

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung

Gesetz: Erbbaurechtsverordnung § 9; BGB § 883

Rechtssatz: Neben einem für die ganze Dauer des Erbbaurechts fest bestimmten Erbbauzins kann eine schuldrechtliche Verpflichtung vereinbart werden, daß zu bestimmten Zeitpunkten die Höhe des Erbbauzinses veränderten Umständen angepaßt wird.

Die Eintragung des neufestzusetzenden Erbbauzinses als Reallast im Grundbuch kann jedenfalls dann durch Vormerkung gesichert werden, wenn das Verhältnis des Werts des Grundstücks zur Höhe des Erbbauzinses die Grundlage für die Neufestsetzung bildet. Diese Vormerkung hat die volle aus § 883 BGB sich ergebende Wirkung.

Aktenzeichen: V ZR 40/56

LG Aurich

Urteil des BGH vom 28. November 1956

OLG Oldenburg

Verkündet

am 28. November 1956
Hirth, Justizangestell-
ter als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Menso F. [REDACTED] in L. [REDACTED], Fr. [REDACTED] -
v. [REDACTED] - Bo. [REDACTED] str. [REDACTED],
2. der Frau Elisabeth F. [REDACTED] geb. K. [REDACTED] in L. [REDACTED],
Fr. [REDACTED] - v. [REDACTED] - Bo. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.
Dr. [REDACTED] -

gegen

die Evangelisch-reformierte Kirchengemeinde in L. [REDACTED],
vertreten durch den Kirchenrat,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Tasche, des Senatspräsi-
denten Dr. Großmann und der Bundesrichter Dr. Oechßler,
Dr. Dorschel und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Ur-
teil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Oldenburg vom 3. Januar 1956 aufgehoben und dahin
erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der
2. Zivilkammer des Landgerichts in Aurich vom 12. Mai
1955 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfah-
rens hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin hat umfangreichen Grundbesitz in L und hat seit 1925 an sehr vielen ihrer Grundstücke Erbbaurechte teilweise für 100, teilweise für 50, teilweise für 75 Jahre bestellt. Zu den Erbbauverträgen sind teils mechanisch vervielfältigte, teils gedruckte Formulare verwendet, die hinsichtlich der allgemeinen Vertragsbedingungen gleich lauten und in denen die Evangelisch-reformierte Kirchengemeinde L als Erbbaugeber bezeichnet ist, wobei das Wort "L" jeweils mit Schreibmaschine eingesetzt ist.

Mit Erbbauvertrag vom 27. Juni 1950 bestellte die Klägerin den Beklagten je zur Hälfte ein Erbbaurecht für die Dauer von 50 Jahren vom 1. Mai 1950 ab an dem Grundstück Gemarkung L Flur 36 Flurstück 7/10 (eingetragen im Grundbuch von L Bd VII Bl 262 Nr 114). Gleichzeitig bestellte sie zugunsten der Erbbauberechtigten ein Vorkaufsrecht an dem Grundstück für alle Verkaufsfälle während der Dauer des Erbbaurechts. Nach § 2 Abs 1 des Vertrags sollte für die Dauer des Erbbaurechts ein jährlicher Erbbauzins von 13,5 Deutschen Pfennigen je Quadratmeter, insgesamt für 707 qm von 95,44 DM, entrichtet werden. Es war ferner in § 2 Abs 4 bestimmt:

Außer den Vorschriften der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBl 72) gilt folgende Bestimmung: Alle 10 Jahre, und zwar erstmalig am 1. Mai 1960, wird für die folgenden 10 Jahre, außerdem in der Zwischenzeit bei eingetretenem außergewöhnlichem Anlaß, der Erbbauzins erneut den derzeitigen wirtschaft-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

lichen Verhältnissen entsprechend festgesetzt. Falls eine gütliche Einigung hierüber nicht zu erzielen ist, haben die nach § 12 zu benennenden Sachverständigen die Entscheidung. Als Bemessungsgrundlage dient der jeweilige gemeine Grundstückswert. Der Erbbauzins darf nicht unter 3 % dieses Wertes sinken.

In § 11 des Vertrags ist bestimmt:

Zu jeder Veräußerung des Erbbaurechts mit Ausnahme der Vererbung bedürfen die Erbbauberechtigten der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Erbbaugebers. Das gleiche gilt für eine Belastung des Erbbaurechts mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder einer Reallast sowie für eine Änderung des Inhalts dieser dinglichen Rechte, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthalten. Diese Vereinbarung gehört zum Inhalt des Erbbaurechts. Die Erbbauberechtigten verpflichten sich, bei einer Veräußerung oder Belastung dem anderen Vertragsteil aufzuerlegen, daß er einer Neufestsetzung des Erbbauzinses gemäß § 2 Abs 4 des Erbbauvertrags zustimmt.

Am 16. August 1950 wurde in Abteilung II des Grundbuchs unter Nr 21 das Erbbaurecht und unter Nr 22 das Vorkaufsrecht eingetragen. Gleichzeitig wurde ein Erbbaugrundbuch (Grundbuch von L. Bd 73 Bl 2558) angelegt. Im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs ist entsprechend § 11 des Erbbauvertrags eingetragen:

Der Erbbauberechtigte bedarf zu jeder Veräußerung mit Ausnahme der Vererbung sowie zu jeder Belastung des Erbbaurechts mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder einer Reallast sowie zu einer Änderung des Inhalts dieser dinglichen Rechte, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthalten, der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Erbbaugebers.

In Abteilung II des Erbbaugrundbuchs ist entsprechend dem § 16 des Erbbauvertrags außer einem Erbbauzins

von jährlich 95,44 DM unter Nr 2 ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht für alle Verkaufsfälle zugunsten der Klägerin eingetragen. Vor dieser Post ist nachträglich vier in Abteilung III des Erbbaugrundbuchs später eingetragenen Grundpfandrechten der Vorrang eingeräumt worden.

Unter Nr 3 ist am 16. August 1950 eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf anderweitige Festsetzung des Erbbauzinses gemäß § 2 Abs 4 des Erbbauvertrags eingetragen worden.

Seit 6. Juli 1951 ist das Erbbaurecht im Erbbaugrundbuch als "Bebauter Hofraum Fr [REDACTED]-v-[REDACTED]-B [REDACTED] Straße Nr [REDACTED]" bezeichnet.

In der Folge sind der Klägerin, die sich dafür auf eine Auskunft des Landeskirchenrats der Evangelisch-reformierten Kirche in Nordwestdeutschland berief, Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Erbbauzinsen und der zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung gekommen, und sie kam zu der Auffassung, diese Vereinbarung sei nichtig und damit auch der ganze Vertrag über die Bestellung des Erbbaurechts.

Die Klägerin hat am 22. März 1955 Klage erhoben mit dem Antrag:

die Beklagten zu verurteilen, zu bewilligen, daß die im Grundbuch von L [REDACTED] Bd 7 Bl 262 in Abteilung II unter Nr 21 und 22 eingetragenen Belastungen (d. h. das Erbbaurecht und das Vorkaufsrecht) gelöscht werden.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin den Antrag gestellt, in Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Erbbauvertrag vom 27. Juni 1950 nichtig ist, hilfsweise die Beklagten zu verurteilen, in die Löschung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts zu willigen.

Die Beklagten haben Zurückweisung der Berufung beantragt.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des Urteils des Landgerichts festgestellt, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Erbbauvertrag vom 27. Juni 1950 nichtig ist. Es hat die Revision zugelassen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückweisung der Berufung der Klägerin, also die Abweisung der Klage, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, der Vertrag vom 27. Juni 1950 sei nichtig; daher sei das durch diesen Vertrag für die Beklagten bestellte und im Grundbuch eingetragene Erbbaurecht nicht entstanden.

Es sei zunächst zu prüfen, ob der Feststellungsantrag zulässig sei. Da die Klägerin im Gegensatz zum Antrag in erster Instanz den Feststellungsantrag als alleinigen Hauptantrag gestellt habe, hänge die Zulässigkeit davon ab, ob die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung habe. Das sei zu bejahen. Die Klägerin hätte zwar die Möglichkeit, gemäß § 894 BGB einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung geltend zu machen. Das schließe aber ausnahmsweise ein Feststellungsinteresse nicht aus, da es der Klägerin hauptsächlich um die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags zu tun sei und sie mit dem Feststellungsurteil im Ergebnis dasselbe erreiche wie mit einem Leistungsurteil, da nach § 22 GBO ein Feststellungsurteil zur Berichtigung des Grundbuchs genüge.

Die Revision erhebt dagegen keine Einwände, ein Rechtsverstoß ist insoweit nicht zu erkennen. Ein Feststellungsinteresse ist schon dadurch gegeben, daß die Parteien über die Wirksamkeit des Erbbaurechts streiten.

II. Das Berufungsgericht führt dann weiter aus: Die im Vertrag vom 27. Juni 1950 enthaltene Vereinba-

rung über die Verpflichtung zur Zahlung eines gleitenden Erbbauzinses sei schon wegen Verstoßes gegen § 3 Satz 2 WährG unwirksam; denn dadurch sei für den Erbbauzins, der die Gegenleistung für die einmalige Einräumung des Erbbaurechts darstelle und nach § 9 Abs 2 ErbbaurVO eine Geldschuld sei, ein Betrag vereinbart worden, der durch den Preis von anderen Gütern, nämlich durch den künftig für eine Grundstücksveräußerung zu erzielenden Preis, bestimmt werden sollte. Dieser Verstoß bewirke zwar nur eine schwebende Unwirksamkeit, die durch Genehmigung der Devisenstelle geheilt werden könne. Ob diese Genehmigung erteilt werde, brauche nicht untersucht zu werden, denn die Vereinbarung sei auch wegen Verstoßes gegen § 9 Abs 2 ErbbaurVO nichtig.

Die Revision greift diese Auffassung mit Recht an und meint, es handle sich hier um eine "Spannungsklausel" im Sinne des Urteils des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. November 1951 (DNotZ 1952, 120 = Lind-Möhr BGB § 133 A 27), wobei zwei gleichartige Leistungen zueinander in Beziehung gesetzt würden. Im vorliegenden Fall kommt § 3 WährG aber nicht in Betracht. Die Geldschuld, d. h. der Erbbauzins, wird weder mit einer anderen Währung noch mit dem Preis von anderen Gütern und Leistungen, insbesondere von solchen anderer Art (BGHZ 14, 306 311), in Beziehung gesetzt, sondern es ist vereinbart, daß zu bestimmten Zeitpunkten der Erbbauzins neu festgesetzt werden soll. Aus der begrifflichen Konstruktion, der Erbbauzins sei eine Gegenleistung für die einmalige Einräumung des Erbbaurechts, können keine rechtlichen Folgerungen abgeleitet werden, denn der Erbbauzins kann ebenso gut als Gegenleistung für die dauernde Überlassung des Grundstücks im Erbbaurecht

angesehen werden.

III. 1. Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Auffassung, daß ein Verstoß gegen § 9 Abs 2 ErbbaurVO vorliege, im einzelnen aus: Der hier getroffenen Vereinbarung liege ersichtlich die Auffassung des Oberlandesgerichts Dresden in JFG 3, 325 ff zugrunde, wonach sich § 9 Abs 2 ErbbaurVO nur auf die dingliche Vereinbarung, nicht auf schuldrechtliche Verpflichtungen beziehe und wonach die Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung auch durch eine Vormerkung gesichert werden könne. Diese Auffassung könne nicht richtig sein, da damit das Bewirkt werden würde, was durch § 9 ErbbaurVO ausgeschlossen werden solle, nämlich die Vorausbelastung des Erbbaurechts mit einer Zinspflicht, die ihrem Umfang nach nicht zu übersehen sei. Dieser Konflikt könne nicht, wie Hoche (NJW 1953, 1028) meine, damit gelöst werden, daß den später eingetragenen Hypotheken der Vorrang vor dem durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Zahlung des erhöhten Erbbauzinses eingeräumt werde. Dies wäre unvereinbar mit §§ 879, 883 Abs 3 BGB, wonach die frühere Eintragung der späteren regelmäßig im Rang vorgehe und ein durch Vormerkung gesichertes Recht den Rang der Vormerkung erhalte. Die ganze Konstruktion gehe aber von falschen Voraussetzungen aus. Der erste Erwerber des Erbbaurechts könne sich vielleicht persönlich verpflichten, neben dem Erbbauzins an den Eigentümer weitere Zahlungen zu leisten, und die Erfüllung dieser Zahlungsverpflichtung könne auch dinglich gesichert werden, etwa durch Sicherungshypothek oder durch eine zu Sicherungszwecken bestellte Grund- oder Rentenschuld oder auch durch eine Vormerkung zur Sicherung des

Anspruchs auf Bestellung eines solchen Grundpfandrechts. Allerdings würde dies für eine Geldentwertung im Ausmaß des Jahres 1923 nicht ausreichen.

Im vorliegenden Fall solle aber die Verpflichtung der Beklagten nicht auf Zahlung einer von den Beklagten persönlich geschuldeten Vergütung neben dem Erbbauzins gerichtet sein, sondern eindeutig auf eine Erhöhung des Erbbauzinses, den der jeweilige Erbbauberechtigte zu entrichten hätte. Vereinbarung sei damit eine nach § 9 ErbbaurVO verbotene bedingte Erhöhung der dinglichen Belastung des Erbbaurechts, und vorgemerkt sei, und zwar in Abteilung II des Erbbaugrundbuchs, nicht ein Anspruch auf Einräumung eines Grundpfandrechts, sondern ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses. Im übrigen müßte auch eine rein schuldrechtliche Verpflichtung zum Abschluß einer künftigen Vereinbarung über eine Erhöhung des Erbbauzinses wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot als nichtig angesehen werden.

Eine solche Vereinbarung könnte, selbst wenn sie wirksam getroffen werden könnte, nicht durch Vormerkung gesichert werden, weil der Anspruch auf Änderung des dinglichen Rechts erst vom Abschluß eines künftigen Vertrags abhängig wäre und weil eine Vormerkung nur möglich sei, wenn die Belastung oder Verfügungsbeschränkung zulässig und ihrem Umfang nach genügend erkennbar sei. Da eine Verpflichtung zur Zahlung eines gleitenden Erbbauzinses nicht wirksam eingegangen werden könne, sei auch eine Vormerkung zur Sicherung eines solchen Anspruchs inhaltlich unzulässig und darum unwirksam.

2. Die Revision widerspricht der Auffassung, der

Erbbaurechtsvertrag verstoße gegen § 9 Abs 2 ErbbaurVO. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sei es möglich, daß Eigentümer und Erbbauberechtigter einen schuldrechtlichen Vertrag darüber abschließen, den Erbbauzins zu bestimmten Zeitpunkten neu festzusetzen. Eine solche Abmachung könne auch rechtswirksam durch Vormerkung gesichert werden. Es sei für den vorliegenden Rechtsstreit auch unerheblich, ob die für die Klägerin im Erbbaugrundbuch eingetragene Vormerkung dazu führe, daß das Recht auf Anpassung des Erbbauzinses den gleichzeitig oder später eingetragenen dinglich Berechtigten vorgehe.

3. Es handelt sich hier um die Bedeutung und die Tragweite der Bestimmung des § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO, die besagt: "Der Erbbauzins muß nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbaupzeit im voraus bestimmt sein". Die Bestimmung hat den Zweck, eine sichere Grundlage für die dingliche Belastung des Erbbaurechts zu geben, damit der Geldgeber Klarheit darüber hat, welche Lasten auf dem Erbbaurecht ruhen.

a) Es besteht Einigkeit darüber, daß eine dinglich wirkende Vereinbarung nichtig ist, die dahin geht, daß der Erbbauzins in gewissen Zeitabständen neu festgesetzt werden oder daß die Festsetzung der Höhe für einzelne Zeitabschnitte einer späteren Vereinbarung der Beteiligten oder der Ermittlung durch dritte Personen vorbehalten bleiben soll (Staudinger 117. Aufl 1956 § 9 ErbbaurVO Anm 16; RGRKomm 10. Aufl zu § 9 Anm 1; Glaß-Scheidt, Erbbaurecht, Anm 3 zu § 9; Ingenstau-Schnitzler, Kommentar zur Erbbaurechtsverordnung 2. Aufl 1956 zu § 9 D/III 2 b; Voß DNNotZ 1931, 507; Huber in NJW 1952, 687; LG Aurich in NJW 1953, 1027 und Hoche in der Anmerkung zu diesem Urteil). Nicht ausgeschlossen ist aber, nachträglich eine neue Vereinbarung zu tref-

fen, durch die der Erbbauzins neu festgesetzt wird. Diese Vereinbarung kann durch Eintragung von diesem Zeitpunkt ab auch dingliche Wirkung bekommen. Notwendig ist allerdings bei einer nachträglichen Erhöhung der Zinsbeträge die Zustimmung der nachrangigen Realberechtigten, bei einer Verminderung das Einverständnis der Realberechtigten am Grundstück (Hoche aaO; RGRKomm aaO; Glas-Scheidt aaO; Staudinger aaO).

b) Da diese Regelung im Hinblick auf die in der Zwischenzeit seit Erlass der Erbbaurechtsverordnung erkannte Unsicherheit der Wertbeständigkeit des Erbbauzinses auf lange Sicht Schwierigkeiten für die Erbbaubegeber mit sich brachte, suchte die Praxis dadurch einen Ausweg, daß neben einem für die ganze Dauer des Erbbaurechts fest bestimmten Erbbauzins vielfach eine lediglich schuldrechtliche Verpflichtung vereinbart wurde, zu bestimmtem Zeitpunkt die Rente veränderten Umständen anzupassen. Dies wird in der Rechtsprechung und im neueren Schrifttum vielfach für zulässig gehalten (OLG Dresden vom 17. Februar 1925 - JFG 3, 325; LG Aurich in NJW 1953, 1027; Ingenstau-Schnitzler aaO zu § 9 D/III 2 c; Günther, Erbbaurecht, 1919, zu § 9 Anm 4 und 8; Kehrner in Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 1955, 255; Voß in DNotZ 1931, 507; vgl auch Stahlhacke, Vorschläge zur Neuordnung des Erbbaurechts - Veröffentlichungen des Instituts für Wohnungsrecht und Wohnungswirtschaft im Forschungsinstitut für Sozial- und Verwaltungswissenschaften an der Universität Köln). Teilweise wird eine solche Vereinbarung als eine Umgehung des § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO angesehen und abgelehnt (vgl Huber in NJW 1952, 687). Staudinger (BGB 11. Aufl 1956 Bd III Anm 17 zu § 9 ErbbaurVO) will eine rein schuld-

rechtliche, nur unter den Vertragsteilen, nicht gegenüber Rechtsnachfolgern und Dritten wirkende Vereinbarung nur zulassen, wenn sie nicht mit dem Erbbaurechtsvertrag als dessen notwendigen Bestandteil verbunden ist, sondern wenn in einem gesonderten Vertrag ausdrücklich festgelegt ist, daß dieser Sondervertrag unabhängig von der Erbbaurechtsbestellung und ohne rechtliche Wirksamkeit auf diese sein soll. Wenn aber schon eine schuldrechtliche Vereinbarung dieses Inhalts für zulässig gehalten wird, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese äußerliche Trennung gefordert werden soll. Es bestehen in der Tat keine Bedenken gegen die Zulassung einer solchen schuldrechtlichen Verpflichtung. Dem Zweck der Bestimmung des § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO, der von Anfang an darin gesehen wurde, daß die Beleihbarkeit des Erbbaurechts dadurch gesichert werden soll, daß eine klare Übersicht über die den Erbbauberechtigten obliegenden Lasten besteht, ist damit gedient, daß ein dinglicher Vorbehalt einer Änderung der Belastung, sei es einer Erhöhung oder einer Herabsetzung ausgeschlossen ist. Eine schuldrechtliche Vereinbarung einer Erhöhung des Erbbauzinses ist daher durch § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO nicht ausgeschlossen und auf Grund des allgemeinen Grundsatzes der Vertragsfreiheit für zulässig zu erachten (ebenso LG Bonn in NJW 1956, 1566).

c) Es erhebt sich aber die weitere Frage, ob es möglich ist, den schuldrechtlichen künftigen Anspruch auf die Erhöhung des Erbbauzinses durch Vormerkung zu sichern. Dies wird vielfach angenommen (OLG Dresden in JFG 3, 325; RGRKomm 10. Aufl zu § 9 ErbbaurVO Anm1;

Hoche in NJW 1953, 1027; Ingenstau-Schnitzler aaO zu § 9 D III 2 c; Huber NJW 1952, 687; auch Voß DNotZ 1931, 507, der aber meint, daß dabei die nötige Bestimmtheit des zu sichernden Anspruchs meist nicht erreicht werden könne). Die Vertreter dieser Ansicht kommen aber teilweise zu dem Ergebnis, daß die Vormerkung nicht zu einer dinglichen Sicherung des Rangs führen könne. Sonst würde der Erbbauberechtigte in der Belastung des Erbbaurechts ebenso gehindert sein wie bei einer von vornherein eingetragenen künftigen unbestimmten oder nur bestimmbaren Erhöhung des Erbbauzinses, und dies würde eine Umgehung des § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO bedeuten. Es könnten daher Eintragungen der Vormerkung nur mit der Maßgabe erfolgen, daß spätere Belastungen in jedem Fall vorgingen (Hoche in NJW 1953, 1027; Ingenstau-Schnitzler aaO zu § 9 DIII 2 c).

Dieser Auffassung jedenfalls kann nicht gefolgt werden. Die wichtigste Wirkung einer Vormerkung ist die Sicherung des Rangs eines Rechts, das später eingetragen werden soll. Daneben kommt nur noch der Zweck in Betracht, den Rechtsnachfolger im Erbbaurecht zu binden. Wenn nun aus irgend einem Grund die Sicherung des Rangs nicht gewährt werden könnte, so müßte daraus eher die Folgerung gezogen werden, daß die Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses durch Vormerkung überhaupt unzulässig ist. Wenn aber eine Vormerkung für zulässig gehalten wird, so muß diese die volle aus § 883 BGB sich ergebende Wirkung haben.

Eine Vormerkung kann nach § 883 BGB nur zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts eingetragen werden. Nach § 16 des Vertrags ist eine Vor-

merkung vereinbart zur Sicherung des Anspruchs auf anderweitige Festsetzung des Erbbauzinses. Wörtlich genommen bedeutet das, daß der Anspruch aus einem schuldrechtlichen Vertrag gesichert werden soll, nämlich der Anspruch, daß die Parteien nach jeweils zehn Jahren den Erbbauzins unter gewissen Voraussetzungen neu festsetzen sollen. Ein solcher Anspruch kann durch Vormerkung nicht gesichert werden. § 16 Nr 2, c des Vertrags kann aber dahin verstanden werden, daß die Vormerkung den Anspruch auf Eintragung einer Reallast des Inhalts sichern sollte, daß der Erbbauberechtigte von einem bestimmten Zeitpunkt an einen gemäß § 2 Abs 4 des Erbbauvertrags neu festgesetzten Erbbauzins zu zahlen hat. Die Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig sogar auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (RGZ 128, 248). Es käme also hier die Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Erbbaugrundstücks in Betracht (§ 16 Nr 2 Buchst a des Erbbauvertrags). Der künftige Anspruch muß aber nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar sein (RGZ 151, 75). Diese Bestimmtheit vermißt der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg in einem ähnlich gelagerten Fall (DNotZtg 1956, 253). Er bezieht sich dazu auf zwei oberlandesgerichtliche Entscheidungen. Der vom Kammergericht entschiedene Fall (JFG 1, 429) liegt aber anders als der vorliegende. Dort fehlt es tatsächlich an der erforderlichen Bestimmtheit. Aus dieser Entscheidung kann daher nichts entnommen werden. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden (JFG 3, 325) hält den Weg für gangbar, daß der Anspruch auf die künftige Erhöhung des Erbbauzinses, "sofern er vertragsmäßig festgelegt wird", durch Vormerkung gesichert wird. Der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts

Oldenburg will dieser Entscheidung nur zustimmen, wenn mit den Worten "sofern er vertragsmäßig festgelegt wird" gesagt werden soll, daß Voraussetzung einer solchen Eintragung die Bestimmtheit oder die Bestimmbarkeit der einzelnen Erbbauzinsleistungen sei. So wird die angeführte Entscheidung aber kaum zu verstehen sein; denn sie will gerade eine Anpassung an den Wert des Erbbaurechts finden und danach eine Erhöhung des Erbbauzinses bei künftiger Wertsteigerung des Rechts ermöglichen, die aber im voraus nicht übersehen werden kann. Wenn das Oberlandesgericht Dresden meint, daß dadurch die Beteiligten zu einer bestimmten Vereinbarung gezwungen werden, so kann dies nur in dem Sinn gelten, daß die bestimmte Vereinbarung zur Zeit der Eintragung der Reallast vorhanden ist. Im vorliegenden Fall ist eine ausreichende Bestimmtheit oder doch Bestimmbarkeit des zukünftigen Erbbauzinses dadurch gegeben, daß er dem jeweiligen Grundstückswert angepaßt werden muß und unter 3 % dieses Werts nicht sinken darf.

Wenn der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg weiterhin ausführt, daß die Vormerkung auch wegen Verstoßes gegen § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO nicht eingetragen werden könne, so ist dem Oberlandesgericht Dresden aaO zuzustimmen, daß es sich bei der Vormerkung um einen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zulässigen Behelf handelt, der durch die Erbbaurechtsverordnung nicht ausgeschlossen wird, und es ist darauf hinzuweisen, daß die Reallast selbst, die zur Eintragung kommt, mit § 9 Abs 2 Satz 1 ErbbaurVO nicht im Widerspruch steht. Es ist auch zu beachten, daß die Änderung des Erbbauzinses

nur entsprechend einer Änderung des Werts des Grundstücks erfolgen darf, so daß materiell eine ins Gewicht fallende Benachteiligung nachstehender Berechtigter, die § 9 ErbbaurVO verhindern soll, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht eintritt.

Die Vereinbarung einer Vormerkung in der im Vertrag vorgesehenen Form ist daher als möglich und zulässig anzusehen (aa auch LG Bonn in NJW 1956, 1566 und Kehler in Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 1955, 252):

Selbst wenn nun die Parteien, wie das Berufungsgericht annimmt, eine dingliche, in die Form der Reallast gekleidete Erhöhung des Erbbauzinses, den der jeweilige Inhaber des Erbbaurechts zu entrichten hätte, gewollt hätten eine Vereinbarung, die nichtig wäre - so wäre diese gemäß § 140 BGB dahin umzudeuten, daß eine schuldrechtliche Vereinbarung auf Neufestsetzung des Erbbauzinses unter bestimmten Voraussetzungen geschlossen wurde und daß die Eintragung des Ergebnisses dieser Vereinbarung durch Vormerkung gesichert werden sollte. In dieser Form und mit diesem Sinn ist § 2 Abs 4 und § 16 Abs 2, c des Vertrags zwischen den Parteien nicht zu beanstanden.

Der Erbbauvertrag vom 27. Juni 1950 ist somit in vollem Umfang gültig. Es erübrigt sich daher die Prüfung, ob die Nichtigkeit eines Teils die Nichtig-

keit des ganzen Vertrags zur Folge hätte und ob dem daraus hergeleiteten Anspruch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung oder sonst der Vorwurf eines Verstoßes gegen Treu und Glauben entgegengehalten werden könnte. Der Haupt- und der Hilfsantrag der Klägerin ist vielmehr unbegründet, es war das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen und die gesamten Kosten des Rechtsstreits waren der Klägerin zuzuscheiden.

Dr. Tasche Dr. Großmann Dr. Oechßler

Dr. Dorschel Dr. Freitag