

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
April 2013
ISSN 1434-3460

7/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1094, 463, 464 Abs. 2, 469, 442 – Minderungsrecht des Vorkaufsberechtigten bei Kenntnis vom Mangel; Neuanlauf der Ausübungsfrist mit Änderung des Drittkaufvertrags

BGB § 2315 – Pflichtteilsanrechnung bei Grundstücksüberlassung durch Erblasser an eine GbR, an der die Pflichtteilsberechtigten beteiligt sind

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2; BNotO § 19 Abs. 1 – 2-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG nicht ohne Weiteres disponibel

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1094, 463, 464 Abs. 2, 469, 442 Minderungsrecht des Vorkaufsberechtigten bei Kenntnis vom Mangel; Neuanlauf der Ausübungsfrist mit Änderung des Dritt- kaufvertrags

I. Sachverhalt

Bei einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung versicherte der Verkäufer, dass ihm verborgene erhebliche Mängel nicht bekannt seien. Tatsächlich besteht jedoch ein verborgener erheblicher Mangel. Dem Käufer war der Mangel nicht bekannt.

Im Grundbuch ist ein dingliches Vorkaufsrecht eingetragen, welches der Vorkaufsberechtigte (der Nachbar) nach Anzeige des Kaufvertrags ausgeübt hat. Dem Vorkaufsberechtigten war der verborgene Mangel bekannt.

II. Fragen

1. Kann der Vorkaufsberechtigte nach Ausübung des Vorkaufsrechts den Kaufpreis wegen eines Mangels mindern, den der Erstkäufer nicht kannte?
2. Wenn er dies nicht darf, der Kaufpreis aber später aufgrund des Mangels gemindert wird: Kann er dann noch das Vorkaufsrecht ausüben, obwohl die ursprüngliche Ausübungsfrist verstrichen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Mängelhaftung des Verkäufers ggü. dem Vorkaufsberechtigten

Gem. § 1098 Abs. 1 BGB bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten eines dinglichen Vorkaufsrechts nach den Vorschriften der §§ 463 bis 473 BGB. Somit hat die Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts gem. § 464 Abs. 2 BGB zur Folge, dass ein Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bedingungen zustande kommt, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.

Hinsichtlich der **Mängelrechte des Käufers** entspricht es herrschender Auffassung, dass sich die Pflichten des Vorkaufsverpflichteten gegenüber dem Berechtigten nach Ausübung des Vorkaufsrechts gem. **§ 464 Abs. 2 BGB** nach den Bestimmungen des Erstkaufvertrags richten. Der **Verpflichtete haftet also für Mängel nur insoweit, als er dem Erstkäufer** gegenüber bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts **haften würde** (vgl. OLG Nürnberg MDR 2005, 437; Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl. 2013, § 464 Rn. 6; Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl. 2009, § 464 Rn. 36). Vom Erstkäufer im Kaufvertrag übernommene Belastungen der Kaufsache muss ebenso der Vorkaufsberechtigte übernehmen. Für die Sachmängelhaftung ist diejenige Beschaffenheit maßgebend, die der Verpflichtete und der Erstkäufer im Kaufvertrag vereinbart haben (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Ob die Sache sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB), richtet sich gleichermaßen nach dem Erstkaufvertrag. Auch für die maßgebende Erwartung des Käufers bzgl. der üblichen Beschaffenheit i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist auf den Käufer des Erstkaufvertrags abzustellen (Soergel/Wertenbruch, § 464 Rn. 36).

2. Keine Haftung für Mängel bei Kenntnis des Erstkäufers (= Drittkäufer)

Vor diesem Hintergrund hat das **OLG Nürnberg** – u. E. zu Recht – angenommen, dass **keine Haftung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten** eingreift, **soweit die Haftung** des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel wegen Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis **des Erstkäufers gem. § 442 BGB ausgeschlossen** ist (MDR 2005, 437; zustimmend Soergel/Wertenbruch, § 464 Rn. 37; Palandt/Weidenkaff, § 464 Rn. 6; BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.3.2011, § 464 Rn. 7). Das OLG Nürnberg begründet dieses Ergebnis mit dem Gesetzeswortlaut des § 464 Abs. 2 BGB und den **berechtigten Interessen aller Beteiligten**. § 464 Abs. 2 BGB sei eine wertneutrale technische Regel zur Gewinnung eines sinnvollen Vertragsinhalts für den durch die Vorkaufserklärung zustande gekommenen Kauf. Beurteilt man die Frage der Gewährleistung unabhängig vom Vertragsverhältnis zum Drittkäufer, würde die **Vertragsparität** erheblich gestört. Die **Kenntnis des Drittkäufers** hinsichtlich bestimmter Mängel und deren Hinnahme bei Abschluss des Kaufvertrags **wirkt sich** nämlich in der Regel **auf die Höhe des Kaufpreises aus**. Umgekehrt gibt sich der Verkäufer regelmäßig mit einem geringeren Preis zufrieden, weil er für bestimmte Fehler nicht haften muss. Die Ausübung des Vorkaufsrechts könne nun nicht dazu führen, dass der Vorkaufsberechtigte einerseits nur diesen niedrigen Preis bezahlen müsse, andererseits aber die vollen Gewährleistungsansprüche geltend machen dürfe. **Andernfalls** hätte die Ausübung des Vorkaufsrechts eine **Verschlechterung der Position des Vorkaufsverpflichteten** zur Folge. Ein derartiges Ergebnis stünde im Widerspruch zur Intention des § 464 Abs. 2 BGB.

3. Keine Haftung für Mängel bei Kenntnis des Vorkaufsberechtigten?

Zur Frage, ob sich die Erwägungen unter Ziff. 2 auf die umgekehrte Konstellation übertragen lassen – der Vorkaufsberechtigte hat Kenntnis vom Mangel, während der Drittkäufer von der Mangelfreiheit der Kaufsache ausgeht –, sind uns keine unmittelbar einschlägigen Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur bekannt.

a) Eingriff in Vertragsparität

Auf den ersten Blick liegt es nahe, die **Erwägungen des OLG Nürnberg** auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Danach würde der Vorkaufsverpflichtete nur insofern für Mängel haften, als er auch dem Erstkäufer gegenüber bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts haften würde; der Berechtigte könnte daher grundsätzlich bei Ausübung des Vorkaufsrechts – unabhängig von seiner eigenen Kenntnis bzgl. des Mangels – Minderung verlangen.

Hierfür spricht zum einen der andernfalls **drohende Eingriff in die Vertragsparität**. Kennt der Drittkäufer bestimmte Mängel nicht, dürfte sich die Kaufpreishöhe an einem mangelfreien Kaufobjekt ausrichten. Der Verkäufer hat damit zu rechnen, dass er für die verborgenen erheblichen Sachmängel haften muss. Spräche man dem Vorkaufsberechtigten die Mängelrechte ab, würde sich die Position des Vorkaufsverpflichteten durch die Ausübung des Vorkaufsrechts verbessern. Der Regelung in § 464 Abs. 2 BGB liegt dagegen die gesetzliche Wertung zugrunde, dass sich die Position des Vorkaufsverpflichteten durch die Ausübung des Vorkaufsrechts weder verbessern noch verschlechtern soll.

Versagte man dem Vorkaufsberechtigten die Gewährleistungsrechte, bestünde – jedenfalls *prima facie* – die **Gefahr, dass das Vorkaufsrecht insgesamt umgangen wür-**

de. Denn der Vorkaufsberechtigte, der Kenntnis von dem Mangel hat, wird sein Vorkaufsrecht zu dem auf Basis der Mangelfreiheit kalkulierten Kaufpreis nur dann ausüben, wenn er selbst – unter Nichtanwendung von § 442 BGB – die Gewährleistungsrechte im gleichen Umfang wie der Drittkäufer ausüben kann.

b) Personalisierter Haftungsausschluss nach § 442 BGB?

Begreift man die subjektiven Haftungsausschluss- bzw. Haftungsbeschränkungstatbestände (z. B. §§ 442, 254 BGB) allerdings als Ausdruck der **gesetzlichen Wertung**, dass der **Gläubiger die Mängelrechte** – zumindest teilweise – **nicht verdient** (*venire contra factum proprium*, vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 442 Rn. 1 m. w. N.), liegt bei Verwirklichung eines derartigen Tatbestands in der Person des Vorkaufsberechtigten ein Anspruchsausschluss bzw. eine Anspruchskürzung nahe. Das unter Ziff. 3 a angesprochene **Umgehungsargument** dürfte zudem **praktisch nicht relevant** werden, da bei einem Zusammenwirken von Verkäufer und Käufer in aller Regel auch Letzterer Kenntnis vom Mangel haben wird und im Übrigen ggf. eine Korrektur nach § 242 BGB möglich wäre.

c) Stellungnahme

Unbeschadet dessen, dass man dem Vorkaufsberechtigten im Einzelfall die Berufung auf seine Gewährleistungsrechte unter Verweis auf Treu und Glauben verwehren mag, erscheint es u. E. überzeugender, ihm die Gewährleistungsrechte im vorliegenden Fall grundsätzlich zuzugestehen. Denn bei objektiv-teleologischer Betrachtung dürfte die **Regelung in § 442 BGB nicht Ausdruck eines Sanktionsgedankens**, sondern vielmehr des gesetzgeberischen Bemühens sein, **im Interesse der Minimierung von Transaktionskosten** dafür zu sorgen, dass eine erkannte Mangelhaftigkeit der Kaufsache bei den Vertragsverhandlungen thematisiert wird und in den kaufvertraglichen Regelungen Berücksichtigung findet (vgl. Köhler, JZ 1989, 761, 763 f.; BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.3.2011, § 442 Rn. 2 m. w. N. auch zur Gegenansicht). Dies ist bei Kenntnis nur des Vorkaufsberechtigten nicht möglich, sodass der so verstandene Normzweck des § 442 BGB **keinen Ausschluss der Mängelrechte gebietet**.

4. Erneute Mitteilungspflicht nach Ausübung des Minderungsrechts durch den Erstkäufer?

Sofern man dem Vorkaufsberechtigten entgegen der hier vertretenen Auffassung die Mängelrechte nach § 442 BGB verwehrt, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen, wenn der Vorkaufsberechtigte mangels Minderungsrechts nicht von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, anschließend die Ausübungsfrist abläuft und sodann der Drittkäufer sein Minderungsrecht ausübt.

a) Erneuter Anlauf der Vorkaufsfrist bei wesentlichen Änderungen des Drittkaufvertrags

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass wesentliche Änderungen oder Ergänzungen des Drittkaufvertrags dem Vorkaufsberechtigten nach ganz h. M. **erneut mitgeteilt werden müssen** und eine **neue Frist** zur Ausübung des Vorkaufsrechts auslösen (vgl. RGZ 118, 5, 8; BGH DNotZ 1994, 459; Ehrenforth, AcP 150, 420, 423; Staudinger/Mader, Neubearb. 2004, § 469 Rn. 11). Für den Neuanlauf der Ausübungsfrist ist nach h. M. **unerheblich, ob die bisherige Ausübungsfrist bereits abgelaufen** ist (Staudinger/Mader, § 469 Rn. 11; BeckOK-BGB/Faust,

Std.: 1.3.2011, § 469 Rn. 6 m. w. N.). Begründet wird dies damit, dass die ursprüngliche Mitteilung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten durch die Änderung des Kaufvertrags gegenstandslos wird (Staudinger/Mader, § 469 Rn. 11). Ist die ursprüngliche Mitteilung aber gegenstandslos, kann die Frist des § 469 Abs. 2 BGB erst durch die ergänzende Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten über die Vertragsänderung in Gang gesetzt werden. Ohne Bedeutung ist, ob die Vertragsänderung noch vor Ablauf der ursprünglichen Ausübungsfrist oder erst danach vereinbart wurde.

b) Ausübung des Minderungsrechts als wesentliche Vertragsänderung

Vor diesem Hintergrund könnte die Ausübung des Minderungsrechts als einseitiges Gestaltungsrecht die ursprüngliche Mitteilung gem. § 469 BGB unwirksam machen, da auch insoweit der nach § 464 Abs. 2 BGB maßgebliche Vertragsinhalt geändert wird. Zwar ließe sich argumentieren, dass das Äquivalenzverhältnis im Verhältnis Verkäufer-Käufer durch die Wahrnehmung eines Gewährleistungsrechts grundsätzlich unberührt bleibt. Unbeschadet des Gewährleistungsausschlusses nach § 442 BGB dürfte u. E. im Ergebnis aber von einem **neuen Anlauf der Vorkaufsfrist** auszugehen sein: Zum einen hat die **geänderte Kaufpreishöhe** für die Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts **nicht unerhebliche Bedeutung**; zum anderen ist es für den Vorkaufsberechtigten regelmäßig von Interesse, ob er eine mangelfreie Kaufsache erhält (ggf. im Wege des Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB) oder infolge des bereits ausgeübten Minderungsrechts eine mangelhafte Kaufsache unter Reduzierung des Kaufpreises hinzunehmen hat. Denn **bei bereits ausgeübtem Minderungsrecht verliert er das ihm nach § 437 BGB zustehende Wahlrecht**.

BGB § 2315

Pflichtteilsanrechnung bei Grundstücksüberlassung durch Erblasser an eine GbR, an der die Pflichtteilsberechtigten beteiligt sind

I. Sachverhalt

Ein Vater möchte zu Lebzeiten Grundbesitz an seine Ehefrau und seine Kinder übertragen. Der Grundbesitz soll durch eine in der Übertragungsurkunde zu gründende GbR, bestehend aus dem Vater, seiner Ehefrau und den Kindern, erworben werden. Die Übertragung soll unter Anrechnung der Zuwendungen auf den Pflichtteil gem. § 2315 BGB erfolgen.

II. Fragen

Greift die Anrechnungsbestimmung des § 2315 BGB auch bei Zuwendungen, die nicht unmittelbar an Pflichtteilsberechtigte erfolgen, sondern an eine GbR, an der die Pflichtteilsberechtigten beteiligt sind? Oder ist bei einer Zuwendung an die GbR eine besondere Vereinbarung zwischen Zuwendendem und Pflichtteilsberechtigtem oder sogar ein Pflichtteilsverzicht erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Grundlagen der Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 Abs. 1 BGB

Gem. § 2315 Abs. 1 BGB hat sich der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Be-

stimmung zugewendet wurde, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Die Pflichtteilsanrechnung setzt also voraus, dass **dem Pflichtteilsberechtigten** vom Erblasser **etwas** durch Rechtsgeschäft unter Lebenden **zugewendet** und dass eine entsprechende **Anrechnungsbestimmung spätestens im Zeitpunkt der Zuwendung** getroffen wurde. Eine nachträgliche Anordnung kommt nur dann in Betracht, wenn der Zuwendende sie sich bei der Zuwendung vorbehalten hat (vgl. hierzu Herrler/Schmied-Kovařík, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, Pflichtteilsrecht, 2010, § 2315 BGB Rn. 21).

a) Erfordernis einer unmittelbaren Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten

Grundsätzlich ist eine „Zuwendung“ i. S. d. § 2315 Abs. 1 BGB nur gegeben, wenn die Zuwendung, d. h. die Vermögensmehrung unter Verminderung des künftigen Nachlasses, **unmittelbar an den Pflichtteilsberechtigten** erfolgt (Staudinger/Haas, BGB, Neubearb. 2006, § 2315 Rn. 15; MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2315 Rn. 8; BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.2.2013, § 2315 Rn. 5). Nicht ausreichend ist daher insbesondere eine Zuwendung an den Ehegatten des Pflichtteilsberechtigten, an einen seiner Abkömmlinge oder einen Dritten mit dem Willen, damit ein Geschäft des Pflichtteilsberechtigten zu besorgen (BGH DNotZ 1963, 113).

Da vorliegend nicht das Vermögen des jeweiligen Pflichtteilsberechtigten, sondern vielmehr das Vermögen der – insoweit teilrechtsfähigen – GbR gemehrt werden wird (an welcher der Pflichtteilsberechtigte freilich beteiligt ist), könnte man auf den ersten Blick an einer anrechnungsfähigen Zuwendung i. S. d. § 2315 Abs. 1 BGB zweifeln.

b) Exkurs: Erbschaftsteuerliche Behandlung von Zuwendungen an Gesamthandsgemeinschaften

Während im Rahmen von § 2315 Abs. 1 BGB grundsätzlich eine unmittelbare Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten selbst erforderlich ist und nicht durch die Gesellschaft „hindurchgesehen“ wird, gilt im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht der Grundsatz, dass bei einer Beteiligung an einer Gesamthandsgemeinschaft (OHG, KG oder GbR) **nicht die Gesamthand, sondern die Gesamthänder durch die freigiebige Zuwendung als schenkungsteuerrechtlich bereichert anzusehen** sind. Dies folgt der BFH (Urt. v. 14.9.1994, BStBl II 1995, 81 = DNotZ 1995, 300) aus der Regelung in § 718 BGB, wonach das Gesellschaftsvermögen gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter und nicht Vermögen der Gesellschaft ist. Falle deshalb einer Gesamthandsgemeinschaft durch Erbfall oder Schenkung Vermögen zu, seien unabhängig von der Frage, ob die Gesamthand zivilrechtlich ggf. Erbin oder Beschenkte sei, für die Erbschaft- und Schenkungsteuer die Gesamthänder vermögensmäßig bereichert. Erwerber und damit Gesamtschuldner i. S. v. § 20 ErbStG seien somit die Gesamthänder, nicht die Gesamthand. Dass der BGH zwischenzeitlich die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR anerkannt hat (DNotZ 2001, 234), hat den BFH nicht zu einer anderen Beurteilung der erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Rechtslage veranlasst (vgl. BFH NJW-RR 2010, 805, 806 Tz. 18; s. auch Fischer, in: Fischer u.a., ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 70-72; Ulricher, in: Daragan u.a., ErbStG, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 35; Wälzholz, in Viskorf u. a., ErbStG/BewG, 4. Aufl. 2012, § 3 ErbStG Rn. 10). Mit Bezug auf die schon früher für die Personhandelsgesellschaften herrschende Theorie der Teilrechtsfähigkeit hat der BFH in seinem oben zitierten Urteil nämlich ausgeführt, dass „die Teilrechtsfähigkeit lediglich die

Anerkennung der Gesamthand im Rechtsverkehr“ betrifft, es aber nicht darum geht, „der Gesamthand als solcher eine den juristischen Personen vergleichbare, wenn auch relative, von den Gesamthändern losgelöste Rechtsfähigkeit zuzuerkennen“. Schenkung- und erbschaftsteuerlich dürften daher weiterhin die an der GbR beteiligten Gesellschafter, nicht die GbR, als Erwerber des übertragenen Vermögens anzusehen sein.

2. Drittzuwendung als ausnahmsweise anrechnungsfähige Zuwendung

Obwohl im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht die Zuwendung an die Gesamthänder als unmittelbare Zuwendung an die Gesamthänder betrachtet wird, lassen sich hieraus keine zwingenden Schlüsse für die zivilrechtliche Bewertung ziehen. Dies ist jedoch auch nicht unbedingt notwendig. Denn trotz des grundsätzlichen Erfordernisses einer unmittelbaren Leistung an den Pflichtteilsberechtigten ist – soweit ersichtlich – **allgemein anerkannt**, dass eine **Zuwendung an einen Dritten** auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 2315 Abs. 3, 2051 Abs. 1 BGB **ausnahmsweise** zu einer **Pflichtteilsanrechnung** führen kann. Dies setzt eine **Dreiecksbeziehung** dergestalt voraus, dass schuldrechtlich eine Verpflichtung des Erblassers gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten zu einer freigiebigen Leistung besteht und Ersterer diese auf Geheiß des Letzteren bzw. aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung (§§ 328 ff. BGB) an einen Dritten erbringt (Herrler/Schmied-Kovářík, § 2315 BGB Rn. 10; Staudinger/Haas, § 2315 Rn. 14; MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rn. 8; ebenso für möglich gehalten von BGH DNotZ 1963, 113, 114).

Vor diesem Hintergrund dürfte eine **Vereinbarung zwischen Pflichtteilsberechtigtem und Erblasser** möglich sein, wonach Letzterer an eine Personengesellschaft, deren Mitgesellschafter der Pflichtteilsberechtigte ist, eine Zuwendung erbringt und diese Zuwendung mit dem **Wert** auf den Pflichtteil **angerechnet wird, welcher der Anteilswerterhöhung** beim einzelnen Gesellschafter durch die Vermögensmehrung bei der Gesellschaft **entspricht** (bzw. jedenfalls nicht über die Anteilswerterhöhung hinausgeht). Technisch ließe sich dies wohl dergestalt umsetzen, dass der jeweilige Teilwert der Zuwendung **auf das Kapitalkonto des jeweiligen Gesellschafters/Zuwendungsempfängers gebucht** wird. Der Begriff des „Kapitalanteils“ ist auch bei der GbR gebräuchlich, denn solche Anteile entstehen nicht nur bei OHG und KG, sondern ebenso bei der mit diesen Gesellschaften als deren Grundform strukturgleichen GbR, sobald diese bilanziert (Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 13 Rn. 18). Der Kapitalanteil entspricht der in der Bilanz fortgeschriebenen Einlage des GbR-Gesellschafters, d. h., er gibt deren gegenwärtigen Stand an. Er drückt also den bilanzrechtlich auf die einzelnen Gesellschafter entfallenden Anteil am Eigenkapital der Gesellschaft aus (vgl. Ehrlicke, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 120 Rn. 58). Die praktische Bedeutung des Kapitalanteils bei der GbR folgt im Übrigen ausschließlich aus den in diesem Zusammenhang getroffenen Vereinbarungen der Gesellschafter (Gummert, § 13 Rn. 24). Es müsste für das einzubringende Grundstück demnach eine Regelung etwa dahingehend getroffen werden, dass sein Wert anteilig auf den Kapitalkonten einzelner oder aller Gesellschafter gutgeschrieben wird. Flankierend müsste im Gesellschaftsvertrag u. E. bestimmt werden, dass sich die Gesellschafterrechte, insbesondere die **Beteiligung am Liquidationserlös, nach der Höhe des jeweiligen Kapitalkontos** richten, was ohne

Weiteres möglich ist (vgl. Gummert, § 13 Rn. 24). Denn andernfalls wäre die Buchung der Einbringungsgegenstände auf den einzelnen Kapitalkonten für die tatsächliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nicht relevant und damit auch keine entsprechende Zuwendung anzunehmen. Die Verteilung des Liquidationserlöses würde vielmehr nach der gesetzlichen Regelung, nämlich nach Köpfen erfolgen (§ 734 i. V. m. § 722 BGB), sodass für eine wertmäßige Zuordnung der Einbringungsgegenstände an die jeweiligen Pflichtteilsberechtigten nichts gewonnen wäre.

Die grundsätzliche Möglichkeit einer Pflichtteilsanrechnung im obigen Sinne wird dadurch bestätigt, dass hierin ggf. lediglich die **Abkürzung eines Übertragungsvorgangs** zu sehen ist. Eine Pflichtteilsanrechnung wäre nämlich zweifellos denkbar, **wenn der Erblasser** den Grundbesitz an die Pflichtteilsberechtigten **zu Miteigentum zu bestimmten Quoten übertrüge** und Letztere ihre Miteigentümergeinschaft anschließend in eine GbR einbrächten. Dieser (zwar nicht grunderwerbsteuerrechtlich, vgl. insoweit § 5 Abs. 1 GrEStG, wohl aber) zivilrechtlich kostenintensivere Weg kann den Beteiligten nicht aufgezwungen werden, um die Anrechnungsmöglichkeit des § 2315 Abs. 1 BGB zu erhalten.

3. Vorsorglicher (beschränkter) Pflichtteilsverzicht

Jedenfalls wenn die Bewertung des Zuwendungsgegenstands zweifelhaft und nicht auszuschließen ist, dass die Beteiligten den Wert des Grundbesitzes zu hoch einschätzen, dieser Wert aber gleichwohl für das Anrechnungsvolumen nach § 2315 Abs. 1 BGB maßgeblich sein soll, dürfte es sich **vorsorglich** empfehlen, einen auf den Gegenstand der jeweiligen Zuwendung bzw. auf einen von den Parteien festzulegenden Zuwendungswert beschränkten Pflichtteilsverzicht zu vereinbaren. Der Vorteil des Pflichtteilsverzichts besteht in einer weiter reichenden Parteiautonomie, etwa was den Wert des überlassenen Gegenstands oder sonstige Berechnungsmodalitäten betrifft. Der (beschränkte) Pflichtteilsverzicht ist erfahrungsgemäß weniger streitanfällig als eine reine Anrechnungsbestimmung. Insbesondere kann nur im Rahmen eines Pflichtteilsverzichtsvertrags eine Bestimmung des Werts des zugewandten Gegenstands über dem gesetzlichen Anrechnungswert erfolgen; § 2315 BGB bietet nämlich keine Rechtsgrundlage für einen darüber hinausgehenden Eingriff in das Pflichtteilsrecht (vgl. Keim, MittBayNot 2008, 8, 10). Ggf. kann bereits in der Aufnahme einer Anrechnungsbestimmung mit bestimmtem Anrechnungsvolumen eine vertragliche Abrede i.S. eines teilweisen Pflichtteilsverzichts gesehen werden. Vorsorglich empfiehlt sich u.E. aber eine ausdrückliche Regelung.

4. Ergebnis

Eine Anrechnung der Zuwendung an die GbR auf die Pflichtteilsansprüche der GbR-Gesellschafter ist u. E. im Grundsatz möglich, setzt aber eine besondere Vereinbarung zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem im geschilderten Sinne voraus. Ein Pflichtteilsverzicht ist nicht zwingend erforderlich. Es ist nämlich anerkannt, dass auch die unmittelbare Zuwendung an einen Dritten eine Zuwendung i. S. d. § 2315 Abs. 1 BGB darstellen kann, wenn sich Erblasser und Pflichtteilsberechtigter hierüber einig sind und das Vermögen des Pflichtteilsberechtigten tatsächlich gemehrt wird. Die Vermögensmehrung bestünde vorliegend u. E. in der Erhöhung des Anteilswerts. Ein vorsorglich erklärter, gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht ist aber bereits aus Gründen der Streitvermeidung, insbesondere betreffend die Höhe des Anrechnungsvolumens, durchaus erwägenswert.

An das
Deutsche Notarinstitut
Gerberstraße 19
97070 Würzburg

Fax-Nr. 0931/35576-225

Einbanddecke für den DNotI-Report 2011/2012 (in weißem Offsetgewebe (Leinen) mit blauem Siebdruck)

Sie erhalten die Einbanddecke zum
Preis von 15.– € (brutto*).

Die Einbanddecken sind ab **April 2013** verfügbar.

Das dazugehörige **Inhaltsverzeichnis** erscheint voraussichtlich in der
achten Ausgabe des **DNotI-Report 2013**.

Sie haben die Möglichkeit, Ihre schriftliche Bestellung bereits heute mit diesem
Formblatt zu erledigen.

Hiermit bestelle/n ich/wir Stck. Einbanddecken zum Preis von je 15.– €
(brutto*).

Name, Vorname

Straße/Postfach

PLZ, Ort

Ort, Datum

Unterschrift/Stempel

*Der ausgewiesene Brutto-Rechnungsbetrag enthält keine Umsatzsteuer, da die oben aufgeführten Leistungen im Rahmen der nicht unternehmerischen Tätigkeit des Deutschen Notarinstituts als Körperschaft des öffentlichen Rechts erbracht wurden.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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.

BayFiG § 21

Ausübung eines unbefristeten fischereirechtlichen Vorkaufsrechts anlässlich des Abschlusses eines weiteren Kaufvertrags

Abruf-Nr.: 122003

Erbbaurecht §§ 5, 6, 7

Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts nach vorheriger Ablehnung; Beseitigung der schwebenden Unwirksamkeit eines Erbbaurechtskaufvertrags

Abruf-Nr.: 119866

BeurkG §§ 16, 6

Ehegatte des beurkundenden Notars als Dolmetscher

Abruf-Nr.: 122285

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2; BNotO § 19 Abs. 1

2-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG nicht disponibel

a) Die Regelfrist von zwei Wochen nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG steht nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten.

b) Ein Abweichen von der Regelfrist kommt nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund.

c) Der Notar hat, so die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen ist und die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt sind, die Amtspflicht, eine Beurkundung auch dann abzulehnen, wenn diese von den Urkundsbeteiligten gewünscht wird.

BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12

Abruf-Nr.: 11079R

Problem

Die Kläger erwarben mit von dem Beklagten beurkundetem Kaufvertrag vom 16.4.2007 vom Verkäufer zwei Eigentumswohnungen zu einem Kaufpreis von insgesamt 151.000 €. Der Kaufvertrag enthielt folgende Vorbemerkung:

„Vorliegend handelt es sich um ein Verbrauchergeschäft iSd. § 13 BGB. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer in

Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 Abs. 1 BGB). Bei einem Verbrauchergeschäft hat der Notar gem. § 17 BeurkG darauf hinzuwirken, dass den Käufern der Entwurf der not. Verhandlung 14 Tage vor der Beurkundung vorliegt.

Hier ist diese Überlegungsfrist nicht gewahrt. Die Käufer werden eindringlich belehrt, dass es ratsam ist, sich vor einem Immobilienkaufvertrag mit Vertrauenspersonen zu besprechen, um sich die Risiken klarzumachen und dass der Gesetzgeber die 14-tägige Überlegungsfrist als Regelfall vorsieht.

Die Käufer werden darauf hingewiesen, dass sie sich mit der Finanzierung der Immobilie für fast 30 Jahre binden und sie wegen des aufzunehmenden Kredits mit der Wohnung und ihrem gesamten persönlichen Vermögen haften. Dies gilt umso mehr, wenn Mieter die Miete nicht zahlen sollten. Die Käufer wollen auch nach dieser Belehrung noch unbedingt heute beurkunden und lehnen den Vorschlag des Notars ab, die 14-tägige Überlegungsfrist abzuwarten. Sie bestehen also trotz der geschilderten tatsächlichen und rechtlichen Umstände und Bedenken des Notars auf die heutige Beurkundung.“

Die Kläger erklärten mit Schriftsatz vom 7.5.2007 dem Verkäufer gegenüber die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung und Irrtum und daneben den Rücktritt vom Vertrag. Im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung vom 16.6.2007 einigten sich die Kläger mit dem Verkäufer darauf, dass dieser sie gegen Zahlung von 5.000 € bei gleichzeitiger Freistellung des Verkaufs von sämtlichen Kosten und Steuern aus dem Vertrag entließ. Für die anwaltliche Vertretung gegenüber dem Verkäufer stellten die Bevollmächtigten der Kläger diesen eine Rechnung über 5.870,87 €.

Mit ihrer Klage verlangen die Kläger vom Beklagten Ersatz für die durch den Abschluss des Kaufvertrags entstandenen Kosten der Abstandszahlung sowie der in diesem Zusammenhang erwachsenen Rechtsanwaltskosten. Daneben begehren sie Erstattung der an den Verkäufer gezahlten Notarkosten sowie Freistellung von den Kosten ihrer vorgerichtlichen Rechtsverfolgung. Sie stützen ihre Klage darauf, dass der Beklagte die Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG pflichtwidrig nicht eingehalten hat. Das Landgericht hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage endgültig abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgten die Kläger ihren Klageantrag weiter.

Entscheidung

Die Revision hat Erfolg. Den Klägern steht ein **Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO gegen den Beklagten** zu, da dieser laut BGH die ihm den Klägern gegenüber obliegende **Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG** durch die Vornahme der Beurkundung des Kaufvertrags **verletzt** hat.

Der Notar habe nicht darauf hingewirkt, dass die Kläger als Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhielten, sich vor der Beurkundung mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Der Beklagte durfte im vorliegenden Fall nicht von der in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG normierten Regelfrist von zwei Wochen zwischen Zurverfügungstellung des Vertragsentwurfs und Beurkundung abweichen. Zwar stehe die 2-Wochen-Frist in einem gewissen

Spannungsverhältnis zu § 15 Abs. 1 BNotO (Anspruch auf Amtstätigkeit des Notars). Dieses Spannungsverhältnis sei aber mit Blick auf den Gesetzeszweck des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG aufzulösen. Durch die gesetzliche Neuregelung wollte der Gesetzgeber den Verbraucher vor allem vor unüberlegtem Handeln schützen, was regelmäßig durch die Zurverfügungstellung des Textes des beabsichtigten Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung gewährleistet werde. Wegen der Ausgestaltung als Regelfrist könne die 2-Wochen-Frist im Einzelfall unterschritten werden; in besonders gelagerten Fällen möge zudem eine Überschreitung der Frist geboten sein (vgl. BT-Drs. 14/9266, S. 51). Durch diese flexible Ausgestaltung könne und solle (auch) vermieden werden, dass sich die 2-Wochen-Frist als unnötige „Beurkundungssperre“ auswirke.

Der III. Zivilsenat des BGH macht allerdings deutlich, dass insoweit der Gedanke des Verbraucherschutzes nicht in den Hintergrund treten darf. Ein **Abweichen von der Regelfrist** komme demnach **allein dann** in Betracht, **wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe** – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigten, die dem Verbraucher zugeordnete Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist sei daher ein **sachlicher Grund** für ihre Abkürzung. Dieser ist nur dann gegeben, wenn der vom Gesetz bezweckte **Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise** als durch die Einhaltung der Regelfrist **gewährleistet** ist (vgl. Tz. 20 m. w. N.). Dabei stellt der BGH ausdrücklich klar, dass die **Einhaltung der Frist nicht zur Disposition der Beteiligten** steht. Denn derjenige, der sich überhastet zu einem Grundstückskaufvertrag überreden und unmittelbar die Beurkundung bei einem Notar durchführen lasse, ohne sich hinreichend mit dem Gegenstand des Vertrags vertraut gemacht zu haben, werde sich im Zweifel auch dazu drängen lassen, auf die Einhaltung der Pflichten aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG zu verzichten. Der vom Gesetzgeber bezweckte Verbraucherschutz sei deshalb nur dann ausreichend gewahrt, wenn dem Notar die Amtspflicht auferlegt werde, die Beurkundung trotz eines entgegenstehenden Wunsches der Urkundsbeteiligten abzulehnen, sofern die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen und die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt seien (Tz. 20 m. w. N. auch zur Gegenauffassung).

Vorliegend hat laut BGH keine hinreichende Auseinandersetzung der Kläger mit dem zu beurkundenden Kaufvertrag stattgefunden. Die Kläger hatten die Wohnung nicht besichtigt und die Finanzierung war nicht geklärt. Der **Beklagte** selbst habe angegeben, „dass er nicht mitbekommen habe, welchen Grund die Kläger hatten, den Kaufvertrag sofort beurkunden zu lassen“. Er **sei lediglich der Aufforderung zur Beurkundung nachgekommen**. Auch habe er nicht einmal ansatzweise irgendwelche Feststellungen dazu getroffen, dass die Zwecke der Regelwartefrist nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG gewahrt gewesen seien. Folglich hätte er die Beurkundung am 16.4.2007 nicht durchführen dürfen. Seine Pflicht zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens in der Weise, dass eine hinreichende Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem zu schließenden Vertrag besteht, konnte der Beklagte nicht durch die Vorbemerkung im Kaufvertrag und den Hinweis auf die Verbindlichkeit des beurkundeten Vertrags erfüllen, da die Zwecke des Wartegebots hierdurch nicht erreicht werden. Nach Ansicht des BGH hat der Beklagte die Amtspflichtverletzung zumindest fahrlässig verwirklicht. Aufgrund der Amtspflichtverletzung sei der Vertrag unter Missachtung der Regelfrist am 16.4.2007 beurkundet worden. Durch die

„vorzeitige“ Beurkundung seien die geltend gemachten Schäden eingetreten. Zweifel an der haftungsausfüllenden Kausalität bestünden nicht, da die Einhaltung der gesetzlichen Regelfrist nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten stehe und eine Beurkundung daher bei pflichtgemäßem Vorgehen nicht an diesem Tag hätte erfolgen können. Abschließend erläutert der III. Zivilsenat, weshalb die Eingehung des Aufhebungsvertrags nicht zur Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs zwischen der Amtspflichtverletzung des Beklagten und dem geltend gemachten Schaden führt (Tz. 26-30) und warum eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht besteht (Tz. 31-33).

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

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: Notar a. D. Sebastian Herrler

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg