

Quang Truong Vu

Grundstückskauf und Gewährleistungsausschluss



Nomos

Schriften zum Immobilienrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Markus Artz

Prof. Dr. Beate Gsell

Prof. Dr. Florian Jacoby

Prof. Dr. Hubert Schmidt

Prof. Dr. Thomas Wischmeyer

Band 3

Quang Truong Vu

Grundstückskauf und Gewährleistungsausschluss



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1728-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-4388-4 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

FÜR MEINE ELTERN

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter der Universität Bremen. Sie wurde vom Promotionsausschuss des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Bremen im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Graf-Peter Calliess, der mir nicht nur die notwendige Freiheit gab, um dieses Großprojekt zu bewältigen. Er stand mir während der gesamten Promotionszeit – selbst unter schwierigen Pandemiebedingungen – stets mit Rat und Tat zur Seite. Bei Herrn Prof. Dr. Christoph U. Schmid möchte ich mich insbesondere für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Meine Promotionszeit durfte ich mit großartigen Mitstreiterinnen und Mitstreitern verbringen. Besonders zu erwähnen sind meine ehemaligen Lehrstuhl-Kolleginnen und Lehrstuhl-Kollegen, die mich bei meiner Promotion unterstützt haben und mit denen ich eine stets produktive Zusammenarbeit hatte: Dr. Marcel Schröder, Eva Ricarda Lange, Paul Galyga, Michel Borchardt und Lukas Hecht. Ebenso darf das „Promotionskolleg“, bestehend aus Caroline Lasserre, Madeleine Lasserre, Gregor Laudage, Anna Kothe, Lara Schmidt und mir nicht unerwähnt bleiben. Die wöchentlichen Diskussionen über promotionsspezifische Fragestellungen, die unsere jeweiligen Forschungsarbeiten betrafen, haben sich positiv auf die Erstellung dieser Arbeit ausgewirkt. Mein besonderer Dank gilt Caroline Lasserre und Madeleine Lasserre, die mich in den besonders schwierigen Phasen meiner Promotionszeit begleitet und mir geholfen haben. Bei Herrn Oliver Helmbold möchte ich mich vor allem für die erholsamen Kaffeepausen ebenfalls bedanken.

Mein besonderer Dank gilt außerdem meiner Freundin, Frau Sumin Jung, die mir während der gesamten Promotionszeit zur Seite gestanden und die notwendige Kraft und Stärke gegeben hat, um das lange und anstrengende Promotionsvorhaben durchzuhalten.

Meine Eltern haben mich in jeder Phase meiner Ausbildung gefördert. Durch ihre unermüdliche Unterstützung haben sie das Fundament für meinen akademischen Erfolg gelegt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Dr. Quang Truong Vu

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	17
Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	21
A. Risiken beim Grundstückskauf	21
B. Der deutsche Immobilienmarkt	24
C. Die einzelnen Konstellationen	26
I. Beteiligte Personen	27
1. Vertragsparteien	27
2. Dritte	28
II. Immobilienarten	29
III. Transaktionstypen	31
D. Eingrenzung der Konstellationen	32
E. Die einzelnen Fragestellungen	32
F. Gang der Untersuchung	34
Kapitel 1: Rechtspolitik und -praxis zur Haftungsausschlussklausel	37
A. Notarzwang und Haftungsausschlussklausel	38
I. Grundstückskaufverträge und das dispositive Kaufrecht	39
II. Notarzwang und zwingendes Grundstückskaufrecht	43
III. Die ratio legis der notariellen Beurkundungspflicht	45
1. Das Grundeigentum aus Sicht des Gesetzgebers	47
a. Sozialwertigkeit	47
b. Wirtschaftlichkeit	48
2. Schutzbereich der notariellen Beurkundungspflicht	49
a. Hauseigentümerschutz	49
b. Käuferschutz	50
3. Übertragung auf die Haftungsausschlussklausel	51

IV. Haftungsausschlussklausel im Beurkundungsverfahren	52
1. Kardinalpflichten des Notars bei Immobilientransaktionen	52
a. Umgang mit der Sachmängelhaftung	53
b. Vertragsgestaltung	54
aa. Haftungsausschlussklausel	55
bb. Urkundsentwurf	57
c. Rechtsbelehrungspflicht	58
2. „Ankommen“ der Rechtsbelehrung durch den Urkundsnotar	60
a. Eine „unüberlegte“ Eingehung des Hauskäufers	60
b. Die „Formelhaftigkeit“ von Haftungsausschlussklauseln	63
3. Haftungsausschlussklausel als „Option“ im Anschreiben	65
V. Zusammenfassung	66
B. Notarpraxis und Haftungsausschlussklausel	67
I. Formulierung der Haftungsausschlussklausel	68
1. „Gebrauchte“ Hausgrundstücke	70
2. „Neu errichtete“ Hausgrundstücke	72
3. Eigentumswohnungen	73
4. Portfolio-Transaktionen	73
II. Die einzelnen Begründungen und Einwendungen	75
1. Unsicherheits-, Preis-, Beweis- und Entlastungsargument	75
2. Hausüberprüfung zur Risikominimierung durch den Hauskäufer	76
a. Entwicklung der Haus- und Bautechnik	77
b. Konsequenz für die Überprüfbarkeit	79
aa. Die Grundannahmen der Rechtsdoktrin „ <i>caveat</i> <i>emptor</i> “	79
bb. Übertragung auf die Haftungsausschlussklausel	81
3. Leistungsäquivalenz	82
a. Äquivalenzstörung nicht gerechtfertigt	83
b. Gleichstellung mit beweglichen Sachen	84
4. Entlastung der streitigen Gerichtsbarkeit	85
III. Zusammenfassung	87

C. Entwicklung der Haftungsausschlussklausel	87
I. Herangehensweise und Suchergebnisse	89
II. Formularverträge aus dem 19. Jahrhundert	90
1. Hausgrundstück zu Wohnzwecken	90
2. Landwirtschaftliche Grundstücke	92
a. Übertragung von Acker-, Wald-, Wiesenflächen	92
aa. Flächeninhalt	93
bb. Messtechnik	94
b. Großgrundbesitz mit Wirtschaftsgebäuden	95
III. Formularverträge aus dem 20. Jahrhundert	97
1. Sachmängelhaftung vorerst überwiegend zugelassen	97
2. Inhaltsänderung und Gewährleistungsausschluss	99
3. Erläuterung	101
a. Verhandlungsmacht der Vertragsparteien	102
b. Kontroverse zum Gewährleistungsausschluss	103
IV. Zusammenfassung	103
D. Ergebnis zu Kapitel 1	105
 Kapitel 2: Rechtsdogmatische Analyse der Haftungsausschlussklausel	 107
A. Unwirksamkeit	107
I. Unwirksamkeit aufgrund der AGB-Kontrolle	108
1. „Notarvertrag“ als AGB i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB	109
a. Aushandeln	110
b. Stellen	110
c. Vielzahl von Verträgen	111
2. „Notarvertrag“ als „Verbrauchervertrag“, § 310 Abs. 3 BGB	112
a. Verbraucher	114
b. Unternehmer	115
3. Haftungsausschluss und AGB-Kontrolle nach §§ 307– 309 BGB	117
a. Kein „Totalausschluss“ trotz gebrauchter Hausgrundstücke	118

b. Haftungsausschluss hält auch § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB stand	119
aa. Kardinalpflichtverletzung	120
bb. Vertragszweckgefährdung	121
4. Zusammenfassung	122
II. Unwirksamkeit aufgrund der Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB	123
1. Inhaltskontrolle nach § 242 BGB aufgrund der Formelhaftigkeit	124
2. Erstreckung auf „gebrauchte“ Hausgrundstücke sinnvoll	125
3. Verzicht auf das unklare Erfordernis der „Formelhaftigkeit“	127
III. Unwirksamkeit aus sonstigen Gründen	129
1. § 138 BGB aufgrund der Ausnutzung einer Monopolstellung	129
2. Die §§ 327 ff. BGB im Zusammenhang mit „Smart Homes“	130
a. Ein „Smart Home“ aus der sachenrechtlichen Perspektive	131
b. Verbraucherrecht verdrängt Haftungsausschlussklausel	132
IV. Zusammenfassung	134
B. Überlagerung	134
I. Überlagerung durch einzelne gesetzliche Regelungen	136
1. Gewährleistungsausschluss auf der Tatbestandsseite	138
a. „Negative Beschaffenheitsvereinbarung“	139
b. Kenntnis	141
c. Kennenmüssen	142
2. Konkretisierung der einzelnen „Sachmängelarten“	143
a. „Offen“	143
b. „Versteckt“	144
c. „Wesentlich“	145
3. Arglistiges Verschweigen i. S. d. § 444 Alt. 1 BGB	146
a. Tatbestand der Arglisthaftung beim Hauskauf	146
b. Zurechnung von Immobilienmaklerwissen	148
c. Darlegungs- und Beweislast	149

d.	Rechtsprechungsanalyse	150
aa.	Ein „ <i>allgemeiner Sachverhalt</i> “ im Gerichtsprozess	151
bb.	Analyse der „ <i>Haftungsgründe</i> “ im Gerichtsprozess	153
cc.	Analyse der „ <i>Versagungsgründe</i> “ im Gerichtsprozess	154
(1)	Rechtsfolgenseite	154
(2)	Tatbestandsseite	155
e.	Schlussfolgerungen	156
aa.	Anwendungsbereich	156
bb.	Gefährlichkeit	157
4.	Zusammenfassung	158
II.	Überlagerung durch vertragliche Vereinbarungen	158
1.	Beschaffenheitsvereinbarung	158
2.	Beschaffenheitsinformation	160
a.	Falschinformationen	161
aa.	Maklerexposé	161
bb.	Energieausweis	162
(1)	Gewährleistung	163
(2)	Regress	164
b.	Culpa in contrahendo	165
c.	Gestaltungsvorschlag	167
3.	Beschaffenheitsgarantie	168
III.	Zusammenfassung	169
C.	Regressansprüche gegen Dritte	169
I.	Immobilienmaklerhaftung	170
2.	Neben- und Treuepflichten eines Immobilienmaklers	172
a.	Vertragskonstellationen	173
aa.	Der Immobilienmakler und seine Auftraggeber	173
bb.	Üblichkeit einer Doppeltätigkeit und § 654 BGB	174
b.	Aufklärungspflichten	175
c.	Irreführungen	177
3.	Verantwortung des Immobilienmaklers	178
4.	Verantwortung und Maklercourtage	180
5.	Zusammenfassung	181

II. Immobiliengutachterhaftung	182
1. Mitwirkung bei Immobilientransaktionen	183
2. Gutachtenfehler	185
a. Haftung gegenüber dem Auftraggeber	185
b. Haftung gegenüber Dritten	187
aa. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	188
bb. Ausschluss der Einbeziehung von Dritten	189
3. Haftungsausschluss	190
a. Sachverständigenordnung der IHK und Handwerkskammer	191
b. Einfache Fahrlässigkeitshaftung als „Kardinalpflicht“	193
aa. Kardinalpflichtverletzung	193
bb. Rechtsunsicherheit	195
4. Zusammenfassung	196
D. Ergebnis zu Kapitel 2	197
Kapitel 3: Ökonomische Analyse der Haftungsausschlussklausel	199
A. Ineffiziente Risikoallokation	201
I. Fehlallokation von Ressourcen	202
1. Die „ <i>qualities</i> “ eines Hausgrundstücks	203
a. Bündel von Such- und Erfahrungseigenschaften	204
b. Kein „ <i>Trial-and-Error</i> “ beim Hausgrundstückskauf	205
2. Qualitätsunsicherheit und Informationsasymmetrie	205
3. Überwindung der Qualitätsunsicherheit	207
a. Sucheigenschaften	207
aa. Immobiliengutachter und Informationskosten	208
bb. Der „ <i>Ein-Immobiliengutachten-Ansatz</i> “	209
cc. Informationslast und Informationsanreiz	210
dd. Immobiliengutachter als „ <i>cheapest insurer</i> “	213
b. Erfahrungseigenschaften	215
aa. Extrapolationsprinzip und „ <i>Goodwill</i> “	215
bb. Der Umgang mit „ <i>Restrisiken</i> “	217
cc. Der „ <i>Superior-Risk-Bearer</i> “-Ansatz	219
4. Registrierung des Immobiliengutachtens	220

II. Effizienz der Informationsproduktion und -übermittlung	221
1. Bewusst und beiläufig erworbene Informationen nach Kronman	223
a. Beschaffenheitsinformationen als „ <i>by-product of living</i> “	224
b. Rückübertragung des Informationsanreizes	224
2. Produktive und redistributive Informationen nach Cooter/Ulen	225
a. Umverteilungswirkung von Beschaffenheitsinformationen	226
b. Beschaffenheitsinformationen als „ <i>mixed information</i> “	227
3. Der „ <i>Cheapest-Cost-Avoider</i> “-Ansatz nach Posner	227
a. Mehrfachgutachten	229
b. Informationszugang	229
c. Kooperation	230
4. Der „ <i>Informationszugang</i> “-Ansatz nach Scheppele	231
III. Marktversagen und adverse Selektion	232
1. Der Markt für Bestandsimmobilien als „ <i>Market for Lemons</i> “	233
2. Ausbleiben der adversen Selektion	235
a. Screening und Signalling auf dem Immobilienmarkt	235
aa. Eingeschränkte „ <i>Screening</i> “- und „ <i>Signalling</i> “-Maßnahmen	235
bb. Informationsproduktion und -austausch verbessern	237
b. Lediglich eine partielle Informationsasymmetrie?	237
3. Prognose	238
IV. Zusammenfassung	239
B. Markteingriff	239
I. Transaktionskosten können Vertragsgesetze legitimieren	240
II. „ <i>Coase Theorem</i> “ und der „ <i>Mimic-the-Market</i> “-Ansatz	241
1. Umkehrschluss aus dem „ <i>Coase Theorem</i> “	242
2. Handlungsempfehlung bei Transaktionskosten	242
3. Die ökonomische Funktion von zwingendem Recht	243
4. Rechtfertigung	243
III. Existenz von „ <i>Interventionskosten</i> “	244

C. Regelsetzung	245
I. Möglichkeit einer Regelsetzung im BGB	245
1. Regulierung durch zwingendes Grundstückskaufrecht	245
2. Regulierung durch „ <i>Informationsmodell</i> “ ausreichend	247
a. Entscheidungstheorie und „ <i>information overload</i> “	248
aa. Grenznutzenabnahme bei Informationen	249
bb. Sicherstellung der Entscheidungsqualität	250
b. Haftungsausschlussklausel „ <i>light</i> “	253
II. Immobiliengutachten und Finanzierung	254
III. Zusammenfassung	255
Ergebnis und Zusammenfassung	257
Anlage 1: Rechtsprechungsanalyse	269
Anlage 2: Entwicklung der Haftungsausschlussklausel	283
Literaturverzeichnis	305

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Potenzielle Vertragsparteien eines Grundstücksgeschäfts	27
Abbildung 2: Die einzelnen Immobilienarten	30
Abbildung 3: Mitwirkung des Notars beim Grundstückskauf	61
Abbildung 4: Historische Entwicklung der Haftungsausschlussklausel	90
Abbildung 5: Sachmangelart und Gewährleistungsart	152
Abbildung 6: Relevanz und Auswirkung des Haftungsausschlusses	153
Abbildung 7: Haftungs- und Versagungsgründe in der Spruchpraxis	154
Abbildung 8: Anwendungsbereich der Haftungsausschlussklausel	156
Abbildung 9: Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften	204
Abbildung 10: Gütereigenschaften und Informationsasymmetrie	206
Abbildung 11: Überwindung der Qualitätsunsicherheit beim Hauskauf	221
Abbildung 12: Information in Contracts	226
Abbildung 13: Überblick Hausbaujahre und häufige Probleme	252

Abkürzungsverzeichnis

Im Nachfolgenden werden nur Abkürzungen aufgelistet, die sich nicht schon aus dem Wörterbuch „*Der Duden*“ (Online-Fassung abrufbar unter <duden.de>, Stand: 24.07.2023) oder dem „*Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*“ von *Kirchner* (10. Aufl., Berlin 2021) ergeben.

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BeckFormB BHW	Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht
BeckFormB ZivilR	Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Deutsch-Englisch
BeckFormImmoR	Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht
BeckNotar-HdB	Beck'sches Notar-Handbuch
BeckNotar-HdB	Beck'sches Notarhandbuch
BeckOF Vertrag	Beck'sche Online-Formulare Vertrag
BeckOGK	Beck-Online.Großkommentar
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cap. U. L. Rev.	Capital University Law Review
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
Ct. App.	Court of Appeals
DI-RL	Digitale-Inhalte-Richtlinie
Erbbaurecht	Gesetz über das Erbbaurecht
FG	Festgabe
Form.	Formular
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review

Abkürzungsverzeichnis

Geo L. J.	Georgetown Law Journal
GNotKG	Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare
HKK-HGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
IRJMSH	International Res Jour Managt Socio Human
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies
J. Pol. Econ.	The Journal of Political Economy
JWG	Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
NZ	Österreichische Notariatszeitung
o. V.	ohne Verfasser
Philos. Prog.	Philosophy and Progress
Qu. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Rand J. Econ.	The Rand Journal of Economics
Recht	Das Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand
Rev. Financ. Stud.	The Review of Financial Studies
RPPT Journal	Real Property, Probate, and Trust Journal
S. D. L. Rev.	South Dakota Law Review
U. Pudget Sound	University of Pudget Sound
URL	Uniform Resource Locator
WISTA	Wirtschaft und Statistik
WK-RL	Warenkauf-Richtlinie
WULQ	Washington University Law Quartely
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte

Einführung

A. Risiken beim Grundstückskauf

Die Investition in Immobilien erfordert in der Regel erhebliche Ressourcen. Um den Traum vom Eigenheim zu verwirklichen¹, setzt der Durchschnittsbürger einen erheblichen Teil seines Vermögens ein oder nimmt eine Fremdfinanzierung in Anspruch, wodurch sein monatliches Einkommen während der Tilgungsdauer stark gebunden wird. Es ist die wirtschaftlich größte und somit die gefährlichste Transaktion in seinem Leben. Wie bei allen Rechtsgeschäften sind auch hier bestimmte Risiken immanent. Damit sind Unsicherheiten in Bezug auf Kosten, Verluste oder Schäden gemeint,² die den Leistungsaustausch vereiteln³. Beim Erwerb gebrauchter Hausgrundstücke werden diese Risiken in aller Regel durch eine Haftungsausschlussklausel im Grundstückskaufvertrag, die von Notaren routinemäßig vorgeschlagen wird, dem Verantwortungsbereich des Hauskäufers⁴ zugewiesen.⁵ Im Hinblick auf die Gewährleistung für Sachmängel gilt dadurch sozusagen „*caveat emptor*“⁶.

Bestandsimmobilien können jedoch mit allen möglichen Sachmängeln behaftet sein, die sich auf eine mehr oder weniger intensive Nutzung des ursprünglichen Eigentümers zurückführen lassen. Dazu gehören z. B.

1 Kaiser, 84 Prozent der Deutschen wollen lieber ein Eigenheim statt Miete zahlen, Spiegel, 20.08.2018, Internetquelle, URL: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/immobilien-84-prozent-der-deutschen-wollen-ein-eigenheim-a-1223288.html> [Stand: 15.09.2021].

2 Roberts, Conn. L. Rev. 34 (2001), S. 1, 40.

3 Kötz, JuS 2018, S. 1.

4 Der juristisch präzisere Terminus technicus wäre „Hausgrundstückkäufers“. Dennoch wird in dieser Untersuchung den alltäglicheren und kürzeren Begriff des „Hauskäufers“ verwendet.

5 A. Albrecht, MittBayNot 2008, S. 246; Schuska, NZM 2009, S. 108; Der Ausschluss von Rechtsmängel i. S. d. § 435 BGB sei nicht interessengerecht, Waldner, Immobilienkaufverträge, Rn. 511.

6 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rn. 3184; G. Wagner, in: Eidenmüller, et al. [Hrsg.], Revision des Verbraucher-acquis, S. 1, 37; Hertel, ZNotP 2002, S. 126, 129; Zu der Entstehung und Bedeutung der Rechtsdoktrin „*caveat emptor*“, § 1, B. II., 2., b., aa.

Asbestbelastung, Durchfeuchtung und Ungezieferbefall.⁷ Der Hauskäufer muss das Hausgrundstück vor Vertragsschluss sorgfältig überprüfen und bei Entdeckung von Sachmängeln eine Kaufpreisreduzierung verlangen. Sofern es ihm nicht möglich ist, alle Sachmängel zu identifizieren, besteht die Gefahr, dass er ein unbewohnbares Eigenheim erwirbt, für das er einen erheblichen Teil seines Vermögens aufwendet oder sich über Jahrzehnte hinweg verschuldet.

Gleichwohl wird nur vereinzelt die Abdingbarkeit des Kaufrechts bei Transaktionen von Hausgrundstücken zu Wohnzwecken für bedenklich gehalten.⁸ Eine kontroverse Diskussion darüber ist im Übrigen bis dato ausgeblieben, da die Abwälzung der Sachmängelhaftung nahezu einheitlich als vertrags- und interessengerecht deklariert wird.⁹ Dabei ist die Praxis der Notare, die Haftungsausschlussklausel im Immobilienverkehr vorzuschlagen, fast so alt wie das BGB selbst.¹⁰ Und es existieren hierzulande nur zwei mittlerweile überholte Monographien von *Wabnitz*¹¹ und *Adelheid*¹², die sich mit ihr beschäftigen. Die Autoren konzentrieren sich dabei mehr auf die Auslegung und Wirksamkeit einer solchen Vertragsbedingung und lassen rechtspolitische und -ökonomische Erwägungen völlig außen vor. Dabei vertritt *Wabnitz* auch die Auffassung, dass beim Erwerb eines gebrauchten Hausgrundstücks ein „gewisses Wagnis“ bestehe, das dem Hauskäufer bewusst sein müsse, sodass dieser jedenfalls kein sachmangelfreies Eigentum erwarten dürfe und mit versteckten Sachmängeln zu rechnen habe.¹³

7 *Leitzen*, in: Wurm et. al., Rechtsformularbuch, Kap. 43, Rn. 54; *Bönker/Lailach*, Praxisleitfaden Immobilienrecht, § 5, Rn. 59; Siehe auch Anlage I: Rechtsprechungsanalyse - Entscheidungen aus 2011-2021 zum Grundstücks- und Wohnungskauf.

8 *Gsell*, in: FS Krüger, S. 117, 126 f.; *Haegele*, Grundstückskauf rechtlich, S. 34 f.; *Kersten, Fritz/Küntzel*, Heinrich, Formularbuch und Praxis des Notars, 4. Aufl., 1942, Rn. 108; *A. Roth*, JW 1936, S. 2897, 2899; *R. Albrecht*, Der praktische Grundstückskauf nach den neuesten Gesetzen und Verordnungen, S. 102.

9 Siehe *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rn. 3640; *Lindner*, RNotZ 2018, S. 69, 70; *Berger*, JA 2011, S. 849, 851; *Salzig*, in: Höland, et al. [Hrsg.], Materielle, verfahrens- und steuerrechtliche Folgen gestörten Grundstückskaufs und Grundstücks-handels, S. 35, 37 f.; *Amann*, in: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. [Hrsg.], Der notarielle Kaufvertrag, S. 77, 80; *Amann*, DNotZ 2003, S. 643; *Hertel*, ZNotP 2002, S. 126, 129.

10 Zur Entwicklung der Haftungsausschlussklausel beim Grundstückskauf, § 1, C.

11 *Wabnitz*, Freizeichnungsklauseln im Grundstücksrecht, Uni. Diss., Erlangen-Nürnberg 1971.

12 *Rüdiger*, Der Gewährleistungsausschluss in notariellen Verträgen, Uni. Diss, Bochum 1992.

13 *Wabnitz*, Freizeichnungsklauseln im Grundstücksrecht, S. 178.

Hierbei übersieht er die fortschreitende Entwicklung in der Haus- und Bautechnik, die in jüngster Zeit zu einer Reform im Bauvertragsrecht geführt hat.¹⁴ Der Hauskäufer verfügt aufgrund dieser Entwicklung in der Regel nicht über die Expertise, um eine sorgfältige Untersuchung durchzuführen, um Sachmängel zu entdecken und eine adäquate Kaufpreisreduzierung zu verlangen. Für die meisten Erwerber handelt es sich beim Hauskauf um eine einmalige Transaktion. Um das Sachmangelrisiko zu minimieren und sich vor einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung zu schützen, ist er auf fachmännische Unterstützung angewiesen. Ein Immobiliengutachter kann aufgrund seines Fachwissens und seiner Erfahrung eine zuverlässige Überprüfung vornehmen.

Gleichwohl ist der Hausverkäufer regelmäßig derjenige, der sein Eigenheim besser beurteilen kann, insbesondere wenn er darin gelebt hat.¹⁵ In Anbetracht dessen stellt sich schon die Frage, ob er nicht selbst ein Immobiliengutachten günstiger erstellen lassen und es allen potenziellen Hauskäufern vorlegen kann. Warum sollten Kaufinteressenten einen Immobiliengutachter engagieren, wenn dadurch mögliche Sachmängel erkannt werden können, die ihn von der Transaktion abschrecken könnten, sodass das Immobiliengutachten zu Makulatur wird? Möglicherweise werden sie aufgrund dieser ökonomischen Aspekte davon abgehalten, eine aus ihrer Sicht notwendige fachmännische Untersuchung durchzuführen. Andererseits wird der Hausverkäufer von sich aus kein Immobiliengutachten vorlegen, wenn ihm das Sachmangelrisiko nicht obliegt. Es ist daher zweifelhaft, ob die Haftungsausschlussklausel ein interessengerechtes und effizientes Rechtsinstrument zur Allokation des Sachmangelrisikos beim Erwerb eines Hausgrundstücks darstellt.

Die fortschreitende Entwicklung der Haus- und Bautechnik legt nahe, dass eine ausnahmslose und einseitige Risikoallokation zu Ungunsten des oft unerfahrenen Hauskäufers mittlerweile überholt ist. Es bedarf darum einer Diskussion insbesondere über spezielle Informationspflichten, die nach ökonomischen Kriterien gestaltet sein müssen. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Hauskäufer bei einem gebrauchten Hausgrundstück zwar nicht mit einer sachmangelfreien Immobilie rechnen kann, ihm jedoch *de lege ferenda* mindestens die Möglichkeit gegeben werden sollte, das Grundstück sorgfältig und professionell zu überprüfen,

14 BT-Drucks. 18/8486, S. 24; Zur Reform des Bauvertragsrechts, *Reiter*, JA 2018, S. 161; *Reiter*, JA 2018, S. 241.

15 *Gsell*, in: FS Krüger, S. 117, 127.

um das Sachmängelrisiko angemessen zu reduzieren. Im Nachfolgenden wird diese Diskussion im Zusammenhang mit dem Erwerb gebrauchter Hausgrundstücke geführt.

B. Der deutsche Immobilienmarkt

Für diese Diskussion ist ein kurzer Überblick über die gegenwärtige Situation auf dem Immobilienmarkt notwendig. Der deutsche Immobilienmarkt ist ein Milliardenmarkt, der aus einzelnen Teilmärkten besteht.¹⁶ Noch im Jahr 2021 wurden im Wohnimmobiliensektor insgesamt 583.900 Transaktionen mit einem Transaktionsvolumen von 182,4 Milliarden Euro registriert. Der durchschnittliche Kaufpreis pro Hausgrundstück betrug ungefähr 400.000 Euro.¹⁷ Besonders beliebt sind gebrauchte Ein- und Zweifamilienhäuser.¹⁸ Die überwiegende Präsenz von Angeboten für diese Bestandsimmobilien auf dem Immobilienmarkt lässt sich auf die lediglich geringe Anzahl von Neubauten zurückführen. Stattdessen werden mehr Hausgrundstücke modernisiert, saniert und im Anschluss weiterverkauft.¹⁹ Dieser Umstand unterstreicht die praktische Relevanz einer Auseinandersetzung mit Haftungsausschlussklauseln, die gerade beim Erwerb von Bestandsimmobilien zum Einsatz kommen.

Zwischen der Finanzkrise von 2008 und dem Jahr 2022 sind die Immobilienpreise stetig angestiegen.²⁰ Um eine Immobilie zu erwerben, muss ein potenzieller Hauskäufer in der Regel einen Kredit in Höhe von mehreren hunderttausend Euro aufnehmen. Diese Kreditsumme steigt parallel zu den steigenden Kaufpreisen und kann jährlich um bis zu 10 % höher sein als im Vorjahr.²¹ Die monatliche Belastung der Haushaltsnettoeinkommen

16 Dazu *Gondring*, Immobilienwirtschaft, S. 28.

17 Dazu *Engel und Völkers Residential GmbH*, Marktbericht Deutschland 2022/2023: Wohnimmobilien, S. 8–9, Internetquelle, URL: https://www.engelvoelkers.com/de-de/research/doc/Engel_Voelkers_DMB-Wohnen_2022_2023_Marktentwicklung.pdf [Stand: 11.05.2023].

18 *Dechent/Ritzheim*, WISTA 2012, S. 891, 893.

19 *Gondring*, Immobilienwirtschaft, S. 23.

20 *Verband deutscher Pfandbriefbanken*, Preisentwicklung von Eigenheimen in Deutschland in den Jahren von 2003 bis 2022, zitiert nach de.statista.com, Internetquelle, URL: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/244262/umfrage/immobilienpreisindex-fuer-eigenheime-in-deutschland/> [Stand: 11.05.2023].

21 *Runge*, Baufinanzierung 2019 - Ein Jahr, zwei Rekorde, Internetquelle, URL: <https://www.drklein.de/baufinanzierungen-2019.html> [Stand: 11.03.2021].

durch die Kreditraten liegt durchschnittlich zwischen 14 % und 32 %.²² Dies verdeutlicht die Gefahr für die wirtschaftliche Existenz der Hauskäufer, insbesondere wenn sie ein Hausgrundstück erwerben, das Sachmängel aufweist und darum zusätzlich zu den Anschaffungskosten unvorhergesehene Reparaturkosten verursacht.

Bis vor Kurzem zeichnete sich der Immobilienmarkt durch eine hohe Nachfrage bei gleichzeitig geringerem Angebot aus.²³ Zu einer Zeit, die von Niedrigzinsen im Bereich von rund 1 % geprägt war²⁴, wodurch die Entwicklung der Immobilienpreise überkompensiert werden konnte²⁵, galt hierzulande der Grundsatz „kaufen statt mieten“²⁶. Aufgrund dieser Gegebenheiten ließ sich der Immobilienmarkt in manchen Gegenden wohl als ein „Verkäufermarkt“ betrachten, auf dem Hauskäufer möglicherweise ungünstige Bedingungen in Kauf nehmen mussten, um ihren Traum von Wohneigentum zu verwirklichen.²⁷ Der Ukrainekrieg und die Inflation in der Europäischen Union hat die Europäische Zentralbank nunmehr dazu veranlasst, die Niedrigzinsphase zu beenden. Dies führte zu einem signifikanten Rückgang der Nachfrage nach Wohneigentum. Es wird erwartet, dass die Gesamtanzahl der Immobilientransaktionen um 5–15 % abnehmen wird. Nichtsdestoweniger ist nicht zwingend mit großen Preiseinbrüchen auf dem Immobilienmarkt zu rechnen. Insbesondere die Preise für Ein- und Mehrfamilienhäuser haben sich nach der Zinserhöhung kaum verändert und bleiben auf einem stabilen, hohen Niveau.²⁸ Der Immobilienmarkt kann daher noch nicht als Käufermarkt betrachtet werden. Dies gilt

22 *Berenfeld/Kappel*, LBS Markt für Wohnimmobilien 2021, S. 66, Internetquelle, URL: https://www.lbs-markt-fuer-wohnmobilien.de/wp-content/uploads/2021/07/LBS_Markt-fuer-Wohnimmobilien-2021-1.pdf [Stand: 14.03.2022].

23 *Kippes*, Marktmonitor Immobilien 2020, S. 15 f., Internetquelle, URL: https://content.cdn.immowelt.de/iw_research/Redaktion/Bilder/MMI/2020/MMI_2020_Gesamtbericht.pdf?v=1601028653 [Stand: 14.04.2021].

24 *Verband deutscher Pfandbriefbanken*, Effektivzins für Hypothekendarlehen in Deutschland in den Jahren von 1994 bis 2018, zitiert nach de.statista.com, Internetquelle, URL: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155740/umfrage/entwicklung-der-hypothekenzinsen-seit-1996/> [Stand: 26.04.2021].

25 *Voigtländer*, Chancen im Wohnungsmarkt durch Vermögensbildung, S. 4, Internetquelle, URL: https://www.leg-wohnen.de/fileadmin/dateien/02_Unternehmen/Presse/Mediacenter/Gutachten_Wohneigentum_LEG_IW.pdf [Stand: 26.04.2021].

26 *Körber*, Kaufen statt mieten, *Süddeutsche Zeitung*, 22.02.2021, Internetquelle, URL: www.sz.de/1.5202650 [Stand: 26.04.2021] [26.04.2021].

27 *Hamm*, DNotZ-Sonderheft 1973, S. 13, 19.

28 *Engel und Völkers Residential GmbH*, Marktbericht Deutschland 2022/2023: Wohnimmobilien, 10 ff., Internetquelle, URL: <https://www.engelvoelkers.com/de-de/research>

vor allem in Metropolregionen wie Berlin, Frankfurt am Main, München und anderen Großstädten, in denen nach wie vor eine „*fundamentale Angebotsknappheit*“ besteht, die die Immobilienpreise vermutlich bald wieder steigen lassen wird. Eine Begründung dafür ist, dass zu wenige Neubauten errichtet werden, wobei ihre Anzahl aktuell aufgrund hoher Baukosten noch weiter zurückgeht.²⁹

C. Die einzelnen Konstellationen

Die Konstellationen einer Immobilientransaktion sind vielfältig. Die Vertragsgestaltung ist von den individuellen Umständen abhängig, da sich die Rechts- und Interessenlage je nach Situation unterscheiden kann. Um die Untersuchung übersichtlich und durchführbar zu gestalten, ist eine Eingrenzung auf eine bestimmte Konstellation notwendig. Dabei spielen drei Faktoren eine entscheidende Rolle: „Beteiligte Personen“, „Immobilienarten“ und „Transaktionstypen“. Ersteres betrifft Subjekte, die auf dem Markt typischerweise an einer Immobilientransaktion mitwirken. Insbesondere die rechtsdogmatische Einordnung der Haftungsausschlussklausel macht eine Auseinandersetzung mit ihrer Verbraucher- bzw. Unternehmereigenschaft gem. §§ 13, 14 BGB erforderlich. Die Einbeziehung von Dritten wie Notaren, Maklern und Sachverständigen wirft zusätzliche Fragen zur Zurechnung und Haftung auf, die es ebenfalls zu beachten gilt.³⁰ Darüber hinaus ist eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Immobilienarten in neue, gebrauchte und kernsanierte Immobilien schon deshalb notwendig, da sie auch von der Spruchpraxis vorgenommen wird.³¹ Eine Anwendung der gesetzlichen Sachmängelhaftung ist demnach nur beim Erwerb einer neu errichteten Immobilie angebracht. Bei den Transaktionstypen steht das Kausalgeschäft im Mittelpunkt, das der Immobilientransaktion zugrunde liegt und das Gewährleistungsrecht vorgibt.

ch/doc/Engel_Voelkers_DMB-Wohnen_2022_2023_Marktentwicklung.pdf [Stand: 11.05.2023].

29 Möbert, Ausblick auf den deutschen Wohnungsmarkt 2023, S. 9 ff., https://www.dbresearch.de/PROD/RPS_DE-PROD/Ausblick_auf_den_deutschen_Immobilienmarkt_2020/RPS_DE_DOC_VIEW.calias?rwnode=PROD0000000000435628&ProdCollection=PROD0000000000507294 [Stand: 11.05.2023].

30 Zur Liste der potenziellen Beteiligten, siehe Gondring, Immobilienwirtschaft, S. 32 ff.

31 BGH, Urt. v. 08.03.2007, VII ZR 130/05, juris Rn. 14; BGH, Urt. v. 06.10.2005, VII ZR 117/04, juris Rn. 11 und 20; BGH, Urt. v. 16.12.2004, VII ZR 257/03, juris Rn. 21 ff.

I. Beteiligte Personen

1. Vertragsparteien

Bei Immobiliengeschäften kommen auf der Angebots- und Nachfrageseite verschiedene Personen und Interessen zusammen. Dies können sowohl einfache Bürger sein, die ein Hausgrundstück für Wohnzwecke erwerben oder aufgrund finanzieller Schwierigkeiten veräußern, als auch DAX-Unternehmen wie etwa Daimler und BMW, die große Grundstücksflächen für ihre Niederlassungen erwerben. Außerdem eignen sich Immobilien vor allem im Hinblick auf ihre Inflationssicherheit und Wertsteigerungspotenziale als Spekulationsobjekte. Demzufolge sind auf dem Immobilienmarkt auch institutionelle Anleger zu finden.³² Der Teilnehmerkreis von Immobilientransaktionen ist daher vielfältig und kann in *Abbildung 1*³³ überblicksartig eingesehen werden:

Abbildung 1: Potenzielle Vertragsparteien eines Grundstücksgeschäfts

Private Erwerber/ Veräußerer	Selbstnutzer, Kapitalanleger
Institutionelle Erwerber/Veräußerer	Immobilienfonds, Opportunity Funds, Leasing- und Spezialfonds, Versicherungen, Immobilien- gesellschaften, Pensionskassen
Unternehmen	Erwerb für die Selbstnutzung, Veräußerung, Kapitalanlage
Staat	Erwerb für die Selbstnutzung, Infrastruktur, Veräußerung
Sonstige Erwerber/ Veräußerer	Betreibergesellschaften, Bauträgerunternehmen, Projekt- und Wohnungsbaugesellschaften

In dieser Untersuchung stehen aber weniger die Vertragsparteien als solche, sondern vielmehr ihre Qualifikation als „Verbraucher“ bzw. „Unternehmer“ gem. §§ 13, 14 BGB im Vordergrund. Ein „Verbrauchervertrag“ i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB geht i. d. R. mit verbraucherschützenden Vorschriften ein-

³² Dazu *Gondring*, Immobilienwirtschaft, S. 18.

³³ Grafik und Quelle: Im Wesentlichen übernommen von *van Kann*, in: *van Kann*, Jürgen [Hrsg.], Immobilientransaktionen, § 1, Rn. 52.

her, von denen grundsätzlich nicht abgewichen werden kann und die eine bestimmte Vertragsgestaltung oder ein bestimmtes Verfahren vorschreiben.³⁴ Ersteres liegt z. B. in der einfachen Hinzuziehung der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB über § 310 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 BGB. Eine Haftungsausschlussklausel muss dann, selbst wenn die Vertragsgestaltung auf einen Notar zurückzuführen ist, möglicherweise auf die §§ 307–309 BGB abgestimmt werden. Letzteres ergibt sich aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG, wonach dem Notar die Pflicht zur Beachtung der „Zwei-Wochen-Frist“ im Rahmen des Beurkundungsverfahrens obliegt. Die Einhaltung dieser Frist dient dem Verbraucherschutz,³⁵ der sich generell im ungleichmäßigen Machtverhältnis zwischen den Kontrahenten rechtfertigen lässt³⁶. Nach *Werner Flume* sei es schließlich „das ewige Dilemma der Privatautonomie, dass diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird“³⁷. Aufgrund der mangelnden Professionalität des Verbrauchers wird diese ungleiche Machtverteilung zulasten des Unternehmers regelmäßig angenommen.³⁸ Die damit einhergehende Vertragsdisparität macht eine Einschränkung der Privatautonomie notwendig.³⁹ Die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft beeinflussen daher die Wirksamkeit der Haftungsausschlussklausel, sodass eine Abgrenzung im Rahmen der rechtsdogmatischen Analyse der Haftungsausschlussklausel (zweites Kapitel) notwendig ist. Eine Begrenzung dieser Untersuchung auf eine der beiden Konstellationen ist daher sinnvoll.

2. Dritte

In den Erwerb eines Hausgrundstücks sind nicht nur Hauskäufer und Hausverkäufer als Vertragsparteien involviert, sondern auch Dritte, deren Mitwirkung entweder gesetzlich vorgeschrieben ist oder die fakultativ hinzugezogen werden. Aufgrund der wirtschaftlichen Tragweite und Komplexität solcher Transaktionen handelt es sich nicht um alltägliche Geschäfte. Für die meist rechtsunerfahrenen Kontrahenten besteht daher ein Bedürfnis nach rechtlichem Beistand, das von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB abgedeckt

34 Zum Begriff und Funktion des Verbrauchervertrags, siehe *Calliess*, in: Möslein [Hrsg.], *Private Macht*, S. 213, 222 ff.

35 BT-Drucks. 17/12035.

36 *Calliess*, in: Möslein [Hrsg.], *Private Macht*, S. 213, 216.

37 *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, S. 10.

38 Dazu *Roussos*, in: FS Säckler, S. 141.

39 In die Richtung BVerfG, *Beschl. v. 19.10.1993*, 1 BvR 567/89, *juris*, Rn. 55.

wird. Die Formvorschrift legt fest, dass Verträge, die die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Inhalt haben, der notariellen Beurkundungspflicht i. S. d.

§ 128 BGB i. V. m. §§ 8 ff. BeurkG unterliegen. Das BGB schreibt mithin die Mitwirkung eines Notars in Immobilientransaktionen zwingend vor. Bei Nichteinhaltung droht die Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB. Hingegen ist die Hinzuziehung eines Immobilienmaklers oder eines Immobiliengutachters zwar vorteilhaft, jedoch gesetzlich nicht obligatorisch. Es können darüber hinaus weitere Dritte beteiligt sein, wie Banken und Behörden, die in dieser Untersuchung auch aufgrund der Übersichtlichkeit und Durchführbarkeit jedoch nicht berücksichtigt werden. Die Einbeziehung von Dritten in die Transaktion wirft jedenfalls zahlreiche Zurechnungs- und Haftungsfragen auf, die noch thematisiert werden.

II. Immobilienarten

Ein Grundstück kann mit einem Gebäude als wesentlicher Bestandteil i. S. d. § 94 Abs. 1 BGB bebaut sein. Dabei wird grob zwischen Wohn-, Gewerbe- und Sonderimmobilien unterschieden.⁴⁰ Die Immobilienart, die im Mittelpunkt eines Rechtsgeschäfts steht, ist für die folgende Untersuchung aus zwei Gründen von Bedeutung. Erstens kann eine Person, die beispielweise einen Gebäudekomplex für unternehmerische Zwecke erwirbt und bereits im Vorfeld hochqualifizierte Fachanwälte zur Vertragsgestaltung und -beratung hinzuzieht,⁴¹ als weniger schutzbedürftig angesehen werden⁴². Dort wird die gesetzliche Sachmängelhaftung i. d. R. abbedungen und durch ein maßgeschneidertes Haftungssystem ersetzt.⁴³ Beim Durchschnittsbürger, der sich mit einem begrenzten Vermögen ein Einfamilienhaus für Wohnzwecke anschafft, verhält es sich anders. Unter den Begriff „Einfamilienhaus“ fällt *„jedes Gebäude, das in erster Linie den Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient“*⁴⁴. Zweitens ist es für

40 Siehe dazu *Arens/Gondring*, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung [Hrsg.], Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, S. 931, 933 f.

41 Im gewerblichen Bereich ist es nicht unüblich, dass die Vertragsparteien für die Transaktion von Immobilien - neben dem Notar - noch weitere Berater einschalten, *Schmid/Pinkel*, *Hanse L. Rev.* 3 (2007), S. 5, Fn. 1.

42 *Weinberger*, *Md. L. Rev.* 55 (1996), S. 387, 413.

43 *Lindner*, *RNotZ* 2018, S. 69, 70.

44 *BT-Drucks.* 19/15828, S. 18.

die rechtliche Einordnung der Haftungsausschlussklausel von Belang, ob es sich dabei um ein neuwertiges, gebrauchtes oder kernsaniertes Einfamilienhaus handelt. Bei einem neuen Hausgrundstück darf der Erwerber mit der Sachmängelfreiheit rechnen bzw. damit, dass sein Kontrahent für Sachmängel haftet.⁴⁵ Ebenso hat die Immobilienart, auf die später noch eingegangen wird, einen Einfluss auf die Bestimmung des Transaktionstyps. Die Immobilienarten lassen sich insgesamt wie nachfolgend dargestellt kategorisieren⁴⁶:

Abbildung 2: Die einzelnen Immobilienarten

Wohnimmobilien	Gewerbeimmobilien	Sonderimmobilien
1. Ein-/Zweifamilienhäuser, Doppelhäushälften 2. Mehrfamilienhäuser, Reihenhäuser 3. Eigentumswohnungen	1. Büroimmobilien (City-Lage, City-Randlage, Stadtgebiet, Umland) 2. Handelsimmobilien SB-Märkte, Einkaufszentren, Warenhäuser, Shopping-Center, Ladenlokale, Fachmärkte 3. Industrieimmobilien: (Fertigungsgebäude, Lagerhallen, Werkstätten, Distributionszentren, Industrieparks)	1. Verwaltungsgebäude 2. Seniorenimmobilien 3. Kliniken 4. Sport-/Freizeitimmobilien 5. Hotels, Pensionen 6. Restaurants, Gaststätten
„unbebaute Grundstücke“		
„neu“ oder „gebraucht“		

45 Drescher/Anker, NZBau 2017, S. 583, 585; Lindner, RNotZ 2018, S. 69, 70.

46 Quelle und Grafik: Im Wesentlichen übernommen von Gondring, Immobilienwirtschaft, S. 15.

III. Transaktionstypen

Der Transaktion eines gebrauchten Hausgrundstücks liegt in der Regel ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zugrunde, der auf die Übergabe und Übereignung gegen Zahlung eines Kaufpreises gerichtet ist. Neubauten werden aber regelmäßig von einem Bauträger veräußert, sodass der Bauträgervertrag i. S. d. § 650u BGB bei dieser Immobilienart zur Anwendung kommt.⁴⁷ Beide Vertragsarten gehören zum sogenannten „Asset Deal“, wobei auch die Übertragung von Grundstücksportfolios und „Sale and Lease Back“-Transaktionen miteingeschlossen sind.⁴⁸ Ein „Share Deal“ hingegen, der den Erwerb von Gesellschaftsanteilen eines Rechtssubjekts betrifft, das ein Hausgrundstück oder ein Grundstücksportfolio in seinem Gesellschaftsvermögen hält, wird in dieser Untersuchung nicht berücksichtigt.⁴⁹ Da hier der Fokus auf dem „Asset Deal“ liegt, werden im Folgenden die Unterschiede zwischen den praxisrelevanten Kauf- und Bauträgerverträgen erläutert:

Der Bauträgervertrag ist als „gemischter Vertrag“ anzusehen, da er sowohl Elemente des Kauf- als auch des Werkvertragsrechts enthält. Entsprechend dem Gesetzestext des § 650u Abs.1 BGB liegt er grundsätzlich nur dann vor, wenn das Haus bzw. Bauwerk bei Vertragsschluss noch nicht errichtet wurde.⁵⁰ Gleichwohl hat der BGH in seiner Rechtsprechung entschieden, dass der Erwerb neu errichteter Hausgrundstücke und Eigentumswohnungen unabhängig vom Zeitpunkt der Fertigstellung stets dem Bauträgerrecht unterliegt und nicht dem Kaufrecht. Er argumentiert damit, dass das Bauträger- bzw. Werkvertragsrecht auch nach der Schuldrechtsmodernisierung weiterhin im Interesse der Vertragsparteien liege, insbesondere aufgrund der Möglichkeit des Bestellers zur Selbstvornahme und der Wahlmöglichkeit des Bauträgers zwischen Mangelbeseitigung und Neuherstellung.⁵¹ Die Unterscheidung zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Hausgrundstücken ist von entscheidender Bedeutung für die Anwendung des Kaufvertrags- oder Bauträgervertragsrechts. Das Kaufrecht findet ausschließlich auf gebrauchte Hausgrundstücke Anwendung.

47 *Amann*, in: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. [Hrsg.], Der notarielle Kaufvertrag, S. 77.

48 Insbesondere zur rechtlichen Gestaltung, *Jürgens*, RNotZ 2021, S. 173.

49 *Steinke*, et al., Due Diligence bei Grundstücksgeschäften, Rn. 216 ff.; *Kespohl*, GWR 2012, S. 99.

50 Dasselbe gilt auch, wenn der Bauträger das Haus bzw. Bauwerk auf Vorrat errichtet hat und von dem Besteller nur noch bemustert werden muss, *Schwenker/Rodermann*, in: *Erman-BGB*, § 650u, Rn. 2.

51 BGH, Urt. v. 12.05.2016, VII ZR 171/15, juris, Rn. 21 ff.

D. Eingrenzung der Konstellationen

Die Konstellationen bei Immobilientransaktionen sind äußerst vielfältig und lassen sich nicht erschöpfend erfassen. Eine umfassende Berücksichtigung aller Besonderheiten bei der rechtlichen und ökonomischen Bewertung der Haftungsausschlussklausel würde die Untersuchung unübersichtlich und uferlos machen. Daher ist der Fokus auf die am häufigsten vorkommende Konstellation zu richten, nämlich den privaten Grundstückskauf zwischen zwei Bürgern. Der Vertragsgegenstand ist dabei ein gebrauchtes Grundstück mit einem Einfamilienhaus, für das keine zusätzliche Herstellungspflicht vereinbart wurde. In diesem Zusammenhang können ein Immobilienmakler oder ein Immobiliengutachter involviert sein. Ihre Einbeziehung ist vor allem im Hinblick auf Zurechnungs- und Haftungsfragen vorteilhaft, da sie möglicherweise dazu beitragen können, die Auswirkungen der Haftungsausschlussklausel abzumildern. Die Beteiligung eines Notars, der die Haftungsausschlussklausel im Beurkundungsverfahren üblicherweise vorschlägt, ist ohnehin zwingend und sollte folglich berücksichtigt werden.

E. Die einzelnen Fragestellungen

In dieser Untersuchung werden Fragestellungen zur Haftungsausschlussklausel beim Erwerb von gebrauchten Hausgrundstücken behandelt. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob es de lege ferenda spezifischer Informationspflichten oder sogar eines zwingenden Grundstückskaufrechts bedarf, um effiziente Grundstückstransaktionen sicherzustellen und Hauskäufer vor wirtschaftlich schwerwiegenden Schäden durch Sachmängel zu schützen. Hieraus ergeben sich weitere Unterfragen, die in drei Kapiteln erörtert werden.

Kapitel 1

Kapitel 1, A: Warum hat der Gesetzgeber bisher für den Erwerb von gebrauchten Hausgrundstücken noch kein zwingendes Grundstückskaufrecht oder keine speziellen Informationspflichten erlassen, die einem uneingeschränkten Gewährleistungsausschluss entgegenstehen können? Was bezweckt die notarielle Beurkundungspflicht in § 311b Abs. 1 S. 1 BGB? Wird der potenzielle Hauskäufer allein durch die Einbeziehung eines Notars sowie dessen Belehrungs- und Beratungspflichten vor dem Sachmängelrisiko und den einschneidenden Rechtsfolgen der Haftungsausschlussklausel ausreichend geschützt?

Kapitel 1, B: Wie ist die Haftungsausschlussklausel beim Erwerb eines gebrauchten Hausgrundstücks formuliert? Wann gilt ein Hausgrundstück als „neu“ oder „gebraucht“? Mit welchen Begründungen wird ein Gewährleistungsausschluss gerechtfertigt? Welche Einwände können insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der Haus- und Bautechnik gegen eine Haftungsausschlussklausel vorgebracht werden?

Kapitel 1, C: Seit wann wird die Haftungsausschlussklausel in diesem Geschäftsbereich verwendet, und was war der Anlass oder die ursprüngliche Begründung für ihre Verwendung? Wie wurden die Haftungsausschlussklauseln in Grundstückstransaktionen vor und unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB formuliert, und in welchem Umfang ließ sich damit die gesetzliche Sachmängelhaftung ausschließen?

Kapitel 2

Kapitel 2, A: Inwieweit wird die Verwendung der Haftungsausschlussklausel durch das geltende Recht eingeschränkt? Welche Unwirksamkeitsgründe können vorliegen, sodass die Haftungsausschlussklausel aus der Perspektive der Hauskäufer weniger gefährlich erscheint? Unterliegt ein „Notarvertrag“ der Inhaltskontrolle nach §§ 307–310 BGB? Falls ja, wird die Haftungsausschlussklausel durch die Inhaltskontrolle unwirksam? Sollte die Wirksamkeit der Haftungsausschlussklausel an die Rechtsbelehrung durch den Urkundsnotar geknüpft werden?

Kapitel 2, B: In welchen Fällen wird die Haftungsausschlussklausel trotz ihrer Wirksamkeit von gesetzlichen und vertraglichen Regelungen überlagert? Welche Arten von Sachmängeln gibt es? Kann der Hauskäufer im Gerichtsprozess die Darlegungs- und Beweislast für den Nachweis einer Arglist i. S. d. § 444 Alt. 1 BGB erfüllen? Haftet der Hausverkäufer für falsche Informationen zur Beschaffenheit des Hausgrundstücks, insbesondere für solche im Maklerexposé und Energieausweis?

Kapitel 2, C: Kann der Hauskäufer bestimmte Dritte, die an der Transaktion beteiligt sind, für Sachmängel in Regress nehmen, sodass das Sachmängelrisiko durch diese Regressansprüche für Hauskäufer weniger gravierend wird?

Kapitel 3

Kapitel 3, A: Macht die Verwendung der Haftungsausschlussklausel den Grundstückskauf insgesamt ineffizient? Falls ja, mit welchen Lösungsansätzen, die sich nach ökonomischen Maßstäben richten, kann die Effizienz gesteigert werden?

Kapitel 3, B: Wäre ein Markteingriff zur Effizienzsteigerung von Immobilientransaktionen gerechtfertigt? Falls für die Lösungsansätze ein Markteingriff notwendig ist, um die Effizienz beim Erwerb von gebrauchten Hausgrundstücken zu steigern, stellt sich die Frage, ob dieser gerechtfertigt ist.

Kapitel 3, C: Wie sollte dieser Markteingriff im BGB normiert sein? Käme für mögliche Lösungsansätze ein zwingendes Grundstückskaufrecht oder ein „Informationsmodell“ in Betracht?

F. Gang der Untersuchung

Um die aufgeworfenen Fragestellungen zu beantworten, ist es im ersten Kapitel notwendig, zunächst die Rechtspolitik und -praxis zur Nutzung der Haftungsausschlussklausel zu erläutern. Insbesondere soll in diesem Abschnitt durch die Heranziehung von Gesetzestexten, Formularbüchern und nichtjuristischer Literatur zur Entwicklung der Haus- und Bautechnik ermittelt werden, ob eine Haftungsausschlussklausel beim Erwerb von Hausgrundstücken mittlerweile überholt bzw. vertrags- und interessengerecht ist. Daran schließt sich im zweiten Kapitel eine rechtsdogmatische Analyse der Haftungsausschlussklausel an. Dabei wird untersucht, ob Un-