucks. 8/89, S. 14) anerkannten Interesse der Verkehrsfähigkeit der Eigentümergrundschuld insbesondere als Kreditsicherungsmittel die Möglichkeit haben, den Lösungsanspruch durch einseitige Erklärung auszuschließen. Dies ergibt sich aus § 1196 Abs. 1 und 2 BGB, wonach der Grundstückseigentümer die Eigentümergrundschuld durch einseitige Erklärung gegenüber dem GBA bestellen kann, er kann dann auch den nach allgemeinem Recht, hier § 1179a Abs. 5 BGB für Fremdrechte zulässigen Inhalt einseitig festlegen. Der Senat schließt sich deshalb der vom OLG Braunschweig (a.a.O.) vertretenen Auffassung an.

Entsprechendes gilt für den Lösungsanspruch und seinen Ausschluß nach § 1179b BGB. Der dadurch geregelte Lösungsanspruch liegt im Interesse des Fremdgäubigers (vgl. BGH MittRhNotK 1980, 51, 52). Im Interesse des Eigentümers, der das Recht zur Kreditsicherung erhalten will, liegt es, auch diesen Lösungsanspruch am eigenen Recht auszuschließen. Der Senat hat deshalb schon mit Rücksicht darauf, daß § 1179b Abs. 2 auf § 1179a Abs. 1 S. 2, 3 und Abs. 2 und 5 verweist, keine Bedenken, dem Eigentümer in entsprechender Anwendung des § 1196 Abs. 1 und 2 BGB die rechtliche Möglichkeit zu eröffnen, schon bei Begründung der Eigentümergrundschuld auch diesen Lösungsanspruch auszuschließen.

## **7. Grundbuchrecht — Kein Anspruch auf Bereinigung des Grundbuchs bei Eintragung zwischenzzeitlich gelöschter Zwangsversteigerungsvermerke und Zwangssicherungshypotheken**

(LG Bonn, Beschluß vom 20. 1. 1988 — 5 T 1/88 — mitgeteilt von Dipl.-Rpfl. Wolfgang Bertrams, Waldbröl)

### **GBVfg. §§ 23; 28**

**Der Grundstückseigentümer kann die Bereinigung des Grundbuchs durch dessen Umschreibung bzw. Neuanlegung auch dann nicht verlangen, wenn dort mehrere — inzwischen gelöschte — Zwangsversteigerungsvermerke und Zwangssicherungshypotheken für jeden erkennbar eingetragen sind und der Grundstückseigentümer, dessen wirtschaftliche Lage sich zwischenzzeitlich konsolidiert hat, wegen dieser Dritten noch erkennbaren Eintragungen diskriminierende und kreditschädigende Auswirkungen befürchtet.**

(Leitsatz nicht amtlich)

### **Zum Sachverhalt:**

Mit Schreiben vom 12. 11. 1987 hat der Bf. im Wege der sog. „Grundbuchwäsche“ die Umschreibung der seinen Grundbesitz betreffenden Grundbücher beantragt, weil dort mehrere — inzwischen gelöschte — Zwangsversteigerungsvermerke und eingetragene Zwangssicherungshypotheken für jeden erkennbar eingetragen seien. Er meinte, im Interesse einer übersichtlichen Grundbuchgestaltung sei die Umschreibung erforderlich, zumal die Löschung der in Abt. II und III eingetragenen Vermerke mehrere Jahre zurückläge. Im übrigen sei er Kaufmann, ihm sei es in den letzten Jahren gelungen, sein Unternehmen zu konsolidieren und in die Gewinnzone zu führen, so daß die noch vorhandenen Grundbucheintragungen sich auf ihn als Eigentümer diskriminierend und kreditschädigend auswirkten. Auch deshalb sei eine Umschreibung auf ein neues Grundbuch geboten.

Das AG hat die Neuanlegung der in Rede stehenden Grundbücher abgelehnt. Es hat der hiergegen gerichteten Erinnerung nicht abgeholfen, sondern die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist nach Vorliegen der Nichtabhilfeentscheidung des AG gem. § 11 Abs. 2 RpflG als Beschwerde anzusehen. Als solche ist sie gem. § 71 Abs. 1 GBO zulässig, auch

wenn der abgewiesene Antrag auf Umschreibung sachlich nur als Anregung zu einer unter bestimmten Voraussetzungen von Amts wegen zu treffenden Maßnahme des GBA anzusehen ist (h. M. vgl. LG Köln MittRhNotK 1984, 247 m. N.). In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg.

Das AG — GBA — hat es zu Recht abgelehnt, das Grundbuch umzuschreiben. Wann und unter welchen Voraussetzungen ein Grundbuch neu anzulegen bzw. umzuschreiben ist, regelt sich ausschließlich nach der „Allgemeinen Verfügung über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs“ (GBVfg.). Nach § 23 GBVfg. ist ein Grundbuchblatt grundsätzlich nur umzuschreiben, wenn es für Neueintragungen keinen Raum mehr bietet. Dieser Fall einer notwendigen Umschreibung liegt hier nicht vor.

Nach § 28 Abs. 1 GBVfg. ist ein Grundbuchblatt auch dann umzuschreiben, wenn es unübersichtlich geworden ist. Die vorliegenden Grundbuchblätter sind jedoch beide nicht als unübersichtlich zu bezeichnen. Das eine Grundbuchblatt weist insoweit nur die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf, die in Abt. III zudem an rangletzter Stelle steht und am 29. 4. 1986 gelöscht worden ist. Auch für das andere Grundbuchblatt ist eine Unübersichtlichkeit durch die erfolgten Eintragungen nicht gegeben. So sind dort in Abt. II fünf die Anordnung der Zwangsversteigerung betreffenden Vermerke, die inzwischen gelöscht worden sind, enthalten; in Abt. III sind insoweit neun inzwischen ebenfalls gelöschte Zwangssicherungshypotheken ersichtlich. Indes ist für die Frage der Übersichtlichkeit nicht allein die Anzahl der bisher erfolgten Grundbucheintragungen oder der Zeitablauf entscheidend. Maßgebend ist vielmehr, ob durch eine Vielzahl sich kreuzender Eintragungen und zahlreicher bereits im Grundbuch stehender Veränderungseintragungen die Übersichtlichkeit des Grundbuchs allgemein so sehr gelitten hat, daß eine Orientierung über die gültigen Eintragungen erheblich erschwert oder gar ausgeschlossen ist; auch ist zu prüfen, ob darüber hinaus durch noch weiter vorzunehmende neue Eintragungen die gerade noch vorhandene Übersichtlichkeit zerstört würde (vgl. Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE —, GBR, 3. Aufl. 1985, § 28 GBVfg., Rd.-Nr. 1). Davon kann bei der Zahl der vorliegenden Löschungsvermerke noch nicht gesprochen werden, abgesehen davon, daß die in Abt. III lfd. Nr. 21/5 eingetragene Sicherungshypothek erst am 22. 4. 1987 gelöscht worden ist. Auch wird die Übersichtlichkeit — wie der Rpfl. im angefochtenen Beschluß zutreffend ausgeführt hat — weder durch eingetragene Rangänderungen noch durch sonstige verändernde Eintragungen, die die Übersicht erschweren, beeinträchtigt. Aufgrund der Rangfolge und der sonst gegebenen Klarheit der Eintragungen/Löschungsvermerke kann sich selbst ein Rechtsunfertiger insoweit hier leicht Klarheit darüber verschaffen, welche grundbuchmäßigen Rechte und Lasten gegenwärtig bestehen bzw. eingetragen sind und welche gelöscht worden sind.

Gem. § 28 Abs. 2 Ziff. a. GBVfg. kann ein Grundbuchblatt nach dem Ermessen des Grundbuchbeamten auch dann umgeschrieben werden, wenn es durch Umschreibung wesentlich vereinfacht wird. Hierbei steht der Gedanke der Klarheit der Blattübersicht im Vordergrund, wobei es sich um eine wesentliche und nicht bloß geringfügige Vereinfachung handeln muß, um den durch die Umschreibung bedingten Verwaltungsmehraufwand zu rechtfertigen (vgl. KEHE, § 28 GBVfg., Rd.-Nr. 2; LG Köln, a.a.O.; LG Koblenz, Beschluß vom 1. 8. 1983 — 4 T 409/83 — nicht veröffentlicht.). Eine wesentliche Vereinfachung würde hier aber durch eine Neuanlegung des fraglichen Grundbuchs nicht eintreten. Abgesehen davon, daß — wie der Rpfl. in seiner Nichtabhilfeentscheidung ausgeführt hat — das neu eingeleitete Umlegungsverfahren mit notwendigen Berichtigungen verbunden sein wird und deswegen vor Abschluß des Umlegungsverfahrens derzeit eine Neuanlegung des Grundbuchs ohnehin nicht angebracht erscheint, ist eine maßgebliche Vereinfachung durch eine Neuanlegung der Grundbuchblätter nicht ersichtlich. Es darf hierbei nämlich nicht verkannt werden, daß die Neuanlegung von Grundbuchblättern bei vorhandenen, noch gültigen Eintragungen im alten Grundbuch generell begleitet ist von einem nicht unerheblichen Verwaltungsauf-

wand. So sind nicht nur das Bestandsverzeichnis, sondern auch die in den einzelnen Abteilungen eingetragenen Rechte, Belastungen u. a. auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen und entsprechend neu einzutragen. Hinzu kommt, daß nach Maßgabe des § 30 GBVfg. gelöschte Eintragungen unter ihren bisherigen lfd. Nrn. in das neue Blatt insoweit übernommen werden müssen, als dies zum Verständnis der noch gültigen Eintragungen erforderlich ist. Im übrigen sind nach § 30 Abs. 1 c) GBVfg. die lfd. Nrn. der Eintragungen mit dem Vermerk „gelöscht“ in das neue Grundbuch zu übernehmen.

Abgesehen davon, daß insoweit der Rpfl. beim Grundbuch eine zusätzliche Richtigkeitskontrolle vorzunehmen hat, müßten demnach hier die in Abt. II und III gelöschten Eintragungen unter der lfd. Nr. mit dem Vermerk „gelöscht“ wiederum eingetragen werden. Von einer wesentlichen Vereinfachung kann nach allem daher nicht die Rede sein.

Das weitere Vorbringen des Bf., seine wirtschaftlichen Verhältnisse hätten sich inzwischen geändert, so daß die vorhandenen, von Dritten noch einsehbaren Eintragungen (Löschungen) sich diskriminierend und kreditschädigend für sein Unternehmen auswirkten, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die GBVfg. sieht insoweit keine Umschreibung eines Grundbuchblattes lediglich zu dem Zweck vor, daß das auf dem neuesten Stand befindliche Blatt keine Hinweise mehr auf gelöschte Eintragungen, die dem Grundeigentümer nachteilig sein könnten, enthält (so zutreffend LG Köln, a.a.O.). Dies entspricht nicht dem Zweck des Grundbuchs. Dieses soll nämlich nicht die wirtschaftlichen Verhältnisse des jeweiligen Grundeigentümers wiedergeben, vielmehr handelt es sich — vergleichbar insoweit dem Handelsregister — um ein Bestandsverzeichnis für den Rechtsverkehr bezüglich des eingetragenen Grundeigentums. Eintragungsfähig sind deshalb auch nur bestimmte Rechte und Belastungen. Das Grundbuch dient insoweit auch nicht wie das Schuldnerverzeichnis gem. § 915 ZPO der Offenlegung und Auskunft der Vermögensverhältnisse des jeweils eingetragenen Eigentümers. Anderenfalls könnte sonst nahezu jede Löschung etwa eines Zwangsversteigerungsvermerkes oder eines Grundpfandrechts zum Anlaß für eine Umschreibung genommen werden, was mit einem bei der Vielzahl der Fälle völlig unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand verbunden wäre.

Soweit im neueren Schrifttum (vgl. KEHE, § 28 GBVfg., Rd.-Nr. 3; Vollkommer, Rpfleger 1982, 2; Schiffhauer, Rpfleger 1978, 404 sowie in ZIP 1981, 934) im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Verbot der wirtschaftlichen Diskriminierung eine Umschreibungspflicht des Grundbuchs erörtert und zum Teil bejaht wird, ist dem jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht zu folgen. Ein generelles verfassungsrechtliches Gebot zur Umschreibung des Grundbuchs, weil trotz der (durch Rötung gekennzeichneten) Löschungen ehemalige Eintragungen weiter erkennbar seien, besteht aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht. Ob eine Umschreibungspflicht im Einzelfall wegen schwerwiegender Benachteiligung des Eingetragenen entstehen kann, kann hier dahingestellt bleiben. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Allein die Möglichkeit von Nachteilen aufgrund ehemaliger Eintragungen genügt zur Begründung einer Umschreibungspflicht nicht.

Abgesehen davon, erscheint hierbei auch der rechtliche Ansatz bei der Lösung des erörterten Diskriminierungsverbots nicht vertretbar. Für eine ausreichende Berücksichtigung der Rechte des Grundstückseigentümers bietet insoweit im Einzelfall die Beschränkung der Grundbucheinsicht durch Dritte der zutreffende Ansatz. Die Einsichtnahme in das Grundbuch ist grundsätzlich nämlich nur dem gestattet, der ein „berechtigtes Interesse“ darlegen kann (§ 12 GBO). Ebenso wie die Grundbucheinsicht ist auch die Erteilung von Grundbuchauszügen nicht unbeschränkt zulässig. Datenschutzrechtliche Bestimmungen sind ebenfalls zu berücksichtigen; statt einer Ablichtung ist u. U. nur die Fertigung einer Abschrift, welche sich auf die Wiedergabe bestehender, nicht gelöschter, Rechte/Belastungen usw. im Grundbuch bezieht, zulässig. Auf diese Weise können berechnete Belange des Grundstückseigentümers hinreichend berücksichtigt werden, ohne daß es einer Bereinigung des Grundbuchs durch Umschreibung bzw. Neuanlegung des

Grundbuchs bedürfte. Hierauf besteht ein Anspruch grundsätzlich nicht.

## **8. Liegenschaftsrecht — Keine gesonderte Abgeschlossenheitsbescheinigung für Garagen, die zu einem Wohnungseigentum gehören**

(LG Wuppertal, Beschluß vom 19. 1. 1988 — 6 T 61/88 — mitgeteilt von Notar Michael Kleist, Wuppertal-Elberfeld)

### **WEG §§ 3 Abs. 2 S. 1; 7 Abs. 4 S. 2**

**Bei der Begründung von Wohnungseigentum, zu dem auch eine Garage gehört, braucht über die einheitliche Bezifferung hinaus die Abgeschlossenheit der Garage neben der Abgeschlossenheit des Wohnungseigentums nicht gesondert bescheinigt zu werden.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Mit Teilungserklärung vom 13. 11. 1987 haben die Bet. die Teilung des Grundbesitzes in Wohnungs- und Teileigentum bewilligt und beantragt und hierzu u. a. vorgelegt die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Oberstadtdirektors der Stadt W. nebst dazugehöriger Bauzeichnungen als Aufteilungsplan. Bewilligt und beantragt ist die Aufteilung in 11 Wohnungs- und 7 Teileigentumsrechte, die in Teilungserklärung, Abgeschlossenheitsbescheinigung und Aufteilungsplan übereinstimmend jeweils mit den fortlaufenden Ziff. 1 bis 18 bezeichnet sind. Den Wohnungseigentumsrechten mit Ziff. 1, 2, 5 bis 11 ist jeweils als Bestandteil eine Garage zugeordnet, die in Teilungserklärung und Aufteilungsplan mit der gleichen Ziffer der Wohnung gekennzeichnet ist. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung hat, soweit sie das Bezugsobjekt betrifft, folgenden Wortlaut:

„Wohnungen und sonstige Räume im bestehenden Gebäude  
Wohnungen einschließlich Keller: Ziffern im Aufteilungsplan 1—11  
Garagen: Ziffern im Aufteilungsplan 12—18  
Die vorstehend aufgeführten Wohnungen (Nichtwohnräume und Garagen) sind in sich abgeschlossen.“

Es folgt alsdann der Verweis auf die Aufteilungspläne und die Bestätigung des Erfordernisses der Abgeschlossenheit.

Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat das AG die Vorlage einer Ergänzung der Abgeschlossenheitsbescheinigung erfordert, da in ihr die den Wohnungen zugeordneten Garagen nicht erwähnt seien. Erwähnt seien nur die Garagen mit Ziff. 12—18. Soweit sich die Abgeschlossenheitsbescheinigung auf die „Wohnungen einschließlich Keller“ beziehe, fielen die den Wohnungen zugeordneten Garagen nicht hierunter entsprechend ihrer Bezeichnung in Bauzeichnung und Teilungserklärung. Das LG hat der gegen diese Verfügung eingelegten Beschwerde stattgegeben.

#### **Aus den Gründen:**

Das AG — Rpfl. — hat durch die angefochtene Zwischenverfügung zu Unrecht beanstandet, daß die vorgelegte und gem. § 7 Abs. 4 S. 2 WEG erforderliche Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde sich nicht auf die als Wohnungseigentumsrechte zur Eintragung beantragten Wohnungen mit Ziff. 1, 2 und 5 bis 11 beziehe, soweit diesen als Bestandteil jeweils eine Garage zugeordnet ist, es vielmehr in der Abgeschlossenheitsbescheinigung der ausdrücklichen Erwähnung dieser jeweiligen Garage bedürfe.

Nach dem Wortlaut der Abgeschlossenheitsbescheinigung unter Berücksichtigung des zur Bezeichnung des Bezugsobjektes erfolgten Verweises auf den Aufteilungsplan durch die Inbezugnahme der Ziffern des Aufteilungsplanes ist hinreichend klargestellt, daß auch bezüglich der Wohnungen, denen eine Garage zugeordnet ist, sich die Abgeschlossenheitsbescheinigung einheitlich auf das jeweilige Recht beziehen sollte, auch soweit ein zusätzlicher außerhalb liegender Raum, nämlich die Garage, dem einheitlichen Recht außerhalb des Wohnungsabschlusses zugeordnet ist (vgl. Ziff. 5 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des WEG vom 19. 3. 1974, BAnz. Nr. 58). Denn die jeweils zugeordnete Garage ist nicht nur entsprechend dem Erfordernis in § 7 Abs. 4

letzter Satz WEG in der Teilungserklärung mit übereinstimmender Nummer mit den Wohnräumen des jeweiligen Rechtes bezeichnet, dies gilt vielmehr in Übereinstimmung mit den Anforderungen des § 7 Abs. 4 Ziff. 1 WEG auch für den vorgelegten Aufteilungsplan. Soweit damit in der Abgeschlossenheitsbescheinigung zur Kennzeichnung des Bezugsobjektes die jeweiligen Ziffern im Aufteilungsplan und damit auch der Aufteilungsplan in Bezug genommen ist, ergibt sich daraus, daß eine ausdrückliche Ausgrenzung nicht erfolgt ist, daß entsprechend der zeichnerischen Darstellung und ziffernmäßigen Bezeichnung sämtliche zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume, auch soweit es sich um Räume außerhalb des Wohnungsabschlusses handelt, in die Bescheinigung einbezogen sind, die Abgeschlossenheitsbescheinigung sich mithin jeweils entsprechend der Teilungserklärung an dem jeweiligen Wohnungs- bzw. Teileigentumsrecht orientiert. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß in der Abgeschlossenheitsbescheinigung diese Rechte als Wohnung gekennzeichnet sind, die zugeordnete Garage aber nach ihrer Bezeichnung in Teilungserklärung und Aufteilungsplan nicht zu Wohnzwecken dient. Damit soll ersichtlich nur in Übereinstimmung mit der Terminologie von Ziff. 5 der vorgenannten Verwaltungsvorschrift der Charakter des Rechtes als Wohnungseigentumsrecht (in Abgrenzung zum Teileigentumsrecht) charakterisiert werden, zumal zusätzliche, außerhalb des Wohnungsabschlusses liegende und nicht unmittelbar zu Wohnzwecken dienende Räume an diesem Charakter des Rechtes nichts ändern. Eine solche globale Bezeichnung des Bezugsobjektes und betroffenen Rechtes insgesamt durch die Aufnahme der Ziffer des Aufteilungsplanes und durch die Beschreibung, ob es sich um ein Wohnungs- oder Teileigentumsrecht handelt, ist auch im Rahmen der Bescheinigung gem. § 7 Abs. 4 Ziff. 2 WEG ausreichend. Ein zusätzliches Erfordernis, im Rahmen des jeweiligen Rechtes zusätzliche außerhalb des Wohnungsabschlusses liegende Räume ausdrücklich in der Abgeschlossenheitsbescheinigung zu erwähnen, läßt sich weder der gesetzlichen Regelung entnehmen, noch bestehen hierfür Anhaltspunkte aus der oben genannten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift. Vielmehr entspricht die hier gewählte Bezeichnung und Kennzeichnung dem Muster der Bescheinigung in Anlage zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift. Eine solche Einzeldarstellung ist auch aus sachlichen Gründen jedenfalls dann nicht geboten, wenn wie vorliegend die Abgeschlossenheitsbescheinigung auf den Aufteilungsplan hinsichtlich der ziffernmäßigen Kennzeichnung der Bestandteile des einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechtes verweist, da alsdann begründete Zweifel am Bezugsobjekt nicht eintreten können.

Etwas anderes ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus dem Umstand, daß im Vordruck der Abgeschlossenheitsbescheinigung im Beschrieb zusätzlich die Worte „einschließlich Keller“ enthalten sind. Es handelt sich insoweit — wie ausgeführt — um eine an sich überflüssige Nennung eines zusätzlichen außerhalb des Wohnungsabschlusses liegenden Raumes, aus der aber nach dem Vorausgeschickten nicht der Schluß gezogen werden kann, die Baubehörde habe abweichend von den dargelegten Erfordernissen und der im übrigen vorgenommenen globalen Bezugnahme auf die jeweiligen Rechte und ihre Bestandteile bezüglich zusätzlicher Räume außerhalb des Wohnungsabschlusses die Bescheinigung nur erteilen wollen und erteilt bei einer nochmaligen ausdrücklichen wörtlichen Bezeichnung dieser Räume.

## **9. Gesellschaftsrecht — Keine freie Verfügbarkeit der Mindestbareinlage bei vorherigen Verfügungen über den Einlagebetrag**

(OLG Köln, Beschluß vom 18. 3. 1988 — 2 Wx 9/88 — mitgeteilt von RiOLG Torsten Schmidt-Eichhorn, Köln)

### **GmbHG §§ 8 Abs. 2; 9c S. 1**

**Die Eintragung der GmbH in das Handelsregister ist abzulehnen, wenn der Mindestbetrag der Bareinlage den Geschäfts-**

**führen im Zeitpunkt der Anmeldung nicht mehr in vollem Umfang zur freien Verfügung steht, sondern teilweise anderweitig — auch für Gesellschaftszwecke — verbraucht worden ist.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Bf. und ihr Ehemann haben mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24. 7. 1987 die durch Gesellschaftsvertrag vom selben Tage gegründete GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. In dieser bei Gericht am 29. 7. 1987 eingegangenen Erklärung haben sie in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft u. a. versichert, daß sie als Gesellschafter auf ihre Stammeinlagen in Höhe von jeweils 25.000,— DM jeder einen Betrag in Höhe von 12.500,— DM an die Gesellschaft eingezahlt hätten, daß sich diese Beträge endgültig in ihrer freien Verfügung als Geschäftsführer befänden und daß das Vermögen der Gesellschaft — von den mit der Gründung verbundenen Kosten und Steuern unter 1800,— DM abgesehen — durch keinerlei Verbindlichkeiten vorbelastet sei. Der Ehemann der Bf. ist durch Gesellschafterbeschuß vom 27. 10. 1987 als Geschäftsführer abberufen worden.

Durch Beschluß vom 4. 12. 1987 hat das AG den Antrag auf Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, u. a. die Abtretung aller Geschäftsanteile der in Gründung befindlichen Gesellschaft durch notariellen Vertrag vom 27. 10. 1987 an eine andere GmbH gegen eine „Anerkennungsgebühr“ von 1,— DM pro 25.000,— DM Stammeinlage habe zu Zweifeln Anlaß geboten, ob auf die Stammeinlagen jeweils 12.500,— DM eingezahlt worden seien. Den daher erforderlichen, durch Vorlage der Bankbelege zu führenden Nachweis dieser Einzahlung sei die Gesellschaft trotz Aufforderung schuldig geblieben.

Gegen diesen Beschluß hat die Bf. als Geschäftsführerin der Gesellschaft Beschwerde eingelegt. Im Beschwerdeverfahren hat sie zwei Kontoauszüge vom 4. und 11. 8. 1987 vorgelegt. Der Kontoauszug vom 4. 8. 1987 führt eine Bareinzahlung von 20.000,— DM (Wert 25. 7.), zwei Barauszahlungen von 5.000,— DM und 11.400,— DM (Wert 24. 7.) sowie eine Barauszahlung von 800,— DM (Wert 30. 7.) auf und nennt als alten Saldo 0,00 Haben und als neuen Saldo 2.800,— DM Haben. Der Auszug vom 11. 8. 1987 führt einen ins Haben gebuchten Betrag von 5.000,— DM (Wert 6. 8.), eine weitere Gutschrift über 4.000,— DM sowie zwei Belastungen über 900,— DM und 500,— DM auf und schließt mit einem neuen Saldo von 10.400,— DM Haben.

Durch Beschluß vom 12. 1. 1988 hat das LG die Beschwerde zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, das AG habe die Eintragung zu Recht abgelehnt. Die Voraussetzungen der §§ 7 Abs. 2 und 8 Abs. 2 GmbHG seien nicht erfüllt. Aus dem Kontoauszug vom 4. 8. 1987 ergebe sich, daß entgegen der Versicherung der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Anmeldung weder 25.000,— DM eingezahlt gewesen seien noch dieser Betrag — von Gründungskosten abgesehen — der Gesellschaft zur freien Verfügung gestanden habe. Der überwiegende Teil der Einzahlungen sei vielmehr ausweislich der Erläuterungen auf den Bankauszügen bereits durch Vorbelastungen (Kautions, Fahrzeuge) aufgezehrt gewesen. Der Zweck der vorgeschriebenen Mindesteinzahlung von 25.000,— DM zur Zeit der Anmeldung, ein Minimum an Liquidität der Gesellschaft zu bewirken, habe sich daher nicht erreichen lassen.

Gegen diesen Beschluß hat die Bf. weitere Beschwerde eingelegt. Sie führt aus, die Feststellung des LG, daß zur Zeit der Anmeldung nicht 25.000,— DM eingezahlt gewesen seien, sei unzutreffend. 20.000,— DM seien am 24. 7. 1987 auf das Gesellschaftskonto eingezahlt und dort am nächsten Tag gutgeschrieben worden. Weitere 5.000,— DM habe der Gesellschafter A. H. am 24. 7. 1987 auf das Gesellschaftskonto überwiesen, wo sie aus bankinternen, von ihm nicht zu vertretenden Gründen erst am 6. 8. 1987 gutgeschrieben worden seien. Unzutreffend sei auch die Überlegung des LG, daß die Einzahlungen durch Vorbelastungen überwiegend aufgebraucht gewesen seien. Die Barauszahlung vom 24. 7. in Höhe von 11.400,— DM habe dem Ankauf von drei zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Fahrzeugen gedient. Der Wert dieser Fahrzeuge übersteige den Anschaffungspreis um rund 7.000,— DM. Der Betrag von 5.000,— DM sei als Kautions an einen Kunden gezahlt worden. In den ersten drei Monaten ihrer Tätigkeit habe die Gesellschaft einen Gewinn von 4.483,30 DM erwirtschaftet. Das Bankguthaben der Gesellschaft habe per 30. 9. 1987 rund 14.500,— DM betragen.

Das OLG hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

In der Sache bleibt die weitere Beschwerde ohne Erfolg. Der Senat hat gem. §§ 27 FGG; 550, 551, 561 ZPO nur zu prüfen, ob die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Das ist nicht der Fall.

Bereits die Feststellung des LG, daß der Gesellschaft der Betrag der Mindesteinzahlung auf das Stammkapital in Höhe von

25.000,— DM deshalb im Zeitpunkt der Anmeldung nicht zur freien Verfügung stand, weil der überwiegende Teil der Einzahlung schon durch Vorbelastungen (5.000,— DM Kautionszahlung; 11.400,— DM Aufwendungen für den Erwerb von Fahrzeugen) aufgezehrt war, rechtfertigt die Ablehnung des Eintragungsantrages und daher die Zurückweisung der Erstbeschwerde durch das LG.

Die Vorinstanzen haben zu Recht die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen auch auf die Frage erstreckt, ob der Mindestbetrag der Einzahlung auf das Stammkapital in Höhe von 25.000,— DM im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft noch zur freien Verfügung ihrer Geschäftsführer stand. Nach § 9c S. 1 GmbHG hat das Gericht die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister abzulehnen, wenn sie nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Wenn — wie im vorliegenden Fall — nur Geldeinlagen der Gesellschafter vereinbart sind, müssen vor der Anmeldung mindestens 25.000,— DM auf das Stammkapital eingezahlt sein, § 7 Abs. 2 GmbHG. In der Anmeldung haben der oder die Gesellschafter zu versichern, daß diese Einzahlungen geleistet sind und ihr Gesamtbetrag endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer steht. Das ist nicht der Fall, wenn und soweit Vorbelastungen aus der Zeit vor der Anmeldung vorhanden sind, wenn also der Geschäftsführer über die eingezahlten Beträge nicht mehr frei verfügen kann, sondern sie in bestimmter Weise zur Deckung anderweitig begründeter Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft verwenden muß (vgl. Fleck, GmbHR 1983, 5, 11; Rowedder/Rittner, 1985, § 8 GmbHG, Rd.-Nr. 20). Erst recht steht ein Geldbetrag dem Geschäftsführer nicht mehr zur freien Verfügung, wenn er über ihn im Zeitpunkt der Einreichung des Eintragungsantrages bereits verfügt hat. Deshalb hat sich, wie der BGH entschieden hat (BGHZ 80, 129, 143; vgl. auch BGHZ 80, 182, 184 = DNotZ 1981, 506, 508), die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht bei einer Bargründung auch darauf zu erstrecken, ob und inwieweit das aus Geldeinlagen und -einlagenforderungen gebildete Startkapital bereits durch Verbindlichkeiten vorbelastet ist (vgl. auch Rowedder/Rittner, § 9c GmbHG, Rd.-Nr. 17). Zweifel an der Richtigkeit des Inhalts der Versicherungen der Geschäftsführer zu diesem Punkt geben dem Registergericht Anlaß, im Rahmen der Amtsermittlung (§ 12 FGG) weitere Nachweise zu fordern.

Im vorliegenden Fall stand der Betrag der Mindesteinlage von 25.000,— DM der Gesellschaft schon im Zeitpunkt ihrer Anmeldung bei dem Registergericht nicht mehr ungeschmälert zur freien Verfügung. Ein Betrag von 16.400,— DM war bereits vom Gesellschaftskonto bei der Bank abgehoben und nach den Angaben der Beschwerdeführerin vor dem LG zur Aufbringung einer Kautions und zum Erwerb von Fahrzeugen verwendet worden. Ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Barkapital war daher nicht mehr vorhanden.

Darauf, daß die Gesellschaft mit dem Erwerb der Fahrzeuge einen Gegenwert für die hierzu aufgewandten Mittel erlangt hat, kommt es nicht an. Das neue tatsächliche Vorbringen der weiteren Beschwerde zum Wert der Fahrzeuge kann der Senat nicht verwerten: Die weitere Beschwerde ist Rechtsbeschwerde. Nach §§ 27 FGG; 561 ZPO hat das Rechtsbeschwerdegericht seiner Prüfung den von dem Gericht der Erstbeschwerde festgestellten Sachverhalt zugrunde zu legen. Auf neue Tatsachen und Beweise zu dem von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt kann die weitere Beschwerde daher nicht gestützt werden (vgl. Keidel/Kuntze, 12. Aufl. 1987, § 27 FGG, Rd.-Nr. 43). Zudem vermag die Verwendung eines Teils des Startkapitals für Gesellschaftszwecke die Voraussetzung nicht zu ersetzen, daß bei der Bargründung die Mindesteinlage von 25.000,— DM im Zeitpunkt der Anmeldung ungeschmälert zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen muß. Dieses Erfordernis und seine Prüfung durch das Registergericht dienen nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 80, 129, 143) auch und gerade dazu, den Versuch zu erschweren, die strengerer Eintragungsvoraussetzungen bei der Sachgründung (vgl. § 9c S. 2 GmbHG) zu umgehen. Bei der Bargründung muß das Mindestkapital im Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantra-



ges bei Gericht ungeschmälert vorhanden sein. Es darf — von den durch die Gründung anfallenden Gebühren abgesehen (§ 36 Abs. 2 AktG in entsprechender Anwendung) — nicht durch Aufwendungen auch für Geschäftszwecke ganz oder teilweise verbraucht worden sein. Sollen schon vorher Sachwerte für die künftige Gesellschaft angeschafft werden, so kann der Weg der Sachgründung gewählt werden. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Die vorstehend dargestellten Voraussetzungen müssen jedenfalls im Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrages, d. h. bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister vorliegen. Die gem. § 8 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung bezieht sich auf diesen Zeitpunkt. Da die Voraussetzungen für eine Eintragung der Gesellschaft bereits in diesem Zeitpunkt nicht gegeben waren, kann der Senat offen lassen, ob es für die Eintragung der Gesellschaft darüber hinaus erforderlich ist, daß das eingezahlte Kapital den Geschäftsführern auch noch bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Eintragungsantrag ungeschmälert und ohne Vorbelastungen zur freien Verfügung steht (vgl. hierzu Scholz/Schmidt, 7. Aufl. 1986, § 11 GmbHG, Rd.-Nr. 122). Daß die nach dem Gesagten im Zeitpunkt der Anmeldungen fehlenden Eintragungsvoraussetzungen nachträglich eingetreten wären, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend.

#### **10. Kostenrecht — Gebühr nach § 147 Abs. 1 S. 1 KostO für die Handelsregistereinsicht auch bei Unterschriftsbeglaubigung mit Vertretungsbescheinigung**

(OLG Zweibrücken, Beschluß vom 3. 3. 1988 — 3 W 22/88 — mitgeteilt von Notarassessor Dr. Thomas Steffens, Koblenz)

**KostO §§ 45 Abs. 1 S. 1; 147 Abs. 1 S. 1; 150 Abs. 1**

**Beglaubigt der Notar Unterschriften (hier: vertretungsberechtigter Prokuristen) und stellt er nach Einsicht des Handelsregisters eine Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO aus, so fällt neben den Gebühren nach § 45 Abs. 1 S. 1 KostO für die Unterschriftsbeglaubigung und § 150 Abs. 1 KostO für die Vertretungsbescheinigung auch eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 S. 1 KostO für die Einsicht des Handelsregisters an.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

Im Februar 1987 hat der — hierzu von der Bet. zu 2) beauftragte — Bet. zu 1) auf zwei Vollmachtsvordrucken Unterschriften vertretungsberechtigter Prokuristen beglaubigt und ferner nach Einsicht des Handelsregisters Vertretungsbescheinigungen nach § 21 BNotO ausgestellt. Hierfür hat er der Bet. zu 2) mit Kostenrechnung vom 24. 2. 1987 je zwei Gebühren nach § 45 KostO (für die Beglaubigung der Unterschriften) und nach § 150 KostO (für die Erteilung der Vertretungsbescheinigungen) berechnet. Nicht in Ansatz gebracht hat er eine Festgebühr nach § 147 Abs. 1 KostO für die Einsicht des Handelsregisters. Dies hat der Bet. zu 3) als vorgesetzte Dienstbehörde beanstandet. Daraufhin hat der Bet. zu 1) weisungsgem. die Entscheidung des LG herbeigeführt.

Durch Beschluß vom 28. 12. 1987 hat das LG die über insgesamt 101,— DM lautende Kostenrechnung vom 24. 2. 1987 auf 129,50 DM heraufgesetzt und in den Gründen ausgeführt, daß zusätzlich zu den in der Kostenrechnung aufgeführten Gebühren und Auslagen noch eine Gebühr von 25,— DM zzgl. 14 % Mehrwertsteuer für die Einsicht des Handelsregisters zu erheben sei.

Die Bet. zu 2) hat die Entscheidung des LG angefochten. Sie erstrebt den Wegfall der Gebühr von 25,— DM nebst Mehrwertsteuer.

Das OLG hat die — zugelassene — weitere Beschwerde abgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Der Senat teilt die Auffassung des LG, daß neben den von dem Bet. zu 1) berechneten Gebühren für Unterschriftsbeglaubigung und Erteilung von Vertretungsbescheinigungen zusätzlich eine Festgebühr von 25,— DM nebst Mehrwertsteuer für die Handelsregistereinsicht zu erheben ist.

Nach § 147 Abs. 1 S. 1 KostO erhält der Notar für die Einsicht des Grundbuchs oder Handelsregisters eine Festgebühr von 25,— DM. Dieser Gebührentatbestand wurde durch das Gesetz zur Änderung von Kostengesetzen vom 9. 12. 1986 neu in die KostO aufgenommen und gilt seit 1. 1. 1987. Für Bescheinigungen nach § 21 BNotO, also solche über eine Vertretungsbescheinigung, erhält der Notar die Mindestgebühr des § 33 S. 1 KostO, demnach 15,— DM. Dabei darf er Vertretungsbescheinigungen gem. § 21 Abs. 2 BNotO nur ausstellen, wenn er zuvor das Register oder aber beglaubigte Abschriften desselben eingesehen hat.

Seit Inkrafttreten des neuen § 147 Abs. 1 S. 1 KostO ist umstritten, ob bei Erteilung einer Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO nur die Mindestgebühr des § 33 KostO gem. § 150 Abs. 1 KostO zu erheben ist oder zusätzlich die Festgebühr des § 147 Abs. 1 S. 1 KostO. Nach der einen Auffassung kann und darf der Notar nur eine Gebühr von 15,— DM nach §§ 150 Abs. 1; 33 KostO berechnen, weil § 150 KostO Spezialvorschrift sei (Rohs/Wedewer, § 147 KostO, Rd.-Nr. 4 a. E.; Madert/Schmidt, NJW 1987, 290, 293 [allerdings mit der Bemerkung, daß die Konsequenz „jedoch nicht zu rechtfertigen“ sei]; Hartmann, 22. Aufl., § 147 KostO, Anm. 2 A unter Hinweis auf Madert/Schmidt, a.a.O.). Zum gleichen Ergebnis gelangen Götlich/Mümmeler, KostO, 9. Aufl., Stichwort „Vertretungsbescheinigung“, mit der Begründung, die Einsicht des Registers zur Feststellung der Vertretungsbefugnis sei als bloßes Nebengeschäft nach § 35 KostO gebührenfrei. Nach der Gegenansicht ist bei Erteilung einer Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO neben der Gebühr nach § 150 KostO zusätzlich die Festgebühr nach § 147 Abs. 1 S. 1 KostO zu erheben (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 147 KostO, Rd.-Nr. 12; ders., DNotZ 1987, 131, 138 ff.; Schmidt, JurBüro 1987, 641, 643). Zur Begründung wird angeführt, daß seit Inkrafttreten des neuen § 147 Abs. 1 S. 1 KostO die Handelsregistereinsicht nicht mehr als gebührenfreies Nebengeschäft angesehen werden könne.

Der Senat hält die von der Gegenansicht angeführten Argumente für überzeugend und durchschlagend. Die Einsicht in das Register vor Erteilung einer Vertretungsbescheinigung kann seit Einfügung des neuen Gebührentatbestandes des § 147 Abs. 1 S. 1 KostO nicht mehr als ein — gebührenfreies — Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO angesehen werden. Nebengeschäft ist nach h. M. ein im Verhältnis zum Hauptgeschäft minderwertiges Geschäft ohne selbständige Bedeutung (vgl. z. B. OLG Stuttgart DNotZ 1985, 121, 122; Hartmann, § 35 KostO, Anm. 2 A). Als minderwertiges Geschäft kann die Registereinsicht aber nicht mehr eingeordnet werden, wenn diese nach der gesetzlichen Regelung mit 25,— DM zu vergüten ist, während die Erteilung der Vertretungsbescheinigung nur eine Gebühr von 15,— DM auslöst. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, daß der Notar, der eine Vertretungsbescheinigung erteilt, nicht stets das Register einsehen muß. Legt ihm sein Auftraggeber einen von ihm selbst besorgten beglaubigten Handelsregisterauszug vor, so kann der Notar ohne eigene Einsichtnahme in das Handelsregister die Vertretungsbescheinigung erteilen und erhält dann nur die Gebühr nach §§ 150 Abs. 1; 33 KostO, also 15,— DM. Es leuchtet nicht ein, daß dann, wenn der Notar selbst Einsicht in das Register nehmen muß, diese Tätigkeit trotz gebührenrechtlich höherer Bewertung in § 147 Abs. 1 S. 1 KostO gebührenfrei bleiben soll. Das spricht zugleich gegen die Einstufung des § 150 Abs. 1 KostO als Spezialnorm zu § 147 Abs. 1 S. 1 KostO.

#### **11. Kostenrecht — Keine Gebühr nach § 133 S. 1 KostO bei Bildung vollstreckbarer Teiltitel nach Verteilung einer Grundschuld**

(OLG Hamm, Beschluß vom 1. 3. 1988 — 15 W 144/87 — mitgeteilt von Vors. RiOLG Dr. Joachim Kuntze, Hamm)

**KostO § 133 S. 1  
ZPO § 797 Abs. 2, 3**

**Eine die Gebühr nach § 133 KostO auslösende „weitere“ vollstreckbare Ausfertigung ist nur gegeben, wenn es sich um eine solche i. S. v. §§ 797 Abs. 3; 733 Abs. 3 ZPO handelt.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Notar beurkundete am 10. 4. 1984 Erklärungen eines Dritten, die dieser in Vollmacht für fünf Personen abgab. Die Vollmachtgeber waren zu Bruchteilen Inhaber eines Erbbaurechts und von Miteigentumsanteilen an mehreren Grundstücken. Die Vollmachtgeber bestellten zugunsten einer Bank (Bet. zu 1) eine Grundschuld in Höhe von 833.000,— DM, lastend auf dem erwähnten Erbbaurecht und den Miteigentumsanteilen. Wegen der dinglichen Forderung unterwarfen sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Ferner übernehmen die Vollmachtgeber zu je 1/5 Anteil die persönliche Haftung und unterwarfen sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Der Notar erteilte der Bank eine Ausfertigung der Urkunde, die er mit folgender Zwangsvollstreckungsklausel versah: „Ausgefertigt zum Zwecke der Zwangsvollstreckung für die Bank“.

In der Folgezeit wurde das erwähnte Erbbaurecht in fünf einzelne Wohnungserbbaurechte aufgeteilt, von denen je eines auf die Vollmachtgeber übertragen wurde. Die Grundschuld, die zunächst mit der Anlegung der Wohnungserbbaugrundbücher zu einer Gesamtgrundschuld geworden war, wurde durch Erklärung der Bank gem. §§ 1192, 1132 Abs. 2 BGB so verteilt, daß jedes Wohnungserbbaurecht nur noch für 1/5 des Ausgangsbetrages haftet. Die Verteilung wurde in den Grundbüchern eingetragen, neue Einzelgrundschuldbriefe wurden gebildet. Danach gab die Bank dem Notar die erwähnte vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 10. 4. 1984 zurück mit dem Antrag, ihr gegen den jeweiligen Schuldner einen Teiltitel über den dinglichen und persönlichen Anspruch zu erteilen. Diesem Begehren ist der Notar nachgekommen.

Er hat für diese Tätigkeit der Bank eine Kostenberechnung erteilt, in der er bezüglich eines jeden der fünf Teilschuldner eine Gebühr gem. §§ 32, 133 KostO nebst Schreibgebühren und Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht hat. Mit Schreiben vom 26. 11. 1986 hat die Bank nunmehr im vorliegenden Verfahren beim LG Beschwerde gegen die Kostenberechnung eingelegt und eine Entscheidung dahingehend beantragt, daß dem beteiligten Notar keine Gebühren gem. § 133 KostO zuständen und daß lediglich das Schreibwerk für vier Ausfertigungen abzugelten sei.

Das LG hat der Kostenbeschwerde weitgehend stattgegeben und ausgeführt, die Gebührenvoraussetzungen des § 133 KostO seien im vorliegenden Falle nicht gegeben. Das OLG hat die — zugelassene — weitere Beschwerde des Notars abgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Auch die Annahme des LG, die vom Notar entfaltete und in der Kostenberechnung zugrunde gelegte Tätigkeit, nämlich die Erteilung von fünf vollstreckbaren Teilausfertigungen der Urkunde vom 10. 4. 1984, erfülle die Tatbestandsmerkmale des § 133 KostO nicht, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach § 133 KostO wird für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von notariellen Urkunden die Hälfte der vollen Gebühr dann erhoben, wenn der Eintritt einer Tatsache oder einer Rechtsnachfolge zu prüfen ist (§§ 726 bis 729 ZPO) oder es sich um die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung handelt. Um den letztgenannten Fall handelt es sich hier, entgegen der Ansicht des beteiligten Notars nicht. In dieser Hinsicht gelten folgende Erwägungen, die das LG Bochum im Beschluß vom 30. 12. 1986 — 7 T 541/86 — angestellt und denen sich das Beschwerdegericht im vorliegenden Falle voll inhaltlich angeschlossen hat: Was eine „weitere“ vollstreckbare Ausfertigung i. S. d. § 133 KostO ist, wird nicht durch den allgemeinen, sondern durch den zivilprozessualen Sprachgebrauch bestimmt. Denn die Tätigkeit, für die der Notar nach §§ 141, 133 KostO entschädigt werden soll, ist in § 797 ZPO festgelegt. Von einer „zweiten“ oder „weiteren“ Ausfertigung eines Vollstreckungstitels i. S. d. §§ 797, 733 ZPO kann nur dann die Rede sein, wenn über denselben Anspruch, für den eine zweite oder mehrere weitere Ausfertigungen erteilt werden sollen, bereits eine erste Ausfertigung besteht und sich noch im Verkehr befindet oder bei der zumindest ungewiß ist, ob sie noch im Umlauf oder für jedermann verloren ist. Wenn eine erste Ausfertigung jedoch an die Stelle, die sie erteilt hat (Gericht oder Notar) endgültig zurückgegeben und so dauernd aus dem Rechtsverkehr gezogen wird, kann eine diese Ausfertigung ganz oder teilweise ersetzende neue Ausfertigung nicht als eine „zweite“ Ausfertigung i. S. v. § 733 ZPO angesehen werden. Das ergibt sich

daraus, daß für die Erteilung einer zweiten Ausfertigung i. S. v. § 733 und § 797 Abs. 3 ZPO ein besonderes Verfahren deswegen einzuhalten ist, weil durch die Schaffung eines zweiten, dritten oder mehrerer Vollstreckungstitels über dieselbe Forderung eine besondere Gefahr mehrfacher Inanspruchnahme für den Schuldner liegt und daher für dieses Verfahren nicht der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, sondern der Rpfl. zuständig ist (vgl. §§ 724 und 733 ZPO i. V. m. § 20 Ziff. 12 und 13 RpflG). Eine zweite oder sonstige weitere Ausfertigung ist nach § 733 Abs. 3 ZPO ausdrücklich als eine solche zu bezeichnen.

Wird eine zuerst erteilte vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde dem Urkundsnotar zurückgegeben und ersetzt er sie durch eine andere vollstreckbare Ausfertigung oder Teilausfertigung, so braucht der Notar eine Entscheidung des Gerichts gem. § 797 Abs. 3 ZPO nach einhelliger Auffassung nicht einzuholen (vgl. z. B. RGZ 50, 365, 366, 367; OLG Düsseldorf DNotZ 1977, 571 mit zust. Anm. Brambring; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, § 47, Rd.-Nr. 47.7). Das gleiche gilt bei der Ersetzung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines vom Gericht erlassenen Titels; auch in diesem Falle ist der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zuständig, bei Rückgabe der ersten Ausfertigung eine neue Ausfertigung zu erteilen (Zöller/Stöber, 14. Aufl., § 733 ZPO, Rd.-Nr. 3).

Ein „zweite“ oder „weitere“ vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde (oder eines gerichtlichen Titels) liegt daher nur dann vor, wenn die erste Ausfertigung nicht an die Stelle, die den Titel geschaffen hat, zurückgegeben wird, sich also noch im Rechtsverkehr befindet oder zumindest befinden kann (vgl. Wolfsteiner, a.a.O., 47.1 bis 47.7; Zöller/Stöber, § 733 ZPO, Rd.-Nr. 2 und 3; OLG Düsseldorf, a.a.O.; KG OLGZ 1973, 112, 114, 115; Göttlich/Mümmeler, KostO, 9. Aufl., Stichwort „Vollstreckbare Ausfertigung“, Rd.-Nr. 1.1; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 133 KostO, Rd.-Nr. 17; Rohs/Wedewer, 2. Aufl., § 133 KostO, Anm. II a 3; Bartenbach u. a., Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 19. Aufl., — zuvor: Kersten/Bühling/Appel/Kanzleiter —, § 15, Rd.-Nr. 129 und 130).

Nach diesen Rechtsgrundsätzen sind die vom Bet. zu 2) im vorliegenden Falle neu erteilten vollstreckbaren Ausfertigungen keine „weiteren“ i. S. d. § 133 KostO, weil die erste vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 10. 4. 1984 zum endgültigen Verbleib an den Notar zurückgegeben worden ist; die neu erteilten Einzelausfertigungen über Teilbeträge sind auch nicht als „zweite“ vollstreckbare Ausfertigungen gem. § 733 Abs. 3 ZPO bezeichnet.

#### **12. Kostenrecht — Keine analoge Anwendung des § 107 Abs. 3, 4 KostO bei Erbschein, der nur für bestimmte Zwecke benötigt wird**

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19. 1. 1988 — 10 W 164/87 — mitgeteilt von Notar Josef Baum, Moers)

#### **KostO § 107 Abs. 3, 4**

**Benötigt der alleinige Erbe den Erbschein nur, um die Erbfolge hinsichtlich einzelner zum Nachlaß gehöriger Vermögensgegenstände (hier: Aktien) nachzuweisen, ist bei der Berechnung der Kosten gleichwohl vom Wert des reinen Nachlasses (§ 107 Abs. 2 S. 1 KostO) als Geschäftswert auszugehen. Die Regelung des § 107 Abs. 3, 4 KostO kann nicht analog angewandt werden.**

(Leitsätze nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Erblasser hat die Bet. zu 1) in einem notariellen Testament zu seiner Alleinerbin eingesetzt. Gleichwohl hat der Arbeitgeber des Erblassers von ihr die Vorlegung eines Erbscheins zum Zwecke der Aushändigung von Belegschaftsaktien verlangt.

Das AG hat durch den angefochtenen Beschluß den Antrag der Erstbeteiligten, die Gebühr für die Erbscheinserteilung nur nach dem Wert der Aktien zu berechnen, zurückgewiesen, weil eine analoge Anwendung des § 107 Abs. 3 und 4 KostO nicht zulässig sei. Gegenteiliger Auffassung war das LG. Auf die zugelassene weitere Beschwerde hierzu hat das OLG die Rechtsauffassung des AG bestätigt.

#### Aus den Gründen:

Wird das Erbrecht eines Alleinerben bescheinigt, so gleicht der Geschäftswert im Regelfall dem Wert des reinen Nachlasses; lediglich ausnahmsweise sind geringere Werte anderer Gegenstände maßgebend. Zu dem vorliegenden Fall, daß der Erbe kraft des Erbscheines lediglich sein Recht an Aktien nachweisen will, ist nichts Abweichendes geregelt. Er ist daher nach § 107 Abs. 2 S. 1 KostO zu beurteilen. Die Abs. 3 und 4 des § 107 KostO sind nicht analog anzuwenden. Denn die gesetzlichen Vorschriften sind weder planwidrig lückenhaft, noch verletzen sie den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Daß § 107 KostO Fahrnis oder Rechte anders als Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, Schiffe und Schiffsbauwerke beurteilt, ist nicht willkürlich. Die dingliche Rechtslage von Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten, eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken wird durch Grundbücher oder Register ausgewiesen. Sie unterliegt, was

rechtsgeschäftliche Erklärungen angeht, sachenrechtlichen Regeln (vgl. insbesondere §§ 873, 892, 925, 929, 932 BGB). Lappe (in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 10. Aufl., § 107 KostO, Rd.-Nr. 60), auf dessen Meinung sich das LG stützt, hält es zwar für geboten, entgegen dem Wortlaut des § 107 KostO in entsprechender Anwendung des § 106 Abs. 3 2. Halbs. KostO den vollstreckenden Gläubiger (vgl. § 792 ZPO) zu begünstigen. Diesem Fall gleicht der vorliegende jedoch nicht. Der Gläubiger ist im Gebrauch des ihm erteilten Erbscheines auf die Vollstreckung beschränkt; die Kostenschuldnerin hingegen ist es nicht. Ein Erbschein zum beschränkten Gebrauch wurde ihr nicht erteilt und hätte ihr auch nicht erteilt werden dürfen (vgl. § 7a Abs. 3 des Bundesrückerstattungsgesetzes; § 181 Abs. 3 S. 1 des Bundesentschädigungsgesetzes). Werden Erbscheine erlaubt zu beschränktem Gebrauch erteilt, so kann regelmäßig gem. § 107a Abs. 2 KostO verfahren werden. Wird der Erbschein, der zum beschränkten Gebrauch erteilt ist, allgemein gebraucht, so ist der Gläubiger zu benachrichtigen. Kosten sind alsdann nachzuerheben. Im vorliegenden Fall kann nicht vergleichbar verfahren werden. Im übrigen würde die Ansicht der Kammer den Geschäftswert gegen Null tendieren lassen, falls der Erbe darlegte und glaubhaft machte, er wolle den Erbschein im Rechtsverkehr (z. B. nur zur Verfolgung eines Affektionsinteresses) verwenden.

## Mitteilungen

### 1. Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation

(BMAusw., Bekanntmachung vom 25. 1. 1988 — BGBl. II 1988, 154)

Das Übereinkommen vom 5. 10. 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (BGBl. II 1965, 875) ist nach seinem Art. 12 Abs. 3 im Verhältnis zu Brunei Darussalam am 3. 12. 1987 in Kraft getreten.

### 2. Abzugsfähigkeit von Erbbauzinsen als dauernde Lasten i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG

(OFD Münster, Verfügung vom 24. 2. 1988 — S 2221 — 162 — St 16 — 31)

Nach dem Wegfall der Nutzungswertbesteuerung können Erbbauzinsen, die im Zusammenhang mit der Selbstnutzung einer Wohnung im eigenen Haus anfallen, nicht (mehr) im Rahmen des § 21 Abs. 2 EStG als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abgezogen werden.

Ein Abzug als Sonderausgaben (dauernde Last) kommt — mit Ausnahme des Regelungsbereichs des § 10e Abs. 6 EStG — ebenfalls nicht in Betracht, weil es sich um Kosten der Lebensführung i. S. d. § 12 Nr. 1 EStG handelt und diese Vorschrift dem § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG vorgeht. Dies ergibt sich auch aus dem Regelungsgehalt des § 10e EStG, der die Anwendung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG ausschließt.

Im übrigen würde ein Abzug als dauernde Last auch daran scheitern, daß das Erbbaurecht einem verdinglichten Mietrechtsverhältnis nahekommmt. Der Erbbauzins stellt demnach ein Nutzungsentgelt dar, dem eine gleichwertige Gegenleistung des erbbauverpflichteten Grundstückseigentümers in Form der laufenden Nutzungsüberlassung des Grundstücks gegenübersteht.

### 3. Steuerliche Anerkennung von Gewinnabführungsverträgen bei Organgesellschaften i. S. d. § 17 KStG — Erfordernis einer Handelsregister-Eintragung

(OFD Köln, Verfügung vom 1. 2. 1988 — S 2770 — 9 — St 131)

Es ist die Frage aufgetaucht, ob der Gewinnabführungsvertrag einer Organgesellschaft, die die Rechtsform der GmbH hat,

zu seiner steuerrechtlichen Anerkennung der Eintragung in das Handelsregister bedarf.

Der Bundesminister der Justiz hat dazu mitgeteilt, daß zu der zivilrechtlichen Vorfrage, ob die Wirksamkeit eines von einer abhängigen GmbH abgeschlossenen Unternehmensvertrags von dessen Eintragung in das Handelsregister abhängt, keine vollkommen eindeutige Rechtslage bestehe.

In einer Erörterung des BMF mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder bestand Einvernehmen darüber, daß Gewinnabführungsverträge einer Organgesellschaft in der Rechtsform der GmbH, die nicht in das Handelsregister eingetragen sind, bis zur abschließenden Klärung der zivilrechtlichen Vorfrage für steuerrechtliche Zwecke nicht beanstandet werden sollen.

**Anm. d. Schriftleitung:** Vgl. BMF-Schreiben vom 1. 10. 1987, MittRhNotK 1987, 289.

### 4. Gesetz zur Ausführung der EG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14. 4. 1988

(BGBl. I 1988, 514)

Das Gesetz zur Ausführung der EG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14. 4. 1988 wird am 1. 1. 1989 in Kraft treten. Nach § 1 des Gesetzes sind, soweit nicht die EG-Verordnung Nr. 2137/85 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) gilt, auf eine solche Vereinigung mit Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes die Vorschriften des EWIV-Ausführungsgesetzes, im übrigen die für eine Offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Für die notarielle Praxis bedeutsam sind die §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Handelsregisteranmeldung. Durch § 16 Abs. 2 des Gesetzes wird § 26 KostO geändert. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, daß bei einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung ein Betriebseinheitswert nach nationalem Steuerrecht nicht festgestellt wird. Bei der Berechnung des Stufenwertes nach § 26 Abs. 3 KostO ist daher von dem Wert auszugehen, der sich bei Zugrundelegung der nach § 180 Abs. 1 Nr. 3 AO zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellten Werte nach Kürzung der Summe der Werte aller vermögenssteuerpflichtigen Wirtschaftsgüter um alle Abzüge ergibt.

**Heckschen, Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte**, 1987, Nomos Verlagsgesellschaft, 39,— DM

Wenn im Zusammenhang mit § 313 BGB von mittelbaren Grundstücksgeschäften oder mittelbaren Verpflichtungen die Rede ist, so ist damit zumeist folgende Fallgestaltung gemeint: Die eingegangene Verpflichtung hat nicht unmittelbar die Veräußerung oder den Erwerb von Grundstückseigentum zum Inhalt; mit ihr kann auch — anders als beim Vorvertrag — der Abschluß eines in § 313 BGB geregelten Vertrages nicht rechtlich erzwungen werden. Sie begründet jedoch — über den Umweg der Vereinbarung finanzieller Nachteile<sup>1</sup> — den wirtschaftlichen Zwang zum Abschluß eines Erwerbs- oder Veräußerungsvertrages<sup>2</sup>. Rechtsprechung und Literatur halten Vereinbarungen dieser Art, die häufig, aber nicht nur zwischen Immobilienmaklern und ihren Auftraggebern getroffen werden, gem. § 313 BGB für formbedürftig<sup>3</sup>.

Heckschen greift in seiner Untersuchung über diesen Teilaspekt des § 313 BGB hinaus. Er versteht unter mittelbaren Grundstücksgeschäften alle Rechtsgeschäfte, die entweder „nicht unmittelbar eine Veräußerungs- bzw. Erwerbsverpflichtung zum Inhalt haben“ oder „nicht unmittelbar auf eine Veränderung der Eigentumszuordnung abzielen, sondern lediglich die Zuordnung des Eigentums zu natürlichen Personen verändern (Anteils- bzw. Gesellschaftsübertragung)“ (S. 41). In der ersten Fallgruppe werden insbesondere die Formbedürftigkeit des Auftrags, der Vollmacht, der Genehmigung vollmachtlosen Handelns sowie solcher Vereinbarungen untersucht, die im Zusammenhang mit dem eigentlichen Grundstücksgeschäft stehen, wie etwa Darlehnsvertrag und Bauvertrag. In der zweiten Fallgruppe erörtert Heckschen die Formbedürftigkeit von Gesellschaftsverträgen und Anteilsübertragungen unter dem Aspekt des § 313 BGB.

1. Die Formbedürftigkeit des Auftrags kann sich aus einer Veräußerungsverpflichtung des Beauftragten und einer Erwerbsverpflichtung des Auftraggebers oder des Beauftragten ergeben.

a) Der Auftrag begründet die Verpflichtung des Beauftragten, ein in Erfüllung des Auftrages erworbenes Grundstück an den Auftraggeber zu übereignen. Gleichwohl haben es Rspr. und h. L. stets abgelehnt, den Auftrag (Geschäftsbesorgungsvertrag) unter dem Aspekt der Veräußerungsverpflichtung des Beauftragten dem Formzwang des § 313 BGB zu unterwerfen; dies deshalb, weil die Veräußerungspflicht des Beauftragten lediglich gesetzliche Folge (§ 667 BGB) und nicht vertraglicher Inhalt des Auftrags sei<sup>4</sup>. Zudem bedürfe der Beauftragte ohnehin nicht des Schutzes des § 313 BGB, da er hinsichtlich des Grundstückseigentums von vornherein nur wirtschaftliche Durchgangsstelle sei<sup>5</sup>. Mit Recht weist Heckschen darauf hin, daß die Übereignungspflicht des Beauftragten sehr wohl vertraglicher Inhalt und nicht bloße gesetzliche Folge des Auftrages sei<sup>6</sup>. Die Übereignungsverpflichtung des Auftragnehmers stehe erkennbar „im Mittelpunkt der vertraglichen Abrede“ und sei „den Willenserklärungen der Beteiligten zumindest konkludent zu entnehmen“ (S. 63). Auch der Gesichtspunkt der „wirtschaftlichen Durchgangsstelle“ ist nach Heckschen nicht geeignet, eine Anwendung des § 313 BGB auszuschließen. Gerade beim Durchgangserwerb bestehe die besondere Gefahr, Grundstückseigentum ohne Schwierigkeiten wie jedes

beliebige Wirtschaftsgut zu verschieben. § 313 BGB wolle aber verhindern, daß mit Grundstücken leichtfertig gehandelt werde. Insgesamt kommt Heckschen daher zu dem Ergebnis, daß bereits die Veräußerungsverpflichtung des Beauftragten zur Beurkundungsbedürftigkeit des Auftrages führt.

b) Das Bestehen einer Erwerbsverpflichtung des Auftraggebers wird in der Literatur gelegentlich unter Hinweis auf § 671 BGB (jederzeitiges Widerrufsrecht des Auftraggebers) verneint<sup>7</sup>. Das Widerrufsrecht verhindert jedoch nicht das Entstehen einer Erwerbspflicht, sondern kann, sofern es ausgeübt wird, allenfalls nachträglich die bereits entstandene Erwerbsverpflichtung wieder entfallen lassen<sup>8</sup>. Die Möglichkeit, sich — etwa durch Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts — von einem nach § 313 BGB „an sich“ formbedürftigen Vertrag zu lösen, kann jedoch den Formzwang nicht beseitigen<sup>9</sup>. Im Ergebnis bejaht denn auch Heckschen die Formbedürftigkeit des Auftrags unter dem Aspekt der Erwerbsverpflichtung des Auftraggebers. Für die Fälle, in denen der Auftrag mit einer Vollmacht verbunden, also kein dinglicher Zwischenenerwerb durch den Beauftragten beabsichtigt ist, begründet Heckschen dies mit der dem Auftragnehmer eingeräumten Rechtsmacht, den Auftraggeber zu verpflichten. Bei beabsichtigtem dinglichen Zwischenenerwerb des Auftragnehmers leitet er die Formbedürftigkeit aus dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Zwangs zum Erwerb ab. Dieser Zwang werde bereits durch die in § 670 BGB festgelegte Aufwendungsersatzpflicht des Auftraggebers begründet.

c) Auch unter dem Aspekt der Erwerbsverpflichtung des Auftragnehmers bejaht Heckschen die Formbedürftigkeit des Auftrags zur Grundstücksverschaffung. Der ausführliche Lösungsweg von Heckschen kann hier nicht im einzelnen wiedergegeben werden. Hier nur soviel: Heckschen begründet die Formbedürftigkeit vor allem mit dem Warn- und Schutzzweck des § 313 BGB. Dort, wo der Auftragnehmer das Grundstück mit eigenen Mitteln erwerben solle, erfordere bereits das Risiko der Illiquidität des Auftraggebers, den Beauftragten vor dem leichtfertigen Eingehen der Erwerbsverpflichtung zu schützen. Bei einem Erwerb auf Rechnung des Auftraggebers sei ein Übereilungsschutz des Beauftragten unter einem anderen Gesichtspunkt geboten. Der Beauftragte könne nämlich nur allzu leicht verkennen, daß es nicht um den Handel mit einem beliebigen Wirtschaftsgut gehe, sondern Grundstückseigentum betroffen sei, dem eine besondere wirtschaftliche und soziale Bedeutung zukomme. Im Anschluß hieran wendet Heckschen die erzielten Ergebnisse auf Baubetreuungs- und Bauträgerverträge an und bejaht ihre Formbedürftigkeit.

2. Die Erteilung der Vollmacht bedarf nach § 167 Abs. 2 BGB nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Die Bestimmung ist wenig glücklich<sup>10</sup>. Ihre strikte Beachtung verfehlt in den Fällen, in denen die Formvorschrift Warn- und Schutzzwecke verfolgt, den Formzweck in bezug auf den Vertretenen. Die Beurkundungsbedürftigkeit des späteren Vertretergeschäfts (Grundstückskaufvertrag) und die Einhaltung des Formerfordernisses ändern hieran nichts. Für den Vertretenen geht es bereits um den Schutz bei Vollmachterteilung. Rspr. und L. halten die Vollmacht abweichend von § 167 Abs. 2 BGB für formbedürftig, wenn sie sich — so eine häufig wiederkehrende Formulie-

1 Vertragsstrafe, pauschalierter Schadensersatz, Provision.

2 MünchKomm/Kanzleiter, 2. Aufl. 1985, § 313 BGB, Rd.-Nr. 35; Soergel/M. Wolf, 11. Aufl. 1986, § 313 BGB, Rd.-Nr. 31.

3 Vgl. neben den vorstehenden Nachweisen BGH NJW 1979, 307; 1980, 1622; 1987, 54.

4 BGH NJW 1978, 2505; 1981, 1267 (1268); Soergel/M. Wolf, § 313 BGB, Rd.-Nr. 42.

5 BGH NJW 1983, 566; Staudinger/Wufka, 12. Aufl. 1979, § 313 BGB, Rd.-Nr. 72.

6 Überzeugend Erman/Battes, 7. Aufl. 1981, § 313 BGB, Rd.-Nr. 24.

7 Staudinger/Wufka, § 313 BGB, Rd.-Nr. 90.

8 Und dies auch nur bis zum Abschluß des Grundstückskaufvertrages zwi-

schen dem Beauftragten und dem Dritten; danach ist das Widerrufsrecht ausgeschlossen (Schwanecke, NJW 1984, 1588).

9 BGH NJW 1981, 1267 (1268); NJW 1988, 132.

10 Der Gesetzgeber wollte mit § 167 Abs. 2 BGB die Selbständigkeit der Vollmachterteilung gegenüber dem Vertretergeschäft hervorheben, vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1896, 25. Hierzu Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975, 861: „Die Vorstellung der Selbständigkeit der Vollmacht ist in § 167 Abs. 2 BGB doktrinar verwirklicht, ohne daß man die sich aus dem Zusammenhang von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft ergebende Problematik gesehen hat.“

— nur als äußeres Gewand darstellt, in das die Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb von Grundstückseigentum eingekleidet wird, und durch die Vollmacht bereits die gleiche tatsächliche oder rechtliche Bindung eintreten soll und eintritt wie durch den Veräußerungs- oder Erwerbsvertrag; die Vollmacht mithin die Grundstücksveräußerung oder den Grundstückserwerb nur verdeckt<sup>11</sup>. Ein Formzwang wird danach insbesondere bei Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht bejaht<sup>12</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Vollmacht aus Rechtsgründen nicht widerrufen werden kann, oder ihr Widerruf faktisch ausgeschlossen oder zumindest erheblich erschwert ist, etwa durch Vereinbarung finanzieller Nachteile für den Fall des Widerrufs<sup>13</sup>. Demgegenüber bejaht Heckschen sowohl die Formbedürftigkeit der unwiderruflichen wie auch der widerruflichen Vollmacht zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundbesitz. Für die unwiderrufliche Vollmacht begründet er dies mit der Aufgabe der Entscheidungsfreiheit des Vollmachtgebers, vor deren übereilten Preisgabe § 313 BGB schützen wolle. Der widerrufliche Bevollmächtigte bedürfe ebenfalls des Schutzes des § 313 BGB, weil er, sofern er nicht widerrufe, ohne vorherige Warnung und Bekehrung durch das spätere Vertretergeschäft verpflichtet werde. Der Formzwang entfalle dagegen, wenn bereits das betreffende Grundgeschäft beurkundet worden sei. Die Genehmigung vollmachtlosen Handelns bedarf nach § 182 Abs. 2 BGB auch dann nicht der Form, wenn das Vertretergeschäft beurkundungsbedürftig war. Anders als bei der Vollmacht sieht die herrschende Meinung keine Veranlassung, hiervon abzuweichen<sup>14</sup>. Nach Heckschen hingegen ist auch die Genehmigungserklärung im Falle des § 313 BGB formbedürftig, weil sie stets „unwiderruflich“ und bindend sei. Mit der Genehmigung begeben sich der vollmachtlos Vertretene endgültig seiner Entscheidungsfreiheit<sup>15</sup>. Sowohl bei der Vollmacht wie auch bei der Genehmigung kann — worauf Heckschen zutreffend hinweist — nur eine analoge Anwendung des § 313 BGB in Betracht kommen.

3. Bei zusammengesetzten Verträgen erstreckt sich der Formzwang für den Grundstückskaufvertrag auch auf den mit ihm zusammenhängenden weiteren, an sich formfreien Vertrag, sofern beide eine rechtliche Einheit bilden. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung, ob die mehreren Vereinbarungen derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander stehen oder fallen sollen<sup>16</sup>. Darüber, wann dies der Fall ist, gehen jedoch die Meinungen auseinander<sup>17</sup>. Heckschen bejaht die Formbedürftigkeit des mit dem Grundstückskaufvertrag in Zusammenhang stehenden weiteren Vertrages, wenn entweder beide Verträge in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen<sup>18</sup>, oder wenn durch den weiteren Vertrag („Parallelvereinbarung“) eine faktische Verpflichtung (mittelbarer Zwang) zum Abschluß des Grundstücksvertrages begründet wird. Letzteres sei bei einem Bauwerksvertrag, der vor Abschluß des Grundstückskaufvertrages geschlossen werde, regelmäßig der Fall, bei einem Darlehnsvertrag hingegen nicht. Die Parallelvereinbarung bedürfe keiner Form, wenn in ihr ein freies Rücktrittsrecht enthalten<sup>19</sup> oder sie nach Abschluß des Grundstückskaufvertrages getroffen worden sei.

4. Abschließend erörtert Heckschen die Formbedürftigkeit von gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen (Gesellschaftsver-

träge, Anteilsübertragungen) im Hinblick auf § 313 BGB. Hier sei nur ein Teilaspekt herausgegriffen, nämlich die Form von Anteilsübertragungen bei Grundstücksgesellschaften des Personengesellschaftsrechts. Unter Grundstücksgesellschaften versteht Heckschen Gesellschaften, deren Vermögen ausschließlich oder nahezu ausschließlich aus Grundbesitz besteht. Heckschen bejaht in entsprechender Anwendung des § 313 BGB die Formbedürftigkeit der Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb sämtlicher oder einzelner Anteile an einer solchen Gesellschaft. Für den übertragenden Gesellschafter habe die Anteilsübertragung die gleiche Bedeutung wie die unmittelbare Grundstücksübertragung. Der Schutzzweck des § 313 BGB gebiete daher eine analoge Anwendung der Vorschrift. Entsprechendes gelte für die Verpflichtung zum Erwerb derartiger Anteile. Heckschen weicht damit von der Rechtsprechung des BGH ab, der die Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung von Mitgliedschaftsrechten an einer Personengesellschaft selbst dann für formfrei wirksam hält, wenn das Gesellschaftsvermögen im wesentlichen aus Grundbesitz besteht, und lediglich Ausnahmen im Fall einer bewußten Umgehung des § 313 BGB zulassen will<sup>20</sup>. Der BGH stellt demgegenüber im Interesse der Rechtssicherheit auf den Wortlaut des § 313 BGB ab<sup>21</sup>.

5. Damit ist zugleich ein wesentlicher Gesichtspunkt angesprochen, der über die Frage der Formbedürftigkeit der Anteilsübertragung hinausreicht. Die von Heckschen befürworteten, häufig im Wege der Analogie gewonnenen Ergebnisse weichen in vielen Fällen (etwa bei Vollmacht und Genehmigung, teilweise aber auch beim Auftrag) von der bisherigen Rechtsprechung ab. Den denkbaren Einwand, er habe — unter Vernachlässigung der Erfahrungen mit der geänderten Rechtsprechung zur Bezugnahme auf Baubeschreibungen — die praktischen Folgen der von ihm vertretenen Ansichten nicht hinreichend bedacht, sieht Heckschen wohl, versucht ihn aber wie folgt zu entkräften: Der Schutz des Vertrauens auf die Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung zu § 313 BGB sei jedenfalls bei der Vollmacht und der Genehmigung, vor allem aber beim Auftrag eingeschränkt, da Stimmen in der Literatur schon seit längerem eine Formbedürftigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte befürworten. Das Urteil des BGH zur Formfreiheit der Übertragung von Anteilen an Grundstücksgesellschaften sei erst im Jahre 1983 ergangen; von einer gefestigten Rechtsprechung könne hier noch nicht gesprochen werden. Entschärft — so Heckschen — würde die Problematik dann, wenn sich die Auffassung durchsetzen sollte, daß es der Judikatur verwehrt sei, bereits im ersten zu entscheidenden Fall von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Im übrigen würden die Folgen der von ihm vorgeschlagenen Normanwendung durch § 313 S. 2 BGB gemildert. Auch wer Heckschen insoweit nicht folgen mag<sup>22</sup>, wird einräumen können, daß die von ihm vertretenen Ansichten bedenkenwert und in der Begründung teilweise auch überzeugend sind als die bislang von der herrschenden Meinung vertretenen.

Insgesamt bleibt festzuhalten: Eine umfassende und gedankenreiche Bearbeitung, deren Lektüre jedem, der mit den angesprochenen Problemen befaßt ist, sehr empfohlen werden kann.

Notarassessor Heiner Roemer, Bonn

11 Vgl. nur BGH WM 1965, 1006; 1967, 1039 (1040). Die in diesen Entscheidungen enthaltenen, auf die Vollmacht zur Grundstücksveräußerung bezogenen Formulierungen gelten seit dem 1. 7. 1973 in gleicher Weise für die Vollmacht zum Grundstückserwerb, vgl. Kanzleiter, DNotZ 1973, 522. S. ferner BGH DNotZ 1979, 684 m. Anm. Kanzleiter.

12 Vgl. die in der vorstehenden Fn. enthaltenen Rechtsprechungsnachweise. Soergel/Leptien, 12. Aufl. 1987, § 167 BGB, Rd.-Nr. 12.

13 Soergel/Leptien, § 182 BGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Heinrichs, 47. Aufl. 1988, § 182 BGB, Anm. 2a; a. A. etwa MünchKommThiele, 2. Aufl. 1984, § 167 BGB, Rd.-Nr. 23; § 177 BGB, Rd.-Nr. 34.

14 Der Formzwang für die Genehmigungserklärung entfällt jedoch, wenn bereits das Grundgeschäft beurkundet worden sei oder durch andere Vorschriften (§§ 1821, 1822, 1643 BGB) Warnung und Belehrung sichergestellt seien.

16 BGH NJW 1987, 1069; 1988, 132.

17 Vgl. hierzu ausführlich Korte, DNotZ 1984, 3, 10 ff., 82 ff.

18 Kriterien für das Vorliegen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses sind nach Heckschen, daß Parallelvertrag und Grundstücksvertrag Zug um Zug abgewickelt werden, Leistungsstörungen in einem Bereich auch den anderen Bereich erfassen, Gestaltungsrechte nur einheitlich ausgeübt werden können, die Erfüllung nur durch Begleichung aller Verbindlichkeiten herbeigeführt werden kann und Gewährleistungsansprüche sich auf das gesamte Schuldverhältnis auswirken sollen (S. 114).

19 A. A. aber BGH NJW 1988, 132.

20 BGH NJW 1983, 1110.

21 BGH NJW 1983, 1110.

22 Zur Bedeutung der Rechtssicherheit für die vorsorgende Rechtspflege vgl. ausführlich Brambring, 23 ff., sowie Hagen, 34, jeweils im Sonderheft der DNotZ zum 22. Deutschen Notartag 1985.