

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1923, 2084, 873, 925 – Erbeinsetzung einer Innen-GbR; Auflassung durch Stellung eines Grundbuchberichtigungsantrags beim Grundbuchamt

BGB §§ 463, 470 – Übertragung eines Grundstücks zur Abfindung eines Pflichtteilsanspruchs; Vorkaufsrecht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 434, 444; SchwarzArbG – Konkreter Mangel als Bezugspunkt der Arglist; Voraussetzungen für die Annahme der Arglist; fehlende Mangelhaftigkeit des Grundstückes aufgrund eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG bei Errichtung des auf ihm stehenden Gebäudes

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1923, 2084, 873, 925

Erbeinsetzung einer Innen-GbR; Auflassung durch Stellung eines Grundbuchberichtigungsantrags beim Grundbuchamt

I. Sachverhalt

Ein Erblasser traf in seinem Testament folgende Verfügung: „Hiermit setze ich die GbR „H50“, bestehend aus meinen Geschwistern A, B und C zu meinen Erben ein.“ Im Anschluss daran schlossen die Geschwister des Erblassers einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung der GbR „H50“ ausdrücklich als „Innen-GbR“. Nach außen in Erscheinung trat die Gesellschaft bis zum Tod des Erblassers nicht. Nach Eintritt des Erbfalls wurde das Testament eröffnet und ein Grundbuchberichtigungsantrag von den drei Geschwistern des Erblassers beim Grundbuchamt gestellt. Das Grundbuchamt berichtig-

te das Grundbuch dahingehend, dass als Eigentümerin eingetragen wurde: „H50-GbR, Gesellschafter: 3 Geschwister“. Die Erben beantragten zudem einen Erbschein, der ohne Kenntnis der Grundbucheintragung auf die drei Miterben in Erbengemeinschaft zu je 1/3 Anteil ausgestellt wurde. Nachdem das Grundbuchamt Kenntnis vom Erbschein erhalten hatte, teilte es mit, dass das Grundbuch nunmehr unrichtig sei und ein Antrag auf Grundbuchberichtigung auf der Grundlage des erteilten Erbscheins zu stellen sei, ansonsten werde ein Amtswiderspruch eingetragen.

II. Frage

Ist das Grundbuch unrichtig?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend um Fragen der Auslegung eines Testaments handelt. Bei der Auslegung ist stets der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen, wozu alle Umstände des Einzelfalls – auch solche außerhalb des Testaments – heranzuziehen sind. Wir können daher nachfolgend nur Aspekte auf-

zeigen, die nach unserer Einschätzung bei der Ermittlung des Inhalts des Testaments im Wege der Auslegung zu berücksichtigen sind, eine abschließende Würdigung der Auslegung jedoch nicht vornehmen.

2. Auslegung des Testaments

Im vorliegenden Sachverhalt lässt der Wortlaut des Testaments zum einen die Auslegung zu, dass der Erblasser die GbR zu seiner Erbin einsetzen wollte und zum anderen die Auslegung, dass die Erbeinsetzung seiner drei Geschwister gewollt war. Zunächst ist der wirkliche Wille des Erblassers anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu erforschen. Führt eine individuelle Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist die Anwendung gesetzlicher Auslegungsregeln denkbar. Sollte sich bei einer der genannten Alternativen keine wirksame Erbeinsetzung ergeben, kommt hierbei insbesondere § 2084 BGB in Betracht.

a) Einsetzung der GbR als Erbin?

Eine wirksame Einsetzung der GbR als Erbin ist nur dann möglich, wenn diese überhaupt erbfähig ist.

aa) Erbfähigkeit der Außen-GbR

Aufgrund der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der **Außen-GbR** durch die BGH-Entscheidung „Weißes Ross“ (DNotZ 2001, 234) wird in der Literatur nahezu einhellig vertreten, dass sie auch **erbfähig** ist (Armbrüster, Das Grundeigentum 2001, 821, 827; BeckOGK-BGB/Tegelkamp, Std.: 1.6.2021, § 1923 Rn. 50; Große-Boymann, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 1923 Rn. 2; Habersack, BB 2001, 477, 479; Hadding, ZGR 2001, 712, 725; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1923 Rn. 40; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1923 Rn. 7; Scherer, ZEV 2003, 341; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1923 Rn. 29 ff.; Ulmer, ZIP 2001, 585, 596; a. A. Derleder, BB 2001, 2485, 2490).

Nach unserer Einschätzung ist die Argumentation der herrschenden Auffassung in der Literatur überzeugend. Denn wenn man grundsätzlich die Rechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft anerkennt – die aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG v. 10.8.2021) § 705 Abs. 2 BGB i. d. F des MoPeG sogar ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein wird – ist für uns kein Grund erkennbar, aus dem gerade die Erbfähigkeit zu verneinen wäre. Die möglichen Probleme aus einer Kollision zwischen Gesellschafts- und Erbrecht (vgl. hierzu Ulmer, ZIP 2001, 585, 596) gelten in gleicher Weise für die OHG bzw. KG. Rechtsprechung zur Erbfähigkeit der Außen-GbR liegt jedoch – soweit ersichtlich – noch nicht vor.

bb) Erbfähigkeit der Innen-GbR

Die Literatur fordert für die **Erbfähigkeit der GbR**, dass diese **nach außen hin als Einheit in Erscheinung getreten** ist (BeckOGK-BGB/Tegelkamp, § 1923 Rn. 50; Große-Boymann, § 1923 Rn. 2; MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 40; Palandt/Weidlich, § 1923 Rn. 7; Palandt/Sprau § 705 Rn. 24, 33; Staudinger/Otte, BGB, § 1923 Rn. 29; Ulmer, ZIP 2001, 585, 596).

Dies erscheint uns folgerichtig, da die Innen-GbR nach ganz überwiegender Ansicht auch nicht rechtsfähig ist (BGH DNotZ 2009, 392, Rn. 8; BeckOGK-Geibel, § 705 Rn. 206; Hadding, ZGR 2001, 712, 715; MünchKommBGB/Schäfer, § 705 Rn. 285; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 33; vgl. auch § 705 Abs. 2 BGB i. d. F. des MoPeG; a. A. Beuthien, NZG 2011, 161, 165). Darüber hinaus wären auch praktische Schwierigkeiten zu befürchten, da bei reinen Innengesellschaften nur schwierig nachzuvollziehen ist, ob diese bereits gegründet wurden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Abschluss eines GbR-Gesellschaftsvertrags grundsätzlich nicht nur formfrei möglich ist, sondern sogar konkludent erfolgen kann (MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 26, 32).

cc) Erbfähigkeit einer Außen-GbR vor Invollzugsetzungsakt im Außenverhältnis

Eine (nicht erbfähige) Innen-GbR wandelt sich jedoch durch einen einvernehmlichen Invollzugsetzungsakt im Außenverhältnis zu einer (erbfähigen) Außen-GbR (vgl. BeckOGK-BGB/Geibel, Std.: 1.1.2019, § 705 Rn. 232). Denn dass eine strikte Trennung zwischen Innen- und Außen-GbR nicht möglich ist, zeigen auch die gesetzgeberischen Überlegungen zum MoPeG. Zwar soll sich die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen Gesellschaften (den gegenwärtigen sog. „Außen-GbR“) und nicht-rechtsfähigen Gesellschaften (den gegenwärtigen sog. „Innen-GbR“) vorrangig nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag richten. Da aber der tatsächlichen Art der Teilnahme am Rechtsverkehr indizierende Bedeutung zukommen soll, wird auch nach diesem Verständnis der Übergang einer nicht rechtsfähigen (Innen-)GbR in eine rechtsfähige (Außen-)GbR möglich sein.

§ 1923 Abs. 1 BGB statuiert dabei den Grundsatz, dass nur Erbe werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Auch wenn sich der Wortlaut der Vorschrift ausschließlich auf natürliche Personen bezieht, ist für juristische Personen und **rechtsfähige Personenvereinigungen** anerkannt, dass diese **im Zeitpunkt des Erbfalls bereits bestehen** müssen (MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 40). Hierfür spricht auch die Vorschrift des § 84 BGB, nach dem eine Stiftung für Zuwendungen

des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden sein soll. Dieser Vorschrift hätte es nicht bedurft, wenn rechtsfähige Personenvereinigungen in der Entstehung bereits erbfähig wären.

Eine **analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 BGB** auf werdende juristische Personen bejaht hingegen *Stein* (Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl. 2002, § 1923 Rn. 8; a. A. MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 38; Palandt/Weidlich, § 1923 Rn. 7; Staudinger/Otte, § 1923 Rn. 33). Die Erbfähigkeit der Innen-GbR würde dies begründen, sofern man diese als „werdende Außen-GbR“ begreift, der hierfür nur noch der Akt ihrer Invollzugsetzung im Außenverhältnis fehlt.

U. E. ist dies allerdings nicht überzeugend, da die **Voraussetzungen** einer analogen Anwendung der Vorschrift **nicht gegeben** sind. Zweifelhaft ist bereits, ob eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Schließlich existiert mit § 84 BGB eine speziell auf die Stiftung zugeschnittene Regelung, während für andere juristische Personen und rechtsfähige Vereinigungen eine solche Regelung gerade unterblieb. Jedenfalls ist aus unserer Sicht eine vergleichbare Interessenlage nicht gegeben. Während in den Fällen der §§ 84, 1923 Abs. 2 BGB ein gewisser zeitlicher Rahmen besteht, innerhalb dessen mit dem Eintritt der Rechtsfähigkeit gerechnet werden kann, fehlt dieser hinsichtlich des Invollzugsetzungsakts im Außenverhältnis. Denn dieser und der damit verbundene Erwerb der Rechtsfähigkeit ist allein von dem Verhalten der Gesellschafter abhängig, was auch insoweit einen Unterschied zu den durch §§ 84, 1923 Abs. 2 BGB erfassten Konstellationen darstellt.

b) Einsetzung der drei Geschwister als Erben

Gründe für eine Unwirksamkeit der Erbeinsetzung der drei Geschwister sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist anerkannt, dass der Erblasser einer Mehrzahl von Erben durch eine sogenannte **Gesellschaftsgründungsklausel** aufgeben kann, untereinander eine Gesellschaft mit einem bestimmten Gesellschaftsvertrag zu schließen (BGH DNotZ 2007, 858 Rn. 11; DNotZ 2010, 201 Rn. 20; MünchKommBGB/Leipold, § 1940 Rn. 6; Schmidt, JuS 2017, 809, 814). Dabei kann der Erblasser auch nähere Vorgaben zur Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages machen (vgl. etwa W. Kössinger/Najdecki, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 22 Rn. 2; Scherer/Bregulla-Weber, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 188). Dogmatisch ist dies als **Auflage i. S. d. § 1940 BGB** verbunden mit einer **Teilungsanordnung i. S. d. § 2048 BGB** einzuordnen (BGH DNotZ 2007, 858 Rn. 11; DNotZ 2010, 201 Rn. 20; Strothmann, ZIP 1985, 969).

Ergänzend sei noch auf folgendes hingewiesen: *Strothmann*, der sich monografisch mit letztwilligen Gesellschaftsgründungsklauseln beschäftigt hat und in der vorgenannten BGH-Entscheidung in Bezug genommen wird (Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, 1983, S. 78; zust. K. Schmidt, NJW 1985, 2785, 2792), vertritt die Auffassung, dass demjenigen, dem so die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft zur Auflage gemacht worden ist, analog § 139 HGB zwingend verlangen kann, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Auch nach dieser Auffassung dürfte dies für eine vermögensverwaltende GbR jedoch nicht gelten, da auf diese nach herrschender Ansicht § 139 HGB selbst in seinem eigentlichen Anwendungsbereich nicht analog anzuwenden ist (BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.1.2021, § 139 Rn. 1; MünchKommHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 60; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 139 Rn. 8; jeweils m. w. N.).

c) Mögliche Auslegungsregeln

Lässt sich durch Auslegung nicht ermitteln, ob eine Einsetzung der GbR als Alleinerbin oder der drei Geschwister als Erben gewollt war, ist fraglich, ob vorliegend die Auslegungsregel des **§ 2101 Abs. 2 BGB** Anwendung finden kann. Nach dieser soll eine noch nicht entstandene juristische Person im Zweifel als Nacherbin eingesetzt sein. Da es sich bei einer Außen-GbR nicht um eine juristische Person handelt, kommt jedoch allenfalls eine **analoge Anwendung** in Betracht. Aus unserer Sicht ist diese mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage **abzulehnen**. So lässt sich bei juristischen Personen der Zeitpunkt ihrer Entstehung und damit der Eintritt des Nacherbfalls eindeutig bestimmen, während dies hinsichtlich der erstmaligen Invollzugsetzung der GbR im Außenverhältnis Schwierigkeiten bereiten kann. Eine analoge Anwendung der Vorschrift würde zudem u. E. dem Grundsatz widersprechen, dass es zu Lasten desjenigen geht, der die Rechte eines Nacherben beansprucht, wenn der Wille des Erblassers zur Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft nicht feststeht und die Auslegungsregeln der §§ 2101 ff. BGB nicht eingreifen (BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.10.2021, § 2100 Rn. 67).

Nach unserer persönlichen Einschätzung kann vorliegend vielmehr die Auslegungsregel des **§ 2084 BGB** herangezogen werden. Nach dieser ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann. Hieraus folgt nach unserer Auffassung, dass im Zweifel die Einsetzung der drei Geschwister zu Erben gewollt war, da die Innen-GbR nach zutreffender h. M. nicht erbfähig ist. Lässt sich das Verhältnis ihrer Einsetzung zu Erteilen untereinander nicht ermitteln, kann **§ 2067 S. 1 BGB** entsprechend angewendet und

bzgl. der Erbteile auf die gesetzliche Erbfolge abgestellt werden.

3. Ergebnis und Praxishinweise

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass eine Erbeinsetzung der drei Geschwister vom Erblasser gewollt war, so sind diese nach § 1922 Abs. 1 BGB in dessen Rechte und Pflichten eingetreten. Für den Übergang des Eigentums auf die – nach ihrer Invollzugsetzung im Außenverhältnis – rechtsfähige (Außen-)GbR bedürfte es daher nach § 873 BGB für den Eigentumsübergang neben der Eintragung im Grundbuch einer Auflassung. Der gestellte Grundbuchberichtigungsantrag zur Eintragung der GbR kann nicht als Auflassung von den drei Geschwistern ausgelegt werden. Denn zu diesem Zeitpunkt gingen die drei Geschwister davon aus, dass die GbR bereits Eigentümerin sei. Zudem mangelt es jedenfalls schon an einer Erklärung vor der zuständigen Stelle (MünchKommBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2020, § 925 Rn. 15 f.; Palandt/Herrler, § 925 Rn. 2 ff.; Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 925 Rn. 81). Das Grundbuchamt zählt hierzu jedoch nicht (MünchKommBGB/Ruhwinkel, § 925 Rn. 15; Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 925 Rn. 81). Eine vor einer unzuständigen Stelle erklärte Auflassung ist dabei unwirksam (statt aller: Palandt/Herrler, § 925 Rn. 2).

Der vorliegende Fall zeigt, dass eine Erbeinsetzung einer GbR nur gelingen kann, wenn gesellschaftsvertragliche Vereinbarung („Gründung“ der Außen-GbR) und letztwillige Verfügung entsprechend aufeinander abgestimmt sind. Andernfalls kann es zu unerwünschten Ergebnissen und Abwicklungsschwierigkeiten als Konsequenz kommen.

BGB §§ 463, 470

Übertragung eines Grundstücks zur Abfindung eines Pflichtteilsanspruchs; Vorkaufrecht

I. Sachverhalt

In einem Grundbuch sind außer einem Erbbaurecht auch ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den Erbbauberechtigten eingetragen. Der Eigentümer des Stammgrundstücks möchte das Grundstück an eines seiner Kinder übertragen, und zwar als Teilabfindung für einen bislang noch nicht geltend gemachten, nach dem Tode des anderen Elternteils aber bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch dieses Kindes.

II. Frage

Besteht ein Vorkaufsrecht trotz § 470 BGB auch dann, wenn das Vertragsgrundstück nicht durch Verkauf an

einen Dritten, sondern nach dem Tode des Vaters von der Mutter an ein Kind zur Abfindung für einen entstandenen, aber noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch des Kindes übertragen wird?

III. Zur Rechtslage

Grundsätzlich ist für die Auslösung eines schuldrechtlichen wie dinglichen Vorkaufsrechts das Vorliegen eines Vorkaufsfalls erforderlich. Hierzu muss zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande kommen. Auch ein Grundstückskaufvertrag, der als Gegenleistung keine **klassische Kaufpreiszahlung**, sondern die Vereinbarung anderer Zahlungsverpflichtungen vorsieht, kann einen Vorkaufsfall i. S. d. §§ 1094, 1098, 463 ff. BGB begründen.

1. Dogmatische Einordnung der Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs

Zunächst ist – aus Perspektive des Pflichtteilsrechts betrachtet – der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Geld gerichtet (BGH NJW 1958, 1964, 1965; BeckOGK-BGB/Obergfell, Std.: 1.7.2021, § 2303 Rn. 41). Die **Übertragung eines Grundstücks** ist folglich nicht die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs, sondern eine **Leistung an Erfüllungs statt** (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2012, 70, 71; Lohr/Otto, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 12 Rn. 146). Mithin verhält es sich nicht so, dass durch den Vertrag zwischen Erbin und Pflichtteilsberechtigten ein vertragliches Schuldverhältnis begründet wird. Vielmehr dient das dingliche Rechtsgeschäft nach §§ 873, 925 BGB lediglich der **Erfüllung eines bereits bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses** zwischen Erbin und Pflichtteilsberechtigten (zur dahingehenden Klassifizierung: BeckOGK-BGB/Obergfell, § 2303 Rn. 41).

2. Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs mit Grundstücksübereignung als Vorkaufsfall?

In der **Literatur** wird ein **Vorkaufsfall** auch dann angenommen, wenn der Vorkaufsverpflichtete den **Vorkaufsgegenstand** zur Erfüllung einer dem Dritten gegenüber bestehenden Geldschuld **an Zahlungs statt hingibt** (sog. kaufähnlicher Vertrag; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2020, § 463 Rn. 61; Staudinger/Schermayer, BGB, 2013, § 463 Rn. 20; Soergel/Wertenbruch, BGB, 2009, § 463 Rn. 48; Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 136; Burbulla, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, 2006, S. 41).

Dies vertritt ausdrücklich auch *Falkner* bzgl. der Möglichkeit eines Vorkaufsfalls bei Grundstückshingabe zur Leistung an Erfüllungs statt eines Pflichtteilsanspruchs, wenn der Wert des Grundstücks dem Pflichtteilsanspruch entspricht (Falkner, MittBayNot 2016,

378, 385): „In der Grundstückshingabe in Erfüllung eines bereits entstandenen Pflichtteilsanspruches nach dem Tod des Erblassers (§ 364 Abs. 1 BGB) könnte man eine der Aufrechnung vergleichbare Sachverhaltslage erblicken. Hier wird man darauf abstellen müssen, ob der Vereinbarung zugleich ein Vergleich (§ 779 BGB) innewohnt und die Beteiligten auf eine genaue Ermittlung der Anspruchshöhe als möglichen Kaufpreis und als Aufrechnungsgröße bewusst verzichtet haben. Dies wird häufig, auch bei einer Grundstücksübertragung als Abfindung für sonstige bestehende Ansprüche (zum Beispiel Zugewinnausgleich), der Fall sein. Nur bei genauer monetärer Bemessung (Aufrechnungssachverhalt) ist ein Vorkaufsfall nach § 463 BGB gegeben.“

3. Stellungnahme und Ergebnis

Diese Erwägungen der herrschenden Meinung in der Literatur überzeugen nicht. Sie vermengen die Ebene des Verpflichtungsgeschäfts mit der Ebene der Erfüllung dieser Verpflichtung. Vielmehr muss für die Frage der Kaufähnlichkeit eines Vertrags und damit das Vorliegen eines Vorkaufsfalles eine Kontrollüberlegung angestellt werden: Kann der **Vorkaufsberechtigte die vom Dritten geschuldete Leistung gleichermaßen wie dieser erbringen** (zu diesem Gedanken: OLG Frankfurt a. M. NJW 1996, 935; BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rn. 60, der dies aber wohl ausschließlich auf den Tausch beschränkt wissen will)? Nur in einem solchen Fall wird man von einer **Kaufähnlichkeit des Rechtsgeschäfts** ausgehen können, wenn nicht gerade durch die Wahl der Gegenleistung ein Umgehungsgeschäft konstruiert werden soll.

Wir würden im vorliegenden Sachverhalt die Pflichtteilsabfindung daher nicht als Vorkaufsfall einstufen. Zum einen erbringt der Dritte (= hier der Pflichtteilsberechtigte) gar keine Gegenleistung. Das Schuldverhältnis zwischen Erbin und Pflichtteilsberechtigten verpflichtet Erstere einseitig. Schon deswegen kann mangels Synallagmas nicht von einer Kaufähnlichkeit ausgegangen werden.

Zum anderen ist Wesensmerkmal eines Kaufvertrags das Vorliegen beiderseits übereinstimmender Willenserklärungen. Auch das ist beim gesetzlichen Schuldverhältnis des Pflichtteils nicht gegeben; denn der **Anspruch des Pflichtteilsberechtigten basiert auf § 2303 BGB**, also auf **Gesetz** und **nicht auf Vertrag**. Für die Abrede über die Leistung an Erfüllung statt ist anerkannt, dass sie kein neues Schuldverhältnis begründen, sondern nur die bestehende Schuld zum Erlöschen bringen soll (BeckOGK-BGB/Looschelders, Std.: 1.9.2020, § 364 Rn. 12; MünchKommBGB/Fetzer, 8. Aufl. 2019, § 364 Rn. 1). Auch deswegen würden wir eine Kaufähnlichkeit verneinen.

Freilich kann angesichts der wenig differenzierenden (allerdings absolut herrschenden) Literaturmeinung nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht auch in einem solchen Fall ein Vorkaufsrecht annimmt. Dem Gebot des sichersten Weges folgend wird man vorliegend einen Vorkaufsfall daher nicht ausschließen können.

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 Abruf-Gutachten.

BGB § 469, 463

Auskunftspflicht des Vorkaufsberechtigten; Einsicht in Teilungserklärung; Besichtigungsrecht
Abruf-Nr.:

BGB § 883

Absicherung von gesetzlichem und vertraglichem Rückforderungsrecht durch eine Vormerkung; Kongruenz von Ansprüchen
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 434, 444; SchwarzArbG

Konkreter Mangel als Bezugspunkt der Arglist; Voraussetzungen für die Annahme der Arglist; fehlende Mangelhaftigkeit des Grundstückes aufgrund eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG bei Errichtung des auf ihm stehenden Gebäudes

1. Bezugspunkt der Arglist in § 444 BGB ist ein konkreter Mangel. Arglist liegt deshalb nur vor, wenn der Verkäufer diesen konkreten Mangel kennt oder zumindest im Sinne eines bedingten Vorsatzes für möglich hält und billigend in Kauf nimmt. Das schließt es aus, ein arglistiges Verschweigen von Mängeln gemäß § 444 BGB durch den Verkäufer allein daraus abzuleiten, dass das Gebäude auf dem verkauften Grundstück teilweise unter Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz errichtet worden ist.

2. Für die Annahme von Arglist genügt es nicht, dass sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungs-

pflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen (Bestätigung von Senat, Urteil vom 12. April 2013 – V ZR 266/11, NJW 2013, 2182).

3. Ein Grundstück ist nicht allein deshalb mangelhaft, weil bei der Errichtung eines auf ihm stehenden Gebäudes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verstoßen wurde.

BGH, Urt. v. 28.5.2021 – V ZR 24/20

Problem

Die Klägerin kaufte 2012 von den Beklagten zu 1.) und zu 2.) unter Ausschluss der Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels ein Grundstück. Bei Umbauarbeiten des auf dem Grundstück stehenden Gebäudes stellte die Klägerin Mängel der Abdichtung des Kellers und des Haussockels gegen Feuchtigkeit fest. Das Gebäude weist eine unzureichende Vertikal- und keine Horizontalabdichtung auf. Der Beklagte zu 1.) trat sämtliche Gewährleistungsansprüche gegenüber der Bauunternehmerin, die das Gebäude errichtet hatte, an die Klägerin ab. Die Klägerin nahm die Verkäufer sowie die Rechtsnachfolger der Bauunternehmerin auf Ersatz des Wertminderungsschadens in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Kammergericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hinsichtlich des Beklagten zu 2.) und der Rechtsnachfolger der Bauunternehmerin durch ein mittlerweile rechtskräftiges Teilurteil zurückgewiesen. Hinsichtlich des Beklagten zu 1.) hat das Kammergericht die Berufung lediglich teilweise zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten zu 1.).

Entscheidung

Der BGH hält die zulässige Revision des Beklagten zu 1.) für begründet. Zentral befasst er sich in seiner Entscheidung mit den Fragen, ob der Beklagte zu 1.) arglistig gehandelt hat und ob die Errichtung des auf einem Grundstück stehenden Gebäudes unter Verstoß gegen das SchwarzArbG zur Annahme eines Sachmangels führt.

Das Gebäude sei entsprechend der Annahme des Berufungsgerichts mangelhaft, weil es keine Vertikalabdichtung und nur eine unzureichende Horizontalabdichtung aufweise. Daher könne die Klägerin grundsätzlich von dem Beklagten zu 1.), aber auch – anders als das Berufungsgericht angenommen hat – von dem Beklagten zu 2.) Schadensersatz statt der Leistung gem. § 437 Nr. 3, § 440 i. V. m. § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 BGB verlangen. Allerdings könne sich der Beklagte zu 1.) – anders als das Berufungsgericht dies beurteilt hat – auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen.

Der Beklagte zu 1.) habe die Mängel nicht arglistig i. S. d. § 444 BGB verschwiegen. Ein arglistiges Verschweigen ergibt sich nach Ansicht des BGH nicht bereits daraus, dass die Bodenplatte und die Abdichtung aufgrund eines unter Verstoß gegen das SchwarzArbG zustande gekommenen Vertrages hergestellt wurden. **Bezugspunkt der Arglist** sei stets ein **konkreter Mangel**. Diesen müsse der Verkäufer für möglich halten oder billigend in Kauf nehmen. Verstöße gegen das SchwarzArbG betreffen die Rahmenbedingungen von Dienst- oder Werkverträgen. Das Gesetz befasse sich mit sozialversicherungs-, steuer- und gewerberechtlichen Aspekten der Verträge, aber nicht mit dem Inhalt der Leistung. Insbesondere gäben solche Verstöße keine Auskunft darüber, ob der Auftraggeber Kenntnis von Fehlern hatte, die den Inhalt der Leistung betreffen oder diese billigend in Kauf genommen habe. Sie begründeten zudem auch keinen Verdacht, dass die Arbeiten mangelhaft ausgeführt worden seien. Auch dass die Arbeiten nicht kontrolliert worden seien, könne nicht zur Annahme eines billigenden Inkaufnehmens der Mängel führen.

Weiterhin führt der BGH aus, das Berufungsgericht habe für die Annahme eines arglistigen Verschweigens der fehlenden Vertikalabdichtung und der unzureichenden Horizontalabdichtung unzutreffende Maßstäbe angelegt. Für die Annahme der Arglist genüge es gerade nicht, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen. Andernfalls wäre für die Annahme der Arglist leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ausreichend, was nach Auffassung des BGH gerade nicht der Fall ist. Der nach st. Rspr. des BGH erforderliche Eventualvorsatz könne den Feststellungen des Berufungsgerichts aber nicht entnommen werden. Insofern hat der BGH die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Dass der Verstoß gegen das SchwarzArbG zur Nichtigkeit des Vertrages führt, rechtfertigt nach dem BGH keine andere Beurteilung. Sofern ein solcher Verstoß gegeben sei, ergäben sich keine Ansprüche des Verkäufers aus § 634 BGB, die dieser abtreten könnte. Allerdings sei er hierzu auch nur bei Vorliegen einer besonderen Abrede verpflichtet. Selbst bei Vorliegen einer solchen Abtretungsvereinbarung sei jedoch das **Nichtvorliegen der Gewährleistungsansprüche** noch **kein Mangel**. Es seien gegebenenfalls lediglich Ansprüche aus einer Verletzung von Leistungs- und Aufklärungspflichten gegeben.

Weiterhin stellt der BGH klar, dass ein Grundstück nicht allein deshalb mangelhaft ist, weil bei Errichtung des auf ihm stehenden Gebäudes gegen das Schwarz-

ArbG verstoßen worden ist. Der **Verstoß gegen das SchwarzArbG** begründe lediglich einen persönlichen Vorwurf gegen den Verkäufer und den beauftragten Unternehmer und habe gerade **keine Auswirkung auf die Beschaffenheit der Sache selbst**. Deshalb gehöre das Fehlen des Verstoßes gegen das SchwarzArbG nicht zu den nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten Eigenschaften. Eine Vereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht getroffen worden. Daher könne dahinstehen, ob das Fehlen eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG Gegenstand einer solchen Vereinbarung sein könne. Auch eine Pflicht zum Hinweis auf den Verstoß gegen das SchwarzArbG sei nicht gegeben.

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. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit