

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang  
September 2016  
ISSN 1434-3460

18/2016

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 34, 5 Abs. 3 S. 2 – Einziehung eines Geschäftsanteils; Anpassungsmaßnahmen zur Wahrung des Konvergenzgebots; Entstehung neuer Einlagepflichten durch nominelle Aufstockung oder Neubildung eines Geschäftsanteils; Neubildung eines Anteils der Gesellschaft oder des Gesellschafters

BGB §§ 434, 311b, 133, 157 – Vorvertragliche Äußerung des Verkäufers über Zugehörigkeit eines Stellplatzes zum Wohnungseigentum; *falsa demonstratio*

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 444, 434 Abs. 1 S. 3 – Grundstückskaufvertrag: keine Haftung des Verkäufers für vorvertragliche öffentliche Äußerung; Haftungsausschluss für Sachmängel

ZPO §§ 829, 840 Abs. 1; BNotO §§ 15, 23 – Notaranderkonto; Pfändung nur des Kaufpreisanspruchs

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### **GmbHG §§ 34, 5 Abs. 3 S. 2 Einziehung eines Geschäftsanteils; Anpassungsmaßnahmen zur Wahrung des Konvergenzgebots; Entstehung neuer Einlagepflichten durch nominelle Aufstockung oder Neubildung eines Geschäftsanteils; Neubildung eines Anteils der Gesellschaft oder des Gesellschafters**

#### I. Sachverhalt

Die X-GmbH hat ein Stammkapital von 50.000 €. Gesellschafter sind A und B mit Geschäftsanteilen im Nennbetrag von jeweils 25.000 €. Beide Anteile sind voll eingezahlt.

Der Geschäftsanteil des A soll eingezogen werden. Die (statutarischen) Voraussetzungen für eine Einziehung liegen vor.

Zugleich mit der Einziehung möchte B die Diskrepanz zwischen dem Nennbetrag seines verbliebenen Anteils und der Stammkapitalziffer wieder ausgleichen. Eine Kapitalherabsetzung kommt für ihn nicht in Betracht. Daher erwägt er, seinen Geschäftsanteil um den Nennbetrag des

weggefallenen Anteils aufzustocken oder einen neuen Geschäftsanteil in seiner Hand zu bilden. Allerdings befürchtet er, dass durch diese Maßnahmen neue Einlagepflichten entstehen könnten.

#### II. Frage

Entstehen durch die Aufstockung des verbliebenen oder die Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils Einlagepflichten?

#### III. Zur Rechtslage

**1. Ausgangspunkt: Einziehung und Konvergenzgebot**  
Gem. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F. muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Nach Inkrafttreten des MoMiG zum 1.11.2008 stellte sich die Frage, ob dieses Konvergenzgebot auch im „Leben“ der Gesellschaft gilt, insbesondere bei der **Einziehung** von Geschäftsanteilen. Dort führt die Vernichtung des Geschäftsanteils dazu, dass die **Summe der Nennbeträge der verbliebenen Anteile von der Stammkapitalziffer abweicht**, ein Zustand, der laut Gesetzesbegründung zum MoMiG – anders als nach altem Recht – nicht mehr zulässig sein sollte (BT-Drucks. 16/6140, S. 31 liSp.).

Das „erweiterte“ Konvergenzgebot war dennoch heftig umstritten: Nach der strengsten Ansicht waren Einziehungsbeschlüsse nichtig gem. § 134 BGB, wenn sie nicht gleichzeitig mit der Einziehungswirkung für eine Wiederherstellung der Konvergenz sorgten (Römermann, DB 2010, 209, 211;

vgl. auch OLG München DNotI-Report 2012, 30). Nach der großzügigsten Ansicht hatte sich hingegen durch das MoMiG materiell-rechtlich nichts geändert: § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG sei weiterhin eine gründungsbezogene Vorschrift, eine Nennbetragsdifferenz zur Stammkapitalziffer sei wie vor dem MoMiG als bloßer Schönheitsfehler zu akzeptieren (vgl. grundlegend Ulmer, DB 2010, 321).

Mit seiner Entscheidung vom 2.12.2014 hat der **BGH** (DNotZ 2015, 447 = NJW 2015, 1385 = DNotI-Report 2015, 61, in dortiger Besprechung weitere Nachweise zum Meinungsstreit) der strengen Ansicht eine Absage erteilt: Fehlende Maßnahmen der Nennbetragsanpassung sollen den **Einziehungsbeschluss nicht wichtig** machen. Allerdings hat der BGH offengelassen, ob die Gesellschafter zumindest mittelfristig zur Anpassung verpflichtet sind (vgl. DNotZ 2015, 447, 450 Tz. 26). Soweit unproblematisch, ist daher eine Anpassung gleichzeitig mit der Einziehung zu empfehlen.

## 2. Anpassung durch nominelle Aufstockung

### a) Allgemeines

Herkömmliche Mittel zum Divergenzausgleich waren und sind die nominelle Aufstockung, die Neubildung eines eigenen Geschäftsanteils und u. U. die Kapitalherabsetzung (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 31 liSp.).

Gerade in der vorliegenden Situation böte sich die nominelle Aufstockung an. Darunter ist eine **rein formelle Maßnahme** zu verstehen, durch die der weggefallene Nennbetrag den verbliebenen Anteilen zugeschlagen wird. Sie bleibt ohne eigentliche materiell-rechtliche Bedeutung, wenn sie streng **nach dem Verhältnis der verbliebenen Anteile** (Nennbeträge) ausfällt. Dann zeichnet sie nämlich lediglich die Beteiligungsveränderung nach, die mit dem Wegfall des eingezogenen Anteils ohnehin eingetreten ist (vgl. Blath, GmbHR 2011, 1177, 1183, dort auch krit. zur disquotalen Aufstockung; ebenso krit. Gutachten DNotI-Report 2010, 29, 31; für einvernehmliche disquotale Aufstockung dagegen Nolting, ZIP 2011, 1292, 1295 ff.; Scholz/Westermann, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 34 Rn. 67). Mit dem Wegfall berechnen sich ja die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten nur mehr nach dem Verhältnis der restlichen Anteile. Die quotale Aufstockung des einzigen verbleibenden Anteils ist dabei stets unproblematisch, da sie nie zu einem krummen Nennbetrag entgegen § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG führen kann.

Praktisch ist die Aufstockung leicht zu bewerkstelligen, weil sie nach herkömmlicher Ansicht keine Satzungsänderung, sondern lediglich einen formlosen Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit erfordert (BayObLG DNotZ 1992, 182, 184; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 34 Rn. 20; MünchKommGmbHG/Strohn, 2. Aufl. 2015, § 34 Rn. 68; BeckOK-GmbHG/Schindler, Std.: 1.6.2016, § 34 Rn. 66.1).

### b) Neue Einlagepflichten durch nominelle Aufstockung?

Seit dem MoMiG wird allerdings **teilweise** vertreten, dass mit der Aufstockung **neue Einlagepflichten** entstehen oder dass – anders gewendet – die fehlende Einlagezahlung der Aufstockung entgegensteht. Laut *Ulmer* (DB 2010, 321) ist dies nicht anders denkbar, da es im geltenden Recht **eine von der nominellen Kapitalerhöhung zu unterscheidende nominelle Aufstockung nicht gebe** (anders noch GroßkommGmbHG/Ulmer, 1. Aufl. 2006, § 34 Rn. 69).

Ihm pflichtet *Ziemons* bei (BeckOK-GmbHG, Std.: 1.6.2016, § 5 Rn. 96b f.): Die Aufstockung scheitere daran, dass auf den Erhöhungsbetrag keine Einlage geleistet werde; dies gelte jedenfalls dann, wenn an den Inhaber des Anteils eine **Abfindung** gezahlt und ihm dabei „auch der Nennbetrag des eingezogenen Geschäftsanteils“ zurückgezahlt werde und die verbleibenden Gesellschafter keine Einlage leisteten. Neben *Ulmer* und *Ziemons* kritisieren weitere Stimmen mehr oder weniger beiläufig die nominelle Aufstockung (Baumbach/Hueck/Zöllner, § 46 Rn. 33b, im Ergebnis aber nicht ganz klar; Lutter, GmbHR 2010, 1177, 1178, erkennt eine Aufstockung ohne Einlageleistung ebenso wenig an, dies freilich vor dem Hintergrund seiner Prämisse, dass die Einziehung bereits eine automatische Aufstockung nach sich ziehe und für eine willentliche Aufstockung keinen Raum lasse; bzgl. der Einlagepflicht offen GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 24). Andere weisen auch nach dem MoMiG ausdrücklich darauf hin, dass die nominelle Aufstockung keinerlei neue Einlagepflicht begründet (GroßkommGmbHG/Ulmer/Habersack, 2. Aufl. 2014, § 34 Rn. 69; Scholz/Westermann, § 34 Rn. 67; so früher bereits BayObLG DNotZ 1992, 182, 184).

Die Annahme, dass die nominelle Aufstockung neue Einlagepflichten gebiert, **kann u. E. nicht überzeugen**. Versteht man die Aufstockung als *praeter legem* im Recht der Einziehung zugelassene rein *formelle* (d. h.: quotale) Maßnahme, bedeutet sie gerade keine effektive Aufstockung wie bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung. Vielmehr wird durch sie **nur nachgezeichnet, was materiell-rechtlich durch die Beteiligungsverchiebung** im Zuge der Einziehung ohnehin **bereits geschehen** ist. Die nominelle Aufstockung läge insoweit eher auf der Linie der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (so früher auch GroßkommGmbHG/Ulmer, § 34 Rn. 68), bei der ebenso wenig Einlagepflichten entstehen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass auf den offenen Nennbetrag die **Einlage bereits einmal vollständig erbracht** wurde. Ohne Volleinzahlung wäre die Einziehung des Geschäftsanteils gar nicht möglich gewesen (BGH NJW 1952, 780, 782; NJW 2015, 1385, 1387 Tz. 31). An der Volleinzahlung ändert auch eine etwaige Abfindung an den Inhaber des eingezogenen Anteils nichts. Insoweit wird die Kapitalerhaltung über **§ 34 Abs. 3 i. V. m. § 30 Abs. 1 GmbHG** gewährleistet, wonach die Abfindung nur aus ungebundenem Gesellschaftsvermögen gezahlt werden darf. Es besteht daher kein Grund, die Abfindung durch eine neu erwachsende oder wiederauflebende Einlagepflicht zu kompensieren.

Insgesamt dürfte die nominelle Aufstockung ohne Einlagezahlung weiterhin gängiger Praxis entsprechen, die Ansicht *Ulmers* und *Ziemons* eher für eine Mindermeinung stehen. Abschließend geklärt ist die Frage indes nicht.

### 3. Anpassung durch Neubildung eines Geschäftsanteils

Alternativ lässt sich die Divergenz nach herkömmlicher Meinung durch Neubildung eines eigenen Geschäftsanteils *der Gesellschaft* (auch Revalorisierung genannt) ausgleichen. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Maßnahme, die sich *praeter legem* im Recht der Geschäftsanteileinziehung herausgebildet hat. Sie verlangt zwar keinen beurkundeten Gesellschafterbeschluss, aber zumindest eine Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit (str., ob allseitige Zustimmung geboten, vgl. MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rn. 69; GroßkommGmbHG/Ulmer/Habersack,

§ 34 Rn. 70). Ähnlich wie bei der nominellen Aufstockung lassen einzelne Kritiker die Neubildung an der fehlenden Einlagezahlung scheitern (Ulmer, DB 2010, 321; BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 5 Rn. 96b f.).

Die Neubildung eines eigenen Anteils der Gesellschaft steht vorliegend aber gar nicht zur Debatte, vielmehr wünscht der Gesellschafter eine **Neubildung unmittelbar in seiner Hand**. Grundsätzlich wird man diese – als **Variante der Aufstockung** – zulassen können: Wenn man beim Vergleich mit der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bleibt, ist alternativ zur Aufstockung auch die quotale (!) Ausgabe neuer Anteile denkbar – jedenfalls soweit die Anteile der begünstigten Gesellschafter voll eingezahlt sind (vgl. §§ 57h Abs. 1 S. 1, 57l Abs. 2 S. 2 GmbHG). Letztlich könnte der Gesellschafter das gleiche Ergebnis durch Anteilsteilung nach Aufstockung erzielen. Es geht daher wohl gar nicht um eine Neubildung im herkömmlichen Sinne, sondern um eine „nominelle Neubildung“ als Alternative zur nominellen Aufstockung. Entsprechend dürfte ein Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit genügen (darauf kommt es freilich vorliegend nicht an). Die Einlagepflicht oder Einlagezahlung wäre ebenso irrelevant wie bei der nominellen Aufstockung.

---

## **BGB §§ 434, 311b, 133, 157 Vorvertragliche Äußerung des Verkäufers über Zugehörigkeit eines Stellplatzes zum Wohnungseigentum; *falsa demonstratio***

### **I. Sachverhalt**

Verkäufer und Käufer (beide Verbraucher) wollen einen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung schließen. Der Verkäufer überreicht dem Käufer vor der Beurkundung ein selbst gefertigtes Exposé, in dem das Objekt beschrieben wird. Insbesondere sollen hiernach zwei Stellplätze (ein Außenstellplatz und ein Garagenstellplatz) dazugehören. Dieses Exposé war auch Teil einer Anzeige in einem Internet-Immobilienportal.

Im notariellen Kaufvertrag wird lediglich der Grundbuchbescrieb wiedergegeben: Hiernach sollen u. a. bedingte Sondernutzungsrechte für die gesamte Wohnanlage bestehen und ein mit einem Garagenplatz verbundener Miteigentumsanteil. Der Vertrag sieht einen Gewährleistungsausschluss vor.

Über den Punkt Außenstellplatz sprechen die Parteien bei der Beurkundung nicht mehr; im Kaufvertrag ist er nicht enthalten. Unbestritten geht der Käufer noch bei der Beurkundung davon aus, dass der Außenstellplatz zum Objekt zählt. Der Verkäufer hat sich von den Angaben im Exposé zu keiner Zeit distanziert. Ihm ist der „Fehler“ nicht bekannt gewesen, er hat das Exposé vielmehr in gutem Glauben gefertigt.

### **II. Frage**

Ist der Außenstellplatz angesichts der gemeinsamen (stillschweigenden) Erwartungen beider Parteien mitverkauft, auch wenn der Kaufvertrag ihn nicht ausdrücklich erwähnt?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Inhalt des Vertrags: Vereinbarung**

Der Außenstellplatz müsste Gegenstand des von den

Parteien geschlossenen Grundstückskaufvertrags sein. Darüber entscheidet die Auslegung des Vertrags (vgl. §§ 133, 157 BGB). Der beurkundete Vertragstext erwähnt nur den Garagenstellplatz und im Grundbuchbescrieb auf-schiebend bedingte Sondernutzungsrechte für die *gesamte* Wohnanlage. Dafür, dass auch der Außenstellplatz mit- verkauft sein soll, findet sich im Vertrag kein Anhaltspunkt.

#### **2. Ermittlung des Vertragsinhalts über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB: Berücksichtigung des Exposés und der Internetanzeige?**

Der Vertrag bezieht sich daher nur dann auf den Außenstellplatz, wenn man das vorvertragliche Verhalten des Verkäufers und den Inhalt des Exposés im Rahmen der Vertragsauslegung berücksichtigen kann. Möglicherweise sind die Angaben in dem online zugänglichen Exposé über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zum Maßstab für die geschuldete Beschaffenheit geworden. Zur geschuldeten Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB gehören auch Eigenschaften, die der Käufer **nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers** erwarten kann. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Hs. 2 BGB bezieht die **nach der Art der Sache** zu erwartende Beschaffenheit mit ein.

Da die Immobilienanzeige mit den Angaben über den Außenstellplatz im Internet geschaltet war, liegt eine öffentliche Äußerung i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB vor. Ein **Ausnahmetatbestand** nach § 434 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BGB ist u. E. nicht einschlägig:

- Der Verkäufer hat das Exposé selbst erstellt und war über die öffentliche Äußerung im Bilde. Ohne Belang ist dabei der Umstand, dass der Verkäufer möglicherweise von der Unrichtigkeit der Äußerung (Außenstellplatz als Teil des Sondereigentums) nichts wissen konnte. Auf ein Verschulden kommt es insoweit nicht an (vgl. BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.8.2014, § 434 Rn. 85).

- Es dürfte auch an einer Berichtigung der Angabe fehlen. Die Berichtigung setzt voraus, dass der Verkäufer auf die vorherige Äußerung Bezug nimmt; es genügt also nicht, dass einfach der richtige Sachverhalt mitgeteilt wird (vgl. Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl. 2014, § 434 Rn. 27; a. A. Weiler, WM 2002, 1784, 1792). Im Übrigen fehlt es bereits an der Mitteilung des Verkäufers, dass der Stellplatz nicht Vertragsgegenstand ist.

Nach der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt **§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB beim beurkundungspflichtigen Grundstückskaufvertrag jedoch nur eingeschränkt** zum Tragen (s. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 23/15, DNotI-Report 2016, 145 [in diesem Heft]). Laut BGH können die Parteien nicht davon ausgehen, dass Informationen über das Grundstück im Vorfeld des Vertrags zum Inhalt des Grundstückskaufvertrags werden, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Vertrag nicht erwähnt wird (vgl. bereits BGH, Urt. v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, DNotZ 2016, 271, 274 Tz. 17 f. = DNotI-Report 2016, 30). Maßgeblich ist die Vereinbarung in der notariellen Urkunde. Vorvertragliche Angaben erlangen daher grundsätzlich auch über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB keine Bedeutung.

Ob das Fehlen eines Stellplatzes überhaupt ein Sachmangel und § 434 Abs. 1 S. 3 BGB insoweit überhaupt anwendbar ist, kann daher im Ergebnis dahinstehen. Ebenso ist die Tatsache unerheblich, ob § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch für Rechtsmängel gilt. Den Verkäufer trifft keine vertragliche

Verpflichtung, im Rahmen der vertraglichen Primärpflichten für seine öffentlichen Äußerungen einzustehen.

### 3. Auslegung: Abrede bzgl. Übertragung eines Sondernutzungsrechts

Möglicherweise gelangt man aber zu einer vertraglichen Vereinbarung über die Übertragung eines Sondernutzungsrechts, wenn man **nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen** die vorvertraglichen Erklärungen des Verkäufers mit einbeziehen kann.

Da sich an einem Außenstellplatz kein Sondereigentum begründen lässt (vgl. § 3 Abs. 2 S. 2 WEG), kommt nur eine Vereinbarung des Inhalts in Betracht, dass zum Wohnungseigentum ein entsprechendes Sondernutzungsrecht gehört (§§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG). So hat der BGH in der Erklärung des Verkäufers, zur Eigentumswohnung gehöre ein Hobbyraum, eine Vereinbarung über die Verschaffung eines entsprechenden Sondernutzungsrechts erblickt (BGH DNotZ 1998, 51, 53). Da der Verkäufer dem Käufer das Sondernutzungsrecht nicht verschafft hatte, lag nach Auffassung des BGH ein **Rechtsmangel i. S. v. § 435 BGB** vor (so auch OLG Karlsruhe NJOZ 2004, 8, 9; OLG Koblenz MittBayNot 1998, 252). Die Erklärungen des Verkäufers dürften sich nach der Verkehrssitte auch nicht dahin auslegen lassen, dass nur ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht besteht. Der Käufer geht vielmehr davon aus, dass die Nutzungsberechtigung dinglicher Natur ist und auch gegenüber künftigen Erwerbenden anderer Einheiten der Wohnungseigentumsseinheit Bestand hat (vgl. § 10 Abs. 3 WEG).

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Parteien eine vertragliche Vereinbarung über die Übertragung des Sondernutzungsrechts als Inhalt des Wohnungseigentums getroffen haben. Dem könnte entgegenstehen, dass sich **in der notariellen Urkunde kein entsprechender Hinweis** findet.

- Im Fall der „Hobbyraum-Entscheidung“ hatte der Makler als Vertreter des Verkäufers im Vorfeld davon gesprochen, dass der Hobbyraum zur Wohnung gehöre. Der BGH hat insoweit Mängelansprüche implizit für möglich gehalten, obwohl nach den Entscheidungsgründen weder im Kaufvertrag noch im Grundbuchstand das Bestehen des Sondernutzungsrechts erwähnt worden war (DNotZ 1998, 51, 53).

- Demgegenüber hat das OLG Karlsruhe ohne nähere Begründung die Formnichtigkeit eines Vertrags in dem Fall angenommen, dass vor Vertragsschluss eine Abrede über die Schaffung von Sondernutzungsrechten getroffen, aber nicht im Vertrag aufgeführt wird; ein solcher Mangel heile jedoch durch Grundbuchvollzug (NJOZ 2004, 8, 9).

### 4. Grundsätze der *falsa demonstratio*

Unseres Erachtens wird man den vorliegenden Fall mithilfe des Grundsatzes der *falsa demonstratio* lösen können (*falsa demonstratio non nocet*).

a) Eine *falsa demonstratio* ist gegeben, wenn sich die Parteien über den Inhalt der Erklärung einig sind, die (beurkundete) Erklärung davon jedoch unbewusst abweicht (BGHZ 74, 117, 119 = DNotZ 1979, 403; BGHZ 87, 150, 153 f. = DNotZ 1983, 618; OLG Hamm NJW-RR 1992, 152, 153).

Im Falle der *falsa demonstratio* **gilt nicht das objektiv Erklärte, sondern das** von den Vertragsparteien **überein-**

**stimmend Gewollte**, da das Vereinbarte beurkundet und nur unrichtig ausgedrückt ist. Das tatsächlich Vereinbarte lässt sich im Wege der Auslegung ermitteln. Der Grundsatz der *falsa demonstratio* ist nach ständiger Rechtsprechung auch **auf formbedürftige Rechtsgeschäfte anwendbar** (BGHZ 87, 150, 153; BGH NJW 2008, 1658 = DNotI-Report 2008, 51; ebenso BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 11.6.2016, § 311b Rn. 288; jurisPK-BGB/Ludwig, 7. Aufl. 2014, § 311b Rn. 209 ff.). Das bedeutet, dass die Urkunde selbst dann **formwirksam** ist, wenn die Niederschrift das übereinstimmend Gewollte nicht wiedergibt.

b) Die Rechtsprechung hat den Grundsatz der *falsa demonstratio* auch in dem Fall angewendet, dass die Urkunde zur Bezeichnung des verkauften Grundstücks nur auf den Grundbuchbeschrieb Bezug nimmt, sich die Verpflichtung des Verkäufers nach dem übereinstimmend Gewollten und der Besichtigung des Objekts aber auf eine weitergehende Fläche erstrecken soll (BGH NJW 2008, 1658 f. Tz. 10; OLG Schleswig NJW-RR 2011, 1233; OLG Frankfurt NJOZ 2004, 2524 = MittBayNot 2005, 40).

c) Entsprechendes gilt für die Veräußerung von **Wohnungseigentum**. Nehmen die Parteien irrtümlich an, dass ein im Gemeinschaftseigentum stehender Raum Teil des Sondereigentums ist, ist auch insoweit das übereinstimmend Gewollte maßgeblich (OLG Hamm NJW-RR 1993, 785; jurisPK-BGB/Ludwig, § 311b Rn. 220; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 288.4; vgl. auch BayObLG MittBayNot 1996, 374).

d) Nicht anders wird man den vorliegenden Fall behandeln können, in dem die Parteien irrtümlich von der **Zugehörigkeit eines Sondernutzungsrechts** zum Wohnungseigentum ausgegangen sind (vgl. auch jurisPK-BGB/Ludwig, § 311b Rn. 220). Insoweit wollten die Parteien übereinstimmend einen weitergehenden Inhalt des Wohnungseigentums. Gegen eine entsprechende Vereinbarung ließe sich allenfalls anführen, dass im Vertrag nur ein anderes Sondernutzungsrecht und der Garagenstellplatz erwähnt werden, nicht aber der Außenstellplatz. Dennoch schließt dies nicht aus, dass die Parteien in ihrer Laiensphäre angenommen haben, mit dem Wohnungseigentum sei ein entsprechendes Nutzungsrecht an der Garage verbunden. Auch der Verkäufer hat im Zeitpunkt des Vertragsschlusses offensichtlich das Nutzungsrecht am Außenstellplatz als zugehörig zum Wohnungseigentum angesehen. So liegt es nahe, dass **nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien** das Sondernutzungsrecht **mitverkauft** werden sollte.

e) Gegen diese Betrachtung lässt sich auch die Entscheidung des **BGH vom 1.11.2015** (DNotZ 2016, 271) nicht ins Feld führen. Sie betraf die Frage, ob die Parteien eine **Beschaffenheitsvereinbarung** hinsichtlich der Wohnungsgröße getroffen hatten. Der BGH verneinte dies, weil nicht davon auszugehen sei, dass der Verkäufer für die Größe des Objekts einstehen solle, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt worden sei (BGH DNotZ 2016, 271, 273 f. Tz. 16). Außerdem wäre der Kaufvertrag nichtig, wenn sich die Beschaffenheitsvereinbarung nicht im beurkundeten Vertragstext fände. Im gleichen Sinne hat der BGH bzgl. öffentlicher Äußerungen des Verkäufers über das Baujahr des Gebäudes entschieden (BGH DNotI-Report 2016, 145 [in diesem Heft]).

Diese Erwägungen dürften sich auf die vorliegende Konstellation jedoch **nicht übertragen** lassen. Im Fall

des BGH wussten die Parteien, dass sich die Vereinbarung zur Größe der Wohnung nicht im Vertragstext wiederfindet; vielmehr vereinbarten die Parteien einen allgemeinen Sachmängelausschluss. Anders liegt es, wenn die Parteien **auf den Inhalt des Grundbuchs Bezug nehmen** und übereinstimmend davon ausgehen, dass zum Wohnungseigentum ein entsprechendes Sondernutzungsrecht gehört. In diesem Fall ist das von ihnen **Erklärte** in der Niederschrift nur **nicht richtig wiedergegeben**. Der Wille der Parteien richtet sich auch in der Beurkundungssituation darauf, dass der Käufer das Wohnungseigentum samt dem Sondernutzungsrecht erwerben soll. § 311b Abs. 1 BGB fordert keine nähere Beschreibung des Inhalts des Wohnungseigentums, da der Inhalt des Rechts nach der Vorstellung der Parteien bereits gebildet wurde (vgl. BGH NJW 1979, 1495 = DNotZ 1979, 406; NJW 1997, 1778, 1779).

Weil sich zudem der vom Käufer zu zahlende Kaufpreis angesichts der Vertragsverhandlungen nach dem Objekt inkl. des Außenstellplatzes bemessen sollte, liegt eine übereinstimmende Vereinbarung der Vertragsteile nahe. Demzufolge dürfte sich die Verpflichtung des Verkäufers auch auf die Verschaffung des Sondernutzungsrechts richten.

Daran sollte der Gewährleistungsausschluss nichts ändern. Denn dieser Ausschluss bezieht sich nur auf Sachmängel, nicht aber auf eine (konkludente) Vereinbarung der Vertragsteile über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstands oder seine rechtlichen Bestandteile. Ein **Gewährleistungsausschluss setzt sich nicht gegen eine vertragliche Vereinbarung** der Parteien über den Soll-Zustand des Vertragsgegenstands **durch** (BGH DNotZ 2016, 271, 272 Tz. 9).

### 5. Ergebnis

Es dürfte davon auszugehen sein, dass Inhalt des formwirksam beurkundeten Grundstückskaufvertrags eine Wohnung mit einem entsprechenden Sondernutzungsrecht am Außenstellplatz ist.

## 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.

**WEG §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 u. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 7 Öffnungsklausel in Gemeinschaftsordnung im Hinblick auf Zweckbestimmung; Abbedingung der Regelungen über die Beschluss-Sammlung**  
Abruf-Nr.:

**BGB § 196; WEG § 10 Verjährung des Anspruchs auf Einräumung eines Sondernutzungsrechts**  
Abruf-Nr.:

### BGB §§ 444, 434 Abs. 1 S. 3

#### **Grundstückskaufvertrag: keine Haftung des Verkäufers für vorvertragliche öffentliche Äußerung; Haftungsausschluss für Sachmängel**

**Der in einem Grundstückskaufvertrag vereinbarte umfassende Haftungsausschluss für Sachmängel erfasst auch die nach öffentlichen Äußerungen des Verkäufers zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks oder des aufstehenden Gebäudes.**

BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 23/15

#### **Problem**

Laut Urteil des BGH vom 6.11.2015 führt eine vorvertragliche Beschreibung der Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vonseiten des Verkäufers in der Regel zu keiner Beschaffenheitsvereinbarung, wenn die Beschreibung in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag gefunden hat (V ZR 78/14, DNotZ 2016, 271 = DNotI-Report 2016, 30).

In der vorliegenden Entscheidung setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob der Verkäufer eines Grundstücks gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB für öffentliche Äußerungen als geschuldete Beschaffenheit einstehen muss. Nach dieser Vorschrift gehört zur Soll-Beschaffenheit des verkauften Gegenstands i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auch eine solche Beschaffenheit, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten kann.

Die Verkäufer hatten das Objekt in einem Internetportal beworben und es u. a. wie folgt beschrieben: „*Das massive Architektenhaus wurde 1999/2000 errichtet, bis 2005 ausgebaut.*“ Diese Behauptung war insoweit unrichtig, als in die Außenwand eine vor 1999 errichtete Wand (Teil einer ehemaligen Scheune) integriert worden war. Der Vertrag enthielt einen allgemeinen Gewährleistungsausschluss.

#### **Entscheidung**

Im ersten Teil der Entscheidung geht der BGH auf die Frage ein, ob bereits die Angabe über das **Baujahr des Hauses** zu einem **Sachmangel i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB** führt: Dies hänge davon ab, ob bei objektiver Betrachtung die berechnete Erwartung des Käufers enttäuscht werde, dass das Gebäude in dem angegebenen Baujahr errichtet worden sei. Dazu müsse das Haus **durch das ältere Bauteil derart geprägt** werden, dass es den Charakter verliere, in dem erwarteten Baujahr erstellt worden zu sein (maßgeblich: Grad der Altersabweichung, Art, Größe und Bedeutung des älteren Bauteils für das Gebäude). Das Urteil des Berufungsgerichts könne bereits deshalb keinen Bestand haben, weil es einen Mangel ohne weitere Differenzierung unterstelle.

Was den **Gewährleistungsausschluss** betreffe, so erfasse er auch die **Haftung für die öffentlichen Äußerungen** des Verkäufers i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB. Zumindest bei Grundstückskaufverträgen beziehe der Ausschluss die öffentlichen Äußerungen des Verkäufers ein.

**Grundstückskaufverträge** seien nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB **notariell zu beurkunden**. Die Parteien könnten einen Grundstückskaufvertrag wirksam nur zustande bringen, wenn sie in die zu errichtende Vertragsurkunde **alle**

**Erklärungen** aufnehmen ließen, die Inhalt der vertraglichen Regelungen werden sollten. Die Parteien wollten im Zweifel keinen Vertrag schließen, der wegen der Nichtbeurkundung von Regelungen, die zu seinem Inhalt werden sollten, nichtig sei. Der vor dem Notar **zu beurkundende Entwurf des Kaufvertrags** bilde eine **Zäsur**. Die Parteien könnten nicht davon ausgehen, dass im Vorfeld des Vertrags, etwa bei einer Besichtigung erteilte Informationen über das Grundstück oder das auf ihm stehende Gebäude zum Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen würden.

Den Verkäufer, der durch eine unrichtige Angabe über das Kaufobjekt eine Fehlvorstellung des Käufers hervorruft, treffe eine **Pflicht zur Offenbarung (§ 444 BGB)**. Hätte der Umstand, dass beim Neubau des Hauses die ältere Wand der ehemaligen Scheune integriert wurde, zu einem Sachmangel geführt, hätten die Verkäufer den Kläger über die Einbeziehung des älteren Bauteils aufklären müssen. Es genüge für den subjektiven Tatbestand der **Arglist** jedoch nicht, dass die Beklagten um das Alter der integrierten Wand gewusst und sich der Schlussfolgerung verschlossen hätten, dass dies offenbarungspflichtig gewesen sei. Arglist lasse sich nur bejahen, wenn die Verkäufer Kenntnis von der Einbeziehung der älteren Wand in das Wohnhaus gehabt und wenn sie gewusst oder für möglich gehalten hätten, dass dadurch ein **durchschnittlicher Käufer** die Angabe für unzutreffend halte, das Haus sei 1999/2000 errichtet worden.

Im letzten Teil der Entscheidung untersucht der BGH die Frage, ob das verkaufte Hausgrundstück **unabhängig von der Abweichung im Baujahr** einen **Mangel** i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aufweist. Der BGH bejaht dies: Der Mangel liege darin, dass die Außenwand des Hauses in die ältere Wand der ehemaligen Scheune integriert worden sei und nach den Feststellungen des sachverständig beratenden Berufungsgerichts **wegen der voneinander abweichenden Materialien schadensanfälliger und wärmedurchlässiger** sei als die übrigen Außenwände. Auch wegen dieses Mangels würden die Verkäufer jedoch nur haften, wenn sie **arglistig** gehandelt hätten (§ 444 BGB). Gehe es um den Mangel in Gestalt der erhöhten Schadensanfälligkeit und Wärmedurchlässigkeit der Außenwand, so genüge für die Annahme von Arglist nicht, dass die Verkäufer das Alter der einbezogenen Wand gekannt hätten. Sie müssten vielmehr gewusst oder es für möglich gehalten haben, dass die Einbeziehung der Wand bauphysikalisch nachteilig sei.

---

## **ZPO §§ 829, 840 Abs. 1; BNotO §§ 15, 23 Notaranderkonto; Pfändung nur des Kaufpreisanspruchs**

**Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar.**

BGH, Beschl. v. 9.6.2016 – V ZB 37/15

### **Problem**

Wickeln Verkäufer und Käufer einen Grundstückskaufvertrag über ein Notaranderkonto ab, können sich komplizierte Fragen stellen, wenn Gläubiger des Verkäufers den Kaufpreisanspruch des Verkäufers pfänden möchten. Der BGH musste sich mit der Frage auseinander-

setzen, ob eine Pfändung des Anspruchs wirksam ist, wenn der Gläubiger nur den Kaufpreisanspruch pfändet, nicht jedoch den Anspruch auf Auszahlung vom Anderkonto.

### **Entscheidung**

Der BGH hält die Pfändung auch dann für wirksam, wenn der Gläubiger nur den Kaufpreisanspruch pfändet.

Nach der Rechtsprechung ist die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung vom Notaranderkonto unwirksam, wenn nicht zugleich der Kaufpreisanspruch gepfändet wird. Umstritten ist jedoch die isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs: Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht ist die Pfändung des Kaufpreisanspruchs ohne gleichzeitige Pfändung des Auskehrungsanspruchs gegenüber dem Notar unbeachtlich (Bräu, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 248; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 112). **Nach ganz überwiegender Auffassung genügt dagegen die isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs**, denn das daran begründete Pfändungspfandrecht erstrecke sich auf den Auskehrungsanspruch (Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rn. 190; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 23 BNotO Rn. 29; Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 54b Rn. 29).

**Der V. Zivilsenat schließt sich der überwiegenden Auffassung an:** Werde eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstrecke sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar.

Die mit der Pfändung des Hauptrechts verbundene Beschlagnahme erfasse ohne Weiteres alle Nebenrechte nach §§ 412, 401 BGB (vgl. BGH NJW-RR 2003, 1555, 1556). Der **Auskehrungsanspruch** gegen den Notar sei im Verhältnis zur Kaufpreisforderung **als** ein solches **Nebenrecht** einzuordnen. Die Einschaltung des Notars zur Abwicklung des Kaufpreises solle sicherstellen, dass die Ansprüche der Parteien Zug um Zug erfüllt würden. Der Anspruch gegen den Notar werde nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner keine Zahlung an sich verlangen könne; er ergänze die vertragliche Forderung.

Der **Notar** ist laut BGH **nicht Drittschuldner** i. S. v. § 840 ZPO; ihm gegenüber muss keine Zustellung erfolgen. Bei einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs sei nur der Käufer Drittschuldner. Dieser müsse im Rahmen seiner Drittschuldnererklärung nach § 840 Abs. 1 ZPO die notarielle Verwahrung angeben. Weil der Notar hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs kein Drittschuldner sei, treffe ihn **keine Auskunftspflicht** nach § 840 Abs. 1 ZPO. Werde ihm die isolierte Pfändung und Überweisung des Kaufpreisanspruchs nachgewiesen, habe er den hinterlegten Betrag an den Pfändungspfandgläubiger auszukehren. Im Übrigen verblieben auch bei einer Doppelpfändung des Kaufpreisanspruchs und des Auskehrungsanspruchs hinsichtlich der Wirksamkeit der Pfändung für den Notar Unwägbarkeiten, da er nicht sicher sein könne, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auch dem Käufer zugestellt worden sei. Für eine zutreffende Bewertung, an wen der (Rest-)Kaufpreis auszuzahlen sei, müsse der Notar in jedem Fall **Kenntnis** davon haben, ob und zu welchem Zeitpunkt die Pfändung des Kaufpreisanspruchs durch Zustellung des entsprechenden Pfändungs- und

Überweisungsbeschlusses an den Käufer bewirkt worden sei. Diese Kenntnis habe er erst dann, wenn ihm die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Käufer als Drittschuldner i. S. d. § 829 Abs. 3 ZPO durch Vorlage der Zustellungsurkunde nachgewiesen werde oder wenn der Drittschuldner dem Notar die erfolgte Zustellung bestätige.

Die **Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses** werde dem **Notar in der Praxis regelmäßig** zur **Kenntnis** gebracht werden. Da eine Auszahlung des Kaufpreises durch den Notar trotz der Pfändung des Kaufpreisanspruchs gegen das gerichtliche Verfügungsverbot verstieße (§ 829 Abs. 1 S. 2 ZPO i. V. m. §§ 135, 136 BGB), laufe der Käufer Gefahr, erneut zahlen zu müssen, sodass sein Eigeninteresse auf eine unverzügliche Unterrichtung des Notars gerichtet sein werde. Nichts anderes gelte für den Pfändungspfandgläubiger, wenn ihm die Hinterlegung auf einem Notaranderkonto bekannt sei. Er habe ein Interesse daran zu verhindern, dass die hinterlegten Beträge bei Auszahlungsreife an den Verkäufer abfließen. Die **Gefahr einer Haftung des Notars** gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger **nach § 840 Abs. 2 ZPO oder § 19 BNotO bestehe nicht**. Der Notar müsse keine Pfändungen beachten, von denen er keine Kenntnis habe. In einem solchen Fall scheidet eine Haftung des Notars aus. Zahle er in Unkenntnis einer wirksamen Pfändung an den Verkäufer oder an einen nachrangigen Pfändungspfandgläubiger aus, werde er entsprechend **§ 407 Abs. 1 BGB** von seiner Leistungspflicht befreit.

## Veranstaltungen

Weitere Termine für **November 2016** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**Vorbereitung und Abwicklung nachlassgerichtlicher Erklärungen und Urkunden** (Tondorf), 1.11.2016 Berlin

**Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare** (Arens), 3.11.2016 Bochum

**Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis** (Block), 5.11.2016 Köln

**Aktuelles notarielles Kostenrecht** (Tiedtke), 9.11.2016 Heusenstamm

**Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr** (Büttner/Seebach), 10.11.2016 Berlin

**Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag** (Krauß), 10.11.2016 Papenburg

**Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag** (Krauß), 11.11.2016 Kiel

**Aktuelle Fragen des Gesellschaftsrechts und die notarielle Praxis** (Drescher/Wicke), 12.11.2016 München

**Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag** (Krauß), 12.11.2016 Bochum

**Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht** (Heckschen/Heidinger), 16.11.2016 Kassel

**Intensivkurs Gesellschaftsrecht** (Heckschen/Heidinger/Kirschstein), 18.-19.11.2016 Heusenstamm

**Insolvenzrecht in der notariellen Praxis** (Reul), 19.11.2016 München

**Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis** (Monreal), 24.11.2016 Heusenstamm

**Insolvenzrecht in der notariellen Praxis** (Reul), 25.11.2016 Kiel

**Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich** (Klein/Kühnelt), 30.11.2016 Kiel

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de) Internet: [www.dnoti.de](http://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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg