

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
Juli 2014
ISSN 1434-3460

14/2014

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 726, 727, 795, 797 – Abgrenzung von Beischreibung und Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung bei Auflösung einer Anstalt des öffentlichen Rechts

BGB §§ 1767, 1752, 1753 – Annahme eines Pflegekindes; Einwilligung der leiblichen Eltern; Antrag auf Volljährigen-adoption während Minderjährigkeit; postmortaler Ausspruch der Adoption

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 251 Abs. 2 S. 1, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 439 Abs. 3 – Unverhältnismäßigkeit von Mängelbeseitigungskosten beim Grundstückskauf; Begrenzung des Schadensersatzes auf mangelbedingten Minderwert

GrEStG § 16 Abs. 2 Nr. 1 – Keine Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bei Rückerwerb von Wohnungs- und Teileigentum; „Tauschmodell“

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 726, 727, 795, 797

Abgrenzung von Beischreibung und Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung bei Auflösung einer Anstalt des öffentlichen Rechts

I. Sachverhalt

Es wurde eine Hypothek mit Schuldversprechen zugunsten der „Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen Anstalt der NRW.BANK“ beurkundet und eine auf diesen Rechtsträger lautende Vollstreckungsklausel erteilt.

Die NRW.BANK hat darum gebeten, „der Vollstreckungsklausel die Namensänderung in NRW.BANK als klarstellenden Zusatz beizuschreiben“. Die Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen sei Ende 2009 kraft Gesetzes aufgelöst worden. Ihre Aufgaben nehme nunmehr die NRW.BANK wahr.

II. Fragen

1. Kann eine Beischreibung erfolgen?
2. Genügen die Gesetzestexte über die Auflösung der Wohnungsbauförderungsanstalt als Nachweis für die Beischreibung?

III. Zur Rechtslage

1. Beischreibung

a) Voraussetzungen

Ist eine vollstreckbare Urkunde i. S. v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO beurkundet und dem Gläubiger die Vollstreckungsklausel erteilt worden, kommt **bei nachträglicher Namensänderung des Gläubigers** eine sog. Beischreibung in Betracht. Hierbei handelt es sich um die Anpassung eines Vollstreckungstitels an eine **veränderte Sachlage bei gleicher Rechtslage** (vgl. für einen Formulierungsvorschlag: Giers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 2013, § 727 ZPO Rn. 41). Die Zulässigkeit der Beischreibung ist allgemein anerkannt, nicht abschließend geklärt jedoch ihre **Rechtsgrundlage**. Teilweise wird die Beischreibung auf eine entsprechende Anwendung des § 726 ZPO gestützt (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 40.16; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl. 2012, § 726 Rn. 70). Die wohl **überwiegende Ansicht** verortet sie indes nicht in § 726 ZPO, sondern wegen ihrer Vergleichbarkeit mit der Rechtsnachfolge in **§ 727 ZPO** (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 727 Rn. 25).

Der **BGH** hat die Frage bislang **noch nicht entschieden**. In einem jüngeren Beschluss hat er lediglich festgehalten, dass bei einer Namensänderung eine **Beischreibung nicht erforderlich** ist, **wenn** das **Vollstreckungsorgan eigene Ermittlungen** hinsichtlich der Identität der in der Urkunde bezeichneten Person vornimmt oder sich von

der Personenidentität **aufgrund der ihm vorgelegten Urkunden überzeugt** (Beschl. v. 26.9.2013, BeckRS 2013, 21012, Tz. 7 ff.; so bereits zuvor BGH NJW-RR 2011, 1335, 1336). Soweit die Beischreibung unterbleibt, hält der BGH die Zustellung einer geänderten Klausel nach § 750 Abs. 1 ZPO nicht für notwendig. Auch einen Anspruch des Schuldners auf die Beischreibung lehnt der BGH ab.

Ob im Falle der Beischreibung die Klausel samt öffentlichen Urkunden **zugestellt werden muss** (§ 750 Abs. 1 u. 2 ZPO), ist **offen**. Wenn nach Ansicht des BGH der „**Schuldnerschutz nicht** den Vermerk der **Namensänderung und die anschließende Zustellung** der Vollstreckungsklausel“ **gebietet** (BeckRS 2013, 21012, Tz. 9, Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion), dürfte eine Zustellung auch nach erfolgter Beischreibung entbehrlich sein (so ausdrücklich OLG Düsseldorf BeckRS 1993, 09393). Die Rechtslage ist dennoch nicht abschließend geklärt. Eine Zustellung ist laut BGH aber zumindest dann entbehrlich, wenn sich das Vollstreckungsorgan mit der Vorlage der Nachweise begnügen und keine Beischreibung verlangen sollte.

b) Nachweis

Ob der Notar die Vollstreckungsklausel nur dann berichtigen kann, wenn sich die Voraussetzungen für die Namensänderung aus **öffentlichen Urkunden** ergeben bzw. **offenkundig** sind, steht ebenfalls noch nicht abschließend fest. Für einen solchen Nachweis lassen sich jedoch gewichtige Gründe anführen, denn eine Abänderung der Vollstreckungsklausel betrifft den Titel unmittelbar so wie eine Änderung der Vollstreckungsklausel gegen den Rechtsnachfolger. Insoweit liegt es in der Tat nahe, § 726 bzw. § 727 ZPO entsprechend anzuwenden. Dies wurde zumindest bislang angenommen (vgl. Wolfsteiner, Rn. 40.18) und dürfte weiterhin gelten.

c) Abgrenzung von Namensänderung und Rechtsnachfolge

Eine Beischreibung setzt voraus, dass sich lediglich die **Bezeichnung** des Gläubigers **geändert** hat, seine **Identität** aber **gleich geblieben** ist. Erfasst sind damit insbesondere Fälle der Namens- oder Firmenänderung. Eine Titelumschreibung gem. § 727 ZPO analog ist in diesen Fällen nicht erforderlich (vgl. BGH NJW-RR 2011, 1335; BeckRS 2013, 21012, Tz. 8; BayObLGZ 1978, 143, 144 = DNotZ 1979, 55; AG Dresden DGVZ 2005, 129; Giers, § 727 ZPO Rn. 10, 41; Saenger/Kindl, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 727 Rn. 7; ebenso zum Wechsel einer Forderung von einer Zweigniederlassung in eine andere: OLG Hamm RNotZ 2001, 124, 125 = MittBayNot 2001, 224).

Hiervon **abzugrenzen** ist der Fall, dass sich die Identität des Gläubigers aufgrund einer **Rechtsnachfolge** ändert.

Bei einem **Formwechsel** bleibt der bisherige Rechtsträger weiter bestehen (vgl. §§ 190 Abs. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), sodass nach allgemeiner Auffassung **keine Rechtsnachfolge** vorliegt. Eine Beischreibung ist also möglich (BGH DGVZ 2004, 73; AG Waiblingen DGVZ 2011, 94; AG Wuppertal DGVZ 2008, 28; BeckOK-ZPO/Ulrici, Std.: 15.6.2014, § 727 Rn. 18; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 727 Rn. 5). Dies gilt auch dann, wenn zugleich mit dem Formwechsel der persönlich haftende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet (BGH DGVZ 2004, 73).

Laut BGH ist eine Titelumschreibung gem. § 727 ZPO ebenfalls nicht erforderlich, wenn es um den **gesetzlich angeordneten Formwechsel eines öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituts** in eine Aktiengesellschaft geht. Dass der Formwechsel außerhalb des UmwG erfolgt, ist unerheblich (BGH NZG 2004, 728, 729 – Umwandlung der DG Bank Deutsche Genossenschaftsbank; NJW-RR 2011, 1335; AG Stuttgart DGVZ 2009, 206).

Anderes gilt jedoch bei der **Verschmelzung** (BGH NJW-RR 2011, 1335 f.; OLG Hamburg BeckRS 2009, 29789) und der **Spaltung** (Saenger/Kindl, § 727 Rn. 4; Soutier, MittBayNot 2011, 366, 367). Hier ist § 727 ZPO einschlägig.

Ist eine Gesamtrechtsnachfolge mit dem **Erlöschen eines Rechtsträgers** verbunden, kommt **nur die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger** gem. § 727 Abs. 1 ZPO in Betracht. Da eine andere Person an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt und sich nicht nur seine Bezeichnung ändert, ist eine Beischreibung nicht möglich.

2. Vorliegender Fall

a) Rechtsnatur der Wohnungsbauförderungsanstalt
Vorliegend ist eine Beischreibung daher nur möglich, wenn die NRW.BANK identisch ist mit dem Rechtsträger der „Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen Anstalt der NRW.BANK“. Dies hängt wiederum von der gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtsnachfolge im Gesetz zur Auflösung der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen ab. § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes (GV. NRW. 2009, S. 785) bestimmt (Hervorhebungen – auch bei den folgenden Gesetzeszitataten – durch die DNotI-Redaktion):

„Die NRW.BANK übernimmt alle Aufgaben und Geschäfte der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen. Sie tritt in alle Rechte und Pflichten der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen ein, die dieser im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit zugeordnet sind.“

In Abs. 3 der Regelung heißt es:

„Das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen wird Stammkapital der NRW.BANK.“

Der Gesetzeswortlaut scheint darauf hinzudeuten, dass nicht ein bloßer identitätswahrender Rechtsformwechsel stattgefunden hat, sondern das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt im Wege einer echten Gesamtrechtsnachfolge unter Auflösung des bisherigen teilrechtsfähigen Rechtsträgers auf die NRW.BANK übergegangen ist.

Von **Gesamtrechtsnachfolge** kann allerdings **nur** die Rede sein, **wenn** die Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen überhaupt als **eigener Rechtsträger** anzusehen war. Welche Rechtsform die Wohnungsbauförderungsanstalt hat, wird aus dem Gesetz zur Übertragung der Wohnungsbauförderungsanstalt auf die Westdeutsche Landesbank Girozentrale deutlich (GV. NRW. 1991, S. 561; zuletzt geändert durch G. v. 30.10.2007, GV. NRW. 2007, S. 443). § 2 dieses Gesetzes bestimmt:

„Die NRW.BANK führt unter Einbeziehung ihres bisherigen Bereichs Wohnungsbauförderung die Wohnungsbauförderung“

förderungsanstalt als organisatorisch und wirtschaftlich selbständige, **nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts** unter dem Namen ‚Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen – Anstalt der NRW.BANK – ‘.“

§ 5 des Wohnungsbauförderungsgesetzes NRW (Bekanntmachung v. 27.11.2003, GV. NRW. 2004, S. 212, zuletzt geändert durch G. v. 12.12.2006, GV. NRW. 2006, S. 616) regelt mit Blick auf die Wohnungsbauförderungsanstalt Folgendes:

„(1) Die Wohnungsbauförderungsanstalt ist eine organisatorisch und wirtschaftlich selbständige, **nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts der NRW.BANK** zur Förderung des Wohnungswesens. Sie wird unter dem Namen ‚Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen – Anstalt der NRW.BANK – ‘ geführt. [...]

(2) Das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt ist getrennt von dem sonstigen Vermögen der Landesbank Nordrhein-Westfalen zu verwalten.

(3) Die Wohnungsbauförderungsanstalt kann **im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden.**“

Wie hieraus deutlich wird, ist unter Teilrechtsfähigkeit nicht zu verstehen, dass die Wohnungsbauförderungsanstalt in ihrem Tätigkeitsbereich eigene Rechte und Pflichten erwerben konnte. Sie war nur wirtschaftlich und organisatorisch selbständig. Ebenso wenig besagt die Fähigkeit zum Handeln im eigenen Namen, dass die Wohnungsbauförderungsanstalt mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattet war. Vielmehr war sie nicht rechtsfähig und **Rechtsträger** der unter ihrem Namen begründeten Rechte die **NRW.BANK** (vgl. auch LAG Düsseldorf, Urt. v. 29.1. 1999 – 9 Sa 1849/98, Tz. 80 [juris]). So geht auch die Begründung des Gesetzes zur Auflösung der Wohnungsbauförderungsanstalt davon aus, dass „Förderdarlehensforderungen aus dem Geschäft der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen und die für diese bestellten Sicherheiten, vornehmlich das Schuldversprechen und die dieses wiederum sichernde Hypothek, [...] schon bislang in materiell-rechtlicher Hinsicht der NRW.BANK im Sinne einer Rechtsträgerschaft zuzuordnen“ waren (LT-Drucks. 14/9394, S. 113).

b) Schlussfolgerung

Rechtsträger der Anstalt war schon bislang die NRW.BANK. Mit dem Gesetz zur Auflösung der Wohnungsbauförderungsanstalt wurde lediglich eine nicht rechtsfähige Anstalt der NRW.BANK aufgelöst. Demnach kam es **nicht** zur **Gesamtrechtsnachfolge** unter Auflösung eines Rechtsträgers. Die Hypothek mit dem Schuldversprechen stand von vornherein der NRW.BANK zu. Hat sich somit die Rechtsinhaberschaft durch die Auflösung der Wohnungsbauförderungsanstalt nicht geändert, liegt auch keine Rechtsnachfolge (§§ 797 Abs. 2, 795, 727 Abs. 1 ZPO), sondern eine **bloße Änderung der Gläubigerbezeichnung** vor. Deswegen ist keine Titelumschreibung erforderlich, es **genügt** vielmehr eine **Beischreibung**.

3. Nachweis für Gläubigerbezeichnung (§ 727 Abs. 1 ZPO analog)

Hält man eine Beischreibung gem. § 727 Abs. 1 ZPO analog nur dann für möglich, wenn sich die Änderung der Gläubigerbezeichnung aus öffentlichen Urkunden er-

gibt oder offenkundig ist (s. Ziff. 1 b)), fragt sich, welche Nachweise der Notar für die Beischreibung konkret benötigt. Vorliegend dürfte die Änderung der Gläubigerbezeichnung **offenkundig** sein, da sie sich aus dem Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen ergibt (GV. NRW.). Ist die Änderung oder Rechtsnachfolge **in einem amtlichen Gesetzesblatt bekannt gemacht**, handelt es sich um eine offenkundige Tatsache i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO (vgl. LG Konstanz Rpfleger 2012, 267; AG Solingen DGVZ 1995, 59; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 726 Rn. 57; vgl. auch BGH NJW 1992, 2088). Eines weiteren Nachweises bedarf es nicht.

BGB §§ 1767, 1752, 1753

Annahme eines Pflegekindes; Einwilligung der leiblichen Eltern; Antrag auf Volljährigenadoption während Minderjährigkeit; postmortaler Ausspruch der Adoption

I. Sachverhalt

Das Pflegekind A ist zwölf Jahre alt und lebt seit einigen Jahren bei Pflegeeltern. Nachdem der „Pflegenvater“ verstorben ist, lebt es nun bei der „Pflegemutter“. Diese möchte das Kind adoptieren. Die leiblichen Eltern des Kindes sind jedoch nicht bereit, die Einwilligung zur Adoption zu geben. Soweit es keine andere Möglichkeit gibt, soll die Volljährigkeit des Pflegekindes abgewartet werden.

II. Fragen

Kann die Pflegemutter bereits jetzt den Antrag zur Adoption abgeben, und zwar mit dem Inhalt, dass der Notar auch dann zur Einreichung der Erklärung befugt ist, wenn die Pflegemutter zwischenzeitlich verstirbt? Gibt es andere Möglichkeiten, die Adoption ohne Einwilligung der leiblichen Eltern durchzusetzen?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeit der Minderjährigenadoption

Da das Pflegekind derzeit zwölf Jahre alt und damit minderjährig ist, müsste eine Minderjährigenadoption nach den §§ 1741 ff. BGB erfolgen.

Voraussetzung der Minderjährigenadoption ist u. a., dass die **(leiblichen) Eltern** in die Adoption **einwilligen**, § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Einwilligung eines Elternteils ist nach § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB nur dann nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Weder für das eine noch für das andere bestehen nach dem mitgeteilten Sachverhalt Anhaltspunkte.

Sind die Eltern zur Abgabe der Einwilligung fähig, aber nicht bereit, ließe sich evtl. eine **Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 BGB** erwägen. Da die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Adoption einen schwerwiegenden Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eltern-Kind-Verhältnis darstellt, darf die Einwilligung nur bei ganz schwerwiegender Störung dieses Verhältnisses ersetzt werden. Das Gesetz verlangt hierfür in § 1748 BGB z. B. das Vorliegen einer anhaltenden oder besonders schweren gröblichen Pflichtverletzung, von Gleichgültigkeit oder einer besonders schweren psychischen Erkrankung des Elternteils. Ob und inwieweit die

Ersetzung im konkreten Fall in Betracht kommt, ist eine **Tatfrage**, die sich nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht beurteilen lässt.

2. Möglichkeit der Volljährigenadoption; postmortaler Ausspruch

a) Wäre das Pflegekind volljährig, könnte eine Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB erfolgen. Hierzu bedarf es eines **Antrags des Annehmenden und des Anzunehmenden (vgl. § 1768 Abs. 1 S. 1 BGB)**. Die Einwilligung der leiblichen Eltern ist nicht erforderlich (vgl. § 1768 Abs. 1 S. 2 BGB).

Nur dann, wenn die Adoption nach § 1772 BGB mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme beantragt würde, wären zwingend die Interessen der leiblichen Eltern des Anzunehmenden nach § 1772 Abs. 1 S. 2 BGB zu berücksichtigen. Dies erklärt sich dadurch, dass die Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme das Verwandtschaftsverhältnis zu den leiblichen Verwandten beenden würde (§§ 1772 Abs. 1 S. 1, 1755 BGB).

b) Nach **§ 1752 Abs. 2 S. 1 BGB**, der auch für die Volljährigenadoption gilt, kann der **Antrag nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung oder durch einen Vertreter gestellt** werden. Er gehört damit zu den bedingungs- und befristungsfeindlichen Rechtsgeschäften (vgl. nur Palandt/Götz, BGB, 73. Aufl. 2014, § 1752 Rn. 6). Der Antragsteller muss die Annahmeerklärung im Zeitpunkt der Antragstellung daher ohne Einschränkung wollen, ohne sie nach seinem Willen aufzuschieben (BeckOK-BGB/Enders, Std.: 1.5.2014, § 1752 Rn. 2.3). Daran fehlt es etwa dann, wenn im Falle einer geplanten Stiefkindadoption ein Antrag gestellt wird, obwohl die Ehe mit dem Elternteil des anzunehmenden Kindes noch gar nicht besteht, und der Antragsteller das Gericht dazu auffordert, das Verfahren bis zum Eheabschluss ruhen zu lassen (KG FamRZ 2013, 642, 643 = BeckRS 2012, 19024). Ein derartig bedingt gestellter Antrag wäre von vornherein unwirksam und als unzulässig zurückzuweisen (BeckOK-BGB/Enders, § 1752 Rn. 2.3).

Würde der Antrag daher **nur für den Fall des Eintritts der Volljährigkeit** gestellt, wäre er u. E. wegen unzulässiger Bedingung oder Befristung **unzulässig und zurückzuweisen**. Gleiches müsste gelten, wenn das Gericht bei Einreichung des Antrags aufgefordert würde, den Antrag erst mit dem Eintritt der Volljährigkeit des anzunehmenden Kindes zu bearbeiten.

c) Was die **Einreichung nach dem Tod des Annehmenden** anbelangt, so ist der Ausspruch der Adoption nach dem Tod des Annehmenden gem. § 1753 Abs. 2 BGB zwar zulässig, wenn der Annehmende den Antrag beim Familiengericht bereits eingereicht oder den Notar bei oder nach der notariellen Beurkundung des Antrags mit der Einreichung betraut hat. Wird der **Notar aber nur „für den Fall des Todes des Antragstellers“** mit der Einreichung bei Gericht betraut, wäre auch dies als **unzulässiger bedingter Antrag** anzusehen und könnte die Adoption aufgrund dieses Antrags nicht postmortal ausgesprochen werden (vgl. OLG München MittBayNot 2010, 319, 320 = RNotZ 2010, 336). § 1753 Abs. 2 BGB greift folglich nur ein, wenn der Notar ohne weitere Einschränkungen mit der Einreichung des Antrags betraut wird.

3. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet gibt es vorliegend folgende Möglichkeiten:

- entweder die Durchführung einer Minderjährigenadoption mit Ersetzung der elterlichen Einwilligung nach § 1748 BGB (wobei die Tatbestandsvoraussetzungen sehr eng sind)

- oder aber die Durchführung einer Volljährigenadoption aufgrund eines unbedingten und unbefristeten Antrags; dieser dürfte daher erst kurz vor Eintritt der Volljährigkeit des Kindes eingereicht werden.

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.

EGBGB Artt. 14, 15, 25; Deutsch-türkisches Nachlassabkommen

Türkei: Gesetzliche Erbfolge nach einem mit einer türkischen Staatsangehörigen verheirateten Türken
Abruf-Nr.:

BGB §§ 93, 94, 95, 1120

Gebäudecontainer als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks; Haftungsverband der Grundschuld
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 251 Abs. 2 S. 1, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 439 Abs. 3

Unverhältnismäßigkeit von Mängelbeseitigungskosten beim Grundstückskauf; Begrenzung des Schadensersatzes auf mangelbedingten Minderwert

a) **Stellen sich die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als unverhältnismäßig dar, so kann der Käufer von dem Verkäufer nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Sache verlangen.**

b) **Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, ist aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der in § 439 Abs. 3 BGB genannten Kriterien festzustellen.**

c) **Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass die Kosten der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sind, wenn sie entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.**

d) Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer an. Stellt sich während deren Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.

BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12

Problem

In Grundstückskaufverträgen übernimmt der Verkäufer regelmäßig keine **Haftung für versteckte Mängel** wie z. B. einen Hausschwammbefall oder Bodenkontaminationen, sondern gibt lediglich die Erklärung ab, dass ihm derartige Mängel nicht bekannt sind. Eine Haftung des Verkäufers für solche Mängel kommt dann nur in Betracht, wenn er die Erklärung wider besseres Wissen abgegeben hat. Muss der Verkäufer für Mängel der Kaufsache haften, so kann der Erwerber zunächst die Nacherfüllung gem. § 439 BGB verlangen. Unterbleibt diese, so steht ihm gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu, mit dem er die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten vom Verkäufer ersetzt verlangen darf.

Im vorliegenden Fall **hatte der Verkäufer eines Grundstücks** ausdrücklich **garantiert**, dass der Dachstuhl des auf dem Grundstück errichteten Bestandsgebäudes nicht vom Holzbock befallen sei und die Beseitigung eines bereits festgestellten Anobienbefalls einen Kostenaufwand von höchstens 2.500 € erfordere. Nach der Übergabe stellte sich heraus, dass der Dachbereich mit echtem Hausschwamm befallen war. Der Verkäufer wurde deswegen zu Schadensersatz in Höhe von insgesamt ca. 135.000 € rechtskräftig verurteilt. Darüber hinaus wurde durch Teilurteil rechtskräftig festgestellt, dass der Verkäufer verpflichtet sei, den weitergehenden Schaden zu ersetzen, der darauf zurückzuführen sei, dass das Haus mit echtem Hausschwamm befallen sei und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssten.

In dem vom BGH entschiedenen Verfahren wurde der Verkäufer auf Schadensersatz in Höhe von weiteren ca. 500.000 € in Anspruch genommen. Das Grundstück war zu einem Preis von 260.000 € verkauft worden; der Zeitwert des bebauten Grundstücks mit Schwammbefall lag nach den Feststellungen der Vorinstanz bei ca. 500.000 € ohne Schwammbefall bei mindestens 600.000 €. Dem BGH stellte sich nun u. a. die Frage, wann die **Kosten einer Mängelbeseitigung unverhältnismäßig** sind und welche **Folgen dies für die Höhe des Schadensersatzanspruchs** hat. Der Erwerber hatte zudem eine Generalsanierung des Gebäudes vorgenommen, die über die reine Schwammsanierung hinausgegangen war. Der BGH nahm daher auch dazu Stellung, wie sich dies auf die Berechnung des Schadensersatzes auswirkt.

Entscheidung

1. Zunächst stellte der BGH fest, dass die vom Erwerber durchgeführte Generalsanierung entgegen der Ansicht der Berufungsinstanz bei der Frage des Schadensersatzes zu berücksichtigen ist. Hinsichtlich der als Mangelfolgeschäden geltend gemachten Mietausfälle und Auslagerungskosten

komme eine Einschränkung der *sine-qua-non*-Formel unter dem Gesichtspunkt der Doppelkausalität nicht in Betracht. Doppelkausalität ist gegeben, wenn mehrere Schadensursachen vorliegen und jede für sich allein ausgereicht hätte, den gesamten Schaden zu verursachen. In diesen Fällen wird die *sine-qua-non*-Formel dergestalt eingeschränkt, dass alle Ursachen als kausal für den gesamten Schaden gelten; ansonsten würde nämlich keines der schädigenden Ereignisse zu einer Haftung führen. Vorliegend lehnte der BGH eine solche Einschränkung ab. Denn bei der vom Erwerber durchgeführten Generalsanierung handele es sich nicht um eine von außen gesetzte (weitere) Schadensursache, sondern um eine eigene Handlung des Geschädigten. In diesem Fall sei genau zu prüfen, inwieweit sich das haftungsbegründende Verhalten des Schädigers überhaupt noch nachteilig beim Geschädigten ausgewirkt habe. Sei eine Generalsanierung des Gebäudes nämlich ohnehin erforderlich gewesen und in deren Rahmen die Schwammsanierung durchgeführt worden, so beruhen die mit der Sanierung verbundenen Mietausfälle und Auslagerungskosten nicht mehr auf dem Verschulden des Verkäufers, weil sie dem Erwerber in jedem Fall entstanden wären.

Darüber hinaus entfalle eine Ersatzpflicht des Verkäufers insoweit, als dem Erwerber hierdurch **eigene Aufwendungen erspart** würden. Denn nach dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot dürfe der geschädigte Erwerber durch den Schadensersatz nicht besser gestellt werden, als er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stünde. Vorliegend seien im Zuge der Schwammsanierung Arbeiten durchgeführt worden, die im Rahmen der Generalsanierung ohnehin geplant gewesen seien. Müsste der Verkäufer die Kosten der Schwammsanierung vollumfänglich erstatten, stünde der Erwerber daher im Ergebnis besser, als wenn das Gebäude vertragsgemäß, d. h. ohne Hausschwammbefall, übergeben worden wäre.

Schließlich sei bei der Schadensberechnung auch ein **Abzug „Neu für Alt“** vorzunehmen.

2. Sodann befasste sich der BGH mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die **Kosten einer Mängelbeseitigung unverhältnismäßig** sind und was dies für die Höhe des Schadensersatzanspruchs des Erwerbers bedeutet. Das rechtskräftige Feststellungsurteil über die grundsätzliche Schadensersatzpflicht des Verkäufers stand dem nicht entgegen; dieses stellte zwar die Einstandspflicht des Verkäufers dem Grunde nach fest, sprach aber nicht aus, dass sämtliche Mängelbeseitigungskosten in voller Höhe zu erstatten seien.

Unter Verweis auf seine vorangegangene Entscheidung zum Werkvertragsrecht (BGH NJW 2013, 370) urteilte der BGH, dass der **Schadensersatzanspruch** des Erwerbers entsprechend § 251 Abs. 2 S. 1 BGB bei **Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten auf den mangelbedingten Minderwert der Kaufsache beschränkt** sei. Grund hierfür sei der mit § 439 Abs. 3 BGB beabsichtigte Schutz des Verkäufers. Denn die Kriterien für die Beurteilung unverhältnismäßiger Mängelbeseitigungskosten im Rahmen des Schadensersatzes entsprächen denjenigen, die bei der Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands gem. § 439 Abs. 3 BGB heranzuziehen seien. Dürfe der Verkäufer die Mängelbeseitigung im Rahmen der Nacherfüllung wegen eines unverhältnismäßigen Aufwands verweigern, so könne er auch nicht im Wege des

Schadensersatzes verpflichtet sein, diese Kosten zu tragen. Dies gelte zumindest bei Kaufverträgen, die nicht von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfasst seien.

Ob im Einzelfall die Grenze der Unverhältnismäßigkeit überschritten sei, müsse durch eine umfassende Interessenabwägung ermittelt werden, bei der auch ein Vertretenmüssen des Ersatzpflichtigen zu berücksichtigen sei; starre Grenzwerte verböten sich daher von selbst. Da § 439 Abs. 3 S. 2 BGB für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand abstelle, könne aber regelmäßig der **Verkehrswert des Grundstücks als Grenze der Unverhältnismäßigkeit** angesehen werden. Dies stehe im Einklang mit der Rechtsprechung zu Gebäudeschäden, Bodenkontaminationen oder der Beschädigung von Bäumen und Gehölzen. Übersteige der Mängelbeseitigungsaufwand den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand, stehe der Aufwand in keinem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis mehr zu dem dadurch herbeigeführten Erfolg. In einem solchen Fall widerspräche es Treu und Glauben, dessen besondere Ausprägungen die §§ 251 Abs. 2 S. 1 und 439 Abs. 3 BGB darstellten, wenn der Erwerber diese Aufwendungen dem Verkäufer aufbürden könnte. Die Rechtsprechung, wonach bei einem Kraftfahrzeug die Unverhältnismäßigkeit von Mängelbeseitigungskosten erst bei 130 % des Verkehrswerts anzunehmen sei, lasse sich auf Grundstücke nicht übertragen.

Als weitere Grenze der Unverhältnismäßigkeit zog der BGH den mangelbedingten Minderwert des Grundstücks heran. Denn nicht immer stelle der Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand einen geeigneten Anknüpfungspunkt dar, z. B., wenn sich der Mangel nur auf ein vorhandenes Gebäude, nicht aber auf Grund und Boden auswirke. Da § 439 Abs. 3 S. 2 BGB neben dem Wert der mangelfreien Sache auch auf die Bedeutung des Mangels abstelle und sich diese im mangelbedingten Minderwert des Grundstücks niederschlage, bilde dieser Wert ebenfalls einen geeigneten Anhaltspunkt für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit. In der Regel seien **Mängelbeseitigungskosten von mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwerts nicht mehr als verhältnismäßig** anzusehen.

GrEStG § 16 Abs. 2 Nr. 1 Keine Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bei Rückerwerb von Wohnungs- und Teileigentum; „Tauschmodell“

Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG muss der Veräußerer das Eigentum am „veräußerten Grundstück“ zurückerwerben. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn der Erwerber das Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufteilt und der Veräußerer einen Teil der neu geschaffenen Eigentumseinheiten übertragen erhält. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

BFH, Beschl. v. 19.2.2014 – II B 106/13

Problem

Der Beschluss des BFH beschäftigt sich mit der Frage, **ob § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bei den sog. „Tauschmodellen“ anwendbar ist.**

Die Klägerin übertrug im Januar 2011 durch notariellen Vertrag ein ihr gehörendes Grundstück auf einen Bauträger, der das Grundstück mit einem in Eigentumswohnungen aufzuteilenden Mehrfamilienhaus bebauen sollte. Die Klägerin sollte für das Grundstück im Wege des Tauschs eine Wohnungseigentumseinheit, bestehend aus einem Miteigentumsanteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung, erhalten sowie zwei Teileigentumseinheiten, bestehend aus Miteigentumsanteilen am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an Tiefgaragenstellplätzen. Die Aufteilung des Grundbesitzes in Wohnungs- und Teileigentum wurde ebenfalls im Januar 2011 notariell beurkundet. Im Dezember 2012 wurde die Klägerin als Eigentümerin der mit dem Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile in das Wohnungsgrundbuch bzw. Teileigentumsgrundbuch eingetragen.

Das Finanzamt setzte gegenüber der Klägerin für den Erwerb der Wohnungseigentumseinheit und der Teileigentumseinheiten Grunderwerbsteuer fest. Dem Antrag der Klägerin, die Grunderwerbsteuer gem. § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG nicht zu erheben, folgte das Finanzamt nicht. Sowohl das Finanzgericht als auch der BFH bestätigten die Entscheidung des Finanzamts und sahen die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG nicht als erfüllt an.

Entscheidung

Der BFH nahm zur aufgeworfenen Frage im Rahmen einer Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision Stellung. Die beantragte Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache ließ er nicht zu, denn die Rechtsfrage lasse sich ohne Weiteres aus dem klaren Wortlaut und Sinngehalt des Gesetzes beantworten.

Laut BFH ergibt sich aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG, dass der Veräußerer das Eigentum an dem „veräußerten Grundstück“ zurückerwerben muss. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn der Erwerber wie im Streitfall das Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufteile und der Veräußerer einen Teil der neu geschaffenen Eigentumseinheiten übertragen erhalte.

Der BFH argumentierte damit, dass Wohnungseigentum nach § 2 WEG durch die vertragliche Einräumung von Sondereigentum oder durch Teilung begründet werde. Für jeden Miteigentumsanteil werde nach § 7 Abs. 1 S. 1 (ggf. i. V. m. § 8 Abs. 2 S. 1) WEG von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Wohnungsgrundbuch, Teileigentumsgrundbuch) angelegt. Übereinstimmend mit dieser zivilrechtlichen Beurteilung bilde daher jeder Miteigentumsanteil ein selbständiges Grundstück i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 GrEStG. **Die durch Teilung eines veräußerten Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum neu entstehenden Miteigentumsanteile seien daher weder identisch noch teilidentisch mit dem veräußerten Grundstück.** Dies stehe der Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG entgegen.

Der BFH wandte sich mit dieser Rechtsprechung gegen eine in der Literatur vertretene Auffassung, wonach eine begünstigte Rückabwicklung gem. § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG möglich ist, wenn an einen Bauträger zunächst das gesamte Grundstück veräußert wird, der Bauträger es dann in Wohnungseigentum aufteilt und sodann die neu gebildete Wohneinheit innerhalb des Zwei-Jahres-Zeitraums zurücküberträgt (Gottwald, Grunderwerbsteuer, 4. Aufl.

2013, J Rn. 990 ff.; Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rn. 130 ff.; Spiegelberger/Spindler/Wälzholz, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 2008, Kap. 3 Rn. 134 ff.; Albrecht, MittBayNot 1998, 418).

Der BFH verneinte auch eine Gleichstellung des Rückerwerbs von Wohnungs- und Teileigentum mit der Rückübertragung einer Teilfläche des veräußerten Grundstücks. Insoweit hatte der BFH (Urt. v. 27.4.2005 – II R 4/04, BFH/NV 2005, 1629) bisher eine Begünstigung nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG akzeptiert. Obwohl dies von Interesse gewesen wäre, lieferte der BFH dafür keine nähere Begründung. Da bei der Rückübertragung von Wohnungs- und Teileigentum zivilrechtlich der Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum verbunden mit dem Sondereigentum übertragen wird, wäre die Annahme einer Teilidentität nicht völlig ausgeschlossen.

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Termine für **Oktober 2014** – 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).

Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis (Tiedtke), 2.10.2014 Kassel

21. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Block/Huttenlocher/Monreal/Rapp/Sikora/Simon), 6.10.2014 Bochum

Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (Crezelius/Hertel/Limmer/Wachter), 10.10.2014 Hamburg

Einführung in die Mediation für Notare (Plassmann), 10.10.2014 Oldenburg

Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis (Schmidt/Tiedtke), 10.10.2014 Kiel

Update Grundstückskaufvertrag (Krauß), 11.10.2014 Berlin

Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare (Weiler), 18.10.2014 Bochum

Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz), 18.10.2014 Berlin

22. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Block/Huttenlocher/Krauß/Monreal/Naumann/Rapp/Simon), 20.10.2014 Berlin

Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare (Weiler), 25.10.2014 Heusenstamm

Deutscher Notarverein

Kronenstraße 73, 10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40, Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de

Der Deutsche Notarverein lädt ein zur neunten Tagung Berufspolitik:

Notar und Verbraucherschutz

am **16. und 17. Januar 2015 im Museum für Kunst und Gewerbe in Hamburg.**

In drei Panels werden von namhaften Referenten aus Politik, Notariat und Wissenschaft folgende Themen behandelt:

- **Die notarielle Mitwirkung im Bau- und Grundstücksrecht**
- **Die Rolle des Notars bei Gesellschaftsgründungen und Beteiligungen an Gesellschaften**
- **E-Justice aus Sicht des Notariats**

Als Rahmenprogramm sind ein Abendessen im Restaurant Historischer Speicherboden und die Teilnahme an der Veranstaltung „Nachts im Wunderland“ im Miniaturwunderland geplant.

Weitere Informationen, das Programm und ein Anmeldeformular finden Sie auf der Homepage des Deutschen Notarvereins unter www.dnotv.de.

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

| | |
|---|---|
| <p>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</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>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.</p> | <p>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.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg</p> |
|---|---|