

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
Juli 2015
ISSN 1434-3460

13/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 899a, 717, 398, 413, 158; GBO § 47 Abs. 2 – Abtretung eines GbR-Anteils an grundbesitzhaltender Gesellschaft; Absicherung des Erwerbers

GBO § 48; BGB §§ 1192, 1132, 873, 874 – Mithaftvermerk bei Gesamtgrundschuld; Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Mithaftstellen; Vielzahl der Mithaftstellen

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HeimG § 14 a. F.; HGB § 7; BGB §§ 1922, 1937 – Erbeinsetzung der Geschäftsführerin eines ambulanten Pflegedienstes

BGB §§ 323 Abs. 5 S. 2, 444, 434 Abs. 1 S. 1 – Erheblichkeitsschwelle für Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB beim Grundstückskaufvertrag über Bestandsimmobilie; arglistiges Verschweigen i. S. d. § 444 BGB; Beschaffensvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 899a, 717, 398, 413, 158; GBO § 47 Abs. 2

Abtretung eines GbR-Anteils an grundbesitzhaltender Gesellschaft; Absicherung des Erwerbers

I. Sachverhalt

A und B sind die einzigen Gesellschafter einer grundbesitzhaltenden GbR. Im Grundbuch ist die GbR mit A und B als Gesellschaftern eingetragen. Es gelten die gesetzlichen Vertretungsregelungen.

A und B wollen die GbR evtl. dahingehend auseinandersetzen, dass A seinen Anteil an B gegen Zahlung eines Kaufpreises und gegen Übernahme der Verbindlichkeiten zur Alleinhaftung übernimmt. Alternativ erwägen die Beteiligten, dass A den Anteil an C gegen Erbringung entsprechender Gegenleistungen überträgt.

Die Beteiligten überlegen,

– die Abtretung unter die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung und der Haftentlassung zu stellen

oder

– unter die auflösende Bedingung, dass A vom Kaufvertrag wegen Nichterbringung der Gegenleistungen (Kaufpreiszahlung, Haftentlassung) zurücktritt.

II. Fragen

1. Stellt die Erbringung der Gegenleistung eine ungesicherte Vorleistung des Erwerbers dar, wenn die Abtretung lediglich aufschiebend auf die Erbringung der Gegenleistung bedingt ist?

2. Muss nicht eine auflösend bedingte Übertragung erfolgen, wobei die auflösende Bedingung im Rücktritt des Veräußerers liegt? Besteht das Risiko der Pfändung des GbR-Anteils?

III. Zur Rechtslage

Fraglich ist, welche **Risiken** die unterschiedlichen Gestaltungsvarianten **für Veräußerer und Erwerber** nach sich ziehen. Insoweit muss man zwischen dem Erwerb des Anteils als solchem (s. Ziff. 1) und dem Bestand des GbR-Vermögens unterscheiden (s. Ziff. 2).

1. Erwerb des GbR-Anteils

Der Gesellschafter einer GbR kann seinen Gesellschaftsanteil abtreten (§§ 413, 398 BGB i. V. m. § 717 BGB), grundsätzlich jedoch nur mit Zustimmung aller Mitgesellschafter (Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 717 Rn. 1).

a) Abtretung unter aufschiebender Bedingung

Die Abtretung **darf** dabei **unter der aufschiebenden Bedingung** der Kaufpreiszahlung oder Erbringung sonstiger Gegenleistungen **stehen**, § 158 Abs. 1 BGB (vgl. nur BeckOGK-BGB/Reyemann, Std.: 3.11.2014, § 161 Rn. 29 ff.; Muster bei Kersten/Bühling/M. Wachter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl. 2014, § 130 Rn. 150 M).

Die aufschiebende Bedingung **schützt den Erwerber vor anderweitigen Verfügungen** des Veräußerers. Gem. § 161 Abs. 1 S. 1 BGB ist jede weitere Verfügung des Veräußerers unwirksam, sobald die aufschiebende Bedingung eintritt. Bestellt der Veräußerer daher z. B. ein Pfandrecht am GbR-Anteil, ist die Bestellung des Pfandrechts *ipso iure* unwirksam, sobald der Erwerber seine Gegenleistung erbringt und die aufschiebende Bedingung eintritt. Nichts anderes gilt für die spätere Abtretung des GbR-Anteils. Nach § 161 Abs. 1 S. 2 BGB sind außerdem etwaige Pfändungsmaßnahmen in den GbR-Anteil mit Bedingungseintritt unwirksam.

Ist die GbR Eigentümerin von Grundbesitz, so fragt sich, ob der aufschiebend bedingte Erwerb gefährdet ist, wenn das Grundbuch keine Verfügungsbeschränkung i. S. v. § 161 Abs. 1 BGB verlautbart. Das ist zu verneinen. Ein **gutgläubiger Erwerb des GbR-Anteils** oder auch eines Pfandrechts am GbR-Anteil **kommt** mangels gesetzlicher Grundlage **nicht in Betracht**. Rechtsgrundlage für einen gutgläubigen Erwerb kann insbesondere **nicht § 899a S. 1 BGB** sein. Denn nach allgemeiner Ansicht beschränkt sich der Gutgläubesschutz auf das Grundvermögen der Gesellschaft, bezieht sich aber nicht auf den GbR-Anteil. Das Grundbuch ist kein Gesellschaftsregister (OLG München DNotZ 2011, 769, 771; OLG Köln RNotZ 2011, 166, 172; Krüger, NZG 2010, 801, 804; BT-Drucks. 16/13437, S. 26).

Derjenige, der einen GbR-Anteil unter aufschiebender Bedingung erwirbt, ist daher **unabhängig von etwaigen Grundbucheintragungen** vor beeinträchtigenden Verfügungen über den Gesellschaftsanteil geschützt. Die Rechtslage stellt sich insoweit **nicht anders als bei der aufschiebend bedingten GmbH-Anteilsabtretung** dar.

b) Abtretung unter auflösender Bedingung

Alternativ kann die Abtretung unter der auflösenden Bedingung stehen (§§ 413, 398 i. V. m. § 158 Abs. 2 BGB), dass der Veräußerer vom Vertrag wegen Nichterbringung der Gegenleistung zurücktritt (Muster bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 4513)

In diesem Fall hat der Erwerber den Anteil bereits voll erworben. Dass er nicht im Grundbuch steht, begründet hinsichtlich des GbR-Anteils **aus den vorgenannten Gründen** keine Gefahr für den Erwerber.

2. Bestand des Grundstücks, rechtmangelfreier Erwerb

Risiken können sich für den Käufer eines GbR-Anteils aber ergeben, wenn die Gesellschaft über das Grundstück verfügt und dieses sich nach Anteilserwerb nicht mehr im Vermögen der Gesellschaft befindet oder zwischenzeitlich belastet wurde.

a) Abtretung unter aufschiebender Bedingung

Fraglich ist, ob die **GbR** in der Schwebezeit – trotz aufschiebend bedingter Anteilsabtretung – noch über das **Grundstück** verfügen kann oder ob diese Verfügung mit Bedingungseintritt unwirksam wird. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist eine **Verfügungsbeschränkung zu verneinen** (vgl. OLG Köln RNotZ 2011, 166, 172 f.; Heinze, RNotZ 2010, 289, 306 f.; BeckOGK-BGB/Reymann, § 161 Rn. 32.2). Die GbR ist rechtsfähig. Die aufschiebend bedingte Anteilsabtretung ändert nichts daran, dass die Gesellschafter bis zum Eintritt der Bedingung weiterhin die GbR vertreten und in ihrem Namen über den Grundbesitz verfügen können (§ 714 BGB).

Daher hält die mittlerweile **wohl h. M.** die **Eintragung** einer rechtsgeschäftlich begründeten **Verfügungsbeschränkung** im Grundbuch für **unzulässig**, soweit diese nicht auf die Verfügungsbefugnis bzgl. des Einzelgegenstands (Grundstück) durchschlägt. Deswegen soll auch die Eintragung einer Bedingung nicht in Betracht kommen, wenn der GbR-Anteil unter einer solchen übertragen wird (OLG Köln RNotZ 2011, 166, 173; Krauß, Rn. 818; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 188 f.; BeckOK-GBO/Kral, Std.: 1.4.2015, Gesellschaftsrecht Rn. 93; Henssler/Strohn/Kilian, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 718 BGB Rn. 4; Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 425; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4292; zum Nießbrauch: OLG Celle RNotZ 2011, 489; OLG München MittBayNot 2011, 221, 222 = RNotZ 2011, 176; NZG 2015, 200, 201; Frank, MittBayNot 2010, 96, 97; Lautner, DNotZ 2009, 650, 670; MünchKommBGB/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1068 Rn. 85; a. A. OLG Dresden, Beschl. v. 4.1.2010 – 3 W 1242/09 [abrufbar unter www.dnoti.de]; LG Koblenz, Beschl. v. 30.9.2008 – 2 T 653/08, BeckRS 2008, 23333; LG Zwickau DNotZ 2003, 131, 132; Böttcher, notar 2012, 111, 119; Demharter, DNotZ 2003, 133; MünchKommBGB/Kohler, § 899a Rn. 14; eine Ausnahme gilt nach allg. Ansicht im Fall der Gesellschafterinsolvenz, vgl. OLG München NZG 2015, 200, 201). Folgt man dieser Ansicht, ist der **Erwerber** des GbR-Anteils **bei aufschiebend bedingter Abtretung** einem **Risiko** ausgesetzt, denn eine Verfügung über Einzelgegenstände des Gesellschaftsvermögens bleibt den bisherigen Gesellschaftern vor Bedingungseintritt möglich und eine Verfügungsbeschränkung ist nicht eintragungsfähig.

b) Abtretung unter auflösender Bedingung

Vor diesem Hintergrund **empfiehlt die Literatur die auflösend bedingte Abtretung** des GbR-Anteils (vgl. Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 425 f.; Muster bei: Krauß, Rn. 4513; Bolkart, in: Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 10 Rn. 73). Die Abtretung entfaltet dann sofortige dingliche Wirkung, steht aber unter der auflösenden Bedingung, dass der Veräußerer vom Vertrag wegen Nichterbringung der Gegenleistung (Kaufpreiszahlung und ggf. Haftentlassung) zurücktritt (zu Nachweiserleichterungen bzgl. der Löschung des Widerspruchs über eine Löschungsvollmacht vgl. Krauß und Bolkart, jew. a. a. O.). Das Grundbuch wird noch nicht sofort berichtigt, der Erwerber noch nicht als Inhaber des Anteils eingetragen. Es soll abgewartet werden, bis der Erwerber die Gegenleistungen erbracht hat und es nicht mehr zur Ausübung des Rücktrittsrechts kommt. Jedoch kann der Veräußerer wohl nicht durch die Eintragung der auflösenden Bedingung im Grundbuch geschützt werden. Der Bedingungseintritt bezieht sich ebenso wie bei der aufschiebenden Bedingung nur auf den Gesellschaftsanteil, nicht auf Einzelgegenstände des Gesellschaftsvermögens. Die Eintragung der auflösenden Bedingung scheidet daher nach wohl h. M. aus (vgl. OLG Köln RNotZ 2011, 166, 172 f. sowie oben Ziff. 2. a)).

Indes lässt sich der Veräußerer bei auflösend bedingter Abtretung dadurch schützen, dass die Grundbuchberichtigung durch eine **Anweisung an den Notar zurückgestellt** wird. Die Grundbuchberichtigung erfolgt dann erst nach Erbringung der entsprechenden Gegenleistungen (Kaufpreiszahlung, Haftentlassung) oder deren Nachweis (zur entsprechenden Vorlagesperre vgl. Krauß, Rn. 4513, III. 2.). Um den Erwerber einstweilen zu schützen, kann ein **Widerspruch** in das Grundbuch

eingetragen werden (§§ 899, 899a S. 2 BGB i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO). Soweit manche Stimmen einen Widerspruch zur indirekten Absicherung des Erwerbers ablehnen, weil bereits die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung abzulehnen ist (BeckOK-GBO/Kral, Gesellschaftsrecht Rn. 97; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 189), vermag dies bei der auflösend bedingten Abtretung nicht zu überzeugen (so i. E. auch Bolkart, § 10 Rn. 71; Krauß, Rn. 819; Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 425; Heinze, in: Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 293: „unzweifelhaft zulässig“). Tritt der Gesellschafter den Gesellschaftsanteil mit sofortiger dinglicher Wirkung unter einer auflösenden Bedingung ab, wird das Grundbuch unrichtig. Der bisherige Mitgesellschafter verliert seine Vertretungsbefugnis. Dem muss das Grundbuch Rechnung tragen. § 899a S. 2 BGB verweist auf § 899 Abs. 1 BGB und lässt in diesem Fall die Eintragung eines Widerspruchs zu. Dass der Verweis bei der auflösend bedingten Anteilsabtretung nicht zum Zuge kommt, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Anders stellt sich die Situation lediglich bei einer aufschiebend bedingten Abtretung dar (Krauß, Rn. 823). Der abtretende Gesellschafter ist dann bis zum Bedingungseintritt noch Gesellschafter und vertretungsberechtigt. Das Grundbuch ist daher mit Blick auf die Vertretungsverhältnisse der GbR richtig (vgl. Heinze, in: Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Kap. 1 Rn. 287, unter Hinweis auf die Möglichkeit einer isolierten Bewilligung zur Eintragung eines Widerspruchs).

Ein gutgläubiger Erwerb des GbR-Grundstücks scheidet bei Eintragung des Widerspruchs aus (§§ 899a S. 2, 899, 892 Abs. 1 S. 1 BGB).

c) Besonderheiten des vorliegenden Falls

aa) Übertragung an nicht bereits beteiligten Dritten (C)

Soweit die Beteiligten in Erwägung ziehen, den Anteil an den bislang noch nicht an der GbR beteiligten C zu übertragen, ist die aufschiebend bedingte Anteilsabtretung für C aus den o. g. Gründen mit Risiken verbunden. Es ist möglich, dass A und B über den Grundbesitz verfügen und C im Hinblick auf den Vermögensbestand der GbR eine ungesicherte Vorleistung erbringt. Um C zu schützen, kann man daher eine **auflösend bedingte Anteilsübertragung** in Betracht ziehen (vgl. Ziff. 2. b)).

bb) Übertragung an Mitgesellschafter (B)

Nach den vorstehenden Ausführungen erscheint es zunächst naheliegend, auch die Anteilsabtretung an den Mitgesellschafter (B) unter die auflösende Bedingung des Rücktritts zu stellen. Dabei darf man jedoch eine **Besonderheit** nicht übersehen: Es handelt sich um eine **Zwei-Personen-GbR**. Mit der Übertragung des Anteils auf den einzigen Mitgesellschafter **erlischt die GbR** und es erwirbt der Gesellschafter das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (vgl. BGH NJW 1978, 1525; OLG Düsseldorf DNotZ 1999, 440, 441). Nach der Literatur gilt dies auch dann, wenn die Abtretung auflösend bedingt erfolgt (Krauß, Rn. 823; a. A. wohl LG Koblenz, Beschl. v. 30.9.2008 – 2 T 653/08, BeckRS 2008, 23333). Die GbR soll mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung auch **nicht rückwirkend wieder entstehen**. Deswegen wird für diesen Fall die aufschiebend bedingte Abtretung empfohlen (Krauß, Rn. 823).

Wird auf B unter der **aufschiebenden Bedingung** der Kaufpreiszahlung übertragen, dürften sich für den Erwerber in der konkreten Konstellation keine Risiken ergeben. Der

Erwerber ist bereits Mitgesellschafter. Die Gesellschaft kann daher **keine Verfügungen** über den Grundbesitz **ohne Mitwirkung des Erwerbers** treffen, soweit keine vom Gesetz abweichende Vertretungsregelung besteht (§§ 714, 709 BGB). Der Erwerber ist insoweit also bereits hinreichend geschützt. **Eigengläubiger des Veräußerers** können im Übrigen **keine Pfändung in das Vermögen der GbR** vornehmen (vgl. § 859 Abs. 1 S. 2 ZPO; MünchKommBGB/C. Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 725 Rn. 8).

Das verbleibende Risiko des Erwerbers liegt darin, dass Gläubiger der GbR weiterhin Pfändungsmaßnahmen hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens durchführen können. Insoweit gilt es aber zu bedenken, dass das entsprechende Risiko auch bei einem sofort wirksamen Anteilserwerb bestünde. Die Rechte und Pflichten der GbR bleiben nämlich vom Beitritt des Erwerbers unberührt.

3. Ergebnis

Bei Übertragung des GbR-Anteils an Mitgesellschafter B kann die Übertragung unter die aufschiebende Bedingung der Erbringung der Gegenleistung (Kaufpreiszahlung, Haftentlassung) gestellt werden, ohne dass B eine ungesicherte Vorleistung eingeht. Vor Verfügungen der GbR über das Gesellschaftsvermögen ist B zumindest dann geschützt, wenn er an der GbR bereits beteiligt und die gesetzliche Vertretungsregelung nicht abbedungen ist. Denn dann sind Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen ohnehin nur unter Mitwirkung von B denkbar.

Überträgt A den Gesellschaftsanteil an den noch nicht an der Gesellschaft beteiligten C, würde eine aufschiebend bedingte Anteilsabtretung den C nicht vor anderweitigen Verfügungen des A und des B über den Grundbesitz schützen. In Betracht kommt daher eine auflösend bedingte Anteilsabtretung mit der vorübergehenden Eintragung eines Widerspruchs; er wäre nach dem Nachweis der Erbringung der Gegenleistung mit der Eintragung des C als neuer Gesellschafter zu löschen.

GBO § 48; BGB §§ 1192, 1132, 873, 874 Mithaftvermerk bei Gesamtgrundschuld; Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Mithaftstellen; Vielzahl der Mithaftstellen

I. Sachverhalt

Es wurde eine Gesamtbuchgrundschuld mit ca. 1500 Mithaftstellen bestellt. Gem. § 48 GBO ist „auf dem Blatt jedes Grundstücks die Mitbelastung der übrigen von Amts wegen erkennbar zu machen“. Eines der beteiligten Grundbuchämter hat hinsichtlich der weiteren beteiligten Grundbuchämter die Mithaftstellen der einzelnen Grundbücher nicht vollständig angegeben, sondern gem. § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung verwiesen. Es führt begründend aus, dass aufgrund des Umfangs der Mithaftstellen die Eintragung sämtlicher Mithaftstellen zu einem unverhältnismäßig hohen Arbeits- und Zeitaufwand führen würde.

II. Fragen

1. Inwieweit gehört der Mithaftvermerk zu den Bestandteilen der Eintragung, die gem. § 874 BGB durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden können?

2. Inwieweit ist dabei ein „Rechteverlust“ denkbar?

III. Zur Rechtslage

1. Materiell-rechtliche Entstehung der Gesamtbuchgrundschuld

Unbestritten lässt sich eine Grundschuld in der Weise bestellen, dass sie **als einheitliches Recht an mehreren Grundstücken** lastet, also als Gesamtgrundschuld (vgl. § 1192 Abs. 1 BGB i. V. m. **§ 1132 Abs. 1 BGB**). In materiell-rechtlicher Hinsicht entsteht die Gesamtbuchgrundschuld nach Maßgabe des § 873 BGB, d. h. durch **Einigung** und Eintragung im Grundbuch. Dabei bedarf es der **Eintragung auf allen zu belastenden Grundstücken**. Erst mit der Eintragung auf dem letzten zu belastenden Grundstück entsteht das Gesamtrecht (vgl. OLG München DNotZ 1966, 371; OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 613; Bauer/v. Oefele/Wegmann, GBO, 3. Aufl. 2013, § 48 Rn. 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2241; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1132 Rn. 5). Fehlt die Eintragung auf einzelnen Grundstücken, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Belastung zumindest an den Grundstücken gewollt war, bei denen die Eintragung erfolgte. In der Praxis wird deshalb in der materiell-rechtlichen Einigungserklärung üblicherweise klargestellt, dass das Grundpfandrecht auch dann entstehen soll, wenn es nur auf Teilen des zu belastenden Grundbesitzes eingetragen wird (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 2241; Bauer/v. Oefele/Wegmann, § 48 Rn. 20).

2. Eintragung des Mithaftvermerks gem. § 48 GBO

a) Bedeutung des Mithaftvermerks

In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht ordnet § 48 Abs. 1 S. 1 GBO bei der Bestellung von Gesamtrechten an, dass auf dem Blatt eines jeden Grundstücks die **Mitbelastung** der übrigen Grundstücke **von Amts wegen erkennbar zu machen** ist. Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 GBO gilt das Gleiche, wenn die Gesamtbelastung erst nachträglich entsteht oder ein der Mithaft unterliegendes Grundstück auf eine andere Blattstelle übertragen wird. Soweit eine Mitbelastung erlischt, ist dies gem. § 48 Abs. 2 GBO von Amts wegen zu vermerken. § 48 GBO ist als **formelle Ordnungsvorschrift** vom Grundbuchamt stets zu beachten; ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 48 GBO hat jedoch auf die materielle Rechtslage keinen Einfluss. Der Mithaftvermerk bringt den Charakter als Gesamtrecht nach h. M. lediglich **deklaratorisch** zum Ausdruck (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 613, 614; BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.4.2015, § 48 Rn. 60; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 48 Rn. 193; Palandt/Bassenge, § 1132 Rn. 8; Bauer/v. Oefele/Wegmann, § 48 Rn. 26 – jew. m. w. N.; a. A. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2015, § 1132 Rn. 10).

Gleichwohl ist die Eintragung des Mithaftvermerks nicht ohne Bedeutung für das materielle Recht. **Fehlt** nämlich die **Verlautbarung** der Mithaft gem. § 48 GBO, **ist das Grundbuch inhaltlich unvollständig und damit unrichtig**. Wegen **§ 892 BGB** besteht daher die Gefahr, dass ein Dritter bei rechtsgeschäftlicher Übertragung des vermeintlichen Einzelrechts die Grundschuld tatsächlich **gutgläubig als Einzelrecht erwirbt**. Dies würde dann zu einer Vervielfältigung der Belastung führen (vgl. nur BeckOK-GBO/Reetz, § 48 Rn. 60).

Ist daher die Eintragung eines Mithaftvermerks unterblieben, so hat das Grundbuchamt den Vermerk von Amts wegen auf allen betroffenen Grundbuchblättern der belasteten Grundstücke **nachzuholen**, solange das Gesamtrecht noch dem ersten Berechtigten zusteht. Die Zustimmung des Rechtsinhabers oder der nachrangig Eingetragenen

ist dafür nicht erforderlich (vgl. BeckOK-GBO/Reetz, § 48 Rn. 60; Bauer/v. Oefele/Wegmann, § 48 Rn. 26). Ist die Grundschuld jedoch zwischenzeitlich übertragen worden, muss man mit einem gutgläubigen Erwerb als Einzelrecht rechnen, sodass letztlich nur die Eintragung eines **Amtswiderspruchs** gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO bleibt (vgl. Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 196; BeckOK-GBO/Reetz, § 48 Rn. 60).

b) Gestaltung des Mithaftvermerks

aa) Das Verfahren zur Verlautbarung einer Mithaft unterscheidet sich je nachdem, ob (1.) sämtliche Mithaftstellen auf ein und demselben Grundbuchblatt vermerkt sind oder (2.) die Eintragung auf verschiedenen Grundbuchblättern desselben Grundbuchamts oder (3.) in den Grundbüchern verschiedener Grundbuchämter erforderlich ist. Ferner ist danach zu differenzieren, ob (4.) das Recht bereits originär als Gesamtrecht bestellt worden oder (5.) die Mithaft erst nachträglich entstanden ist. Während dies bei einem **originären Gesamtrecht**, dessen Mithaftstellen allesamt **auf ein und demselben Grundbuchblatt** gebucht sind, lediglich darin zum Ausdruck kommt, dass in der zweiten Spalte der betreffenden Abteilung die laufende Nummer der mithaftenden Grundstücke aus dem Bestandsverzeichnis erwähnt wird, ist **in allen anderen Fällen ein gesonderter Mithaftvermerk** erforderlich. Bei originärer Bestellung als Gesamtrecht ist dieser Mithaftvermerk im Eintragungsvermerk der Haupteintragungsspalte enthalten; bei nachträglicher Entstehung/Erweiterung der Gesamthaft wird die Mithaft in der Veränderungsspalte verlaubar (zum Verfahren bei Beteiligung mehrerer Grundbuchämter vgl. § 55a Abs. 2 GBO; dazu und zum Verfahren in den übrigen Fallgestaltungen ausführlich: Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 70 ff.; Bauer/v. Oefele/Wegmann, § 48 Rn. 27 ff.).

Vorliegend sind die Mithaftstellen auf verschiedene Grundbuchblätter mehrerer Grundbuchämter verteilt. Der Mithaftvermerk ist daher in jedem Fall ordnungsgemäß, wenn bei sämtlichen Mithaftstellen die jeweils anderen Mithaftstellen durch **Angabe der Blattstelle und der Bestandsverzeichnisse** des jeweiligen Grundstücks bezeichnet sind. Die Angabe der Bestandsverzeichnisse erscheint zweckmäßig, um hinreichend zum Ausdruck zu bringen, welche Grundstücke der Mithaft unterliegen, wenn etwa nur einzelne auf der Blattstelle gebuchte Grundstücke von der Mithaft erfasst oder später weitere Grundstücke auf der Blattstelle hinzugebucht werden.

bb) Im vorliegenden Fall besteht die **Besonderheit** darin, dass die Gesamtbuchgrundschuld ca. 1500 Mithaftstellen aufweist, die sich zudem auf verschiedene Grundbuchämter verteilen. Die Eintragung eines Gesamtrechts kann nicht allein deshalb verweigert werden, weil aufgrund der **Vielzahl von Mithaftvermerken** die Verwirrung des Grundbuches zu besorgen ist (OLG München FGPrax 2013, 112, im dortigen Fall ca. 2100 Mithaftstellen). Das **Grundbuchverfahrensrecht** muss sich wegen seiner **dienenden Funktion** dem materiellen Recht unterordnen. Das materielle Recht schränkt aber die Zahl von Grundstücken, die durch ein Gesamtrecht belastet werden können, nicht ein.

cc) Vor diesem Hintergrund ist zu erwägen, ob man zur Kenntlichmachung der Mithaft auf die **Bewilligungsurkunde gem. § 874 BGB** Bezug nehmen kann (vgl. dazu Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 80).

Zunächst ist klarzustellen, dass eine **Bezugnahme** auf die Bewilligung gem. § 874 BGB **insoweit nicht** in

Betracht kommt, **als** dadurch der **Charakter als Gesamtpfandrecht verlaubar werden soll**. Mithin ist die Tatsache, dass es sich um ein Gesamtrecht handelt, in der Grundbucheintragung selbst hinreichend zum Ausdruck zu bringen (so ausdrücklich Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 80). Dies folgt daraus, dass das Gesamtrecht materiell-rechtlichen Besonderheiten unterliegt (vgl. für die Grundschuld z. B. § 1132 oder § 1181 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1192 BGB). Der Charakter als Gesamtrecht gehört daher zum Inhalt des Rechts und muss im Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck kommen (ebenso bereits: Saage, DFG 1938, 109, 124 f.).

dd) Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Eintragungsvermerk das Gesamtrecht selbst verlaubar und die **Bezugnahme** auf die Eintragungsbewilligung gem. § 874 BGB **lediglich der Bezeichnung der betroffenen Mithaftstellen dient** (vgl. Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 80; BeckOK-GBO/Reetz, § 48 Rn. 39; Saage, DFG 1938, 109, 124 f.). Dieses Vorgehen ist u. E. plausibel und gewährleistet die Verlaubarung der Grundschuld als Gesamtrecht insbesondere in Fällen, in denen eine Vielzahl von Mithaftstellen betroffen ist. § 874 S. 1 BGB sieht eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nur **zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts** vor, und zwar lediglich dann, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Gesetze i. S. v. § 874 BGB sind materiell-rechtliche Vorschriften, die einen bestimmten Eintragungsinhalt vorschreiben, nicht jedoch grundbuchverfahrensrechtliche Ordnungsvorschriften. Im Hinblick auf Grundpfandrechte ist etwa in den §§ 1115, 1116 Abs. 2, 1179a Abs. 5 S. 2, 1184 Abs. 2, 1189 Abs. 1 S. 2, 1190 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt, welche Angaben ausdrücklich in der Eintragung enthalten sein müssen, sodass eine Bezugnahme gem. § 874 BGB ausscheidet. Die Bezugnahme scheidet ferner im Falle des § 800 ZPO aus. Enthält jedoch der Eintragungsvermerk die Tatsache, dass es sich bei dem Grundpfandrecht um ein Gesamtrecht handelt, wird damit der Inhalt des Rechts i. S. v. § 874 BGB hinreichend deutlich. Welche Mithaftstellen betroffen sind, stellt in diesem Sinne lediglich eine „nähere Bezeichnung“ des Inhalts des Rechts dar, sodass eine Bezugnahme möglich erscheint. Die Verlaubarung des Charakters als Gesamtrecht im Eintragungsvermerk selbst würde dagegen insbesondere die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs als Einzelrecht gem. § 892 BGB bannen (beachte aber lit. ee). Das Grundbuchverfahrensrecht würde seiner dienenden Funktion gerecht, während der Eintragungsvermerk auch bei einer Vielzahl von Mithaftstellen übersichtlich bliebe.

ee) Freilich ist das Grundbuch bei Inbezugnahme der Eintragungsbewilligung nur dann richtig, wenn tatsächlich **alle Mithaftstellen in der Eintragungsbewilligung richtig wiedergegeben** sind. *Böhringer* weist zu Recht darauf hin, dass bei fehlerhafter Angabe einer Mithaftstelle in der Eintragungsbewilligung der Eintragungsvermerk selbst eine entsprechende Richtigstellung enthalten muss (vgl. Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 80).

Das gilt umso mehr, wenn sich die betroffenen **Mithaftstellen nachträglich ändern**. So ist es denkbar, dass später weitere **Mithaftstellen hinzukommen**. Dies würde durch Bezugnahme auf die ursprüngliche Grundschuldbestellungsurkunde nicht mehr hinreichend zum Ausdruck gebracht. Folglich ist nicht nur bei dem neu in die Mithaft einbezogenen Grundstück ein Mithaftvermerk gem. § 48 GBO anzubringen, sondern ist auch bei allen anderen Mithaftstellen in der **Veränderungsspalte** auf den ausgedehnten Umfang der Mithaft hinzuwei-

sen. Anderenfalls bestünde die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs als Einzelrecht oder als Gesamtrecht mit einem nur eingeschränkten Umfang der Gesamthaft.

Spiegelbildlich ist **§ 48 Abs. 2 GBO** zu beachten, wenn später einzelne Grundstücke **aus der Mithaft entlassen** werden. Erforderlich ist dann bei allen verbleibenden Mithaftstellen ein entsprechender Vermerk in der **Veränderungsspalte**, wonach einzelne Grundstücke, die ursprünglich in der in Bezug genommenen Bewilligungsurkunde als Mithaftstellen genannt sind, nicht mehr der Mithaft unterliegen. Sollte in der Pfandfreigabeurkunde wiederum eine Vielzahl von Mithaftstellen aus der Gesamthaft entlassen sein, kann zu deren Bezeichnung ggf. im Mitbelastungsvermerk auf die Eintragungsbewilligung (Pfandfreigabe) Bezug genommen werden (vgl. Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 160; Saage, DFG 1938, 109, 125).

ff) Die **alternative Lösung**, wonach lediglich **bei einem Grundbuchblatt sämtliche Mithaftstellen** einschließlich etwaiger Veränderungen ausdrücklich vermerkt werden, sodass bei den übrigen Mithaftstellen lediglich **auf diese Blattstelle zu verweisen** ist, begegnet bereits **rechtspraktischen Bedenken**, so wenn mehrere Grundbuchämter (ggf. in verschiedenen Bundesländern) betroffen sind (krit. dazu: Meikel/Böhringer, § 48 Rn. 80; vgl. auch OLG München FGPrax 2013, 112, 113).

3. Ergebnis

Materiell-rechtlich entsteht eine Gesamtbuchgrundschuld nach h. M. unabhängig von der Eintragung eines Mithaftvermerks gem. § 48 GBO durch Einigung und Eintragung der Grundschuld an sämtlichen Mithaftstellen im Grundbuch (§ 873 BGB). Allerdings ist die Gefahr gegeben, dass ein Dritter das nicht als Gesamtrecht gekennzeichnete Grundpfandrecht gem. § 892 BGB gutgläubig als Einzelrecht erwirbt.

Um diese Gefahr auszuschließen, dürfte es erforderlich sein, bei jeder Mithaftstelle in der Eintragung auf die Eigenschaft als Gesamtrecht gem. § 48 GBO hinzuweisen. Zur Bezeichnung der jeweiligen Mithaftstellen ist u. E. eine Bezugnahme gem. § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung zulässig. Bei späteren Veränderungen (Hinzutreten oder Wegfall einzelner Mithaftstellen) ist der geänderte Umfang des Gesamtrechts gem. § 48 GBO von Amts wegen in der Veränderungsspalte zu verlaubaren.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB § 2113

Zustimmung des Nacherben zur Grundstücksverfügung des nicht befreiten Vorerben; Anspruch des Vorerben auf Zustimmung; Nacherbfolge bei Gesamthandsanteilen im Nachlass

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HeimG § 14 a. F.; HGBP § 7; BGB §§ 1922, 1937 Erbeinsetzung der Geschäftsführerin eines ambulanten Pflegedienstes

1. Die zu § 14 HeimG entwickelten Grundsätze finden auch im Rahmen des diesen ersetzenden § 7 HGBP Anwendung.

2. Für die Erbeinsetzung der Geschäftsführerin eines ambulanten Pflegedienstes durch eine zu pflegende Person in einem Erbvertrag gilt bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung, dass diese Erbeinsetzung mit den Pflegeleistungen steht.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.5.2015 – 21 W 67/14

Problem

Nach § 14 Abs. 1 HeimG ist es dem Träger eines Heims untersagt, sich von Bewohnern des Heims Geld- oder geldwerte Leistungen über das vertragliche Entgelt hinaus versprechen zu lassen. Die Vorschrift stellt nach h. M. ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB dar. Ein Rechtsgeschäft, das diesen Tatbestand erfüllt, ist daher nichtig (BGHZ 110, 235, 240 = MittBayNot 1990, 300; BayObLG DNotZ 1992, 258, m. w. N.). Die Vorschrift gilt nicht nur für lebzeitige Zuwendungen, sondern auch für **Zuwendungen durch Verfügung von Todes wegen** (z. B. durch einseitiges Testament oder im Rahmen eines Erbvertrags mit dem Verbotsadressaten).

Die Gesetzgebungskompetenz für das öffentliche Heimwesen ist mit der Föderalismusreform auf die Länder übergegangen. Gem. Art. 125a GG gilt das HeimG daher fort, soweit die Länder keine Regelung treffen. Im Übrigen haben die **Bundesländer das Zuwendungsverbot aufrechterhalten** (vgl. etwa § 16 WTPG BW; Art. 8 PflWoqG Bayern; § 12 WTG Bln; § 14 BbgPBWoG; § 11 LWTG RP; § 8 LHeimGS). Im Fall des OLG Frankfurt ging es um § 7 des Hessischen Gesetzes über Betreuungs- und Pflegeleistungen (HGBP). Während sich § 7 Abs. 1 S. 1 HGBP auf den Betreiber der Einrichtung bezieht, regelt § 7 **Abs. 2 HGBP:**

„(2) Der Leitung und den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern einer Einrichtung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Betreuungs- und Pflegebedürftigen neben der von der Betreiberin oder von dem Betreiber erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Vertrag mit der Betreiberin oder dem Betreiber versprechen oder gewähren zu lassen.“

Die Erblasserin wurde seit dem Jahr 2008 vom Pflegedienst der A-GmbH betreut. S war Geschäftsführerin dieser Gesellschaft. S hatte die Erblasserin bereits zuvor kennengelernt, sie regelmäßig besucht und gemeinsame Ausflüge mit ihr unternommen.

Im Jahr 2012 schlossen die Erblasserin und die Geschäftsführerin einen notariell beurkundeten Erbvertrag, in dem die Erblasserin S zur Erbin einsetzte. Weitere Verfügungen wurden nicht getroffen.

Die Beteiligten streiten nunmehr um die Erteilung eines Erbscheins. Das Nachlassgericht hat die Erteilung eines Erbscheins zugunsten der S abgelehnt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der S.

Entscheidung

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das OLG hält die **Erbeinsetzung für unwirksam gem. § 134 BGB**, da der Erbvertrag gegen § 7 HGBP verstoße. Vorliegend sei § 7 Abs. 2 HGBP einschlägig, weil nicht die A-GmbH, sondern deren Geschäftsführerin als Erbin eingesetzt worden sei.

§ 7 HGBP entspreche im Wesentlichen § 14 HeimG und verfolge insbesondere den gleichen **Schutzzweck**. Die Regelung solle verhindern, dass die Hilf- oder Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen in finanzieller Hinsicht ausgenutzt werde. Außerdem gehe es um die Sicherung der Testierfreiheit der Betroffenen. Insoweit solle die Vorschrift alte Menschen davor bewahren, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet werde. § 7 Abs. 2 HGBP gelte ausdrücklich auch für Einrichtungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 HGBP und damit **für ambulante Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen**.

Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 HGBP sei – wie bislang unter Geltung des § 14 HeimG – nur zu bejahen, wenn die **testamentarische Verfügung dem Begünstigten bekannt gegeben** worden sei (vgl. bereits BGH DNotZ 2012, 210, 211 Tz. 16 = DNotI-Report 2012, 12). Bei der Erbeinsetzung eines Mitarbeiters bzw. Leiters der Einrichtung sei darüber hinaus erforderlich, dass die Erbeinsetzung im Zusammenhang mit der Erfüllung der Pflichten aus dem Vertrag erfolge. Dies werde bis zum Beweis des Gegenteils vermutet (so bereits BGH NJW 1990, 1603).

Vorliegend verstoße die erbvertragliche Erbeinsetzung gegen § 7 Abs. 2 HGBP und damit gegen ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB. In der **Erklärung der Erbvertragsannahme** sei bereits das **„Sichversprechenlassen“** einer geldwerten Leistung zu sehen. Die Geschäftsführerin habe von der Erbeinsetzung auch Kenntnis erlangt. Auf die Kenntnis der Verbotregelung des § 7 Abs. 2 HGBP komme es ebenso wenig an wie auf die Einhaltung notarieller Belehrungspflichten.

Die gesetzliche Vermutung sei nicht zur Überzeugung des Gerichts widerlegt. Dafür genüge es nicht, dass Erblasserin und Geschäftsführerin bereits vor Beginn der Pflegeleistung freundschaftliche Beziehungen unterhalten hätten. Es verblieben Zweifel, ob die Erbeinsetzung der Geschäftsführerin nicht zumindest auch darauf beruht habe, dass die Pflegeleistungen durch die A-GmbH erbracht worden seien. Gerade in Fällen unklarer Beweislage, in denen die Motive, Gründe und Zusammenhänge der Zuwendung offenblieben, müsse das Verbot zum Schutze der Testierfreiheit eingreifen.

Hinweis

Sofern sich dafür Anhaltspunkte ergeben, wird der Notar die Beteiligten auf die Regelung des jeweiligen Landesgesetzes, etwaige Wirksamkeitszweifel und die eventuelle Möglichkeit einer Vorabgenehmigung hinwei-

sen (§ 14 Abs. 6 HeimG, § 7 Abs. 4 HGB). Ggf. können sich auch Ersatzerbberufungen empfehlen (vgl. zum Ganzen Brambring, in: Beck'sches Formularbuch ErbR, 3. Aufl. 2014, A. II. 4. b).

BGB §§ 323 Abs. 5 S. 2, 444, 434 Abs. 1 S. 1 Erheblichkeitsschwelle für Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB beim Grundstückskaufvertrag über Bestandsimmobilie; arglistiges Verschweigen i. S. d. § 444 BGB; Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

1. Bei behebbaren Mängeln ist im Rahmen der nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmenden Interessenabwägung von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in der Regel dann nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5 % des Kaufpreises beträgt. Der Umstand, dass der Kaufgegenstand nicht ein neu erstelltes Objekt, sondern ein „gebrauchter Gegenstand“ gewesen ist, bei dem die Erwartungen des Verkehrs an die Mangelfreiheit regelmäßig geringer sind, rechtfertigt für sich genommen nicht bereits die Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle auf 10 % des Kaufpreises.

2. Eine Aufklärungspflicht des Verkäufers über einen Sachmangel, deren Verletzung in objektiver Hinsicht zu einem arglistigen Verschweigen im Sinne des § 444 BGB führen kann, besteht beim Verkauf eines Gebäudegrundstücks nur im Hinblick auf verborgene Mängel oder Umstände, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, wenn es sich um Umstände handelt, die für den Entschluss des Käufers von Bedeutung sind, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind. Arglistiges Verschweigen ist in subjektiver Hinsicht nur gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.

3. Auch die Lage eines Grundstücks in der Einflugschneise eines Flughafens und damit die besondere Betroffenheit von entsprechenden Fluglärmbelastungen kommt als Eigenschaft in Betracht, über das die Parteien des Kaufvertrages eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 treffen können.

4. Für die Annahme einer konkludent getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung genügt es, wenn der Käufer im Rahmen der Vertragsverhandlungen bestimmte Erwartungen an den Kaufgegenstand formuliert und der Verkäufer dem zustimmt.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.3.2015 – I-21 U 93/14

Problem

Verkäufer und Käuferin schlossen einen Grundstückskaufvertrag über ein Einfamilienhaus. Der Vertrag enthielt eine Klausel, wonach der Kaufgegenstand im tatsächlichen Zustand zum Zeitpunkt der Beurkundung übertragen wird

und Ansprüche und Rechte des Käufers wegen sichtbarer oder unsichtbarer Sachmängel und wegen der Größe des Grundbesitzes ausgeschlossen sind. Ausgenommen von der Haftung waren auch Schadensersatzansprüche außer in Fällen des Vorsatzes. Der Verkäufer versicherte, ihm seien keine versteckten Mängel bekannt.

Nach Übergabe des Objekts zeigten sich Feuchtigkeitsschäden in Wohnräumen, Keller und Garage. Außerdem machte die Käuferin geltend, dass das Objekt in einer Einflugschneise des Flughafens Düsseldorf liege; dies sei ihr nicht bekannt gewesen sei und die Beklagten hätten sie darüber aufklären müssen. Die Mängel seien ihr arglistig verschwiegen worden (§ 444 BGB).

Die Käufer traten daraufhin gem. §§ 437 Nr. 2, 434, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB vom Kaufvertrag zurück. Das Landgericht wies die Klage ab; es stützte sich bzgl. der Feuchtigkeitsschäden u. a. darauf, dass die Pflichtverletzung unerheblich sei und ein Rücktritt nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB somit ausscheide. Denn der Mangelbeseitigungsaufwand betrage zwar mehr als 5, aber weniger als 10 % des Kaufpreises. Hinsichtlich des Fluglärms habe keine Aufklärungspflicht bestanden.

Entscheidung

Die Berufung gegen diese Entscheidung ist vor dem OLG Düsseldorf erfolglos geblieben.

Zunächst setzt sich das OLG mit der Frage auseinander, ob ein Rücktritt nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen **Unerheblichkeit der Pflichtverletzung** von vornherein ausgeschlossen ist. Das Gericht stellt fest, dass es dafür einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen bedürfe. Der BGH habe entschieden, dass bei einem behebbaren Mangel von einer Unerheblichkeit **in der Regel dann nicht mehr** auszugehen sei, **wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5 Prozent des Kaufpreises** betrage (BGH NJW 2014, 3229, 3231 ff. Tz. 29 ff.). Eine Abweichung von dieser Regel sei im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Es sei **irrelevant**, dass der Kaufgegenstand nicht ein neu erstelltes Objekt, sondern ein „gebrauchter Gegenstand“ gewesen sei, bei dem die Erwartungen des Verkehrs an die Mangelfreiheit regelmäßig geringer seien. Sonstige Besonderheiten seien nicht ersichtlich.

Im Ergebnis habe die Käuferin jedoch keine Ansprüche, da diese nach dem Kaufvertrag ausgeschlossen seien. Insbesondere sei **§ 444 BGB nicht einschlägig**. Hiernach könnte sich der Verkäufer auf den Gewährleistungsausschluss nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hätte. Dies sei jedoch nicht der Fall. Beim Verkauf eines Gebäudegrundstücks bestehe nur dann eine Pflicht zur Offenbarung verborgener Mängel oder von Umständen, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen ließen, wenn es sich um Umstände handle, die für den Entschluss des Käufers von Bedeutung seien, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet seien (BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079 Tz. 21). Ein **arglistiges Verhalten** setze voraus, dass der Verkäufer den **Fehler** kenne oder ihn **zumindest für möglich halte** und zugleich wisse oder doch damit rechne und **billigend in Kauf nehme, dass der Käufer den Fehler nicht kenne** und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (vgl. BGH DNotZ 2003, 691, 692).

Den Nachweis dafür sah das OLG Düsseldorf nicht als erbracht an. Dass die Beklagten von den Feuchtigkeitserscheinungen im Keller des Hauses und in der Wohnung Kenntnis gehabt hätten, sei nicht dargetan. Soweit es um die Feuchtigkeit in der Garage gehe, fehle es an einem arglistigen Verhalten. Der Sachverständige habe darauf verwiesen, dass üblicherweise Regen und Schnee durch einen Pkw in die Garage transportiert würden, sodass eventuelle **Feuchtigkeitserscheinungen** von den Bewohnern auch auf das Abtropfen von Wasser auf die Bodenflächen zurückgeführt werden könnten.

Die Käufer seien auch nicht wegen des erheblichen **Fluglärms** vom Flughafen Düsseldorf zum Rücktritt berechtigt. Grundsätzlich könnten derartige Umstände bei einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung einen Sachmangel i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen. Dafür genüge es, wenn der Käufer im Rahmen der Vertragsverhandlungen bestimmte Erwartungen an den Kaufgegenstand formuliere und der Verkäufer dem zustimme. Auch die **Lage eines Grundstücks** in der Einflugschneise eines Flughafens und damit die besondere Betroffenheit von entsprechenden Fluglärmbelastungen komme als Eigenschaft in Betracht, worüber die Parteien des Kaufvertrags eine Beschaffenheitsvereinbarung treffen könnten. Eine Beschaffenheitsvereinbarung liege vor, wenn der Verkäufer oder der von ihm beauftragte Makler (§ 166 Abs. 1 BGB) auf ausdrückliche Nachfrage zu Fluglärm oder Flugbewegungen eine verneinende Auskunft gegeben hätte. Auch diesen Nachweis hätten die Käufer nicht erbracht. Insbesondere sei nicht bewiesen, dass über möglichen Fluglärm gesprochen worden sei.

Hinweis

Hinsichtlich des Fluglärms hätte das Gericht prüfen können, ob es sich nicht um einen objektiven Mangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB handelt (dazu OLG Köln NJW-RR 1995, 531). Im zweiten Schritt hätte es dann der Frage nachgehen können, ob ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers vorliegt und der Gewährleistungsausschluss damit nicht eingreift. Die Vorinstanz hatte hierzu ausgeführt, dass der Fluglärm nicht erheblich sei. Das Grundstück befinde sich außerhalb der „Lärmkeule“ des Großraums Düsseldorf. Es genüge nicht, dass je nach Windrichtung/Anflug außerhalb dieses Bereichs Flugbewegungen vorkämen. Eine Aufklärungspflicht der Verkäufer habe deswegen nicht bestanden.

Literaturhinweise

R. Baer, Das Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB bei fehlender Deckungsgleichheit von Miet- und Kaufgegenstand, NotBZ 2015, 121

A. Everts, Wohnungsrechtsverzicht und Sozialleistungsregress, MittBayNot 2015, 14

S. Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2013/2014, MittBayNot 2015, 1

H. Grziwotz, Nutzungsbeschränkung in Sondergebieten, ZfIR 2015, 61

C. Lange, Makler und Verbraucher im Internet, NJW 2015, 193

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg