

Mängelrechte beim Verkauf und Kauf von Grundstücken

Praktische Hinweise zur vertraglichen Gestaltung*

Rechtsanwalt und Notar Dr. Detlef Schmidt, Berlin

Vertragsgestaltung ist eine Kunst. Den Standardkaufvertrag für Grundstücke gibt es nicht. Der Autor fasst mit einer Vielzahl von Formulierungsbeispielen die Grundsätze für die gute Gestaltung eines Kaufvertrags über Grundstücke zusammen. Ein Schwerpunkt liegt auf Beschaffenheitsangaben, Garantien und Haftungsausschlüssen. Der Beitrag ist für Einsteiger geeignet, aber auch Kenner der Materie werden viele praktische Anregungen finden.

A. Einleitung

Die Schuldrechtsreform hat das Kaufrecht mit einem Mängelrecht ausgestattet, das zu einem erheblichen Teil in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert ist; zugleich hat eine Anpassung an das Mängelrecht des Werkvertrags stattgefunden¹. Die enge Verbindung zwischen dem kaufrechtlichen Mängelrecht und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht wird vor allen Dingen in § 437** deutlich, in dem die Rechte des Käufers aus Mängeln nicht unmittelbar, sondern über die Brückenfunktion dieser Norm durch Verweise geregelt werden. Ein Teil dieser Verweise zielt auf Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts mit allenfalls kaufrechtlicher Anpassung wie z. B. den Normenkomplexen des Rücktritts und Schadensersatzes; nur für die speziellen kaufrechtlichen Institute der Nacherfüllung und der Minderung wird auf Sonderregeln des Kaufrechts verwiesen².

Die Anwendung des Mängelrechts auf Grundstückskaufverträge steht verglichen mit vielen anderen Kaufgegenständen vor einer besonderen Schwierigkeit: Die Kaufsache „Grundstück“ kommt im Wirtschaftsleben bekanntlich in einer variantenreichen Vielfalt vor. Grundstücke können sein bebaut oder unbebaut, im ersteren Fall kann die Bebauung zur Nutzung oder zum Abbruch bestimmt sein, im letzteren Fall kann das unbebaute Grundstück zur Bebauung oder, weiterhin unbebaut, zu anderen Zwecken gedacht sein, bebaute Grundstücke können mit neuen und alten Gebäuden, mit Gebäuden zur Wohn- und gewerblichen Nutzung, zur Selbst- oder zur Nutzung durch Dritte gedacht sein, im letzteren Fall kann die Nutzung durch Dritte zur Erzielung von Einnahmen ein wesentlicher Wert erhöhender Faktor sein, sie kann sich aber auch bei zur Entmietung bestimmten Grundstücken Wert reduzierend auswirken. Das Grundstück kann ferner die einzige Kaufsache bei einem „normalen Geschäft des täglichen Lebens“ sein, z. B. beim Erwerb einer gebrauchten Eigentumswohnung durch einen Verbraucher von einem gewerblichen Wohnungsbauunternehmen, es kann aber auch Bestandteil einer M & A-artigen Großtransaktion sein, deren Gegenstand ein umfangreiches Portfolio oder ein kleiner Stadtteil ist.

Die Vielfalt der Fallgestaltungen kann nur bewältigt werden, wenn der Grundstückskaufvertrag auf die konkrete Qualität und Nutzung des Grundstücks bzw. der Grundstücke sowie die Parteien zugeschnitten wird. Anders als bei anderen Kaufsachen gibt es daher keinen Standardkaufvertrag, der durch wenige Anpassungen, wie bei Gebrauchtwagen mit Hinweis auf – vorhandene bzw. fehlende – Unfallfreiheit, an die konkrete Transaktion angepasst wird. Der Grundstückskaufvertrag und damit vor allen Dingen seine mangelrechtlichen Regelungen müssen vielmehr individuell auf den Typus der Transaktion zugeschnitten werden. Standardverträge können daher nur für vergleichbare Transaktionen eingesetzt werden, wie z. B. für den Verkauf gebrauchter Eigentumswohnungen durch gewerbliche Verkäufer an private Verkäufer.

Die anschließende Darstellung behandelt die kaufrechtlichen Mängelrechte danach, inwieweit überhaupt Kauf- und nicht Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt (B.), welche Konsequenzen sich aus dem grundlegenden Begriff der Beschaffenheit der Kaufsache ergeben (C.), worin speziell in Gegenüberstellung zu Beschaffenheitsvereinbarungen die Besonderheiten von Garantien liegen (D.) und wie ein Haftungsausschluss vereinbart werden kann (E.). Die einzelnen Kapitel werden dabei, soweit möglich, so gegliedert, dass sich an eine knappe Darstellung der generellen Rechtslage Hinweise zur Vertragsformulierung anschließen, die nach Transaktionstypen gegliedert werden. Während damit nur die in der vertraglichen Praxis die größten Schwierigkeiten verursachenden Sachmängel behandelt werden, wird abschließend noch kurz auf die Rechtsmängelhaftung eingegangen (F.).

B. Kauf- oder Werkvertragsrecht: Verträge über noch zu errichtende oder neu errichtete Baulichkeiten

Durch die Schuldrechtsreform nicht ausdrücklich gelöst ist die Frage, welchen rechtlichen Regelungen die zwei Vertragstypen unterliegen, deren Gegenstand entweder die Errichtung eines Gebäudes auf einem dem Veräußerer gehörenden Grundstück ist (Bauträgervertrag) (I.) oder die Lieferung eines Grundstücks mit einem darauf schon errichteten neuen Gebäude (II.) ist. Diese beiden Vertragstypen kommen auch dann zur Anwendung, wenn das Gebäude nicht neu errichtet wird, sondern der Veräußerer verpflichtet ist, ein vorhandenes Gebäude in einem Umfang zu sanieren, zu modernisieren usw., der einer Neuherstellung gleichkommt (III.).

I. Bauträgervertrag

Der Bauträgervertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber mit dem Veräußerer vereinbart, ein dem Veräußerer gehörendes Grundstück so übereignet zu erhalten, dass

* Der Beitrag basiert auf einem nur wenig geänderten Vortrag auf einer Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV in Bielefeld am 7. Mai 2008. Die Vortragsform und die vortragsgemäße Beschränkung von Fundstellen wurden beibehalten.

** §§ ohne Zusatz sind solche des BGB.

1 Vgl. *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, S. 5, 54; *Prütting/Wegen/Weinreich* (PWW)/*D. Schmidt*, *BGB-Kommentar*, 3. Auflage 2008, vor §§ 433 ff. Rn. 12, § 433 Rn. 5; *Bamberger/Roth/Faust*, *BGB-Kommentar* 2. Aufl. 2007, § 433 Rn. 3.

2 *Bamberger/Roth/Faust*, (o. Fn. 1), PWW/*D. Schmidt* (o. Fn. 1), § 437 Rn. 1.

es mit einem den vertraglichen Vorgaben genügenden Bauvorhaben bebaut ist. Gegenstand des Bauträgervertrages ist also eine unmittelbare Verpflichtung des Veräußerers, auf dem noch unbebauten Grundstück das Bauvorhaben zu errichten oder fertig zu stellen. Für diesen Bauträgervertrag ist daher charakteristisch die Vereinbarung der Anforderungen an die Eigenschaften des zu errichtenden bzw. fertig zu stellenden Bauvorhabens, typischerweise durch die Instrumente des Bauvertrages, wie etwa Baubeschreibung, Raumbuch, Baugenehmigung, Architektenpläne. Der Bauträgervertrag kann außerdem durch weitere begleitende Pflichten des Bauträgers gekennzeichnet sein, zum Beispiel eine Finanzierung zu beschaffen, grundlegend ist dies aber nicht.

Dieser Inhalt des Bauträgervertrages, dass der Bauträger ein Grundstück liefert und sich zugleich verpflichtet, auf dem Grundstück ein Bauvorhaben zu errichten, spricht gemäß der überkommenden Auffassung dafür, den Bauträgervertrag nach wie vor als typengemischten Vertrag anzusehen: Für die Lieferung des Grundstücks gilt Kaufrecht, während die Herstellung des Bauvorhabens werkvertraglich reguliert ist³. Auf die vertragliche Gestaltung des Bauträgervertrages wird daher ebenso wie auf die unter II. und III. dargestellten verwandten Verträge nicht näher eingegangen.

II. Verträge über den Erwerb schon errichteter neuer Bauvorhaben

In Abweichung zum Bauträgervertrag ist Vertragsgegenstand das Grundstück mit einem darauf schon errichteten neuen Bauvorhaben. Der Begriff „neu“ ist dabei nach der ständigen Rechtsprechung zum alten Kaufrecht zu verstehen, d. h. „neu“ ist eine Baulichkeit auch dann, wenn sie nach der Verkehrsanschauung noch als neu angesehen wird, obwohl sie schon eine begrenzte Nutzung erfahren hat, zum Beispiel als Musterhaus, oder seit der Fertigstellung schon einige Zeit vergangen ist, bis ungefähr maximal zwei bis drei Jahre⁴.

Letztendlich wegen der als nicht passend angesehenen kurzen Gewährleistungsfrist von einem Jahr gemäß § 477 Abs. 1 S. 1 a. F. hat die Rechtsprechung zum alten Kaufrecht diese Verträge jedenfalls für das Gebäude dem Werkvertragsrecht unterstellt, obwohl streng genommen der Veräußerer eine Errichtung der ja schon vorhandenen Baulichkeit nicht mehr schuldet⁵. Da das neue Kaufrecht in § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) für Mängel eines Bauwerkes jetzt in Übereinstimmung mit dem Werkvertragsrecht eine 5-jährige Verjährung anordnet, ist daraus der Wille des Gesetzgebers abzuleiten, die gekünstelte Annahme einer Errichtungsverpflichtung bei einem schon errichteten Bauvorhaben aufzugeben und den Verkauf eines Grundstücks mit einem darauf errichteten neuen Bauvorhaben ebenso dem Kaufrecht zu unterstellen wie auch sonst den Verkauf jeder vom Verkäufer neu hergestellten Kaufsache⁶.

III. Erwerb von bebauten Grundstücken mit der Verpflichtung des Verkäufers zu umfangreichen Sanierungs-/Modernierungsmaßnahmen

Gemäß der ständigen Rechtsprechung zum alten Kaufrecht⁷ finden die sub I. und II. dargestellten Grundsätze auch im neuen Kaufrecht ebenfalls Anwendung, wenn der Verkäufer sich zur Vornahme von Baumaßnahmen aller Art, insbesondere Sanierungs-, Modernisierungs- und Erweiterungsarbeiten verpflichtet hat, die „insgesamt nach Art und Umfang mit Neubauarbeiten vergleichbar“ sind⁸. Mithin liegt bei der Übernahme solcher Arbeiten dann ein Bauträgervertrag vor,

wenn die Arbeiten noch nicht begonnen oder zwar schon begonnen, aber noch nicht abgeschlossen sind; es gilt dann dasselbe wie zu I. Demgegenüber kommen die Grundsätze gemäß II. zur Anwendung, wenn die Arbeiten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon vollendet waren, wobei unerhebliche Mängel der Vollendung wie auch sonst nicht entgegenstehen.

C. Beschaffenheit

I. Einführung

Die Beschaffenheit der Kaufsache ist gemäß § 434 der Kernbegriff des Rechts der Sachmängel: Fehlt sie, stehen dem Käufer Sachmängelansprüche zu, soweit nicht die Haftung ausgeschlossen ist. Für die Rechtsanwendung ist zu beachten, dass § 434 die Kaufsache einem strengeren Regime an Anforderungen an die Beschaffenheit unterstellt, als es nach dem Fehlerbegriff des alten Kaufrechts der Fall gewesen wäre. Dies ergibt sich vor allem aus dem Zusammenspiel der Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 und der, hier nur abgekürzt wiedergegeben, üblichen Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2. Dieses Zusammenspiel zwingt dem Kautelarjuristen eine präzise und umfassende Vertragsgestaltung auf.

II. Rechtslage

1. Vereinbarung der Beschaffenheit

In Verstärkung der zum alten Kaufrecht geltenden subjektiven Fehlertheorie⁹ ordnet § 434 Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich eine Hierarchie des Inhalts an, dass die Beschaffenheitsvereinbarung Vorrang hat. Liegt für eine bestimmte Eigenschaft die vereinbarte Beschaffenheit vor, kommt es auf die beiden weiteren Mängeltatbestände des § 434 Abs. 1, die Eignung für die vorausgesetzte Verwendung gemäß Satz 2 Nr. 1 und für die übliche Beschaffenheit gemäß Satz 2 Nr. 2, nicht mehr an¹⁰. Allerdings gilt dies nur dann, wenn die Vertragsgestaltung insgesamt mit dieser abschließenden Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung vereinbar ist, dazu siehe unten (sub C.III.1.d.).

Folgende Grundsätze sind wichtig:

a) Beschaffenheit

Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber den Begriff der Beschaffenheit bewusst nicht definiert¹¹ und dadurch den alten Streit um die „Begriffsverrenkungen“ zu § 459 a. F. in das neue Schuldrecht mitgenommen, ob nämlich nur unmittel-

3 Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 433 Rn. 17; Erman/Grunewald, BGB-Kommentar, 12. Aufl. 2008, vor § 433 Rn. 23; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 436 Rn. 3; D. Schmidt, ZfIR 2004, 405, 406 m. w. N.; a. A., d. h. ausschließlich Werkvertragsrecht gilt: PWW/Leupertz (o. Fn. 1), vor §§ 631 ff Rn. 15; Pauly, MDR 2004, 16, 18.

4 Vgl. BGH NJW 1982, 2243; 1985, 1552; D. Schmidt, ZfIR 2004, 405, 407.

5 Zuletzt BGHZ 164, 225, 228.

6 So Palandt/Sprau, BGB-Kommentar, 67. Aufl. 2008, Vorb v § 633 Rn 3; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 438 Rn. 17; D. Schmidt ZfIR 2004, 405, 407 m. w. N.; Erman/Grunewald (o. Fn. 3), vor § 433 Rn. 23, § 438 Rn. 7, Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB (MüKo/Westermann), 5. Aufl. 2008, vor § 433 Rn. 25, § 438 Rn. 15; aus den Gesetzesmaterialien in die Richtung Gegenüberstellungen der Bundesregierung BT-Drucks. 14/6857, S. 59 f; a. A. PWW/Leupertz (o. Fn. 1), vor §§ 631 ff Rn. 15 m. w. N.; in der Tendenz auch zum neuen Kaufrecht BGH NJW 2007, 3275 Rn. 19.

7 Vgl. BGH NJW 2005, 1115, 1116.

8 Siehe PWW/Leupertz (o. Fn. 1), vor §§ 631 ff. Rn. 11.

9 Vgl. nur MüKo/Westermann, 3. Aufl. 1995, § 459 Rn. 11.

10 Vgl. PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 437 Rn. 8, zur Vereinbarkeit dieser Hierarchie mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie siehe dort Rn. 11 m. w. N.

11 BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

bar der Kaufsache anhaftende Eigenschaften dem Mängelrecht unterliegen oder ob der Begriff so verstanden werden kann, dass er alle Anforderungen an die Kaufsache umfasst. Der umfangreiche Meinungsstreit kann hier nicht dargestellt werden¹². Für die Vertragsgestaltung wird häufig der auch von mir für richtig angesehene Ansatz gewählt, dass als „Beschaffenheit“ jede Anforderung an die Kaufsache vereinbart wird, also zum Beispiel beim Verkauf eines Miethauses nicht nur die Qualität des Gebäudes, sondern auch der Ertrag oder unmittelbar für den Ertrag wichtige Faktoren wie die Zahlung der Miete in der Vergangenheit als Indikation für die Solvenz eines Mieters. Es sollte aber vorsorglich berücksichtigt werden, dass es nach wie vor Stimmen gibt, und vor allen Dingen zwei Urteile des OLG Hamm¹³, die einen engen Beschaffenheitsbegriff verwenden.

b) Vereinbarung der Beschaffenheit

Die Hierarchie des § 434 Abs. 1, dass die *Beschaffenheit* *erst-rangig durch ihre Vereinbarung* und erst zweitrangig durch die vorausgesetzte Verwendung und drittrangig die übliche Beschaffenheit *bestimmt* wird, macht es notwendig, den Begriff „Vereinbarung“ wörtlich im Sinne der Konsensualtheorie zu verstehen: es muss eine echte Einigung über die Anforderungen an die Kaufsache in Vertragsform vorliegen. Mithin ist es ausgeschlossen, aus einseitigen Erklärungen des Verkäufers, die der Käufer nicht angenommen hat, eine Beschaffenheitsvereinbarung herzuleiten¹⁴. Gleichfalls kann eine Vereinbarung nicht durch die Ableitung einer Einigung aus einseitigen Vorstellungen des Käufers oder der Üblichkeit ersetzt werden¹⁵. Bei Grundstückskaufverträgen bedarf die Vereinbarung der Beschaffenheit der Form des § 311 b Abs. 1, was vor allen Dingen dann praktische Bedeutung erlangt, wenn nachträglich die Beschaffenheit erweitert oder geändert wird.

2. Eignung zur vorausgesetzten Verwendung

Das Verhältnis zwischen der Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 und dem nachrangigen Mangelatbestand gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, dass sich die Kaufsache zur vorausgesetzten Verwendung eignen muss, wirft erhebliche Probleme auf und ist letztendlich ungeklärt¹⁶. Im Sinne einer Faustregel kommt es auf dieses Tatbestandsmerkmal an, wenn ohne eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung die Vertragsparteien allgemein eine Verwendung der Kaufsache vorausgesetzt, d. h. ohne explizite Vereinbarung in ihren Willen aufgenommen haben. Bei Grundstückskaufverträgen ist dies vor allem in Betracht zu ziehen, wenn die Vertragsparteien ohne eine weitergehende Vereinbarung ein Grundstück als Bauland oder Gewerbefläche qualifizieren.

3. Eignung für die gewöhnliche Verwendung und das Vorliegen der üblichen Beschaffenheit

Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, und liegt auch der ohnehin eher seltene Fall nicht vor, dass sich die Kaufsache für die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ nicht eignet, entscheidet über das Bestehen von Mängelrechten § 434 Abs. 2 Nr. 2: Danach ist die Sache „frei von Sachmängeln, ... wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.“

Die Bedeutung dieses etwas kompliziert formulierten Mangelatbestandes kann generell und speziell für Grundstückskäufe überhaupt nicht unterschätzt werden. Sie lässt sich knapp so zusammenfassen, dass bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung der Beschaffenheit der Verkäufer die Kaufsache mit ihrer „Normalbeschaffenheit“ zu liefern verpflichtet ist¹⁷. Dies bedeutet konkret, dass die Kaufsache so zu sein hat, wie eine Kaufsache dieser Kategorie, dieses Standards, dieses Einsatzzweckes, dieser Preisklasse usw. üblicherweise ist. Dies wird vor allen Dingen durch einen Vergleich der Kaufsache mit gemäß den soeben angegebenen Kategorien wie Preisklasse oder Standard vergleichbaren Produkten festgestellt¹⁸. Soweit es sich um gebrauchte Sachen handelt, also vor allen Dingen bei Kaufverträgen über schon in Benutzung befindliche Immobilien, ist zusätzlich darauf abzustellen, welche Abnutzung nach der Art der Vornutzung, des Alters usw. erwartet werden kann¹⁹. Dadurch wird vor allen Dingen erreicht, dass Folgen normalen Verschleißes keinen Mangel darstellen²⁰. Die gesetzliche Konzeption bedeutet mithin: Wird im praktisch häufigen Fall des Verkaufes einer seit Jahren in Benutzung befindlichen Immobilie keine Beschaffenheit vereinbart, liegt ein Mangel vor, wenn Grundstück und Gebäude nicht die übliche Beschaffenheit aufweisen, die der Käufer erwarten kann; Verschleiß stellt – nur – einen Mangel dar, wenn er über das nach dem Alter und der Benutzung zu erwartende Ausmaß hinausgeht.

Über die Erwartung des Käufers entscheidet der Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers, der BGH stellt ab auf die objektiv berechnete Käufererwartung²¹.

Auf die Erweiterung der üblichen Beschaffenheit durch Einbeziehung von Werbeaussagen des Verkäufers oder des Herstellers gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 kann hier nur hingewiesen werden.

III. Vertragliche Gestaltung

1. Allgemeine Grundsätze

Die vertragliche Gestaltung der Mängelrechte in einem Grundstückskaufvertrag hat das oben dargestellte Zusammenspiel zwischen den drei Mangelatbeständen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 1), der Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1) und der abgekürzt hier so bezeichneten üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2) zur Grundlage zu nehmen. Dies gilt ganz besonders für die Funktion des Mangelatbestandes der Eignung zur üblichen Verwendung gemäß § 434 Abs. 1

12 S. dazu ausführlich Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 434 Rn. 13 bis 18; PWW/D. Schmidt, (o. Fn. 1), § 434 Rn. 15 bis 27; D. Schmidt, BB 2005, 2763 f.

13 NJW-RR 2003, 1360; ZGS 2005, 315, 316; aus der Literatur U. Huber, AcP 202, 179, 225 bis 229.

14 OLG Saarbrücken 8 U 328/06 – 85 vom 24. Mai 2007 Rn. 13; LG Stendal NotBZ 2006, 289, 290.

15 OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 32; Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 434 Rn. 40.

16 Vgl. PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 43 bis 46 m. ausf. Nachw.

17 Grundlegend Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 123; 233, 235; ferner PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 54.

18 Vgl. als Beispiele aus der Rspr. OLG Düsseldorf NJW 2006, 2858, 2859 f. m. w. N.; OLG Karlsruhe BeckRS 2007 Nr. 11305; OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 1720, 1721 f.; ferner m. w. N. PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 53.

19 Vgl. jeweils für Gebrauchtwagen BGH NJW 2008, 53 Rn. 19; OLG Düsseldorf aaO.; Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 434 Rn. 29; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 53.

20 Siehe die Zitate soeben.

21 BGH NJW 2007, 1351 Rn. 21; OLG München ZGS 2005, 237; Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 434 Rn. 30; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 55.

Satz 2 Nr. 2, dass eine Normalbeschaffenheit der Kaufsache gewährleistet wird, sofern eine Vereinbarung über die Beschaffenheit nicht getroffen ist.

Daraus resultieren folgende Grundsätze:

a) Besonderheiten bei Verbraucherverträgen gemäß § 310 Abs. 3

Zwar ist ein Grundstückskaufvertrag kein Verbrauchsgüterkauf i. S. d. der §§ 474 ff., weil § 474 Abs. 1 S. 1 den Anwendungsbereich auf bewegliche Sache beschränkt. Dennoch muss der Verfasser eines Kaufvertrags zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer, jeweils i. S. d. §§ 13, 14, berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber in gewollter Überschreitung des EU-Rechts die AGB-rechtliche Regelung des § 310 Abs. 3 auch auf Grundstückskaufverträge erstreckt hat²²; dies gilt theoretisch auch für die Veräußerung eines Grundstücks durch einen Verbraucher an einen Unternehmer, praktisch dürfte diese Konstellation kaum Bedeutung haben. Damit unterliegen solche Verbraucherverträge nicht nur unter den in § 310 Abs. 3 geregelten Voraussetzungen, insbesondere der Unmöglichkeit für den Verbraucher, auf den Inhalt Einfluss zu nehmen, weitgehend dem Regime des AGB-Rechts. Zusätzlich ist es möglich, dass die Regeln für eine Umgehung des Verbraucherschutzes, wie sie für den Verbrauchsgüterkauf in der Entwicklung begriffen sind²³, auch auf den Grundstückskauf als Verbrauchervertrag zur Anwendung kommen können. Dies gilt vor allem für den Einsatz von Beschaffenheitsvereinbarungen zur Reduzierung der Anforderung an die Kaufsache, durch die im Ergebnis ein Haftungsausschluss völlig oder weitgehend überflüssig wird. Dieser Gefahr kann der Vertragsverfasser nur begegnen, indem er die Hinweise in den folgenden Erläuterungen zur klaren und unmissverständlichen Formulierung von Beschaffenheitsvereinbarungen bei Verbraucherverträgen besonders ernst nimmt – und strikt darauf achtet, dass die getroffene Beschaffenheitsvereinbarung mit dem übrigen Vertragsinhalt übereinstimmt, da anderenfalls eine Umgehung der Beschränkungen des AGB-Rechts naheliegen kann²⁴.

b) Überblick über den Umfang der Beschaffenheitsvereinbarungen

Die Forderung an den Vertragsverfasser, sich bewusst zu werden, was als Beschaffenheit vereinbart ist, mag zunächst banal erscheinen. Gerade bei Grundstückskaufverträgen ist dies aber – im Gegensatz z. B. zu Verträgen über technische Produkte wie Autos und Maschinen – keinesfalls selbstverständlich. Nach der verbreiteten notariellen Vertragsgestaltung befinden sich Beschaffenheitsvereinbarungen oder Vereinbarungen, die als solche verstanden werden können, an verschiedenen Stellen. Sie beginnen teilweise schon in der Vorbemerkung, wenn die Kaufsache abstrakt beschrieben wird, und setzen sich fort in der Beschreibung der Kaufsache, wenn dort z. B. vermerkt ist, das Grundstück sei mit einem 1937 errichteten Geschäftshaus bebaut, und haben ihren eigentlichen Regelungsschwerpunkt bei der Regelung der Mängelrechte, z. B. wenn dort ausdrücklich festgelegt wird, dass die Nutzfläche 5.780 m² beträgt. In jeder dieser drei Textstellen kann je nach konkreter Formulierung eine Beschaffenheitsvereinbarung liegen. Damit würden für alle diese Regelungskomplexe unabhängig von ihrer Stelle im Vertrag, also zum Beispiel für die Angabe des Errichtungsjahrs bei der Beschreibung der Kaufsache, Mängelrechte

nach den Grundsätzen der Nichteinhaltung einer Beschaffenheitsvereinbarung begründet. Zugleich bestehen die besonderen unten (sub E.I.1.b.) dargestellten Anforderungen an einen Haftungsausschluss, dass dieser auf eine vereinbarte Beschaffenheit nur dann zur Anwendung kommt, wenn dies ausdrücklich so geregelt ist.

Es ist deshalb dringend zu empfehlen, alle derartigen Formulierungen darauf zu prüfen, ob sie wirklich als Beschaffenheit vereinbart werden sollen – oder nicht nur die Kaufsache unverbindlich beschreiben sollen – und, wenn ja, ob sich ein Haftungsausschluss auch auf sie beziehen soll; dann ist dies ausdrücklich zu regeln (siehe unten).

c) Präzise Vereinbarung der vereinbarten Beschaffenheit

Da aufgrund der hierarchischen Struktur des § 434 Abs. 1 die vereinbarte Beschaffenheit eine Sperrwirkung gegenüber den beiden nachrangigen Mängeltatbeständen entfaltet, ist es wichtig, die Beschaffenheit so präzise zu formulieren, dass diese Sperrwirkung auch effektiv entsteht. Im soeben gebrachten Beispiel der Beschreibung eines Gebäudes als „Geschäftshaus“ ist dies möglicherweise nicht erreicht. Es ist hier dringend zu empfehlen, die gewerbliche Nutzung präziser zu beschreiben, z. B. indem die Kaufsache als „Bürogebäude“ beschrieben wird, gegebenenfalls mit der Ergänzung, dass sich im Erdgeschoss Ladenflächen befinden. Nur dann ist sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an ein Geschäftshaus, die die Besonderheiten des Betriebs von Läden berücksichtigen, nicht auf die Büroflächen ausgedehnt werden.

d) Negative Beschaffenheitsvereinbarungen

Die Sperrwirkung einer positiven Beschaffenheitsvereinbarung gewinnt vor allem Bedeutung, wenn die Parteien die Beschaffenheit in bewusster Unterschreitung der üblichen Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 vereinbart haben. Ein Beispiel aus dem Grundstückskaufrecht ist die Vereinbarung eines verglichen mit der Altersklasse schlechten Zustandes des Gebäudes. *Harm Peter Westermann* hat für diese Form der Beschaffenheitsvereinbarung den treffenden Ausdruck „negative Beschaffenheitsvereinbarung“ geprägt²⁵. Voraussetzung für die rechtlich akzeptable Vereinbarung einer solchen negativen Beschaffenheitsvereinbarung ist, dass sie ausreichend deutlich getroffen wird, damit insbesondere dem Käufer der Ersatz der üblichen Beschaffenheit durch die vereinbarte – schlechtere – negative Beschaffenheit deutlich wird. Der Verkäufer muss ansonsten damit rechnen, dass die Unterschreitung des Standards der üblichen Beschaffenheit wegen fehlender Deutlichkeit nicht anerkannt wird, und zwar auch außerhalb von bei Grundstückskaufverträgen ohnehin nicht vorliegenden Verbrauchsgüterkaufverträgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die negative Beschaffenheitsvereinbarung Werbeaussagen des Verkäufers gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 ersetzen soll²⁶.

22 Palandt/Grüneberg (o. Fn. 6), § 310 Rn. 11; PWW/K. P. Berger (o. Fn. 1), § 433 Rn. 6.

23 Vgl. dazu die Wiedergabe des Streitstands bei PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 68; MüKo/Lorenz (o. Fn. 6), § 475 Rn. 8–9 a.

24 Vgl. Text und Nachw. bei Fn. 23; besonders instruktiv MüKo/Lorenz, ebenda.

25 In: Münchener Kommentar (o. Fn. 6), § 434 Rn. 17 a.

26 Vgl. zu dieser Notwendigkeit Glöckler, JZ 2007, 652, 662; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462, 466; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 68; speziell für den Bauträgervertrag und damit übertragbar für den Grundstückskaufvertrag D. Schmidt, ZfIR 2004, 405, 415.

e) Abschließender Charakter der vereinbarten Beschaffenheit

Die gesetzliche Hierarchie und damit der Rangvorrang der Beschaffenheitsvereinbarung zu den anderen Mangelatbeständen beziehen sich ausdrücklich nur auf diejenige Anforderung an die Kaufsache, die Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung ist. Wird also bei einem Geschäftshaus ausdrücklich geregelt, dass der Fahrstuhl defekt ist, wird dem Käufer damit – nur – der Rekurs auf den Mangelatbestand des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 verwehrt, dass ein defekter Fahrstuhl bei einem Bürohaus nicht der üblichen Beschaffenheit entspricht. Dieses Mängelrecht steht dem Käufer aber für andere Mängel, etwa zugige Fenster oder eine defekte Heizung, uneingeschränkt zur Verfügung.

In verschiedenen Fällen, insbesondere bei einer Kaufsache in eher schlechtem Zustand, wird eine solche Kombination aus einer ausdrücklichen negativen Vereinbarung der Beschaffenheit, im Beispiel soeben, dass der Fahrstuhl nicht funktioniert, und einer im Übrigen unbegrenzten Geltung der nachrangigen Mangelatbestände und vor allen Dingen des nachrangigen Mangelatbestandes der üblichen Beschaffenheit dem Willen der Vertragsparteien nicht entsprechen. Für diesen Fall ist es dringend zu empfehlen, auf der Ebene der Beschaffenheitsvereinbarung – also nicht erst auf der nachrangigen Ebene des Ausschlusses der Haftung für Mängelrechte wegen nicht vorliegender Beschaffenheit – ausdrücklich zu regeln, dass die vereinbarte Beschaffenheit abschließend ist, das heißt, dass im Übrigen eine Beschaffenheit nicht vereinbart und auch eine nachrangige, insbesondere übliche Beschaffenheit nicht geschuldet ist. Ob im Einzelfall eine solche abschließende Wirkung der Beschaffenheitsvereinbarung gewollt ist, ist jeweils zu prüfen und vom Rechtsanwalt mit seinem Mandanten und vom Notar mit beiden Parteien zu besprechen.

f) Zur Abgrenzung: Wissenserklärungen des Verkäufers

Die in der Praxis sehr häufige Erklärung des Verkäufers, ihm seien keine Mängel bekannt, stellt keine Beschaffenheitsvereinbarung dar²⁷. Ihre Verletzung führt daher nur dann zu Ansprüchen des Käufers, wenn den Verkäufer insoweit ein Verschulden trifft.

2. Formulierungsbeispiele, besondere Vertragstypen

a) Allgemeine Hinweise für alle Formulierungsvorschläge

Die folgenden Vorschläge berücksichtigen naturgemäß keine Besonderheiten eines konkreten Geschäfts, sondern stellen nur abstrakt dar, wie eine Regelung aussehen kann. Sie entbinden daher nicht von der notwendigen Prüfung des Einzelfalls. Vom Umfang her sind sie relativ ausführlich gestaltet; dabei bin ich mir bewusst, wie es auch meiner eigenen Vertragspraxis entspricht, dass in manchen Standardverträgen kürzere Fassungen mehr dem Willen der Parteien entsprechen. Die hier mitgeteilte ausführlichere Form gibt dann nur eine Orientierung, wie ein „Kurztext“ aussehen kann.

b) Präzise Beschreibung der Beschaffenheit

Soll die Nutzung der Kaufsache präzise vereinbart werden, empfiehlt es sich, die Beschaffenheit gegebenenfalls geschossweise oder für Teilflächen des Grundstücks möglichst präzise niederzulegen. Ein Beispiel:

„Das Grundstück ist in seiner südöstlichen Teilfläche, dargestellt im als *Anlage ...* beigefügten Lageplan, mit einem Geschäftshaus bebaut, zu dessen Beschaffenheit vereinbart wird: Das Erdgeschoß wird als Ladenflächen zusammen mit den dazu gehörigen Nebenräumen wie Teeküche, kleine Lagerflächen, usw., genutzt; für die Nutzung im Einzelnen wird auf den als *Anlage ...* beigefügten Lageplan verwiesen. Die Obergeschosse 1 bis 4 werden als Büroflächen gemäß den als *Anlage ...* beigefügten Lageplänen genutzt. Das Dachgeschoss dient gemäß dem als *Anlage ...* beigefügten Lageplan nur als Lagerfläche. Die übrige nicht bebaute Teilfläche des Grundstücks wird gemäß dem als *Anlage ...* beigefügten Lageplan als Parkplatz bzw. als Grünfläche und für Zufahrtswege benutzt...“

Wie genau die Einstandspflicht des Verkäufers für diese Nutzung geregelt wird, hängt vom Einzelfall ab. Die beiden Extrembeispiele sind:

(1) Einstandspflicht des Verkäufers für die Nutzung:

„Die Vertragsparteien vereinbaren als Beschaffenheit die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der vorstehend niedergelegten Nutzung des Gebäudes, soweit dieser Nutzung nicht aus der Person des jeweiligen Mieters oder Nutzers resultierende Gründe entgegenstehen. Maßstab für die Zulässigkeit der Nutzung ist der Zeitpunkt (alternativ: der Beurkundung/der Übergabe/für den Verkäufer deutlich weniger zu empfehlen: zu jedem Zeitpunkt, zu dem nicht verjährte Mängelrechte ausgeübt werden können).“

oder

(2) Ausschluss einer weitergehenden Einstandspflicht des Verkäufers:

„Die vorstehende Beschreibung der Nutzung des Kaufgegenstandes stellt eine Vereinbarung der Beschaffenheit insoweit dar, als die Vertragsparteien damit festlegen, wie der Kaufgegenstand derzeit tatsächlich genutzt wird. Sie vereinbart nicht die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes im Hinblick darauf, dass diese Nutzung jetzt oder in Zukunft rechtlich, insbesondere öffentlich-rechtlich zulässig oder tatsächlich möglich ist. Der Verkäufer erklärt insoweit nur, dass ihm nicht bekannt ist, dass der derzeit ausgeübten Nutzung rechtliche Bedenken welcher Art auch immer entgegenstehen. Er hat insoweit den Käufer auf die Möglichkeit verwiesen, selbst Erkundigungen bei den zuständigen Behörden vorzunehmen...“

Zur Bedeutung der Erklärung des Verkäufers, ihm seien keine Mängel bekannt, s. oben (sub C.III.1.f.).

c) Besondere Formen von Beschaffenheitsvereinbarungen

aa) Flächenmaß von Grundstücken

Bei Flächenangaben zu Grundstücken sollte ausdrücklich klargestellt werden, ob nur der Grundbuchinhalt referiert oder die Größe des Grundstücks als Beschaffenheit vereinbart wird. Dies gilt erst recht für Teilflächen. Dann ist abzugrenzen zwischen der Angabe der Größe als Richtlinie für den Vermesser und der Vereinbarung der Beschaffenheit, dass die abzutrennende Teilfläche – wenigstens oder in jedem Fall (?) – eine bestimmte Größe hat. Denkbare Formulierungen sind:

(1) Ausschluss einer Einstandspflicht des Verkäufers:

„Ein bestimmtes Flächenmaß wird nicht vereinbart.“

Mögliche Ergänzung bei Teilflächenverkauf:

„Die Angabe der Größe der Teilfläche von ... m² dient nur zur Orientierung des Vermessers und stellt keine Vereinbarung eines Flächenmaßes dar.“

oder

(2) Einstandspflicht des Verkäufers:

„Die abzutrennende Teilfläche hat wenigstens eine Größe von 10.500 m² zu haben. Wird diese Größe nicht erreicht, vereinbaren die Vertragsparteien, dass sich der Kaufpreis für jeden fehlenden m² um EUR ... reduziert. Wird eine Größe von 9.500 m² unterschritten, ist der Käufer zum Rücktritt von diesem Kaufvertrag berechtigt. In diesem Fall hat der Verkäufer die Kosten der Beurkundung und Rückabwicklung dieses Kaufvertrages zu tragen, soweit sie dem Käufer nicht anderweitig erstattet werden; weitere Ansprüche des Käufers insbesondere auf Erfüllung und Schadensersatz sind ausgeschlossen.“

²⁷ OLG Karlsruhe MittBayNot 2005, 401, 402; Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 434 Rn. 69; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 31.

bb) Angaben von Gebäudeflächen

Für Gebäudeflächen müssen sich die Vertragsparteien bewusst sein, dass es sowohl für Wohnflächen als auch für Nutzflächen gewerblicher Gebäude keine verbindliche Flächendefinition nach dem BGB gibt²⁸. Die Methode der Flächenberechnung, zum Beispiel für Wohnflächen nach der DIN 277 oder Wohnflächenverordnung und für Büroflächen nach der Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum „gif“ (MF-G), Stand November 2004, der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e. V., ist daher im Kaufvertrag präzise anzugeben. Speziell bei atypischer Gestaltung von Hauptnutzflächen, zum Beispiel große Terrassen, Dachschrägen, usw., kann es sich empfehlen, für diese Flächen in Klarstellung oder Änderung des Flächenmaßstabes die Flächenberechnung ausdrücklich im Vertrag vorzugeben.

cc) Beschreibung der Nutzung

In vielen Verträgen reichen zur Beschreibungen der Nutzung allgemein verständliche Begriffe wie Wohnhaus oder Bürogebäude aus. Ist eine nähere Definition erforderlich, wie insbesondere bei Flächen zur gewerblichen und industriellen Nutzung, die nicht derart auf die Nutzung als Büro beschränkt sind, ist es vielfach empfehlenswert, auf die Baunutzungsverordnung²⁹ Bezug zu nehmen. Geschieht dies, sollte jeweils klargestellt werden, welche Fassung der Baunutzungsverordnung gilt und ob Änderungen der Baunutzungsverordnung zu einer Änderung des Maßstabes führen sollen. Der Verkäufer wird häufig ein Interesse daran haben, dass die Definitionsvorgabe der Baunutzungsverordnung fix ist, das heißt die Verweisung auf sie statisch erfolgt, während es speziell bei Kaufverträgen über Grundstücke, die erst in der Zukunft bebaut werden sollen, dem Käufer auf eine dynamische Verweisung ankommen dürfte.

Bei bestimmten Nutzungen sind genauere Vereinbarungen dringend zu empfehlen, z. B. bei Ladengeschäften die genaue Angabe zu den einzelnen Flächenarten wie Verkaufsflächen, Nebenflächen wie Teeküche, Lagerflächen.

dd) Bauerwartungsland

Der Verkauf eines Grundstücks als „Bauerwartungsland“ ist ausdrücklich so zu regeln. Zugleich sollten sich die Vertragsparteien bewusst sein, was sie damit vereinbart haben: Nach richtigem Verständnis ist die Vereinbarung der Anforderung als Bauerwartungsland eine Beschaffenheitsvereinbarung³⁰ mit folgendem Inhalt: Die Parteien vereinbaren damit, dass nach dem Erkenntnisstand zum Zeitpunkt des Vertragschlusses das Grundstück Bauland werden kann, aber nicht muss. Dies bedeutet, dass das Risiko des Nichteintritts der Bebaubarkeit grundsätzlich beim Käufer liegt. Es trifft aber den Verkäufer, wenn beim Vertragsschluss Umstände vorlagen, nach denen klar war, dass die Chance des Eintritts der Bebaubarkeit überhaupt nicht bestand, zum Beispiel weil schon ein Bebauungsplan aufgestellt war, der die Bebaubarkeit ausschloss. Da es sich um eine Beschaffenheitsvereinbarung handelt, kommt es auf die Kenntnis des Verkäufers von diesem Umstand nicht an.

d) Umfassende Festlegung der Beschaffenheit unter gleichzeitiger Regelung, dass eine weitere Beschaffenheit nicht geschuldet ist.

Oftmals wird es dem Willen der Vertragsparteien entsprechen, dass nur bestimmte Anforderungen an die Kaufsache als Beschaffenheit vereinbart und im Übrigen keine Mängelrechte aus Fehlen der Beschaffenheit bestehen sollen, und zwar auch nicht, aus Fehlen der üblichen Beschaffenheit. Dann kann etwa folgende Bestimmung getroffen werden:

„Die in dieser Urkunde enthaltenen Vereinbarungen der Beschaffenheit, insbesondere in den §§ ... zu ..., sind abschließend. Die Vertragsparteien stimmen überein, dass darüber hinausgehend keine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes mit welchem Inhalt auch immer vereinbart worden ist. Sie stimmen weiter darin überein, dass auch außerhalb einer Beschaffenheitsvereinbarung keine bestimmte Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, insbesondere keine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes im Sinne einer Eignung zur vorausgesetzten Verwendung gemäß § 434 Abs. 2 Nr. 1 und im Sinne einer üblichen Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB geschuldet ist. Eine vom Verkäufer geschuldete Beschaffenheit ergibt sich außerhalb der Regelung von Satz 1 auch nicht aus sonstigen dem Verkäufer vom Käufer übergebenen Unterlagen, wie zum Beispiel Die Vertragsparteien treffen diese abschließende Vereinbarung der Beschaffenheit im Hinblick darauf, dass der Verkäufer dem Käufer ausreichend Gelegenheit zur Untersuchung der Kaufsache gab. Die vorstehenden Bestimmungen gelten für alle Anforderungen an die Kaufsache, die als Beschaffenheit vereinbart werden können, sie gelten insbesondere auch im Hinblick auf die Ertragsfähigkeit der Kaufsache.“

e) Vereinbarung zur Grundstücksbeschaffenheit

In Grundstückskaufverträgen werden Vereinbarungen zur Beschaffenheit von Grund und Boden unter zwei Zielrichtungen getroffen, die Eignung von Grund und Boden für Bebaubarkeit und die Freiheit von Altlasten. Die dazu sinnvollen Vereinbarungen sind so vielfältig, dass hier nur ganz wenige Beispiele gegeben werden können.

(1) Zuweisung der Bebaubarkeit in die Verantwortung des Käufers:

„Eine Beschaffenheit von Grund und Boden, die eine Bebaubarkeit des Grundstücks zu welchem Zweck auch immer gestattet, wird nicht vereinbart. Der Verkäufer gab insoweit dem Käufer Gelegenheit, Bodenuntersuchungen zur Feststellung der Eignung des Grund und Bodens für die Bebauung durchzuführen.“

oder

(2) Eingeschränkte Einstandspflicht des Verkäufers für die Bebaubarkeit:

„Die Vertragsparteien vereinbaren als Beschaffenheit des Grund und Bodens, dass das in *Anlage ...* zu diesem Kaufvertrag beschriebene Bauvorhaben vom Käufer durchgeführt werden kann, ohne dass über die Üblichkeit hinausgehende Kosten für die Verdichtung des Baugrunds, die Fundamentierung, die Statik usw. entstehen. Insbesondere vereinbaren die Vertragsparteien, dass das Grundstück nicht vor allem als Deponie nachträglich aufgefüllt ist, dass es nicht in einem Gebiet liegt, bei dem das Grundwasser einen Grundwasserstand von ...m unter der Erdoberfläche übersteigt und dass es nicht in einem – auch früheren – Bergbaugebiet liegt. Sie vereinbaren ferner, dass Grund und Boden nicht durch einzelne Linien extrem festen Gesteins wie Granit in der Bebaubarkeit erschwert ist. Sollte diese Beschaffenheitsvereinbarung nicht eingehalten werden, trifft ein daraus resultierender zusätzlicher Aufwand bis zu einer Höhe von EUR ... den Käufer, ein darüber hinausgehender Aufwand bis zu einer Höhe von EUR ... den Verkäufer. Überschreitet der zusätzliche Aufwand den zuletzt genannten Betrag von EUR ..., ist der Käufer berechtigt, zur Vermeidung einer weiteren Kostenbelastung vom Grundstückskaufvertrag zurückzutreten; in diesem Fall sind die Ansprüche des Käufers beschränkt auf Ersatz der Beurkundungs- und Abwicklungskosten dieses Vertrages sowie der Baukosten, die der Käufer aufgewandt hat; Planungs- und sonstige so genannte weiche Kosten wie Finanzierungs- und Beraterkosten werden aber nur bis zu einem Betrag von EUR ... ersetzt; eigene Aufwendungen des Käufers sind nicht ersatzfähig. Der Verkäufer kann den Rücktritt des Käufers abwenden, wenn er erklärt, die überschreitenden Beseitigungskosten selbst zu tragen.“

28 S. nur D. Schmidt, ZfIR 2004, 405, 411 m. w. N. in Fn. 36, 37.

29 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1990, zuletzt geändert durch Gesetz 22. April 1993.

30 So Wolf/Kaiser DB 2002, 411, 414; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 434 Rn. 27; aber wohl nicht unstrittig.

(3) Altlasten – weitgehender Ausschluss der Haftung bei bebautem Grundstück:

„Die Vertragsparteien vereinbaren als Beschaffenheit, dass schädliche Bodenveränderungen und Altlasten i. S. v. § 2 BBodSchG nicht dazu führen, dass öffentlich-rechtlich eine Pflicht zur Sanierung besteht und eine auf Sanierung gerichtete bestandskräftige Verfügung der zuständigen Behörde ergangen ist oder ergeht. Ansonsten wird eine Beschaffenheit im Hinblick auf die Freiheit des Grund und Bodens von schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten im Hinblick darauf nicht vereinbart, dass das Kaufgrundstück weitgehend bebaut ist und der Verkäufer dem Käufer Gelegenheit gab, Altlastenuntersuchungen anzustellen.“

oder

(4) Altlastenklausel mit Verpflichtung des Verkäufers zur Kostenübernahme

„Die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Kaufgegenstand keine schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten i. S. v. § 2 BBodSchG (Altlasten) aufweist, die der vom Käufer beabsichtigten Nutzung gemäß *Anlage* ... entgegen stehen. Altlasten, die einer davon abweichenden Nutzung entgegenstehen, führen nicht zu einer Verletzung dieser Beschaffenheitsvereinbarung. (Hinweis: Alternativ können vereinbart werden: eine „Altlastenklasse“ gemäß einer Klassifizierung von Altlasten – z. B. Holland-Liste – oder die Einhaltung von Maßnahmewerten nach Anhang 2 der Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) vom 12. Juli 1999, zuletzt geändert durch Verordnung vom 23. Dezember 2004). Ansprüche aus dieser Beschaffenheitsvereinbarung kann der Käufer ausschließlich wie folgt geltend machen: Er hat vor Beginn des Bodenaushubs (alternativ: begleitend zum Bodenaushub) Untersuchungen auf Altlastenfreiheit durch den von den Vertragsparteien gemeinsam festgelegten Sachverständigen ... (alternativ: Festlegung durch spätere Einigung, bei Nichteinigung durch die Industrie- und Handelskammer) vornehmen zu lassen. Soweit keine Altlasten festgestellt werden, treffen die Untersuchungskosten den Käufer. Führen die Untersuchungen zum Ergebnis, dass Altlasten vorliegen, die entweder beseitigt werden müssen, damit ein vertragsgemäßer Zustand erreicht wird, oder die im Rahmen des erforderlichen Bodenaushubs zu erhöhten Deponiekosten führen, gilt folgende Kostenregelung: Die Kosten des Sachverständigen tragen Verkäufer und Käufer im Verhältnis ... zu Ein erster Beseitigungsaufwand bis zu einer Höhe von EUR ... trifft den Käufer. Ein anschließender Beseitigungsaufwand bis zu einer Höhe von EUR ... ist dem Käufer vom Verkäufer zu erstatten. Bei der Feststellung des Beseitigungsaufwands werden Aufwendungen, die den Käufer in jedem Fall getroffen hätten (Sowieso-Kosten), nicht berücksichtigt. Überschreitet der Beseitigungsaufwand den zuletzt genannten Betrag von EUR ... ist der Käufer berechtigt, vom Kaufvertrag zurückzutreten. Der Verkäufer kann den Rücktritt abwenden, wenn er erklärt, den überschreitenden Beseitigungsaufwand selbst zu tragen.“

In den Beispielen oben sind die Modalitäten der Erklärung und Durchführung des Rücktritts noch auszuformulieren.

f) Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Nutzung

Verhandlungsschwerpunkt in vielen Grundstückskaufverträgen sind Regelungen zur öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit der Nutzung, wobei hier zu unterscheiden ist zwischen der Zulässigkeit gemäß der Baugenehmigung und eventuell erforderlichen besonderen Genehmigungen.

(1) Aus Sicht des Verkäufers sind Regelungen, dass die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Nutzung als Beschaffenheit vereinbart wird, nur zu empfehlen, wenn es sich um ein überschaubares Gebäude mit überschaubaren Nutzungsverhältnissen handelt, also z. B. bei einem Einfamilienhaus. Dann kann zum Beispiel geregelt werden:

„Die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Nutzung des Kaufgrundstücks und des darauf errichteten Gebäudes als Wohnhaus ist als Beschaffenheit vereinbart.“

(2) Bei komplizierteren Bauvorhaben empfiehlt es sich für den Verkäufer, die Nutzungsanforderungen restriktiver zu regeln und den Käufer im Übrigen auf eine eigene Untersuchung festzulegen. Eine solche Bestimmung kann etwa so lauten:

„Die Vertragsparteien vereinbaren zur öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit der Nutzung der Kaufsache, dass die Nutzung im derzeitigen Umfang den zuständigen Behörden keine Grundlage zu Eingriffen gewährt, die zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Nutzung in ihrem derzeitigen Umfang führen. Die vorstehende Beschaffenheitsvereinbarung gilt nicht für die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit von Nutzungen, die einer besonderen öffentlich-rechtlichen vom Nutzer einzuholenden Genehmigung bedürfen, wie zum Beispiel Gaststättenerlaubnisse; sie gilt ferner nicht für alle Maßnahmen, die dritte Nutzer vorgenommen haben, wie zum Beispiel Mieterausbauten.“

Hinweis: Je nach Einzelfall kann es sich empfehlen, die „Wesentlichkeit“ näher zu definieren.

g) Klauseln zur Vermietung und zu den Mieterträgen der Kaufsache

Bei allen Kaufverträgen, in denen die Kaufpreisbestimmung zwischen Verkäufer und Käufer entscheidend auf den Einnahmen aus der Kaufsache gemäß den nach dem Kaufvertrag abgeschlossenen oder abzuschließenden Mietverträgen basiert, sind ausführliche Bestimmungen zu den Mängelrechten des Käufers für den Fall notwendig und üblich, dass die Vermietungssituation nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Hierzu hat es sich eingebürgert, die einzelnen Umstände, für die der Verkäufer einstandspflichtig sein soll, separat aufzulisten. Eine solche Bestimmung kann beliebig ausführlich sein; das folgende Beispiel beansprucht keine Vollständigkeit und für den Einzelfall passende Auswahl aus den möglichen Klauseln:

„Da die vertragliche Vereinbarung des Kaufpreises zwischen Verkäufer und Käufer wesentlich auf den Mieteinnahmen aus der Vermietung der Kaufsache gemäß den derzeit bestehenden, dem Käufer vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Mietverträgen beruht, vereinbaren die Vertragsparteien im Hinblick auf die Vermietung der Kaufsache und die daraus resultierenden Einnahmen folgende Beschaffenheit:

- (1) Sämtliche über die Kaufsache geschlossenen Mietverträge mit allen Nachträgen sind in Anlage ... richtig und vollständig aufgelistet.
- (2) Die sich aus Anlage ... ergebenden Mietverträge und Nachträge erfüllen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB.
Alternativ: Dem Verkäufer ist nicht bekannt, dass gegen die Vereinbarkeit der in Anlage ... aufgelisteten Mietverträge und Nachträge mit der Schriftformklausel des § 550 BGB Bedenken bestehen, insbesondere, dass Mieter solche Bedenken erhoben haben.
- (3) Dem Verkäufer ist nicht bekannt, dass ein Mieter Mietverträge gekündigt hat, von ihnen zurückgetreten ist oder sonst die Wirksamkeit bestritten hat. Ebenso wenig hat der Verkäufer selbst entsprechende Maßnahmen ergriffen.
- (4) Vorausverfügungen über Ansprüche auf Miete sowie vom Mieter an den Vermieter gewährte Darlehen bestehen nicht.
- (5) Es bestehen nur die in Anlage ... ausdrücklich aufgeführten Miet- und Nebenkostenrückstände, Erklärungen bzw. Praktizierung von Mietminderungen, Zahlungen von Mieten unter Vorbehalt.
- (6) Prozesse mit Mietern unter Einschluss von angekündigten Prozessen sind abschließend in Anlage ... aufgeführt.
- (7) Sämtliche von den Mietern gestellte Mietsicherheiten sind in Anlage ... aufgeführt; diese Mietsicherheiten wurden nur in Anspruch genommen, wenn dies in Anlage ... aufgeführt ist.
- (8) Die Mieter haben die in Anlage ... aufgelisteten Zahlungen aus Mieten und Nebenkosten für die Kalenderjahre ... und ... erbracht; dabei meint Zahlungen „für die Kalenderjahre“, dass es sich um das jeweilige Kalenderjahr geschuldete Zahlungen handelt unabhängig davon, wann diese Zahlungen geleistet wurden.
- (9) Im Hinblick auf geleistete Nebenkostenabrechnungen hat der Verkäufer nur die in Anlage ... enthaltenen Widersprüche und Forderungen auf Rückzahlung erhalten.

D. Garantien

I. Zur Rechtslage

1. Rechtslage

Trotz der ausdrücklichen Regelung von Garantien in § 443 und ihrer Erwähnung zum Beispiel in der gesetzlichen Regelung des Haftungsausschlusses in § 444 hat es Grundlage für die Arbeit mit Garantien zu sein, dass es keine verbindliche Definition der Garantie gibt. Insbesondere lassen sich § 443 Voraussetzungen und Inhalt einer Garantie nicht präzise entnehmen³¹.

³¹ S. zur gesetzlichen Regelung und deren Kritik PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 443 Rn. 7–12.

2. Anwendungsbereich von § 443 BGB

Bei der Formulierung von Garantien ist zu beachten, dass die folgenden Grundsätze zu § 443 nach dessen Anwendungsbereich ausschließlich für Garantien zur Beschaffenheit der Sache und zur Haltbarkeit gelten, mithin nicht für Rechtsmängel und auch nicht für Einstandspflichten des Verkäufers, die nicht mehr unter den weiten Beschaffenheitsbegriff fallen, etwa auf eine Garantie, dass ihm bestimmte Umstände nicht bekannt sind. Für diese Garantien gilt ausschließlich § 311³².

3. Anforderungen an eine Garantie

Der entscheidende Unterschied zwischen einer bloßen Vereinbarung der Beschaffenheit und einer Garantie liegt in Folgendem: Die Vereinbarung der Beschaffenheit drückt nur die Einigung der Vertragsparteien aus, welche Anforderungen die Kaufsache für eine vertragsgemäße Lieferung zu erfüllen hat. Darüber hinaus enthält sie keine Erklärung der Einstandspflicht des Verkäufers, vielmehr resultiert diese allein daraus, dass bei nicht vertragsgemäßer Lieferung die gesetzlichen bzw. vertraglichen Mängelrechte zur Anwendung kommen. Demgegenüber ist für die Garantie charakteristisch, dass der Verkäufer seine Einstandspflicht für das Vorhandensein der Beschaffenheit und für die Folgen bei deren Fehlen erklärt; dazu muss er wenigstens eine Zusicherung i. S. d. § 459 Abs. 2 a. F. abgeben³³.

Dies bedeutet, dass eine Garantie zwar nicht notwendig die Verwendung des Begriffs „Garantie“ voraussetzt³⁴, die Erklärung des Verkäufers aber deutlich über die bloße Vereinbarung einer Beschaffenheit hinausgehend eine Einstandspflicht beinhalten muss. Allerdings sollte sich der Verfasser eines Kaufvertrages bewusst sein, dass die Rechtsprechung bei besonders wichtigen Wert bildenden Charakteristika, jedenfalls bei gewerblichen Verkäufen, die Erklärung einer solchen Einstandspflicht aus der bloßen Angabe dieser besonders charakteristischen Eigenschaft annimmt, so entschieden bei Gebrauchtwagen für Unfallfreiheit³⁵ und Gesamtfahrleistung³⁶. Es ist bisher nicht entschieden, sondern bleibt der juristischen Phantasie des Rechtsanwenders überlassen, ob diese Rechtsprechung auf vergleichbare Anforderungen an andere Kaufsachen ausgedehnt werden wird; bei Grundstücken könnte gedacht werden an Äußerungen des Verkäufers zur Freiheit von Schwamm oder Hausbockbefall und ähnlich gravierenden Baumängeln³⁷ oder dem Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes.

Wird die Garantie, wie beim Grundstücksverkauf eher selten, aber durchaus vorstellbar, von einem Dritten abgegeben, reicht die soeben dargestellte Erklärung der Einstandspflicht. Bei der Garantie des Verkäufers selbst ist zusätzlich erforderlich, dass eine Rechtsfolge garantiert wird, die über die gesetzlichen Voraussetzungen des Mängelrechts hinausgeht³⁸. Eine solche Verschärfung der gesetzlichen Haftung bezieht sich oft auf das Verschulden; dies ist aber keinesfalls zwingend, im Gegenteil ist mit der Annahme einer verschuldensunabhängigen Haftung Vorsicht geboten³⁹.

Die Garantie kann sich abseits vom Verschulden zum Beispiel auf eine Verlängerung der Verjährungsfrist oder auch darauf beziehen, dass im Falle eines Mangels der Verkäufer dem Käufer besondere Rechte gewährt, etwa bei einem Mietausfall in Folge eines Mangels eine pauschalierte Zahlung eines garantierten Schadensersatzes stattfindet.

4. Differenzierung zwischen selbständigen und unselbständigen Garantien

In der Kautelarpraxis spielt die Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Garantien eine entscheidende Rolle.

Die unselbständige Garantie ist dadurch gekennzeichnet, dass die Garantie auf dem gesetzlichen Mängelrecht aufsetzt und unter einem oder mehreren bestimmten Aspekten eine verschärfte Einstandspflicht begründet. Konsequenz aus diesem gesetzlich basierten Charakter ist, dass die unselbständige Garantie grundsätzlich dem Mängelrecht unterliegt⁴⁰ und daher insbesondere gemäß § 438 verjährt⁴¹.

Demgegenüber ist eine selbständige Garantie dadurch charakterisiert, dass sie eine vom Kaufvertrag unabhängige ausschließlich auf der Garantierklärung basierende Verpflichtung begründet. Daher gilt für die selbständige Garantie das gesetzliche Mängelrecht nicht ohne Weiteres, insbesondere unterliegt die Verjährung nicht § 438, sondern den allgemeinen Vorschriften der §§ 195 ff.⁴²

Ungeachtet der Gebräuchlichkeit dieser Differenzierung hat die Vertragsformulierung bedauerlicherweise zum Ausgangspunkt zu haben, dass die Anwendbarkeit von § 443 auf selbständige und unselbständige Garantie vollständig umstritten ist und insbesondere keine Klarheit besteht, ob § 443 nur auf selbständige oder nur auf unselbständige Garantien Anwendung findet oder ob es auf diese Differenzierung überhaupt nicht mehr ankommt⁴³. Daraus folgt die kautelarjuristische Notwendigkeit, für eine Garantie jeweils ausdrücklich zu regeln, ob sie selbständig oder unselbständig ist.

II. Vertragliche Gestaltung, Formulierungsbeispiele

Garantien werden bei Grundstückskaufverträgen vor allen Dingen in zwei Zusammenhängen eingesetzt: In „normalen“ Grundstückskaufverträgen werden Garantien bei grundsätzlicher Regelung der Einstandspflicht des Verkäufers durch Beschaffenheitsvereinbarungen für einzelne, nach dem Willen der Vertragsparteien besonders wichtige Charakteristika gewählt, zum Beispiel für Ertrag bildende Faktoren wie bestimmte Angaben zu Mietverhältnissen oder eine bestimmte öffentlich-rechtliche Nutzbarkeit des Grundstücks.

32 BT-Drucksache 14/1752, S. 184; Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 443 Rn. 7; Grützner/Schmidl NJW 2007, 3610, 3612.

33 BGHZ 170, 86 Rn. 20; OLG Rostock NJW 2007, 3290.

34 AG Menden NJW 2006, 638; Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 443 Rn. 11.

35 LG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1368.

36 OLG Koblenz NJW 2004, 1670 f.; OLG Rostock NJW 2007, 3290; zustimmend Muthers/Ulbrich, ZGS 2004, 289, 290 f.; anders bei einem privaten Verkäufer: BGHZ 170, 86 Rn. 24-26; dazu a. A. LG Kleve NJW-RR 2005, 422.

37 Vgl. die gefestigte Rspr. zur Aufklärungspflicht gemäß § 123 für derart gravierende Baumängel, s. Palandt/Heinrichs/Ellenberger (o. Fn. 6), § 123 Rn. 8; PWW/Ahrens (o. Fn. 1), § 123 Rn. 17.

38 Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB-Kommentar, Bearbeitung 2004, § 443 Rn. 17; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 443 Rn. 15.

39 So BGHZ 170, 86 Rn. 20 f.; OLG Rostock NJW 2007, 3290; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 443 Rn. 15; Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 443 Rn. 30, 35, a. A. (Garantie immer verschuldensunabhängig): Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 443 Rn. 9.

40 PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 443 Rn. 12; Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 443 Rn. 28; Müko/Westermann (o. Fn. 6), § 443 Rn. 22.

41 Insoweit a. A. Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 443 Rn. 15; Grützner/Schmidl NJW 2007, 3613, 3614.

42 Grützner/Schmidl, NJW 2007, 3610, 3612; Stadler, CR 2006, 77, 79; zum alten Kaufrecht: BGH WM 1977, 365, 366.

43 Vgl. die Darstellung der völlig unübersichtlichen Diskussion bei PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 443 Rn. 9.

Bei großen, inzwischen auch in Deutschland häufiger vorkommenden Transaktionen wird vielfach analog zu Unternehmenskaufverträgen das Mängelrecht in Umsetzung anglo-amerikanischer Vertragsgestaltung gänzlich oder weitgehend einem Regime aus Garantien unterstellt. Welcher Weg auch immer gewählt wird, es ist unbedingt zu empfehlen, klarzustellen, ob Garantien unselbständig oder selbständig gegeben werden und, vorsorglich auch für unselbständige Garantien, die Rechtsfolgen abschließend zu bestimmen, wobei dies teilweise durch einen Verweis auf das gesetzliche Mängelrecht geschehen kann.

Im Folgenden zwei Beispiele:

(1) Unselbständige Garantie für die Ertragsfähigkeit eines Gebäudeteils:

„Die Vertragsparteien vereinbaren als Beschaffenheit für den Gebäudeteil C, definiert durch die als Anlage ... beigefügten Lagepläne, dass der Verkäufer die Mietvertragsverhandlungen mit ... bis zwei Monate nach Übergabe, spätestens bis ... dergestalt zum Abschluss bringt, dass der als Anlage ... beigefügte Mietvertrag geschlossen wird. Über diesen Mietvertrag haben sich Verkäufer und Mieter schon jetzt vorläufig geeinigt, wie sich aus dem als Anlage ... beigefügten Letter of Intent ergibt, dem ein paraphiertes Exemplar des Mietvertrages angefügt ist. Für den Fall, dass dieser Mietvertrag nicht rechtzeitig zum Abschluss kommt, verpflichtet sich der Verkäufer im Wege der unselbständigen Garantie, dem Käufer die vom Mieter bei rechzeitigem Abschluss des Mietvertrages ... für den Gebäudeteil C geschuldete Miete und Nebenkosten nach Übergabe für einen Zeitraum von maximal ... Monaten, deren Höhe sich aus den Bestimmungen des als Anlage ... beigefügten Mietvertrages ergibt, zu zahlen. Die Zahlungspflicht des Verkäufers erlischt, sobald der Mieter ... aufgrund des verspätet zustande gekommenen Mietvertrages zur Zahlung von Miete und Nebenkosten verpflichtet ist. Für diese unselbständige Garantie gelten die Bestimmungen des gesetzlichen Mängelrechts mit der Einschränkung, dass die gemäß § 438 BGB zu berechnende Verjährungsfrist ... Monate beträgt. Die Vertragsparteien stellen klar, dass sich diese Garantie nur auf den Abschluss des Mietvertrages mit dem Mieter ... bezieht, dass sie mit hin nicht gegeben wird im Hinblick auf die Zahlung der Miete durch den Mieter nach Abschluss des Mietvertrages unabhängig davon, aus welchem Grund die Zahlung durch den Mieter nicht erfolgt; insbesondere übernimmt der Verkäufer keine Garantie oder sonstige Haftung für die Solvenz des Mieters.“

(2) Beispiel für eine selbständige Garantie, die sich bezieht auf einen Beschaffenheitskatalog:

„Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die in den §§ ... – ... vereinbarten Beschaffenheiten ihre Grundlage in einer vom Verkäufer gewährten selbständigen Garantie haben. Für diese Garantie gelten daher vorrangig die nachstehenden Bestimmungen; das gesetzliche Mängelrecht findet nur insoweit Anwendung, wie nachstehend keine besondere oder abweichende Regelung vereinbart ist:

- (1) Die Haftung des Verkäufers für die selbständigen Garantien erfolgt ohne Rücksicht auf Verschulden, soweit nicht in der Formulierung der Beschaffenheitsvereinbarungen an ein Verschulden oder eine Kenntnis des Verkäufers angeknüpft wird.
- (2) Die Garantien sind grundsätzlich unbegrenzt. Für die nachstehend aufgeführten Garantien gelten aber folgende Höchstsummen der Haftung des Verkäufers:
– ...
– ...
- (3) Für das Recht des Käufers, Schadensersatz aus den Garantien geltend zu machen, gelten die Grundsätze des gesetzlichen Mängelrechts entsprechend, das heißt, der Käufer hat dem Verkäufer insbesondere im Umfang des gesetzlichen Mängelrechts vorrangig Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben.
- (4) Gegebenenfalls Regelung zur absoluten Haftungsbegrenzung (cap).
- (5) Ein Rücktrittsrecht des Käufers ist in jedem Fall ausgeschlossen.
- (6) Ansprüche aus den vorstehend geregelten Garantien verjähren in einer Frist von ... Jahren; die Frist berechnet sich entsprechend § 438 BGB.“

E. Haftungsausschluss

Aus den Ausführungen zur Beschaffenheit unter C. ergibt sich, dass bei einer richtigen und umfassenden Formulierung von Beschaffenheitsvereinbarungen, insbesondere negativen Beschaffenheitsvereinbarungen, die Bedeutung von Haftungsausschlüssen zurückgeht. Bei einer vernünftigen Vertragsgestaltung werden Sachverhalte, in denen eine Haftung des Verkäufers nach der Vereinbarung zwischen den

Vertragsparteien nicht stattfinden soll, primär auf der Ebene der Beschaffenheitsvereinbarung geregelt. Der Haftungsausschluss erfolgt dann nur noch sekundär im Sinne einer Auffangregelung⁴⁴.

I. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit

a) Generelle Grenze

Ein Haftungsausschluss muss im konkreten Fall zulässig sein. Bei Grundstückskaufverträgen gelten dabei auch die sich aus § 310 Abs. 3 für Verbraucherverträge ergebenden Grenzen (s. oben C.III.1.a.). Ansonsten kommt wegen der Unanwendbarkeit des Rechts für den Verbrauchsgüterkauf (s. ebenda) noch die Grenze der Rechtsprechung in Betracht, dass bei Kaufverträgen über neu errichtete Häuser und Wohnungen, wobei „neu“ im Sinne der oben (sub B.II.) dargestellten Rechtsprechung zu verstehen ist, der Vertragscharakter nicht durch einen Haftungsausschluss denaturiert werden darf⁴⁵.

Über diese Rechtsprechung hinausgehend sollte vor allem der Notar im Rahmen seiner Belehrungspflichten davon ausgehen, dass rechtliche Bedenken gegen einen Haftungsausschluss auch sonst bestehen können, zum Beispiel, wenn eine Immobilie zwar nicht mehr neu ist, aber als neuwertig verkauft wird, oder wenn eine Immobilie im Hinblick auf ihre Ertragskraft verkauft wird, und trotzdem in beiden Fällen der Verkäufer die Haftung vollständig ausschließt.

b) Spezielle Grenze für die vereinbarte Beschaffenheit

In einer aktuellen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass ein Haftungsausschluss, und zwar auch, wenn er individuell vereinbart ist, nicht für eine vereinbarte, sondern nur vor eine vorausgesetzte oder übliche Beschaffenheit gilt, es sei denn, die Geltung auch für eine vereinbarte Beschaffenheit ist ausdrücklich vereinbart⁴⁶.

Der BGH leitet dies daraus ab, dass die vereinbarte Beschaffenheit ihre Bedeutung verlöre, bezöge sich der individuell vereinbarte Haftungsausschluss auch auf sie. Ich halte diese Entscheidung so nicht für gesetzeskonform, da § 444 BGB die Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses allein für die Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie vorsieht – und damit den Haftungsausschluss implizit für eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung für zulässig hält. Zudem hat der BGH keineswegs darin recht, dass der Haftungsausschluss der vereinbarten Beschaffenheit jedwede Bedeutung nimmt: Im Falle der arglistig falschen Vereinbarung der Beschaffenheit verlöre der Haftungsausschluss nach § 444 Halbsatz 2 Alt. 1 BGB seine Bedeutung und die vereinbarte Beschaffenheitsvereinbarung lebte wieder auf.

Ungeachtet dessen muss die Vertragspraxis von dieser Entscheidung des BGH ausgehen mit der Konsequenz, dass ausdrücklich zu regeln ist, wenn sich ein Haftungsausschluss auch auf eine vereinbarte Beschaffenheit und nicht nur eine vorausgesetzte oder übliche beziehen soll.

⁴⁴ Vgl. PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 444 Rn. 6; BaRoH/Faust (o. Fn. 1), § 444 Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. BGHZ 98, 100, 107 f. m. w. N.; Bamberger/Roth/Faust (o. Fn. 1), § 444 Rn. 9f.

⁴⁶ BGHZ 170, 86 Rn. 31; ebenso OLG Frankfurt NJW-RR 2007, 1423, im konkreten Fall aber abweichend entschieden; a. A. Emmert, NJW 2006, 1765 f. m. w. N.

2. Inhalt

Ein Haftungsausschluss kann nicht nur als vollständiger Ausschluss der Haftung, sondern auch im Sinne einer beliebigen Begrenzung vereinbart werden. Besonders gebräuchlich sind die Vereinbarung von Haftungshöchstgrenze (Deckel, Cap) und von Mindestgrenzen für die in Anspruchnahme des Verkäufers (Bagatellklausel, De Minimis)⁴⁷.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt

Der zeitliche Anwendungsbereich eines Haftungsausschlusses ist unter zwei Gesichtspunkten zu beachten: Entgegen der Rechtsprechung zur alten Fassung des § 444⁴⁸ wirkt der Haftungsausschluss schon ab dem Zeitpunkt seiner Vereinbarung; daraus resultiert die praktisch erhebliche Konsequenz, dass der Käufer bei Vereinbarung eines Haftungsausschlusses nicht berechtigt ist, die Annahme der Kaufsache unter Hinweis auf den Mangel zurückzuweisen, zu dem der Haftungsausschluss vereinbart worden ist⁴⁹.

Praktisch eher noch bedeutsamer ist die herrschende und richtige Meinung, dass sich der Haftungsausschluss ohne besondere Vereinbarung ausschließlich auf Mängel bezieht, die zum Zeitpunkt der Beurkundung vorhanden waren; er erfasst daher nicht Mängel, die zwischen Beurkundung und Gefahrübergang entstehen⁵⁰. Ratio dieser herrschenden Auffassung ist, dass der Käufer bei der Vereinbarung von Haftungsausschlüssen nur Mängel berücksichtigen kann, die schon bei Vertragsschluss bestehen, nicht aber solche, die erst danach eintreten.

4. Verbreitete Haftungsklauseln

In der Rechtsprechung wird sich vielfach mit Kurzformulierungen zu einem Haftungsausschluss oder einer Haftungsbegrenzung beschäftigt, Beispiele sind „wie die Sache steht und liegt“, „unter Ausschluss jeder Gewährleistung“ oder „ohne Garantie“⁵¹.

In Grundstückskaufverträgen ist von der Verwendung dieser Klauseln, jedenfalls isoliert, abzuraten, sie sind, wenn überhaupt, nur mit einer Erläuterung ihres Inhalts zu verwenden. Einmal ist eine solche Kurzformulierung nur schwer vereinbar mit dem mit der notariellen Beurkundung angestrebten höheren Grad der Dokumentation. Vor allen Dingen aber sollte man sich bewusst sein, dass diese Klauseln teilweise unterschiedlich verstanden werden und sich auch unterschiedlich entwickeln. Ein Beispiel ist die verbreitete Klausel „ohne Garantie“, für die inzwischen ein ausgesprochen unterschiedliches Begriffsverständnis mit widersprüchlicher Rechtsprechung existiert⁵².

47 S. dazu Hilgard, BB 2004, 1233.

48 BGHZ 129, 103, 106; BGH NJW 1997, 652.

49 So Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 444 Rn. 6; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 444 Rn. 7.

50 Palandt/Weidenkaff, (o. Fn. 6), § 444 Rn. 6; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 444 Rn. 7; Zimmermann/Bischoff, NJW 2003, 2506 f.; zum alten Kaufrecht BGH NJW 2003, 1316 f.

51 S. dazu die Darstellung bei Palandt/Weidenkaff (o. Fn. 6), § 444 Rn. 15–20; PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 444 Rn. 10–15.

52 Vgl. m. N. nur PWW/D. Schmidt (o. Fn. 1), § 444 Rn. 15.

II. Vertragliche Gestaltung, Formulierungsbeispiele

(1) Weitgehend umfassender Haftungsausschluss bei Verkauf einer Gebrauchtimmoblie zwischen Verbrauchern:

„Soweit entgegen der vorstehenden Bestimmung überhaupt eine Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart ist, wird hiermit jede Haftung für eine solche vereinbarte Beschaffenheit ausgeschlossen, gleichfalls für jede Eignung zu einer vom Käufer vorausgesetzten Verwendung und für jede übliche Beschaffenheit. Verkäufer und Käufer stimmen darin überein, dass dieser umfassende Haftungsausschluss Bestandteil der Preisvereinbarung zwischen ihnen ist. Die Kaufsache wird also so verkauft, wie sie steht und liegt. Der Verkäufer erklärt allerdings, dass ihm keine Mängel der Kaufsache bekannt sind, für die eine gesetzliche Offenbarungspflicht besteht, die insbesondere die Dichtigkeit der Kaufsache gegen Grund- und Regenwasser sowie die Statik beeinträchtigen.“

(2) Konkrete Haftungsbeschränkung für eine vereinbarte Beschaffenheit

„Die Vertragsparteien haben als Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart, dass der Mietvertrag mit dem Mieter ..., näher definiert in § ... Abs. ... dieses Kaufvertrages, dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB genügt. Für den Fall, dass diese Beschaffenheit nicht eingehalten wird, vereinbaren die Vertragsparteien abschließend folgende Begrenzung der Haftung des Verkäufers, wobei sich die Vertragsparteien bewusst sind, dass diese Haftungsbegrenzung die Risikotragung aus der Vereinbarung der Beschaffenheit zu einem erheblichen Teil beim Käufer belässt: Die Haftung des Verkäufers wird darauf beschränkt, dass nach wirksamer Kündigung des Mietvertrages durch den Mieter ... unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform gemäß § 550 BGB der Verkäufer dem Käufer die vom Mieter ... vertragsgemäß geschuldeten Mieten und Nebenkosten noch für einen Zeitraum von 6 Monaten nach vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses, längstens jedoch für den Zeitraum bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit, weiter zahlt, um so dem Käufer eine Übergangszeit für den Abschluss eines neuen Mietvertrags zu gewähren. Die Vertragsparteien stellen klar, dass diese Haftungsbegrenzung für den Fall nicht gilt, dass der Verkäufer nachweisbar Kenntnis davon hatte, dass sich der Mieter vor Beurkundung auf die Nichteinhaltung der Schriftform des § 550 BGB schriftlich oder mündlich berufen hatte; im Übrigen wird § 442 BGB abbedungen.“

F. Rechtsmängel

Für die Freiheit des Grundstücks von Rechtsmängeln hat die Schuldrechtsreform die Rechtslage mit dem neuen § 435 grundlegend so geändert, dass sie sich maßgeblich nach dem (Sach-)Mängelrecht des Kaufrechts und nicht mehr wie früher gem. § 440 a. F. nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht richtet. Die vertragliche Praxis ist davon unberührt geblieben. Es ist nach wie vor vertraglicher Standard, dass bei einem Grundstückskauf für die in Abt. II und III eingetragenen Belastungen ausdrücklich geregelt wird, ob sie vom Käufer zu übernehmen oder vom Verkäufer wegzufertigen sind. Die dazu verwandten Bestimmungen sind so sehr Vertragsstandard, dass sie hier nicht näher erläutert zu werden brauchen. Entscheidend ist, dass keine Belastung übersehen wird.



Dr. Detlef Schmidt, Berlin

Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar. Er ist Partner der Sozietät Gleiss Lutz.

Sie erreichen den Autor unter autor@anwaltsblatt.de.