



# Deutscher Notarverein

## Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

An die  
Mitglieder des Rechtsausschusses  
im Deutschen Bundestag

per E-Mail

Kronenstraße 73/74  
10117 Berlin  
Tel: 030 / 20 61 57 40  
Fax: 030 / 20 61 57 50  
E-Mail: o.vossius@dnotv.de  
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 17 Januar 2013

### Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (i. F. „RegE“)

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Nachgang zu unserer Stellungnahme vom 29. Oktober 2012<sup>1</sup> dürfen wir zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (i. F. „RL“) nochmals auf die **unzureichende Umsetzung der RL in § 312 Absatz 2 Ziffer 1 BGB-E** hinweisen.

Wir schlagen folgende Änderung des Regierungsentwurfs vor:

#### Formulierungsvorschlag:

§ 312 Abs. 2 Ziffer 1 BGB-E wird wie folgt gefasst:

„1. *Verträge, die nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen geschlossen wurden und keine Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben,*“

<sup>1</sup> Abrufbar unter [www.dnotv.de/Dokumente/Stellungnahmen.html](http://www.dnotv.de/Dokumente/Stellungnahmen.html)

Die Nr. 2 entfällt, da sie in Nummer 1 bereits enthalten ist. Die nachfolgenden Nummern werden jeweils numerisch angepasst.

Zur Begründung dürfen wir Folgendes anführen:

- (1) Nur mit diesem Vorschlag wird Art. 3 Abs. 3 lit. i) der RL vollständig umgesetzt.
- (2) Dieser Vorschlag vermeidet rechtssystematische Brüche innerhalb unserer Zivilrechtsordnung.

### 1. Umsetzung der RL

Nach Art. 3 Abs. 3 lit. i) der RL sind von deren Anwendung ausgenommen:

***„Verträge, [...] die nach dem Recht der Mitgliedstaaten vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossen werden, der gesetzlich zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet ist und durch umfassende rechtliche Aufklärung sicherzustellen hat, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt“.***

Aus deutscher Sicht umfasst diese Ausnahme **alle Verträge, die nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 8 ff. BeurkG) geschlossen worden sind**. Bei diesen Beurkundungen gelten die Berufspflichten des Notars nach § 17 BeurkG zur Erforschung des Willens der Beteiligten und zur umfassenden rechtlichen Aufklärung. Nicht erfasst sind davon hingegen bloße notarielle Beglaubigungen und Bescheinigungen (§§ 36-43 BeurkG); bei diesen kommen daher die Verbraucherschutzvorschriften der Richtlinie zu Anwendung.

**Nach der RL gilt die Ausnahme für Beurkundungen unabhängig davon, ob das nationale Recht des einzelnen Mitgliedstaates die Beurkundung solcher Verträge durch einen Notar zwingend vorschreibt**. Die RL ist also auch dann nicht anwendbar, wenn die Vertragsparteien sich freiwillig für die Beurkundung eines Vertrags entscheiden. Das europäische Recht schafft damit den Vertragsparteien Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Methoden des Verbraucherschutzes.

Der RegE hingegen nimmt in der Neufassung des § 312 Abs. 2 Ziffer 1 BGB nur diejenigen notariellen Verträge von den §§ 312 ff. BGB-E aus, bei denen **„das Gesetz notarielle Beurkundung des Vertrags oder einer Vertragserklärung vorschreibt“**.

Damit wird den Beteiligten die Wahlfreiheit zwischen vorsorgender Rechtspflege einerseits und nachwirkendem Verbraucherschutz andererseits genommen. Der RegE hält es ohne weitere Begründung für „*sinnvoll, dem Verbraucher bei nicht beurkundungspflichtigen Verträgen die in § 312d in Verbindung mit Artikel 246a und 246b des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vorgesehenen Informationen zukommen zu lassen*“, nimmt aber die vor einem Notar geschlossenen Verträge vom Widerrufsrecht aus, § 312g Abs. 2 Nr. 13 BGB-E (Begr. RegE, S. 75 oben).

Der RegE verkennt damit jedoch, dass der europäische Gesetzgeber eine andere Abgrenzung zwischen dem Modell des Verbraucherschutzes durch vorsorgende Rechtspflege und durch Information und Widerrufsrecht gefunden hat.

## 2. Vermeidung rechtssystematischer Brüche

Das Umsetzungsdefizit hat zudem nachteilige Folgen im deutschen Zivilrecht. Aus diesen lässt sich erkennen, dass die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers mit guten Gründen getroffen wurde.

Zur Erläuterung dienen folgende Beispiele:

### Beispiel 1:

M ist insolvent. Um das Unternehmen fortzuführen, will sein dort angestellter Prokurist P in erheblichem Umfang betriebsnotwendiges Vermögen aus der Insolvenzmasse erwerben. Die mandatierten Rechtsanwälte beider Seiten raten zur notariellen Beurkundung, zum einen um eine unheilbare Nichtigkeit des Vertrags nach §§ 311b Abs. 3, 125 Satz 1 BGB zu vermeiden, zum anderen um einen Titel über den Kaufpreis zu bekommen (§ 794 Abs. 1 Ziffer 5 ZPO).

Nach dem RegE fällt dieser Vertrag nur dann nicht unter die §§ 312 ff. BGB, wenn er tatsächlich § 311b Abs. 3 BGB unterliegt. Andernfalls besteht zwar kein Widerrufsrecht, den Insolvenzverwalter treffen aber in vollem Umfang die vorvertraglichen Informationspflichten. Das in ihrer Verletzung liegende Haftungsrisiko (er kennt das Unternehmen längst nicht so gut wie M) wird er nicht eingehen wollen.

Der Insolvenzverwalter wird daher darauf bestehen, dass P eine GmbH gründet, die den Kaufvertrag (als Unternehmer) abschließt.

Für P, der die Anschaffungskosten für die zu erwerbenden Gegenstände in seiner eigenen (privaten) Einkommensteuererklärung geltend machen wollte, ändert dies aber die Situation grundlegend. Zudem steigen seine Transaktionskosten.

### Beispiel 2:

Die XY-Solar GmbH möchte eine neue Fläche als Solarfeld erschließen und betreiben. Da ihr für diesen Zweck nicht genügend Eigenkapital zur Verfügung steht, beabsichtigt sie, eine neue Gesellschaft in Form einer GmbH & Co KG zu gründen. Komplementär dieser KG soll die GmbH sein, als Kommanditisten wollen die Privatpersonen K 1 bis K 8 fungieren. Die Beteiligten beauftragen den Notar X mit der Beurkundung des KG-Vertrages. Damit soll vor allem die Beweissituation im Fall von Gesellschafterstreitigkeiten verbessert werden. Zudem erhöht der Gewinn an Rechtssicherheit die Fungibilität der Beteiligung.

Bei dem vorgenannten KG-Vertrag handelt es sich zweifelsfrei um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB, so dass nach § 312 Abs. 1 BGB-E die Vorschriften über den Verbraucherschutz generell Anwendung finden. Warum die Gründung einer Personengesellschaft im Wege einer notariellen Beurkundung gegenüber der Gründung einer GmbH (§ 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E i. V. m. § 15 GmbHG) anders beurteilt werden soll, ist nicht ersichtlich. Eine derartige Unterscheidung sieht die Verbraucherrechterichtlinie aus guten Gründen nicht vor.

Wie das Bundesministerium der Justiz im Referentenentwurf (Bearbeitungsstand 19. September 2012) zu Recht in der Begründung auf Seite 71 ausgeführt hat, gewährleisten die Beurkundungspflichten der §§ 2, 15, 53 GmbHG und § 23 AktG *„einen ausreichenden Schutz“* für den Verbraucher *„insbesondere durch die der notariellen Beurkundung innewohnende Belehrungs-, Warn- und Schutzfunktion“*. Warum in diesem Punkt zwischen der gesetzlich vorgeschriebenen Beurkundungspflicht und der freiwilligen Beurkundung durch die Beteiligten unterschieden wird, wird nicht deutlich. In beiden Fällen wird der Verbraucher durch *„die der Beurkundung innewohnende Belehrungs-, Warn- und Schutzfunktion“* **in gleichem Umfang** geschützt.

Dies verdeutlicht folgendes Beispiel nochmals:

### Beispiel 3:

Käufer K kauft von einem Anbieter von Vorratsgesellschaften eine GmbH & Co. KG. Der Erwerb des Kommanditanteils für EUR 1.000 soll zusammen mit dem Vertrag über den Verkauf und die Abtretung der GmbH-Anteile für EUR 27.500 mit beurkundet werden (keine Mehrkosten, da noch in derselben Gebührenstufe). Für Letzteren besteht eine Beurkundungspflicht nach § 15 GmbHG und somit eine Befreiung von den Informationspflichten der §§ 312 ff. BGB-E. Der Vertrag über den Verkauf und die Abtretung der Kommanditanteile unterfällt dagegen grundsätzlich keiner Beurkundungspflicht, auch nicht aufgrund eines rechtlichen Zusammenhangs („stehen und fallen“). Für den Erwerb der KG-Anteile gelten daher auch im Fall der notariellen

Beurkundung die vorvertraglichen Informationspflichten. Was aber sind die „wesentlichen Eigenschaften“ eines KG-Anteils im Sinne der Art. 246 Abs. 1 Nr. 1, Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB-E? Wie kurz darf die hier zu liefernde Einführung in das Recht der Kommanditgesellschaft sein?

Wenn Sie Fragen haben, sprechen Sie uns gern an.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius