

vorhabenbezogenen Bebauungsplans zu verschaffen. Ferner enthalten die vorgelegten Vertragsmuster mit ihren Erläuterungen eine Vielzahl von Hinweisen über die wesentlichen Gesichtspunkte bei der Gestaltung, Formulierung und Überprüfung eines Durchführungsvertrages.

**Busse/Grziwotz** wenden sich mit ihrem Werk vor allem an in der Praxis tätige Bauherren, Mitarbeiter in Gemeinden, Planer und Juristen. Die Verfasser – der eine Geschäftsführender Direktor des Bayerischen Gemeindetages, der andere Notar und Lehrbeauftragter an der Universität Regensburg – sind durch eine Vielzahl von Publikationen ausgewiesene Fachleute im Bereich des Baurechts, der städtebaulichen Verträge und der Baulandentwicklung, wie nicht zuletzt der Blick auf die eindrucksvolle Liste ihrer Veröffentlichungen im Verzeichnis der bei der Erstellung des Buches berücksichtigten Literatur beweist.

Ihr Buch gibt einen umfassenden Überblick über die bei der Erstellung eines Vorhaben- und Erschließungsplans und der Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans zu berücksichtigenden Fragestellungen. Es ist „verfahrensbegleitend“, d.h. entsprechend den einzelnen Projekt- und Verfahrensschritten gegliedert.

Nach einer einleitenden systematischen Einordnung des Vorhaben- und Erschließungsplans und der Klärung der maßgeblichen Begrifflichkeiten werden Hilfen zur Entscheidungsfindung gegeben, ob der Vorhaben- und Erschließungsplan für die konkrete Situation überhaupt taugliches Mittel ist, das Verhältnis des Vorhaben- und Erschließungsplans zu anderen städtebaulichen Instrumenten erörtert und die Voraussetzungen für die

Aufstellung eines Vorhaben- und Erschließungsplans umfassend dargestellt. Anschließend werden auf 60 Seiten die bei der Erstellung des Durchführungsvertrages zu berücksichtigenden Gesichtspunkte erörtert. Es schließen sich Ausführungen zum Aufstellungsverfahren des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes, zu den dabei zu beachtenden Rechtmäßigkeitsanforderungen und zu dessen Inhalt an. Kürzere Darstellungen zu den Konsequenzen von Leistungsstörungen, zur baurechtlichen Zulässigkeit bei Geltung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans und zu Rechtsbehelfen gegen diesen runden den darstellenden Teil des Buches ab. Die klare, gut gegliederte und auch für den nicht mit der Materie vertrauten Leser gut verständliche Darstellung wird durch zusammenfassende Schemata und Checklisten und durch eine Vielzahl für die Praxis wertvoller „Tipps“ ergänzt. Auffallend ist auch die große Anzahl weiterführender Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur zu den angesprochenen Themenbereichen.

Dem darstellenden Teil schließt sich ein fast 70 Seiten starker Anhang an, der Auszüge von Gesetzestexten und auf über 50 Seiten Muster für das Bebauungsplanverfahren einschließlich zweier Planzeichnungen und jeweils einen einfachen und einen ausführlichen Durchführungsvertrag enthält. Diese Muster sind auch auf einer beiliegenden Diskette beigefügt.

Das Buch kann jedem, der bei der Vorhaben- oder der Vertragsgestaltung mit dem Institut des Vorhaben- und Erschließungsplans in Berührung kommt, ein wertvolles Hilfsmittel bei der Erfüllung seiner Aufgaben sein.

*Notarassessor Dr. Dirk Solveen, Bonn*

## Personalien

### 1. Bestellung zum Notar

Notarassessor *Markus Dohr* (Notar Armin Ogilvie, Tönivorst) wurde mit Wirkung vom 16.10.2000 zum Notar in Leverkusen ernannt.

Notarassessor *Dr. Armin Hauschild* (Vertreter des Notars Wachsmuth in Erkelenz) wurde mit Wirkung vom 2.11.2000 zum Notar in Düsseldorf ernannt.

### 2. Verstorben

Notar a. D. *Hans Nöller* in Bonn ist am 16.10.2000 verstorben.

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 12

MittRhNotK

Dezember 2000

## Wertsicherungsklauseln in der notariellen Praxis

(von Notarassessorin Christiane Kluge, Bonn)

- I. Einleitung
- II. Neuregelung durch EuroEG
- III. Fremdwährungsverbindlichkeiten
- IV. Genehmigungsbefähigung von Wertsicherungsklauseln
  1. Bereichsausnahmen des Indexierungsverbots
    - a) Finanzdienstleistungen
    - b) Verträge von gebietsansässigen Kaufleuten mit Gebietsfremden
    - c) Erbbaurechtsbestellungsverträge und Erbbauszinsreallasten
    - d) Miet- und Pachtverträge
      - aa) Mietverträge über Wohnraum
      - bb) Sonstige Miet- und Pachtverträge
  2. Anwendungsbereich des Indexierungsverbots
    - a) Das Merkmal „selbsttätig und unmittelbar“
    - b) Schuld fremder Wertsicherungsmaßstab
      - aa) Spannungskaufverträge
      - bb) Bezugnahme auf den Wert oder Preis gleicher Güter
      - cc) Kostenelementeklauseln
  3. Genehmigungsbefähigte Klauseln
    - a) Allgemeine Genehmigungsgrundsätze
    - b) Genehmigungsfähigkeit bei langfristigen Zahlungen
    - c) Öffnungsklauseln
  4. Rechtsfolgen der Genehmigungsverweigerung
  5. Bindung der Gerichte an Verwaltungsakte des Bundesamtes für Wirtschaft
- V. Gestaltung von Wertsicherungsklauseln
  1. Klausелеlemente
  2. Auswahl eines Indexes als Wertsicherungsmaßstab
    - a) Preisindizes als Wertsicherungsmaßstab
    - b) Lohn- und Gehaltsindizes
    - c) Weitere Indizes
  3. Einzelne Gestaltungsempfehlungen
  4. Sorgfaltspflichten des Notars bei Beurkundung von Wertsicherungsvereinbarungen
- VI. Wertsicherungsklauseln in notariellen Verträgen anhand von Fallgruppen
  1. Wertsicherungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
  2. Wertsicherungsklauseln in Verfügungen von Todes wegen
  3. Unterhaltsvereinbarungen
    - a) Modifizierende Unterhaltsvereinbarungen
    - b) Novierende Unterhaltsvereinbarungen
  4. Kaufverträge

5. Übergabeverträge
6. Dingliche Sicherung von wertgesicherten Zahlungsvereinbarungen
7. Wertsicherungsklauseln in vollstreckbaren Urkunden
  - a) Zur Zulässigkeit wertgesicherter Vollstreckungstitel
  - b) Die Bezifferung des Vollstreckungstitels
8. Wertsicherungsvereinbarungen in Erbbaurechtsverträgen
  - a) Alte Rechtslage
  - b) Neue Rechtslage
  - c) Änderung aufgrund EuroEG
  - d) Erbbaurecht zu Wohnzwecken
  - e) Genehmigungsfreie Klauseln

### VII. Zusammenfassung

#### I.

##### Einleitung

Wertsicherungsklauseln sind Vertragsabreden, durch die Geldschulden vom Nennwertprinzip gelöst werden und summenmäßig erst nachträglich aufgrund einer besonderen Bemessungsgrundlage bestimmbar sind<sup>1</sup>. Sie zielen auf den Ausgleich von Geldwertverlusten<sup>2</sup>, können aber auch dazu dienen, bei langfristigen Lieferverträgen Kalkulationsrisiken auf der Warensseite auszugleichen oder die Teilnahme des Geldgläubigers am steigenden Lebensstandard zu ermöglichen<sup>3</sup>.

Das Indexierungsverbot geht in Deutschland auf das Währungsgesetz der Westalliierten von 1948<sup>4</sup> zurück, das in dem bis zum 31. 12. 1998 geltenden § 3 S. 2 WährG ein Verbot von Wertsicherungsvereinbarungen vorsah. Das Bestreben, die Deutsche Mark durch ein Indexierungsverbot zu sichern, beruht auf der historischen Erfahrung zweier Inflationen in Deutschland. Unter dem Eindruck der Abwertung der Reichsmark in den Zwanziger Jahren kam der Staat dem Ruf nach Wertsicherung weitestgehend entgegen, indem er sogar wertbeständige Hypotheken gestattete<sup>5</sup>. Infolge der Inflation von 1923 wurden auch kurzfristige Forderungen beinahe formularmäßig mit Wertsicherungsklauseln versehen<sup>6</sup>. Nach kurzer Abschwächung ab 1935<sup>7</sup> führte die in den Jahren nach 1945 erneut einsetzende Geldentwertung zu einer weiteren Blütezeit von Wertsicherungsklauseln<sup>8</sup>. Es kann nicht verwundern, daß die Westmächte in Wertsicherungsvereinbarungen, die in der Vergangenheit im Gleichschritt mit der Inflation zunahmen, einen Katalysator der Inflation ausmachten. Durch das Indexierungsverbot sollte die neue Währung gegen eine Flucht in

1 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 162.  
2 Münchener Kommentar/von Maydell, 3. Aufl. 1994, § 244 BGB, Rn. 21, Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 162.  
3 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 162.  
4 V. 20.06.1948, WiGBl Beilage Nr. 5, 1.  
5 Bis dahin waren nach § 28 GBO Grundpfandrechte in Reichswährung einzutragen. Die Auswirkungen finden sich noch in Gestalt von Goldmarkhypotheken in den Grundbüchern. Die Goldmarkhypotheken wurden allerdings durch die Verordnung über wertbeständige Rechte vom 16.11.1940 i.V.m. Art. 14

Abs. 2 des Gesetzes über die Deutsche Reichsmark vom 15.06.1939, das den Wert der Goldmark dem Wert der Reichsmark gleichstellte, ihres Wertsicherungsklauseln entkleidet. Ein generelles Verbot von Wertsicherungsvereinbarungen gab es hingegen nicht. Vgl. im einzelnen dazu Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. A 17 f.

6 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. A 17.

7 Karsten Schmidt weist darauf hin, daß die angebliche „Wertsicherungsfeindlichkeit der NS-Politik“ heute gern für die Bedenklichkeit von Wertsicherungsverboten angeführt wird (Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff., Rn. D 166).

8 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. A 18.

Fremdwährungen und Wertsicherungsklauseln geschützt werden<sup>9</sup>.

Neben allgemeinen Zweifeln an der Eignung von Wertsicherungsverboten zur Förderung der Stabilität der Währung<sup>10</sup> und rechtspolitischen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit<sup>11</sup> kann das Indexierungsverbot durch genehmigungsfreie Vertragsgestaltung mit gleicher Wirkung umgangen werden<sup>12</sup>. Schon 1953 sprach sich der 40. Deutsche Juristentag für eine Abschaffung des Indexierungsverbotes aus<sup>13</sup>. Wegen der auf den Erinnerungen an die Inflationszeit beruhenden Ängste in der Bevölkerung kam es dennoch nicht zur Aufhebung des Indexierungsverbotes<sup>14</sup>.

Mit dem Euro-Einführungsgesetz wurde das Indexierungsverbot erneut zur Diskussion gestellt. Der Blick auf die Rechtslage in den anderen Teilnehmerstaaten an der Währungsunion ergab, daß ein Indexierungsverbot nach deutschem Vorbild dort nicht bekannt ist. Deutschland scheiterte bei dem Versuch, ein europäisches Indexierungsverbot einzuführen, mit einem niederschmetternden Abstimmungsergebnis<sup>15</sup>. Der erste Regierungsentwurf sah – vorbehaltlich einer weiteren Prüfung – die ersatzlose Streichung von § 3 WährG vor<sup>16</sup>. Die überwiegende Anzahl der Verbände sprach sich mit Rücksicht auf die Ängste der Bevölkerung gegen eine Abschaffung des Indexierungsverbotes aus<sup>17</sup>. Nach einigem Zögern<sup>18</sup> entschied sich der Gesetzgeber für eine Nachfolgeregelung zu § 3 S. 2 WährG, die aufgrund der Währungsunion nicht mehr dem Schutz der Währung dienen soll, sondern den Aufgabe der Mitgliedstaaten gebliebenen Schutz der nationalen Wirtschaft und ihrer Stabilität zum Ziel hat<sup>19</sup>. In der Begründung heißt es, aus „stabilitäts-, preis- und verbrauchspolitischen Gründen“ bestehe ein Interesse an der Beibehaltung des Indexierungsverbotes. Ferner bedürfe es „der Signalwirkung eines grundsätzlichen Indexierungsverbotes, um Indexierungswünschen entgegenzutreten“<sup>20</sup>. Wegen des geänderten Schutzzwecks mußte das Indexierungsverbot aus dem Regelungswerk des Währungsgesetzes herausgenommen und in das Preisangaben- und Preisklauselgesetz umbenannt wurde<sup>21</sup>. Um einer Verunsicherung der Praxis entgegenzuwirken, lehnt sich die Nachfolgeregelung an die Formulierung des § 3 S. 2 WährG an. Durch Ergänzung eingrenzender Elemente sollte der Stand der Rechtsprechung zu § 3 S. 2 WährG wiedergegeben werden<sup>22</sup>. Die Neuregelung will daher ohne Bruch an die bisherige Rechtslage anknüpfen.

Angesichts der wechselseitigen Abhängigkeit der europäischen Volkswirtschaften sind allerdings Zweifel an der Effektivität der „deutschen Insellösung“<sup>23</sup> erlaubt<sup>24</sup>. Nimmt man hinzu, daß die jährlich 50.000 bis 70.000 Genehmigungsverfahren<sup>25</sup> einen erheblichen Verwaltungsaufwand verursachen, läßt sich ein Indexierungsverbot auf Dauer wohl kaum rechtfertigen<sup>26</sup>. Die Stimmen, die auf eine Abschaffung des Indexierungsverbotes drängen, sind mit der gesetzlichen Neuregelung nicht verstummt<sup>27</sup>. Vorerst kommt die notarielle Praxis allerdings nicht umhin, sich mit den allgemeinen Problemen des Indexierungsverbotes und seiner Neuregelung auseinanderzusetzen.

## II.

### Neuregelung durch EuroEG

Sedes materiae des Indexierungsverbotes ist seit dem 1. 1. 1999 § 2 Abs. 1 Preisangaben- und Preisklauselgesetz (PreisG)<sup>28</sup>. Wörtlich heißt es dort:

„Der Betrag von Geldschulden darf nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Das Bundesministerium für Wirtschaft kann auf Antrag Ausnahmen genehmigen, wenn Zahlungen langfristig zu erbringen sind oder besondere Gründe des Wettbewerbs eine Wertsicherung rechtfertigen und die Preisklausel nicht eine der Vertragsparteien unangemessen benachteiligt. Der Geld- und Kapitalverkehr, einschließlich der Finanzinstrumente i.S.d. § 1 Abs. 11 des Kreditwesengesetzes sowie die hierauf bezogenen Pensions- und Darlehensgeschäfte, bleibt vom Indexierungsverbot ausgenommen. Dergleichen bleiben Verträge von gebietsansässigen Kaufleuten mit Gebietsfremden vom Indexierungsverbot ausgenommen.“

Ergänzt wird diese Bestimmung durch die Preisklauselverordnung, die auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 PreisG erlassen worden ist<sup>29</sup> und überwiegend die Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank vom 9. 6. 1978<sup>30</sup> aufnimmt, die für die Genehmigungspraxis zu § 3 S. 2 WährG maßgeblich waren. Beide Vorschriften werden nicht mehr, wie bisher, durch die Landeszentralbanken, sondern durch das Bundesamt für Wirtschaft<sup>31</sup> angewendet. Genehmigungsanträge nach § 3 WährG, die am 31. 12. 1998 noch nicht erledigt sind, werden auf das Bundesamt für Wirtschaft gemäß § 8 PrKV übergeleitet. Im Hinblick auf den Wechsel des Schutzgutes verdient Erwähnung, daß nach § 3 S. 2 WährG bereits erteilte Genehmigungen gemäß § 8 S. 1 PrKV wirksam bleiben<sup>32</sup>. Ein Vertrag, zu dem nach § 3 S. 2 WährG die Genehmigung verweigert worden ist, ist auch dann endgültig unwirksam, wenn nach neuem Recht die Genehmigung erteilt werden könnte. Da der Sachverhalt abgeschlossen ist, kommt eine rückwirkende Anwendung von § 2 PreisG nicht in Betracht<sup>33</sup>.

Das EuroEG enthält für das Indexierungsverbot kein Überleitungsrecht<sup>34</sup>. § 2 PreisG findet jedenfalls Anwendung auf Verträge, die ab dem 1. 1. 1999 abgeschlossen wurden. Für alle vor dem 1. 1. 1999 vereinbarten, nach früherem Recht genehmigungsbedürftigen, aber noch nicht genehmigten Wertsicherungsvereinbarungen ist entsprechend § 8 S. 3 PrKV ebenfalls das Preisangaben- und Preisklauselgesetz i.V.m. der Preisklauselverordnung maßgeblich<sup>35</sup>. Die Verträge sind bis zur Erteilung der Genehmigung weiterhin schwebend unwirksam. Waren die Wertsicherungsvereinbarungen zwar nach altem Recht genehmigungsbedürftig, nicht jedoch nach neuem Recht, sind sie ohne Erteilung einer Genehmigung ab dem 1. 1. 1999 wirksam<sup>36</sup>.

9 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. A 18.

10 Hafke, WM 1997, 693, 694 spricht von „letztlich nicht verifizierbaren Argumenten“. Vgl. auch Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 197; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3171. A.A. Samm, Das Grundeigentum, 1998, 1072, 1074.

11 BGHZ 14, 306, 308; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff., Rn. D 197 ff.

12 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166.

13 40. DJT, II D 75.

14 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 196 f.; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166.

15 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166; BT-Drucks. 13/10334, 40.

16 BT-Drucks. 13/10334, 40; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166.

17 Darstellung des Meinungsstandes bei v. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 304. Vgl. auch Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166.

18 V. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303.

19 BT-Drucks. 13/10334, 40 f.; V. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 304; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166 f.; v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398 Note 5.

20 BT-Drucks. 13/10334, 40 f.

21 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3167.

22 BT-Drucks. 13/10334, 41.

23 V. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 305.

24 Wilkens, NWB Fach 21, 1365, 1366.

25 V. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 304.

26 So auch Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3171.

27 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3171; v. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 310; Wilkens, NWB Fach 21, 1365, 1372.

28 BGBl. I 1998, 1253.

29 BGBl. I 1998, 3043.

30 Bundesanzeiger Nr. 109 vom 15.06.1978 = Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 635 = NJW 1978, 2381 = DNotZ 1978, 449.

31 Bundesamt für Wirtschaft, Frankfurter Str. 29-31, 65760 Eschborn/Taunus, Tel. 06196/404 479, Fax: 06196/94226.

32 So zutreffend Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3170.

33 Görk, DNotl-Report 1998, 195.

34 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398.

35 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3170; Görk, DNotl-Report 1998, 195 f.; v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398.

36 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398.

### III.

#### Fremdwährungsverbindlichkeiten

Nach § 3 S. 1 WährG durften Geldschulden nur mit Genehmigung in einer anderen Währung als in Deutscher Mark eingegangen werden. Für die Erteilung der Genehmigung waren die Landeszentralbanken zuständig<sup>37</sup>. Das Verbot von Fremdwährungsverbindlichkeiten gemäß § 3 S. 1 WährG in Verbindung mit § 49 Abs. 1 AWG galt jedoch nur, wenn beide Parteien Inländereigenschaft besaßen, also Gebietsansässige i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 3 AWG waren. Das Fremdwährungsverbot ist mit Ablauf des 31. 12. 1998 ersatzlos entfallen<sup>38</sup>. Seit dem 1. 1. 1999 können im Inland schuldrechtliche Verträge in fremden Währungen eingegangen werden, ohne daß es einer Genehmigung bedarf.

Für Grundpfandrechte ist auch weiterhin § 28 S. 2 GBO maßgeblich<sup>39</sup>. Danach muß der Geldbetrag eines Grundpfandrechts in inländischer Währung, also in Deutscher Mark oder Euro, angegeben werden. Ausländische Währungen können auch bei Reallasten nur verwendet werden, wenn dies durch die Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz vom 30. 10. 1997<sup>40</sup> zugelassen ist. Danach ist die Angabe in den Währungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in Schweizer Franken und US-Dollar möglich. Ab dem 1. 1. 2002 können Grundpfandrechte und Reallasten im Grundbuch in Euro, Schweizer Franken, US-Dollar und in den Währungen der nicht an der Währungsunion teilnehmenden Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingetragen werden<sup>41</sup>. Dies sind derzeit Großbritannien, Schweden, Finnland, Dänemark und Griechenland. In diesem Zusammenhang verdient Erwähnung, daß die Bestellung von Grundpfandrechten in Fremdwährungen zu erheblichen Nachteilen für nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger führen kann. Dies ist dann der Fall, wenn das vorrangige Grundpfandrecht in einer anderen Währung, z.B. US-Dollar, eingetragen ist und diese Währung seit Eintragung des Grundpfandrechts gegenüber der Deutschen Mark bzw. dem Euro gewonnen hat<sup>42</sup>. Den nachrangigen Gläubiger trifft dann ein nicht unbeträchtliches Währungsrisiko.

### IV.

#### Genehmigungsbedürftigkeit von Wertsicherungsklauseln

Vor allen Einzelheiten über die Genehmigungsvoraussetzungen von Wertsicherungsvereinbarungen ist in zweifacher Hinsicht abzuscheiden: Auszuscheiden sind zunächst alle Rechtsgeschäfte, die unter die weiträumig angelegten Bereichsausnahmen des PreisG fallen. Danach ist der tatbestandliche Einzugsbereich des § 2 PreisG abzustecken, der eine Reihe von Klauseln von vornherein nicht erfaßt.

#### 1. Bereichsausnahmen des Indexierungsverbotes

Was zunächst die Bereichsausnahmen anbelangt, nennt der Gesetzgeber drei große Gruppen, die kurz vorzustellen sind.

#### a) Finanzdienstleistungen

§ 2 Abs. 1 S. 3 PreisG nimmt nunmehr den gesamten Geld- und Kapitalverkehr, einschließlich aller Finanzinstrumente nach § 1 Abs. 1 Kreditwesengesetz<sup>43</sup> und alle hierauf bezogenen Pensions- und Darlehensgeschäfte vom Indexierungsverbot aus. Damit bricht der Gesetzgeber mit der vormaligen strengen Genehmigungspraxis der Landeszentralbanken<sup>44</sup>, die zu einer Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Deutschland geführt hatte<sup>45</sup>. Allerdings gilt die Freistellung nicht für Kreditverträge mit Verbrauchern i.S.d. Verbraucherkreditgesetzes (§ 6 PrKV)<sup>46</sup>. Für die notarielle Praxis hat die Freistellung Bedeutung bei Wertsicherungsklauseln in Darlehensverträgen und Abtretungen von Darlehensverträgen sowie für Geldschulden in Geschäften des Kapitalverkehrs<sup>47</sup>. Geschäfte des Kapitalverkehrs sind Rechtsgeschäfte über die Veräußerungen von Beteiligungen an Unternehmen, z.B. von GmbH-Geschäftsanteilen, Beteiligungen an Kommanditgesellschaften und Offenen Handelsgesellschaften. Indexierungsklauseln für gestundete Kaufpreisklauseln, Leibrenten und andere Geldschulden in diesen Verträgen sind vom Indexierungsverbot befreit<sup>48</sup>.

#### b) Verträge von gebietsansässigen Kaufleuten mit Gebietsfremden

Eine zweite Bereichsausnahme befreit Wertsicherungsklauseln in Verträgen zwischen gebietsansässigen Kaufleuten und Gebietsfremden vom Indexierungsverbot ohne Ansehung des Vertragsinhalts. Diese in § 2 Abs. 1 S. 4 PreisG vorgesehene Regelung soll deutschen Unternehmen helfen, möglichst günstige Bedingungen für ihre Verträge anzubieten und eine Flucht in ausländische Rechtsordnungen verhindern, die kein Indexierungsverbot kennen<sup>49</sup>. Ungereimt ist allerdings, daß gewerblich tätige Nichtkaufleute und Freiberufler von dieser allein auf Kaufleute zugeschnittenen Regelung nicht profitieren können<sup>50</sup>. Schmidt-Räntsch<sup>51</sup> ist der Auffassung, der Sinn und Zweck der Regelung, den Außenhandel vor Wettbewerbsnachteilen zu schützen, sei nur erreichbar, wenn der Begriff des Kaufmanns weit ausgelegt werde, so daß auch gewerblich tätige Nichtkaufleute und Freiberufler erfaßt seien<sup>52</sup>. Es ist jedoch zu bedenken, daß nach der Öffnungsklausel des § 5 PrKV Preisklauseln genehmigt werden können, wenn besondere Gründe des nationalen oder internationalen Wettbewerbs sie rechtfertigen. Angesichts der eindeutigen Wortwahl des Gesetzgebers<sup>53</sup> ist i.S.d. Rechtsklarheit in diesen Fällen jedenfalls die Einholung eines Negativtestes geboten.

#### c) Erbbaurechtsbestellungsverträge und Erbbauzinsreal-lasten

An dieser Stelle sei nur erwähnt, daß § 1 Nr. 4 PrKV wertsichernde Vereinbarungen in Erbbaurechtsbestellungsverträgen und in Erbbauzinsreal-lasten vom Genehmigungserfordernis unter der Voraussetzung freistellt, daß das Erbbaurecht mit einer Mindestlaufzeit von 30 Jahren ausgestattet ist<sup>54</sup>.

Bei Erbbaurechtsverträgen aufgrund Sachenrechtsbereinigungsgesetz (SachenRBerG) sind die besonderen Vorgaben

37 Nach § 49 Abs. 2 des am 01.09.1961 in Kraft getretenen Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) war die Deutsche Bundesbank zuständig, die ihre Zuständigkeiten insoweit auf die Landeszentralbanken delegiert hat.

38 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 399; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3170; Limmer, ZNotP 1999, 148, 154.

39 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3170; Limmer, ZNotP 1999, 148, 154; Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 1999, 48.

40 Rechtsverordnung über Grundpfandrechte in ausländischer Währung und in Euro, BGBl I S. 2683, in Kraft getreten am 15.11.1997.

41 Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 1999, 48.

42 Zu den Auswirkungen der Einführung des Euro aus der Sicht des Bankjuristen Hambloch-Gesinn/Gruner, ZBB-Report 1999, 49, 54.

43 Finanzinstrumente nach § 1 Abs. 11 S. 2 KWG sind Wertpapiere, auf dem Geldmarkt gehandelte Forderungen (Geldmarktinstrumente), Devisen oder Rechnungseinheiten sowie Derivate. Finanzinstrumente werden regelmäßig, aber nicht notwendig an Börsen gehandelt.

44 Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank vom 09.06.1978 Abschnitt Nr. 1 a) (Bundesanzeiger Nr. 109 vom 15.06.1978 = Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 635 = NJW 1978, 2381 = DNotZ 1978, 449). Die Verbreitung von Wertsicherungsklauseln in diesem Bereich wurde als besonders ge-

fährlich angesehen: Willms/Wahlig, BB 1978, 973, 976; Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1367.

45 Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1367.

46 Zu der Frage, ob die Geltung des Indexierungsverbots für Verbraucherkreditverträge im Hinblick auf bestehenden Schutzmechanismen des Verbraucherkreditgesetzes sowie die Kündigungsmöglichkeit nach § 609 a BGB notwendig ist, Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168.

47 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 402.

48 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 402. Zum Verkauf eines einzelkaufmännischen Unternehmens v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 403.

49 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168.

50 V. Poser, IWB Gruppe 6 Deutschland, 1999, 303, 309; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168.

51 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168.

52 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168; zustimmend v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 403. Zweifelsfrei Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1368; Limmer, ZNotP 1999, 148, 154.

53 Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1368.

54 Dazu näheres unten VI 8.



für die Wertsicherung nach § 46 SachenRBERG zu beachten. § 46 Abs. 1 S. 5 SachenRBERG, der bestimmte, daß die Vereinbarung über die Anpassung des Erbbauzinses nur wirksam ist, wenn die Genehmigung nach § 3 WährG oder entsprechenden währungsrechtlichen Vorschriften erteilt wird, ist durch Art. 11 EuroEG mit Wirkung zum 16. 6. 2000 aufgehoben worden. Damit ist § 46 SachenRBERG nach herrschender Meinung<sup>55</sup> eine Sondervorschrift, die die Anwendung des § 2 Abs. 1 PreisG ausschließt.

Demgegenüber wird im Schrifttum vereinzelt die Auffassung vertreten<sup>56</sup>, in diesen Fällen sei vorsorglich die Genehmigung nach § 2 Abs. 1 PreisG einzuholen, da die Formulierung des § 1 Nr. 4 PrKV, § 46 SachenRBERG bleibe unberührt, keine Bereichsausnahme beinhalte. Auch aus der Aufhebung des § 46 Abs. 1 S. 5 SachenRBERG folge nichts anderes. Denn damit sei nur die Verpflichtung zur Einholung der Genehmigung nach § 3 WährG entfallen, nicht hingegen eine aus § 2 Abs. 1 S. 2 PreisG folgende Genehmigungsbedürftigkeit. Daran ist richtig, daß eine klarere Fassung der Bereichsausnahme des § 46 Abs. 1 SachenRBERG wünschenswert wäre. Mit der herrschenden Meinung ist jedoch im Hinblick auf die abschließende Spezialregelung des § 46 Abs. 1 SachenRBERG und die ersatzlose Streichung des § 46 Abs. 1 S. 5 SachenRBERG<sup>57</sup> das Erfordernis einer Genehmigung abzulehnen.

Die Ausführungen zu § 46 SachenRBERG gelten entsprechend für Anpassungsklauseln in Erbbaurechtsbestellungsverträgen nach dem Erholungs-nutzungsrechtsgesetz<sup>58</sup>, das in § 4 auf § 46 SachenRBERG verweist.

#### d) Miet- und Pachtverträge

##### aa) Mietverträge über Wohnraum

Für Mietanpassungsvereinbarungen in Verträgen über Wohnraum gilt § 10 a Gesetz zur Regelung der Miethöhe<sup>59</sup> (§ 4 Abs. 2 PrKV). Nach § 10 a MHG kann schriftlich vereinbart werden, daß die Entwicklung des Mietzinses durch die Änderung eines von dem Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Gesamtlebenshaltung bestimmt wird. Das Ausmaß der Mietanpassung muß in der Vereinbarung bestimmt sein und darf höchstens der prozentualen Indexänderung entsprechen. Die Vereinbarung ist nur wirksam, wenn der Vermieter für die Dauer von mindestens 10 Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder der Mietvertrag für die Lebenszeit eines Vertragspartners geschlossen wird. § 10 a MHG regelt die Wirksamkeitsvoraussetzungen als Spezialregelung für Mietanpassungsvereinbarungen betreffend Wohnraum unmittelbar und abschließend, eine Genehmigung nach § 2 Abs. 1 PreisG ist nicht erforderlich<sup>60</sup>. Wertsicherungsklauseln, die den Voraussetzungen des § 10 a MHG nicht entsprechen, sind nicht wirksam gemäß §§ 134 BGB i.V.m. § 10 Abs. 1 MHG<sup>61</sup>, z.B. Spannungsklauseln, Leistungsvorbehaltsklauseln und Kostenelementklauseln. Da eine Überleitungsvorschrift nicht vorgesehen ist, hat die Bundesbank zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit für Mietverträge, die vor dem 1. 1. 1999 abgeschlossen worden sind, eine allgemeine Genehmigung erteilt<sup>62</sup>. Erfaßt sind Mietanpassungsvereinbarungen mit einer Mietvertragsdauer von mindestens zehn Jahren, in denen eine Bindung an einen Preisindex für die Gesamtlebenshaltung vereinbart ist.

#### bb) Sonstige Miet- und Pachtverträge

Anpassungsklauseln in gewerblichen Mietverträgen und Gargenmietverträgen unterliegen grundsätzlich dem Indexierungsverbot<sup>63</sup>. § 4 Abs. 1 PrKV bestimmt jedoch, daß Mietanpassungsklauseln als genehmigt gelten, wenn der Vermieter mindestens 10 Jahre an den Mietvertrag gebunden ist und der Vertrag eine von drei zulässigen Bezugsgrößen verwendet. Zulässige Bezugsgrößen sind die vom Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelten Preisindizes für die Gesamtlebenshaltung oder ein vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelter Verbraucherpreisindex, ein auf den Betrieb des Schuldners bezogener Index oder die künftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung des Preises oder des Wertes von Grundstücken, wenn sich das Schuldverhältnis auf die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung beschränkt. Z.B. könnte bei einem langfristigen Vertrag über die Pacht einer Kuhweide entweder an den Preisindex für die Gesamtlebenshaltung, den Milchpreis oder die Entwicklung des Verkehrswertes des Grundstücks angeknüpft werden<sup>64</sup>.

#### 2. Anwendungsbereich des Indexierungsverbotes

Liegt keine Bereichsausnahme vor, ist weiter zu prüfen, ob die engen Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 PreisG erfüllt sind. Selektionskraft entfalten hier vor allem zwei Einzelmerkmale: das Merkmal „selbsttätig und unmittelbar“ und der schuld fremde Wertsicherungsmaßstab.

##### a) Das Merkmal „selbsttätig und unmittelbar“

§ 2 Abs. 1 S. 1 PreisG beschränkt den Anwendungsbereich des Indexierungsverbotes auf Vertragsabreden, nach denen der Betrag von Geldschulden „unmittelbar und selbsttätig“ durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt wird. Danach sind Indexierungsklauseln nur verboten, wenn sie zu einer automatischen Anpassung von Geldschulden führen (sog. Gleitklauseln)<sup>65</sup>. Nicht erfaßt werden demgegenüber Klauseln, die ein weiteres Zutun der Beteiligten oder eines Dritten bei der Anpassung erforderlich machen (sog. Vorbehaltsklauseln). Nach der Rechtsprechung zu § 3 S. 1 WährG war demgegenüber eine Genehmigung für eine Wertsicherungsklausel auch dann nicht erforderlich, wenn zwar ein weiteres Zutun der Parteien oder eines Dritten erforderlich war, die Anpassung der Geldleistung aber keinen Ermessensspielraum zuließ<sup>66</sup>. Nach Auffassung von Schmidt-Räntsch hat der Gesetzgeber diese „feinzelisierte Unterscheidung“ nicht aufgreifen und eine einfache und klare Unterscheidung treffen wollen. Unmittelbar und selbsttätig sei eine Klausel nur, wenn sie ohne Zutun der Parteien wirke<sup>67</sup>.

Demgegenüber heißt es in § 1 Nr. 1 PrKV, das Verbot von Preisklauseln nach § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG gelte nicht für Klauseln, bei denen eine Anpassung zwar nicht automatisch eintritt, ein Ermessensspielraum für die Anpassung jedoch nicht besteht. Von einem Ermessensspielraum ist in § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG nicht die Rede<sup>68</sup>. Die Vorschrift ermächtigt die Bundesregierung lediglich, „die Voraussetzungen näher zu bestimmen, unter denen Ausnahmen vom Preisklauselverbot ... einzeln oder allgemein genehmigt werden können, oder solche Ausnahmen festzulegen“. Auch nach der Gesetzesbegründung ist die Bundesregierung nur zur Präzisierung und Erweiterung der Ausnahmen von dem Indexierungsverbot berechtigt<sup>69</sup>. § 1 Nr. 1

55 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3169; Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 1999, 55; v. Poser, IWB Deutschland Gruppe 6, 1999, 303, 309.

56 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 404.

57 Nach § 46 Abs. 1 S. 5 SachenRBERG war die Genehmigung nach § 3 WährG oder die Genehmigung nach entsprechenden währungsrechtlichen Vorschriften erforderlich.

58 Vom 21.09.1994, BGBl I, 2538, 2548.

59 MHG geändert durch Art. 10 EuroEG.

60 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168; Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 1999, 56; Limmer, ZNotP 1999, 148, 153; Stapel, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 1999, 204, 205; zweifelnd v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 404, mit der oben Buchstabe c zu § 46 Abs. 1 SachenRBERG dargestellten Argumentation.

61 Vgl. Limmer, ZNotP 1999, 148, 153; Stapel, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 1999, 204, 205.

62 Bundesanzeiger Nr. 223 v. 26.11.1998.

63 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3168; Limmer, ZNotP 1999, 148, 153.

64 Beispiel nach Kopp/Heidinger/Schuck, DAJ-Skript zur Tagung vom 24.03.2000 in Bochum, Der Euro, 106.

65 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 399.

66 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3167.

67 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3167; V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 400, hält es für möglich, daß Schmidt-Räntsch § 1 Nr. 1 PrKV noch nicht vorlag.

68 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 399; Limmer, ZNotP 1999, 148, 150.

69 BT-Drucks. 13/10334, 41; Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

PrKV dehnt entgegen den gesetzlichen Vorgaben des § 2 Abs. 2 Nr. 1 PreisG die Genehmigungspflicht aus und dürfte von der Ermächtigungsgrundlage nicht mehr gedeckt sein<sup>70</sup>.

Bis zu einer gerichtlichen Klärung dieser Frage ist die Einholung einer Genehmigung bzw. eines Negativtestes jedoch auch bei Leistungsvorbehaltsklauseln geboten, sofern ein Ermessensspielraum für die Anpassung nicht besteht.

### b) Schuld fremder Wertsicherungsmaßstab

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG unterfallen Gleitklauseln jedoch nur dann dem Indexierungsverbot, wenn der Betrag von Geldschulden durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt wird, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind (Preisklauseln). Konkretisiert wird dieses Tatbestandsmerkmal durch § 1 Nrn. 1 und 2 PrKV. Danach gilt das Preisklauselverbot nicht für Spannungs-klauseln und Kostenelementklauseln, bei denen ein im Schuldverhältnis bereits angelegter Bezugswert zum Anpassungsmaßstab gewählt wird<sup>71</sup>.

### aa) Spannungs-klauseln

Eine genehmigungsfreie Spannungs-klausel liegt vor, wenn die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (§ 1 Nr. 2 PrKV). Typischer Inhalt einer Spannungs-klausel ist, daß Gehalts-, Lohn- oder Pensionsbezüge des Leistungsempfängers aus Gründen der Wertsicherung mit den jeweiligen Bezügen eines anderen Gehalts-, Lohn- oder Pensionsempfängers übereinstimmen oder ständig in einem bestimmten Verhältnis zu ihnen stehen sollen<sup>72</sup>. Der Wortlaut der Preisklauselverordnung knüpft an die Formulierungen der bisherigen Rechtsprechung<sup>73</sup> an<sup>74</sup>, die bei der Frage der Gleichartigkeit eher großzügig verfuhr. Der BGH stellt im Bereich von Dienstverträgen allein auf die formale Gleichartigkeit ab, z.B. daß es sich bei den ins Verhältnis gesetzten Leistungen jeweils um Dienstleistungen handelt. Entscheidend ist hiernach der gemeinsame Rechtsgrund des Dienstvertrages; auf die Frage, ob leitende Funktionen mit den Tätigkeiten eines Arbeiters vergleichbar sind, kommt es nicht an<sup>75</sup>. Dabei ist unerheblich, ob das mit einer Spannungs-klausel wertgesicherte Gehalt einen bestimmten Prozentsatz oder ein Vielfaches des Vergleichsgehaltes ausmachen oder ob es diesem genau entsprechen soll<sup>76</sup>.

Wird eine genehmigungsfreie Spannungs-klausel mit einem – wiederum nicht genehmigungsbedürftigen – fest bezifferten Geldbetrag als Mindestsumme verbunden, so war dies nach der zuletzt geübten Genehmigungspraxis zu § 3 WährG ebenfalls nicht genehmigungsbedürftig<sup>77</sup>. Gleiches wird man für die Nachfolgeregelung annehmen können. Andernfalls erwüchse aus der Zusammenfügung zweier genehmigungsfreier Tatbestände eine genehmigungspflichtige und im Hinblick auf die Einseitigkeit gar nicht genehmigungsfähige Vertragsabrede<sup>78</sup>.

### bb) Bezugnahme auf den Wert oder Preis gleicher Güter

Genehmigungsfrei zulässig ist eine Wertsicherungsklausel nach der bisherigen Spruchpraxis<sup>79</sup> auch dann, wenn „die Geldleistung von dem Wert oder Preis von Gütern oder Leistungen abhängen soll, die ihrerseits Gegenstand der Gegenleistung des Gläubigers sind“<sup>80</sup>. Dies liegt z.B. dann vor, wenn ein Gastwirt das Bier zu den jeweils bei der Brauerei gültigen Tagespreisen beziehen muß<sup>81</sup>. So bedarf die Koppelung einer Kaufpreiserente an den Verkehrswert des Grundstücks keiner Genehmigung<sup>82</sup>. Eine Spannungs-klausel im engeren Sinne liegt in diesen Fällen nicht vor, da keine Spannung zwischen der Leistung und einer gleichartigen Bezugsgröße vereinbart, sondern auf die geschuldete Leistung selbst Bezug genommen wird<sup>83</sup>. Die Bundesbank legte § 3 S. 2 WährG in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof<sup>84</sup> dahin aus, daß eine Bezugnahme auf den künftigen Preis der gleichen oder gleichartiger Güter stets genehmigungsfrei zulässig sei<sup>85</sup>. Nichts anderes gilt für die Nachfolgeregelung. Zwar sind die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter und Leistungen nicht im wesentlichen gleichartig oder vergleichbar gemäß § 1 Nr. 2 PrKV, jedoch folgt die genehmigungsfreie Zulässigkeit dieser Klauseln zwanglos aus § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG. Danach darf der Betrag von Geldschulden nicht unmittelbar durch den Preis oder Wert von anderen Gütern bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern und Leistungen nicht vergleichbar sind. Hier fehlt es schon an der Bezugnahme auf ein anderes Gut.

### cc) Kostenelementklauseln

Eine genehmigungsfreie Kostenelementklausel liegt vor, wenn der geschuldete Betrag von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter und Leistungen abhängt, die die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen (§ 1 Nr. 3 PrKV). Verträge über die Errichtung von Bauwerken oder technischen Anlagen, langfristige Miet- und Wartungsverträge über Telefon- oder EDV-Anlagen sowie Lieferungsverträge über Fernwärme oder Stromlieferung enthalten fast ausnahmslos Kostenelementklauseln<sup>86</sup>. Ihrem Inhalt zufolge ändert sich der vereinbarte Ausgangspreis entsprechend, wenn sich die Kostenfaktoren für die Herstellung oder Lieferung der Sachleistung ändern. Die Genehmigung setzt allerdings voraus, daß die Verteuerung eines Kostenelementes nicht auf den gesamten Kaufpreis übertragen wird, sondern nur, soweit dies dem Anteil des Kostenelements am Gesamtpreis entspricht. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung<sup>87</sup> und der Auffassung der Deutschen Bundesbank zu § 3 S. 2 WährG<sup>88</sup>.

### 3. Genehmigungsbedürftige Klauseln

Gleitklauseln mit schuld fremden Wertsicherungsmaßstäben, die nicht unter die besprochenen Bereichsausnahmen fallen<sup>89</sup>, bedürfen der Genehmigung des Bundesamtes für Wirtschaft. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte immer ein Negativtest beantragt werden<sup>90</sup>. Dies empfiehlt sich auch im Hinblick

70 Limmer, ZNotP 1999, 148, 150. A.A. v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 400, der meint, § 1 Nr. 1 PrKV dürfe den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG „gegen seinen Wortlaut“ auf den Anwendungsbereich von § 3 S. 2 WährG erweitern.

71 Vgl. Münchener Kommentar/v. Maydell, 3. Aufl. 1994, § 244 BGB, Rn. 25 f.

72 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 5.

73 Entscheidend ist danach, daß der zum Maßstab der Geldschuld genommene Wertmesser mit der Gegenleistung, für welche die Geldschuld zu entrichten ist, gleichartig, zumindest aber vergleichbar ist. BGH DNotZ 1952, 120 ff.; BGH BB 1954, 976; BGHZ 14, 306, 310 f.; BGH BB 1974, 101; BGH BB 1979, 1259 f.

74 Limmer, ZNotP 1999, 148, 150.

75 BGH BB 1974, 101; Willms/Wahlig, BB 1978, 973, 974; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 21 ff.

76 BGH BB 1954, 976; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 5.

77 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 77 ff. Zu der vormalis strengeren Genehmigungspraxis Fögen, NJW 1953, 1321, 1326.

78 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 31 f. Wird jedoch eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel mit einer Mindestklausel verbunden, ist die Klausel genehmigungsbedürftig und nicht genehmigungsfähig (Dürkes, ebd. Rn. D. 79).

79 BGH BB 1963, 247, 248 zu dem Fall, daß ein Darlehensgeber bestimmte Aktien verkauft und den Verkaufserlös dem Darlehensnehmer als Darlehen mit der Verpflichtung zur Verfügung stellt, ihm bei Fälligkeit des Darlehens denjenigen Betrag zurückzuzahlen, der alsdann zur Wiederbeschaffung der gleichen Zahl gleicher Aktien erforderlich ist.

80 Hessisches VG DNotZ 1961, 645, 648.

81 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 40.

82 Der Notar sollte dennoch ein Negativtest anfordern, vgl. auch Limmer, ZNotP 1999, 148, 150.

83 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 35.

84 BGHZ 14, 306, 310 f.

85 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 38; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1992, Vorbem. zu §§ 244 ff., Rn. D 246.

86 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 64.

87 Grundlegend BGH NJW 1973, 1498, 1499.

88 Willms/Wahlig, BB 1978, 773, 975; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 169.

89 Oben Ziffer 2.

90 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 405; Görk, DNotJ-Report 1998, 195, 196 (mit Formulierungsvorschlag der entsprechenden Fälligkeitsvoraussetzung im Grundstückskaufvertrag); Limmer, ZNotP 1999, 148, 156.

auf die Neuregelung, zu der keine Auslegungsgrundsätze des Bundesamtes für Wirtschaft vorliegen und eine gesicherte Rechtsprechung fehlt.

Preisklauseln werden genehmigt, wenn Zahlungen langfristig zu erbringen sind und nicht eine Vertragspartei unangemessen benachteiligt wird (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 PreisG). In Anlehnung an die Genehmigungsgrundsätze der Deutschen Bundesbank zu § 3 WährG bestimmt die Preisklauselverordnung in § 2 allgemeine Genehmigungsvoraussetzungen und nennt in § 3 die Voraussetzungen für die Genehmigung von langfristigen Zahlungen.

#### a) Allgemeine Genehmigungsgrundsätze

§ 2 Abs. 1 PrKV setzt voraus, daß die Preisklausel hinreichend bestimmt ist. Daran fehlt es, wenn der geschuldete Betrag allgemein von der künftigen Preisentwicklung oder einem anderen Maßstab abhängt, der nicht erkennen läßt, welche Preise oder Werte bestimmend sein sollen<sup>91</sup>. Für die notarielle Praxis ist eine besonders genaue Bezeichnung der Indikatoren zu empfehlen<sup>92</sup>.

Preisklauseln werden ferner nicht genehmigt, wenn sie eine Vertragspartei unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn einseitig ein Preis- oder Wertanstieg eine Erhöhung, nicht aber umgekehrt ein Preis- oder Wertrückgang eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirkt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 PrKV). Sie ist weiter gegeben, wenn der geschuldete Betrag sich gegenüber der Entwicklung der Bezugsgröße überproportional ändern kann. Der Zahlungsanspruch muß sich also immer in demselben Verhältnis wie die Bezugsgröße verändern. „Übergewichtige“, also sich stärker nach oben als nach unten auswirkende Klauseln sind unzulässig<sup>93</sup>. Beide Ausprägungen des Verbots einer unangemessenen Benachteiligung einer Vertragspartei knüpfen eng an die Genehmigungsgrundsätze der Deutschen Bundesbank zu § 3 WährG an<sup>94</sup>.

Nach den Genehmigungsgrundsätzen der Deutschen Bundesbank war bisher die Beifügung einer Mindestklausel zu einer genehmigungsbedürftigen Wertsicherungsklausel nicht genehmigungsfähig<sup>95</sup>. Dies gilt auch nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 PrKV, da bei Festlegung eines Mindestbetrages ein Preis- oder Wertrückgang keine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruches bewirkt, sofern der Mindestbetrag dadurch unterschritten wird.

#### b) Genehmigungsfähigkeit bei langfristigen Zahlungen

§ 3 PrKV nennt die für die notarielle Praxis besonders bedeutsamen Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit von langfristigen Zahlungen. Anknüpfungspunkte für die Regelbeispiele der Absätze 1 bis 4 des § 3 PrKV bilden jeweils bestimmte Wertmesser als indizierende Bezugsgrößen. Maßgebliche Kriterien sind, ob es sich um wiederkehrende oder einmalige Zahlungen handelt, die Dauer der Zahlungsverpflichtung und der Grund ihrer Beendigung sowie der Rechtsgrund der Zahlungsverpflichtung.

§ 3 Abs. 1 PrKV bestimmt die Voraussetzungen, unter denen langfristige Zahlungsansprüche genehmigungsfähig sind, wenn der Preisindex für die Gesamtlebenshaltung des Statistischen Bundesamtes oder eines Statistischen Landesamtes oder ein vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelter Verbraucherpreisindex als Bezugsgröße gewählt wird.

Handelt es sich um wiederkehrende Zahlungen, so ist weitere Voraussetzung, daß die Zahlungen auf die Lebenszeit des Gläubigers oder Schuldners oder bis zum Erreichen eines Ausbildungsziels oder bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers zu zahlen sind. Eine Verwendung der oben bezeichneten Indizes ist bei wiederkehrenden Zahlungen auch dann zulässig, wenn der Gläubiger an diese Verträge mindestens zehn Jahre – gerechnet ab Vertragsschluß bis zur Fälligkeit der letzten Rate – gebunden ist (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 PrKV). Genehmigungsfähig sind ferner Zahlungen, die aufgrund einer Auseinandersetzung zwischen Miterben, Ehegatten, Eltern und Kindern zu erbringen sind, oder von dem Unternehmer eines Betriebes oder sonstigen Sachvermögens zur Abfindung eines Dritten zu entrichten sind, wenn zwischen der Begründung der Verbindlichkeit und der Endfälligkeit ein Zeitraum von mindestens zehn Jahren liegt oder die Zahlungen erst nach dem Tode eines Beteiligten zu erbringen sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV).

§ 3 Abs. 2 PrKV regelt die Voraussetzungen einer Genehmigung von Preisklauseln, die als Bezugsgröße die künftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Löhnen, Gehältern, Ruhegehältern und Renten bestimmen. Wertsicherungsklauseln sind in diesem Fall genehmigungsfähig, wenn es sich um wiederkehrende Zahlungen handelt, die für die Lebenszeit, bis zum Erreichen der Erwerbsunfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungsziels oder bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers zu erbringen sind. Wird in Preisklauseln auf die zukünftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung der Preise oder Werte für Güter Bezug genommen, die der Schuldner in seinem Betrieb erzeugt, veräußert oder erbringt, so stellt § 3 Abs. 3 PrKV eine Genehmigung für den Fall in Aussicht, daß es sich um wiederkehrende Zahlungen aufgrund von Verträgen handelt, an die der Gläubiger für die Dauer von zehn Jahren gebunden ist. Als Wertsicherungsmaßstab ist darüber hinaus die künftige Einzel- oder Durchschnittsentwicklung des Preises oder Wertes von Grundstücken zulässig, wenn sich das Schuldverhältnis auf die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung beschränkt und es sich um wiederkehrende Zahlungen aufgrund von Verträgen handelt, an die der Gläubiger für die Dauer von zehn Jahren gebunden ist.

#### c) Öffnungsklauseln

Um eine flexible Genehmigungspraxis in Fällen zu ermöglichen, die von den Regelbeispielen der Absätze 1 bis 4 des § 3 PrKV nicht erfaßt sind, enthält die Preisklauselverordnung zwei Öffnungsklauseln<sup>96</sup>. Nach § 3 Abs. 5 PrKV kann die Verwendung weiterer Klauseln genehmigt werden, wenn schutzwürdige Interessen eines Beteiligten dies erfordern. Darüber hinaus können Preisklauseln gemäß § 5 PrKV genehmigt werden, wenn besondere Gründe des nationalen oder internationalen Wettbewerbs sie rechtfertigen. Die zuletzt genannte Genehmigungsmöglichkeit ist neuartig und soll ausweislich der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses<sup>97</sup> verhindern, daß deutsche Unternehmen Vertragspartner verlieren oder das deutsche Recht nicht mehr vereinbaren können, wenn in anderen Ländern kein Indexierungsverbot besteht. Da § 2 Abs. 1 S. 4 PreisG bereits Verträge gebietsansässiger Kaufleute mit Gebietsfremden vom Indexierungsverbot ausnimmt, wird die praktische Bedeutung der Öffnungsklausel eher gering sein<sup>98</sup>.

Bei der Vertragsgestaltung ist zu berücksichtigen, daß in den Fällen, in denen die Öffnungsklauseln zum Tragen kommen, die Erteilung der Genehmigung – anders als in den Fällen des § 3 Abs. 1 bis 4 PrKV – nicht sicher ist<sup>99</sup>.

91 Diese Bestimmung entspricht Ziffer 2 c) der Genehmigungsgrundsätze der Deutschen Bundesbank vom 09.06.1978.

92 Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1369.

93 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 75.

94 Ziffer 2 a) und d) der Genehmigungsgrundsätze der Deutschen Bundesbank vom 09.06.1978. Dazu Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 73 ff.

95 Nr. 2 a der Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank v. 09.06.1978 benennt ausdrücklich Mindestklauseln; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 79, D 32.

96 Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1370.

97 BT-Drucks. 13/10334, 41.

98 Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166, 3169; Wilkens, NWB Fach 21, 1999, 1365, 1370.

99 V. Heynitz, MittBayNot 1998, 398, 405.

#### 4. Rechtsfolgen der Genehmigungsverweigerung

Enthält ein Vertrag eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel, so ist die Klausel zunächst schwebend unwirksam<sup>100</sup>. Wird sie nachträglich genehmigt, endet der Schwebenzustand und die Klausel wird von Anfang an wirksam<sup>101</sup>. Ablehnende Bescheide des Bundesamtes für Wirtschaft können nach der Durchführung eines Vorverfahrens mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage angefochten werden. Zuständig ist das Verwaltungsgericht in Frankfurt. Erst eine bestandskräftige, im Verwaltungsrechtswege nicht mehr anfechtbare Verweigerung der Genehmigung führt mit rückwirkender Kraft zur Nichtigkeit der Klausel. Das Schicksal des restlichen Vertrages bestimmt sich nach § 139 BGB. Dies führte nach der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, wenn nach den Umständen des Einzelfalles anzunehmen war, daß die Beteiligten den Vertrag ohne die Wertsicherungsklausel nicht geschlossen hätten<sup>102</sup>. Weil es dem Gläubiger der Geldleistung in aller Regel nur darauf ankommt, daß die Leistung überhaupt wertgesichert ist, nicht aber, in welcher Gestalt die Wertsicherung erfolgt, bleibt der restliche Vertrag zumeist entgegen der Auslegungsregel des § 139 BGB wirksam<sup>103</sup>. Selbst dann, wenn feststeht, daß eine Partei den Vertrag ohne Wertsicherungsklausel nicht abgeschlossen hätte, folgt daraus jedoch nicht, daß der Vertrag in vollem Umfang unwirksam ist. Kam es der Partei nicht entscheidend gerade auf den Inhalt der vereinbarten Wertsicherungsklausel an, so nahm die Rechtsprechung eine Verpflichtung beider Parteien an, einer Änderung der vereinbarten Wertsicherungsklausel in eine genehmigungsfähige oder nicht genehmigungsbedürftige Klausel zuzustimmen<sup>104</sup>.

Es entsprach der bisherigen Praxis der Landeszentralbanken, die vom Bundesamt für Wirtschaft fortgeführt werden soll, dem Antragsteller zunächst mitzuteilen, daß mit der Genehmigung der Klausel nicht gerechnet werden konnte. Die Parteien erhielten mit dieser formlosen Benachrichtigung<sup>105</sup> die Möglichkeit, die Klausel in eine solche mit genehmigungsfähigem oder nicht genehmigungsbedürftigem Inhalt umzuwandeln. Auf § 139 BGB kommt es in diesen Gestaltungen schon deshalb nicht an, weil der Vertrag weiterhin schwebend unwirksam ist. Aus der Bindung der Parteien an den schwebend unwirksamen Vertrag kann sich eine Pflicht ergeben, in eine Änderung der vereinbarten Klausel einzuwilligen. Der Bundesgerichtshof hat entsprechenden Klagen wiederholt stattgegeben<sup>106</sup>.

Ist hingegen die Genehmigung bereits verweigert, soll nach einer frühen Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem in vollem Umfang nichtigen Vertrag kein Anspruch hergeleitet werden können, „dasselbe Geschäft unter Vermeidung des Nichtigkeitsgrundes derart neu zu schließen, daß ... ein Gesetzesverstoß nunmehr unterlassen wird“<sup>107</sup>. Ob dieser Entscheidung im Hinblick auf die anerkannten Grundsätze von vertraglichen Nebenpflichten auch bei Fehlen eines wirksamen Vertragsabschlusses gefolgt werden kann, ist zweifelhaft. In einer anderen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof angenommen, in dem Antrag einer Partei auf Herbeiführung der endgültigen Genehmigungsverweigerung liege eine positive Forderungsverletzung, den Vertragszweck zu fördern. Der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch führe über den Grundsatz der Naturalrestitution zur Verpflichtung, den Vertrag

neu abzuschließen<sup>108</sup>. Die dargestellte frühe Rechtsprechung mißt dem Zeitpunkt der Genehmigung eine Bedeutung bei, die sich in den Auswirkungen als so wenig interessengerecht erweist, daß ungewünschte Ergebnisse nachträglich auf der Sekundärebene wieder korrigiert werden müssen<sup>109</sup>.

Spätere Entscheidungen betonen nicht mehr die Mitwirkungspflicht der Parteien, sondern ermitteln im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, welche Regelung die Parteien anstelle der nichtigen Klausel getroffen hätten<sup>110</sup>. § 139 BGB ist daher nur nachrangig anwendbar, wenn eine Klausel durch ergänzende Vertragsauslegung oder Vertragsänderung nicht angepaßt werden kann<sup>111</sup>. Diese richterliche „Vertragshilfe“ hat den Vorzug, daß die Verweigerung der Genehmigung der Wertsicherungsklausel kaum mehr die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge haben wird. Eine nicht genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel wird daher regelmäßig zur Ersetzung dieser Klausel durch eine nicht genehmigungsbedürftige oder eine genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel führen. Da die Rechtsprechung jedoch keiner einheitlichen Linie folgt, ist die Praxis des Bundesamtes für Wirtschaft auch weiterhin zu begrüßen, nach der den Parteien die Verweigerung der Genehmigung zunächst nur für den Fall in Aussicht gestellt wird, daß sie nicht einverständlich eine andere Gestaltung vereinbaren.

#### 5. Bindung der Gerichte an Verwaltungsakte des Bundesamtes für Wirtschaft

Ist eine Genehmigung gemäß § 2 Abs. 1 PreisG erteilt, sind die ordentlichen Gerichte an diese Entscheidung gebunden<sup>112</sup>. Eine Stellungnahme des Bundesamtes für Wirtschaft, daß die Wertsicherungsklausel nicht genehmigungsbedürftig ist (sog. Negativattest), hat zunächst nicht dieselbe rechtliche Bindungswirkung wie eine Genehmigung<sup>113</sup>. Nach der Rechtsprechung führt jedoch auch ein Negativattest dazu, daß die Genehmigungsbedürftigkeit der Klausel durch die ordentlichen Gerichte nicht mehr zu prüfen ist<sup>114</sup>. Ist die Genehmigung erteilt oder hat das Bundesamt für Wirtschaft bestätigt, daß eine Genehmigung nicht erforderlich ist, verneint die Rechtsprechung ein Rechtsschutzbedürfnis für die Prüfung der Genehmigung bzw. des Negativattestes. Hintergrund ist, daß die Berufung einer Partei auf die Unwirksamkeit der Klausel im allgemeinen den rechtlich nicht zu billigenden Zweck verfolgt, sich aus der lästig gewordenen vertraglichen Verpflichtung zu lösen<sup>115</sup>. Hat demgegenüber das Bundesamt für Wirtschaft die Genehmigung versagt, ist aber zweifelhaft, ob die Klausel überhaupt einer Genehmigung nach § 2 Abs. 1 PreisG bedarf, haben die ordentlichen Gerichte diese Frage ohne Rücksicht auf den Standpunkt des Bundesamtes für Wirtschaft zu prüfen<sup>116</sup>.

### V.

#### Gestaltung von Wertsicherungsklauseln

Die folgenden Ausführungen wollen praktische Hinweise zur Gestaltung von Wertsicherungsklauseln geben.

##### 1. Kauselemente

Eine Wertsicherungsklausel setzt sich grundsätzlich aus drei Elementen zusammen<sup>117</sup>:

100 BGHZ 14, 306, 313; BGH BB 1963, 793; BGH BB 1959, 868.

101 BGH BB 1959, 868; Münchener Kommentar/v. Maydell, 3. Aufl. 1994, § 244, Rn. 32; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. H 5.

102 Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, 54.

103 Münchener Kommentar/v. Maydell, 3. Aufl. 1994, § 244 BGB, Rn. 33.

104 BGHZ 63, 132, 135; BGH BB 1979, 1260; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. H 26.

105 Die Benachrichtigung ist eine Rechtsauskunft; sie beinhaltet nach BGH BB 1973, 998 keine Entscheidung über den Genehmigungsantrag.

106 BGH NJW 1960, 523; BGH BB 1963, 793; BGH BB 1973, 998, 999; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. F 1 ff.

107 BGH BB 1963, 793 f.

108 BGH LM Nr. 14 zu § 3 WährG.

109 Ablehnend auch Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, 56.

110 BGHZ 63, 132, 135; BGH NJW 1986, 932, 933; Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, 54.

111 BGHZ 63, 132, 135; BGH NJW 1983, 1909, 1910; Palandt/Heinrichs, 59. Aufl. 2000, § 245, Rn. 27; Münchener Kommentar/v. Maydell, 3. Aufl. 1994, § 244, Rn. 33.

112 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. H 15.

113 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. H 17.

114 BGHZ 1, 294, 301 (zum Devisenrecht).

115 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Auflage 1992, Rn. H 21.

116 BGH BB 1962, 737; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Auflage 1992, Rn. H 16.

117 V. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbaurechts, 2. Aufl. 1995, 305 ff.; Limmer, ZNotP 1999, 148, 154.

(1) Anpassungsvoraussetzungen, d. h. der Zeitpunkt oder die Voraussetzungen einer Anpassung, z.B. jeweils nach Ablauf von fünf Jahren oder bei Veränderung des gewählten Indexes um einen bestimmten Prozentsatz,

(2) Bewertungsmaßstab, d. h. die Bezugsgröße, die für die Änderung maßgeblich ist, z.B. der Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland,

(3) Anpassungszeitpunkt als der Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung oder Ermäßigung eintritt.

Die Klausелеlemente müssen im Hinblick auf das Bestimmtheitserfordernis des § 2 Abs. 1 PrKV so konkret wie möglich gefaßt werden. Dies dient auch dazu, Schwierigkeiten bei der Vertragsauslegung zu vermeiden<sup>118</sup>.

## 2. Auswahl eines Indexes als Wertsicherungsmäßstab

### a) Preisindizes als Wertsicherungsmäßstab

In Wertsicherungsklauseln werden überwiegend Preisindizes für die Lebenshaltung<sup>119</sup> als Wertsicherungsmäßstab verwendet<sup>120</sup>. Sie zeigen an, wie sich die Preise aller Waren und Dienstleistungen verändern, die von privaten Haushalten gekauft werden<sup>121</sup>. Preisindizes sagen über die Veränderungen der gekauften Mengen und Qualitäten nichts aus<sup>122</sup>. Als Wertsicherungsmäßstab sind sie geeignet, wenn der Empfänger so gestellt werden soll, daß er eine gleichbleibende Menge von Gütern gleicher Art und Qualität erwerben kann. Eine Teilnahme des Empfängers an der allgemeinen Verbesserung des Lebensstandards kann nur durch die Wahl eines anderen Wertsicherungsmäßstabs, z.B. die Bezüge eines Beamten, erreicht werden<sup>123</sup>.

Das Statistische Bundesamt erstellt auf der Basis 1995 neun Verbraucherpreisindizes für die Lebenshaltung. Für das Bundesgebiet und die neuen Länder einschließlich Berlin-Ost werden jeweils ein umfassender Index für alle privaten Haushalte sowie jeweils ein Index für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Beamten und Angestellten mit höherem Einkommen, von 4-Personen-Haushalten von Angestellten und Arbeitern mit mittlerem Einkommen und von 2-Personen-Haushalten mit geringem Einkommen geführt<sup>124</sup>. Im Jahr 2003 wird es mit der Umstellung auf das Basisjahr 2000<sup>125</sup> die Teilindizes für das frühere Bundesgebiet und die neuen Länder und Berlin-Ost nicht mehr geben. Auch die Preisindizes für spezielle Haushaltstypen entfallen<sup>126</sup>. Es wird damit auf der Basis 2000 nur noch der Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte berechnet<sup>127</sup>. Eine Fortrechnung der übrigen Preisreihen ist nicht möglich<sup>128</sup>. Damit folgt der Verbraucherpreisindex den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen in Deutschland; die oben genannten speziellen Haushaltstypen repräsentieren insgesamt weniger als 7 % aller Haushalte<sup>129</sup>. Neue Verträge

sollten keinesfalls auf die wegfallenden Indizes Bezug nehmen<sup>130</sup>. Soweit Wertsicherungsklauseln auf einen der 2003 wegfallenden Teilindizes abstellen, ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung der allgemeine Index anzuwenden, da dieser dem vereinbarten Teilindex am nächsten kommt<sup>131</sup>. Dies ist auch im Hinblick darauf gerechtfertigt, daß die Preisentwicklung bei den einzelnen Haushaltstypen sehr ähnlich verlaufen ist<sup>132</sup>. Gegen die Annahme einer Nachverhandlungspflicht spricht bei Gleitklauseln, daß die Parteien durch die Vereinbarung einer automatischen Anpassung Nachverhandlungen gerade ausschließen wollten<sup>133</sup>.

Das Statistische Bundesamt berechnet seit 1997 auch einen Harmonisierten Verbraucherpreisindex (HVPI) für Deutschland. Für diesen Index stehen Zeitreihen ab Januar 1995 zur Verfügung. Der HVPI soll den Vergleich der Preisveränderungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermöglichen<sup>134</sup>. Der deutsche HVPI enthält nur 85 % der Güter und Verbrauchsausgaben, die in dem Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte erfaßt sind<sup>135</sup>, z.B. enthält der HVPI keine Ausgaben der privaten Haushalte für das Wohnen im eigenen Heim<sup>136</sup>. Der HVPI ist anders als die bisherigen Preisindizes für die Lebenshaltung, die nach der Laspeyres-Methode geführt werden, ein Kettenindex. Durch methodische Änderungen wird die Aussagekraft des Indexes für die Preisentwicklung entscheidend beeinflusst, z.B. führt die Einbeziehung von Sonderangebotspreisen ab Januar 1999 zu einem sprunghaften Anstieg des Indikators<sup>137</sup>. Diese Gesichtspunkte lassen es rat-sam erscheinen, auf den HVPI als Bewertungsmaßstab in Wertsicherungsklauseln vorerst nicht zurückzugreifen<sup>138</sup>.

Daneben führt das Statistische Bundesamt noch einen Preisindex für den Einzelhandel und einen Gastgewerbepreisindex<sup>139</sup>. Der Preisindex für den Einzelhandel wird aus den Preiserhebungen für den Preisindex für Lebenshaltung abgeleitet und beruht auf den Umsatzangaben des Einzelhandels. Auf diese Teilindizes sollte in Wertsicherungsklauseln nur zurückgegriffen werden, da das Risiko besteht, daß der Index in Zukunft in unveränderter Form nicht mehr berechnet wird. Statistiker raten daher grundsätzlich zur Verwendung eines Gesamtindex<sup>140</sup>.

Die Statistischen Landesämter berechnen für ihr Land eigene Indizes auf der Grundlage eines bundeseinheitlichen Warenkorbs und Wägungsschemas. Einziger Unterschied zum Bundesindex ist, daß anstelle des Bundesdurchschnittspreises ein Landesdurchschnittspreis zugrunde gelegt wird. Dieser Unterschied kann eine Verwendung des Landesindex nicht rechtfertigen<sup>141</sup>. Nur wenn ein Landesindex ein eigenes Wägungsschema und einen eigenen Warenkorb verwendet, hat der Landesindex neben dem Bundesindex eine eigene Bedeutung<sup>142</sup>. Es sollte daher der Bundesindex verwendet werden<sup>143</sup>.

118 Limmer, ZNotP, 1999, 148, 154.

119 Zu diesem Zweck werden auf der Grundlage der Verbrauchsgewohnheiten der privaten Haushalte ca. 750 verschiedene Waren und Dienstleistungen in einem sogenannten Warenkorb zusammengefaßt. Wichtiger als die Festlegung des Warenkorbs ist die Bestimmung des Gewichts, mit dem der einzelne Preisrepräsentant bei der Berechnung des Gesamtindex vertreten ist (z.B. welchen Anteil Mietausgaben an den gesamten Verbrauchsausgaben der privaten Haushalte haben). Der Preisindex für die Lebenshaltung wird mit einem konstanten Wägungsschema auf fester Basis berechnet, sog. Laspeyres-Index. Mit der Umstellung auf ein neues Basisjahr wird den veränderten Verbrauchsgewohnheiten Rechnung getragen. Dies soll nach internationalen Vereinbarungen alle fünf Jahre erfolgen. Die Bundesrepublik ist mit den Basisjahren 1976 (wegen der Ölkrise) und 1991 (aufgrund der Wiedervereinigung) zweimal von dieser Vorgabe abgewichen. Ausführlich dazu Rasch, DNotZ 1991, 646, 647 ff. sowie die Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 25.02.1999, Warenkorb und Wägungsschema.

120 Rasch, NJW 1996, 34.

121 Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 25.02.1999, Der Preisindex für die Lebenshaltung in Stichworten.

122 Rasch, DNotZ 1991, 646, 647.

123 Kunz, NJW 1969, 827; Rasch, DNotZ 1991, 646, 647.

124 Vgl. Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2; Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 25.02.1999, Der Preisindex in Stichworten.

125 Zu Wägungsschema und Warenkorb auf der Basis 1995 Rasch, DNotZ 1999, 467, 469.

126 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2; Hertel, DNotI-Report 1998, 211.

127 Rasch, DNotZ 1999, 467, 470.

128 Rasch, DNotZ 1999, 467, 473.

129 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2. Die Wahl des Haushaltstyps war für die Auswahl des Indexes ohnehin wegen deren gleichförmigen Entwicklung nicht von großer Bedeutung. Auch beruhte die Auswahl des Indexes häufig auf der Fehlvorstellung, ein Preisindex für die Lebenshaltung müsse bei Haushalten mit höherem Einkommen höher liegen als bei Haushalten mit geringerem Einkommen. Das Gegenteil ist der Fall. Dazu Kunz, NJW 1969, 827, 828.

130 Allgemeine Meinung: Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2, 3; Hertel, DNotI-Report 1998, 211.

131 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2, 3; Hertel, DNotI-Report 1998, 211; Rasch, DNotZ 1999, 467, 473.

132 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2, 3; Rasch, DNotZ 1999, 467, 473 f.

133 Hertel, DNotI-Report 1998, 211.

134 Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 25.02.1999, Der Harmonisierte Verbraucherpreisindex für Deutschland in Stichworten; Hertel, DNotI-Report 1998, 211.

135 Rasch, DNotZ 1999, 467, 472.

136 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2, 3.

137 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2, 3.

138 So im Ergebnis auch Hertel, DNotI-Report 1998, 211.

139 Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 25.02.1999, Der Preisindex in Stichworten.

140 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2, 3.

141 Rasch, DNotZ 1999, 467, 475.

142 Rasch, DNotZ 1999, 467, 475.

143 Rasch, NJW 1996, 34, 35.

## b) Lohn- und Gehaltsindizes

Lohn- und Gehaltsindizes haben gegenüber den Verbraucherpreisindizes für die Lebenshaltung in der Vergangenheit zu überproportionalen Zuwächsen geführt und so eine Teilhabe des Empfängers an der allgemeinen Erhöhung des Lebensstandards ermöglicht. Da das Ergebnis der für die Lohn- und Gehaltsentwicklung maßgeblichen Verteilungskämpfe schwer vorauszusagen ist, bleibt auch denkbar, daß die Entwicklung der Löhne und Gehälter hinter der Entwicklung der Lebenshaltungskosten in Zukunft zurückbleibt<sup>144</sup>. Bei der Verwendung von Lohn- und Gehaltsindizes ist zunächst darauf zu achten, daß der Index regelmäßig veröffentlicht wird. Eine Mindestschwankungsklausel ist entbehrlich, da Löhne und Gehälter in der Regel nur jährlich geändert werden<sup>145</sup>.

Beamtenbezüge werden besonders häufig bei Pensionsvereinbarungen als Bezugsgröße verwendet. Bei der Bezugnahme auf ein Beamtengehalt ist zu beachten, daß Beamtengehälter der allgemeinen Kosten- und Preisentwicklung langsamer angepaßt werden, als tarifvertraglich gebundene Löhne und Gehälter<sup>146</sup>. Schwierige Auslegungsprobleme ergeben sich aus der Berücksichtigung von für die Parteien nicht vorhersehbaren strukturellen Änderungen der Beamtenbesoldung, z.B. durch Vorschaltung einer zusätzlichen Stufe vor die zur Bezugsgröße bestimmten Eingangsstufe der Besoldungsgruppe A 13<sup>147</sup>. In diesen Fällen ist zu ermitteln, welche Vereinbarung die Parteien mutmaßlich bei Kenntnis dieser Strukturänderung getroffen hätten<sup>148</sup>. Zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Neueinstufung nur einer bestimmten Beamtenkategorie aufgrund einer gezielten besoldungspolitischen Einzelmaßnahme sollte grundsätzlich nicht auf die Dienstbezeichnung, sondern auf die maßgebliche Besoldungsgruppe (z.B. A 14) abgehoben werden<sup>149</sup>. Anderes wird natürlich dann gelten, wenn es den Parteien gerade darauf ankommt, daß die Gehaltsbezüge einer bestimmten Beamtenkategorie Bezugsgröße sein sollen. In diesem Fall sollte ausdrücklich bestimmt werden, daß die Gehaltsbezüge, z.B. eines Regierungspräsidenten, unabhängig von deren Einstufung in eine bestimmte Beamtenkategorie maßgeblich sind<sup>150</sup>. Ferner sollte jede Bezugnahme auf die Gehälter in den neuen Bundesländern vermieden werden, bis die Unsicherheiten über deren Entwicklung beendet sind<sup>151</sup>. In der Wertsicherungsklausel sollte zudem deutlich zum Ausdruck kommen, ob nur künftige Veränderungen des Grundgehaltes zu einer Anpassung führen sollen oder auf eine – schwerer zu verfolgende – Veränderung der gesamten laufenden Bezüge einschließlich eines bestimmten Ortszuschlages und Sockelbetrages, Weihnachts- und sonstiger Sonderzuwendungen und aller Zuschläge zum Grundgehalt abgehoben wird<sup>152</sup>. Da Zuschläge und Zulagen von bestimmten Umständen abhängen, z.B. dem Familienstand, ist die Bezugsperson möglichst genau zu beschreiben<sup>153</sup>. Um Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei Änderungen der Einteilung der Besoldungsgruppen in Dienstaltersstufen und bei Änderung der Ortsklasseneinteilung ergeben, sollte man sich an die höchste Dienstaltersstufe und die höchste Ortsklasse anlehnen<sup>154</sup>. Im Hinblick auf die dargestellten Gestaltungsprobleme sollte die Bezugnahme auf ein bestimmtes Beamtengehalt durch besondere Gründe gerechtfertigt sein<sup>155</sup>.

## c) Weitere Indizes

Die Preisklauselverordnung benennt als weitere, nur unter besonderen Voraussetzungen zulässige Indikatoren die Durchschnittsentwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen, die der Schuldner in seinem Betrieb erzeugt, veräußert oder erbringt (§ 3 Abs. 3 PrKV) und die Durchschnittsentwicklung des Preises oder Wertes von Grundstücken (§ 3 Abs. 4 PrKV). Es erhellt schon aus den vorangehenden Ausführungen, daß bei der Bestimmung der Bezugsgröße in Wertsicherungsklauseln hier besondere Anforderungen zu stellen sind. Wird auf einen entsprechenden Teilindex verwiesen, so ergeben sich Schwierigkeiten, wenn dieser Teilindex aufgegeben wird<sup>156</sup>.

### 3. Einzelne Gestaltungsempfehlungen

Die Veränderung eines Lebenshaltungsindex kann in Punkten oder in Prozent gemessen werden. Soll eine Änderung in Punkten maßgeblich sein, ist die Angabe des Basisjahres (z.B. 1995 = 100) unerlässlich<sup>157</sup>. Dem Wertmesser sollte dann das aktuelle Basisjahr zugrunde gelegt werden<sup>158</sup>, derzeit 1995.

Demgegenüber ist die Nennung eines Basisjahres dann überflüssig, wenn eine Veränderung des Wertmessers in Prozent maßgeblich sein soll. In diesem Fall entstehen durch eine mögliche (wenngleich nicht sinnvolle) Umrechnung auf ein anderes Basisjahr nämlich ausschließlich rundungsbedingte Abweichungen in den Veränderungsraten<sup>159</sup>. Dies beruht darauf, daß die alten Indexreihen mit Hilfe des neuen Indexes prozentual fortgeschrieben werden<sup>160</sup>. Bei einer Indexneueröffentlichung kann daher zum Zeitpunkt der letztmaligen Anpassung unter Geltung des alten Basisjahrs auf die neue Preisreihe übergegangen werden. Der Wert der neuen Preisreihe zum Zeitpunkt der letzten Anpassung ist dann unmittelbare Bezugsgröße für die Ermittlung einer hinreichenden Preissteigerung nach der neuen Preisreihe<sup>161</sup>, die Voraussetzung für die nachfolgende Anpassung ist. Schon im Hinblick auf die mit wachsendem zeitlichen Abstand zunehmend mühevollen Umrechnung auf das Basisjahr erscheint es vorzugswürdig, auf eine Veränderung des Wertmaßstabs in Prozent abzustellen<sup>162</sup>. Hinzu tritt, daß sich bei einer Anpassung nach Punkten die Geldleistung immer um den gleichen absoluten Betrag verändert. Die Kaufkraft des Steigerungsbetrags wird also bei jeder Erhöhung geringer<sup>163</sup>. Die Folge sind immer geringwertigere Zahlungsanpassungen in immer kürzeren Abständen<sup>164</sup>. Dies wird freilich nur langfristig sichtbar<sup>165</sup>.

Preisindizes beruhen auf Preiserhebungen zur Monatsmitte und werden erst nach Ablauf des Monats benannt. Um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollte die Wertsicherungsklausel auf den Indexstand in einem bestimmten Monat und nicht auf ein Tagesdatum Bezug nehmen, da ein Indexstand für einen bestimmten Tag nicht berechnet wird<sup>166</sup>. In Zeiten geringer Inflation sollte eine Indexveränderung um 5 % für eine Anpassung hinreichend sein, da eine Preissteigerung um 10 oder 20 % kaum erreicht wird<sup>167</sup>.

Die Wertsicherungsklausel sollte darüber hinaus eine Bestimmung darüber treffen, wann eine Anpassung des wertgesicherten Betrages erfolgen soll. Dies kann mit dem Vorliegen der An-

144 Langenfeld, Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 1998, 131.

145 Langenfeld, Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 1998, 131.

146 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 159.

147 OLG Hamm WM 1970, 1239 f.

148 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 185.

149 Vgl. BGH WM 1964, 906, 907 f. In Nordrhein-Westfalen wurden die Regierungsvizepräsidenten von ursprünglich Besoldungsgruppe A 17 in B 3 neu eingestuft. Der Schuldner einer mit einer Spannungs-klausel versehenen Leibrente erklärte sich lediglich bereit, diese in Höhe der Besoldungsgruppe A 17 weiterzubezahlen. Der BGH hat die Sache zur Beweiserhebung über die Frage der Auslegung der Parteivereinbarung zurückverwiesen.

150 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 187; Langenfeld, Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 1998, 131.

151 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 159.

152 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 186.

153 Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

154 Vgl. Kunz, NJW 1969, 827, 829.

155 Limmer, ZNotP 1998, 148, 155. So im Ergebnis auch Langenfeld, Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 1998, 131.

156 Kunz, NJW 1969, 827, 829.

157 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2.

158 Rasch, NJW 1996, 34, 35; Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

159 Kunz, NJW 1969, 827, 828; Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2.

160 Kunz, NJW 1969, 827, 828.

161 Vgl. die Erläuterung mit Beispiel von Rasch, DNotZ 1991, 646, 656.

162 So auch Kunz, NJW 1969, 827, 828; Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2; Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

163 Kunz, NJW 1969, 827, 828.

164 Elbel, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2.

165 Vgl. die Rechenbeispiele bei Elbers, NJW 1999, Beilage zu Heft 48, 2.

166 Kunz, NJW 1969, 827, 829; Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

167 Rasch, DNotZ 1991, 646, 656; Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.



passungsvoraussetzungen zusammenfallen, möglich ist aber auch ein späterer Zeitpunkt<sup>168</sup>. Da der Index eines Monats erst im folgenden Monat bekanntgegeben wird, wäre bei einer sofortigen Anpassung der Unterschiedsbetrag nachzufordern<sup>169</sup>. Diese Schwierigkeit ist indessen zu vermeiden, wenn die Wertsicherungsklausel bestimmt, daß die Anpassung erst einige Monate nach dem Monat erhöht wird, in dem die Anpassungsvoraussetzungen erfüllt sind<sup>170</sup>.

Empfehlenswert ist grundsätzlich, über eine salvatorische Klausel sicherzustellen, daß die Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel nicht den gesamten Vertrag ergreifen kann<sup>171</sup>. Jedenfalls dann, wenn mit der Erteilung der Genehmigung nicht sicher gerechnet werden kann, sollte vorsorglich eine Verpflichtung der Parteien aufgenommen werden, die Wertsicherungsklausel im Falle ihrer Unwirksamkeit durch eine genehmigungsfähige oder nicht genehmigungsbedürftige Vertragsgestaltung zu erreichen<sup>172</sup>.

#### 4. Sorgfaltspflichten des Notars bei Beurkundung von Wertsicherungsvereinbarungen

Den Notar treffen bei der Beurkundung eines Vertrages mit einer Wertsicherungsklausel besondere Sorgfaltspflichten. Er muß die Vertragsbeteiligten über die Genehmigungsbedürftigkeit der Wertsicherungsklausel belehren<sup>173</sup>. Auf Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit hat der Notar die Beteiligten hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken (§ 18 BeurkG). Die allgemeine Amtspflicht des Notars, den sichersten Weg zu wählen<sup>174</sup>, erfordert es, daß der Notar in diesen Fällen ein Negativattest des Bundesamtes für Wirtschaft anfordert<sup>175</sup>. Bei der Belehrung über die Genehmigungsbedürftigkeit ist eindeutig klarzustellen, daß die Beteiligten die Genehmigung selbst zu beantragen haben, sofern sie den Notar nicht mit der Einholung der Genehmigung beauftragen<sup>176</sup>. Auch ohne ausdrückliche Beauftragung ist der Notar berechtigt, die Genehmigung im stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten in deren Namen einholen<sup>177</sup>.

### VI.

#### Wertsicherungsklauseln in notariellen Verträgen anhand von Fallgruppen

Im folgenden sollen die Besonderheiten erläutert werden, die sich zu wichtigen Fallgruppen und Problemen der Praxis in Rechtsprechung und Literatur herausgebildet haben.

##### 1. Wertsicherungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Wertsicherungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen der Inhaltskontrolle nach dem AGBG. Dies gilt für Gleitklauseln ebenso wie für Leistungsvorbehalte, Spannungs- und Vorbehaltsklauseln<sup>178</sup>. Das Indexierungsverbot des § 2 Abs. 1 S. 1 Preisangaben- und Preisklauselgesetz enthält keine Sonderregelung gegenüber dem AGBG<sup>179</sup>,

da sich der Schutzzweck beider Gesetze nur teilweise überschneidet<sup>180</sup>. Das Preisangaben- und Preisklauselgesetz dient zwar wie das AGBG auch dem Verbraucherschutz, hat jedoch in erster Linie eine stabilitäts- und preispolitische Zielsetzung. Demgegenüber ist für Erbbauzinsvereinbarungen § 9 a ErbbauVO eine vorrangige Spezialregelung<sup>181</sup>.

Gemäß § 11 Nr. 1 AGBG ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, welche die Erhöhung des Entgelts für Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluß erbracht werden. Dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse. Da § 11 Nr. 1 AGBG nur kurzfristig abzuwickelnde Verträge erfaßt, Wertsicherungsvereinbarungen jedoch typischerweise in Dauerschuldverhältnissen und bei langen Lieferfristen vereinbart werden, kommt der Bestimmung nur geringe Bedeutung zu<sup>182</sup>. In diesen Fällen bleibt jedoch die Generalklausel des § 9 AGBG anwendbar. Danach ist die Klausel nur wirksam, wenn eine die Preiserhöhung begrenzende Richtschnur vorgegeben ist, durch die der Vertragspartner vor beliebigen Preiserhöhungen geschützt wird, oder wenn dem Vertragspartner ein Recht zur Lösung von dem Vertrag im Falle der Preiserhöhung eingeräumt wird<sup>183</sup>. Ferner müssen dem Vertragspartner nach der Klausel auch Preissenkungen zugute kommen<sup>184</sup>. Vergleicht man diese Anforderungen mit den Vorgaben der Preisklauselverordnung in der Form des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Verbotes der unangemessenen Benachteiligung einer Vertragspartei, so ist kaum ein Fall denkbar, in dem eine genehmigungsbedürftige Klausel zwar nach § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG genehmigungsfähig, aber nach § 9 AGBG unwirksam ist. Die Inhaltskontrolle kann daher grundsätzlich nur bei nicht genehmigungsbedürftigen Wertsicherungsklauseln eine zusätzliche Schutzwirkung entfalten.

##### 2. Wertsicherungsklauseln in Verfügungen von Todes wegen

Die Höhe eines Erbteils kann bedenkenlos an den Wert von Gold, Gütern und Leistungen geknüpft werden, da nicht eine Geldforderung, sondern die Bemessung des Anteils der Miterben an der Gesamthandsgemeinschaft in Rede steht<sup>185</sup>. Problematisch sind demgegenüber Wertsicherungen von Vermächtnissen eines Geldbetrages oder eines Anrechnungsbetrages bei Auseinandersetzungsanordnungen. In der Vergangenheit war die Frage, ob das Indexierungsverbot auch für letztwillige Verfügungen gilt, sehr umstritten<sup>186</sup>. Teilweise wurde vertreten, daß § 3 S. 2 WährG uneingeschränkt auch auf Wertsicherungsklauseln in letztwilligen Verfügungen anwendbar sei<sup>187</sup>. Durchgesetzt hat sich indessen eine differenzierende Auffassung, nach der eine letztwillig verfügte Wertsicherungsklausel nur dann genehmigungsbedürftig ist, wenn sie auch nach Eintritt des Erbfalls wirksam bleiben soll. Dient die Wertsicherungsklausel hingegen nur zur Errechnung der Höhe eines mit dem Erbfall entstehenden Anspruchs, ist sie nach ganz herrschender Lehre genehmigungsfrei<sup>188</sup>. Diese differenzierende Auffassung war auch für die Genehmigungspraxis der Landeszentralbanken zu § 3 S. 2 WährG maßgeblich<sup>189</sup>. Für

168 Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

169 Rasch, DNotZ 1991, 646, 656.

170 Kunz, NJW 1969, 827, 829.

171 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. F 100 f.

172 Limmer, ZNotP 1999, 148, 155.

173 BGH BB 1959, 1079.

174 Zur Konkretisierung dieser Amtspflicht des Notars im Zusammenhang mit Wertsicherungsklauseln BGH BB 1959, 1079; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. H 33.

175 Limmer, ZNotP 1998, 148, 155; Görk, DNotI-Report 1998, 195, 196.

176 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. H 37; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 169.

177 BGH BB 1959, 1079; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 169.

178 Allgemeine Meinung Ulmer/Brandner/Hensen (Bearbeiter Hensen), 8. Auflage 1997, § 11 Nr. 1 AGBG Rn. 5; Wolf/Horn/Lindacher (Bearbeiter Wolf), 4. Auflage 1999, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 6 f.

179 Wolf/Horn/Lindacher (Bearbeiter Wolf), 4. Auflage 1999, § 8 AGBG, Rn. 20.

180 Vgl. noch zu § 3 WährG Staudinger/Dagmar Coester-Waltjen, 13. Aufl. 1998, § 11 AGBG, Rn. 6; Münchener Kommentar/Basedow, 3. Aufl. 1993, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 11; Ulmer/Brandner/Hensen (Bearbeiter Hensen), 8. Aufl. 1997, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 5.

181 Wolf/Horn/Lindacher (Bearbeiter Wolf), 4. Aufl. 1999, § 8 AGBG, Rn. 20.

182 Ulmer/Brandner/Hensen (Bearbeiter Hensen), 8. Auflage 1997, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 1; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 171; Münchener Kommentar/Basedow, 3. Auflage 1993, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 9.

183 BGH BB 1980, 1490, 1491; BGH NJW 1982, 331, 332; Münchener Kommentar/Basedow, 3. Aufl. 1993, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 16.

184 OLG Hamm NJW-RR 1987, 1140, 1141; Münchener Kommentar/Basedow, 3. Auflage 1993, § 11 Nr. 1 AGBG, Rn. 16.

185 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 305.

186 Vgl. die Nachweise bei Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 647 f.

187 Ranniger, DNotZ 1951, 396, 402 f.; Fögen, NJW 1953, 1321, 1323.

188 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 221, D 305; Münchener Kommentar/Burkart, § 2247 BGB, 3. Aufl. 1997, Rn. 57; v. Oertzen, ZEV 1994, 160 f.; Eppig, DNotZ 1951, 405, 409.

189 Dazu Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. 647, 651 ff.; vgl. auch die Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank vom 09.06.1978 Nr. 3 bb; abweichend jedoch Schreiben der Landesbank von Nordrhein-Westfalen vom 08.05.1956 (9606/56) und vom 15.05.1956 (10693/56), BB 1956, 935, 936.

die Genehmigungsfreiheit von Regelungen für die Zeit zwischen Testamentserrichtung und Erbfall spricht, daß § 2 Abs. 1 PreisG ein Schuldverhältnis („Geldschuld“) voraussetzt, das im Zeitpunkt der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen noch nicht besteht<sup>190</sup>. Der Vermächtnisnehmer hat vor dem Erbfall weder einen künftigen Anspruch gegen den Erblasser noch gegen die Erben. Zum einen kann der Erblasser seine Verfügung jederzeit ändern oder widerrufen, zum anderen ist das Vermächtnis hinfällig, wenn er bereits zu Lebzeiten über das Vermächte verfügt. Ein Geldwertvermächtnis des Inhalts, daß mit dem Erbfall eine Geldsumme zu zahlen ist, die durch eine Gleitklausel mit schuld fremden Wertsicherungsmaßstab gesichert ist, bedarf daher richtigerweise keiner Genehmigung. Gleiches gilt für eine durch Verfügung von Todes wegen begründete Ausgleichsforderung, die mit dem Erbfall fällig ist und deren Höhe vom Wert eines Grundstücks abhängig sein soll<sup>191</sup>. In den Fällen der Wertsicherung für die Zeit zwischen der Errichtung der Verfügung von Todes wegen und dem Erbfall geht es darum, die wertmäßige Teilhabe des Begünstigten am Nachlaß sicherzustellen. Da ein Quotenvermächtnis (z.B. 1/5 des Nachlaßwertes) genehmigungsfrei zulässig ist<sup>192</sup>, kann für ein wertgesichertes Vermächtnis nichts anderes gelten<sup>193</sup>. Mit der ganz herrschenden Lehrauffassung sind Wertsicherungen, die sich nur auf die Zeit zwischen der Errichtung der Verfügung von Todes wegen und dem Erbfall beziehen, genehmigungsfrei zulässig.

Soll mit der Wertsicherungsklausel eine Wertsicherung auch für die Zeit nach Eintritt des Erbfalls erreicht werden (z.B. Rentenvermächtnis), so ist die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Handelt es sich z.B. um eine Spannungsklausel oder eine Leistungsvorbehaltsklausel, so besteht keine Genehmigungspflicht. Darüber hinaus sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 a PrKV<sup>194</sup> langfristige Zahlungen genehmigungsfähig, die aufgrund einer letztwilligen Verfügung zu entrichten sind, sofern zwischen der Begründung der Verbindlichkeit und der Endfälligkeit ein Zeitraum von mindestens zehn Jahren liegt oder die Zahlungen nach dem Tode eines Beteiligten zu entrichten sind. Die Regelung wirft mehrere Fragen auf. Unklar ist zunächst, ob nur einmalige Zahlungen erfaßt sind oder auch wiederkehrende Zahlungen. Der Wortlaut der Bestimmung gibt für eine Beschränkung auf einmalige Zahlungen nichts her. Es ist allgemein von Zahlungen die Rede, wobei die Verwendung der Mehrzahl und der Begriff der Endfälligkeit anstelle von Fälligkeit eher nahelegen, daß auch wiederkehrende Zahlungen erfaßt sein sollten. Für eine Beschränkung auf einmalige Zahlungen spricht hingegen, daß der vorangestellte lit. aa ausdrücklich wiederkehrende Zahlungen voraussetzt und es zunächst verwunderlich erscheint, daß der nachfolgende Abschnitt sich allgemein auf alle Zahlungen beziehen soll. Bei näherer Betrachtung verhält es sich jedoch so, daß § 3 Abs. 1 Nr. 1 PrKV wiederkehrende Zahlungen aus jedweden Rechtsgrund erfaßt, während § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV voraussetzt, daß es sich um Forderungen aus den in der Bestimmung genannten Rechtsgründen handelt, z.B. eine Verbindlichkeit aus der Auseinandersetzung von Miterben oder aufgrund einer letztwilligen Verfügung. Systematisch ließe sich daher ohne weiteres begründen, daß § 3 Abs. 1 Nr. 1 PrKV nur wiederkehrende Zahlungen, § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV hingegen neben wiederkehren-

den auch einmalige Zahlungen erfaßt. In der Literatur wird diese Frage auch für die gleichlautenden Bestimmungen der Genehmigungs-Richtlinien der Deutschen Bundesbank jedoch soweit ersichtlich nicht diskutiert. Die herrschende Lehre geht vielmehr ohne weiteres davon aus, daß sich § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV bzw. der Vorläufer in Ziffer 3 bb) der Genehmigungsrichtlinien nur auf einmalige Zahlungen bezieht<sup>195</sup>. Da nur § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen auch Einmalzahlungen für genehmigungsfähig erklärt, werden einmalige Zahlungen sicherlich auch den hauptsächlichen Anwendungsbereich der Vorschrift darstellen. Die Praxis wird sich jedenfalls für die Gestaltung von Wertsicherungsvereinbarungen an der herrschenden Lehrauffassung orientieren müssen.

Auch die weiteren Genehmigungsvoraussetzungen sind nicht mit der wünschenswerten Klarheit redigiert. Genehmigungsfähig sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 a PrKV Zahlungen auf Grund einer letztwilligen Verfügung sofern die Zahlungen nach dem Tode eines Beteiligten zu erbringen sind. Geht man vorbehaltlos an die Bestimmung heran, liegt nahe, daß sämtliche Wertsicherungen in Verfügungen von Todes wegen genehmigungsfähig sind, sofern ein nach § 3 Abs. 1 PrKV für zulässig erachteter Preisindex für die Lebenshaltung verwendet wird<sup>196</sup>. Fehlt es doch an einem Hinweis, daß der Tod des Erblassers nicht gemeint ist. Gegen diese Annahme spricht jedoch, daß § 3 Abs. 2 PrKV sonst wesentlich einfacher zu fassen gewesen wäre: Da der Tod des Erblassers Voraussetzung für die Entstehung jeder Zahlungsverbindlichkeit aus einer Verfügung von Todes wegen ist, wären Zahlungen aufgrund von Verfügungen von Todes wegen, die durch einen der in § 3 Abs. 1 PrKV genannten Preisindex wertgesichert sind, allgemein genehmigungsfähig. Die alternative Genehmigungsfähigkeit dieser Zahlungen unter der Voraussetzung, daß zwischen der Begründung der Verbindlichkeit und der Endfälligkeit ein Zeitraum von mindestens zehn Jahren liegt, wäre hier nur geeignet, Verwirrung zu stiften. § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV ist mithin dahin auszulegen, daß die Zahlungen nach dem Tod eines anderen Beteiligten als des Erblassers zu erbringen sind<sup>197</sup>.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Verfügungen von Todes wegen, die eine Wertsicherung für die Zeit nach dem Erbfall vorsehen, den allgemeinen Genehmigungsanforderungen unterliegen. Die einzige Besonderheit besteht darin, daß § 3 Abs. 1 Nr. 2 a PrKV die Zulässigkeit auf einmalige Zahlungen erweitert<sup>198</sup>. Die Deutsche Bundesbank war bereit, in diesen Fällen schon vor dem Erbfall eine Genehmigung zu erteilen<sup>199</sup>. Im Hinblick auf das erhebliche Interesse des Erblassers, Gewißheit über die Wirksamkeit seiner Verfügung zu erlangen, sollte der Notar eine Genehmigung bzw. ein Negativattest daher grundsätzlich unmittelbar nach deren Errichtung beantragen.

### 3. Unterhaltsvereinbarungen

Die Wertsicherung von Unterhaltsvereinbarungen kommt in erster Linie bei Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt in Betracht. Beim Kindesunterhalt ist eine Wertsicherung i.d.R. wegen der Dynamisierung der Regelbeträge (§ 1612 a BGB)<sup>200</sup> und der vereinfachten Anpassungsmöglichkeit gemäß

190 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 648, 651; v. Oertzen, ZEV 1994, 160; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 585; Münchener Kommentar/Burkart, 3. Aufl. 1997, § 2247 BGB, Rn. 57; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. 305.

191 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff., Rn. D 305.

192 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 649.

193 Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 305.

194 Die Bestimmung lehnt sich im Wortlaut eng an die Genehmigungs-Richtlinien der Deutschen Bundesbank vom 09.06.1978 Ziffer 3 bb an. Die einzige Abweichung der im übrigen wortgleichen Bestimmungen ist, daß in den Genehmigungs-Richtlinien vom Entstehen einer Verbindlichkeit und in § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV von der Begründung der Verbindlichkeit die Rede ist. Aus dieser Abweichung kann sich eine Erweiterung der Genehmigungsbedürftigkeit von Verfügungen von Todes wegen deshalb nicht ergeben, weil die Fälle der Wert-

sicherung zwischen der Errichtung der Verfügung von Todes wegen und dem Erbfall schon von dem Indexierungsverbot des § 2 Abs. 1 PreisG nicht erfaßt sind. Vgl. auch Limmer, ZNotP 1999, 148, 158.

195 Willms/Wahlig, BB 1978, 973, 977, 978; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. 656; v. Oertzen, ZEV 1994, 160, 161; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, 413.

196 So wohl auch von Oertzen, ZEV 1994, 160, 161, der seiner Erläuterung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 PrKV den Klammerzusatz beifügt „wohl Erbe gemeint“.

197 So im Ergebnis auch Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 656 ff.; von Oertzen, ZEV 1994, 160, 161.

198 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 658; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, 413; v. Oertzen, ZEV 1994, 160, 161.

199 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 664; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 305.

200 Göppinger/Hoffmann, Unterhaltsrecht, 7. Aufl. 1999, Rn. 1305.



§§ 645 ff. ZPO<sup>201</sup> entbehrlich. Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt.

#### a) Modifizierende Unterhaltsvereinbarungen

Modifizierende Unterhaltsvereinbarungen gestalten den geschuldeten Unterhalt auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen aus, schränken ihn ein oder ändern ihn ab<sup>202</sup>. Da die Beteiligten den nachehelichen Unterhalt i.d.R. nicht gänzlich von den gesetzlichen Vorgaben lösen wollen<sup>203</sup>, handelt es sich bei dem überwiegenden Teil der Unterhaltsvereinbarungen in der notariellen Praxis um modifizierende Unterhaltsvereinbarungen. Für modifizierende Unterhaltsvereinbarungen – und nur für sie – sollen nach der herrschenden Meinung Wertsicherungsklauseln ohne Beschränkungen genehmigungsfrei zulässig sein. Begründet wird dies überwiegend mit dem Charakter von Unterhaltsverbindlichkeiten als Geldwertschulden<sup>204</sup>. Eine Geldwertschuld wird dann angenommen, wenn eine Geldforderung ihrem Betrag nach nicht beziffert ist, sondern von dem Wert einer Sache bestimmt wird<sup>205</sup>. Demgegenüber gelte das Indexierungsverbot nur für Geldsummensschulden, die auf einen bestimmten Geldbetrag lauten<sup>206</sup>. Entscheidend für die Bejahung der Genehmigungsfreiheit von Wertsicherungsklauseln in Unterhaltsvereinbarungen ist indessen nicht deren Einordnung als Geldwertschulden, sondern die dem Schuldverhältnis notwendig innewohnende Sachwertabhängigkeit<sup>207</sup>. Da die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit von wertgesicherten Unterhaltsvereinbarungen nicht höchstrichterlich entschieden ist, wird in diesen Fällen zu Recht allgemein die Einholung eines Negativattestes empfohlen<sup>208</sup>.

Wegen der Anpassungsmöglichkeit nach § 323 ZPO erscheint die Aufnahme einer Wertsicherungsklausel bei modifizierenden Unterhaltsvereinbarungen dann wenig sinnvoll<sup>209</sup>, wenn diese in der Urkunde tituliert sind. Die Wertsicherungsklausel berücksichtigt nicht die Veränderungen in der Bedürftigkeit des Berechtigten aus anderen Gründen als der Steigerung der Lebenshaltungskosten sowie der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Führt die Wertsicherungsklausel zu einer Erhöhung der Unterhaltsleistungen bei gesunkenem Einkommen des Unterhaltsschuldners, so könnte die Wertsicherungsklausel ihrerseits der Anpassung gemäß § 323 ZPO unterliegen<sup>210</sup>. Letztlich entscheidend ist in diesen Fällen die Auslegung des Parteiwillens mit der Fragestellung, ob durch die Vereinbarung der Wertsicherungsklausel jede andere Anpassung ausgeschlossen werden sollte. Dies wird man überwiegend mit Rücksicht auf die Einrede der veränderten Umstände verneinen<sup>211</sup>.

Anderes gilt jedoch bei befristeten Unterhaltsvereinbarungen<sup>212</sup>. Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten ist es vorzugswürdig, bei titulierten Unterhaltsvereinbarungen auf eine Wertsicherung zu verzichten und die materiellrechtlichen Voraussetzungen für eine Abänderung nach § 323 Abs. 4 ZPO vertraglich zu regeln<sup>213</sup>. Möglich ist z.B. die Vereinbarung, daß der Unterhaltsgläubiger bei Änderung eines bestimmten Preisindex für die Lebenshaltung um einen bestimmten Prozentsatz eine Änderung verlangen kann. Daneben kann entsprechend dem Parteiwillen die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Berechtigten und der Bedürftigkeit des Verpflichteten eingeschränkt oder erweitert werden. Ferner kann die Abänderung notarieller Urkunden für die Zeit vor Erhebung der Abänderungsklage ausgeschlossen werden<sup>214</sup>. Zulässig ist – sofern eine Anpassung nur aufgrund einer Wertsicherungsklausel erfolgen soll – auch der Ausschluß von § 323 Abs. 4 ZPO<sup>215</sup>.

Demgegenüber unterliegt eine nicht titulierte Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt nicht der Abänderungsklage nach § 323 Abs. 4 ZPO. Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel ist in diesen Fällen in der Regel geboten. Es ist jedoch auch möglich, die Geltung von § 323 ZPO zu vereinbaren<sup>216</sup>. Es gilt dann das bereits Besprochene.

#### b) Novierende Unterhaltsvereinbarungen

Voraussetzung einer novierenden Unterhaltsvereinbarung ist, daß die Beteiligten den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt durch einen vollständigen gegenseitigen Unterhaltsverzicht von den gesetzlichen Grundlagen lösen<sup>217</sup>. Als Abfindung für den Verzicht erhält der gesetzlich unterhaltsberechtigte Ehegatte ein Leibrentenstammrecht gemäß § 761 BGB. Die aus dem Stammrecht fließenden einzelnen Renten sind von der Bedürftigkeit des Berechtigten und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten unabhängig<sup>218</sup>. § 323 ZPO ist grundsätzlich nicht anwendbar, da die Beteiligten mit dem Verzicht auf gesetzlichen Unterhalt dokumentiert haben, daß die Vereinbarung gerade unabhängig von einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten gelten soll<sup>219</sup>. Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel wird bei langfristigen Rentenvereinbarungen überwiegend anzuraten sein<sup>220</sup>.

#### 4. Kaufverträge

Für die Genehmigung von Wertsicherungsklauseln in Kaufverträgen gelten die allgemeinen Grundsätze. Danach ist die Wertsicherung eines in einer Summe zahlbaren Kaufpreises nur möglich, wenn es sich um eine Klausel handelt, die genehmigungsfrei zulässig ist. Eine genehmigungsfreie Spannungs-

201 Vgl. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 286.  
202 Johannsen/Henrich/Büttner, Eherecht, 3. Aufl. 1998, § 1585c, Rn. 10; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 283.  
203 Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 285.  
204 Schreiben der Landesbank Nordrhein-Westfalen vom 08.05.1956 (9606/56) und vom 15.05.1956 (10693/56), BB 1956, 935, 936; OLG Frankfurt DNotZ 1963, 99; zustimmend Schwab/Borth, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl. 2000, IV Rn. 1277; Göppinger/Hoffmann, Unterhaltsrecht, Rn. 1306; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl. 1996, 267; Dumoulin, MittRhNotK 1962, 743, 757.  
205 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, 422.  
206 BGH NJW 1957, 342, 343; BGH WM 1975, 54, 55. Dies wird vielfach bestritten. Der Frage soll im Rahmen dieser praxisorientierten Arbeit nicht nachgegangen werden. Weiterführend dazu Staudinger/Karsten Schmidt, Vorbem. zu § 244 ff. BGB, Rn. D 241; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 199, D 611 ff.  
207 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 44;  
208 Rau, MittRhNotK 1988, 187, 200; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl. 1996, 267; Göppinger/Hoffmann, Unterhaltsrecht, Rn. 1306; Schwab/Borth, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl. 2000, IV Rn. 1278; Limmer, ZNotP 1999, 148, 156; vgl. auch Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, 299.  
209 Göppinger/Börger/Märkle/Miesen/Wenz, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, 368; Rau, MittRhNotK 1988, 187, 200; Limmer, ZNotP 1999, 148, 156.  
210 Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 286; Rau, MittRhNotK 1988, 187, 200.  
211 Clausula rebus sic stantibus. RGZ 145, 119 f.; RGZ 164, 366, 369; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, 300; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 286.

212 Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 286.  
213 Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 286; Rau, MittRhNotK 1988, 187, 200; Limmer, ZNotP 1999, 148, 156.  
214 Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Abänderung des Unterhalts sonst auch für die Vergangenheit unbeschränkt möglich. BGH FamRZ 1983, 22 ff.; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 287.  
215 Göppinger/Börger/Märkle/Miesen (Bearbeiter: Miesen), Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, 369.  
216 BGH FamRZ 1960, 60, 61; OLG Köln FamRZ 1986, 1018; Göppinger/Börger/Märkle/Miesen (Bearbeiter: Miesen), Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, 369.  
217 Johannsen/Henrich/Büttner, 3. Aufl. 1998, § 1585 c BGB Rn. 11; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl. 1996, 264.  
218 Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 284.  
219 RGZ 166, 40, 49 f.; Rau, MittRhNotK 1988, 187, 200; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 284; Göppinger/Börger/Märkle/Miesen/Wenz (Miesen), Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, 346.  
220 Rau, MittRhNotK 1988, 187, 200; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, 284; Göppinger/Börger/Märkle/Miesen/Wenz (Miesen), Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, 346.

klausel hat der Bundesgerichtshof etwa in einem Fall angenommen, in dem eine Anpassung an den Ertragswert des verkauften Hausgrundstückes vorgesehen war<sup>221</sup>. Nimmt die Klausel demgegenüber auf die künftige Entwicklung des Grundstückspreises oder -wertes oder auf die durchschnittliche Entwicklung des Preises oder Wertes von mehreren Grundstücken Bezug, so ist die Klausel genehmigungsbedürftig und – auch bei einer Verrentung des Kaufpreises – nicht genehmigungsfähig<sup>222</sup>. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß sich das Schuldverhältnis auf die land- und forstwirtschaftliche Nutzung beschränkt und es sich um wiederkehrende Leistungen handelt (§ 3 Abs. 4 PrKV). Gestundete Kaufpreiszahlungen oder Restkaufpreiszahlungen können auch nicht als Darlehensverbindlichkeiten angesehen werden, die unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 6 PrKV genehmigungsfrei zulässig sind, denn der Charakter der Kaufpreisforderung läßt die Darlehenseigenschaft zurücktreten<sup>223</sup>.

Hingegen fallen Vereinbarungen über die Höhe einer erst künftig entstehenden Geldschuld nach herrschender Meinung nicht unter das Indexierungsverbot<sup>224</sup>. Genehmigungsfrei zulässig sind daher Wertsicherungsvereinbarungen bei Kaufvertragsangeboten und Ankaufsrechten auch dann, wenn diese z.B. wegen Einseitigkeit im Falle ihrer Genehmigungsfähigkeit nicht genehmigungsfähig wären. Dies gilt jedoch nicht, wenn das künftige Entstehen des Anspruchs bereits bei Vertragsabschluß sicher ist, z.B. die Entstehung des Anspruchs durch den Tod eines Beteiligten bedingt ist<sup>225</sup>.

Bei der Verrentung eines Kaufpreises ist die Genehmigung auch dann erforderlich, wenn die Leibrente den Unterhalt des Empfängers sicherstellen soll, weil die Rechtsprechung in einem solchen Fall den Kaufpreischarakter als vorrangig ansieht<sup>226</sup>. Die oben dargestellten Grundsätze über die Genehmigungsfreiheit von Wertsicherungen in Unterhaltsvereinbarungen finden daher in diesem Zusammenhang keine Anwendung.

Ist eine Kapitalisierung der Kaufpreisrente erforderlich, so ist bei einer Wertsicherung des Kaufpreises zu beachten, daß Abzinsung und Dynamisierung aufgrund der Wertsicherung gegenläufig wirken<sup>227</sup>, da der Kapitalmarktzins bereits der Geldentwertung Rechnung trägt. Wird neben dem Kapitalmarktzins die Wertsicherung berücksichtigt, liegt darin wirtschaftlich eine Verdoppelung der Wertsicherung<sup>228</sup>. Für die Kapitalisierung ist daher bei einem Zins von 5,5 % und einer angenommenen Dynamik von 2,5 % ein Zinssatz von 3 % als Differenz aus Zins und Dynamik zugrunde zu legen<sup>229</sup>. Besondere Schwierigkeiten bei der Berechnung des Kapitalwertes der Rente ergeben sich daraus, daß die künftige Änderung des für die Wertsicherung als Bezugsgröße herangezogenen Indexes nicht feststeht. Der durchschnittliche Dynamiksatz ist daher zu schätzen, wobei man nicht von der bisherigen Daten, sondern von der voraussichtlichen Entwicklung der Bezugsgröße ausgehen muß<sup>230</sup>.

## 5. Übergabeverträge

Verlangen Übergabeverträge vom Erwerber wiederkehrende Leistungen, so stehen in der Gestaltungspraxis zumeist steuer-

liche Überlegungen im Vordergrund. Für die Frage, welcher Anteil der Leistung beim Verpflichteten abgezogen und beim Empfänger (mit i.d.R. geringerem Steuersatz) zu versteuern ist, kommt es auf die Einordnung als Rente oder dauernde Last an. Den Renten, bei denen nur der Ertragsanteil beim Leistenden abziehbar ist, liegt ein Stammrecht als Quelle von gleichmäßigen Rentenzahlungen, den Früchten des Stammrechts, zugrunde. Im Unterschied hierzu fehlt es bei der dauernden Last, die beim Empfänger in voller Höhe abziehbar und entsprechend beim Empfänger zu versteuern ist, an der Gleichmäßigkeit der Leistungen<sup>231</sup>. Charakteristisch für eine dauernde Last ist vielmehr eine Anpassung an veränderte Verhältnisse, etwa durch Verweisung auf § 323 ZPO<sup>232</sup>. Wertsicherungsklauseln stehen der Einordnung von wiederkehrenden Leistungen als Rente nicht entgegen<sup>233</sup>, da die Leistungen im voraus bestimmbar bleiben. Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel hat daher keinen Einfluß auf die Einordnung von wiederkehrenden Leistungen als Rente oder dauernde Last.

Was den Versorgungscharakter von laufenden Geldleistungen aufgrund von Übergabeverträgen anlangt, ist fraglich, ob es sich hierbei um genehmigungsfreie Unterhaltszahlungen handelt oder ob der Charakter als Entgelt für die Übertragung überwiegt. Da es schwierig sein wird, im Einzelfall die Grenzen zu ziehen, ist hier die Einholung eines Negativtestes dringend geboten<sup>234</sup>.

Wird bei einer dauernden Last zur Sicherung des Veräußerers eine Mindesthöhe der Rente vereinbart, kann dies zum einen dazu führen, daß die Zahlung in eine Rente in Höhe des Mindestbetrages und eine dauernde Last in Höhe des überschießenden Betrages aufgespalten wird<sup>235</sup>. Neben der steuerlichen Problematik ist bei Klauseln, die eine Wertsicherung mit einem Änderungsvorbehalt nach § 323 ZPO verbinden, aber auch die Genehmigungsfähigkeit der Wertsicherungsklausel in Frage gestellt. Die Vereinbarung einer Mindesthöhe verstößt nämlich bei einer genehmigungspflichtigen Wertsicherungsklausel gegen das Einseitigkeitsverbot nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 PrKV<sup>236</sup>. Von dieser Gestaltung ist daher dringend abzuraten. Als Ausweggestaltung hat man eine Vereinbarung des Inhalts vorgeschlagen, daß nur Änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Veräußerers zu einer Anpassung der Höhe der Zahlungsverpflichtung führen<sup>237</sup>. Auf diese Weise wird ausgeschlossen, daß eine Verminderung der Leistungsfähigkeit des Erwerbers zu einer Herabsetzung der Rente führen kann. Ein weiterer Gestaltungsvorschlag geht dahin, zwei Zahlungsverpflichtungen zu begründen, deren eine in der Verpflichtung zur Zahlung eines nach § 323 ZPO abänderbaren Festbetrages, und deren andere in der Verpflichtung zur Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem Festbetrag und dem (aufgrund einer Abänderung nach unten) tatsächlich aufgrund der ersten Verpflichtung zu zahlenden Betrages besteht<sup>238</sup>. Der Festbetrag ist mit einer Wertsicherungsklausel zu versehen. Wirtschaftlich besteht kein Unterschied gegenüber der Vereinbarung einer Mindestklausel. Es erscheint daher nicht gesichert, ob die steuerlich gewünschte Einordnung der ersten Verpflichtung als dauernde Last tatsächlich erreicht werden kann. Im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit der Wertsicherungs-

221 BGH DNotZ 1980, 85.

222 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 57.

223 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. C 61.

224 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 340 f. m.w.N.

225 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 1448.

226 BGHZ 14, 306, 312; LG Wuppertal MDR 1955, 417; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 359 Note 17 und Rn. D 59.

227 Heubeck/Heubeck, DNotZ 1978, 643, 651 ff.; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1992, Rn. 3241.

228 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3241.

229 Heubeck/Heubeck, DNotZ 1978, 643, 652.

230 Heubeck/Heubeck, DNotZ 1978, 643, 652.

231 Schmidt/Heinicke, 13. Aufl. 1994, § 22 EStG, Anm. 8 c.

232 Schmidt/Heinicke, 13. Aufl. 1994, § 22 EStG, Anm. 8 c cc; Wegmann, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 378.

233 BFH BStBl II 1986, 348; Einkommensteuerrichtlinien Abschnitt 167; Schmidt/Heinicke, § 22 EStG Anm. 8 c bb; Wegmann, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 377.

234 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 19.

235 BFH (VIII. Senat) BStBl II 1980, 501, 502 f.; abweichend aber BFH (VI. Senat) BStBl II 575 ff., wonach eine dauernde Last in Höhe des gesamten Betrages nur dann abzulehnen ist, wenn die gleichbleibenden Mindestleistungen so hoch bemessen sind, daß sie nach den Vorstellungen der Vertragsparteien oder nach der vorhersehbaren wirtschaftlichen Entwicklung nicht überschritten werden können. Der zuletztgenannten Entscheidung folgt die herrschende Lehre: Wegmann, Grundstücksüberlassungen, 2. Aufl. 1999, Rn. 381.

236 Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992, Rn. D 32; Wegmann, Grundstücksüberlassungen, 2. Aufl. 1999, 382; Mayer, Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis: die Übertragung von Privatvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, 1998, § 2 Rn. 211.

237 Wegmann, Grundstücksüberlassungen, 2. Aufl. 1999, 382. Vgl. auch den von der Bayrischen Landesbank gebilligten Gestaltungsvorschlag von Schiller, MittBayNot 1995, 340.

238 Weimar, Grundfragen der Vermögensnachfolge in der Einkommensteuer, Fortbildung für Notarassessoren der Rheinischen Notarkammer, 2000, 58 f.

klausel unterliegt die Gestaltung jedoch grundsätzlich keinen Bedenken.

Als wenig empfehlenswert erweist sich bei Übergabeverträgen eine Leistungsvorbehaltsklausel<sup>239</sup>. Der alternde Übergeber wird in vielen Fällen davon absehen, seinen der Höhe nach unbestimmten Erhöhungsanspruch gegen den Erwerber geltend zu machen. Die automatische Anpassungsklausel ist hier vorzugswürdig.

## 6. Dingliche Sicherung von wertgesicherten Zahlungsvereinbarungen

Die dinglichen Sicherungsmöglichkeiten von wertgesicherten Zahlungen soll hier nur kurz vorgestellt werden<sup>240</sup>. In der Praxis ist für wertgesicherte Rentenvereinbarungen die Reallast als Sicherungsmittel am weitesten verbreitet<sup>241</sup>. Durch Art. 11 a des Euro-Einführungsgesetzes wurde dem § 1105 Abs. 1 BGB folgender Satz angefügt: „Als Inhalt der Reallast kann auch vereinbart werden, daß die zu entrichtenden Leistungen sich ohne weiteres an veränderte Verhältnisse anpassen, wenn anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmt werden können“. Damit stellt § 1105 Abs. 1 S. 2 BGB nunmehr ausdrücklich fest, was schon zuvor allgemein anerkannt war<sup>242</sup>: Genehmigungspflichtige und genehmigte Gleitklauseln entsprechen den Anforderungen der Bestimmbarkeit einer Reallast. Genehmigungsfreie Spannungs-klauseln können Inhalt einer Reallast sein, wenn die gewählte Vergleichsgröße – auch durch Bezugnahme auf außerhalb des Grundbuchs liegende Umstände – zuverlässig feststellbar ist. Demgegenüber sind Leistungsvorbehalte nicht reallastfähig.

Andere dingliche Sicherungen von wertgesicherten Rentenvereinbarungen sind in der Praxis seltener anzutreffen. Die Rentenschuld, die das Gesetz als Grundschuld begreift, aufgrund derer in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1199 BGB), kommt nur für im voraus bestimmte Zahlungen in Betracht. Die Bestimmbarkeit aufgrund einer Wertsicherungsklausel genügt daher nicht<sup>243</sup>. Darüber hinaus ist zwingend eine Ablösungssumme in das Grundbuch einzutragen, und der Eigentümer ist unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zur Kündigung der Rentenschuld und ihrer Ablösung berechtigt. Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, als der Eigentümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündigen kann (§ 1202 Abs. 2 BGB)<sup>244</sup>. Aus alledem folgt, daß die Rentenschuld als Sicherungsmittel weniger geeignet ist als die Reallast.

Grundschulden und Hypotheken, die nach § 28 S. 2 GBO auf eine bestimmte Geldsumme lauten, sind einer Wertsicherung nicht zugänglich. Sie haben bei Rentenzahlungen ferner den Nachteil, daß der zu sichernde Betrag, jedenfalls bei Renten mit unbestimmter Laufzeit, nur aufgrund von Wahrscheinlichkeitsrechnungen zu ermitteln ist<sup>245</sup>. Eine großzügige Bemessung verhindert die wertmäßige Ausschöpfung des Grundstücks als Sicherheit für nachrangige Gläubiger. Gleiches gilt,

wenn die Entwicklung der Rente aufgrund der Wertsicherungsklausel berücksichtigt werden soll. Bei Grundschulden empfiehlt sich der Ausschluß der Abtretbarkeit, der auch in das Grundbuch eingetragen werden sollte, um den Gefahren aus der fehlenden Akzessorietät der Grundschuld Rechnung zu tragen<sup>246</sup>.

Die Höchstbetragshypothek erscheint auf den ersten Blick zur Sicherung von wertgesicherten Forderungen besonders geeignet, setzt sie doch gerade voraus, daß die zugrundeliegenden Forderungen zunächst nicht bestimmt sind<sup>247</sup>. Sie teilt indes bei Rentenzahlungen die für Hypotheken und Grundschulden angeführten Nachteile<sup>248</sup>. Letztlich besteht ihr alleiniger Vorzug darin, daß eine der Sicherungsabrede entgegenstehende Verfügung über das Grundpfandrecht bei ihr ausgeschlossen ist<sup>249</sup>. Dies kann jedoch durch entsprechende Vereinbarungen und deren Eintragung im Grundbuch auch bei der Grundschuld sichergestellt werden, was die geringe praktische Bedeutung der Höchstbetragshypothek erklären mag<sup>250</sup>.

## 7. Wertsicherungsklauseln in vollstreckbaren Urkunden

### a) Zur Zulässigkeit wertgesicherter Vollstreckungstitel

Die Frage, ob eine Unterwerfungserklärung auch über einen wertgesicherten Betrag zulässig ist, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt. Gegenstand des Streits ist, ob die wertgesicherte Zwangsvollstreckungsunterwerfung den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Vollstreckungstitels genügt. Durch die Zweite Zwangsvollstreckungsnovelle<sup>251</sup> hat der Gesetzgeber den Kreis der durch notarielle Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterwerfungsfähigen Ansprüche erheblich erweitert. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist Gegenstand der Unterwerfungserklärung nicht mehr ein Anspruch über die Zahlung einer bestimmten Geldsumme; § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO spricht nur noch von einem zu bezeichnenden Anspruch, der einer vergleichweisen Regelung zugänglich ist. Auch vor der Neuregelung war indessen allgemein anerkannt, daß der Zahlungsanspruch in der Unterwerfungserklärung nicht ziffernmäßig bestimmt sein mußte<sup>252</sup>. Es ist gewiß, daß die neue Formulierung keinen Verzicht auf den allgemeinen Grundsatz des Vollstreckungsrechts<sup>253</sup> beinhaltet, wonach ein Vollstreckungstitel denselben Bestimmtheitsanforderungen wie der richterliche Urteilstenor unterliegt<sup>254</sup>. Letztlich wird man die Ersetzung der Bestimmtheit durch die einfache Bezeichnung des Anspruchs auf die Erweiterung des Kreises der vollstreckbaren Ansprüche über den Geldanspruch hinaus zurückführen können<sup>255</sup>. Als Signal für die unbeschränkte Zulässigkeit von wertgesicherten Vollstreckungstiteln kann die Neufassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hingegen nicht gewertet werden<sup>256</sup>. Sie läßt freilich die allgemeine Tendenz hin zu einer Erweiterung der Zulässigkeit von unterwerfungsfähigen Ansprüchen erkennen.

Aus diesen Gründen bleibt der Meinungsstand um das vollstreckungsrechtliche Bestimmtheitsanfordernis auch nach der Gesetzesnovelle aktuell. Der Bundesgerichtshof hat in einer frühen Entscheidung festgestellt, daß die Unterwerfung unter

239 Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 474.

240 Vertiefend Müller-Frank, MittRhNotK 1975, 355 ff.; Dumoulin, MittRhNotK 1962, 743 ff.; v. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55 ff.; Schmitz-Valckenberg, MittRhNotK 1963, 466 ff.

241 V. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 56.

242 BGH DNotZ 1968, 408, 409; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 1297 c ff.; Staudinger/Hermann Amann § 1105 BGB, 13. Aufl. 1994, Rn. 12 f.; v. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 58; Schmitz-Valckenberg, MittRhNotK 1963, 466, 471 ff..

243 V. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 64; Schmitz-Valckenberg, MittRhNotK 1963, 466, 476.

244 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 2370.

245 V. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 65.

246 Schmitz-Valckenberg, MittRhNotK 1963, 466, 480; v. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 65.

247 Palandt/Bassenge, 59. Aufl. 2000, § 1190, Rn. 2; v. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 65.

248 Zur Frage der Zwangsvollstreckungsunterwerfung v. Herzberg, MittRhNotK 1988, 55, 65. Vgl. auch Kersten/Bühling/Wolfsteiner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, Rn. 641.

249 Schmitz-Valckenberg, MittRhNotK 1988, 466, 479.

250 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 2170.

251 BGBl. I 1997, 3039, in Kraft getreten am 01.01.1999.

252 Vgl. BGHZ 22, 54, 58; BGH MittRhNotK 1995, 140; Müller-Frank, MittRhNotK 1975, 355, 387.

253 BGHZ 22, 54, 63; OLG Nürnberg DNotZ 1957, 665, 666; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 243, 244; abweichend Müller-Frank, MittRhNotK 1975, 355, 391, unter Berufung auf die unterschiedliche Funktion von Erkenntnisverfahren und vollstreckbarer Urkunde. Das Erkenntnisverfahren entscheide einen Rechtsstreit, während die Unterwerfungserklärung eine in die Zukunft wirkende Gestaltung sei. Vgl. auch Pohlmann, NJW 1973, 199, 200.

254 Münch, ZNotP 1998, 474, 480; Wolfsteiner, DNotZ 1999, 306, 317 f.; Limmer, DNotI-Report 1998, 9, 10.

255 Münch, ZNotP 1998, 474, 480.

256 Die Beiträge zur Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle befassen sich – soweit ersichtlich – nicht mit der Frage, ob wertgesicherte Forderungen nunmehr einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung zugänglich sind.

die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der Verpflichtung zur Zahlung einer Rente, die von der jeweiligen Höchstpension eines bayerischen Notars abhängig sein sollte, unwirksam sei<sup>257</sup>. Er stützte sich dabei auf zwei Erwägungen: Zunächst müsse der Titel bereits bei Errichtung der Urkunde einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben und dürfe ihn nicht erst im Vollstreckungsverfahren erhalten. Des weiteren müsse der Betrag des Anspruchs einfach zu ermitteln sein. Das Höchstruhegehalt eines bayerischen Notars sei nicht veröffentlicht, sondern nur den bayerischen Notaren durch Rundschreiben bekannt gemacht worden. Der Betrag der Rente könne daher nur durch eine Auskunft der Notarkasse festgestellt werden. Der vollstreckbaren Urkunde fehle daher die genügende Bestimmtheit. Die Argumente sind von unterschiedlichem Gewicht: Soweit der Bundesgerichtshof fordert, daß der Titel schon zum Zeitpunkt seiner Errichtung bestimmt sein muß, wäre diese Voraussetzung durch eine Wertsicherung nie zu erfüllen<sup>258</sup>. Dieser Standpunkt ist jedoch deshalb zu streng, weil auch für gerichtliche Urteile anerkannt ist, daß der Zahlungsanspruch zu dem Zeitpunkt, zu dem das Urteil erfolgt, nicht beziffert sein muß. Es nimmt daher nicht wunder, daß die Rechtsprechung dieses Argument im weiteren nicht mehr aufgegriffen hat. Anderes gilt indes für den zweiten Begründungsansatz, das Vollstreckungsverfahren von Erschwerissen freizuhalten. Unter Berufung darauf hat das Oberlandesgericht Nürnberg eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mangels Bestimmtheit für unwirksam befunden, die auf ein bestimmtes Beamtengehalt Bezug nahm<sup>259</sup>. Die Berechnung des jeweiligen Beamtengehalts sei zu schwierig und könne dem Gerichtsvollzieher nicht zugemutet werden. Um zu einem zuverlässigen Ergebnis zu gelangen, wäre wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall die Einholung einer Auskunft notwendig gewesen. Auf der gleichen Linie liegt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe<sup>260</sup>, die die Bestimmtheit eines Vollstreckungstitels mit einer Wertsicherungsklausel verneint, welche an den Lebenshaltungskostenindex von Baden-Württemberg anknüpft. Die Vollstreckung sei insbesondere außerhalb von Baden-Württemberg nur mit Hilfe einer amtlichen Auskunft möglich.

In einer Entscheidung, die die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Titels zum Gegenstand hatte, führt der BGH<sup>261</sup> aus, das deutsche Recht gestatte den Vollstreckungsorganen, künftig eintretende Veränderungen selbst zu berücksichtigen. In diesen – als Ausnahme der Rechtsverwirklichung gedachten Fällen – sei das Vollstreckungsorgan gefordert, die nötige Bestimmung aus dem Titel selbst oder aufgrund allgemein zugänglicher, leicht und sicher feststellbarer anderer Urkunden, auf die der Titel verweise, vorzunehmen. Die Entscheidung ist insoweit für die Beantwortung der hier nachgegangenen Fragestellung interessant, als sie ausdrücklich die Bezugnahme auf außerhalb des Titels liegende Umstände erlaubt.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob der Verweis auf die amtlichen Indizes des Statistischen Bundesamtes hinreichend ist, zunächst offengelassen<sup>262</sup>. In einer neueren Entscheidung<sup>263</sup> hat der Bundesgerichtshof nochmals zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer vollstreckbaren Urkunde Stellung

bezogen. Er führt aus, es genüge, wenn die Berechnung des betragsmäßig nicht festgelegten Zahlungsanspruchs „mit Hilfe offenkundiger, insbesondere aus dem Bundesgesetzblatt oder dem Grundbuch ersichtlicher Umstände möglich ist“<sup>264</sup>. In einem anderen Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof festgestellt, daß der in der Fachpresse veröffentlichte statistische monatliche Indexstand der Lebenshaltungskosten offenkundig i.S.d. § 291 ZPO ist<sup>265</sup>. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Wertsicherung eines Erbbauzinses durch eine Gleitklausel unter Bezugnahme auf den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Index der Lebenshaltungskosten einer mittleren Arbeitnehmerfamilie als ausreichend bestimmt angesehen<sup>266</sup>. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage, ob Wertsicherungsklauseln vollstreckungsfähig sind, die auf einen Lebenshaltungskostenindex des Statistischen Bundesamtes Bezug nehmen, steht jedoch noch aus.

Insgesamt ist in Rechtsprechung und Literatur<sup>267</sup> die deutliche Tendenz erkennbar, wertgesicherte Vollstreckungsklauseln, die auf einen vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungsindex anknüpfen, für zulässig zu erachten<sup>268</sup>. Im Hinblick auf diesen Meinungsstand erscheint die Aufnahme entsprechender Gleitklauseln in notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen mit den Grundsätzen einer vorsichtigen Gestaltung vereinbar. Es sollte jedoch in der Formulierung der Unterwerfungserklärung deutlich zum Ausdruck kommen, ob sich die Titulierung auch auf den Erhöhungsbetrag bezieht<sup>269</sup>. Folgt man der hier vertretenen Auffassung nicht, ist es möglich, eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung bezüglich des Ausgangsbetrages in die Urkunde aufzunehmen und zusätzlich die Verpflichtung des Schuldners zu begründen, sich wegen der Erhöhungsbeträge auf Verlangen des Gläubigers gesondert der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen<sup>270</sup>. Im Hinblick auf die dargestellte Rechtsprechung ist von der Bezugnahme auf andere Wertmesser, z.B. regionale Lebenshaltungskostenindizes oder bestimmte Beamtengehälter, abzuraten.

## b) Die Bezifferung des Vollstreckungstitels

Mit der Bejahung der erforderlichen Bestimmtheit von Vollstreckungsklauseln, die auf einen vom Statistischen Bundesamt ermittelten Lebenshaltungskostenindex Bezug nehmen, ist die Frage noch nicht beantwortet, ob der Anspruch im Vollstreckungsverfahren durch das Vollstreckungsorgan oder im Klauselerteilungsverfahren durch den Notar zu beziffern ist. Wolfsteiner<sup>271</sup> ist der Auffassung, § 726 ZPO biete eine Rechtsgrundlage für die Konkretisierung des nicht bezifferten Anspruchs. Ein Anspruch könne nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach bedingt sein. Auf die ausdrückliche Formulierung der Erhöhungsvoraussetzungen als Bedingung komme es hierbei nicht an. Wertungsmäßig liegt dieser Auffassung die Einschätzung zugrunde, die Bezifferung des wertgesicherten Anspruchs könne dem Vollstreckungsorgan nicht zugemutet werden. Dem Vollstreckungsorgan seien nur Entscheidungen aufzuerlegen, die ohne Schwierigkeiten eindeutig getroffen werden können<sup>272</sup>.

257 BGHZ 22, 54 ff. = NJW 1957, 23 ff.

258 So zutreffend Müller-Frank, MittRhtNotK 1975, 355, 388. Vgl. auch Hieber, Anm. zu OLG Nürnberg, DNotZ 1957, 665 ff., DNotZ 1957, 667.

259 OLG Nürnberg DNotZ 1957, 665 f.; vgl. auch LG Essen NJW 1973, 199.

260 OLGZ 1991, 227 ff.

261 BGH NJW 1993, 1801, 1803.

262 BGH FamRZ 1989, 267, 268.

263 BGH MittRhtNotK 1995, 140 ff. In der Entscheidung hat der BGH eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung, die auf den Grundbuchinhalt Bezug nimmt, für ausreichend bestimmt erachtet. Die Gläubigerberechtigung sollte sich nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile an veräußerten Erbbau-rechten richten, die nicht Inhalt des Vollstreckungstitels war.

264 BGH MittRhtNotK 1995, 140. Die Erweiterung der Möglichkeiten einer Bezugnahme im notariellen Vollstreckungstitel ist zu begrüßen. Wie Münch, DNotZ 1995, 749, 750 f., nachweist, ist der Ansatzpunkt des Bundesgerichtshofs in dogmatischer Hinsicht nicht stimmig. Das Kriterium der Offenkundigkeit, das der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung zum Maßstab der hinreichenden Bestimmtheit eines Vollstreckungstitels erhebt, paßt in diesem Zusam-

menhang nicht. Offenkundige Tatsachen sind eines Gegenbeweises zugänglich, dessen Erhebung aber dem Vollstreckungsorgan nicht obliegen kann. Die Zielsetzung von § 291 ZPO und § 795 Abs. Nr. 5 ZPO decken sich daher nicht.

265 BGH NJW 1992, 2088.

266 OLG Düsseldorf NJW 1971, 436, 437.

267 Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rn. 3250; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, 66; Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, 3. Auflage 2000, Rn. A V 184; Münch, DNotZ 1995, 749, 751 f.; Mes, NJW 1973, 875, 878; Geitner/Pulte, Rpfleger 1980, 93, 94; a.A. Pohlmann, NJW 1973, 199, 200.

268 Münch, DNotZ 1995, 749, 752.

269 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, 20. Aufl. 1994, Rn. 220, 614; DNotI-Report 1996, 1, 3; Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, 3. Aufl. 2000, A V 184.

270 Beck'sches Notarhandbuch/Bernhard, 3. Aufl. 2000, Rn. F 370.

271 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, 64 f.

272 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, 65.

Dieser allgemeine Grundsatz des Vollstreckungsrechts wird auch von der herrschenden Meinung<sup>273</sup> nicht in Frage gestellt, die eine Konkretisierung des Anspruchs im Vollstreckungsverfahren befürwortet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, daß die Anforderungen an die Vollstreckungsorgane allgemein gestiegen sind<sup>274</sup>. Es ist allgemein anerkannt, daß die Vollstreckungsorgane die Höhe der Zinsen zu errechnen haben, die von einem bestimmten Basiszinssatz abhängig sind. Des weiteren ist der Beginn der Verzinsung bei Grundschuldzinsen ab Grundschuldeintragung nur unter Bezugnahme auf außerhalb des Titels liegende Umstände, nämlich die Grundbucheintragung, feststellbar<sup>275</sup>. Eine Berechnung, deren Grundlagen im Vollstreckungstitel genau bezeichnet sind, deren Bezugsgrößen ohne die Einholung einer Auskunft zugänglich sind und die zu einem eindeutigen Ergebnis führt, ist dem Vollstreckungsorgan daher zuzumuten<sup>276</sup>. Diese Voraussetzungen sind bei Bezugnahme auf einen amtlichen Lebenshaltungskostenindex des Statistischen Bundesamtes erfüllt. Zu berücksichtigen ist auch, daß mit der Zunahme einer Vollstreckung aus wertgesicherten Titeln die Berechnung zu einer dem gewöhnlichen Geschäft zuzurechnenden Aufgabe wird. Ein Entscheidungsspielraum des Vollstreckungsorgans ist mit der Berechnung, die an den in dem Titel bezeichneten festen Größen orientiert ist, in keiner Weise verbunden. Auch der Bundesgerichtshof hat im Rahmen der Vollstreckbarerklärung eines dynamisierten ausländischen Urteils dem Vollstreckungsorgan die weitere Konkretisierung des Vollstreckungstitels zugetraut<sup>277</sup>. Für die Konkretisierung des wertgesicherten Titels spricht darüber hinaus, daß dies als spätestmöglicher Zeitpunkt allzu häufige nachträgliche Änderungsverfahren vermeidet<sup>278</sup>. Der Anspruch aus einer notariellen Urkunde ist daher nicht durch den Notar zu beziffern, dies ist allein Sache des Vollstreckungsorgans<sup>279</sup>.

## 8. Wertsicherungsvereinbarungen in Erbbaurechtsverträgen

Das Erbbaurecht ist auf eine Dauer von regelmäßig über fünfzig Jahren angelegt<sup>280</sup>. Als Gegenleistung überwiegt in der Praxis der Erbbauzins, der wirtschaftlich eine Verzinsung des Grundstückswertes darstellt<sup>281</sup>. Die gesetzlichen Regelungen über den Erbbauzins sind nach bedeutsamen Änderungen im Jahr 1994<sup>282</sup> erneut durch das EuroEG nachgebessert worden. Hintergrund der Änderungen waren zwei gegenläufige Grundprobleme der zuvor geltenden Regelungen über den Erbbauzins: einerseits die Sicherstellung der Beleihbarkeit des Erbbaurechts<sup>283</sup> und andererseits die Wertsicherung des Erbbauzinses, insbesondere seiner dinglichen Sicherung, der Erbbauzinsreallast<sup>284</sup>. Die Bedeutung der Wertsicherung des Erbbauzinses liegt angesichts des Charakters des Erbbaurechts als Dauerrechtsverhältnis auf der Hand<sup>285</sup>. Auf eine Darstellung der vor 1994 bestehenden Rechtslage kann schon deshalb nicht verzichtet werden, weil – ungeachtet der Möglichkeit einer Umstellung der vertraglichen Regelungen über den Erbbauzins auf die Neuregelung – für ältere Erbbaurechte die bisherige Rechtslage noch Anwendung findet. Auch nach der Neuregelung bleibt darüber hinaus in Fällen, die deren Voraussetzun-

gen nicht erfüllen, Raum für die vor der Änderung übliche Gestaltung.

### a) Alte Rechtslage

Nach § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbauVO a.F. mußte der dingliche Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die gesamte Dauer des Erbbaurechts im voraus bestimmt sein. Eine Wertsicherungsklausel konnte daher nur Inhalt der schuldrechtlichen Vereinbarungen über den Erbbauzins sein, der dingliche Erbbauzins mußte mit einem für die gesamte Laufzeit unveränderlichen Geldbetrag festgelegt werden<sup>286</sup>. Die Praxis behalf sich mit einem schuldrechtlichen Anspruch des Inhalts, die Erbbauzinsreallast nach Maßgabe des wertgesicherten schuldrechtlichen Erbbauzinses anzupassen. Eine nachträgliche Erhöhung der Erbbauzinsreallast bedurfte der Zustimmung der gegenüber dem Erbbauzins nachrangig Berechtigten (§ 880 BGB). Ohne deren Zustimmung blieb nur die Eintragung einer weiteren Erbbauzinsreallast über den Erhöhungsbetrag an rangbereiter Stelle möglich. Regelmäßig wurde daher der schuldrechtliche Anspruch auf Erhöhung der Erbbauzinsreallast rangwahrend durch Eintragung einer Vormerkung gesichert. Diese Vormerkung diente der Sicherung aller künftigen Anpassungen der Erbbauzinsreallast<sup>287</sup>.

Neben der Umständlichkeit des Erhöhungsverfahrens spricht gegen diese Regelung, daß der Sonderrechtsnachfolger im Falle der Veräußerung oder Zwangsversteigerung an die schuldrechtliche Anpassungsvereinbarung nur im Falle einer Übernahme gebunden ist. Indessen bedarf die Übertragung des Erbbaurechts regelmäßig der Zustimmung des Grundstückseigentümers gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauVO. Dieser kann seine Zustimmung von der Übernahme der Wertsicherungsklausel abhängig machen, sofern dem Erbbauberechtigten vertraglich die Verpflichtung zur Weitergabe der schuldrechtlichen Verpflichtungen auferlegt wurde<sup>288</sup>. Ist die Zustimmungsbedürftigkeit ausnahmsweise nicht vereinbart, wird der Eigentümer auf den „dornenreichen Weg“<sup>289</sup> der Durchsetzung seines Anspruchs über die Vormerkung verwiesen.

### b) Neue Rechtslage

Die am 1. 10. 1994 in Kraft getretene Änderung der Bestimmungen über die Erbbauzinsreallast hatte sich u.a. zum Ziel gesetzt, die Rechtsnachfolgeproblematik zu lösen sowie eine Wertsicherung der Erbbauzinsreallast zu ermöglichen<sup>290</sup>. § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO in der Fassung des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes sah vor, daß Inhalt des Erbbauzinses auch eine Verpflichtung zur Anpassung an veränderte Verhältnisse sein kann, wenn die Anpassung nach Zeit und Wertmaßstab bestimmbar ist. Daß nur von einer Verpflichtung zur Anpassung des Erbbauzinses die Rede war, gab zunächst Anlaß zu dem Mißverständnis, als Inhaltsvereinbarung sei nur eine Regelung möglich, die den jeweiligen Erbbauberechtigten dazu verpflichte, sich mit dem jeweiligen Grundstückseigentümer über die Erhöhung der Erbbauzinsreallast zu einigen<sup>291</sup>. Die Eintragung einer Anpassungsvormerkung ist auch nach dieser Auf-

273 Stürmer/Münch, JZ 1987, 178, 185 f.; DNotI-Report 1996, 1, 3. Daß die Konkretisierung erst im Vollstreckungsverfahren erfolgt, wird zumeist ohne weiteres unterstellt. Vgl. BGHZ 22, 55, 60 f.; OLG Düsseldorf NJW 1971, 436, 437; OLG Karlsruhe OLGZ 1991, 227, 228; Geitner/Pulte, Rpfleger 1980, 93, 94 f.; Münch, DNotZ 1995, 749, 752; Pohlmann, NJW 1973, 199, 200.

274 OLG Düsseldorf NJW 1971, 436, 437.

275 Auch diese Gestaltung ist allgemein anerkannt: BGH ZIP 1981, 158, 161; OLG Stuttgart DNotZ 1974, 358 f.

276 Vgl. die von Münch aufgestellten Kriterien DNotZ 1995, 749, 752; zustimmend Opalka, NJW 1991, 1796, 1797.

277 BGH NJW 1993, 1801, 1803.

278 Stürmer/Münch, JZ 1987, 178, 186; vgl. auch BGH NJW 1993, 1801, 1803.

279 Folgt man demgegenüber der Ansicht von Wolfsteiner, stellt sich die Frage, ob der Gläubiger zur rechnerischen Darlegung und Nennung eines bestimmten Betrages verpflichtet ist. Dazu DNotI-Report 1996, 1, 3.

280 Eichel, MittRhNotK 1995, 193.

281 Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Aufl. 1997, § 9 ErbbauVO Rn. 2.

282 BGBl I 1994, 2489.

283 Vertiefend dazu Götz, DNotZ 1980, 3 ff.

284 Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Aufl. 1997, § 9 ErbbauVO Rn. 4; vgl. auch BT-Drucks. 12/7425, 84.

285 Eichel, MittRhNotK 1995, 193.

286 Allgemeine Meinung, vgl. nur v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Aufl. 1995, Rn. 6.86 ff.; Wilke, DNotZ 1995, 654, 655; DNotI-Report 1995, 21.

287 BayObLG DNotZ 1978, 239 f.; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rn. 1830; DNotI-Report 1995, 21.

288 OLG Celle DNotZ 1984, 387; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage, 1997, Rn. 1828; Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Auflage 1997, Palandt/Bassenge, 59. Auflage 2000, § 7 ErbbauVO Rn. 2, 10; Soergel/Stürmer, 12. Auflage 1989, § 7 Rn. 3; Wilke, DNotZ 1995, 655, 656 f.; abweichend Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 194.

289 Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 194, mit weiterführenden Ausführungen zu den Gefahren einer Vereitelung der Durchsetzung des Anspruchs auf Erhöhung der Erbbauzinsreallast aufgrund einer Vormerkung.

290 Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 194.

291 So Palandt/Bassenge, 59. Aufl. 2000, § 9 ErbbauVO Rn. 9/10; Klawikowski, Rpfleger 1995, 145.

fassung entbehrlich, die Erhöhung wirkt jedoch erst ab deren Eintragung im Grundbuch. Dieses Ergebnis stand im Widerspruch zu dem in der Regierungsbegründung deutlich zum Ausdruck gebrachten Ziel des Gesetzgebers, die Wertsicherung der Erbbauzinsrealast in gleicher Weise zu ermöglichen, wie dies für andere Realasten anerkannt ist<sup>292</sup>. Zunehmend wurde unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien vertreten, die Wertsicherung könne als Inhalt der Erbbauzinsrealast vereinbart werden, die automatisch oder durch Geltendmachung bedingt zu einer Änderung des dinglichen Erbbauzinses führe<sup>293</sup>.

Unklar war zunächst auch, ob sich die Zustimmungspflicht dinglich Berechtigter gemäß § 9 Abs. 2 S. 3 ErbbauVO nach der Sachenrechtsänderung auf die dingliche Vereinbarung der Wertsicherung<sup>294</sup> oder auf die einzelnen Erhöhungen<sup>295</sup> bezieht. Die zuletzt genannte Auffassung stützte sich auf den Wortlaut der Bestimmung, wonach die „Vereinbarung über die Anpassung des Erbbauzinses“ der Zustimmung der vor- und nachrangig dinglich Berechtigten<sup>296</sup> bedarf. Diese Auslegung hatte zur Folge, daß die durch die Neufassung der Bestimmung eröffnete Möglichkeit einer Wertsicherung der Erbbauzinsrealast eine wesentlich schwächere Wirkung entfaltete als die schuldrechtlichen Anpassungsvereinbarungen nach der alten Rechtslage<sup>297</sup>. Denn aufgrund der Eintragung einer rangwährenden Auflassungsvormerkung bedurften in diesem Fall die einzelnen Änderungen gerade nicht mehr der Zustimmung der dinglich Berechtigten. Zu Recht hat das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>298</sup> daher entschieden, daß die Zustimmung dinglich Berechtigter nur erforderlich ist, wenn die Anpassungsverpflichtung nachträglich zum Inhalt der Erbbauzinsrealast gemacht wird. Die einzelne Erbbauzinserhöhung bedarf dann nicht mehr der Zustimmung der Inhaber dinglicher Rechte.

Aufgrund dieser Unsicherheiten wurde vielfach empfohlen, an der bisherigen Lösung einer schuldrechtlichen Anpassungsvereinbarung und deren Absicherung durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch festzuhalten<sup>299</sup>.

### c) Änderung aufgrund EuroEG

Die dargestellten Unzulänglichkeiten der Neuregelung durch das Sachenrechtsänderungsgesetz gaben Anlaß zu einer weiteren Änderung der Vorschriften über die Erbbauzinsrealast durch das Euro-Einführungsgesetz. § 9 Abs. 1 ErbbauVO verweist nunmehr uneingeschränkt auf die Vorschriften über die Realast. Danach kann eine Gleitklausel, die auf einen amtlichen Lebenshaltungsindex des Statistischen Bundesamtes Bezug nimmt, zum Inhalt der Erbbauzinsrealast gemacht werden. Möglich ist eine Gestaltung, nach der die Erhöhung unmittelbar oder aufgrund des einseitigen Erhöhungsverlangens eines Beteiligten eintritt<sup>300</sup>. Für die einzelne Erhöhung ist weder eine besondere Einigung noch eine Eintragung im Grundbuch erforderlich<sup>301</sup>. In diesem Fall ist eine darüber hinausgehende Sicherung des Erhöhungsanspruchs durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch nach herrschender Meinung entbehrlich und wohl auch unzulässig<sup>302</sup>. Soll auf einen anderen Wertstärkungsmaßstab Bezug genommen werden, so ist die Erb-

bauzinsrealast mit dem Ausgangsbetrag im Grundbuch einzutragen und der schuldrechtliche Erhöhungsanspruch durch eine Vormerkung zu sichern. Gleiches gilt, wenn ein Leistungs-vorbehalt vereinbart wird<sup>303</sup>. Nicht zulässig ist die Vereinbarung eines dinglichen Anpassungsanspruchs als Inhalt der Erbbauzinsrealast<sup>304</sup>, da eine solche Vereinbarung auch nicht Inhalt einer Realast sein kann.

Mit der Aufhebung von § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO gelten für das Erfordernis der Zustimmung von Inhabern dinglicher Rechte die allgemeinen Grundsätze. Bei der Begründung eines neuen Erbbaurechts stellt sich die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit mangels eingetragener Berechtigter nicht<sup>305</sup>. Wird bei einem bestehenden Erbbaurecht die Wertsicherung als Inhalt des dinglichen Rechts vereinbart, so ist nur die Zustimmung der nachrangigen Berechtigten erforderlich. Eine Beeinträchtigung vorrangig eingetragener Berechtigter ist nur bei bereits bestehender oder gleichzeitig einzutragender Vereinbarung nach § 9 Abs. 3 ErbbauVO über das Bestehenbleiben der Erbbauzinsrealast in der Zwangsvollstreckung möglich. Ist hingegen bereits eine Vormerkung zur Absicherung eines schuldrechtlichen Anpassungsanspruchs eingetragen, bedarf es nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung auch keiner Zustimmung der nachrangig Berechtigten, weil ihre Rechtsposition wegen § 883 Abs. 2 BGB insgesamt nicht verschlechtert werde<sup>306</sup>. Da die Wertsicherung der dinglichen Erbbauzinsrealast zur unmittelbaren Anpassung führt, geht ihre Wirkung jedoch über die schuldrechtliche Anpassungsvereinbarung hinaus. Es sollte daher auch in diesem Fall die Zustimmung der Inhaber nachrangiger Rechte zur Vereinbarung der Wertsicherung als Inhalt der Erbbauzinsrealast eingeholt werden.

### d) Erbbaurecht zu Wohnzwecken

Betrifft das Erbbaurecht ein Wohngebäude, so sind die nicht abdingbaren Beschränkungen des § 9 a ErbbauVO zu beachten. § 9 a ErbbauVO beschränkt den Umfang des einzelnen Erhöhungsanspruchs<sup>307</sup>. Er regelt nicht die Wirksamkeitserfordernisse für die schuldrechtliche oder dingliche Anpassungsklausel nach § 2 PreisG, sondern setzt eine wirksame Anpassungsvereinbarung voraus<sup>308</sup>. Der aufgrund der Wertsicherungsklausel errechnete Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses unterliegt nach § 9 a ErbbauVO einer Billigkeitsprüfung. Ein Erhöhungsanspruch ist regelmäßig als unbillig anzusehen, soweit die Erhöhung über die seit Vertragsabschluß eingetretene Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinausgeht (§ 9 a Abs. 1 S. 3 ErbbauVO). Hierzu hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß für eine Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse die prozentualen Steigerungen maßgeblich sind, „die nach den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Indexzahlen einerseits die Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mit mittlerem Einkommen, andererseits die Bruttoverdienste der Arbeiter in der Industrie sowie die Bruttoverdienste der Angestellten in Industrie und Handel erfahren haben“<sup>309</sup>. Der Bundesgerichtshof sieht beide Faktoren als gleichwertig an<sup>310</sup>. Die persönlichen Verhältnisse des Erbbauberechtigten werden nicht berücksich-

292 Begründung des Bundesrates in Drucksache 12/5992, 194.

293 BayObLG DNotZ 1997, 147, 150 mit Anm. v. Oefele; Wilke, DNotZ 1995, 654, 660; Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Aufl. 1997, § 9 ErbbauVO Rn. 41 f.; v. Oefele/Winkler, 2. Aufl. 1995, Rn. 6.81 ff.; DNotI-Report 1995, 21, 23.

294 BayObLG DNotZ 1995, 1147, 151; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rn. 1811 b; Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 195 ff.; Wilke, DNotZ 1995, 654.

295 So Klaukowski, Rpfleger 1995, 145, 146; zunächst auch Palandt/Bassenge, 54. Auflage 1995, § 9 ErbbauVO, Rn. 11.

296 Weiterführende Ausführungen zu der in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wurzelnden Ungereimtheit, daß zu der bloßen Vereinbarung einer wertgesicherten Erbbauzinsrealast auch die Zustimmung der Inhaber von vorrangigen dinglichen Rechten erforderlich ist, Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 195 f.; Wilke, DNotZ 1995, 654, 660.

297 Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 195.

298 BayObLG DNotZ 1997, 147, 150 f.

299 Wilke, DNotZ 1995, 654, 665; DNotI-Report 1995, 21, 23; a.A. Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 197.

300 BayObLG DNotZ 1995, 147, 148 f.

301 V. Oefele, DNotZ 1997, 151, 153.

302 V. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Auflage 1995, Rn. 6.206; Klaukowski, Rpfleger 1995, 145; Wilke, DNotZ 1995, 654, 663.

303 Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Auflage 1997, § 9 ErbbauVO, Rn. 54; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 1811 a.

304 Palandt/Bassenge, 59. Auflage 2000, Rn. 9/11.

305 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rn. 1811 b; Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 196.

306 Wilke, DNotZ 1995, 654, 662. Das Problem wird im übrigen – soweit ersichtlich – nicht diskutiert. Es wird jedoch allgemein die Zustimmung zur Vereinbarung der Wertsicherung als Inhalt der Erbbauzinsrealast für erforderlich gehalten.

307 V. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Aufl. 1995, Rn. 6.171.

308 Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Auflage 1997, § 9 a ErbbauVO, Rn. 4.

309 Ständige Rechtsprechung BGH NJW 1982, 2382, 2383; OLG Hamm FGPrax 1995, 136, 137. Zu der Berechnung im einzelnen Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Auflage 1997, § 9 a ErbbauVO, Rn. 8 ff.

310 V. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Auflage 1995, Rn. 6.188.



tigt<sup>311</sup>. Außer Betracht bleiben auch allgemeine Änderungen der Grundstückswertverhältnisse, die dem Erbbauberechtigten nicht zugute kommen (§ 9 a Abs. 1 S. 3, 4 ErbbauVO)<sup>312</sup>. Eine Erhöhung kann nur in Abständen von jeweils drei Jahren verlangt werden (§ 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO).

Nach herrschender Meinung gilt § 9 a ErbbauVO für alle schuldrechtlichen und dinglichen Anpassungsklauseln<sup>313</sup>. Zwar spricht § 9 a ErbbauVO von einem Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses, nach seinem Sinn und Zweck erfaßt er jedoch auch automatisch wirkende Wertsicherungen<sup>314</sup>. Die Billigkeitsprüfung entspricht jedoch nicht den Anforderungen der sachenrechtlichen Bestimmtheit, denen die Erbbauzinsrealast unterliegt. § 9 a Abs. 3 ErbbauVO bestimmt für die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses, daß deren Zulässigkeit durch die Billigkeitsschranke des § 9 a ErbbauVO nicht berührt wird<sup>315</sup>. Gleiches muß wohl auch für die mit einer Wertsicherungsklausel versehene Erbbauzinsrealast gelten<sup>316</sup>. Dies folgt daraus, daß weitere, der Beschränkung des § 9 a ErbbauVO unterliegende Anpassungshandlungen bei der automatisch wirkenden Erbbauzinsrealast nicht erforderlich sind. Die zwingende Beschränkung kann ihre Wirkung daher nur entfalten, wenn sie bereits Inhalt der Erbbauzinsrealast ist. Eine dogmatisch tragfähige Begründung dieses Ergebnisses steht indessen noch aus<sup>317</sup>. Bei der Gestaltung der Eintragungsbewilligung der Erbbauzinsrealast ist die Billigkeitsschranke zu beachten. Es empfiehlt sich eine Wiedergabe der gesetzlichen Regelung, da die von der Rechtsprechung entwickelte Formel wenig griffig und ohne Überleitungsregelung jederzeit abänderbar ist<sup>318</sup>.

#### e) Genehmigungsfreie Klauseln

Grundsätzlich gelten für Erbbauzinsvereinbarungen die allgemeinen Genehmigungsgrundsätze. Gemäß § 1 Nr. 4 PrKV sind Klauseln in Erbbaurechtsbestellungsverträgen und Erbbauzinsrealasten mit einer Laufzeit von mindestens dreißig Jahren vom Indexierungsverbot des § 2 Abs. 1 S. 1 PreisG ausgenommen. Nach einer Literaturmeinung<sup>319</sup> kann die 1. Alternative nur Wertsicherungsklauseln im Zusammenhang mit anderen Zahlungsverpflichtungen als der eigentlichen Erbbauzinsvereinbarung meinen, da die 1. Alternative sonst sinnlos wäre. Für diese sonstigen Zahlungsverpflichtungen bei Begründung des Erbbaurechts gelte die Genehmigungsfreiheit nur insoweit, als derartige Vereinbarungen vor Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch getroffen werden. Diese Auffassung hat den praktischen Vorzug, daß bei der Umstellung eines bestehenden Erbbaurechts mit einer Restlaufzeit von mindestens dreißig Jahren auch die im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer wertgesicherten Erbbauzinsrealast getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen über den Erbbauzins keiner Genehmigung nach § 2 Abs. 1 S. 2 PreisG bedürfen. Indessen spricht § 1 Nr. 4 2. Alternative PrKV ausdrücklich von Erbbauzinsrealasten, nicht hingegen von Erbbauzinsvereinbarungen. Es ist daher in

diesen Fällen jedenfalls die Einholung eines Negativattestes bezüglich der schuldrechtlichen Vereinbarungen über den Erbbauzins geboten.

### VII.

#### Zusammenfassung

1. Die Neuregelung des Indexierungsverbotes durch das EuroEG führte zur Streichung des Fremdwährungsverbotes, ansonsten wurde die bisherige Regelung übernommen. Die auf der Grundlage des PreisG erlassene PrKV knüpft an die allgemeinen Genehmigungsrichtlinien der Deutschen Bundesbank von 1978 und die bisherige Rechtsprechung zu § 3 WährG an. Zuständig für die Erteilung von Genehmigungen ist seit dem Beginn des Jahres 1999 das Bundesamt für Wirtschaft.

2. Die Verweigerung der Genehmigung für eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel führt zur Unwirksamkeit der Klausel, was nach § 139 BGB jedoch in aller Regel nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge hat. Die Rechtsprechung ersetzt vielmehr im Wege ergänzender Vertragsauslegung die unwirksame Klausel durch eine genehmigungsfreie oder genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel.

3. Als Wertsicherungsmaßstab ist grundsätzlich der Preisindex des Statistischen Bundesamtes für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland heranzuziehen. Mit der Umstellung auf das Basisjahr 2000 wird es die Teilindizes für das frühere Bundesgebiet und das Beitrittsgebiet sowie die Indizes für spezielle Haushaltsgruppen nicht mehr geben. Bei anderen Teilindizes besteht das Risiko, daß diese nicht mehr unverändert fortgeführt werden. Werden Lohn- und Gehaltsindizes verwendet, sind besondere Bestimmtheitsanforderungen zu beachten.

4. Nach h. M. sind Wertsicherungsklauseln in Verfügungen von Todes wegen nur genehmigungsbedürftig, wenn die Wertsicherung auch nach Eintritt des Erbfales wirksam bleiben soll.

5. Sind modifizierende Unterhaltsvereinbarungen titulierte, ist eine Wertsicherung nicht sinnvoll, weil die betreffenden Wertsicherungsklauseln ihrerseits der Anpassung nach § 323 ZPO unterliegen. Demgegenüber ist die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel bei der novierenden Unterhaltsvereinbarung i.d.R. geboten.

6. Wertgesicherte Vollstreckungsklauseln, die an einen vom statistischen Bundesamt veröffentlichten Lebenshaltungskostenindex anknüpfen, sind nach wohl überwiegender Auffassung zulässig. Die Bezifferung des Vollstreckungstitels erfolgt durch das Vollstreckungsorgan (str.).

7. § 1 Nr. 4 PrKV nimmt Wertsicherungsklauseln in Erbbaurechtsbestellungsverträgen und Erbbauzinsrealasten mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren vom Indexierungsverbot aus.

311 BGH NJW 1979, 1546, 1547; Staudinger/Ring, 13. Auflage 1994, § 9 a ErbbauVO, Rn. 6; a.A. Palandt/Bassenge, 59. Auflage 2000, § 9 a ErbbauVO, Rn. 6.

312 BGH NJW 1982, 2382, 2384. Dies bedeutet nicht, daß eine Anknüpfung an Grundstückswertverhältnisse in der Wertsicherungsklausel unzulässig ist. Im Hinblick auf die Anforderungen des § 2 Abs. 4 PrKV, der eine Bezugnahme auf die Einzel- oder Durchschnittsentwicklung nur bei Schuldverhältnissen, die sich auf land- oder forstwirtschaftliche Nutzung beschränken, zuläßt, kommt dieser Indikator indessen nur bei genehmigungsfreien Spannungsklauseln in Betracht. Weiterführend zu diesen Indikatoren v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Aufl. 1995, Rn. 6.219; Hartmann, NJW 1976, 403 ff.

313 Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Auflage 1997, § 9 a ErbbauVO Rn. 4 und 14; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Auflage 1995, Rn. 6.169; Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Bearbeitung 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 296; Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 195; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rn. 1811 e; a.A. Staudinger/Ring, 13. Auflage 1994, § 9 a ErbbauVO, Rn. 4 noch zu der alten Rechts-

lage; einschränkend auch Palandt/Bassenge, 59. Auflage 2000, § 9 a ErbbauVO, Rn. 2, der § 9 a ErbbauVO nur auf den schuldrechtlichen und den dinglichen Anpassungsanspruch gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO a.F. bezieht.

314 Vgl. Staudinger/Karsten Schmidt, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 244 ff. BGB, Rn. D 296; Staudinger/Ring, 13. Aufl. 1994, § 9 a ErbbauVO Rn. 2; Dürkes, BB 1980, 1609, 1611.

315 Zu den Bestimmtheitsanforderungen an die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses OLG Hamm FGPrax 1995, 136, 137.

316 Münchener Kommentar/v. Oefele, 3. Auflage 1997, § 9 a ErbbauVO Rn. 14; Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 195.

317 Eine Klarstellung des Gesetzgebers wie bei der Vormerkung gemäß § 9 a Abs. 3 ErbbauVO erscheint hier geboten.

318 So zutreffend Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 195.

319 Eichel, DAJ-Skript Erbbaurecht, Stand 03/99, 47 f.

# Die Beerbung des Vormerkungsverpflichteten durch den Vormerkungsberechtigten

– zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 3. 12. 1999 – V. ZR 329/98<sup>1</sup> –  
(– in diesem Heft, S. 432 –)

(von Notarassessor Dr. iur. Klaus-Jürgen Dinstühler, Köln)

## I. Sachverhalt

Die Grundstückseigentümerin hatte 1979 ihrem Neffen (dem Beklagten) ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für ein Grundstück eingeräumt. Die Rechtsposition des Neffen wurde durch Eintragung einer entsprechenden Vormerkung im Grundbuch gesichert. 1996 bot die Eigentümerin das Grundstück den Klägern zum Kauf an. Diese nahmen das gleichfalls vormerkungsgesicherte Angebot nach dem Tode der Eigentümerin an, worauf der Neffe sein Vorkaufsrecht ausübte.

Die Besonderheit des Falles lag nun darin, daß die Grundstückseigentümerin zwischenzeitlich von dem Neffen als Alleinerbe beerbt worden war. Die Parteien haben sich klagend bzw. widerklagend wechselseitig auf Löschung der jeweiligen Vormerkungen in Anspruch genommen.

## II. Die Sichtweise der Rechtsprechung

1. Der BGH hat den Klägern mit der Begründung Recht gegeben, der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch des Neffen sei bereits in seiner Entstehung ausgeschlossen, weil die Grundstückseigentümerin vor dem Zustandekommen des Drittkaufs verstorben sei und der Beklagte als ihr Alleinerbe mit sich selbst keinen Kaufvertrag zustandebringen könne. Deshalb liege auch kein Fall der Konfusion<sup>2</sup> vor.

Ein Lösungsanspruch gemäß § 888 Abs. 1 BGB scheitere daran, daß zu keinem Zeitpunkt ein Anspruch auf Übereignung entstanden sei, den eine (rechtswirksame) Vormerkung wegen ihrer Akzessorität jedoch zwingend voraussetze<sup>3</sup>. Schließlich rechtfertigten auch allgemeine Billigkeitsüberlegungen kein anderes Ergebnis<sup>4</sup>.

2. Mit der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH seine frühere Rechtsprechung<sup>5</sup> konsequent fort, mit der er den Vormerkungsschutz im Rahmen der Beerbung des Veräußerers durch den vormerkungsberechtigten Erwerber infolge Konfusion verneint hatte.

3. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist ein Vorkaufsberechtigter bzw. überhaupt der Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs in Bezug auf ein Grundstücksrecht trotz Vormerkungseintragung gegen vormerkungswidrige Verfügungen sowie Folgegeschäfte des Vormerkungsverpflichteten dann nicht geschützt, wenn er vor Eintritt des endgültigen Rechtserwerbs Alleinerbe des Vormerkungsverpflichteten wird.

## III. Praktische Konsequenzen

Die Sichtweise der Rspr. eröffnet der Kautelarpraxis findige Gestaltungsmöglichkeiten. Soll etwa die vormerkungsgesicherte Rechtsposition eines Gläubigers auf Verschaffung eines Grundstücksrechts paralytisch werden, so kann bedenkenlos zugunsten eines Dritten eine vormerkungswidrige Zwischenverfügung (oder auch nur eine korrespondierende Verpflichtung hierzu) eingegangen werden, wenn nur zugleich der Gläubiger (vielfach ohne sein Wissen) zum Alleinerben einge-

setzt wird und sich der Erbfall vor Vollendung des Rechtserwerbs des Vormerkungsberechtigten einstellt.

Letzteres ist insbesondere dann nicht unwahrscheinlich, wenn die Vormerkung lediglich eine Angebots- oder Vorkaufsposition schützt, also der Rechtserwerb nicht zeitnah bevorsteht. Besonders attraktiv werden diese Gestaltungen, wenn das vormerkungsverpflichtete Vermögen im wesentlichen allein aus der betroffenen Rechtsposition besteht oder zugleich mit der Erbeinsetzung durch entsprechende lebzeitige Übertragungen in dieser Weise eingerichtet wird.

Es führt zu einem gewissen Unbehagen, eine solche „Lückenhaftigkeit“ des Vormerkungsschutzes hinnehmen zu müssen<sup>6</sup>.

## IV. Stellungnahme

Auf diesem Hintergrund fragt es sich, inwieweit der Rechtsstandpunkt des BGH zu überzeugen vermag. Die Argumentation des BGH basiert im wesentlichen allein auf der Prämisse, daß ein Entstehungstatbestand für schuldrechtliche Rechte und Pflichten Personenverschiedenheit zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzt<sup>7</sup> bzw. ein- und dasselbe Rechtssubjekt im Rahmen eines Schuldverhältnisses nicht zugleich Gläubiger und Schuldner bleiben kann<sup>8</sup>. Eine Anspruchs- bzw. Rechtsposition, die taugliche Grundlage für das akzessorische Sicherungsmittel der Vormerkung sein kann, hält der BGH sowohl beim nachträglichen Zusammenfall von Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person (Konfusionslage) als auch in den Fällen der „ursprünglichen Gläubiger- und Schuldneridentität“ für ausgeschlossen.

1. Für das nachträgliche Zusammenfallen von Gläubiger- und Schuldnerstellung sind jedoch in der Rechtsordnung selber bereits diverse Ausnahmen von der Annahme der regelmäßigen Konfusionswirkungen anerkannt<sup>9</sup>.

Ungeachtet der dogmatischen Erklärungsversuche und Theorien zur Konfusion im einzelnen<sup>10</sup> soll ein rechtsvernichtender Einwand aus der Vereinigung korrespondierender schuldrechtlicher Rechte und Pflichten in der Person ein- und desselben Rechtssubjekts immer dann nicht herzuleiten sein, wenn ein „rechtliches Bedürfnis“ für den Fortbestand der Rechtsposition anzuerkennen oder m.a.W., wenn die Regelwirkung der Konfusion bei einer Rechtsfolgenbetrachtung zu systemwidrigen Wertungswidersprüchen und innerlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen führen müßte<sup>11</sup>.

Systematisiert man die einzelnen Ausnahmefälle, so läßt sich formulieren, daß solch innerlich nicht zu rechtfertigende Ergebnisse immer dann vorliegen sollen, wenn eine rechtliche, zumindest aber rechnerische Trennung von Vermögensmassen in der Person eines Rechtssubjektes denkbar bleibt<sup>12</sup> oder sich das Erlöschen der Forderung zuungunsten dinglicher Rechte auswirkt<sup>13</sup>. Die letztgenannte Ausnahme weist Parallelen zur sachenrechtlichen Entsprechung der Konfusion, der sog. Konsolidation, auf. Sie bezeichnet die Vereinigung von Eigentum und beschränkt dinglichem Recht an derselben Sache einer

1 Veröffentlicht etwa in: MDR 2000, 445; MittBayNot 2000, 108; NJW 2000, 1033 f.; NotBZ 2000, 90; ZfR 2000, 202, zur Vorinstanz: OLG Schleswig NJW-RR 1999, 1528.

2 Also des nachträglichen Zusammenfalls von Gläubiger- und Schuldnerstellung.

3 BGH NJW 2000, 1033.

4 BGH NJW 2000, 1033, 1034.

5 BGH NJW 1981, 447 f. = MDR 1981, 305; vgl. hierzu: Ebel, NJW 1982, 724 ff.; Ludwig, DNotZ 1987, 403, 415 ff.; Wacke, NJW 1981, 1577 ff.

6 Infolge dieser „Lückenhaftigkeit“ des Vormerkungsschutzes mag sogar an eine entsprechende Belehrung durch den Notar gedacht werden.

7 Sog. Fälle der ursprünglichen Gläubiger- und Schuldneridentität.

8 Fälle der Konfusion i. e. S.

9 Vgl. etwa §§ 1164, 1173 (Kein Erlöschen der Forderung zuungunsten dinglicher Rechte Dritter), § 1976 (Fiktion des Nichterlöschens von erloschenen Rechtsverhältnissen bei Nachlaßverwaltung oder Nachlaßinsolvenz), § 1991 Abs. 2 (dürftiger oder mit Vermächtnissen und/oder Auflagen überschwerter Nachlaß), § 2143 (Eintritt der Nacherbfolge), § 2175 (Vermächtnis einer dem Erblasser gegen den Erben zustehenden Forderung) und § 2377 (Erbkauf).

10 Vgl. die bei Staudinger-Olzen, BGB, 13. Bearbeitung, Einl. zu §§ 362 ff. zu IV. 1. in bezug genommenen Schrifttumsnachweise.

11 Staud.-Olzen, Einl. zu §§ 362 ff., Rn. 29.

12 Vgl. etwa §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377.

13 Vgl. §§ 1164, 1173.



Person, die in den §§ 889, 1063 Abs. 2 und 1256 Abs. 2 BGB eine gesetzliche Regelung erfahren hat. Hiernach führt die Konsolidation regelmäßig nicht zum Untergang des beschränkt dinglichen Rechts, wobei Hauptmotiv und legislatorisches Anliegen im Prinzip der Rangwahrung gesehen werden<sup>14</sup>.

Allen Ausnahmefällen vom Erlöschen des Schuldverhältnisses als regelmäßiger Konfusionsfolge, was zudem keinesfalls als dogmatisch zwingendes Prinzip angesehen werden muß<sup>15</sup>, ist somit gemeinsam, daß stets nicht allein ein relatives Rechtsverhältnis, also eine isolierte Zwei-Personen-Beziehung betroffen ist, sondern immer Drittbeziehungen oder gleichsam „verdinglichte Rechtspositionen“ in Rede stehen oder, wie Ludwig<sup>16</sup> formuliert, „der Wirkungsbereich einer Anspruchsbeziehung über den Entstehungsbereich hinausgeht“.

Auf dieser Grundlage ist zu überprüfen, ob der Ansatz der Rechtsprechung im vorliegenden Zusammenhang nicht die vorgenannten Wertungen, die die Annahme der regelmäßigen Konfusionsfolge verbieten, unberücksichtigt läßt.

Hierfür empfiehlt es sich, entsprechend der oben aufgezeigten Systematisierung danach zu differenzieren, ob dem vormerkungsberechtigten Erben noch das Recht zur Beschränkung seiner Haftung zusteht oder er bereits unbeschränkbar haftet.

a) Wird die Beschränkung der Haftung geltend gemacht, kommt es zu einer rechtlichen Trennung zwischen Eigenvermögen und Nachlaßvermögen des „vormerkungsberechtigten“ Erben, mithin der Herausbildung von zwei Vermögensmassen ein- und desselben Rechtsträgers. In diesem Fall ordnet das Gesetz in § 1976 BGB ausdrücklich an, daß die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten. Ist es aber insoweit gesetzliche Zielsetzung<sup>17</sup>, die Rechtsfolgen des Erbfalls umfassend in ihren Wirkungen „rückzuführen“<sup>18</sup>, so muß ein im Wege der Fiktion als fortbestehend geltender Anspruch auch (weiterhin) taugliche Grundlage einer zu seinem Schutz bestellten Vormerkung sein bzw. bleiben, mindestens jedoch der Vormerkungsschutz ebenso im Wege der Fiktion<sup>19</sup> zugrunde gelegt werden, wie dies von einer starken Literaturmeinung vertreten wird<sup>20</sup>.

Mit dieser Erkenntnis ist die Annahme der Konfusionsfolgen somit in den Fällen des nachträglichen Zusammenfalls von Gläubiger- und Schuldnerstellung jedenfalls so lange unvereinbar, wie der vormerkungsberechtigte Erbe noch die Haftungsbeschränkung auf das Nachlaßvermögen und die damit verbundene Trennung der Vermögensmassen herbeiführen kann.

b) Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob ein Konfusionsausschlußtatbestand auch noch in denjenigen Fällen begründet werden kann, in denen der vormerkungsberechtigte Erbe sein Recht zur Geltendmachung der Haftungsbeschränkung bereits verloren hat. Insoweit verfängt der der Vorschrift des § 1976 BGB zugrundeliegende Gedanke der separatio bonorum und die hierauf beruhende Annahme von Rechtsbeziehungen zwischen den gegeneinander abzuschirmenden und nunmehr zu trennenden Vermögensmassen desselben Rechtsträgers nicht mehr.

Von der Interessenlage her ist auch hier zunächst festzustellen, daß der Erbfall dem Vormerkungsberechtigten jedenfalls auf dinglicher Ebene nicht diejenige Position verschaffen kann, wie die Erfüllung des vormerkungsgeschützten Anspruchs, da nur der Vormerkungsschutz zur relativen Unwirksamkeit der vormerkungswidrig getätigten weiteren Verfügung des Erblassers über das Grundstücksrecht (§ 883 Abs. 2 BGB) bzw. zur Vorverlagerung der Rangwirkungen (§ 883 Abs. 3 BGB) führen kann<sup>21</sup>. Wurden oben die Drittbezogenheit und die Verdinglichung einer Rechtsposition als weitere tragfähige Grundlagen eines Konfusionsausschlußtatbestandes herausgestellt, so kann im vorliegenden Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beteiligten mit der Bewilligung der Vormerkung der zugrundeliegenden Anspruchsposition eine „Dritt- und Außenwirkung“ beigelegt haben, oder – wie teilweise formuliert wird<sup>22</sup> – eine „gleichsam verdinglichte Rechtsposition“ begründet haben. Infolge der relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen wird auch hier der intendierte Wirkungsbereich einer inter partes begründeten Befugnis über den Entstehungsbereich erstreckt. Zugleich steht die Vormerkung mit diesen ihr eigenen Sicherungswirkungen in gewisser Weise einem dinglichen Recht nahe, so daß auch der Rechtsgedanke, der den §§ 889, 1063 Abs. 2 und 1256 Abs. 2 BGB zugrunde liegt, einen Konfusionsausschluß im vorliegenden Zusammenhang zu stützen vermag<sup>23</sup>.

Weiterhin ist für das in seinen Schutzwirkungen in Anlehnung an die Vormerkung ausgestaltete dingliche Vorkaufsrecht (vgl. §§ 1094 ff., insbes. § 1098 Abs. 2 BGB) anerkannt, daß dieses sowohl als Eigentümerrecht begründet werden kann<sup>24</sup> und auch infolge Vereinigung mit dem Eigentum nicht erlischt<sup>25</sup>.

Verfolgt man desweiteren den legislatorischen Ansatz und die Aufnahme der Vormerkung ins Gesetz zurück, so sollte mit diesem Sicherungsmittel eigener Art ausweislich der Protokolle – auch unter Berücksichtigung der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (vgl. § 925 Abs. 2 BGB) – exakt derselbe Schutz vermittelt werden, den die §§ 161 f. BGB für den bedingten Rechtserwerb bereithalten<sup>26</sup>. Im Falle des aufschiebend bedingten Rechtserwerbs, etwa der hier vergleichbaren Übereignung einer beweglichen Sache unter Eigentumsvorbehalt, wird die Rechtsposition des Vorbehaltskäufers, der den Verkäufer beerbt, jedenfalls auf der dinglichen Ebene nicht mehr durch entgegenstehende Zwischenverfügungen des Verkäufers paralysiert. Mit der Erfüllung der Kaufpreisforderung<sup>27</sup> ist der Vorbehaltskäufer durch die Regelung des § 161 Abs. 2 S. 1 BGB geschützt und zwar hier ungeachtet einer etwaigen Haftungsbeschränkungsmöglichkeit.

Gesichtspunkte der Wertungskonkordanz sprechen daher ebenso dafür, eine Ausnahme von den Konfusionsfolgen zugunsten vormerkungsgeschützter Ansprüche auch in den Fällen anzunehmen, in denen das Recht zur Haftungsbeschränkung des Erben nicht mehr besteht.

Auch Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes stützen zudem die Annahme des Konfusionsausschlusses unabhängig von der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit. So läßt sich zunächst nicht leugnen, das die vormerkungsgeschützte Befugnis des

14 Vgl. nur Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, §§ 36 V 4 d (S. 412), 55 VI 1 (S. 687).

15 Vgl. Larenz, SR-AT, 14. Aufl. 1987, § 19 I b (S. 270).

16 Ludwig, DNotZ 1987, 403, 419.

17 Vgl. hierzu Motive V, S. 631; Protokolle V, S. 768.

18 Nichts anderes kann im übrigen gemäß § 1953 Abs. 1 BGB im Falle der Ausschlagung der Erbschaft bzw. Anfechtung der Erbschaftsannahme (§ 1957 Abs. 1 i. V. m. § 1953 Abs. 1 BGB) durch den vormerkungsberechtigten Erben gelten, da der Anfall der Erbschaft (Vonselbsterwerb) an den Ausschlagenden insoweit (ebenso fiktiv) als nicht erfolgt gilt.

19 Letztendlich besteht auch hier eine Wertungskonformität zu den Fällen der Ausschlagung bzw. Anfechtung der Erbschaftsannahme.

20 Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, S. 424; Hagen in Hagen/Brambrink: Der Grundstückskauf, 7. Aufl. 2000, Rn. 171 aE.; Kohlhöser/Jansen, JA 1988, 305, 307 ff.; Larenz, SR-AT, Bd. I, 14. Aufl. 1987, § 19 I b (S. 270); Ludwig, DNotZ 1987, 403, 415 ff.; Schwerdtner, Jura 1985, 316, 321; Wacke, NJW 1981, 1577 ff.

21 Zu einer ähnlichen Begünstigung gelangt man beim gutgläubigen Vormerkungserwerb über eine Vorverlagerung des für die Redlichkeit maßgebenden Zeitpunktes, vgl. die Konstellation in BGH NJW 1981, 447 f.

22 Vgl. zur Rechtsnatur der Vormerkung etwa Baur/Stürner, § 20 I 3 (S. 219); Gerhardt, Immobiliarsachenrecht, 4. Aufl. 1996, § 6, 7 (S. 82 f.); Schapp, Sachenrecht, 2. Aufl. 1995, Rn. 346; Wieling, Sachenrecht, 2. Aufl. 1994, § 22 I 2 (S. 298 f.).

23 Auf dieses Argument stützt sich insbesondere Ludwig, DNotZ 1987, 403, 418 f.; vgl. auch Kohlhöser/Jansen, JA 1988, 305, 308.

24 Vgl. nur Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl., 1997, Rdnr. 1402 m.w.Nachw.

25 BayObLG, Rpfleger 1984, 142.

26 Vgl. Protokolle V, S. 112.

27 Insoweit tritt hier regelmäßig infolge der Vereinigung von Kaufpreisanspruch und -verbindlichkeit konfusionsbedingt Erfüllung ein.

nachmaligen Erben vor Eintritt des Erbfalls eine vermögenswerte Rechtsposition darstellt, die grundsätzlich dem Gläubigerzugriff offenstehen muß<sup>28</sup>. Ist es dem vorausgehend vor Eintritt des Erbfalls etwa zu einer Pfändung der geschützten Position gekommen, so kann dem Pfändungsgläubiger in Anwendung der Regelung des § 1256 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht versagt werden, die gepfändete Rechtsposition mit den Vorteilen des Vormerkungsschutzes<sup>29</sup> auch und gerade unabhängig davon zu realisieren, ob es fortan etwa zu einer Haftungsbeschränkung auf das Nachlaßvermögen in der Sphäre des Erben als Vollstreckungsschuldner kommt. Gegenüber dem Zweiterwerber ist er gerade infolge des Vormerkungsschutzes Inhaber einer „qualifizierteren“ Rechtsposition geworden, die hinsichtlich eines entgegenstehenden Rechtserwerbs zur relativen Unwirksamkeit (§ 883 Abs. 2 BGB) führt.

Schließlich entnimmt die Rspr. den erbrechtlichen Vorschriften über den Konfusionsausschluß<sup>30</sup> zudem in anderem Zusammenhang den allgemeinen Rechtsgedanken bzw. das allgemeine Prinzip, daß ein Gläubiger des Erblassers (wzu ja ebenso der Vormerkungsberechtigte zu zählen ist) im Vergleich zu anderen Nachlaßgläubigern nicht dadurch benachteiligt werden darf, daß er den Schuldner beerbt<sup>31</sup>. Ohne den Erbfall hätte sich der Vormerkungsberechtigte infolge des Vormerkungsschutzes jedoch gegenüber dem Zweiterwerber durchgesetzt<sup>32</sup>.

Schließlich läßt sich dem so gewonnenen Argument auch nicht entgegenhalten, daß hiermit letztendlich wegen der bestehenden Gläubiger- und Schuldneridentität ein Konfusionsausschlußtatbestand ohne jeden Anhalt im Gesetz entwickelt werde, der gerade nicht auf die Interessenlage außenstehender Dritter abstelle<sup>33</sup>. Der Vormerkungsberechtigte ist eben auch in seiner Eigenschaft als Gläubiger des Erblassers schutzwürdig<sup>34</sup> und i.S.d. vorgenannten Rspr. Drittbetroffener.

c) Nach alledem vermag die formale Sichtweise des BGH in den Konstellationen der erbfallbedingten Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung bei vormerkungsgesicherten Rechten ungeachtet der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit des Erben jedenfalls dann nicht zu überzeugen, wenn die Erfüllung des rechtsgeschäftlichen Anspruchs mit qualitativ weiter reichenden Rechtsvorteilen für den Erben als der Erbanfall verbunden ist.

2. Zu beantworten bleibt, ob die Fälle des „anfänglichen Zusammenfallens von Gläubiger- und Schuldnerstellung“ im vorliegenden Zusammenhang anders zu beurteilen sind. Der BGH<sup>35</sup> geht ohne nähere Begründung von der für selbstverständlich gehaltenen Annahme aus, daß der Neffe als Erbe „mit sich selbst keinen Kaufvertrag zustande bringen könne, weil der Entstehungstatbestand für jeden Vertrag Personenverschiedenheit voraussetze.“

Hat aber die vorherige Betrachtung bereits gezeigt, daß mit dem nachträglichen Zusammenfall von Schuldner- und Gläubigerposition in bestimmten (Ausnahme-)fällen die Annahme der Konfusionswirkungen nicht zu rechtfertigen ist, vielmehr schwerwiegende Wertungsgesichtspunkte – wenigstens im Wege der Fiktion – dazu zwingen, eine rechtliche Zuordnung auch bei Gläubiger- und Schuldneridentität aufrechterhalten zu müssen, so erscheint die Prämisse des BGH nicht als unumstößliches Dogma oder Gebot zwingender Logik, hätte jedoch zumindest eine nähere Begründung nahegelegt.

a) Betrachtet man auch hier zunächst die Fälle, in denen eine Haftungsbeschränkung des vormerkungsberechtigten Alleinerben noch möglich ist, so ist in Rspr. und Lit. im wesentlichen anerkannt, daß die separatio bonorum die – wenigstens fiktive – Neubegründung selbständiger Rechtsbeziehungen zwischen den gesonderten Vermögensmassen entsprechend der gesetzlichen Wertung des § 1976 BGB zuläßt<sup>36</sup>. Ebenso zeigt die Regelung des § 1978 Abs. 3 BGB, wonach dem Erben Aufwendungen aus dem Nachlaß zu erstatten sind, soweit er nach den Vorschriften über den Auftrag oder die GoA Ersatz verlangen könnte, daß dem Gesetz die (Neu-)begründung rechtlicher Zuordnungen und Interdependenzen trotz Gläubiger- und Schuldneridentität nicht fremd ist. Sind zudem keine Wertungsunterschiede oder irgendwie abweichend gelagerte Interessensgesichtspunkte festzustellen, so sollte in gleicher Weise – wenigstens im Fiktionswege – das Entstehen rechtlicher Beziehungen zwischen den verschiedenen Vermögensmassen (Eigenvermögen und Nachlaßvermögen) genauso zugelassen werden, wie rechtliche Beziehungen auf Grundlage des § 1976 BGB beim nachträglichen Zusammenfall von Gläubiger- und Schuldnerposition als fortbestehend gelten. Anderenfalls müßte man von der Interessenlage und den zugrundeliegenden materiellen Wertungen her völlig identisch gelagerte Sachverhalte willkürlich verschieden behandeln.

Dementsprechend ist es entgegen der pauschalen Sichtweise des BGH allein interessengerecht, die institutionelle Schwäche der Vormerkung in bezug auf die Notwendigkeit eines sicherungsfähigen Anspruchs im vorliegenden Zusammenhang auf Grundlage des Rechtsgedankens und der Wertung des § 1976 BGB zu überwinden, jedenfalls soweit eine Beschränkung der Erbenhaftung denkbar bleibt<sup>37</sup>. Mindestens im Fiktionswege muß daher mit der Anerkennung (neuentstehender bzw. neuanzunehmender) Rechtsbeziehungen zwischen den verschiedenen Vermögensmassen ein- und desselben Rechtsträgers auch ein entsprechender Vormerkungsschutz vermittelt werden können, da im übrigen nur so eine haftungsmäßig zu rechtfertigende Zuordnung vermögenswerter Positionen zum Eigen- bzw. Nachlaßvermögen innerlich zu rechtfertigen ist.

b) Von Interesse bleibt schließlich, ob sich die Annahme rechtlicher Interdependenzen und Beziehungen in der Sphäre ein- und desselben Rechtsträgers in den Fällen des anfänglichen Zusammenfalls von Gläubiger- und Schuldnerstellung ebenso noch rechtfertigen läßt, wenn der vormerkungsberechtigte Erbe sein Recht zur Haftungsbeschränkung bereits endgültig verloren hat.

Auch hier spricht zunächst der in der Rechtsprechung anerkannte Grundsatz, daß ein Gläubiger des Erblassers im Vergleich zu anderen Nachlaßgläubigern nicht dadurch benachteiligt werden darf, daß er den Schuldner beerbt<sup>38</sup>, zunächst wertungsmäßig für die – wenigstens fiktive – Anerkennung rechtlicher Beziehungen, um die institutionelle Schwäche der Vormerkung in Anbetracht ihrer Abhängigkeit von einem sicherungsfähigen Anspruch überwinden zu können. Weiter ist zu bedenken, daß die dem späteren Erben eingeräumte und über die Vormerkungswirkungen drittgeschützte Befugnis, eine (bedingte oder künftige) Anspruchsposition begründen zu können, einen Vermögensvorteil darstellt, der grundsätzlich wiederum dem Pfändungszugriff der Gläubiger des Begünstigten unterliegt.

Auch hier ist nicht recht einzusehen, wieso im Falle des Pfändungszugriffs mit dem späteren Erbfall und dem Verlust der

28 Die Pfändbarkeit dürfte hier regelmäßig anzunehmen sein, soweit es nicht um eine unübertragbare Rechtsposition geht, vgl. etwa § 514 BGB.

29 Vgl. §§ 1279 Abs. 1 Satz 1, 398, 401 Abs. 1 BGB; im Rahmen der Abtretung des gesicherten Anspruchs geht die Vormerkung analog § 401 Abs. 1 BGB über, vgl. BGHZ 25, 16, 23; NJW 1994, 2997, 2998.

30 Vgl. FN 9.

31 BGHZ 48, 214, 219.

32 Eine durchaus vergleichbare Wertung, in der eine „abschirmende Wirkung“ im Vermögen ein- und desselben Rechtsträgers gegenüber Drittgläubigern anerkannt wurde, hat die Rspr. unter Geltung der vormaligen Regelung zur Vermögensübernahme (§ 419 BGB) zugunsten des Vermögensübernehmers anerkannt, der – obwohl er formal keine rechtskräftige Entscheidung gegen sich

selbst erwirken konnte – über den in § 1991 Abs. 3 BGB enthaltenen Gedanken geschützt wurde, vgl. RGZ 139, 199 ff.; hierzu ausführlich Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. 1996, Rn. 524.

33 So etwa Staudinger/Gursky, § 886, Rn. 12.

34 So auch Kohlhosser/Jansen, JA 1988, 305, 308.

35 BGH NJW 2000, 1033.

36 BGH FamRZ 1991, 550, 551; Erman/Schlüter, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1976, Rn. 2; MüKo/Siegmann, BGB, 3. Aufl., § 1976, Rn. 6; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 4. Aufl., 1996, § 51 II 2 (S. 992); Staudinger/Marotzke, § 1976, Rn. 7.

37 Dieselbe Sichtweise muß wiederum für den Fall der Ausschlagung bzw. Anfechtung der Erbschaftsannahme gelten, vgl. FN 18.

38 Vgl. FN 31.

Haftungsbeschränkungsmöglichkeit aus vordergründig doktrinen Erwägungen heraus eine „Erstarkung“ der gepfändeten Befugnis nicht möglich sein soll. Ein stringenter Gläubigerschutz erfordert daher hier ebenso die Annahme, daß eine (wenigstens fiktive) „Neubegründung“ rechtlicher Beziehungen trotz anfänglicher Gläubiger- und Schuldneridentität im Hinblick auf den hervorzubringenden Anspruch möglich sein muß.

Insbesondere sind hier gleichfalls keine abweichenden Wertungsgesichtspunkte im Vergleich zum nachträglichen Zusammenfall von Gläubiger- und Schuldnerbefugnis ersichtlich, so daß auch eine Rechtsvergleichbarkeit und Interessenkonkordanz zur ausdrücklichen Regelung des § 1256 Abs. 1 Satz 2 BGB angenommen werden kann. Ist es damit im Falle bestehender Drittrechte an der vormerkungsgeschützten Position des nachmaligen Erben ohnehin unumgänglich, rechtliche Interdependenzen als taugliche Grundlage einer Vormerkung, also wenigstens die fiktive Neubegründung einer sicherungsfähigen Rechtsposition in den Fällen anfänglicher Gläubiger- und Schuldneridentität unabhängig von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung anzuerkennen, muß es rechtstechnisch und dogmatisch ebenso denkbar bleiben, dies auch bei Nichtbestehen von Drittrechten fingieren zu können.

Ermöglicht das Gesetz zudem auch die Bestellung von Liegenschaftsrechten am eigenen Grundstück unter Absehen von dem Erfordernis der „Einigung“, so sollte auch auf schuldrechtlicher Ebene bei gebotener Interessenlage die Entstehung von Rechtswirkungen aus Überlegungen vordergründiger Dogmatik nicht gehindert sein, die nach dem Gesetzeswortlaut allein vom Abschluß eines Vertrages abhängig sein sollen<sup>39</sup>. So wird denn auch bei der Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechts an der eigenen Sache wenigstens fiktiv ein zumindest als Naturalobligation einzustufender „Anspruch gegen sich selbst“ als causa herangezogen, um den Ausschluß der Kondizierbarkeit des Rechts an der eigenen Sache – etwa durch nachrangige Berechtigte – begründen zu können<sup>40</sup>.

c) Entgegen der Sichtweise des BGH ist es daher ebenso beim anfänglichen Zusammenfallen von Gläubiger- und Schuldnerstellung wertungsmäßig allein gerechtfertigt, eine taugliche rechtliche Beziehung auch in der Sphäre ein- und desselben Rechtssubjekts, die als Grundlage des Vormerkungsschutzes anzuerkennen ist, nicht a priori für ausgeschlossen zu halten. Dies gilt zudem unabhängig von der Möglichkeit des Erben, noch eine Haftungsbeschränkung herbeiführen zu können. Dementsprechend ist die Ansicht des BGH als nicht interessenskonform und im übrigen nicht dogmatisch zwingend geboten abzulehnen, zumal auch in anderem Zusammenhang spätestens seit Kipps<sup>41</sup> Entdeckung der sog. Doppelwirkungen im Recht allgemein anerkannt ist, daß ein- und dieselbe rechtliche Befugnis auch zwei oder mehrere Rechtsgründe haben kann<sup>42</sup>.

Rechtstechnisch ist insoweit in den Fällen der ursprünglichen Gläubiger- und Schuldneridentität zur Annahme der hervorzubringenden Rechtswirkungen regelmäßig ein einseitiger Kundgabeakt<sup>43</sup>, der die Begründung vertragstypischer Ansprüche innerhalb der eigenen Sphäre verlaublich, für ausreichend zu erachten<sup>44</sup>, der sodann auch grundbuchtechnisch über die bloße

Grundbuchberichtigung hinaus durch entsprechende Eintragung des rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbestandes umzusetzen ist<sup>45</sup>.

3. Entgegen der Rspr. ist daher davon auszugehen, daß dem Vormerkungsberechtigten auch als Alleinerbe des Vormerkungsverpflichteten zunächst – mindestens im Wege der Fiktion – eine Anspruchsposition bzw. rechtliche Befugnis zuerkannt werden muß, die (weiterhin) taugliche Grundlage des auf ihr aufbauenden Vormerkungsschutzes ist. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Erben noch das Recht zur Haftungsbeschränkung zusteht und sowohl in den eigentlichen Konfusionsfällen des nachträglichen Zusammenfalls von Gläubiger- und Schuldnerstellung als auch in den Fällen ursprünglicher Gläubiger- und Schuldneridentität.

4. Zu überprüfen bleibt, inwieweit dieses zunächst auf der Ebene des Vormerkungsschutzes gefundene Ergebnis auch schuldrechtlich Bestand haben kann. Ungeachtet des Vormerkungsschutzes und der hiermit zunächst verbundenen Sicherung des Ersterwerbers ist nicht zu leugnen, daß auf den vormerkungsberechtigten Erben infolge der Universalsukzession gem. den §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB auch die schuldrechtliche Erfüllungsverpflichtung des Erblassers<sup>46</sup> aus dem (vormerkungswidrigen) Zweitgeschäft – etwa nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB – übergegangen ist<sup>47</sup>.

Gewährleistet der Fortbestand des Vormerkungsschutzes, die so geschützte und damit weiterhin realisierbare Rechtsposition zum Eigenvermögen des vormerkungsberechtigten Erben ziehen zu können, ist zunächst unproblematisch, daß der Erbe dem Erfüllungsverlangen des Zweiterwerbers durch die Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung begegnen kann; hierdurch erreicht er, daß sich der Zweiterwerber insoweit allein auf der Sekundärebene aus dem Nachlaßvermögen schadlos halten kann<sup>48</sup>.

Hat der Erbe hingegen sein Recht zur Haftungsbeschränkung verloren, so ist eine Einwendung, die dem Erfüllungsverlangen des Zweiterwerbers entgegengehalten werden könnte, nicht mehr ersichtlich. Insbesondere ist die insoweit singulär gebliebene Ansicht von Wacke<sup>49</sup>, der infolge des Vormerkungsschutzes eine Unmöglichkeit der Anspruchserfüllung des Zweiterwerbers auf der Primärebene annehmen will, mit den Grundsätzen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts unvereinbar; mit dem Zustandekommen des Zweitgeschäfts steht dem Zweiterwerber ein uneingeschränkter (Primär-)Erfüllungsanspruch zu, der weder durch die voreingetragene Vormerkungsposition noch durch den Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge in seinem Wesen verändert wird, sondern gerade gegenständig auf den Erben übergeht<sup>50</sup>.

Dementsprechend vermag sich der Erbe trotz des Vormerkungsschutzes nur dann mit seinem Erwerb gegenüber dem Zweiterwerber durchzusetzen, wenn er die Haftungsbeschränkung auf das Nachlaßvermögen herbeiführt; zu einer Überwindung der mit dem Erbfall verbundenen gesetzlichen Haftungsregelung ist die Vormerkung in ihren Schutzwirkungen der relativen Unwirksamkeit schädlicher Zwischenverfügungen und der Rangwahrung (§ 883 Abs. 2 und 3 BGB) nicht angelegt.

39 So auch Kohler, JZ 1983, 13, 16.

40 Vgl. Kohler, JZ 1983, 13, 16 f., FN 32.

41 Kipp, FS Maritz, 1911, 211 ff.

42 Vgl. etwa Flume, AT des BGB, Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 31, 3 (S. 566 f.).

43 Sollte man in den Fällen des § 20 GBO strengere Kriterien anlegen wollen, so müßte eine Auflassungserklärung „an sich selbst“ erfolgen, so etwa Wacke, NJW 1981, 1577, 1580 (I. Sp.).

44 Vgl. Kohler, JZ 1983, 13, 16 im Anschluß an die Motive III, S. 160.

45 Vgl. Wacke, NJW 1981, 1577, 1580.

46 Insoweit soll auf die rechtliche Bedeutung der etwaigen Kenntnis des Zweitkäufer von dem bestehenden Rechtsmangel des vormerkungswidrigen Erwerbs für sein Erfüllungsverlangen nicht eingegangen und etwa unterstellt werden, daß der Erblasser ausdrücklich für die Nichtausübung des Rechts des Erstkäufer eintreten wollte, vgl. zu diesem Fragenkreis etwa: RGZ 88, 165, 167; 132, 145, 148; BGH WM 1987, 986, 988 sowie kritisch: Miko-Westermann, BGB, 3. Aufl., § 439, Rn. 1; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 439, Rn. 7 ff.; Staudinger/Köhler, BGB, 13. Bearb., § 439, Rn. 11.

47 Dem dinglichen Hilfsanspruch auf Beseitigung der Vormerkung gem. § 888 Abs. 1 BGB gegenüber könnte der Zweiterwerber etwa die Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr nach § 242 BGB entgegenhalten, vgl. hierzu etwa: BGHZ 76, 293, 300; Larenz, SR-AT, § 10 II h (S. 144).

48 Ludwig, DNotZ 1987, 403, 419; v. Olshausen, NotBZ 2000, 205, 206 ff.; ders. NJW 2000, 2872, 2873; Wacke, NJW 1981, 1577, 1579 f.

49 Wacke, NJW 1981, 1577, 1580.

50 Vgl. §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB; hierfür spricht im übrigen ebenso ein Vergleich mit der Regelung des § 185 Abs. 2 Satz 1, 3. Alt. BGB, wonach die Verfügung eines Nichtberechtigten, etwa die Veräußerung von Grundeigentum durch den Scheineigentümer, der sodann vom wahren Eigentümer beerbt wird, mit dem Verlust der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit wirksam wird; hat hier sogar der wahre Eigentümer zu erfüllen, muß dies wertungsmäßig erst recht für denjenigen gelten, dem bloß ein vormerkungsgeschützter Übergangsanspruch zusteht, vgl. Ludwig, DNotZ 1987, 403, 419 f.

Trotz dieser Abhängigkeit der endgültigen Rechtsdurchsetzung von der Herbeiführung der Haftungsbeschränkung läßt sich hieraus entgegen einer in der Lit. vertretenen Ansicht<sup>51</sup> kein Argument gegen den oben angenommenen Fortbestand der vormerkungsgesicherten Rechtsposition unabhängig von der Frage nach der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit herleiten. Die Vertreter dieser Ansicht stehen insoweit auf dem Standpunkt, wegen der vorstehend aufgezeigten schuldrechtlichen Konsequenz für die endgültige Rechtsdurchsetzung in Abhängigkeit von der Haftungsbeschränkung bestehe kein Bedürfnis, einen Konfusionsausschlußtatbestand auch noch nach Verlust der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit anzunehmen<sup>52</sup>.

Diese Sichtweise übergeht indes die Gebote der Haftungsordnung und führt zu einer nicht zu rechtfertigenden Verlagerung von Insolvenzrisiken, indem sie außer acht läßt, daß die vormerkungsgestützte Rechtsposition zum Vermögen des Erben gehört und lediglich bei fehlender Haftungsbeschränkung aus diesem Vermögen als schuldrechtliche Verbindlichkeit zu erfüllen ist<sup>53</sup>.

## V. Folgerungen für die Kautelarpraxis

Ungeachtet der aufgezeigten dogmatischen Einwände und Wertungswidersprüche der Rspr. wird sich die Kautelarpraxis zunächst auf die Sichtweise des BGH und die hiermit verbundenen Gefahren für den Vormerkungsschutz des nachmaligen Alleinerben einzustellen haben. Abschließend soll daher kurz überlegt werden, durch welche flankierenden gestalterischen Maßnahmen der Vormerkungsberechtigte geschützt werden kann.

Kaum praktikabel dürfte zunächst sein, den Vormerkungsverpflichteten durch den simultanen Abschluß eines mit entsprechender Bindungswirkung ausgestatteten Erbvertrages auf eine Erbfolgeanordnung festzulegen, die die (spätere) Alleinerbschaft des Vormerkungsberechtigten ausschließt. Ebenso dürfte die Ausschlagung bzw. Anfechtung der Erbschaftsannahme nur dann ein probates Mittel zur „Rettung“ der vormerkungsgeschützten Rechtsposition sein, wenn der Erbe hierdurch zugleich keine sonstigen Erbschaftswerte verliert und auch keine Gegenleistung für den Erwerb der gesicherten Rechtsposition mehr zu erbringen ist; dabei käme eine Anfechtung der Erbschaftsannahme ohnehin nur in Betracht, wenn man die Fehlvorstellung im Hinblick auf den Verlust der vormerkungsgesicherten Rechtsposition als (ausnahmsweise) beachtlichen Rechtsfolgeirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB einordnen wollte<sup>54</sup>.

Eine ungeachtet etwaiger steuerlicher Konsequenzen im Ergebnis umgehungsfeste Gestaltung ist hingegen in dem Vorschlag von Brambring<sup>55</sup> zu sehen, der die hilfsweise Begründung eines weiteren (vormerkungsgesicherten) Vorkaufrechts<sup>56</sup> zugunsten einer nahestehenden Person, ggf. verbunden mit der weiteren Verpflichtung dieser Person zur Ausübung des Vorkaufrechts und Übertragung des so erworbenen Grundstücksrechts auf den Alleinerben, vorschlägt.

Schließlich mag auch an die Bestellung eines Drittrechts (Verpfändung) oder eine (ggf. für den Fall der Alleinerbschaft aufschiebend bedingte) Abtretung der vormerkungsgesicherten Rechtsposition gedacht werden<sup>57</sup>, vorausgesetzt, man geht auch im Rahmen der Zession bedingter oder künftiger Ansprüche von einem Direkterwerb in der Person des Zessionars aus; anderenfalls, also bei Annahme eines Durchgangserwerbs<sup>58</sup>, müßte diese Gestaltung bei konsequenter Anwendung der Grundsätze der obigen Rspr. konfusionsbedingt bzw. aus Gründen des anfänglichen Zusammenfalls von Gläubiger- und Schuldnerstellung scheitern.

Unter Berücksichtigung dieser Unwägbarkeiten kann das Gestaltungsziel sicher<sup>59</sup> daher allein auf Grundlage des Vorschlags von Brambring<sup>60</sup> erreicht werden.

## VI. Ergebnis

Die vorstehende Betrachtung hat gezeigt, daß die Sichtweise der Rspr. mit wesentlichen Wertungen des Gesetzes nicht zu vereinbaren und auch dogmatisch nicht überzeugend ist. Die Interessenlage gebietet es vielmehr, unabhängig von der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit einen Konfusionsausschlußtatbestand im Rahmen der Beerbung des Vormerkungsverpflichteten durch den Vormerkungsberechtigten jedenfalls so lange anzunehmen, wie der Sicherungszweck der Vormerkung noch nicht vollständig erledigt ist, also der rechtsgeschäftliche Erwerb noch eine rechtlich vorteilhaftere Position vermittelt als der gesetzliche Erbanfall. In gleicher Weise muß auch die (wenigstens fiktive) Annahme von rechtlichen Beziehungen als taugliche Grundlage der Vormerkungssicherung in der Sphäre ein- und desselben Rechtsträgers in den Fällen der ursprünglichen Gläubiger- und Schuldneridentität für zulässig erachtet werden.

In schuldrechtlicher Hinsicht hängt die Rechtsbeständigkeit des vormerkungsgeschützten Erwerbs des Alleinerben gegenüber der Geltendmachung des im Wege der Universalsukzession übergegangenen Erfüllungsanspruchs des Zweiterwerbers hingegen von der Herbeiführung der Haftungsbeschränkung auf das Nachlaßvermögen ab.

51 Ebel, NJW 1982, 724, 725 ff.; Staudinger/Gursky, § 886, Rn. 12 (übrigens im Widerspruch zu seiner bei § 889, Rn. 3 aE vertretenen Ansicht).

52 Staudinger/Gursky, § 886, Rn. 12.

53 So ist es bspw. allein gerechtfertigt, anzunehmen, daß der Zweiterwerber seinen Erfüllungsanspruch in einer Insolvenz des unbeschränkt haftenden Erben nach entsprechender Monetarisierung (vgl. § 45 InSO) zur Insolvenztabelle geltend machen muß (§§ 174 ff. InSO).

54 Vgl. zum Rechtsfolgeirrtum etwa: Flume, § 23, 4 d (S. 465 ff.); Palandt-Heinrichs, § 119, Rn. 15, jeweils m.w.Nachw.

55 Brambring, EWiR 2000, S. 809 f.

56 Bzw. allgemeiner: einer kongruenten Rechtsposition.

57 Wiederum ggf. gekoppelt mit der Verpflichtung zur Übertragung des Grundbesitzes bzw. des Grundstücksrechts auf den nachmaligen Alleinerben.

58 Vgl. zum Streitstand insoweit: Larenz, SR-AT, § 34 III a E (S. 586); Palandt-Heinrichs, § 398, Rn. 12; jeweils m.w.Nachw.

59 Zur Gestaltungsvorgabe, das Regelungsziel der Beteiligten stets auf dem „sichersten Weg“ zu erreichen, vgl. RGZ 148, 321, 325; BGH DNotZ 1974, 296, 297 ff.; NJW 1991, 1172, 1173.

60 Brambring, EWiR 2000, S. 809 f.

## 1. Schuldrecht – Vereinbarkeit der subsidiären Gewährleistung des Bauträgers mit dem AGBG

(OLG Celle, Urteil vom 13. 1. 2000 – 14 U 282/98)

BGB § 398

AGBG §§ 9; 11 Nr. 10 a

1. Die in einem notariellen Formularvertrag vereinbarte Gewährleistungsregelung, dass Mängelbeseitigungsansprüche wegen nach erfolgter Übergabe aufgetretener Baumängel primär gegenüber dem jeweiligen Bauhandwerker geltend zu machen sind und erst danach eine subsidiäre Eigenhaftung des Bauträgers besteht, ist mit dem AGBG vereinbar, wenn die erfolglose gerichtliche Inanspruchnahme der Subunternehmer nicht Voraussetzung für das Aufleben der subsidiären Haftung ist.
2. Bringt der Bauträger auf Mängelrügen des Erwerbers hin zum Ausdruck, dass berechnete Beanstandungen beseitigt werden, ist die Subsidiaritätsklausel damit formlos und einverständlich abbedungen, so dass der Bauträger dem Erwerber aus Eigenhaftung gewährleistungspflichtig ist.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. hat überwiegend Erfolg. Die Kl. können von der Bekl. Zahlung verlangen.

Entgegen der Ansicht des LG ist die Bekl. passivlegitimiert. Zwar ist in § 6 der notariellen Kaufverträge geregelt, dass die Kl. Mängelbeseitigungsansprüche wegen Baumängel, die nach erfolgter Übergabe aufgetreten sind, primär gegenüber dem jeweiligen Bauhandwerker geltend zu machen haben, und dass erst danach eine subsidiäre Eigenhaftung der Bekl. besteht. Diese in den notariellen Formularverträgen vereinbarte Gewährleistungsregelung ist auch, wie das LG zu Recht festgestellt hat, mit dem AGBG vereinbar, weil die Formulierung, dass die Ansprüche gegen die Bauhandwerker geltend zu machen sind, nicht dahin missverstanden werden kann, dass (die erfolglose) gerichtliche Inanspruchnahme der Subunternehmer der Bekl. die Voraussetzung für das Aufleben der subsidiären Haftung der Bekl. ist (vgl. hierzu BGH NJW 1998, 904 f. = Mitt-RhNotK 1998, 89). – Aber die Bekl. kann sich mit Erfolg nicht mehr auf diese Regelung des § 6 berufen und die Kl. darauf verweisen, die betreffenden Handwerker zunächst zur Mängelbeseitigung unmittelbar aufzufordern, was die Kl. nicht getan haben. Denn aus der Verhaltensweise der Bekl. gegenüber den Kl. ergibt sich, dass die Parteien formlos und einverständlich § 6 der notariellen Kaufverträge abbedungen haben, so dass die Bekl. aus Eigenhaftung den Kl. gewährleistungspflichtig ist. Denn die Bekl. hat auf die verschiedenen schriftlichen Mängelrügen der Kl. hin immer wieder schriftlich zum Ausdruck gebracht, dass berechnete Beanstandungen beseitigt werden. So hat die Bekl. in einem Schreiben erklärt, dass sie auf die erhobenen Mängelrügen hin um die Gelegenheit bitte, in einem Ortstermin, zu dem sie auch die betreffenden Handwerker hinzuziehen wolle, die Mängel zu prüfen; dass selbstverständlich berechnete Beanstandungen zur Zufriedenheit der Erwerber beseitigt würden, und abschließend heißt es in dem Schreiben, dass innerhalb der Gewährleistungsfrist für das Gemeinschaftseigentum gerügte Mängel „unter unserer Einschaltung in bewährter Weise beseitigt“ werden. Die Kl. durften diese Erklärungen so verstehen, dass damit die Bekl. zum Ausdruck gebracht hat, den Kl. schon jetzt unmittelbar gewährleistungspflichtig sein zu wollen. Im Übrigen ergibt sich aus dem Schreiben der Bekl., dass sie bei der Weiterleitung der Mängelrügen an ihre Subunternehmer zugleich als Botin für die Kl. tätig wurde, so dass damit ein – erfolgloses – Geltendmachen i.S.v.

§ 6 der notariellen Kaufverträge erfolgt ist. Die Kl. waren somit berechtigt, von der Bekl. die Beseitigung der Baumängel zu verlangen. Die Bekl. befindet sich mit der Beseitigung dieser Mängel jedenfalls allein schon deshalb in Verzug, weil sie selbst eine Mängelbeseitigung von Anfang an verweigert hat.

(...)

## 2. Liegenschaftsrecht – Beerbung des Vormerkungsverpflichteten durch den Vormerkungsberechtigten

(BGH, Urteil vom 3. 12. 1999 – V ZR 329/98 – s.a. Kurzbeitrag Dinstühler, in diesem Heft, S. 427)

BGB §§ 504; 505 Abs. 2; 883 Abs. 1; 888

Macht eine Vorkaufsverpflichtete ein Verkaufsangebot für ihr Grundstück, das nach ihrem Tod wirksam angenommen wird (§ 153 BGB), so erlischt eine zugunsten des Vorkaufsberechtigten und Alleinerben der Grundstückseigentümerin bestehende, bedingte Auflassungsvormerkung. Seine Vorkaufsrechtsausübung geht ins Leere.

### Zum Sachverhalt:

Die Erblasserin bot den Kl. mit notarieller Urkunde vom 18. 4. 1996 ihr bebautes Grundstück für einen Preis von 300.000,- DM zum Kauf an. Dieses bis zum 31. 12. 1996 befristete Angebot nahmen die Kl., nachdem die Erblasserin am 19. 9. 1996 verstorben war, durch notariell beurkundete Erklärung vom 17. 12. 1996 an. Für sie wurde am 21. 1. 1997 eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen.

Der Bekl. ist Neffe und Alleinerbe der Erblasserin und als solcher seit 21. 1. 1997 im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen. Die Erblasserin hatte ihm mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16. 12. 1979 ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für das genannte Grundstück zu einem festen Kaufpreis von 200.000,- DM eingeräumt. Aufgrund einer in diesem Vertrag enthaltenen Bewilligung ist für ihn seit 15. 1. 1980 eine „Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Auflassung ...“ im Grundbuch eingetragen.

Mit gleichlautendem Schreiben vom 17. 1. 1997 an den Notar und die Kl. erklärte er, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe.

Die Kl. sind der Ansicht, das Vorkaufsrecht des Bekl. sei durch „Konfusion“ erloschen und haben beantragt, ihn zur Bewilligung der Löschung seiner Auflassungsvormerkung zu verurteilen. Der Bekl. seinerseits verlangt von den Kl. widerlegend die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das LG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das OLG hat dagegen unter Abweisung der Klage der Widerklage entsprochen. Dagegen wendet sich die Revision der Kl., deren Zurückweisung der Bekl. beantragt.

### Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I. (...)

II. Das Berufungsgericht verkennt, daß der Fall unmittelbar nichts mit dem Problem der Konfusion, d.h. dem Erlöschen einer Schuld durch Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner zu tun hat. Eingeräumt hatte die Erblasserin dem Bekl. ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht (§ 504 BGB). Nicht dieses Vorkaufsrecht (Recht zur Ausübungserklärung nach § 505 BGB) ist – wie das Berufungsgericht teilweise ungenau ausführt – durch die Vormerkung abgesichert, sondern der erst durch die Ausübungserklärung entstehende Anspruch aus dem Kaufvertrag (§ 505 Abs. 2 BGB) auf dingliche Rechtsänderung, nämlich auf Übereignung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB), wie es auch die Grundbucheintragung zutreffend wiedergibt. Nur dieser künftige oder bedingte Anspruch war überhaupt vormer-

kungsfähig (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB), und zwar schon mit Schutzwirkung vom Zeitpunkt der Vormerkungseintragung an (vgl. BGH NJW 1981, 446, 447). Geltend gemacht werden kann diese Schutzwirkung allerdings erst mit der Entstehung eines entsprechenden Auflassungsanspruchs (Senat, a.a.O.). Dieser Anspruch ist hier jedoch nicht entstanden und konnte demgemäß auch nicht durch sog. Konfusion erlöschen. Der Bekl. hat seine Ausübungserklärung am 17. 1. 1997 abgegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt hätte frühestens ein Kaufvertrag zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten nach den Bedingungen des sog. Drittkaufs zustande kommen können (§ 505 Abs. 2 BGB), aus dem sich dann der durch Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch ergeben hätte. Im maßgeblichen Zeitpunkt war die Erblasserin jedoch schon gestorben, der Bekl. ihr Alleinerbe und Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks (§ 1922 Abs. 1 BGB). Mit sich selbst konnte der Bekl. aber keinen Kaufvertrag zustande bringen, weil der Entstehungstatbestand für jeden Vertrag Personenverschiedenheit voraussetzt. Die Ausübungserklärung kann auch nur wirksam gegenüber dem Verpflichteten erfolgen (§ 505 Abs. 1 S. 1 BGB). Das war der Bekl. selbst (§ 1922 Abs. 1 BGB). Im übrigen wäre ein solcher Vertrag auch auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet (§ 306 BGB), weil er auf Verschaffung von Eigentum zielte, das der Bekl. bereits inne hatte (§ 1922 Abs. 1 BGB). Schon im Ansatz hat der Fall also nichts mit der im Senatsurteil (NJW 1981, 447, 448 = DNotZ 1981, 181) behandelten Konfusionswirkung, nämlich dem Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner hinsichtlich eines bereits bestehenden Anspruchs zu tun, sondern betrifft das vorgelagerte Problem, daß niemand mit sich selbst einen Vertrag abschließen kann. Ins Leere gehen damit die Überlegungen des Berufungsgerichts zur „interessengerechten“ Konfusionswirkung, für die es in dem Urteil des BGH (NJW 1995, 2287 = MittRhNotK 1995, 266) Ansatzpunkte entnehmen will. Auch dieses Urteil betraf im übrigen eine Fallgestaltung, in der bereits vor Vereinigung von Forderung und Schuld ein Dritter ein Recht an der Forderung erworben hatte, d.h. rechtlich geschützte Interessen Dritter es geboten, nicht von einer Konfusion auszugehen (vgl. auch BGH 1981, 447, a.a.O.).

Da die Bedingung des Auflassungsanspruchs (wirksame Vorkaufsausübung) nicht eintrat und auch nicht mehr eintreten kann, ist auch die Vormerkung des Bekl. erloschen (vgl. auch BGHZ 117, 390, 392; BayObLG Rpfleger 1993, 58, 59 m.w.N.). Insoweit ist die Lage nicht anders als bei einem formnichtigen Grundstückskaufvertrag (BGHZ 54, 56, 63 ff.). Dann aber hat der Bekl. aus dieser Vormerkung gegen die Kl. auch keinen Hilfsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB, weil dieser voraussetzt, daß irgendwann ein Primäranspruch auf Übereignung entstanden ist, der durch Vormerkung hätte gesichert werden können. Das entspricht dem für die Vormerkung geltenden Akzessorietätsprinzip (h.M., vgl. z.B. BGHZ 60, 47, 50; BayObLG Rpfleger 1993, 58, 59; RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 883 BGB, Rn. 6; Staudinger/Gursky, 1996, § 883 BGB, Rn. 16 m.w.N.) und auch der vom Senat vertretenen Meinung, daß eine zu Lasten des jeweiligen Grundstückseigentümers vereinbarte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht durch Vormerkung gesichert werden kann (vgl. BGH NJW 1966, 1656, 1657 = DNotZ 1967, 136).

Allgemeine Billigkeitsüberlegungen, etwa des Inhalts, der Bekl. könne nicht deshalb schlechter gestellt werden, weil er „die Verkäuferin“ des Grundstücks beerbt habe, können an diesem Ergebnis nichts ändern. Auch von seinem eigenen Standpunkt aus übersieht der Bekl. nämlich folgendes: Derjenige Kaufvertrag, den er als Auslöser seines Vorkaufsrechts ansieht (sog. Vorkaufsfall) besteht nicht – wie dies § 504 BGB voraussetzt – mit einem Dritten, sondern mit ihm als Erben der das Angebot abgebenden Erblasserin. Deren Angebot überdauerte ihren Tod (§ 153 BGB), die Annahmeerklärung der Kl. führte zu einem Vertragsabschluß unmittelbar mit dem Bekl.

Ob eine solche Fallgestaltung ihn überhaupt berechtigen könnte, sein Vorkaufsrecht auszuüben, mag dahinstehen. Die Vorkaufsausübung würde jedenfalls nach ganz einhelli-

ger Auffassung den sog. Drittkauf nicht berühren (vgl. RGZ 121, 137, 138; RGRK/Mezger, 12. Aufl., § 505 BGB, Rn. 7; MünchKomm/Westermann, 3. Aufl., § 505 BGB, Rn. 5 und 10; Palandt/Putzo, 58. Aufl., vor § 504 BGB, Rn. 8; Soergel/Huber, 12. Aufl., § 505 BGB, Rn. 25; Staudinger/Mader, 1995 § 504 BGB, Rn. 38 und 39). Der Bekl. bleibt an diesen mit ihm selbst abgeschlossenen Vertrag auch nach der Vorkaufsausübung gebunden. Daran kann selbst die Tatsache nichts ändern, daß die Kl. den Vertrag in Kenntnis des Vorkaufsrechts und der für den Bekl. eingetragenen Vormerkung abgeschlossen haben. Entgegen einer verbreiteten Übung enthält dieser Vertrag keine Rücktrittsklausel oder eine ähnliche Sicherung für den Fall der Vorkaufsausübung (vgl. § 506 BGB; Palandt/Putzo, 58. Aufl., vor § 504 BGB, Rn. 8). Dies kann ihm auch im Wege der Auslegung (vgl. dazu einerseits MünchKomm, a.a.O., § 505 BGB, Rn. 10; andererseits Staudinger/Mader, a.a.O., § 504 BGB, Rn. 39) nicht entnommen werden. Vielmehr verpflichtet dieser Vertrag den Verkäufer (= Bekl.) entsprechend dem Angebot der Erblasserin ausdrücklich, die in Abteilung II eingetragene Vormerkung (d.h. die zugunsten des Bekl.) zur Löschung zu bringen und demgemäß das Grundstück den Kl. lastenfrei zu übereignen (§ 7 Abs. 1 des Vertrages). Demgemäß wird im Vertrag bereits die Löschung dieser Vormerkung beantragt (§ 9 Abs. 1 des Vertrages). Ist der Bekl. aber an diesen Vertrag gebunden, dann schuldet er den Kl. die Auflassung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB) und zwar unter Löschung seiner eigenen Vormerkung. Dafür erhält er auch den Kaufpreis. Seine Vormerkung könnte allenfalls die Wirkung haben, sein Vorkaufsrecht durchzusetzen, d.h. den Vollzug jenes – aus der Sicht des Bekl. wohl fingierten – zweiten Vertrages (vgl. § 505 Abs. 2 BGB; BGH WM 1996, 794, 795 = DNotZ 1996, 983) zu gewährleisten. Sie könnte ihm aber nicht dazu verhelfen, sich seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag mit den Kl. zu entledigen, und zwar genauso wenig wie dies die Erblasserin hätte tun können, wäre der Vertrag noch zu ihren Lebzeiten mit ihr zustande gekommen.

Der Bekl. kann die Übereignung des Grundstücks an die Kl. auch nicht mit der Begründung verweigern, er sei zugleich Vorkaufsberechtigter und daraus ergebe sich eine Rangfolge der Vertragserfüllung. Eine solche existiert im Vorkaufsfall grundsätzlich nicht, vielmehr stehen die beiden Kaufverträge, nämlich der sog. Drittkauf und der durch die Ausübungserklärung zustande gekommene Vertrag (§ 505 Abs. 2 BGB) – sofern sich ein solcher hier überhaupt annehmen ließe – selbständig nebeneinander. Anders wäre es nur dann, wenn sich die Vorkaufsausübung als Vertragseintritt des Vorkaufsberechtigten darstellte. Diese Auffassung wird aber nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung zu Recht abgelehnt (vgl. z.B. RGZ 121, 137, 138; BGHZ 67, 395, 397 m.w.N. = DNotZ 1977, 31 = MittRhNotK 1977, 345; BGH, Urt. v. 28. 11. 1962, VIII ZR 236/61; LM § 505 BGB Nr. 4). Ob sich eine solche Rangfolge dann ergeben könnte, wenn die Kl. den Kaufvertrag noch zu Lebzeiten der Erblasserin abgeschlossen hätten, der Bekl. sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hätte und dann Erbe der Verkäuferin geworden wäre, kann offenbleiben, da eine solche Fallgestaltung hier nicht vorliegt.

(...)

### 3. Liegenschaftsrecht – Teilvollzug einer Löschungsbewilligung

(LG Chemnitz, Beschluß vom 3. 7. 2000 – 12 T 2684/00 – mitgeteilt von Notar Dr. Dieter Stöhr, Zülpich)

#### GBO § 19

BGB §§ 875; 1168; 1175 Abs. 1 S. 2; 1192 Abs. 1

In einer Löschungsbewilligung des Grundbuchgläubigers zu einer Gesamtgrundschuld kann bezüglich eines Grundstücks auch ein Teilverzicht gemäß § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB gesehen werden.

(Leitsatz nicht amtlich)



## **Zum Sachverhalt:**

Der Notar beantragte unter Überreichung der beglaubigten Fotokopie der Löschungsbewilligung die Löschung des Rechts in Abteilung III, lfd. Nr. 1, des Grundbuches.

Die Rechtspflegerin hat mit Zwischenverfügung folgende Eintragungshindernisse mitgeteilt:

Da nur die Pfandfreigabe dieses einzelnen Blattes und nicht die Löschung der Grundschuld in sämtlichen belasteten Blättern eingetragen werden soll, würde es sich hierbei nur um einen Teilvollzug der vom Gläubiger angegebenen Bewilligung handeln. Eine dem Eigentümer vom Gläubiger bereits früher erteilte, aber noch nicht vollzogene Löschungsbewilligung ersetzt die Pfandfreigabeerklärung des Gläubigers jedoch nicht. Die Löschungsbewilligung ist Grundbuchverfahrenserklärung zur Gesamtaufhebung des Rechts. Als solche schließt sie die Bewilligung der Eintragung eines Verzichts nicht ein. Sie ermöglicht auch nicht einen Teilvollzug.

Der Notar hat Erinnerung gegen diese Zwischenverfügung eingelegt.

Die Rechtspflegerin hat mit Beschluss der Erinnerung nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht vorgelegt.

## **Aus den Gründen:**

Die Erinnerung ist als Beschwerde zu behandeln und zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO). In der Sache hat diese Erfolg.

(...)

In einer Löschungsbewilligung des Grundbuchgläubigers zu einer Gesamtgrundschuld kann bezüglich eines Grundstücks auch ein Verzicht gem. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB gesehen werden (vgl. KG JW 1937, 1553, OLG München JFG 23, 322, MünchKomm zum BGB, 2. Aufl., Rz. 5 zu § 1175); ob die Löschungsbewilligung so ausgelegt werden kann, ist eine Frage des Einzelfalles. Als verfahrensrechtliche Erklärung ist eine Eintragungsbewilligung, auch eine Löschungsbewilligung, auslegungsfähig. Für die Auslegung gilt § 133 BGB entsprechend, wobei jedoch zu beachten ist, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungunterlagen der Auslegung durch das GBA Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt daher nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. Demharter, (21. Aufl., Rz. 28 zu § 19 GBO m.w.N.).

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist die Erklärung der Gläubigerin auch als Teil Löschungsbewilligung für das hier genannte Grundstück auszulegen. Die Kammer tritt der Entscheidung des OLG Hamm Rpfleger 1998, 511 bei und verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Gründe dieser Entscheidung. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, der dieser Auslegung entgegensteht. Die Bedenken, die in Bezug auf die Auslegung eines Gesamtverzichts als Teilverzicht angeführt werden, greifen nicht, da hier ausdrücklich eine Löschungsbewilligung erteilt worden ist. Es besteht keine Grundlage für die Annahme, es habe ein Gesamtverzicht erklärt werden sollen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Grundschuld tatsächlich auf den Eigentümer eines mithaftenden Grundstückseigentümers übergegangen ist.

Die Zwischenverfügung war daher, soweit vorgelegt, aufzuheben und die Sache zur weiteren Bearbeitung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer an das GBA zurückzugeben.

## **4. Familienrecht – Zahlungspflichten aus Vertrag über nichteheliche Lebensgemeinschaft**

(OLG Hamm, Urteil vom 2. 5. 2000 – 29 U 11/99 – nicht rechtskräftig)

**BGB §§ 242; 516 ff.; 1570; 1579**

**WährG § 3**

**PaPKG § 2**

- 1. Die vertragliche Verpflichtung zu einer Ausgleichszahlung an die nichteheliche Lebensgefährtin wegen Aufgabe der Berufstätigkeit aus Anlaß der Geburt eines gemeinsamen Kindes ist nicht als unentgeltliche Zuwendung i.S.d. § 516 BGB zu sehen.**
- 2. Die spezifischen Bemessungskriterien des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zwischen getrennt lebenden oder geschiedenen Eheleuten können auf eine vertragliche Unterhaltsregelung zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur kraft privat-autonomer Übernahme Anwendung finden.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

## **Zum Sachverhalt:**

Die Parteien haben seit 1981 in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt. Sie haben zwei gemeinsame Kinder, und zwar die 1985 geborene L. und die 1989 geborene H. Im April 1994 ist der Bekl. aus dem gemeinsam bewohnten Haus der Kl. ausgezogen. Die Kl. geht von einer endgültigen Trennung im Jahr 1995 aus. In einem „Vertrag über unsere nichteheliche Lebensgemeinschaft“, der das Datum des 15. 11. 1994 trägt, aber in Teilen unstreitig schon früher konzipiert worden ist, verpflichtete sich der Bekl. zu Unterhaltszahlungen für die Kinder sowie zu Ausgleichszahlungen und der Einrichtung einer Lebensversicherung für die Kl. Wegen der Verpflichtung zur Ausgleichszahlung und der Einrichtung einer Lebensversicherung nimmt die Kl. den Bekl. mit der Klage in Anspruch.

Das LG hat der Klage zum Teil stattgegeben. Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Bekl.

## **Aus den Gründen:**

I. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Der Bekl. ist jedenfalls im titulierten Umfang zu den auf dem Vertrag vom 15. 11. 1994 gestützten Zahlungen verpflichtet.

II. 1. Der Vertrag ist nach Maßgabe der §§ 145 ff. BGB wirksam zustande gekommen. Die Urkunde ist als Ergebnis längerer Verhandlungen dem Bekl. zur Unterzeichnung vorgelegt worden. Mithin war die Kl. die Offerentin, und der Bekl. hat ihr Angebot mit der Unterzeichnung angenommen. Ob die Kl. ihrerseits die Vertragsurkunde zeitnah oder – wie der Bekl. meint – wesentlich später unterzeichnet hat, ist für das Zustandekommen i.S. der vertraglichen Einigung unerheblich. Die vom Bekl. unterzeichnete Urkunde ist der Kl. unstreitig zugegangen, bevor der Bekl. eine evtl. als Widerruf zu deutende Erklärung abgegeben hat (§ 130 Abs. 1 BGB). Soweit der Vertrag nach Maßgabe des § 127 BGB der Schriftform bedurfte, ist die Form durch die unstreitige Unterzeichnung beider Parteien gewahrt.

2. Der Vertrag ist nicht wirksam angefochten worden. Eine Unterzeichnung unter Drohung i.S.v. § 123 BGB, auf die allein der Bekl. sich beruft, ist nicht hinreichend dargetan, jedenfalls aber nicht unter Beweis gestellt.

(...)

Der Vertrag vom 15. 11. 1994 ist auch nicht wegen fehlender notarieller Beurkundung nach §§ 518, 125 BGB formnichtig. Der Bekl. hat sich nicht zu einer Schenkung verpflichtet, sondern zu einer Ausgleichszahlung wegen der Aufgabe der Berufstätigkeit der Kl. aus Anlaß der Geburt des zweiten Kindes, was auch vom BGH nicht als unentgeltliche Zuwendung i.S.d. § 516 BGB angesehen wird (vgl. BGH NJW 1986, 374, 375 = MittRhNotK 1986, 18). Damit kommt auch kein Widerruf wegen groben Undanks nach Maßgabe des § 530 BGB in Betracht.

Die vertragliche Verpflichtung zur Ausgleichszahlung war nicht nach § 3 WährG wegen der an die Steigerung der gesetzlichen

Altersrenten geknüpften Anpassungsklausel genehmigungsbedürftig. An dieser Rechtslage hat sich durch der Ersetzung des WährG durch das Preisangaben- und Preisklauselgesetz am 1. 1. 1999 nichts geändert (vgl. Palandt/Heinrich, § 245 BGB, Rn. 26).

3. Die Ausgleichszahlungspflicht war nicht auf die Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft befristet. Eine allgemeine Auslegungsregel dieses Inhalts gibt es nicht (BGH NJW 1986, 374 = MittRhNotK 1986, 18). Der vorliegende Vertrag gibt dafür auch nichts her, vielmehr sprechen die eindeutig trennungsbezogenen Regelungen eher für das Gegenteil. Daß die Ausgleichszahlung schon Gegenstand eines Vertragsentwurfes war, der eine Regelung für die laufende Lebensgemeinschaft treffen sollte, steht dem nicht entgegen. Die Regelung ist erst in Kraft gesetzt worden, als die Trennung bereits vollzogen oder jedenfalls mit ihr zu rechnen war. Ausweislich seines Schreibens an die Kl. hat der Bekl. den Vertrag auch als Regelung für den Trennungsfall verstanden und als solche erörtert.

4. Der Bekl. kann dem Anspruch der Kl. auf die laufenden Zahlungen auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, wegen verminderter Bedarfs der Kl. und seiner verminderten Leistungsfähigkeit sei die Geschäftsgrundlage zum Wegfall gekommen. Der Bekl. beruft sich damit auf die spezifischen Bemessungskriterien des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zwischen getrennt lebenden oder geschiedenen Eheleuten, die auf eine vertragliche Unterhaltsregelung zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur kraft privatautonomer Übernahme Anwendung finden können. Dafür bietet die vorliegende Regelung keinen Ansatz. Sie ist schon nicht als Unterhaltsregelung bezeichnet worden, etwa dafür, daß die Kl. wegen der Kinderbetreuung nicht in der Lage war und ist, den notwendigen oder angemessenen Unterhalt zu verdienen, sondern als Ausgleichszahlung für die Aufgabe der Berufstätigkeit zugunsten der Kinderbetreuung, die nicht nur den zeitweiligen Verlust des beruflichen Einkommens zur Folge hat, sondern weitere Nachteile in der beruflichen Entwicklung, die auch durch spätere Wiederaufnahme der Berufstätigkeit in der Regel nicht mehr ausgeglichen werden können.

Daß die Ausgleichszahlung auch nicht stillschweigend von dem mehr oder weniger unveränderten Bedarf der Kl. abhängig gemacht worden ist, ergibt sich zum einen daraus, daß lediglich eine kontinuierliche Anspruchserhöhung geregelt worden ist. Im übrigen hat der Bekl. erläutert, daß der Ausgangsbetrag seinerzeit allein daran orientiert worden ist, daß das etwa der hälftige Betrag des ihm verbleibenden „freien“ Einkommensüberschusses war, den er mit der Kl. teilen wollte. Es kann also nicht auf die veränderten Einkommensverhältnisse der Kl. abgestellt werden, ganz abgesehen davon, daß eine wesentliche Veränderung gar nicht ersichtlich ist.

Ebenso wenig ergibt die vertragliche Regelung einen Anhalt dafür, daß Schwankungen im Einkommen des Bekl. Einfluß auf die Höhe der Ausgleichszahlung haben sollten. Dazu boten schon der relativ geringe monatliche Zahlungsbetrag und die Vermögenslage des Bekl. keinen Anlaß. Wie bereits erwähnt, haben die Parteien ausdrücklich nur eine zwar geringfügige, aber kontinuierliche und bedingungslose Steigerung des Zahlungsbetrages geregelt. Der Bekl. hat sich also zu einer Geldschuld in der Form einer wiederkehrenden Leistung verpflichtet, die wie alle Geldschulden von der Leistungsfähigkeit unabhängig ist. Das erscheint im vorliegenden Fall auch deshalb nicht unbillig, weil der Kl. wesentliche Veränderungen seiner Leistungsfähigkeit immerhin beim Kindesunterhalt geltend machen kann. Für den Anspruch der Kl. kommt es darauf also nicht an, aber auch insoweit ist zweifelhaft, ob die Darlegungen des Bekl. bei Anwendung der Bemessungsgrundsätze des gesetzlichen Unterhaltsrechts eine Herabsetzung des an die Kl. zu zahlenden Betrages rechtfertigen würden.

Ob die Verpflichtung des Bekl. zur Zahlung auf den im Vertrag geregelten Ausgleichsanspruch nach Maßgabe der von der Rspr. zu § 1570 BGB entwickelten Grundsätze befristet ist, be-

darf keiner Erörterung, weil zwischen den Parteien die fortdauernde Betreuungsbedürftigkeit der 14 und 11 Jahre alten Mädchen im allgemeinen und ein gesteigerter Betreuungsbedarf der Jüngeren wegen ihrer Lernschwierigkeiten unstreitig gewesen sind.

5. Der Zahlungsanspruch der Kl. ist auch nicht verwirkt. Bei der angesprochenen Verwirkung „analog“ § 1579 BGB handelt es sich um eine spezielle Regelung für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch, die auf den vorliegenden Vertragsanspruch nicht übertragbar ist. Das ergibt sich schon daraus, daß § 1579 BGB Ausfluß der Nachwirkungen der ehelichen Solidaritätspflicht ist. Außerdem spielen bei der Beurteilung der groben Unbilligkeit spezifische Kriterien des gesetzlichen Unterhaltsrechts, wie z.B. die Betroffenheit von Kindern, eine Rolle. Im Verhältnis der Parteien zueinander kann allein die Verletzung von Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 15. 11. 1994 zu Sanktionen führen, und auch dann nur nach den Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts.

(...)

Dasselbe gilt für das vom Kl. geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht, so daß dahinstehen kann, ob es schon wegen der Natur des „Anspruchs“ auf Umgang ausgeschlossen ist. Jedenfalls ist das Umgangsrecht mit den Kindern aber kein „fälliger Anspruch“ i.S.d. § 273 BGB. Zum Wesen eines Zurückbehaltungsrechts gehört grundsätzlich auch seine Abwendbarkeit durch Sicherheitsleistung (§ 273 Abs. 3 BGB), die bei der vorliegenden Konstellation ausscheidet.

6. Die titulierten Zahlungen sind auch hinsichtlich des Monatsbetrages nicht zu beanstanden. Das LG ist den in erster Instanz unwidersprochenen Angaben der Kl. zur prozentualen Rentenanpassung gefolgt, die der Bekl. ohne weiteres nachrechnen könnte, da die Rentenerhöhungssätze allgemein zugänglich sind. Sein einfaches Bestreiten ist also unerheblich. Im übrigen ergibt sich aus den veröffentlichten Festsetzungen der Rentenwerte durch die Rentenanpassungsverordnung von 1995, 1996 und 1997, daß die von der Kl. zugrunde gelegten Prozentsätze die gesetzliche Rentenanpassung nicht übersteigen.

## **5. Familienrecht – Verbrauch des Namensbestimmungsrechts für später adoptierte Kinder von Ehegatten ohne gemeinsamen Ehenamen**

(OLG Hamm, Beschluß vom 14. 9. 2000 – 15 W 270/00 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten)

### **BGB §§ 1617 Abs. 1; 1757 Abs. 2 S. 1; 1772 Abs. 1 lit. d**

- 1. Es bleibt offen, ob ein Antrag auf Ausspruch einer Minderjährigenadoption im Beschwerdeverfahren als Antrag auf Ausspruch einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption gem. § 1772 Abs. 1 lit. d. BGB fortgeführt werden kann.**
- 2. Haben Ehegatten, die keinen gemeinsamen Ehenamen führen, für ein in der Ehe geborenes Kind den Geburtsnamen bestimmt (§ 1617 Abs. 1 BGB), so erstreckt sich die Bindungswirkung dieser Namensbestimmung gem. § 1757 Abs. 2 S. 1 BGB auch auf Kinder, die zeitlich später durch Adoption die Rechtsstellung gemeinschaftlicher Kinder der Ehegatten erlangen. Die Fortführung des früheren Geburtsnamens durch adoptierte Kinder ist deshalb auch in diesem Zusammenhang ausgeschlossen.**
- 3. Ein Antrag, der erkennbar auf den Ausspruch einer Adoption mit Rechtsfolgen gerichtet ist, die nach dem Gesetz ausgeschlossen sind, ist zurückzuweisen.**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Bet. zu 4) ist mit dem Bet. zu 3) verheiratet; die Ehegatten führen keinen gemeinsamen Ehenamen. Aus dieser Ehe ist das



Kind R. hervorgegangen, für das die Eltern als Geburtsnamen den von dem Bet. zu 3) geführten Familiennamen „W“ bestimmt haben. Die Bet. zu 1) und 2) sind die Kinder der Bet. zu 4) aus ihrer ersten Ehe mit Herrn K., die geschieden wurde; die elterliche Sorge für die Bet. zu 1) und 2) wurde der Bet. zu 4) übertragen.

Der Bet. zu 3) hat zu notarieller Urkunde beantragt, die Annahme der Bet. zu 1) und 2) als seine Kinder auszusprechen (Stiefkindadoption). In derselben Urkunde hat die Bet. zu 4) ihre Einwilligung zu der Kindesannahme zugleich in ihrer Eigenschaft als Mutter wie auch als gesetzliche Vertreterin der Bet. zu 1) und 2) erklärt. Der Vater der Bet. zu 1) und 2) hat in notarieller Erklärung in deren Adoption durch den Bet. zu 3) eingewilligt. In einer Ergänzungsverhandlung haben die Bet. zu 3) und 4) erklärt, von ihrem Namensbestimmungsrecht dahin Gebrauch machen zu wollen, daß die Bet. zu 1) und 2) auch nach der Annahme weiterhin den Geburtsnamen „M“ tragen sollen. (...)

Das AG hat durch Beschluß den Antrag des Bet. zu 3) auf Ausspruch der Kindesannahme zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß hat der Bet. zu 3) Beschwerde eingelegt. Während des Erstbeschwerdeverfahrens ist der Bet. zu 1) volljährig geworden. Das LG hat durch Beschluß die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 3).

#### Aus den Gründen:

(...)

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG).

(...)

Verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden ist, daß das LG – wenn auch ohne nähere Erörterung – dem Umstand, daß der Bet. zu 1) während des Erstbeschwerdeverfahrens volljährig geworden ist, nicht die Bedeutung eines Verfahrenshindernisses für eine Sachentscheidung über den Antrag auf Ausspruch der Annahme beigemessen hat, soweit er den Bet. zu 1) betrifft. Allerdings ist der Antrag des Bet. zu 3) auf eine Minderjährigenadoption gerichtet, dem nach dem Adoptionsrecht in der bis zum 30. 6. 1998 geltenden Fassung nach Erreichen der Volljährigkeit des Anzunehmenden nicht mehr entsprochen werden konnte, weil die Volljährigenadoption mit anderen Wirkungen verbunden ist als die Minderjährigenadoption (BayObLG FamRZ 1996, 1034; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 768; Liermann FamRZ 1997, 112, 113; Palandt/Diederichsen, 59. Aufl., § 1752 BGB, Rn. 4). Mit Wirkung zum 1. 7. 1998 hat das KindRG § 1772 Abs. 1 BGB um eine ergänzende Regelung in Buchstabe d) erweitert. Danach kann das Vormundschaftsgericht beim Ausspruch der Annahme eines Volljährigen bestimmen, daß sich die Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen bestimmen, wenn der Anzunehmende in dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Annahme bei dem Vormundschaftsgericht eingereicht wird, noch nicht volljährig ist. Erforderlich ist in diesem Fall ein auf den Ausspruch einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption gerichteter Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden (§§ 1768 Abs. 1 S. 1, 1772 Abs. 1 BGB). Diese Vorschrift geht auf eine Anregung des Bundesrates zurück (BT-Drucksache 13/4899 S. 158), der vorgeschlagen hat, als maßgeblichen Zeitpunkt für den Ausspruch einer originären Minderjährigenadoption auf das Lebensalter des Anzunehmenden zum Zeitpunkt des Eingangs des Antrages bei dem Vormundschaftsgericht abzustellen. Die jetzige Fassung des Gesetzes beruht auf einem Beschluß des Rechtsausschusses des Bundestages (BT-Drucksache 13/8511 S. 22), der dem genannten Anliegen durch eine Ergänzung der bestehenden gesetzlichen Regelung in § 1772 Abs. 1 BGB Rechnung getragen hat, ohne daß sich in den Voraussetzun-

gen und Wirkungen einer so ausgesprochenen Adoption maßgebliche Unterschiede gegenüber einer originären Minderjährigenadoption ergäben (Soergel/Liermann, 13. Aufl., § 1772 BGB, Rn. 6). Der Zweck der gesetzlichen Änderung besteht ersichtlich darin, einen Adoptionsausspruch mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption auch dann zu ermöglichen, wenn der bei Antragseingang minderjährige Anzunehmende während der von ihm nicht zu beeinflussenden Dauer des Verfahrens die Volljährigkeit erreicht. Deshalb ist es ausgeschlossen, den Antrag auf Ausspruch der Annahme allein aus diesem Grund als unzulässig zu behandeln. Dem Ast. muß vielmehr zumindest durch einen Hinweis die Möglichkeit gegeben werden, die im Hinblick auf die eingetretene Volljährigkeit erforderlichen Anträge des Annehmenden und des Anzunehmenden zu stellen, wobei der Senat (ebenso wie Soergel/Liermann a.a.O.) offenlassen kann, ob eine solche Antragstellung ausschließlich bei dem AG möglich ist – mit der Folge einer notwendigen Zurückverweisung der Sache an das AG (so OLG Karlsruhe a.a.O.) – oder ob ein in die Beschwerdeinstanz gelangtes Verfahren auf Ausspruch einer Minderjährigenadoption in zweiter Instanz als ein solches auf Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption gem. § 1772 Abs. 1 lit. d BGB) fortgeführt werden kann. Im vorliegenden Fall bedurfte es eines solchen Hinweises nicht, weil dem Adoptionsantrag aus anderen Gründen nicht entsprochen werden kann. In dieser Hinsicht hält die Entscheidung des LG auch in der Sache rechtlicher Nachprüfung stand.

Rechtlich zutreffend hat die Kammer ausgeführt, die Bet. zu 3) und 4) seien rechtlich gehindert, den bisherigen Geburtsnamen „M“ der Bet. zu 1) und 2) zugleich als den Geburtsnamen zu bestimmen, den sie mit dem Wirksamwerden der Annahme zu tragen haben. Nach § 1757 Abs. 1 S. 1 BGB erhält das Kind als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden. Das FamNamRG hat die Vorschrift des § 1757 BGB in Abs. 2 ergänzt, um für den Fall der gemeinsamen Adoption durch Ehegatten bzw. der hier vorliegenden Stiefkindadoption der neu geschaffenen Möglichkeit Rechnung zu tragen, daß die Ehegatten keinen gemeinsamen Ehenamen führen. Parallel zu der Vorschrift des § 1617 Abs. 1 BGB (in der Fassung durch das KindRG), die die in der Ehe geborenen Kinder betrifft, räumt § 1757 Abs. 2 S. 1 HS 1 BGB den Ehegatten das Recht ein, den Geburtsnamen des angenommenen Kindes zu bestimmen, und zwar durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht, die vor dem Ausspruch der Annahme zu erfolgen hat. HS 2 der Vorschrift verweist für diese Namensbestimmung auf die entsprechende Geltung des § 1617 Abs. 1 BGB. Die Verweisung schließt damit auch die entsprechende Anwendung des § 1617 Abs. 1 S. 3 BGB ein. Danach gilt die von den Eltern getroffene Namensbestimmung auch für ihre weiteren Kinder. Das Namensbestimmungsrecht der Eltern ist also mit seiner erstmaligen Ausübung verbraucht. Alle gemeinsamen Kinder dieser Eltern haben zwingend denselben Geburtsnamen zu tragen.

Die entsprechende Anwendung des § 1617 Abs. 1 S. 3 BGB auf das Namensbestimmungsrecht im Rahmen des § 1757 Abs. 2 S. 1 BGB führt somit zu der zwingenden Schlußfolgerung, daß die zeitlich zurückliegende Ausübung des Namensbestimmungsrechts für ein in der Ehe geborenes Kind (hier für das Kind R.) das Bestimmungsrecht auch für die zeitlich später erfolgende Stiefkindadoption verbraucht. So läßt die Begründung zum Regierungsentwurf des FamNamRG (BT-Drucksache 12/3163 S. 18) erkennen, daß die Verweisung in § 1757 Abs. 1 S. 1 HS 2 BGB auch die Bindung an eine erfolgte Namensbestimmung der Ehegatten in § 1616 Abs. 2 S. 3 BGB des damaligen Entwurfs (jetzt § 1617 Abs. 1 S. 3 BGB in der Fassung durch das KindRG) einschließen soll. Im weiteren Verlauf der Begründung ist dann allerdings ausdrücklich nur die Fallkonstellation angesprochen, daß die Namensbestimmung für ein angenommenes Kind Bindungswirkung für weitere gemeinsame Kinder der Ehegatten auslöst. Daraus kann indessen entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde nicht

geschlossen werden, die Bindungswirkung der erfolgten Namensbestimmung sei nur eine einseitige, eine für ein in der Ehe geborenes Kind vorgenommene Bestimmung gelte nicht für später angenommene Kinder, insbesondere wenn diese Lebensälter als das in der Ehe geborene Kind seien. Vielmehr entspricht es in der Lit. einhelliger Auffassung, daß die Bindungswirkung der erfolgten Namensbestimmung für alle denkbaren Fallgestaltungen des Aufeinanderfolgens der Geburt und der Adoption gemeinschaftlicher Kinder der Ehegatten anzunehmen ist (Soergel/Liermann, a.a.O., § 1757 BGB, Rn. 6 a; Palandt/Diederichsen, 59. Aufl., § 1617 BGB, Rn. 5; Wagenitz/Bornhofen, FamNamRG, § 1757 BGB, Rn. 6).

Diese Gleichbehandlung beider Fallkonstellationen leitet sich zwingend aus dem Grundgedanken der mit dem AdoptG vom 2. 7. 1976 eingeführten Volladoption Minderjähriger ab. Ziel der Volladoption ist es, die Eingliederung des angenommenen Kindes in die Familie des Annehmenden und die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses durch eine vollständige rechtliche Gleichstellung des angenommenen mit anderen Kindern im Rahmen des Familienverbandes des Annehmenden zu fördern (BT-Drucksache 7/3061 S. 19, 28). Neben der Lösung der bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse und der Begründung der neuen Verwandtschaftsbeziehung – die Bet. zu 1) und 2) erlangen durch den Ausspruch der beantragten Annahme die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Bet. zu 3) und 4), § 1754 Abs. 1 BGB – ist die Anpassung des Kindesnamens an den Familiennamen des Annehmenden eine selbstverständliche Folge der Volladoption. Das angenommene Kind soll denselben Geburtsnamen tragen wie seine Geschwister (BT-Drucksache 7/3061 S. 45; Soergel/Liermann, a.a.O., § 1757 BGB, Rn. 1). Folge der rechtlichen Gleichstellung ist somit, daß der durch die Vorschrift des § 1617 Abs. 1 S. 3 BGB zwingend vorgeschriebene Grundsatz der Gleichheit der Geburtsnamen aller gemeinschaftlicher Kinder derselben Ehegatten sich auch auf diejenigen Kinder erstreckt, die durch Adoption in den Familienverband des Annehmenden und seines Ehegatten eintreten. Später angenommene Kinder müssen deshalb die anderweitig bereits eingetretene rechtliche Bindung für die Bestimmung des Geburtsnamens aller Kinder in dieser Ehe hinnehmen.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die die weitere Beschwerde gegen den sich aus § 1757 Abs. 1 und 2 BGB für die Bet. zu 1) und 2) ergebenden Zwang zur Namensanpassung als Folge der Adoption vorträgt, sind nicht begründet. Das Namensrecht ist zwar Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des einzelnen. Der Gesetzgeber ist jedoch zu einer näheren Ausgestaltung des Namensrechts berechtigt und darf dabei auch der gesellschaftlichen Funktion des Namens als Unterscheidungsmerkmal Rechnung tragen. Dazu gehört auch der Zweck, die Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder äußerlich erkennbar zu machen. Diese Grundsätze, die das BVerfG für die Zulässigkeit der gesetzlichen Vorgabe eines gemeinsamen Ehenamens, von Ehegatten hervorgehoben hat (NJW 1988, 1577; NJW 1991, 1602 = DNotZ 1991, 483), gelten in derselben Weise für die Anpassung des Geburtsnamens des adoptierten Kindes als Folge der Annahme (OLG Celle FamRZ 1997, 115; OLG Karlsruhe StAZ 1998, 373; OLG Karlsruhe/Senat Freiburg FGPrax 1999, 58). Denn diese Anpassung dient der Integration des adoptierten Kindes in den Familienverband des Annehmenden und seiner auch nach außen erkennbaren völligen Gleichstellung mit anderen Kindern aus dieser Ehe. Im übrigen hat der Senat bereits in anderem Zusammenhang entschieden (FGPrax 1999, 104 = NJW-RR 1999, 1377 = MittRh-NotK 1999, 246), daß sich auch aus Art. 6 Abs. 1 GG kein Anspruch der Bet. auf eine bestimmte rechtliche Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Adoption ableiten läßt.

Das LG hat unter diesem Gesichtspunkt zu Recht die Zurückweisung des Antrags auf Ausspruch der Annahme bestätigt. Rechtlich bedenklich erscheint zwar die Annahme der Kammer, es fehle an einer nach § 1757 Abs. 2 S. 1 BGB erforderlichen wirksamen Bestimmung des Geburtsnamens der anzunehmen-

den Kinder durch die Bet. zu 3) und 4). Denn eine solche Namensbestimmung scheidet hier aus den dargestellten Gründen bereits deshalb aus, weil die von den Bet. zu 3) und 4) nach der Geburt ihres Kindes R. getroffene Bestimmung für die Namensanpassung der Bet. zu 1) und 2) als Folge der Annahme bindend ist. Die Zurückweisung ist aber gleichwohl gerechtfertigt, weil der Annahmeantrag des Bet. zu 3) mit seiner Maßgabe zur Namensbildung der anzunehmenden Kinder nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Der Ausspruch einer Annahme, die nach den gesetzlichen Vorschriften zu der Rechtsfolge führt, daß die Bet. zu 1) und 2) als Geburtsname den Namen „W“ zu tragen haben, ist nicht möglich, weil diese Folge von den Bet. erkennbar nicht gewollt ist. Den Bet. darf nicht eine Adoption aufgedrängt werden, deren Rechtsfolgen ihrem Willen nicht entspricht.

## 6. Erbrecht – Erfordernisse eines gemeinschaftlichen Testaments bei Errichtung in getrennten Urkunden vor einem niederländischen Notar

(KG, Beschluß vom 11. 4. 2000, – 1 W 8565/98)

### BGB § 2267

### Niederländ. BW Art. 977

1. Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in getrennten Urkunden setzt voraus, daß die Gemeinschaftlichkeit der Erklärungen nach den allgemeinen Grundsätzen formgerechter Äußerung eines letzten Willens aus beiden Einzeltestamenten selbst wenigstens andeutungsweise nach außen erkennbar ist; es reicht nicht aus, wenn beide Testamente am selben Tag und Ort errichtet worden sind und sich nach Inhalt und Fassung im Wesentlichen gleichen.
2. Bei dem in Art. 977, 1000 des niederländischen B. W. enthaltenen Verbots der Errichtung eines Testaments durch mehrere Personen in derselben Urkunde handelt es sich um eine bloße Formvorschrift. Sie stand daher bei Testamenterrichtung in getrennten Urkunden vor einem niederländischen Notar durch deutsche Ehegatten im Jahre 1936 der Möglichkeit nicht entgegen, eine etwa gewollte Gemeinschaftlichkeit ihrer Erklärungen inhaltlich in geeigneter Weise zum Ausdruck zu bringen.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist als weitere Beschwerde gem. §§ 27, 29 FGG zulässig. In der Sache hat es jedoch keinen Erfolg. Denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einem Rechtsfehler, auf den eine weitere Beschwerde mit Erfolg allein gestützt werden kann (§ 27 Abs. 1 FGG i.V.m. §§ 550 f. ZPO).

(...)

2. In der Sache hat das LG angenommen, die Erblasserin habe mit ihrem Testament vom 27. 11. 1942 ihr früheres Testament vom 14. 2. 1936 wirksam widerrufen und ihren Sohn E. F. M. zu ihrem Alleinerben bestimmt, weil das frühere Testament nicht Bestandteil eines mit ihrem vorverstorbenen Ehemann errichteten gemeinschaftlichen Testaments mit wechselbezüglichen Verfügungen hinsichtlich der darin enthaltenen Einsetzung ihrer Söhne E. F. M. und J. P. M. als Miterben je zur Hälfte sei. Seine diesbezüglichen Erwägungen sind frei von Rechtsfehlern.

a) Gegen die Formgültigkeit der vor einem Notar in den Niederlanden als Einzeltestament errichteten letztwilligen Verfügungen der Erblasserin vom 14. 2. 1936 und 27. 11. 1942 sowie ihres Ehemannes vom 14. 2. 1936 nach Maßgabe des niederländischen Rechts i.V.m. Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB a.F. sind Bedenken weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Die Frage, ob das Testament der Erblasserin vom 14. 2. 1936 zusammen mit dem Testament ihres Ehemannes vom gleichen Tage Bestandteil eines gemeinschaftlichen Testaments der

Ehegatten ist, hat das LG rechtlich zutreffend nach deutschem Recht beurteilt (Art. 24 Abs. 1 EGBGB a.F.).

Schließlich haben sich auch die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testamentes durch das Inkrafttreten des Testamentengesetzes am 4. 8. 1938 nicht geändert. Insoweit wurde durch § 28 Abs. 2 TestG, dem § 2267 BGB in der jetzt geltenden Fassung entspricht, lediglich eine Formerleichterung für deren Errichtung eingeführt (vgl. RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2267 BGB, Rn. 1 ff.; Staudinger/Kanzleiter, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 2265 f. BGB, Rn. 6 f.).

b) Das LG ist weiter von rechtlich zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen, unter denen letztwillige Verfügungen von Ehegatten, die ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Verfügung des anderen auf verschiedenen Papierbögen niedergelegt worden sind, als gemeinschaftliches Testament angesehen werden können. Erforderlich ist nach vom Senat geteilter, heute weitaus überwiegender Auffassung in Rspr. und Lit. in solchem Fall, dass die Gemeinschaftlichkeit der Erklärungen nach den allgemeinen Grundsätzen formgerechter Äußerung eines letzten Willens aus beiden Einzeltestamenten selbst wenigstens andeutungsweise nach außen erkennbar ist; nicht ausreichend ist es, wenn beide Testamente am selben Tag und Ort errichtet worden sind und sich nach Inhalt und Fassung im Wesentlichen gleichen (vgl. BGHZ 9, 113; OLG Frankfurt a.M. OLGZ 1978, 267, 269; OLG Hamm OLGZ 1979, 262, 265 f.; BayObLG FamRZ 1991, 1485, 1486 und 1993, 240, 241 = DNotZ 1993, 450; Senat, unveröff. Beschlüsse vom 5. 6. 1984 – 1 W 5871/83 – und 17. 10. 1995 – 1 W 7394/94).

Hiervon abzugehen besteht in Kenntnis der Gegenauffassung nach wie vor kein Anlass, die es genügen lassen will, wenn der Wille der Ehegatten zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes allein aus äußeren Umständen hergeleitet werden kann (vgl. – zu auf demselben Papierbogen errichteten Testamenten – OLG Freiburg HEZ 1, 238; OGHbrZ OGHZ 1, 333; Staudinger/Kanzleiter, 13. Aufl. Vorbem. zu §§ 2265 ff. BGB, Rn. 18 ff.; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 4. Aufl., S. 412 f.). Denn bei der erforderlichen Gemeinschaftlichkeit der Erklärungen der Ehegatten (dem Errichtungszusammenhang) handelt es sich um eine Erklärungsform, in der sich der Wille der Ehegatten zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes urkundlich erkennbar verwirklicht haben muss (vgl. die Nachw. zur h. M. sowie MünchKomm/Musielak, 3. Aufl., vor § 2265 BGB, Rn. 10; s.a. zur Testamentsform Senat NJW-RR 1998, 1298).

c) In Bezug auf die in Kopie vorliegenden notariellen Testamente vom 14. 2. 1936 hat das LG rechtsfehlerfrei aus diesen selbst ersichtliche Anhaltspunkte für die Gemeinschaftlichkeit der Errichtung nicht zu entnehmen vermocht, da hierzu ihre Errichtung am selben Tag und Ort und ihr im Wesentlichen übereinstimmender Inhalt nicht ausreichten, während es an jeglicher Bezugnahme auf die Verfügung des jeweils anderen Ehegatten fehlt.

Auch der besondere Umstand, dass die Testamente vor einem niederländischen Notar errichtet worden sind und das niederländische Recht in Art. 977, 1000 BW ein Verbot der Testamenterrichtung durch mehrere Personen in derselben Urkunde enthält, führt vorliegend nicht zu einer anderen Beurteilung.

Es kann dahinstehen, ob das Verbot nach internationalem Privatrecht überhaupt für die Testamenterrichtung durch deutsche Ehegatten vor einem niederländischen Notar galt. Jedenfalls ist das in Art. 977 BW enthaltene Verbot nach herrschender, auch in den Niederlanden vertretener Auffassung als bloße Formvorschrift zu qualifizieren (vgl. Staudinger/Firsching, 12. Aufl., Vorbem. zu Art. 24–26, Rn. 276; Riering/Marck ZEV 1995, 90, 92, je m.w.N.). In ihr kommt unter Formgesichtspunkten zum Ausdruck, dass das niederländische Recht das gemeinschaftliche Testament entsprechend den Vorstellungen des deutschen Rechts nicht kennt, sondern nur die Errichtung selbständiger, von einander unabhängiger Einzelverfügungen

ohne Bindungswirkung (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1963, 2227, 2229 und OLG Hamm NJW 1964, 553, 554). Art. 977 BW betrifft deshalb nicht die hier entscheidungserhebliche Frage, inwieweit Einzeltestamente, die von deutschen Ehegatten in den Niederlanden errichtet worden sind, nach dem gem. Art. 24 Abs. 1 EGBGB a.F. maßgebenden deutschen Recht trotz Errichtung in getrennten Urkunden als gemeinschaftliches Testament anzusehen sind. Eine etwa von den Ehegatten angenommene Notwendigkeit der Einhaltung der Ortsform durch Errichtung von Verfügungen in getrennten Urkunden stand damit der Möglichkeit nicht entgegen, dennoch eine etwa gewollte Gemeinschaftlichkeit ihrer Verfügungen in geeigneter Weise inhaltlich zum Ausdruck zu bringen (vgl. zu diesem Erfordernis beim öffentlichen Testament OLG Dresden JFG 6, 150, 154 f.; MünchKomm/Musielak a.a.O. § 2267 BGB, Rn. 5). Das wäre nach niederländischem Recht, das gemeinschaftliche Testamente mit Bindungswirkung entsprechend den Vorstellungen des deutschen Rechts nicht kennt, für die Wirksamkeit der Einzeltestamente unschädlich, nach dem anzuwendenden deutschen materiellen Erbrecht aber zu beachten gewesen.

Die in den Einzelurkunden fehlende Andeutung eines Errichtungszusammenhangs kann daher auch nicht unter entsprechender Heranziehung der gesetzlichen Regelungen zum Verfolgtestament durch Nachweis eines entsprechenden Willens in sonstiger Weise ersetzt werden. Danach war eine formlos erklärte letztwillige Verfügung gültig, wenn der Erblasser zu ihr durch eine wirkliche oder vermeintliche Todesgefahr veranlasst wurde und ihm die Einhaltung der gesetzlichen Formen nach den Umständen unmöglich oder unzumutbar war (vgl. Lange/Kuchinke a.a.O. S. 375 f.; Staudinger/Baumann, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 2229 ff. BGB, Rn. 38). Denn Art. 977 BW hinderte als bloße Formvorschrift – wie dargelegt – die Ehegatten nicht daran, eine Gemeinschaftlichkeit ihrer Verfügungen in anderer Weise als durch Testamenterrichtung in einer Urkunde zum Ausdruck zu bringen. Soweit ein bloßer Rechtsirrtum der Ehegatten über diese Möglichkeit geltend gemacht wird, wäre dies kein Grund, von der Anwendung der Rechtsgrundsätze über die Voraussetzungen eines gemeinschaftlichen Testamentes abzugehen.

d) Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, dass das LG einen Willen der Ehegatten zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes nicht festzustellen vermocht hat. Seine im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Würdigung ist im Verfahren der weiteren Beschwerde nur daraufhin zu überprüfen, ob das LG den maßgeblichen Sachverhalt gem. §§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB ausreichend erforscht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und dabei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze oder gegen Verfahrensrecht verstoßen und die Anforderungen an die Überzeugungsbildung nicht überspannt oder vernachlässigt hat (vgl. Keidel/Kahl, 14. Aufl., § 27 FGG, Rn. 42, 48). Dagegen kann nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, dass das durch das Tatsachengericht gefundene Auslegungsergebnis nicht das einzig mögliche oder nächstliegende ist. Gem. §§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG i.V.m. § 561 ZPO ist der dem LG vorliegende Sachverhalt auch allein Gegenstand der rechtlichen Nachprüfung und kann neues tatsächliches Vorbringen im Verfahren der weiteren Beschwerde keine Berücksichtigung finden.

Der angefochtene Beschluss lässt solche Rechtsfehler nicht erkennen. Insbesondere widerspricht es nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, wenn das LG weder aus dem Umstand, dass die Ehegatten bei Errichtung der Testamente im Jahre 1936 bereits in vorgerücktem Alter und viele Jahre verheiratet waren, noch aus der besonderen Situation ihrer Emigration in die Niederlande einen Willen der Ehegatten zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes hergeleitet hat. Denn gerade unter Berücksichtigung der Ungewissheit der damaligen politischen Verhältnisse muss es als ebenso wahrscheinlich, wenn nicht sogar näherliegend erscheinen, dass die Ehegatten den Längerlebenden von ihnen gerade nicht an eine früher getrof-

fene letztwillige Verfügung binden wollten. Es kann daher dahinstehen, ob auf die genannten, außerhalb der Testamentsurkunden liegenden Umstände überhaupt abgestellt werden könnte.

3. Nach alledem hat das LG weiter rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Erblasserin durch ihr notarielles Testament vom 27. 11. 1942 ihr früheres Testament vom 14. 2. 1936 wirksam widerrufen hat (§ 2254 BGB), so dass der auf das Testament vom 14. 2. 1936 gestützte Erbscheinsantrag der Bet. zu 1) die Erbfolge nach der Erblasserin nicht zutreffend wiedergibt.

#### **7. Erbrecht – Bekanntgabe der Verfügungen des Längstlebenden bei Erbvertragseröffnung nach dem Tod des Erstverstorbenen**

(LG Bonn, Beschluß vom 11. 4. 2000 – 4 T 228/00 – mitgeteilt von Notar Herbert N. Maschke, Waldröhl)

#### **BGB §§ 2263; 2273 Abs. 1**

**Haben in einem Erbvertrag beide Vertragschließenden Verfügungen für den Fall des Längerlebens getroffen, ohne wissen zu können, als wessen Verfügung sie dereinst gelten werden, ist die Anordnung im Erbvertrag, die nach dem Längstlebenden geltenden Regelungen nicht zu eröffnen, gemäß § 2263 BGB, nichtig.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Bf. und ihr verstorbener Ehemann haben einen notariellen Erbvertrag geschlossen, der nach einer gegenseitigen Erbeinsetzung unter dem Obersatz

„Als einseitige Verfügung ordnet der Längstlebende an, also als Regelung, die auch erst beim Tode des Längstlebenden zu eröffnen ist, was folgt:“

weitere letztwillige Regelungen enthält.

Das AG hat den Erbvertrag nach dem Tod des Ehemannes insgesamt eröffnet und in der angefochtenen Zwischenverfügung angekündigt, den gesamten Inhalt des Erbvertrags den Bet. bekannt zu machen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde. Die Bf. befürchtet, im Falle einer Bekanntmachung der für den Erbfall nach ihr geltenden Verfügungen dem starken Druck ihrer Tochter ausgesetzt zu sein.

#### **Aus den Gründen:**

Die Beschwerde ist gem. §§ 19, 20 FGG statthaft, auch im übrigen zulässig, in der Sache aber ohne Erfolg.

Das AG hat zu Recht die Bekanntgabe auch der nach dem Tod der Längstlebenden geltenden Verfügungen angekündigt, weil sie sich von den Verfügungen des Erstverstorbenen nicht sondern lassen (§ 2273 Abs. 1 BGB). Dabei kommt es nicht darauf an, ob sowohl die nach dem Tod des Erstverstorbenen als auch die nach dem Tod der Längstlebenden geltenden Regelungen aus sich heraus verständlich sind. Maßgeblich ist vielmehr, daß es sich bei den Verfügungen des Längstlebenden auch um Verfügungen des verstorbenen Ehemannes handelt. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages haben beide Vertragschließenden diese Verfügungen für den Fall des Längerlebens getroffen, ohne wissen zu können, als wessen Verfügung sie dereinst gelten werde. Die Regelungen sind daher in den Willen eines jeden der Vertragschließenden aufgenommen worden. Daß die Willensentschließung des Ehemannes durch dessen Vorversterben gegenstandslos geworden ist, ändert nichts daran, daß es sich um eine auch von ihm herrührende Willensäußerung handelt, mit der diejenige der Beschwerdeführerin untrennbar verquickt ist (vgl. BGHZ 91, 105; BayObLG NJW-RR 1990, 135 = MittRhNotK 1989, 272; OLG Köln DNotZ 1988, 721 mit Anmerkungen von Cypionka; KG OLGZ 1979,

269). Anders wäre es nur, wenn jeder der Vertragschließenden für sich in einer getrennten Erklärung Anordnungen für den Fall seines Längerlebens getroffen hätte (vgl. BGHZ 91, 105, 110; Cypionka a.a.O., S. 724). Eine Entscheidung darüber, welche Verfügungen eines Erblassers gültig, ungültig oder als durch seinen Tod gegenstandslos geworden sind, um etwa ungültige oder gegenstandslose Verfügungen gar nicht erst zu eröffnen, ist nicht im formalisierten Eröffnungsverfahren, sondern im Erbscheinsverfahren oder vor dem Prozeßgericht zu finden (vgl. BGHZ 91, 105, 108; BayObLG a.a.O.). Dies gilt auch für die Prüfung der Frage, ob für den zweiten Erbfall geltende Regelungen etwa für die Auslegung der Verfügungen für den ersten Erbfall von Bedeutung sind.

Die Anordnung im Erbvertrag, die nach dem Längstlebenden geltenden Regelungen nicht zu eröffnen, ist gem. § 2263 BGB nichtig.

Die Kammer verkennt nicht, daß ein erheblicher Konflikt zwischen dem Interesse der Bf. an der Geheimhaltung ihrer letztwilligen Verfügung und dem Interesse der in Betracht kommenden gesetzlichen Erbin besteht, diese zu kennen und diese Kenntnis etwa in die Überlegung, ob sie den Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen geltend machen soll, einzubeziehen. Diesen Konflikt hat aber der Gesetzgeber mit der Regelung des § 2273 Abs. 1 BGB entschieden. Hieran ist die Kammer gebunden. Einen erheblichen familiären Druck auf die Bf. befürchtet die Kammer auch für den Fall, daß die Regelungen für den Erbfall nach der Bf. nicht bekannt gemacht würden, weil dies durchaus das Mißtrauen der im ersten Erbfall nicht als Erbin eingesetzten Tochter hervorrufen kann, das praktisch nur dadurch zerstreut werden könnte, daß die Bf. den Gesamthalt des Erbvertrages freiwillig bekanntgibt (so schon die Kammer [in anderer Besetzung] im Beschluß vom 3. 4. 1973 – 4 T 99/73 –). Hier kommt hinzu, daß der Änderungsvorbehalt in Ziff. V des Erbvertrags als Regelung, die nach dem Tod des Erstverstorbenen gilt, auf jeden Fall bekannt gemacht werden muß.

#### **8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrages einer GbR nach § 313 BGB**

(OLG Köln, Urteil vom 13. 4. 2000 – 8 U 40/99)

#### **BGB §§ 313; 705 ff.**

- 1. Die grundsätzlich formfrei mögliche Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedarf dann gemäß § 313 BGB der notariellen Beurkundung, wenn mit der Gründung einzelne Gesellschafter zur Einbringung eines Grundstücks verpflichtet werden oder aber zu Lasten der Gesellschaft bereits eine rechtliche Verpflichtung zum Erwerb von Grundstücken begründet wird.**
- 2. Nicht nach § 313 BGB formbedürftig ist die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Zweck des Grundstückserwerbs, wenn es sich um die bloße gesellschaftsrechtliche Zweckangabe handelt.**

(Leitsätze nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Im September 1990 gründeten der Kl., die Bkl. sowie weitere Personen eine „Gesellschaft für Stadtentwicklung GbR“, die später als „Bauherrengemeinschaft G. GbR“ fortgeführt wurde. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag wurde am 19. 9. 1991 gefertigt. Nach verschiedenen Gesellschafterwechseln sind die Bkl. die derzeitigen Gesellschafter. Zweck der Gesellschaft waren Investitionen in den neuen Bundesländern durch den Erwerb von Grundstücken, die Errichtung von Hochbauten – insbesondere Supermärkten – und deren langfristige Vermietung. (...)

Der Streit der Parteien betrifft Vorgänge, die mit der Realisierung eines Projektes in G. in Zusammenhang stehen.

## Aus den Gründen:

(...)

Soweit der Kl. geltend macht, es fehle schon an einer formwirksamen Gründung der Gesellschaft, kann dem nicht gefolgt werden. Es ist zwar zutreffend, dass die grundsätzlich formfrei mögliche Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts dann gem. § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, wenn mit der Gründung einzelne Gesellschafter zur Einbringung eines Grundstücks verpflichtet werden oder aber zu Lasten der Gesellschaft bereits eine rechtliche Verpflichtung zum Erwerb von Grundstücken begründet wird. Nicht nach § 313 BGB formbedürftig ist hingegen die Gründung einer Gesellschaft zum Zweck des Grundstückserwerbs, wenn es sich um die bloße gesellschaftsrechtliche Zweckangabe handelt (BGH NJW 1996, 1279 = DNotZ 1997, 40; NJW 1998, 376 = DNotZ 1998, 908 = MittRhNotK 1998, 60). So lag der Fall hier bei der mündlichen Gründung der Gesellschaft der Parteien im September 1990, denn für diesen Zeitpunkt ist über eine entsprechende Zweckbestimmung hinaus eine rechtliche Verpflichtung der Gesellschaft zum Erwerb bestimmter Grundstücke nicht ersichtlich.

Dabei mag dahinstehen, ob den Parteien bei der Gründung der Gesellschaft das hier fragliche Grundstück in G. überhaupt schon bekannt war und bereits erste Gespräche betreffend dieses Grundstücks mit Vertretern der Stadt G. geführt worden waren. Denn auch wenn man dies zugunsten des Kl. unterstellt, bieten sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich die Gesellschaft mit der Gründung bereits in rechtlicher Hinsicht zum Erwerb des fraglichen Supermarktgrundstücks verpflichtet hatte. Der Erwerb dieses und auch weiterer Grundstücke war von den beteiligten Gründungsgesellschaftern damals nur ins Auge gefasst und mag von den Bet. im Sinne des vereinbarten Gesellschaftszwecks beabsichtigt gewesen sein; eine entsprechende Verpflichtung der Gesellschafter untereinander oder gar Dritten gegenüber ist hingegen nicht ansatzweise erkennbar. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem später am 19. 9. 1991 schriftlich geschlossenen Gesellschaftsvertrag, der in § 2 als Gegenstand der Gesellschaft genau den zuvor bereits mündlich vereinbarten Gesellschaftszweck beschreibt und lediglich die mündliche Vereinbarung wiedergibt.

Es kommt hinzu, dass – solange die Gesellschaft nur mündlich gegründet war gem. §§ 709 ff. BGB, später gem. § 10 des Gesellschaftsvertrages – die Gesellschaft zum Erwerb von Grundstücken der Geschäftsführung und der Vertretung durch sämtliche Gesellschafter bedurfte und auch insoweit mangels entgegenstehender Vereinbarungen eine Verpflichtung zum Erwerb bestimmter Grundstücke nicht eintreten konnte. Müssen aber alle Gesellschafter an einem solchen Vorgang mitwirken, so ist entsprechend der Funktion der Formvorschrift, die Vertragspartner vor übereilten Bindungen auf dem Grundstücksmarkt zu schützen, für das Eingreifen von § 313 BGB kein Raum (BGH NJW 1998, a.a.O.).

(...)

## 9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Versicherung des Unterbleibens einer Abfindung bei Kommanditanteilsübertragung

(OLG Zweibrücken, Beschluß vom 14. 6. 2000 – 3 W 92/00)

HGB §§ 15 Abs. 2; 12 Abs. 2

FGG §§ 20 Abs. 2; 29 Abs. 1 S. 3

1. Die Eintragung einer Übertragung von Kommanditanteilen im Wege der Sonderrechtsnachfolge ist von der Versicherung der vertretungsberechtigten Gesellschafter und des übertragenden Kommanditisten persönlich abhängig zu machen, daß eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen weder gewährt noch versprochen worden ist.

## 2. Eine vom Notar eingelegte Beschwerde gilt im Zweifel als im Namen der Beteiligten eingelegt, für die er als Notar tätig geworden ist.

### Aus den Gründen:

I. (...)

Der Senat geht entgegen der für die Erstbeschwerde in dem angefochtenen Beschluss vertretenen Auffassung davon aus, dass der Notar die Beschwerde als Verfahrensbevollmächtigter der Bet. zu 1) eingelegt hat. Denn die vom Notar eingelegte Beschwerde gilt im Zweifel als im Namen der Bet. eingelegt, für die er als Notar tätig geworden ist; der Gebrauch der Wendung „lege ich Beschwerde ein“, ist dabei ohne Bedeutung (OLG Frankfurt DNotZ 1978, 750, 751; Keidel/Kuntze/Winkler, 14. Aufl. § 129 FGG, Rn. 6). Dies gilt auch bei der Einlegung der weiteren Beschwerde. Hat der Notar – wie hier – nicht ausdrücklich erwähnt, in wessen Name er das Rechtsmittel einlegt, so darf im Regelfall unterstellt werden, dass er dies für die Anmeldepflichtigen tut. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass dem Notar ein eigenes Beschwerderecht weder für die Erstbeschwerde noch für die weitere Beschwerde zusteht. Denn die Entscheidung des Registergerichts verletzt keine eigenen Rechte des Notars i.S.d. § 20 Abs. 1 FGG (vgl. BayObLGZ 1984, 29, 31; Keidel/Kuntze/Winkler a.a.O., § 129, Rn. 7).

II. In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG). Das LG hat die Beschwerde zu Recht zurückgewiesen. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen die Eintragung der teilweisen Anteilsübertragung im Wege Sonderrechtsnachfolge von der persönlichen Versicherung der Bet. zu 2) abhängig gemacht haben, ihr sei eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen weder gewährt noch versprochen worden. Die herrschende, auf das RG zurückgehende Meinung in Rspr. und Lit. erachtet die Eintragung eines Vermerkes in das Handelsregister für erforderlich, aus dem sich für die Gesellschaftsgläubiger ergibt, dass der neue Kommanditist seine Stellung im Wege der Sonderrechtsnachfolge erlangt hat. Mit diesem Vermerk wird der Rechtsschein einer Erweiterung der Haftungsgrundlage der Kommanditgesellschaft verhindert, der sich ergeben würde, wenn im Handelsregister lediglich das Ausscheiden des bisherigen und der Eintritt eines neuen Kommanditisten eingetragen wird. Bei Eintragung des Vermerkes kann den Gesellschaftsgläubigern gem. § 15 Abs. 2 HGB entgegengehalten werden, dass sich die Haftungssumme nicht erhöht hat (vgl. BGHZ 81, 82, 88 = NJW 1981, 2747 = DNotZ 1982, 490). Darüber hinaus fordert die h. M. für die Eintragung eine Versicherung der vertretungsberechtigten Gesellschafter und des übertragenden Kommanditisten hinsichtlich der Zahlung einer Abfindung (vgl. RG DNotZ 1944, 145, erneut abgedruckt in WM 1964, 1130 ff.; Senat Rpfleger 1986, 482; BayObLG BB 1983, 334; OLG Köln DNotZ 1953, 435, 436; OLG Oldenburg DNotZ 1992, 186, 187; Ensthaler/Fahse, Gemeinschaftskommentar 6. Aufl. § 162 HGB, Rn. 13; Keidel/Schmatz/Stöber, Handbuch der Rechtspraxis, Registerrecht 4. Aufl., Rn. 288 b; Schlegelberger/Martens, Komm. zum HGB, 5. Aufl. § 162, Rn. 18; Röhrich/Westphalen, Komm. zum HGB 1998, § 162, Rn. 14, 15). Denn gerade das Unterbleiben der Abfindung stellt das für eine Sonderrechtsnachfolge wesentliche, sie von dem bloßen gleichzeitigen Austritt eines bisherigen und dem Eintritt eines neuen Kommanditisten unterscheidende, tatbestandliche Merkmal (RG a.a.O.) dar.

Diese Versicherung ist – wie von den Vorinstanzen gefordert – von den beteiligten Gesellschaftern persönlich abzugeben (vgl. OLG Oldenburg a.a.O.; Ensthaler/Fahse a.a.O.; Schlegelberger/Martens a.a.O.; Röhrich/Westphalen a.a.O.). Denn nur dadurch ist sichergestellt, dass diejenigen, denen die internen Vorgänge bekannt sind, auch die persönliche Verantwortung für die Richtigkeit ihrer Angaben gegenüber dem Registergericht übernehmen (vgl. OLG Oldenburg a.a.O.).

Aus der von der Bet. zu 1) zitierten Entscheidung des BGH (a.a.O.) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Denn in dem dort entschiedenen Fall war kein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen worden. Der BGH hat lediglich entschieden, dass es für die Frage der Haftung des neu eingetretenen und des ausgeschiedenen Kommanditisten nicht darauf ankommt, ob ein Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister eingetragen ist.

Entgegen der mit der weiteren Beschwerde vertretenen Auffassung findet § 12 Abs. 2 HGB hier keine Anwendung. Diese Vorschrift betrifft lediglich die Anmeldung als Verfahrenshandlung. Sind – wie hier – zur Anmeldung zusätzlich persönliche Erklärungen erforderlich, können diese nicht durch einen Stellvertreter abgegeben werden, es sei denn, es handelt sich um den gesetzlichen Vertreter (vgl. BGH NJW 1992, 975, 977 = DNotZ 1992, 584 = MittRhNotK 1992, 51; Heidelberger Kommentar zum HGB, 4. Aufl. § 12, Rn. 3), was hier nicht der Fall ist.

Damit fehlt es an der erforderlichen eigenen Erklärung der Bet. zu 2) zur Zahlung einer Abfindung. Eine solche persönliche Erklärung wurde lediglich von der Bet. zu 1) abgegeben. Diese konnte jedoch aus den dargelegten Gründen auch nicht auf der Grundlage der ihr erteilten Vollmacht zugleich als Vertreterin der Bet. zu 2) handeln.

#### **10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Formbedürftigkeit des Anspruchs auf Zahlung einer break-up fee aus einem „Letter of Intent“**

(LG Paderborn, Urteil vom 28. 4. 2000 – 2 O 132/00)

**BGB §§ 125; 344  
UmwG § 13 Abs. 3**

- 1. Eine Vereinbarung, nach der jeder Gesellschafterkreis verpflichtet ist, den anderen Gesellschafterkreisen eine „break-up fee“ zu zahlen, wenn einer der Gesellschafter die zu einer Verschmelzung erforderlichen Beschlüsse nicht mitträgt, bedarf wegen § 13 Abs. 3 UmwG zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung.**
- 2. Im Bereich der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte löst der Abbruch von Vertragsverhandlungen einen Schadensersatzanspruch aus c. i. c. nur bei einem schweren Verstoß gegen die Pflicht zum redlichen Verhalten aus; erforderlich ist in der Regel eine vorsätzliche Treupflichtverletzung.**

(Leitsätze nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Kl. und ihr Gesellschafterkreis trafen mit den Bekl. sowie der E-AG und deren Gesellschafterkreis eine mit „Letter of Intent“ bezeichnete privatschriftliche Vereinbarung. Dabei traten die Bekl. zu 1.) – 7.) als Gesellschafterkreis der T-GmbH, der Rechtsvorgängerin der Bekl. zu 8.), auf. Die beteiligten Parteien erklärten die Absicht, die E-AG und die Kl. im Wege der Verschmelzung in die T-GmbH einzubringen und nach Umwandlung dieser Gesellschaft in die T-AG einen Börsengang am „Neuen Markt“ durchzuführen. (...)

In Ziff. 11 des „Letter of Intent“ verpflichteten sich die Parteien, ausreichende personelle, finanzielle und materielle Ressourcen zur Verfügung zu stellen, um einen erfolgreichen Börsengang durchzuführen. Für den Fall, daß nach Unterzeichnung der Absichtserklärung einer der Gesellschafter die zur Verschmelzung erforderlichen Beschlüsse nicht mitträgt, sollte der jeweilige Gesellschafterkreis verpflichtet sein, den anderen Gesellschafterkreisen eine „break-up fee“ in Höhe von insgesamt 250.000,- DM zu zahlen, die zu gleichen Teilen unter den verbleibenden Gesellschafterkreisen aufgeteilt werden sollte. Darüber hinaus sollten die bis dahin entstandenen Kosten von dem ausscheidenden Gesellschafterkreis getragen werden.

Entsprechend dem „Letter of Intent“ wurden die zu verschmelzenden Unternehmen einer Due-Diligence Untersuchung und einer Bewertung unterzogen.

Die T-GmbH teilte der Kl. mit, daß sie auf Basis der vorliegenden Unterlagen der Due-Diligence-Untersuchungen und der Unternehmensbewertungen sich nicht in der Lage sehe, die im „Letter of Intent“ beschriebene Kooperation zu realisieren. Der Bekl. zu 5.) erklärte, daß die Gesellschafterversammlung der T-GmbH beschlossen habe, die im „Letter of Intent“ vorgesehene Verschmelzung nicht mehr durchzuführen. Die Kl. forderte die T-GmbH zur Zahlung der „break-up fee“ auf und stellte ihr weitere Kosten in Rechnung. Die T-GmbH wies die Ansprüche zurück und berief sich selbst unter Fristsetzung auf Ziff. 11 des „Letter of Intent“.

#### **Aus den Gründen:**

Die Klage ist unbegründet.

Der Anspruch auf Zahlung der „break-up fee“ kann sich nur aus Ziff. 11 Abs. 2 der mit „Letter of Intent“ bezeichneten Vereinbarung ergeben. Danach sollte jeder Gesellschafterkreis verpflichtet sein, den anderen Gesellschafterkreisen insgesamt 250.000,- DM zu zahlen, wenn nach Unterzeichnung des „Letter of Intent“ einer der Gesellschafter die erforderlichen Beschlüsse zur Verschmelzung nicht mittragen sollte. Ein „Letter of Intent“ enthält grundsätzlich die einseitig erklärte Bereitschaft, unter bestimmten Voraussetzungen einen Vertrag zu schließen, ohne daß hierzu bereits eine rechtlich bindende Verpflichtung übernommen wird (Wolf, DNotZ 1995, 193). Die im vorliegenden Fall getroffene Regelung geht allerdings darüber hinaus. Sie enthält gerade eine bindende Verpflichtung, die zur Verschmelzung erforderlichen Beschlüsse zu fassen, andernfalls wird die „break-up fee“ fällig. Ein Verschmelzungsbeschluß muß gem. § 13 Abs. 3 UmwG notariell beurkundet werden. Wird diese Form nicht beachtet, tritt Nichtigkeit nach § 125 BGB ein. Geht man mit dem Willen der Parteien davon aus, daß Ziff. 11 der Vereinbarung bereits eine Verpflichtung enthält, die Beschlüsse zur Verschmelzung mitzutragen, so handelt es sich dabei nicht um einen „Letter of Intent“ im eigentlichen Sinne. Die Vereinbarung ist vielmehr rechtlich als Vorvertrag zu qualifizieren mit der Folge, daß auch dafür die notarielle Form zu beachten ist. Da die Parteien lediglich eine privatschriftliche Vereinbarung getroffen haben, ist die Regelung gem. § 125 BGB wegen Formmangels nichtig. Dem steht nicht entgegen, daß sich eine Beurkundungsbedürftigkeit des „Letter of Intent“ auch dann nicht ergeben soll, wenn in ihm Regelungen über den Ersatz von Aufwendungen, über den Ersatz von Vertrauensschäden oder über die Rückgabe von Vorleistungen auf den nicht zustande gekommenen Vertrag vereinbart werden (Wolf, DNotZ 1995, 194). Um Aufwendungssatz bzw. Ersatz des Vertrauensschadens geht es bei der „break-up fee“ gerade nicht. Die entstandenen Kosten sollten über die „break-up fee“ hinaus von dem ausscheidenden Gesellschafterkreis mitzutragen sein. Nur darin ist der entstandene Vertrauensschaden zu sehen.

Erblickt man in der getroffenen Regelung hingegen keine bindende Verpflichtung zur Mittragung der Verschmelzung, so ist die „break-up fee“ als selbständiges Strafversprechen auszulegen. Dabei wird die Strafe für den Fall versprochen, daß eine Handlung vorgenommen oder unterlassen wird, ohne daß sich der Versprechende zu der Handlung oder Unterlassung verpflichtet hat (Palandt vor § 339 BGB, Rn. 4). Nach § 344 BGB erstreckt sich die Unwirksamkeit der Hauptverbindlichkeit auf das Strafversprechen. Die Vorschrift ist auf ein selbständiges Strafversprechen anwendbar, sofern der Zwang zur Erfüllung des Versprechens gegen § 125 BGB verstoßen würde (Palandt § 344 BGB, Rn. 1). Die Kl. kann sich nicht darauf berufen, auf eine notarielle Beurkundung sei in alloseitigem Einvernehmen aus Kostengründen verzichtet worden. Denn die Formunwirksamkeit besteht unabhängig von der Kenntnis der Parteien. Das bedeutet, daß die Verpflichtung zur Zahlung der „break-up fee“ gem. § 344 i.V.m. § 125 BGB nichtig ist, da eine Verpflichtung zur Mittragung der Verschmelzungsbeschlüsse nur in der Form der notariellen Beurkundung wirksam wäre und daher eine Verpflichtung zur Zahlung eines Betrages bei Nichtdurchführung der Verschmelzung der gleichen Form unterliegt. Da



diese Form nicht beachtet ist, ergibt sich die Unwirksamkeit von Ziff. 11 der „Letter of Intent“ auch insoweit aus § 13 Abs. 3 UmwG i.V.m. § 125 BGB. Die Kl. kann aus der getroffenen Vereinbarung keine Ansprüche herleiten.

Auch ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus c.i.c. besteht nach Auffassung der Kammer nicht. Zwar kann die mit „Letter of Intent“ bezeichnete Vereinbarung vertrauensbegründende Grundlage für einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. sein. Das Unterlassen der in der Vereinbarung beschriebenen Kooperation stellt jedoch keine Pflichtverletzung der Bekl. dar, die sie zum Schadensersatz verpflichten würde. Die Parteien sind bis zum endgültigen Vertragsschluß in ihren Entscheidungen grundsätzlich frei, und zwar auch dann, wenn der andere Teil in Erwartung des Vertrages bereits Aufwendungen gemacht hat (BGH NJW 1996, 1885 = DNotZ 1997, 624). Eine Ersatzpflicht besteht nur, wenn eine Partei die Verhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, nachdem sie in zurechenbarer Weise Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erweckt hat (BGHZ 76, 343, 349 = DNotZ 1981, 35). Das gilt auch, wenn der angebahnte Vertrag formbedürftig ist (BGHZ 92, 167, 175). Da in einem solchen Fall aber noch keine vertragliche Bindung besteht, sind an das Vorliegen eines triftigen Grundes keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Bei einem formbedürftigen Vertrag besteht nach der obergerichtlichen Rspr. ein Schadensersatzanspruch nur bei einem schweren Verstoß gegen die Pflicht zum redlichen Verhalten; erforderlich ist in der Regel eine vorsätzliche Treuepflichtverletzung (BGH NJW 1996, 1884 = DNotZ 1997, 624; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 974; OLG Frankfurt a.M. MDR 1998, 957; OLG Hamm NJW-RR 1991, 1043). Eine solche besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung als Grundlage eines Schadensersatzanspruches aus c.i.c. kommt in Betracht, wenn eine tatsächlich nicht vorhandene Abschlußbereitschaft vorgespielt wird, oder wenn ein Verhandlungspartner zwar zunächst eine solche von ihm geäußerte Abschlußbereitschaft tatsächlich gehabt hat, aber im Verlaufe der Verhandlung innerlich von ihr abgerückt ist, ohne dies zu offenbaren (BGH-NJW 1996, 1885 = DNotZ 1997, 624). Im vorliegenden Fall liegt kein pflichtwidriger Verstoß der Bekl. in diesem Sinne vor. Ihr Verhalten hielt sich vielmehr im Rahmen einer zulässigen Wahrung ihres Eigeninteresses. Ob das Verhalten im übrigen durch das Vorliegen eines triftigen Grundes gerechtfertigt war, kann dahinstehen. Denn im Bereich der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte löst der Abbruch von Vertragsverhandlungen auch dann keinen Schadensersatzanspruch aus, wenn es an einem triftigen Grund für den Abbruch fehlt (OLG Frankfurt-Main MDR 1998, 957). Aufwendungen in Erwartung des Vertragsschlusses erfolgen grundsätzlich auf eigene Gefahr. Anhaltspunkte dafür, daß die Bekl. schon bei Vereinbarung des „Letter of Intent“ eine tatsächlich nicht vorhandene Abschlußbereitschaft vorgespielt hätten, sind nicht ersichtlich und werden auch von der Kl. nicht vorgetragen. Erst nach Vorliegen der – wenn auch vorläufigen – Stellungnahmen haben die Bekl. von der geplanten Kooperation Abstand genommen. In dem Bewertungsgutachten sind die Umsatz- und Ergebniszahlen der Kl. nach unten korrigiert worden. Das Gutachten kommt darüber hinaus zu einem anderen Wertverhältnis der Gesellschaften als dem im „Letter of Intent“ zugrunde gelegten. Hierin sieht die Kl. den Grund für den Abbruch der Verhandlungen durch die Bekl. Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Verschmelzung gem. § 13 Abs. 3 UmwG formbedürftig ist und noch keine formwirksame Verpflichtung der Bekl. vorlag, reicht dies aus, um eine Abstandnahme der Bekl. vom Vertrag zu rechtfertigen. Die hat die Kl. ferner als nicht börsenfähig beurteilt. Auch diese Einschätzung konnten die Bekl. zur Abstandnahme veranlassen, ohne daß sie näher auf die von der Kl. dagegen vorgebrachten Behauptungen hätte eingehen müssen. Ein Verstoß der Bekl. gegen Aufklärungspflichten kann nicht angenommen werden, da sie nicht darüber getäuscht haben, weiter an dem Vertrag festhalten zu wollen, obwohl sie innerlich mehr dazu bereit waren. Sie haben vielmehr unmittelbar nach Vorlage der vorläufigen Ergebnisse erklärt, daß sie von der in Aussicht genommenen Kooperation mit der Kl. Abstand nehmen wollten.

## 11. Steuerrecht – Entstehungszeitpunkt der Schenkungssteuer

(BFH, Urteil vom 8. 2. 2000 – II R 9/98)

### ErbStG § 9 Abs. 1 Nr. 2

BGB §§ 873 Abs. 1; 925 Abs. 1 S. 2, Abs. 2

**Die Zuwendung eines Grundstücks ist im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt, wenn die Vertragspartner die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte auf Grund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim GBA die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn zwar die Auflassung erklärt ist und der Schenker die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt hat, die Übertragung jedoch noch aufschiebend befristet ist.**

(Leitsatz nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Der Kl. und Frau A schlossen am 30. 3. 1995 eine als „Übertragungsvertrag“ bezeichnete, notariell beurkundete Vereinbarung über einen hälftigen Miteigentumsanteil an einem bebauten Grundstück, in der es u.a. heißt:

#### „§ 1

... Die Erschienene zu 1) (= A) überträgt hiermit die ideelle Hälfte an dem vorbezeichneten Grundbesitz mit allen Baulichkeiten auf den Erschienenen zu 2) (= Kläger).

Der Erschienene zu 2) nimmt die Übertragung hiermit an.

Die Übertragung erfolgt unentgeltlich.

#### § 2

Die Übertragung erfolgt am 1. 7. 1995. Die anteiligen Rechte und Nutzungen, die Gefahr des zufälligen Unterganges des Grundbesitzes und die öffentlichen Lasten und Nutzungen gehen vom Tage der Übertragung an auf den Erschienenen zu 2) über.

Die Übertragung erfolgt in dem bestehenden Zustand ohne Gewährleistung der Erschienenen zu 1) für Größe, Güte und Beschaffenheit. ...“

Die Bet. erklärten darüber hinaus die Auflassung, bewilligten und beantragten die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch und beauftragten unter Verzicht auf ein eigenes Antragsrecht den Notar mit der Durchführung des Vertrages.

Durch notariell beurkundeten Aufhebungsvertrag vom 21. 4. 1995 hoben der Kl. und A den Vertrag „rückwirkend“ auf.

Der Bekl. (das Finanzamt – FA –) sah mit dem Abschluss des Übertragungsvertrages eine Schenkung des Miteigentumsanteils als ausgeführt an und setzte gegen den Kl. Schenkungsteuer fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

Mit der Klage machte der Kl. u.a. geltend, die Vertragsbeteiligten hätten eine Übertragung des Miteigentumsanteils an dem Grundstück erst nach einer „Bedenkzeit“ beabsichtigt. Der Vollzug des Schenkungsversprechens habe erst am 1. 7. 1995 erfolgen sollen.

Das Finanzgericht wies die Klage ab.

### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, des Schenkungsteuerbescheides und der Einspruchsentscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

1. Die Vorentscheidung ist aufzuheben, weil das FG zu Unrecht angenommen hat, die von A beabsichtigte Zuwendung des hälftigen Grundstücksmitteigentumsanteils sei bereits mit der Abgabe der im Übertragungsvertrag vom 30. 3. 1995 enthaltenen Erklärungen ausgeführt worden.

Bei Schenkungen unter Lebenden entsteht die Steuer gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Die freigebige Zuwendung (Schenkungs-) eines

Grundstücks oder eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ist nach der st. Rspr. des BFH (vgl. BFHE 163, 214 = BStBl II 1991, 320, m.w.N.) ausgeführt, wenn die Vertragspartner die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte auf Grund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim GBA die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken. Dies ist der Fall, wenn von den Vertragsparteien die Auflassung erklärt (§ 925 Abs. 1 S. 1, § 873 Abs. 1 BGB) und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch von dem Berechtigten, nämlich dem Schenker, bewilligt worden ist. Denn damit hat der Schenker alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan, während der Beschenkte jederzeit die Eintragung im Grundbuch als Eigentümer beantragen und damit den Eintritt der – dinglichen – Rechtsänderung herbeiführen kann. Darüber hinaus kann er auf Grund der Auflassung über die durch die Rechtsgeschäfte für ihn begründeten Rechte verfügen, insbesondere das Grundstück an einen Dritten weiter auflassen.

Nach diesen Grundsätzen, an denen der Senat festhält, war im Streitfall die Zuwendung des Miteigentumsanteils mit dem Abschluss des Übertragungsvertrags vom 30. 3. 1995 noch nicht ausgeführt. Denn die Vereinbarungen im Vertrag vom 30. 3. 1995 haben den Kl. (noch) nicht in die Lage versetzt, den Eintritt der Rechtsänderung durch einen entsprechenden Antrag beim GBA herbeizuführen. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Vertrages sollte nämlich die „Übertragung“ aufschiebend befristet erst am 1. 7. 1995 erfolgen.

Die Befristungsregelung in § 2 Abs. 1 S. 1 betrifft nicht nur die unmittelbar anschließende Vereinbarung über den Zeitpunkt des Übergangs der anteiligen Rechte und Nutzungen, der Gefahr und der Lasten (§ 2 Abs. 1 S. 2). Wäre dies gewollt gewesen, hätte es der Anknüpfung an „den Tag der Übertragung“ nicht bedurft. Ausreichend wäre insoweit gewesen zu vereinbaren, dass die anteiligen Rechte und Nutzungen, die Gefahr und die Lasten am 1. 7. 1995 übergehen sollen. Vielmehr kommt der Regelung in § 2 Abs. 1 S. 1 des Vertrages erkennbar eine eigenständige, über den Übergang der anteiligen Rechte und Nutzungen, der Gefahr und der Lasten (§ 2 Abs. 1 S. 2) hinausreichende Bedeutung zu. Aus der Verwendung des von § 2 Abs. 1 S. 2 lediglich in Bezug genommenen weiterreichenden Begriffs der „Übertragung“ ergibt sich, dass die vollen (schuldrechtlichen oder dinglichen) Wirkungen des Rechtsgeschäfts erst am 1. 7. 1995 eintreten sollten bzw. zumindest der Vollzug des Zuwendungsvorgangs nicht vor dem 1. 7. 1995 vorgenommen werden durfte. Die Befristungsregelung hat deshalb jedenfalls dazu geführt, dass der Kl. die Rechtsänderung nicht vor dem 1. 7. 1995 herbeiführen konnte bzw. durfte.

Die Regelung in § 2 Abs. 1 S. 1 des Vertrages ist sprachlich insoweit unscharf, als sich aus der Verwendung des Begriffs „Übertragung“ nicht ohne weiteres ergibt, welches Rechtsgeschäft, das schuldrechtliche oder das dingliche Geschäft, aufschiebend bedingt erst am 1. 7. 1995 wirksam werden sollte oder ob nur der Vollzug des Rechtsgeschäfts, d.h. die Berechtigung, von Auflassung und Eintragungsbewilligung Gebrauch machen zu dürfen, zeitlich bis zum 1. 7. 1995 hinausgeschoben werden sollte. Denn der eigentlich das dingliche Geschäft umschreibende Begriff „Übertragung“ (vgl. § 925 Abs. 1 BGB) wird im Vertrag mehrdeutig auch als Ersatzbegriff für das schuldrechtliche Geschäft (Schenkung) verwendet, soweit die „Übertragung“ unentgeltlich (§ 1 Abs. 3 des Vertrages) und ohne Gewährleistung (§ 2 Abs. 2 des Vertrages) erfolgen sollte.

Diesen Auslegungsfragen braucht indes im Einzelnen nicht nachgegangen zu werden. Denn handelte es sich dabei um eine die Auflassung selbst betreffende Befristung, wäre diese nach § 925 Abs. 2 BGB unzulässig und damit nichtig. In diesem Fall hätte die (nichtige) Auflassung zu keinem Zeitpunkt zur Rechtsänderung im Grundbuch führen können.

Beträfe die Befristungsregelung das schuldrechtliche Geschäft, wäre der Rechtsgrund für die Grundstücksübertragung nicht

vor dem 1. 7. 1995 entstanden. Vor diesem Zeitpunkt hätte der Kl. gegenüber A keinen Anspruch auf den Miteigentumsanteil gehabt und hätte deswegen unabhängig von der bereits erklärten Auflassung und der von A abgegebenen Eintragungsbewilligung im Verhältnis zur A vor dem 1. 7. 1995 von diesen Erklärungen und Anträgen der A keinen Gebrauch machen dürfen.

Selbst wenn eine Vertragsauslegung ergäbe, dass die Regelung in § 2 Abs. 1 S. 1 des Vertrages weder das schuldrechtliche noch das dingliche Geschäft als solches beträfe, läge hierin zumindest die Vereinbarung einer Vollzugshemmung des Inhalts, dass der Kl. von der mit der Auflassung und der Eintragungsbewilligung grundsätzlich verbundenen Möglichkeit, als Nichtberechtigter über das Grundstück zu verfügen (§ 185 Abs. 1 BGB) bzw. die Eigentumsänderung herbeizuführen, nicht schon unmittelbar nach Erklärung der Auflassung Gebrauch machen durfte, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt (vgl. zur Zulässigkeit einer solchen Regelung: BGHZ 106, 108, m.w.N. = DNotZ 1990, 289 = MittRhNotK 1989, 112; Medicus, DNotZ 1990, 275, 279; MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB, Rn. 27).

Nachdem die Vertragsparteien den Vertrag vom 30. 3. 1995 am 21. 4. 1995 und damit vor dem 1. 7. 1995 wieder aufgehoben haben, war der Kl. zu keinem Zeitpunkt berechtigt, die Rechtsänderung herbeizuführen.

2. Die Sache ist spruchreif. Da der Kl. bis zum 1. 7. 1995 bzw. bis zur Aufhebung des Vertrages am 21. 4. 1995 gehindert war, von der Rechtsstellung, die er durch die Auflassung und die Bewilligung, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen, erlangt hatte, Gebrauch zu machen, war die Zuwendung noch nicht ausgeführt. Der angefochtene Schenkungsteuerbescheid und die Einspruchsentscheidung sind daher rechtswidrig und aufzuheben.

## **12. Steuerrecht – Kein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr bei freiberuflich tätiger Personengesellschaft**

(BFH, Urteil vom 18. 5. 2000 – IV R 26/99)

### **EStG §§ 2 Abs. 7; 4 a Abs. 1**

**Eine in das Handelsregister eingetragene Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-KG, die nur Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielt, kann kein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr bilden.**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Kl. ist eine zum 1. 2. 1994 gegründete und als KG in das Handelsregister eingetragene Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Nach dem Gesellschaftsvertrag hat sie ein vom Kalenderjahr abweichendes Geschäftsjahr vom 1. 2. bis zum 31. 1. des Folgejahres. Die Gesellschaft erzielte Einkünfte aus selbständiger Arbeit gem. § 18 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und ermittelte steuerlich ihren Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG.

Da die Kl. der Auffassung war, auch steuerlich ein abweichendes Wirtschaftsjahr zu haben, gab sie für das Streitjahr 1994 nach Anforderung durch den Bkl. (Finanzamt – FA) eine nicht unterschriebene Feststellungserklärung ab, der ein nach § 4 Abs. 3 EStG für ein Rumpf-Wirtschaftsjahr vom 1. 2. 1994 bis zum 31. 12. 1994 ermittelter Gewinn zugrunde lag. Das FA stellte den Gewinn erklärungsgemäß fest und wies erläuternd darauf hin, dass es sich wegen der nicht unterzeichneten Feststellungserklärung um eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen handele.

Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Im Streitfall hat das FG die Bildung eines vom



Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahres mit zutreffenden Gründen abgelehnt.

1. Nach § 2 Abs. 7 EStG ist die Einkommensteuer eine Jahressteuer (S. 1), deren Grundlagen, namentlich die Einkünfte nach § 2 Abs. 1 EStG, jeweils für ein Kalenderjahr zu ermitteln sind (S. 2). Eine Ausnahme hiervon sieht § 4 a EStG für Land- und Forstwirte und Gewerbetreibende vor, die ihren steuerlichen Gewinn nach dem Wirtschaftsjahr ermitteln, das nicht unbedingt mit dem Kalenderjahr übereinstimmen muss. Nach § 4 a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 S. 1 EStG ist Wirtschaftsjahr bei Gewerbetreibenden, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist, der Zeitraum, für den sie regelmäßig Abschlüsse machen. Steuerpflichtige mit Einkünften aus selbständiger Arbeit fallen danach nicht unter den Anwendungsbereich des § 4 a EStG (s. etwa Herrmann/Heuer/Raupach/Bauer – HHR –, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, § 4 a EStG Anm. 6; Kirchhof/Söhn/Weber-Grellet, § 4 a EStG, Rn. B 1). Ihr Gewinn ist stets nach dem Kalenderjahr zu ermitteln, sofern nicht, wie im Streitfall bei Gründung, ansonsten in den Fällen des Erwerbs, der Aufgabe oder Veräußerung einer Praxis ein Rumpf-Wirtschaftsjahr zu bilden ist (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b EStG i.V.m. § 8 b S. 2 Nr. 1 der EStDV). Dies alles gilt auch für Personengesellschaften. Denn die Tätigkeit einer Personengesellschaft ist der Einkunftsart zuzuordnen, die die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit verwirklichen (BFHE 141, 405, 429 f. = BStBl II 1984, 751, 763 = MittRhNotK 1984, 251). § 4 a EStG ist daher nicht auf freiberuflich tätige Personengesellschaften anzuwenden (HHR/Bauer, § 4 a EStG Anm. 7).

Gewerbetreibender oder Land- und Forstwirt i.S.d. § 4 a Abs. 1 EStG ist, wer einen Gewerbebetrieb gem. § 15 EStG oder einen Betrieb der Land- und Forstwirtschaft gem. § 13 EStG unterhält. Dies entspricht einhelliger Auffassung im Schrifttum (vgl. HHR/Bauer, § 4 a EStG Anm. 24 und 40; Blümich/Dankmeyer, § 4 a EStG, Rn. 10; Weber-Grellet, a.a.O.). Die Eintragung in das Handelsregister ist für diese Frage unbeachtlich. Nach § 3 Abs. 2 HGB a.F. und n.F. eingetragene land- und forstwirtschaftliche Personenhandelsgesellschaften, die weiterhin Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft beziehen, unterliegen daher ebenso wenig dem Wirtschaftsjahr Gewerbetreibender wie freiberuflich tätige Gesellschaften, die als OHG oder KG nach § 49 Abs. 2 des Steuerberatungsgesetzes oder zu Unrecht eine Handelsregistereintragung erwirkt haben (dazu

BFHE 133, 322 = BStBl II 1981, 586), einkommensteuerrechtlich aber Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielen (s. Senatsurteil vom 24. 5. 1984 – IV R 142/80, nicht veröffentlicht). Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 9. 7. 1964 – IV 427/62 U (BFHE 80, 154 = BStBl III 1964, 530) ausgeführt hat, ist die Eintragung in das Handelsregister in derartigen Fällen allenfalls ein starkes Beweisanzeichen für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs.

2. Für den Streitfall folgt hieraus, dass die Kl. ihren Gewinn für das Kalenderjahr ermitteln musste und im Streitjahr ein Rumpf-Wirtschaftsjahr vom 1. 2. bis zum 31. 12. 1994 zu bilden hatte. Obwohl die Kl. als KG in das Handelsregister eingetragen ist, war sie unstreitig freiberuflich tätig. Zu Unrecht meint die Kl. aus dem Umstand, dass der selbstständig Tätige in § 4 a EStG nicht genannt sei, eine Gesetzeslücke herleiten zu können, die nach ihrer Auffassung nur dadurch sachgerecht zu schließen sei, dass man sie allein zum Zweck der Bestimmung des Wirtschaftsjahres als Gewerbetreibende behandeln müsse. Eine solche Gesetzeslücke besteht indessen nicht. Wie ausgeführt, normiert § 4 a EStG Ausnahmen vom Jahresprinzip. Soweit § 4 a EStG daher nicht greift, bleibt es bei dem Grundsatz des § 2 Abs. 7 EStG.

Diese unterschiedliche Behandlung Gewerbetreibender und Freiberufler ist jedenfalls insoweit auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn für die in § 4 a Abs. 1 EStG vorgesehenen vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahre gibt es sachliche Gründe, wie etwa die inventurfremdliche Wahl des Bilanzstichtags, für die der Gesetzgeber bei freiberuflich Tätigen kein Bedürfnis gesehen hat. Insofern wird die Kl. nicht anders behandelt als ein einzelner Freiberufler. Wie dieser nimmt sie auch das Recht in Anspruch, ihren Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG zu ermitteln. Aus diesem Grunde kann sich die Kl. auch nicht auf Praktikabilitäts Erwägungen berufen, die eine Übereinstimmung der Bilanzstichtage nach Handels- und Steuerrecht nahe legen. Selbst bei Gewerbetreibenden, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist, können Geschäftsjahr und Wirtschaftsjahr voneinander abweichen, so etwa wenn der handelsrechtlich vollzogenen Umstellung des Bilanzstichtags steuerrechtlich das finanzbehördliche Einvernehmen versagt wird. In derartigen Fällen kennt das Gesetz keine Maßgeblichkeit oder umgekehrte Maßgeblichkeit (HHR/Bauer, § 4 a EStG Anm. 12).

## Mitteilungen

### Steuerrecht – Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG in der Fassung der Bekanntmachung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002

(Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder)

#### I. Erlaß vom 7. 2. 2000 – 3 – S 4501/6

##### 1. Vorbemerkung

§ 1 Abs. 2a GrEStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 ist durch Artikel 15 des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 geändert worden. § 1 Abs. 2a GrEStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 unterwarf Gestaltungen der Besteuerung, bei denen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft derart ausgewechselt wird, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung dieser Gesellschafterwechsel als ein auf die Übereignung eines inländischen Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft anzusehen ist. Das war stets der Fall, wenn 95 v.H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen (vgl. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24. 6. 1998 – BStBl I, 925 = MittRhNotK 1998, 256 –).

§ 1 Abs. 2a GrEStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 stellt nicht mehr auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ab, sondern allein auf den Übergang von mindestens 95 v.H. der Gesellschaftsanteile. Außerdem ist ausdrücklich geregelt, dass auch mittelbare Anteilsübertragungen Grunderwerbsteuer auslösen können. Die Neuregelung gilt für Erwerbsvorgänge, die nach dem 31. 12. 1999 verwirklicht werden.

##### 2. Personengesellschaft

Personengesellschaften i.S.d. § 1 Abs. 2a GrEStG sind insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (einschließlich der GmbH & Co. KG). Dazu gehören auch Personengesellschaften, deren Zweck sich nicht im Halten und Verwalten von inländischen Grundstücken erschöpft.

##### 3. Vermögen der Personengesellschaft

Die Regelung betrifft diejenigen Grundstücke, die während des Zeitraums, in dem sich der Gesellschafterbestand um mindestens 95 v.H. der Anteile ändert, durchgängig zum Vermögen der Personengesellschaft gehören. Ein Grundstück gehört auch

dann durchgängig zum Vermögen der Gesellschaft, wenn es im Zusammenhang mit einem vorgefassten Plan erst nach einem teilweise vollzogenen Gesellschafterwechsel erworben wurde. Zum Vermögen einer Personengesellschaft gehören nicht nur die Grundstücke, die sich bereits im Eigentum der Personengesellschaft befinden oder deren Erwerb nach § 1 Abs. 1 GrEStG steuerbar gewesen ist, sondern auch solche Grundstücke, über die die Personengesellschaft die Verwertungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 2 GrEStG (z.B. durch ein unwiderrufliches Verkaufsangebot) erlangt hat. Grundstücke, die der Personengesellschaft nach § 1 Abs. 3 GrEStG zuzurechnen sind, gehören ebenfalls zum Vermögen der Personengesellschaft.

#### 4. Änderung des Gesellschafterbestandes

Der Gesellschafterbestand kann sich durch Übergang von Anteilen an der Personengesellschaft auf neue Gesellschafter (derivativer Erwerb) oder durch Erwerb von zusätzlichen Gesellschaftsanteilen durch neue Gesellschafter (originärer Erwerb) ändern. Unter Anteil an der Personengesellschaft ist – wie bei §§ 5 und 6 GrEStG – der Anteil der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu verstehen. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist der den einzelnen Gesellschaftern zustehende Wertanteil am Reinvermögen (vgl. BFH-Urteil vom 3. 3. 1993, BFH/NV, 494) als schuldrechtlicher, gesellschaftsvertraglicher Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesamthand. Die wertmäßige Beteiligung ergibt sich aus den gesellschaftsinternen Vereinbarungen, hilfsweise aus §§ 722, 734 BGB bzw. §§ 120 – 122 HGB. Für die Tatbestandsverwirklichung kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Leistung der Einlagen an.

Änderungen der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der Altgesellschafter im Verhältnis zueinander sind nicht zu berücksichtigen. Altgesellschafter in diesem Sinne sind alle, die vor dem Beginn des Fünfjahreszeitraums des § 1 Abs. 2a GrEStG unmittelbar oder mittelbar an der Gesellschaft beteiligt waren.

##### 4.1 Derivativer Erwerb

Beim derivativen Erwerb liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG vor, wenn mindestens 95 v.H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen unmittelbar oder mittelbar auf neue Gesellschafter übergehen. Ein Gesellschafterwechsel liegt auch dann vor, wenn sich dieser durch übertragende Umwandlung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger vollzieht (vgl. BFH-Urteil vom 29. 1. 1997 – BStBl II, 296). Bei der Ermittlung des Vmhundertsatzes sind insbesondere zu berücksichtigen:

- a) Veränderungen der Vermögensbeteiligungen durch bloße Kapitaländerungen (Beispiel 4.2.1),
- b) Begründung von Treuhandverhältnissen (Beispiel 4.2.2), Treuhänder- und Treugeberwechsel, nicht dagegen die Rückübertragung auf den Treugeber,
- c) mittelbare Veränderungen der Vermögensbeteiligungen (z.B. Änderungen der Beteiligungsverhältnisse bei einer Komplementär-GmbH); diese sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschaft, die unmittelbar oder mittelbar an der grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist, zu mindestens 95 v.H. ändern (Beispiele 4.2.3 und 4.2.4). Bei mehrstufigen mittelbaren Beteiligungen ist die Prüfung, ob die 95 v.H.-Grenze erreicht ist, für jede Beteiligungsebene gesondert zu prüfen. Ist die 95 v.H.-Grenze erreicht, dann ist die mittelbare Beteiligung in voller Höhe zu berücksichtigen (nicht nur in Höhe von 95 v.H.; vgl. Beispiel Tz. 4.2.3).

##### 4.2 Beispiele

4.2.1 Eine Gesellschaft besteht aus fünf Gesellschaftern, die jeweils zu 20 v.H. am Vermögen beteiligt sind. Das Gesellschaftsvermögen beträgt 100.000,- DM. Drei Gesellschafter übertragen ihre Anteile auf neue Gesellschafter. Anschließend wird innerhalb des Fünfjahreszeitraums das Vermögen im Wege der Kapitalerhöhung auf 1.000.000,- DM aufgestockt, wobei das zusätzliche Kapital ausschließlich auf die Anteile der

hinzugetretenen Gesellschafter entfällt. Da die Altgesellschafter weiterhin zusammen nur zu 40.000,- DM am Vermögen der Gesellschaft beteiligt bleiben, sind auf die Neugesellschafter insgesamt 96 v.H. der nunmehr bestehenden Anteile übergegangen. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Tz. 11.

4.2.2 An der Komplementär-GmbH, die 20 v.H. der Anteile einer GmbH & Co. KG hält, ist zu 100 v.H. eine weitere GmbH beteiligt, deren gesamte Anteile veräußert werden. Der einzige Kommanditist, der bisher 80 v.H. der GmbH & Co. KG-Anteile gehalten hat, vereinbart mit zwei Treugebern, für diese zukünftig jeweils 20 v.H. der Kommanditanteile treuhänderisch zu halten, außerdem veräußert er weitere 35 v.H. der Kommanditanteile an Dritte. Die Veränderung der mittelbaren Beteiligung an der GmbH (20 v.H.), die Vereinbarung der Treuhandverhältnisse (40 v.H.) und die Veräußerung der 35 v.H. der Kommanditanteile sind zusammen zu berücksichtigen und führen zu einem Übergang von Gesellschaftsanteilen in Höhe von 95 v.H. auf neue Gesellschafter und erfüllen zusammen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Tz. 11.

4.2.3 An einer grundbesitzenden oHG sind A zu 85 v.H., B zu 5 v.H. und die C-GmbH zu 10 v.H. beteiligt. Die Anteile der C-GmbH halten X zu 90 v.H. und Y und Z zu je 5 v.H. In 01 überträgt A seine gesamte Beteiligung an der oHG auf D, in 02 übertragen X und Y ihre Anteile an der C-GmbH auf E und F. Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i.H.v. 85 v.H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-GmbH liegt ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i.H.v. 10 v.H. vor, weil die Änderung der Anteile an der C-GmbH 95 v.H. beträgt. Die mittelbare Anteilsänderung ist nicht anteilig (95 v.H. von 10 v.H.), sondern voll mit 10 v.H. zu berücksichtigen. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Tz. 11.

4.2.4 Eine GmbH ist als persönlich haftende Gesellschafterin zu 20 v.H. am Gesellschaftsvermögen einer GmbH & Co. KG beteiligt. Alle Kommanditisten übertragen ihre Anteile auf neu hinzutretende Kommanditisten. Außerdem werden 80 v.H. der Anteile an der GmbH an diese neu hinzutretenden Kommanditisten veräußert. Die Übertragung der Kommanditanteile allein erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG. Der Wechsel im Gesellschafterbestand der GmbH ist nicht mit dem unmittelbaren Gesellschafterwechsel zusammenzurechnen, weil sich die Beteiligungsverhältnisse der GmbH nicht zu mindestens 95 v.H. geändert haben. § 1 Abs. 2a GrEStG ist somit nicht erfüllt.

##### 4.3 Originärer Erwerb

Unter originärem Erwerb ist hier der Beitritt neuer Gesellschafter bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung zu verstehen. Soll das (künftige) Eigenkapital der Gesellschaft aufgrund eines vorgefassten Plans – wie es z.B. bei der Durchführung größerer Immobilien-Investitionsvorhaben üblich ist – durch entsprechende Kapitalerhöhungen erbracht werden, ist § 1 Abs. 2a GrEStG erfüllt, wenn die neuen Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren entsprechend dem vorgefassten Plan bezogen auf das geplante Eigenkapital im Verhältnis zu den Beteiligungen der Altgesellschafter zu mindestens 95 v.H. beteiligt sind (vgl. Beispiel 1).

Altgesellschafter sind die Gründungsgesellschafter und grundsätzlich auch alle, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks unmittelbar oder mittelbar an der Gesellschaft beteiligt gewesen sind. Gesellschafter, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks an der Gesellschaft beteiligt waren, sind neue Gesellschafter und nicht Altgesellschafter, wenn ihre Beteiligung mit einer Immobilieninvestition nach einem vorgefassten Plan verknüpft ist (vgl. Beispiel 2).

##### Beispiel 1:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5.000,- DM eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes ein Grundstück erwirbt. Entspre-

chend der vorhandenen Finanzierungsplanung beteiligt sich zunächst ein weiterer Gesellschafter C mit 190.000,- DM an der Gesellschaft. Anschließend treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die erforderliche Kapitalaufstockung auf insgesamt 4 Mio DM vollzogen ist. In diesem Fall ist § 1 Abs. 2a GrEStG nicht bereits mit dem Beitritt des C, sondern erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung i.H.v. 95 v.H., bezogen auf 4 Mio DM, verwirklicht, zu der auch der Kapitalbeitrag des C gehört.

#### Beispiel 2:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5.000,- DM eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nunmehr beteiligt sich C mit einer Einlage von 300.000,- DM. Anschließend erwirbt die Gesellschaft ein Grundstück zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes. Danach treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die Kapitalaufstockung entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung auf insgesamt 4 Mio DM vollzogen ist.

Obwohl C der Personengesellschaft vor dem Erwerb des Grundstücks beigetreten ist, gehört sein Beitritt im Hinblick auf den vorgefassten Plan zu dem nach § 1 Abs. 2a GrEStG maßgeblichen Gesellschafterwechsel, d.h. C gilt hier als neuer Gesellschafter. Erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung i.H.v. 95 v.H., bezogen auf 4 Mio DM, sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG erfüllt.

Fällt die Kapitalerhöhung nachträglich geringer aus als es dem Finanzierungsplan entspricht, weil sich z.B. die Investitionskosten verringert haben, ist das Teilungsverhältnis der Alt- und Neugesellschafter zur Ermittlung der 95 v.H.-Grenze von dem verringerten Eigenkapital zu berechnen. Für die Ermittlung dieses Eigenkapitals ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Investition tatsächlich vorgenommen wurde, spätestens wenn das Objekt fertig gestellt worden ist.

#### 5. Fünfjahreszeitraum

Für die Beurteilung der Frage, ob aufgrund einer Änderung des Gesellschafterbestandes von mindestens 95 v.H. der Anteile eine Grundstücksübertragung anzunehmen ist, sind alle Anteilsübertragungen innerhalb von fünf Jahren zu berücksichtigen. Die Fünfjahresfrist gilt für die Zusammenrechnung von sukzessiven Anteilsübertragungen. Übertragungen von mindestens 95 v.H. der Anteile, die in einem Rechtsakt vollzogen werden, vollziehen sich in einer logischen Sekunde, also immer innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren. § 1 Abs. 2a GrEStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 ist erstmals auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die die Voraussetzungen dieser Bestimmung nach dem 31. 12. 1999 erfüllen (§ 23 Abs. 6 GrEStG). Der Fünfjahreszeitraum kann schon vor dem 1. 1. 2000 begonnen haben.

#### 6. Anteilserwerb von Todes wegen

Gehen Anteile an der Personengesellschaft von Todes wegen auf neue Gesellschafter über, bleibt der Erwerb dieser Anteile bei der Ermittlung des 95 v.H.-Satzes i.S.d. § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG außer Ansatz.

#### 7. Grundstückserwerbe von einem Gesellschafter

Hat die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschafterbestandes von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben und ist die für diesen Fall vorgesehene Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, ist die Steuer insoweit zu erheben, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert. In diesen Fällen ist die Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand ein rückwirkendes Ereignis i.S.d. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO. Die Festsetzungsfrist endet insoweit nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt des Ereignisses (§ 16 Abs. 4 GrEStG).

§ 5 Abs. 3 GrEStG ist nach § 23 Abs. 6 S. 2 GrEStG auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31. 12. 1999 verwirklicht werden. Erwerbsvorgänge in diesem Zusammenhang sind solche, auf die § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG anzuwenden sind. Werden solche Erwerbsvorgänge bis zum 31. 12. 1999 verwirklicht, gelten bei Anteilsverminderungen weiterhin die Grundsätze der Rechtsprechung des BFH zu § 5 GrEStG (vgl. Urteil vom 30. 10. 1996 – BStBl II 1997, 87).

Steht die Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand im Zusammenhang mit einem Gesellschafterwechsel i.S.d. § 1 Abs. 2a GrEStG, ist auf die für den Gesellschafterwechsel nach § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GrEStG zu ermittelnde Bemessungsgrundlage die Bemessungsgrundlage für den Erwerbsvorgang anzurechnen, für den aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG zu versagen ist, vgl. Beispiel 7.1.1. Es bestehen keine Bedenken, § 1 Abs. 2a S. 3 GrEStG auch auf die Fälle sinngemäß anzuwenden, in denen sich die Vergünstigung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG noch nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. Urteil vom 30. 10. 1996 – BStBl II 1997, 87) richtet, weil die Personengesellschaft bereits vor dem 1. 1. 2000 und damit vor dem zeitlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 GrEStG von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben hat. Diese für die Gewährung der Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gelten auch für § 6 Abs. 3 GrEStG (vgl. Tz. 11). Es bestehen deshalb keine Bedenken, § 1 Abs. 2a S. 3 GrEStG auch dann anzuwenden, wenn der nach § 1 Abs. 2a GrEStG zu besteuern Gesellschafterwechsel zur Rückgängigmachung der Begünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG führt.

Durch die Vergünstigung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG wegen des Gesellschafterwechsels wird die Gesellschaft grunderwerbsteuerlich so behandelt, als sei der neue Gesellschafter bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch die Personengesellschaft an dieser beteiligt (s.a. Tz. 7.1.2). Hinsichtlich der sich aus dem Gesellschafterwechsel ergebenden Beteiligungsquote des Gesellschafter an der neuen Personengesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 2a GrEStG scheidet eine Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG jedoch aus, weil sich sonst eine Doppelbegünstigung ergeben würde. Da § 1 Abs. 2a S. 3 GrEStG eine Doppelbelastung vermeiden soll, ist die Anrechnung nur vorzunehmen, wenn das Ausscheiden des Gesellschafter, der das Grundstück übertragen hat, oder die Verringerung seiner Beteiligung durch Übertragung auf einen neuen Gesellschafter gleichzeitig einen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels darstellt. Die Veränderung der Teilungsverhältnisse unter Altgesellschaftern stellt keinen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels dar; deshalb ist die Bemessungsgrundlage des Erwerbsvorgangs, für den die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG zu versagen ist, nicht nach § 1 Abs. 2a S. 3 GrEStG zu berücksichtigen (s. auch Tz. 4 S. 6).

#### 7.1 Beispiele

7.1.1 An der A & B oHG ist A zu 95 v.H. und B zu 5 v.H. beteiligt. A veräußert der oHG nach dem 31. 12. 1999 sein Grundstück zum Kaufpreis von 400.000,- DM, dessen Wert i.S.d. § 8 Abs. 2 GrEStG (Bedarfswert) 380.000,- DM beträgt. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur von 20.000,- DM (= 5 v.H.) zu bemessen.

Verringert A innerhalb von 5 Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v.H. der Gesellschaftsanteile an C, ist die Steuer von dem anteiligen Kaufpreis von 360.000,- DM (= 90 v.H.) nach § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu bemessen.

Veräußert anschließend B innerhalb des Fünfjahreszeitraums seinen Gesellschaftsanteil (5 v.H.) an D, liegen die Vorausset-

zungen des § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG vor. Von der gem. § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GrEStG hierfür gültigen Bemessungsgrundlage (Bedarfwert in Höhe von 380.000,- DM) wird die Steuer gem. § 6 Abs. 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 GrEStG jedoch nicht erhoben, soweit die Berechtigung der Gesamthänder am gesamthänderisch gebundenen Vermögen in beiden Gesamthandsgemeinschaften übereinstimmt. Dies ist hier im Hinblick auf den Anteil von 5 v.H. des A der Fall. Somit sind vom Bedarfwert 19.000,- DM (= 5 v.H. von 380.000,- DM) von der Besteuerung freizustellen. Auf die so ermittelte Bemessungsgrundlage von 361.000,- DM (380.000,- DM minus 19.000,- DM) ist nunmehr noch die Bemessungsgrundlage anzurechnen, von der die Steuer aufgrund der Versagung der Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG nachträglich zu erheben ist (360.000,- DM). Somit verbleibt als endgültige Bemessungsgrundlage im Hinblick auf den Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG ein Betrag von 1.000,- DM. Die Steuer ist aufgrund der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 1 GrEStG nicht zu erheben.

7.1.2 An der A & B oHG ist A zu 95 v.H. und B zu 5 v.H. beteiligt. A veräußert der oHG nach dem 31. 12. 1999 sein Grundstück. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur in Höhe von 5 v.H. der Bemessungsgrundlage zu erheben. Verringert A innerhalb von 5 Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v.H. der Gesellschaftsanteile an B, ist die Steuer bei A bzw. bei der oHG in Höhe von 90 v.H. der Bemessungsgrundlage gem. § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu erheben. In der Hand des B löst das Rechtsgeschäft, durch das der Anspruch auf Übertragung von 90 v.H. des Anteils am Vermögen der oHG von A auf B begründet wird, den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG aus, weil durch die Übertragung 95 v.H. der Anteile am Vermögen der oHG in seiner Hand vereinigt werden. B wird durch die Vereinigung von 95 v.H. dieser Anteile Grunderwerbsteuerlich so behandelt, als habe er das Grundstück von der oHG erworben. Für den Erwerb durch B wird deshalb die Steuer in Höhe seines Anteils an der oHG (95 v.H.) gem. § 6 Abs. 2 GrEStG nicht erhoben. § 6 Abs. 4 GrEStG steht dem nicht entgegen, weil der Erwerb des Grundstücks durch die oHG aufgrund des § 5 Abs. 3 GrEStG Grunderwerbsteuerlich so behandelt wird, als sei B zum Zeitpunkt des Erwerbs bereits zu 95 v.H. am Vermögen der oHG beteiligt (entsprechende Anwendung der BFH-Urteile vom 25. 2. 1969, BStBl II, 400, und 14. 6. 1973, BStBl II, 802).

Veräußert anschließend B seine gesamte Beteiligung (95 v.H.) an C, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG vor (Erwerb des Grundstücks von der A und B oHG durch die A und C oHG). Da A jedoch mit 5 v.H. am Vermögen der aufgrund der Fiktion des § 1 Abs. 2a GrEStG erwerbenden neuen oHG und der alten oHG beteiligt ist, wird die Steuer in Höhe dieses Anteils gem. § 6 Abs. 3 GrEStG nicht erhoben (vgl. dazu auch Tz. 11).

#### 8. Verhältnis zu § 1 Abs. 3 GrEStG

Ändert sich der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft, kann eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2a oder 3 GrEStG in Betracht kommen. § 1 Abs. 2a GrEStG geht der Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG vor. Die Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG wird durch § 1 Abs. 2a GrEStG dann ausgeschlossen, wenn nach dessen S. 3 oder einer Befreiungsvorschrift die Steuer nicht erhoben wird.

#### 9. Verhältnis zu § 1 Abs. 6 GrEStG

Die Streichung des § 1 Abs. 2a GrEStG im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 6 GrEStG trägt dem Umstand Rechnung, dass § 1 Abs. 2a GrEStG einen Übergang des Grundstücks von einer Personengesellschaft auf eine andere Personengesellschaft fingiert, die für die Anwendung des § 1 Abs. 6 GrEStG u.a. erforderliche Erwerberidentität also nicht gegeben ist.

#### 10. Verhältnis zu Befreiungsvorschriften

§ 1 Abs. 2a GrEStG fingiert einen rechtsgeschäftlichen Grundstücksübergang. Dabei sind die Steuerbefreiungen des § 3 i.V.m. § 6 Abs. 3 und 4 GrEStG zu beachten.

Beispiel:

A, B und C sind Gesellschafter einer oHG. A überträgt seinen Anteil von 90 v.H. auf seinen Sohn D. B überträgt seinen Anteil von 8 v.H. auf den ihm fremden E. Auf die Übertragung des Anteils von A auf D, die zusammen mit der Anteilsübertragung von B auf E einen Grundstücksübergang nach § 1 Abs. 2a GrEStG auslöst, ist § 3 Nr. 6 GrEStG anzuwenden. Zu besteuern sind nur 8 v.H. der Bemessungsgrundlage für die Übertragung des B auf E, da für die 2 v.H. des C § 6 Abs. 3 GrEStG anzuwenden ist (vgl. Tz. 11).

#### 11. Verhältnis zu § 6 Abs. 3 GrEStG

In den Fällen des § 1 Abs. 2a GrEStG ist nach der neuen Rechtslage § 6 Abs. 3 GrEStG anzuwenden, sofern der Gesellschafterbestand nicht vollständig wechselt. Es wird ein rechtsgeschäftlicher Grundstücksübergang fingiert, bei dem Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GrEStG der Wert i.S.d. § 138 Abs. 2 und 3 BewG ist. Die Steuer wird nicht erhoben, soweit der neue Anteil des in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafters dem Anteil entspricht, zu dem er am Vermögen der Gesamthand vor Gesellschafterwechsel beteiligt war.

Beispiel:

An der A & B oHG ist A mit einer Einlage von 10.000,- DM zu 10 v.H. und B mit einer Einlage von 90.000,- DM zu 90 v.H. beteiligt. B überträgt seinen Anteil auf C. Unter Kapitalaufstockung auf insgesamt 400.000,- DM tritt ein weiterer Gesellschafter D mit einer Einlage von 300.000,- DM in die Gesellschaft ein. Mit der Übertragung der Gesellschaftsanteile des B an C und dem Eintritt des Gesellschafters D gehen innerhalb von fünf Jahren im Verhältnis zum Gesellschaftsanteil des A 97,5 v.H. der Anteile der Gesellschaft nach Kapitalaufstockung auf andere Gesellschafter über. Die Steuer wird nach § 6 Abs. 3 GrEStG in Höhe von 2,5 v.H. der Bemessungsgrundlage (Wert nach § 138 Abs. 2 oder 3 BewG) nicht erhoben.

Die Voraussetzungen für die Gewährung der Vergünstigung nach § 6 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GrEStG liegen jedoch dann nicht vor, wenn und soweit entsprechend einem vorgefassten Plan in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand die Gesamthänder ihre gesamthänderische Beteiligung völlig oder teilweise aufgeben oder sich ihre Beteiligung durch Hinzutritt weiterer Gesamthänder verringern soll (BFH-Urteile vom 24. 4. 1996, BStBl II, 458; vom 12. 6. 1996, BFH/NV, 930; vom 12. 6. 1996, BFH/NV 1997, 146; vom 10. 3. 1999, BFH/NV, 1376).

#### 12. Verhältnis zu § 16 GrEStG

§ 16 GrEStG ist im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2a GrEStG nur dann anzuwenden, wenn alle Gesellschafterwechsel, die zu einer Verwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG geführt haben, rückgängig gemacht werden.

#### 13. Bemessungsgrundlage

Nach § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GrEStG ist Bemessungsgrundlage für den fiktiven rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb der Wert i.S.d. § 138 Abs. 2 und 3 BewG (zur Bewertung siehe Abschnitte 124 ff. ErbStR – BStBl I Sonderm. 2/1998, 2). Die Bemessungsgrundlage ist nicht auf die Anteile der eintretenden Gesellschafter und der Altgesellschafter aufzuteilen, auch bei einer Übertragung von weniger als 100 v.H. der Anteile einer Gesellschaft ist Bemessungsgrundlage der volle Grundbesitzwert. Zur Anwendung des § 6 Abs. 1 und 3 GrEStG siehe aber die Ausführungen zu Tz. 11. Beruht die Änderung des Gesellschafterbestandes auf einem vorgefassten Plan zur Bebauung

eines Grundstücks, ist der Wert des Grundstücks nach § 8 Abs. 2 S. 2 GrEStG nach den tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes maßgebend. Dies gilt nach § 23 Abs. 6 GrEStG für Erwerbsvorgänge, die nach Verkündung des Gesetzes am 31. 3. 1999 verwirklicht werden.

#### 14. Steuerschuldner und Bekanntgabe des Steuerbescheids

Steuerschuldner ist in den Fällen des § 1 Abs. 2a GrEStG die Personengesellschaft in ihrer jeweiligen Zusammensetzung (§ 13 Nr. 6 GrEStG). Der fiktive Grundstücksübergang auf eine neue Gesellschaft hat verfahrensrechtlich keinen Einfluss auf den Fortbestand der Gesellschaft. Gegen sie als Inhaltsadressaten ist der Steuerbescheid zu richten (§ 157 Abs. 1 S. 2 AO). Bekannt zu geben ist er an die im Zeitpunkt der Bekanntgabe vertretungsberechtigten Personen (§§ 709, 710 BGB). Hinweis auf BFH-Urteil vom 12. 12. 1996 – BStBl II 1997, 299.

#### 15. Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht nach § 19 Abs. 1 Nr. 3a GrEStG trifft die zur Geschäftsführung befugten Personen.

#### 16. Zeitlicher Anwendungsbereich

Dieser Erlass ist vorbehaltlich der Ausführungen zu § 6 Abs. 3 GrEStG (Tz. 11) und § 8 Abs. 2 GrEStG (Tz. 13) auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31. 12. 1999 verwirklicht werden. § 6 Abs. 3 GrEStG (Tz. 11) und § 8 Abs. 2 GrEStG (Tz. 13) sind bereits auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31. 3. 1999 verwirklicht werden. Zur Besonderheit der Anwendung des § 5 Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 2a S. 3 GrEStG wird auf Tz. 7 verwiesen. Die gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom 24. 6. 1998 (BStBl I, 925 = MittRhNotK 1998, 256) sind im Übrigen auf Erwerbsvorgänge, die bis zum 31. 12. 1999 verwirklicht worden sind, anzuwenden.

Dieser Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder und wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht (BStBl 2000 I, 344).

#### II. Erlaß vom 16. 5. 2000 – 3 – S 4501/6

Nach dem Bezugserrlass vom 11. 11. 1998 3 – S 4501/6 sind bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG der bloße Treuhänderwechsel sowie die Übernahme treuhänderisch gehaltener Anteile unmittelbar durch den Treugeber nicht zu berücksichtigen. An dieser Rechtsauffassung kann nach Inkrafttreten des § 1 Abs. 2a GrEStG i.d.F. des StEntlG 1999/2000/2002 nicht mehr festgehalten werden. Während § 1 Abs. 2a GrEStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 1997 Gestaltungen der Besteuerung unterwarf, bei denen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft derart ausgetauscht wird, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung dieser Gesellschafterwechsel als ein auf die Übereignung eines inländischen Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft anzusehen ist, stellt § 1 Abs. 2a GrEStG i.d.F. des StEntlG 1999/2000/2002 nicht mehr auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ab, sondern allein auf den Übergang von mindestens 95 v. H. der Gesellschaftsanteile (vgl. Tz. 1 des gleich lautenden Ländererlasses vom 7. 2. 2000, s. oben). Die Fälle des bloßen Treuhänderwechsels und der unmittelbaren Übernahme treuhänderisch gehaltener Anteile durch den Treugeber sind deshalb bei Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG i.d.F. des StEntlG 1999/2000/2002 zu berücksichtigen (vgl. Tz. 4.1. des gleich lautenden Ländererlasses vom 7. 2. 2000, s. oben).

Der Bezugserrlass vom 11. 11. 1998 hat deshalb nur noch Bedeutung für Erwerbsvorgänge, die bis zum 31. 12. 1999 verwirklicht worden sind. Für nach dem 31. 12. 1999 verwirklichte Erwerbsvorgänge ist er nicht mehr anzuwenden.

## Buchbesprechungen

1. a) **Martens, Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2000, 113 Seiten, DM 58,-** (Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln)

b) **Schaaf, Die Praxis der Hauptversammlung, 2. Aufl. 1999, 512 Seiten, DM 148,-** (RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln)

Zwei Standardwerke zur Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft sind in der zweiten Auflage erschienen: **Martens, Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft**, und **Schaaf, Die Praxis der Hauptversammlung**.

Der Notar, der in der Hauptversammlung die gem. § 130 Abs. 1 AktG beurkundungspflichtigen Vorgänge in der notariellen Niederschrift beurkundet, darf dies nicht „mit geschlossenen Augen“ tun. Zwar trifft den Notar bei der Aufnahme der Niederschrift keine umfassende Prüfungs- und Belehrungs- und Einwirkungspflicht (Hüffer, AktG, 4. Aufl., § 130 Rn. 12). Über gravierende Rechtsverstöße darf der Notar aufgrund seiner Amtsstellung jedoch nicht hinweggehen. Beide Werke liefern dem Notar die notwendigen Kenntnisse der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen einer Hauptversammlung.

Die Autoren gehen bei ihren Darstellungen von der Hauptversammlung einer Publikumsgesellschaft aus, die sich insbesondere aufgrund des großen Aktionärskreises und der sich daraus ergebenden Fragestellungen gravierend von der Hauptversammlung einer nur aus wenigen Aktionären bestehenden Gesellschaft unterscheidet.

**Martens** versteht sein Werk – wie schon im Vorwort deutlich wird – als „praktische Handreichung für die Entscheidung vor

Ort“. Er legt zunächst die tatsächlichen Rahmenbedingungen der Hauptversammlung dar und wendet sich in einem zweiten Teil den rechtlichen Rahmenbedingungen zu. In 37 Leitsätzen gibt **Martens** kurz Antwort auf die wichtigsten Fragen, die sich beim Ablauf einer Hauptversammlung stellen (u.a. Zutritt zur Hauptversammlung, Dokumentation der Hauptversammlung, Leitungs- und Ordnungsmaßnahmen zur zeitlichen Begrenzung der Hauptversammlung, Abstimmung). Die Leitsätze werden in einem anschließenden Teil erläutert, wobei die wesentlichen Streitstände prägnant wiedergegeben werden. Dabei überzeugt insbesondere der Abschnitt „Leitungs- und Ordnungsmaßnahmen zur zeitlichen Begrenzung der Hauptversammlung“. Der Versammlungsleiter hat – wie **Martens** zutreffend darlegt – für eine zügige Erledigung der Tagesordnung zu sorgen. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, steht ihm ein Katalog von Leitungs- und Ordnungsbefugnissen zur Verfügung. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit stellt **Martens** eine überzeugende Reihenfolge der Ordnungsmaßnahmen auf. Das Stichwortverzeichnis sowie die Schlagworte am Rand erleichtern ein schnelles Auffinden des Gesuchten. Dies alles macht den Leitfaden zu einem unentbehrlichen Ratgeber in der Hauptversammlung.

Nicht nur für Entscheidungen vor Ort, sondern insbesondere auch für die Vorbereitung der Hauptversammlung ist das Werk von **Schaaf** konzipiert. In der wesentlich erweiterten zweiten Auflage behandelt **Schaaf** nach einer Einleitung in sieben Abschnitten die Komplexe „Organisatorische Vorbereitung der Hauptversammlung“, „Einberufung der Hauptversammlung und Mitteilungspflichten“, „Teilnahmerecht und Teilnahmepflicht an der Hauptversammlung“, „Leitung und Ablauf der Hauptversammlung“, „Hauptversammlungsprotokolle/Aufzeichnungen“,

„Rechtsstreitigkeiten“ und „Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und ihr Einfluß auf das Aktienrecht“. Für den Notar von besonderem Interesse ist die ausführliche Darstellung der „notariellen Niederschrift“: *Schaaf* (Rn. 820–826) begrenzt die Protokollierungspflicht des Notars gem. § 130 AktG auf solche Umstände, von denen die Beständigkeit und Wirksamkeit des Beschlusses abhängt und erteilt somit einer in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach alle rechtlich erheblichen Vorgänge in der Hauptversammlung in die Niederschrift aufzunehmen seien mit der Folge der Amtspflichtverletzung bei Verstoß, eine Absage. *Schaaf* weist aber auch darauf hin, daß es aus Beweisgründen zweckmäßig sein kann, über den gesetzlich geforderten Mindestinhalt hinaus, weitere Angaben in die Niederschrift aufzunehmen. Das Buch schließt mit einem umfangreichen Anlageverzeichnis, bei dem insbesondere das Muster einer Niederschrift der Hauptversammlung besonders hervorzuheben ist. *Schaaf* stellt die Praxis der Hauptversammlung dar und berücksichtigt dabei in angemessenem Umfang Rspr. und Lit. Angesichts des umfangreichen Werkes wäre ein ausführlicheres Stichwortverzeichnis wünschenswert gewesen.

Fazit: Beide Werke ergänzen sich gut und leisten dem Notar, der mit der Beurkundung einer Hauptversammlung betraut wird, wertvolle Dienste.

Notarassessorin Dr. Viola Kruse, Bonn

**2. a) Graf von Bernstorff, Dr. Christoph, Vertrags-, Kauf-, Handels- und Gesellschaftsrecht in den Mitgliedstaaten der europäischen Union, 1. Aufl. 1998, 318 Seiten, DM 88,- (Bundesanzeiger Verlag, Köln)**

**b) Graf von Bernstorff, Dr. Christoph, Vertrags-, Kauf-, Handels- und Gesellschaftsrecht in Osteuropa, 1. Aufl. 1999, 315 Seiten, DM 94,- (Bundesanzeiger Verlag, Köln)**

Die im Titel genannten Rechtsgebiete aller Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und aller Rechtsordnungen Osteuropas auf so engem Raum darzustellen, ist mutig. Denn trotz Harmonisierung unterscheiden sich das Vertrags-, Kauf-, Handels- und Gesellschaftsrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zwischen einzelnen Staaten – insbesondere zum angelsächsischen Rechtskreis immer noch fundamental. Solche Unterschiede gelten erst recht im Vergleich zwischen den Staaten Osteuropas.

Im erstgenannten Buch führt *Graf von Bernstorff* zunächst allgemein in das Europarecht ein (S. 21–42). Diese Einführung ist knapp und sogar für Leser ohne juristische Vorkenntnisse verständlich geschrieben. Neben den Organen der Europäischen Union werden Rechtsvorschriften, Ermächtigungen, Verordnungen, Richtlinien, individuelle Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen erläutert. Der Binnenmarkt und die vier Grundfreiheiten des Marktes (freier Warenverkehr, freier Personenverkehr, freier Dienstleistungsverkehr, freier Kapital- und Zahlungsverkehr) werden in groben Zügen vorgestellt (S. 34 ff.).

Im zweiten Teil des Buches (S. 44–140) behandelt der Autor das Vertragsrecht in Europa, insbesondere das Zustandekommen von Verträgen, die Formvorschriften, die Stellvertretung (hierbei auch die allgemeine Bedeutung des Handelsregisters), die allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Recht des internationalen Warenkaufs einschließlich UN-Kaufrecht, die Gewährleistungs- und die Verjährungsregeln. Der dritte Teil ist dem Handels- und Gesellschaftsrecht gewidmet. Nicht immer sind die Überschriften glücklich gewählt, etwa wenn im Abschnitt 13 „Handelsrecht in Europa“ unter dem Gliederungspunkt 13.2 „Die Regelungen im einzelnen“ sich nur ein bedeutungsvoller Satz findet: „Die Harmonisierungsbestrebungen beziehen sich auf die Unternehmensgründung, Registrierung, Vertretung und Rechnungslegung“.

In diesem dritten Teil werden zum Handelsrecht (auf 4 Seiten) die Unternehmensgründung, Registrierung, Handelsvertretung, Rechnungslegung, das „soft law“, zum Unternehmensrecht für alle Rechtsordnungen der Europäischen Union (auf 41 Seiten) die Niederlassungsfreiheit, Einzelregelungen, Überblick, Inhalt und Umsetzung der Richtlinien, das Recht der Aktiengesellschaft, der GmbH, der EWIV, der *société européenne*, weitere Zielsetzungen und die einzelnen Länderregelungen für Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden und Spanien dargestellt. Daß bei einem solchen thematischen Inhaltsreichtum bei dem zur Verfügung stehenden Raum keine Details vermittelt werden können, ist selbstverständlich.

Der vierte Teil des Buches ist einigen Kreditsicherheiten in der EU, namentlich dem Eigentumsvorbehalt, der Forderungsabtretung und dem Hypothekenrecht gewidmet. Hier fehlen sicher wichtige Kreditsicherheiten, wie das z.B. in Spanien bedeutende Mobiliarpfandrecht. Immerhin im Literaturverzeichnis findet sich ein Hinweis auf die von Notar a.D. *Dr. Hans Georg Wehrens* entworfene Eurohypothek. Indem der Autor *Graf von Bernstorff* die Verfahrens- und Registerregelungen gegenüberstellt, zeigt sich jedoch, daß zur Vorbereitung eines einheitlichen europäischen Grundpfandrechts in etlichen EU-Staaten noch Harmonisierungsbedarf insbesondere im Registerverfahrensrecht besteht.

Im fünften Teil stellt *Graf von Bernstorff* das Wechselrecht in Europa dar (S. 271–291). Im Anhang (S. 292 ff.) sind die Richtlinien des Rates vom 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter und die Verordnung vom 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EwIV) abgedruckt. Den Abschluß des Buches bildet ein dreiseitiges Adreßverzeichnis mit einer Auswahl von Institutionen, Behörden und Beratungsstellen in der Europäischen Union. Das Buch wird abgerundet mit einem Stichwortverzeichnis.

Das zweite Praxishandbuch zu Osteuropa wird im ersten Teil „Grundlagen“ nach einer Einführung in den Themenbereich mit einem geschichtlichen Rückblick eröffnet. Auf S. 23 wird das bis 1918 geltende Recht dargestellt, auf S. 24 das nach 1918 geltende Recht. Auf S. 27–36 beschreibt *Graf von Bernstorff* die neueren Entwicklungen in Mittel- und Osteuropa.

Der zweite Teil des Buches stellt in einem Überblick auf 11 Seiten das Zivilrecht in den einzelnen Staaten Osteuropas dar nämlich Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Estland, Georgien, Kroatien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Rußland, Slowenien, Tschechien und Ungarn.

Einer Einführung in das Recht des internationalen Warenkaufs folgen allgemeine Darstellungen zum Zustandekommen von Verträgen, zu Kaufverträgen (Nichterfüllung und Schlechterfüllung) zum Eigentumsvorbehalt, zum Gefahrübergang und zur Verjährung.

Im dritten Teil des Buches wird die Rechtsverfolgung in Osteuropa (S. 105–120) dargestellt, vornehmlich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel. Der vierte Teil (S. 121–160) ist den Kreditsicherheiten gewidmet, dem Pfandrecht, der Sicherungsübereignung, der Hypothek sowie der Bürgschaft und Garantie. Im fünften Teil (S. 161–231) wird das Handels- und Gesellschaftsrecht auf 70 Seiten vorgestellt. Das Handelsvertreterrecht ist in diesem Teil integriert. Die einzelnen Gesellschaftsformen werden in Grundzügen länderspezifisch abgehandelt. Sehr instruktiv dürfte für Investoren und Unternehmer der sechste Teil des Buches sein. Dieser beschreibt die Investitionsbedingungen in Europa, die Finanzierungsmöglichkeiten, Finanzierungsinstrumente und stellt die einzelnen Förderprogramme mit entsprechenden Kontaktadressen vor.

*Graf von Bernstorff* ist es im Hinblick auf diese Stofffülle gelungen, wesentliche Grundzüge herauszufiltern und einander gegenüberzustellen. Schon deswegen sind beide Bücher auch