

„Der notarielle Kaufvertrag: Eine Bestandsaufnahme der Schuldrechtsreform und der europäischen Einflüsse“

**Bericht über das Fünfte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an
der Universität Würzburg am 24. Juni 2005**

Von Notarassessor Dr. Frank Eckert, Mag. rer. publ., Würzburg

Wenn ein Jahrhundertprojekt (Europäische Union) und eine „Jahrhundertreform“ (Schuldrechtsmodernisierung) auf ein Jahrhundertwerk (BGB) treffen, so hat dies zwangsläufig auch Auswirkungen auf die notarielle Praxis. Deshalb lag es nahe, einmal eine Bestandsaufnahme über die Einflüsse der Schuldrechtsreform und des europäischen Rechts auf den notariellen Kaufvertrag zu machen. Dieser Aufgabe hatte sich das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg angenommen. Am 24. Juni 2005 fand daher in Würzburg – bereits zum fünften Mal – im Gartenpavillon des Juliusspitals unter Teilnahme und Mitwirkung von Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern ein wissenschaftliches Symposium des Instituts statt. Für dieses Symposium konnte das Institut sechs hochkarätige Referenten aus der notariellen Praxis und aus dem Hochschulbereich gewinnen.

Zu Beginn referierte *Prof. Dr. Stefan Lorenz*, München, über „Privatautonomie, Vertragsbindung und neues Kaufrecht“. Privatautonomie als Nichteinmischung der Rechtsordnung in den freien, selbstbestimmten Willen des Individuums und Vertragsbindung („pacta sunt servanda“) seien, so *Lorenz*, nach wie vor Eckpfeiler der Privatrechtsgesellschaft in Deutschland. *Lorenz* überprüfte in seinem Vortrag zunächst, ob die Vorwürfe an die Schuldrechtsreform, sie greife in die Privatautonomie ein, tatsächlich zuträfen. Unter diesem Blickwinkel verglich er die Grundsätze der Privatautonomie mit dem neuen Unmöglichkeitensrecht und der durch die Schuldrechtsreform vorgenommenen Abschaffung gesetzlicher Garantiehaftungstatbestände(z. B. § 279 BGB a. F.). *Lorenz* kam hier zu dem Ergebnis, dass sich systembedingte Angriffe auf die Privatautonomie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht nicht feststellen lassen, sondern dass vielmehr durch die Abkehr von Garantiehaftungstatbeständen die Privatautonomie sogar stärker betont werde. Allerdings dürfe man nicht verkennen, dass für die Privatautonomie im Kaufrecht auch Einschränkungen durch einzelne Regelungen des Kaufrechts überprüft werden müssten. Ein auch für die notarielle Praxis (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) besonderes Problem stellte hier nach der Schuldrechtsreform § 444 BGB dar, weil hier unklar war, inwieweit bei Kaufverträgen über Gesellschaftsanteile limitierte Garantien zulässig sind. Durch die nun erfolgte Ersetzung des Wortes „wenn“ durch das Wort „soweit“ sei jedoch –

so *Lorenz* –auch dieses „Scheinproblem“ erledigt. Die Privatautonomie habe zumindest im Recht des Verbrauchsgüterkaufes jedoch eine bedenkliche Einschränkung erfahren. Diese gelte insbesondere für die Regelungen des Unternehmerregresses als wirtschaftlich zwingendes Recht. Im Hinblick auf die Vertragsbindung nach der Schuldrechtsreform kam *Lorenz* zu dem Ergebnis, dass durch die Schuldrechtsmodernisierung dieser Grundsatz nicht geschwächt, sondern in Teilbereichen sogar eher verstärkt wurde, z. B. durch die Abschaffung von früheren Vermutungsregeln zugunsten vertraglicher Rücktrittsrechte. Nach Ansicht von *Lorenz* ist die wohl wichtigste Stärkung des Grundsatzes der Vertragstreue in der Einführung eines grundsätzlich vorrangigen Nacherfüllungsanspruchs im Falle von Sach- und Rechtsmängeln im Kaufrecht zu sehen. *Lorenz* konstatierte jedenfalls, dass das neue Schuldrecht dreieinhalb Jahre nach seinem Inkrafttreten trotz seiner Komplexität nicht nur in der Praxis gut angekommen sei, sondern dass auch grundlegende Systemfehler nicht hervorgetreten und auch nicht zu erwarten seien. Die Grundpfeiler unserer Privatrechtsordnung, Privatautonomie und Vertragsbindung, seien jedenfalls nicht durch das neue Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht systembedingt beeinträchtigt worden.

Nach dieser allgemeinen Einführung referierte sodann Notar *Prof. Dr. Günter Brambring*, Köln, Vorstandsmitglied des Instituts, über die „Akzeptanz der Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis beim Grundstückskaufvertrag“. Er stellte bereits am Anfang seines Vortrages fest, dass nach über drei Jahren Schuldrechtsreform deren Neuregelungen keine Herausforderung mehr für die notarielle Praxis sei. Veröffentlichte Kritik an der mangelhaften Umsetzung der Schuldrechtsreform beim Grundstückskaufvertrag sei bemerkenswerterweise genauso wenig anzutreffen wie Gerichtsentscheidungen, in denen Notaren vorgeworfen werde, das neue Recht nicht zu beherrschen. Auch die Anfragen beim Deutschen Notarinstitut, in denen die Schuldrechtsreform eine wesentliche Rolle spiele, seien verschwindend gering. Gründe hierfür sah *Brambring* darin, dass zum einen das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts die Praxis der Rechtsanwendung bei der Vertragsgestaltung vereinfacht habe und dass zum anderen zur Akzeptanz des neuen Rechts auch zahlreiche spezifische Aufsätze zu Einzelthemen, von Notaren für Notare geschrieben, beigetragen hätten. So seien zahlreiche Vertragsklauseln zur Anpassung an das neue Recht vorgeschlagen und von den Notaren auch schnell umgesetzt worden. Vergleiche man zudem die realen Fälle der notariellen Praxis mit den doch eher fiktiven Fällen in den kritischen Stellungnahmen der Zivilrechtswissenschaft, so verwundere es nicht, dass die notarielle Praxis wenig Probleme mit der Umsetzung der Schuldrechtsreform gehabt hätte. *Brambring* nahm daher für die Notare in Anspruch, dass sie das neue Recht nicht nur akzeptiert, sondern auch in kürzester Zeit „ratifiziert“ hätten; dies zeige die Fähigkeit der Notarinnen und Notare, sich auf die praktisch relevanten Änderungen zu konzentrie-

ren, die unmittelbar auf die Vertragsgestaltung Einfluss nehmen, was allerdings das Verständnis für die neuen Strukturen des Leistungsstörungenrechts voraussetze. Allenfalls in Einzelfällen hätte es auch für die notarielle Praxis Probleme gegeben. So sei die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte 30-Tages-Frist bei Geldschulden auch für den Grundstücksverkäufer inakzeptabel gewesen. Ärgerlich sei für den Grundstückskaufvertrag auch der funktionale Verbraucherbegriff in § 13 BGB, der für die beurkundungsrechtlichen Vorschriften nichts taue. Hier werde der Verbraucher zum unmündigen Bürger degradiert, es werde der Weg zu einem im Einzelnen ausgehandelten Individualvertrag mit dem im Einzelfall sachgerechten Haftungsausschluss versperrt. Auch die Anwendung der Regel über den Verbrauchsgüterkauf auf mitverkauftes Inventar sei wegen der Notwendigkeit detailgenauer und umfangreicher Sachmängelregelungen im Verbrauchergrundstückskauf ein Ärgernis. Aber auch dies hätten die Notare umgesetzt. Im Bereich des Grundstückskaufvertrages hätte daher die Schuldrechtsreform bei den Notaren im Großen und Ganzen ihre Praxistauglichkeit unter Beweis gestellt. Summa summarum konnte *Brambring* – mit einem gewissen Stolz – feststellen, dass es Akzeptanzprobleme der Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis beim Grundstückskaufvertrag fast nicht gegeben hätte.

Im dritten Vortrag referierte *Prof. Dr. Florian Faust*, Bucerius Law School Hamburg, über „Europarechtskonforme Auslegung des neuen deutschen Kaufrechts“. *Faust* machte deutlich, dass jede Anwendung deutschen Kaufrechts erfordere, sich zunächst Klarheit über den Inhalt der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu verschaffen. Das reformierte Kaufrecht diene nämlich gerade auch der Umsetzung dieser Richtlinie und könne daher nicht autonom aus sich heraus ausgelegt werden, sondern es müsse bei der Auslegung auch der europarechtliche Hintergrund berücksichtigt werden. Zu beachten sei zudem, dass bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine nicht unerhebliche überschießende Umsetzung der Richtlinie vorliege, weil der nationale Gesetzgeber das nationale Recht in größerem Umfang an die Richtlinie angepasst habe, als zu deren Umsetzung erforderlich gewesen wäre. Hier komme zwar keine unmittelbare Wirkung der Richtlinie in Betracht, allerdings sei auch bei der Auslegung im überschießenden Bereich beachtlich, dass sich der Gesetzgeber für die Einheitlichkeit des Kaufrechts durch Anpassung des allgemeinen Kaufrechts an die Richtlinie entschieden hätte. *Faust* zeigt dann den Teilnehmern Reibungspunkte zwischen dem BGB und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf. Diese träten auf bei der Vertragsmäßigkeit der Leistung, beim Anspruch auf Ersatzlieferung bei Stückschulden und bei der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, aber auch bei der Fristsetzung bei Minderung und Rücktritt. In seinem Vortrag kam *Faust* daher zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber an einigen Stellen richtlinienwidrige Neuregelungen getroffen hätte, die möglichst schnell zu beheben seien. Der Vortrag

zeigte jedenfalls, wie sehr die Auslegung des deutschen Kaufrechts mittlerweile vom Europarecht beeinflusst wird und dass dieser Umstand jeden angeht, der mit deutschem Kaufrecht zu tun hat. Auch bei Grundstücks- und sogar bei Unternehmenskaufverträgen kann man – dies machte *Faust* deutlich – die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht ignorieren. So konnte *Faust* am Ende des Vortrages feststellen, dass das deutsche Kaufrecht durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine neue Dimension gewonnen habe, die auch für die Notare eine neue Herausforderung darstelle.

Von den Höhen des Europarechts führte Notar *Dr. Hermann Amann*, Berchtesgaden, die Zuhörer dann wieder in die Niederungen des notariellen Alltagsgeschäftes. Er referierte über „Beschaffensvereinbarungen und Ausschluss der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln beim Kauf von Gebrauchtimmobilien – ein Erfahrungsbericht“. Der Erfahrungsbericht beruhte dabei auf einem Fragebogen an ca. 60 bayerische Notarinnen und Notare. Der Verkauf gebrauchter Immobilien hat nach Zahl und wirtschaftlichem Volumen der abgeschlossenen Verträge inzwischen eine größere Bedeutung als der Verkauf neuer Immobilien, sodass die meisten Grundstückskaufverträge auch in der notariellen Praxis Kaufverträge über Gebrauchtimmobilien sind. Kernstück ist hierbei oft die Regelung der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln. In der Praxis sei es jedenfalls ein Bedürfnis, Käuferrechte auszuschließen oder abweichend vom Gesetz zu regeln, gerade weil es eine Norm für den Zustand gebrauchter Sachen – anders als bei neuen Sachen – nicht gebe. So war es auch nicht überraschend, dass bei zwei Drittel der befragten Notare die gesetzlichen Rechte des Käufers nicht uneingeschränkt belassen werden. Überraschend war jedoch, dass nach wie vor eine deutliche Mehrheit eine pauschale Beschaffensvereinbarung vorschlugen, obwohl die herrschende Meinung sie schlicht als Ausschluss von Sachmängelrechten versteht und sie demgemäß denselben Grenzen, die einem solchen Ausschluss gesetzt sind, unterwirft. Den Ausschluss von Käuferrechten durch spezielle negative Beschaffensvereinbarungen benutzen dagegen nur wenige der befragten Notare in ihren Verträgen. Zur Begründung von Käuferrechten durch spezielle positive Beschaffensvereinbarungen erbrachte die Umfrage von *Amann* ein buntes Bild positiver Beschaffensvereinbarungen, von der Vereinbarung, dass keine Beschränkungen aus Wohnungsbindung vorliegen, über die Feststellung, dass keine altrechtlichen Dienstbarkeiten bestehen, bis hin zu Vereinbarungen, dass das verkaufte Bauwerk baurechtlich zulässig sei. Interessant war die Antwort auf die Frage, ob seit der Schuldrechtsreform Beschaffensvereinbarungen häufiger oder seltener vorkommen als zuvor. Hier antworteten 59 %, dass dies ungefähr gleich häufig vorkomme. Immerhin 41 % der Befragten äußerten jedoch, Beschaffensvereinbarungen würden häufiger getroffen als zuvor. Hinsichtlich des Schutzes des Käufers durch Garantien war es wiederum nicht überraschend, dass fast 10 % der Notare niemals eine Garantie vorschlugen und nur 65

% äußerst selten. Die Vorschläge der restlichen 25 % verteilen sich auf Garantien zu einzelnen Merkmalen wie baurechtliche Zulässigkeit oder „keine Beschränkung aus Wohnungsbindung oder sozialer Wohnungsförderung“. Interessant war, dass sämtliche befragte Notare, wenn auch zu unterschiedlichen Themen, die so genannte Arglistprobe in ihren Verträgen verwenden, bei der der Verkäufer erklärt, dass ihm von bestimmten erheblichen und typischerweise schwer erkennbaren Mängeln nichts bekannt ist. Die Umfrage von *Amann* ergab auch, dass die Notare die neue Rechtsprechung des BGH zu Sachmängel, die zwischen Besichtigung, Vertragsschluss und Besitzübergang entstehen, akzeptiert und umgesetzt hätten. *Amann* berichtet dann weiter, dass aus der Umfrage deutlich werde, dass viele Notarinnen und Notare rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten bei der Feststellung von Unternehmer- und Verbraucherhandeln hätten. Hinsichtlich des Verbrauchsgüterkaufes bei Immobilien, also des Mitverkaufs von Inventar, berichteten 45 % der Notare, dass die von der h. M. geforderte Anwendung des Verbrauchsgüterkaufsrechts auf mitverkaufte bewegliche Sachen wie Inventar kein Verständnis bei den Beteiligten finden würde. Ungefähr ein Drittel der Notare schließen Käuferrechte wegen Mitverkauf gebrauchter beweglicher Sachen aus, soweit § 475 BGB dies erlaubt. Insgesamt hat der Bericht von *Amann* ergeben, dass die Notare beim Kaufvertrag über Gebrauchtimmobilien die Schuldrechtsreform und auch die auf europäisches Recht zurückgehenden neuen Regelungen akzeptiert und größtenteils auch umgesetzt haben.

Im fünften Vortrag des Symposiums kam eine Besonderheit der Würzburger Symposien zum Tragen. Das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg ergänzt nämlich seine Symposien regelmäßig mit einem zum Thema passenden steuerrechtlichen Referat. *Prof. Dr. Klaus Tiedtke*, Vorsitzender des Instituts, referierte daher über „Gestaltungsempfehlungen zum gewerblichen Grundstückshandel unter Berücksichtigung des Beschlusses des großen Senates des BFH vom 10.12.2001 GrS I/98 und des BMF-Schreibens vom 26.03.2004“. Beim Grundstückskaufvertrag ist aus steuerrechtlicher Sicht für die Notare nicht nur interessant, wann ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 EStG vorliegt, sondern auch, ob ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, wodurch eine Besteuerung nach § 15 EStG droht. Die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wird dabei überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt. Zur Konkretisierung hat die Rechtsprechung die so genannte Drei-Objekte-Grenze eingeführt. *Tiedtke* stellte dann Fälle der Aufweichung der Drei-Objekte-Grenze vor. So hat der BFH verschiedentlich Ge-

werblichkeit trotz Unterschreitens der Drei-Objekte-Grenze angenommen, z. B. beim Verkauf vor oder während der Bebauung oder bei Bebauung des Grundstücks von vorneherein auf Rechnung des Erwerbers. Umgekehrt wurde vom BFH auch schon Vermögensverwaltung trotz Überschreitens der Drei-Objekte-Grenze angenommen, beispielsweise in echten Fällen eines Zwangsverkaufes. Objekt im Sinne der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel ist dabei jedes selbständig veräußerbare und nutzbare Immobilienobjekt. Ausnahmen ergeben sich unter dem rechtlichen Aspekt der wirtschaftlichen Einheit nach den §§ 2, 93 BewG und nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung bei Mehrfamilienhäusern, die nicht nach dem WEG aufgeteilt sind, weil es dort nicht auf die Anzahl der vorhandenen Wohnungen ankommt. Nach Ansicht des BMF ist jedoch z. B. auch die Garage Objekt im Sinne der Drei-Objekte-Grenze. Veräußerungsgeschäft im Sinne des gewerblichen Grundstückshandels ist zudem auch die Einbringung von Grundbesitz in eine Kapitalgesellschaft zum Verkehrswert unter Übernahme von Verbindlichkeiten und zusätzlicher Gewährung von Gesellschaftsrechten. *Tiedtke* gab den Beteiligten schließlich noch Gestaltungsempfehlungen zur Vermeidung des gewerblichen Grundstückshandels. Die wichtigsten Möglichkeiten zur Vermeidung bestehen in der langfristigen Eigennutzung oder Vermietung des Grundbesitzes ohne Veräußerung. Zudem könnten Immobiliengeschäfte innerhalb der Familie verteilt werden. Auch böte sich der Verkauf durch Gesellschafter nach Auseinandersetzung statt Verkauf durch die Personengesellschaft oder Anteilsverkauf an. Eine Abschirmwirkung ergebe auch die Einschaltung einer GmbH oder AG. Weiterhin könnte vor Verkauf Wohnungseigentum aufgehoben oder anstelle des Verkaufs Erbbaurechte eingeräumt werden. Der Vortrag von *Tiedtke* hat jedenfalls den Zuhörern deutlich gemacht, dass die Problematik des gewerblichen Grundstückshandels nach wie vor groß ist und daher auch die Notare bei Grundstückskaufverträgen eine gewisse Sensibilität hierfür haben sollten.

Im Abschlussreferat referierte Notar a. D. *Christian Hertel*, Würzburg, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstitutes, über „Verbundene Geschäfte beim Grundstückskaufvertrag“. Er differenzierte zunächst zwischen verbundenen Geschäften im Sinne der Erstreckung des Beurkundungserfordernisses nach § 311b Abs. 1 BGB und verbundenen Verträgen im Sinne von § 358 Abs. 3 BGB. Ausgehend von der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, also insbesondere von der Haustürwiderrufs- und der Verbraucherkreditrichtlinie, zeigte *Hertel* den Anwesenden die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH auf. Weiterhin ging er auf das Widerrufsrecht auch außerhalb verbundener Verträge ein. Dieses Problem beschäftigt derzeit den EuGH. Für die Notare wichtig ist insbesondere der Begriff des verbundenen Vertrages beim finanzierten Grundstückserwerb, wie § 358 Abs. 3 S. 3 BGB dies vorgibt. *Hertel* zeigte hier den Anwesenden die einzelnen Voraussetzungen

dieser Vorschrift auf, so kann eine wirtschaftliche Einheit z. B. dann angenommen werden, wenn eine Bank ihre Rolle als Kreditgeber überschreitet. Rechtsfolge bei verbundenen Geschäften ist das Widerrufsrecht aus dem verbundenen Vertrag nach § 358 Abs. 1 BGB, der Widerruf des Verbraucherdarlehens nach § 358 Abs. 2 BGB sowie der Rückforderungs- und Einwendungsdurchgriff nach den §§ 358 Abs. 4 S. 3, 359 BGB. Als Folgen für die notarielle Vertragsgestaltung dürfte wohl in der Regel eine Belehrungspflicht über das Widerrufsrecht nur in den seltensten Fällen in Betracht kommen, weil der Notar oft die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme eines verbundenen Vertrages nicht kennt. Trotz der schwerwiegenden Rechtsfolgen für verbundene Geschäfte beim Grundstückskaufvertrag dürfte daher die Auswirkung auf die notarielle Praxis aus tatsächlichen Gründen eher gering sein. Zu belehren wäre jedenfalls über die Risiken sowohl für den Erwerber als auch für den Veräußerer wie gegebenenfalls auch für den Darlehensgeber. Abschließend ging *Hertel* dann noch auf die Problematik von verbundenen Geschäften im Hinblick auf das Rechtsberatungsgesetz ein.

Auch das fünfte wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg hat wieder einmal gezeigt, dass die Würzburger Symposien mit ihrer Mischung aus Praxis und Wissenschaft für jeden Notar ein Gewinn sind und zudem den Dialog zwischen Wissenschaft und notarieller Praxis fördern. Das sechste wissenschaftliche Symposium für 2006 ist bereits in der Planung – man kann sich schon jetzt darauf freuen.