

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
Mai 2016
ISSN 1434-3460

10/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 873, 925; WEG §§ 1, 3, 6, 8; GBO § 20 – Identität des Auflassungsgegenstands bei nachträglicher Änderung der Teilungserklärung

BGB § 632a Abs. 3 – Bauträgervertrag: nachträglicher Austausch der Sicherheit; Ersetzung des Einbehalts durch Bürgschaft

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GrEStG § 9 – Ansatz des Meistgebots als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ohne Minderung um die anteilige Instandhaltungsrückstellung

BGB § 577 Abs. 1 S. 1 – Vorkaufsrecht des Mieters an Wohnungseigentum: keine Begründungsabsicht nach Überlassung, wenn Teilungserklärung vor Überlassung notariell beurkundet; Manifestation der Begründungsabsicht nach außen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 873, 925; WEG §§ 1, 3, 6, 8; GBO § 20

Identität des Auflassungsgegenstands bei nachträglicher Änderung der Teilungserklärung

I. Sachverhalt

Im Rahmen von Bauträgerprojekten muss die Teilungserklärung gelegentlich nachträglich geändert werden, nachdem bereits einzelne Objekte an Erwerber verkauft worden sind. Beim Vollzug der Bauträgerverträge führen solche nachträglichen Änderungen mitunter zu Beanstandungen des Grundbuchamts, auch wenn die Änderungen die betroffene Sondereigentumseinheit nicht unmittelbar berühren. Einige Grundbuchämter verlangen dann die Wiederholung der bereits im Bauträgervertrag erklärten Auflassung; sie sind der Ansicht, dass sich durch Änderung der Teilungserklärung zugleich der Auflassungs-/Verfügungsgegenstand geändert habe.

II. Frage

Wann führt die nachträgliche Änderung der Teilungserklärung zum „Wegfall“ des bisherigen Auflassungsgegenstands und wann besteht der Auflassungsgegenstand fort?

III. Zur Rechtslage

1. Gegenstand der Auflassung bei Übertragung von Wohnungs-/Teileigentum

Vor Beantwortung der Frage gilt es sich zunächst zu ver-

gegenwärtigen, was bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum überhaupt Gegenstand der Auflassung gem. §§ 873, 925 BGB ist.

a) Rechtliche Struktur des Sondereigentums

Nach § 3 Abs. 1 WEG kann das **Miteigentum** (§ 1008 BGB) an einem Grundstück durch Vertrag der Miteigentümer in der Weise **beschränkt** werden, dass jedem der Miteigentümer abweichend von § 93 BGB das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird.

Nach § 8 Abs. 1 WEG kann der Eigentümer eines Grundstücks durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt das Eigentum am Grundstück in Miteigentumsanteile in der Weise teilen, dass **mit jedem Anteil das Sondereigentum** an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude **verbunden** ist.

Das Wohnungs-/Teileigentum ist somit durch zwei Elemente gekennzeichnet, die auf eine **vermeintliche Doppelstruktur** hindeuten: Zum einem ist es **Miteigentum** am Grundstück und vermittelt auf diesem Wege – mittelbar – auch Eigentum an den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks. Insoweit gelten die allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätze. Zum anderen werden die §§ 93, 94 BGB durchbrochen, die ja eigentlich besagen, dass die wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks nicht Gegenstand von besonderen Rechten sein können. Bei Wohnungs- und Teileigentum entsteht indes an einzelnen Räumen eine Sonderzuständigkeit (**Sondereigentum**

= Sonderrechtsfähigkeit von wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks). Kennzeichnend ist dabei, dass das **Sondereigentum nicht ohne den Miteigentumsanteil**, zu dem es gehört, veräußert oder belastet werden kann, § 6 Abs. 1 WEG. Andererseits erstrecken sich die Rechte am Miteigentumsanteil *ipso jure* auf das zu ihm gehörende Sondereigentum, § 6 Abs. 2 WEG.

Entgegen der wirtschaftlichen Sichtweise der Vertragsbeteiligten steht **aus rechtlicher Sicht das Miteigentum am Grundstück** und nicht das Sondereigentum an seinen wesentlichen Bestandteilen **im Vordergrund**, denn das Sondereigentum gem. § 6 Abs. 1 WEG stellt keinen eigenständigen Verfügungsgegenstand dar (vgl. Vandenhouten, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 5, wonach das Sondereigentum ein „Anhängsel“ zum Miteigentum ist; Jennißen/Zimmer, WEG, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 8). Nach dem herrschenden Verständnis, dem insbesondere die Rechtsprechung folgt, ist daher das Wohnungs-/Teileigentum ein „**besonders ausgestaltetes Bruchteilseigentum**“ am Grundstück (vgl. zu diesem Begriff BGH DNotZ 1990, 417, 419; NJW 2002, 1647, 1648; Vandenhouten, § 1 Rn. 5 m. w. N.; zu alternativen dogmatischen Modellen – Einheitslehre, gesellschaftsrechtliches Modell etc. – ausf. Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 5 ff.). Damit korrespondiert die einhellige Annahme, dass es sich bei der **erstmaligen Begründung von Wohnungs-/Teileigentum** um eine **Inhaltsänderung des Miteigentumsanteils** handelt (vgl. Riecke/Schmid/Schneider, § 1 Rn. 3; Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2005, § 3 WEG Rn. 31; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. 2005, Vor § 1 Rn. 24; § 3 Rn. 75; BeckOK-WEG/Gerono, Std.: 1.2.2016, § 3 Rn. 36 m. w. N.).

Dem steht nicht entgegen, dass **innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft das Sondereigentum isoliert** (also ohne Miteigentumsanteil) auf einen anderen **übertragen** werden kann. Denn hierbei dürfte es sich genau genommen nicht um eine Verfügung in Gestalt der *Übertragung* des Sondereigentums gem. § 873 BGB, sondern um eine Verfügung in Gestalt einer *Inhaltsänderung* des abgebenden sowie des aufnehmenden Miteigentumsanteils gem. §§ 877, 873 BGB handeln (str., vgl. Bärman/Armbrüster, WEG, 13. Aufl. 2015, § 2 Rn. 116; BeckOGK-WEG/Schultzky, Std.: 1.4.2016, § 6 Rn. 13 m. Fn. 14). Ungeachtet der dogmatisch umstrittenen Konstruktion beruht die Anerkennung der isolierten „Übertragbarkeit“ von Sondereigentum innerhalb der Gemeinschaft jedenfalls auf einer einschränkenden Auslegung des § 6 Abs. 1 WEG, die damit gerechtfertigt wird, dass durch eine solche Verfügung – gleichviel ob es sich hierbei um eine Übertragung oder eine Inhaltsänderung handelt – kein isoliertes Sondereigentum entsteht und demzufolge der Normzweck einer solchen Verfügung nicht entgegensteht (BeckOK-WEG/Gerono, § 6 Rn. 8).

Betrachtet man das **Sondereigentum als besonderen Inhalt des Miteigentumsanteils**, wird das Sondereigentum zwar von der dinglichen Einigung umfasst, kann aber keinen separaten Verfügungsgegenstand neben dem Miteigentumsanteil darstellen. Ausfluss dieser Sichtweise ist wiederum die ganz einhellige Ansicht, dass die Übertragung des Miteigentums an einen außenstehenden Dritten nicht ohne dazugehöriges Sondereigentum möglich ist, obgleich § 6 Abs. 1 WEG eine solche Übertragung nicht hinderte, weil er nur den umgekehrten Fall der Übertragung von Sondereigentum ohne Miteigentum betrifft (vgl. BeckOK-WEG/Gerono, § 6 Rn. 9). Eine isolierte Übertragung

des Miteigentumsanteils ohne Sondereigentum scheitert aber daran, dass das Sondereigentum wesensimmanenter Bestandteil des Miteigentumsanteils ist.

Freilich beschwört die Formulierung des Gesetzes, wonach Wohnungseigentum „das Sondereigentum an einer Wohnung *in Verbindung* mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum“ ist (vgl. Legaldefinition in § 1 Abs. 2 WEG), die irrige Vorstellung herauf, es handele sich um ein Rechtsgebilde aus zwei Verfügungsgegenständen. Dies gilt umso mehr, als sich auch die Verlautbarung von Wohnungs-/Teileigentum im Grundbuch an diesem Gesetzeswortlaut orientiert (z. B.: ...stel Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an ...).

Erhellender für das Verständnis des Verfügungsgegenstands „Wohnungs-/Teileigentum“ erscheint insoweit der Gesetzeswortlaut in § 3 WEG. Dort kommt zum Ausdruck, dass es sich um eine von § 93 BGB abweichende **Beschränkung des Miteigentumsanteils** mit dem Inhalt handelt, dass einzelne räumliche Bereiche (z. B. eine Wohnung) Gegenstand besonderer Rechte sein können. Oder anders formuliert: Das Sondereigentum tritt – entgegen der missverständlichen Legaldefinition in § 1 Abs. 2 u. 3 WEG und den hieran anknüpfenden Grundbuchverlautbarungen – nicht *neben* das Miteigentum, sondern ist ein Inhalt des jeweiligen Miteigentumsanteils. Demzufolge kann es bei der Übertragung von Wohnungs-/Teileigentum denknotwendig **nur einen einzigen Verfügungsgegenstand** i. S. v. §§ 873, 925 BGB geben (vgl. auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2939).

b) Zwischenergebnis

Gegenstand der dinglichen Einigung gem. §§ 873, 925 BGB zur Übertragung von Wohnungs-/Teileigentum ist der hiermit korrespondierende **Miteigentumsanteil**. Mit dem Miteigentumsanteil gehen gem. §§ 93, 94 BGB die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks sowie als besondere inhaltliche Ausgestaltung des Miteigentumsanteils auch das Sondereigentum an bestimmten Räumen über.

2. Identität des Verfügungsgegenstands trotz inhaltlicher Änderung

Vor dem Hintergrund, dass sachrechtlicher Verfügungsgegenstand und somit Gegenstand der Auflassung bei der Übertragung von Wohnungs- oder Teileigentum nicht das Sondereigentum, sondern der Miteigentumsanteil an dem nach WEG aufgeteilten Grundstück ist, stellt sich nun die Frage, wie sich eine Änderung der Teilungserklärung (im engeren oder weiteren Sinne) auf die Identität des Verfügungsgegenstands auswirkt.

a) Änderung der Teilungserklärung im weiteren Sinne (Gemeinschaftsordnung)

Nach § 5 Abs. 4 WEG können Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. Sofern dies durch Verlautbarung im Grundbuch geschieht, gelten die – an sich nur *inter partes* wirkenden – schuldrechtlichen Vereinbarungen der Wohnungs-/Teileigentümer auch gegenüber deren Sonderrechtsnachfolgern, § 10 Abs. 3 WEG.

Wenn eine verdinglichte **Gemeinschaftsordnung** zum **Inhalt des Sondereigentums** gehört, das seinerseits wiederum **Inhalt des jeweiligen Miteigentumsanteils** ist, folgt bereits aus dieser dogmatischen Konstruktion, dass es sich weiterhin um *denselben* Verfügungsgegenstand – „nur“ mit verändertem Inhalt – handelt. Der Verfügungsgegenstand

als solcher ist also vom Inhalt desselben zu unterscheiden. Eine Inhaltsänderung setzt den Fortbestand des geänderten Verfügungsgegenstands voraus; anderenfalls würde es sich um das Erlöschen des Rechtsobjekts „Wohnungs-/Teileigentum“ und die Begründung von „neuem“ Wohnungs- oder Teileigentum handeln. Die **Änderung** der Gemeinschaftsordnung **lässt** daher die **Identität des Verfügungsgegenstands unberührt** und eine erneute Auflassung ist nicht notwendig.

Bestätigung findet diese rechtliche Einschätzung in einer Entscheidung des **BayObLG** vom 13.6.1984 (BReg 2 Z 40/84, BeckRS 1984, 31150744 = MittBayNot 1984, 183). Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach erklärter, aber vor Grundbuchlich vollzogener Auflassung betreffend die Übertragung einer Eigentumswohnung und einer Teileigentumsanteile änderte sich die Teilungserklärung der Wohnungseigentumsanlage dergestalt, dass nachträglich auf Sondernutzungsrechte verzichtet, Sondereigentum am Gemeinschaftseigentum begründet und umgekehrt Sondereigentum teilweise wieder in Gemeinschaftseigentum umgewandelt wurde. Das Grundbuchamt wies den Antrag auf Eintragung der Auflassung ab mit dem Argument, der Verfügungsgegenstand habe sich wegen der zwischenzeitlich Grundbuchlich vollzogenen Änderungen zur Teilungserklärung ebenfalls verändert; die Auflassung sei daher zu wiederholen.

Das BayObLG teilte die Rechtsauffassung des Grundbuchamtes nicht und führte zur Identität des Verfügungsgegenstands in den Entscheidungsgründen aus (BeckRS 1984, 31150744; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Für das weitere Verfahren ist noch zu bemerken: Eine neue Auflassungserklärung der Beteiligten könnte nur verlangt werden, wenn sich in der Zwischenzeit der **Gegenstand des Eigentums**, also das Sachverhältnis, geändert hätte und damit die **Identität des von der Auflassung betroffenen Objekts** nicht mehr gegeben wäre (vgl. hierzu BayObLGZ 1972, 242/243 ff.; 1980, 108/110 ff.; 1982, 455/458 f.).*

*Im vorliegenden Fall sind hinsichtlich des aufgelassenen Wohnungs- und Teileigentums ersichtlich **weder die jeweiligen Miteigentumsanteile (Quoten) noch Gegenstand und Umfang des jeweiligen Sondereigentums geändert** worden. Insoweit bestehen deshalb gegen die Identität des Auflassungsobjekts keine Bedenken.*

*Soweit im Grundbuch vermerkt worden ist, der jeweilige Miteigentumsanteil werde künftig durch ein anderes Wohnungseigentum als bisher beschränkt, gilt dasselbe. Denn die **Frage, durch welches sonstige Sondereigentum das hier aufgelassene Wohnungs- (Teil-)Eigentum beschränkt ist, hat mit dessen dinglicher Zuordnung nichts zu tun**. Nicht anders ist es hinsichtlich sonstiger Änderungen der Teilungserklärung (**Gemeinschaftsordnung**), die nur das schuldrechtliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander regeln (z. B. Benutzungsrecht, Kostenverteilungsschlüssel o. ä.). Auch wenn diese als Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 4, §§ 8, 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG im Grundbuch eingetragen worden sind, wirken sie hierdurch nur gegen den Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers; durch diese Form der „Verdinglichung“ (vgl. hierzu Weitnauer WEG 6. Aufl. § 10 RdNr. 13 e, § 5 RdNr. 15 m. Nachw.) **ändert sich an dem aufgelassenen dinglichen Recht selbst nichts**, auch wenn die Vereinbarung – entsprechend der Konstruktion*

des Gesetzes – nicht als Belastung, sondern als Inhalt des Sondereigentums (hierzu Weitnauer § 10 RdNr. 15, § 5 RdNr. 16) eingetragen worden ist.“

Die Entscheidung des BayObLG hat in der Literatur Zustimmung gefunden (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3329; Stöhr, RNotZ 2016, 137, 158).

Etwaige Änderungen auf der Ebene der Gemeinschaftsordnung lassen mithin die Identität des Verfügungsgegenstands auch dann unberührt, wenn die Gemeinschaftsordnung gem. §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 3 WEG „verdinglicht“ wird. Hierfür spricht schließlich auch die Überlegung, dass die **Gemeinschaftsordnung** zum Inhalt *sämtlicher* Sondereigentumsanteile gehört und demzufolge überhaupt **keine Unterscheidungskraft hinsichtlich der einzelnen Miteigentumsanteile** entfaltet, also **nicht identitätsstiftend** wirkt.

b) Änderung der Teilungserklärung im engeren Sinne (sachenrechtlicher Aufteilungsakt)

Die Entscheidung des **BayObLG** ist auch für die Beurteilung der weiteren Frage aufschlussreich, ob eine Änderung der Teilungserklärung im engeren Sinne, also auf Ebene des sachenrechtlichen Aufteilungsakts, die Identität des Verfügungsgegenstands tangiert.

Nach Ansicht des BayObLG (BeckRS 1984, 31150744) besteht die **Identität** des aufgelassenen Verfügungsgegenstands fort, wenn hinsichtlich der *nicht von der Veräußerung betroffenen Einheiten* Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umgewandelt wird oder wenn die Miteigentumsanteile dieser nicht betroffenen Einheiten geändert werden. Eine Identität sei auch dann anzunehmen, wenn die aufgelassene Einheit künftig durch ein anderes Wohnungseigentum als bisher beschränkt, also Gemeinschaftseigentum in neues Sondereigentum umgewandelt werde.

Demgegenüber sei der Auflassungsgegenstand **nicht mehr identisch**, wenn sich die Miteigentumsquote *der veräußerten (aufgelassenen) Wohnungs-/Teileigentumsanteile* oder deren dingliche Zuordnung beruhend auf dem Sondereigentum ändere. In diesen Fällen sei die Auflassung erneut zu erklären (ebenso Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 20 Rn. 35).

Die Sicht des BayObLG, wonach die **Identität der aufgelassenen Wohnungs- bzw. Teileigentumsanteile durch die Größe des Miteigentumsanteils (Quote) sowie durch die dingliche Zuordnung beruhend auf dem Sondereigentum** (i. S. e. Sonderzuständigkeit abweichend von §§ 93, 94 BGB) **bestimmt** wird, erscheint uns durchaus überzeugend.

Insbesondere können Veränderungen im übrigen Sondereigentum (= andere Wohnungs-/Teileigentumsanteile) oder im Gemeinschaftseigentum (z. B. die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum) nicht zu einem „Identitätswegfall“ des Verfügungsgegenstands führen, wie folgende **Parallelüberlegung zur Auflassung eines nicht nach WEG aufgeteilten Grundstücks** verdeutlichen soll: Angenommen, A veräußert an B einen 1/2-Miteigentumsanteil an einem Grundstück, das mit einem Wohnhaus bebaut ist. Nach Erklärung der Auflassung, aber vor dinglichem Vollzug im Grundbuch brennt das Haus vollständig nieder. Es vollzieht sich mithin eine rechtliche Änderung dergestalt, dass wesentliche Bestandteile des Grundstücks untergehen. Gleichwohl steht hier außer Zweifel, dass der Verfügungsgegenstand „1/2-Mit-

eigentumsanteil am Grundstück“ weiterhin identisch ist, denn das Grundbuch verlaubar nur die rechtlichen Verhältnisse am Grundstück, nicht aber an seinen wesentlichen Bestandteilen; das Schicksal der wesentlichen Bestandteile ist also für die Identität des Verfügungsgegenstands „Grundstück“ irrelevant.

Nichts anderes gilt indes für das Wohnungs-/Teileigentumsgrundbuch: Auch dieses verlaubar die Miteigentumsverhältnisse am Grundstück. Die Besonderheit besteht „nur“ darin, dass mit dem Miteigentumsanteil eine räumliche Sonderzuständigkeit verbunden ist. **Allein** diese von §§ 93, 94 BGB abweichende Sonderzuständigkeit (**Sondereigentum**) **ist der besonders ausgeprägte Inhalt des jeweiligen Bruchteils (= Verfügungsgegenstand)**. Dass mit diesem Miteigentumsanteil gemeinschaftliches Eigentum an wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks einhergeht, ist demgegenüber genauso unbeachtlich für die Identität des Verfügungsgegenstands wie bei einem „normalen“, nicht nach WEG aufgeteilten Grundstück. Die Umwandlung von anderen Sondereigentumseinheiten in Gemeinschaftseigentum oder die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum ist aber bezogen auf den aufgelassenen Miteigentumsanteil nichts anderes als eine identitätswahrende Änderung der wesentlichen Bestandteile des Grundstücks. Die durch Derogation der §§ 93, 94 BGB bewirkte Rechtsfolge (Sonderrechtsfähigkeit) beschränkt sich auf einen bestimmten räumlichen Bereich (= Sondereigentum) und kann **nur insoweit identitätsstiftend** sein, weshalb Veränderungen außerhalb dieses Bereichs das Wesen und die Identität dieser Wohnungs-/Teileigentumseinheit nicht berühren. Oder mit anderen Worten: Der Miteigentumsanteil für die „Wohnung Nr. 1“ unterscheidet sich allein dadurch von allen anderen Miteigentumsanteilen, dass er abweichend von §§ 93, 94 BGB eine Sonderrechtszuständigkeit an den Räumen der Wohnung Nr. 1 begründet. Nicht identitätsstiftend ist dagegen der Umstand, dass weiteres Sondereigentum oder Gemeinschaftseigentum vorhanden ist.

3. Schlussfolgerung

Es ist höchstrichterlich – soweit ersichtlich – noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen der dingliche Vertragsgegenstand seine Identität verliert. Vorbehaltlich dessen und unter Berücksichtigung der zitierten Entscheidung des BayObLG scheint uns eine Auflassung **nur dann wiederholungsbedürftig, wenn** die nachträgliche **Änderung** der Teilungserklärung entweder die **Miteigentumsquote oder die räumliche Erstreckung des Sondereigentums** der aufgelassenen Wohnungs-/Teileigentumseinheit **betrifft**. Es ließe sich zwar argumentieren, dass sogar bei einer räumlichen Änderung des Sondereigentums der Verfügungsgegenstand fortbestünde, weil es sich dabei um eine Inhaltsänderung des Miteigentumsanteils handelte. Allerdings ist sowohl das Vorhandensein von Sondereigentum als auch dessen räumliche Ausdehnung identitätsstiftendes Merkmal des jeweiligen Miteigentumsanteils. Zu Recht hat daher jüngst *Stöhr* (RNotZ 2016, 137, 158) zur Entbehrlichkeit der erneuten Auflassung ausgeführt:

„Selbstverständliche Voraussetzung ist, dass hinsichtlich des aufgelassenen Sondereigentums ersichtlich weder die jeweiligen Miteigentumsanteile noch Gegenstand und Umfang des jeweiligen Sondereigentums ohne Zustimmung des Käufers geändert worden [!].“

Die Einigung nach §§ 873, 925 BGB bezieht sich mithin auf den in dieser Weise besonders ausgeprägten Bruchteile und ist folglich zu wiederholen, wenn sich die identitätsstif-

tenden Merkmale des Bruchteils ändern (zum Erfordernis einer erneuten Vormerkung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MaBV s. ergänzend Bast, Rn. 293).

BGB § 632a Abs. 3

Bauträgervertrag: nachträglicher Austausch der Sicherheit; Ersetzung des Einbehalts durch Bürgschaft

I. Sachverhalt

Die Beteiligten haben einen Bauträgerkaufvertrag geschlossen. Der Bauträger hat als Sicherheit gem. § 632a Abs. 3 BGB den Einbehalt eines Teilbetrags von 5 % des Kaufpreises von der ersten Rate gewählt. Später möchte der Bauträger die Sicherheit austauschen, d. h. dem Käufer eine Bürgschaft i. H. v. 5 % des Kaufpreises leisten gegen Zahlung des bis dahin einbehaltenen Betrags.

II. Frage

Darf der Bauträger die Sicherheit nach § 632a BGB jederzeit austauschen?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtliche Ausgangslage

Nach § 632a Abs. 3 S. 1 BGB muss ein Unternehmer (= Bauträger), wenn der Besteller (= Erwerber) ein Verbraucher ist und der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat, bei der ersten Abschlagszahlung eine **Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung** des Werkes ohne wesentliche Mängel i. H. v. 5 % des Vergütungsanspruchs leisten. Sofern das Gesetz eine Sicherheit verlangt, ist grundsätzlich die Bestimmung des § 232 BGB anwendbar. Da die dort aufgeführten Sicherheiten für den konkret betroffenen Lebensbereich nur wenig praktikabel sind, hat der Gesetzgeber in Abweichung vom Subsidiaritätsgrundsatz des § 232 Abs. 2 BGB angeordnet, dass die Sicherheit auch durch Garantie oder sonstiges Zahlungsverprechen eines im Inland zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden kann, § 632a Abs. 4 BGB.

Des Weiteren ist in § 632a Abs. 3 S. 3 BGB geregelt, dass auf Verlangen des Unternehmers die Sicherheitsleistung durch **Einbehalt** dergestalt erbracht werden kann, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zum Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält. In der Gesetzesbegründung zum Forderungssicherungsgesetz führt der Gesetzgeber zu Sinn und Zweck dieses Wahlrechts des Unternehmers aus (BT-Drucks. 16/511, S. 15; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Nach Satz 3 kann die Sicherheitsleistung in Anlehnung an die Regelung in § 17 Nr. 6 VOB/B auch in der Weise erbracht werden, dass auf Verlangen des Unternehmers ein Einbehalt erfolgen kann. Da dieser Einbehalt von den Parteien direkt geregelt werden kann, wird er mit der Einschaltung der Bank verbundene Organisations- und Kostenaufwand vermieden. Der Besteller kann im Falle einer solchen Vereinbarung die Abschlagszahlungen so lange zurückhalten, bis die geschuldete Sicherheit von 5 Prozent erbracht ist.“

2. Nachträglicher Austausch des Einbehalts durch Bürgschaft

Ein nachträglicher Austausch der vom Unternehmer zunächst gewählten Sicherheitenform ist im Gesetz nicht

geregelt. Ebenso wenig lässt sich der Gesetzesbegründung dazu etwas entnehmen. Die Kommentarliteratur geht indes davon aus, dass der Werkunternehmer (hier: der Bauträger) befugt sei, den gewählten Einbehalt durch eine andere Sicherheit zu ersetzen. So führt *Mundt* aus (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Nachdem es nach dem Gesetz dem **Unternehmer** überlassen ist, ob er einen Bareinbehalt beansprucht oder eine andere Sicherheit stellt, erscheint es sachgerecht, dass er an die einmal getroffene Entscheidung nicht gebunden ist. Der Unternehmer kann deshalb auch nachträglich die Einzahlung des Bareinhalts gegen Stellung einer anderweitigen Sicherheit verlangen. [...] Insoweit gilt hier nichts anderes, als das, was die VOB Teil B in § 17 Abs. 3 VOB/B generell für Sicherheiten regelt“

(BeckOGK-BGB/Mundt, Std.: 1.2.2016, § 632a Rn. 84, 84.1; ebenso Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, § 632a BGB Rn. 111; Everts, MittBayNot 2009, 190, 193).

§ 17 Abs. 3 VOB/B bestimmt, dass der Auftragnehmer die Wahl unter verschiedenen Arten von Sicherheiten hat und er eine Sicherheit durch eine andere ersetzen kann.

Obgleich *Basty* (Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rn. 1190, S. 515) sich in seinen Erläuterungen nicht ausdrücklich zum nachträglichen Austausch der Sicherheit äußert, scheint er diesen dennoch für zulässig zu halten, denn nach seiner Musterformulierung ist der Erwerber auch zu einem späteren Zeitpunkt, d. h. nach Leistung der um den Einbehalt gekürzten ersten Abschlagszahlung verpflichtet, „dem Veräußerer den einbehaltenen Betrag Zug um Zug gegen Übergabe der Sicherheit auszusahlen“.

Grundsätzlich dürfte mithin ein nachträglicher Austausch der Sicherheit durch Gewährung einer Bürgschaft anstelle des Einhalts **zulässig** sein.

3. Sicherheitenaustausch als Abweichung vom Inhalt des Bauträgervertrags

Das eigentliche Problem wird möglicherweise auf der Ebene des konkret vereinbarten Vertrags liegen. *Basty* regelt in seinem Vertragsmuster die Sicherheit gem. § 632a Abs. 3 BGB zwar im Kontext der Zahlungsmodalitäten, erklärt die Sicherheit aber nicht zur Fälligkeitsvoraussetzung und integriert insbesondere den Einbehalt nicht in den Ratenzahlungsplan. Darüber hinaus ist das Recht des Bauträgers zum nachträglichen Austausch der Sicherheit ausdrücklich vereinbart.

Dies **entspricht aber nicht notwendigerweise der gegebenen Vertragsgestaltung**. Nicht selten macht nämlich der Bauträger sein Verlangen gem. § 632a Abs. 3 S. 3 BGB bereits im Bauträgervertrag geltend, weshalb der vertragsgestaltende Notar dazu neigt, die Stellung der Sicherheit gem. § 632a Abs. 3 BGB zur Fälligkeitsvoraussetzung zu erklären und den Einbehalt in den Ratenzahlungsplan zu integrieren. Dies geschieht durch Reduzierung der ersten Abschlagszahlung von 30 % auf 25 % der geschuldeten Vertragssumme (vgl. exemplarisch das Vertragsmuster von Schulz, Notarformulare Bauträgerrecht, 2014, § 6 Rn. 155). Die Sicherheitsleistung gem. § 632a Abs. 3 BGB gehört dadurch zur Regelungsmaterie der Leistungszeit i. S. v. § 271 BGB (vgl. zur unterschiedlichen Wirkungsweise von § 632a Abs. 3 BGB und §§ 3, 7 MaBV sowie zur Gefahr für die Gestaltungspraxis Monreal, DNotZ 2015, 173, 175 ff., 182). Darüber hinaus sind die Nachteile des ver-

traglich nicht vorgesehenen Sicherheitenaustauschs für den Erwerber zu bedenken, der ja nunmehr kurzfristig zusätzliche Liquidität aufbringen muss und sich darauf nach dem Inhalt des Bauträgervertrags nicht hätte einstellen müssen (vgl. auch Everts, MittBayNot 2009, 190, 193). Während nach dem Vertragsmuster von *Basty* ein nachträglicher Sicherheitenaustausch ausdrücklich vorgesehen ist und überdies die Fälligkeit der Abschlagszahlungen unberührt bleibt, kann sich je nach konkreter Vertragsgestaltung der hier erwogene Austausch der Sicherheiten als **Änderung der Leistungszeit i. S. v. § 271 BGB** darstellen. Eine solche Vertragsänderung ist aber selbstverständlich nicht einseitig möglich; vielmehr bedürfte es einer einvernehmlichen Vertragsänderung unter Mitwirkung des Erwerbers.

Sofern der Bauträgervertrag die Möglichkeit eines nachträglichen Sicherheitenaustauschs ausdrücklich vorsieht, erscheint es uns nicht rechtlich zwingend, dass der Bauträger den Austausch mit einer bestimmten Frist vorher ankündigen muss. Es fällt in die Verantwortung des Erwerbers, für die Finanzierung des Erwerbspreises – sei es aus Eigen- oder Fremdmitteln – zu sorgen. Ebenso wenig wie der Bauträger die alsbaldige Vollendung eines bestimmten Bauabschnitts und somit das Einfordern der nächsten Abschlagszahlung ankündigen muss, ist er u. E. gehalten, den Sicherheitenaustausch mit einer bestimmten Frist anzukündigen. Unter Liquiditätsgesichtspunkten steht der Erwerber nicht schlechter, als wenn der Bauträger die Bürgschaft bereits bei der ersten Abschlagszahlung gestellt hätte. Überdies ist der Erwerber durch die Notwendigkeit einer Mahnung (§ 286 Abs. 1 BGB) vor unangemessenen Rechtsfolgen geschützt.

4. Ergebnis

Die nachträgliche Gewährung einer Bürgschaft anstelle des Einhalts ist im Grundsatz mit dem Sinn und Zweck des § 632a Abs. 3 BGB vereinbar und daher zulässig. Das eigentliche Problem wird sich aber nicht selten auf der Ebene des konkret vereinbarten Vertrags ergeben. Es läge nämlich eine Änderung der Fälligkeitsabrede vor, wenn der Einbehalt – wie gelegentlich anzutreffen – in den Ratenzahlungsplan integriert worden ist. Eine Änderung der Leistungszeitbestimmung i. S. v. § 271 BGB kann der Bauträger nicht einseitig vornehmen, sie setzt als nachträgliche Vertragsänderung vielmehr die Mitwirkung des Erwerbers voraus (zur Frage der Beurkundungsbedürftigkeit nachträglicher Vertragsänderungen s. Gutachten DNotI-Report 2016, 63).

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**BGB §§ 1018, 1090, 1093; WEG §§ 13, 14
Belastung einer Sondereigentumseinheit mit einer Nutzungsdienstbarkeit; Befugnis des Dienstbarkeitsberechtigten zur Mitbenutzung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Zugangs**

Abruf-Nr.:

EU ErbVO Artt. 1 Abs. 2, 63, 68; BGB § 1371 Abs. 1
Österreich: Wohnungseigentum der Partner im
Todesfall; Europäisches Nachlasszeugnis; Ausweisung
des güterrechtlichen Viertels im Europäischen
Nachlasszeugnis
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GrEStG § 9

Ansatz des Meistgebots als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ohne Minderung um die anteilige Instandhaltungsrückstellung

Beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

BFH, Urt. v. 2.3.2016 – II R 27/14

Problem

Die Entscheidung des BFH v. 2.3.2016 betrifft die Frage, ob beim **Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung** (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG) die Instandhaltungsrücklage von der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer abzuziehen ist.

Entscheidung

Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ist der Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Bei einem Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG als **Gegenleistung das Meistgebot einschließlich der Rechte, die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben**.

Gegenstand der Versteigerung einer Eigentumswohnung ist das Sondereigentum an einer Wohnung i. V. m. dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Ihrem Umfang nach umfasst die Immobilienzwangsvollstreckung auch Gegenstände, auf die sich bei Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten die Hypothek erstreckt.

Solche Gegenstände sind z. B. die vom Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht nach den §§ 954 ff. BGB in das Eigentum eines anderen fallen. Die **Instandhaltungsrücklage** gehört laut BGH nicht dazu. Denn die anteilige Instandhaltungsrückstellung sei **Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft**, somit nicht Vermögen des von der Zwangsversteigerung betroffenen Wohnungseigentümers, sondern **Vermögen eines anderen Rechtssubjekts**. Die Wohnungseigentümergeinschaft sei ein vom jeweiligen Mitgliederbestand unabhängiger teilrechtsfähiger und parteifähiger Verband *sui generis* (§ 10 Abs. 6 WEG, vgl. bereits BGHZ 163, 154 = DNotZ 2005, 776). Ihr gehöre nach § 10 Abs. 7 S. 1 WEG das Verwaltungsvermögen, zu dem auch die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung zähle. Die Instandhaltungsrückstellung bleibe bei einem Eigentümerwechsel Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft, da die anteilige Instandhaltungsrückstellung beim Eigentumserwerb durch Zuschlag (§ 90 Abs. 1 ZVG) nicht kraft Gesetzes auf den Ersteher übergehe. Ein für die

Grunderwerbsteuer typischer Rechtsträgerwechsel finde bzgl. der Instandhaltungsrückstellung nicht statt. Der mit dem Zuschlag im Versteigerungsverfahren verbundene **gesetzliche Übergang der Mitgliedschaft** in der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Ersteher rechtfertigt es laut BFH ebenfalls nicht, die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die anteilig auf die Eigentumswohnung entfallende Instandhaltungsrückstellung herabzusetzen. Denn die **Mitgliedschaft** könne für sich allein **nicht Gegenstand einer gesonderten Zwangsversteigerung** sein.

Der BFH lässt es ausdrücklich **offen, ob** diese Grundsätze **auch für den rechtsgeschäftlichen Erwerb** gelten oder ob dort die **bisherige Rechtsprechung** (BFH, Urt. v. 9.10.1991 – II R 20/89, BFHE 165, 548 = BStBl II 1992, 152 = MittBayNot 1992, 71) weiterhin anwendbar ist. Nach dieser Rechtsprechung ist bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb das angesammelte Guthaben in der Instandhaltungsrückstellung nicht in die Grunderwerbsteuerliche Gegenleistung einzubeziehen, da diese kein Entgelt für den Grundstückserwerb darstellt, sondern Aufwand für den Erwerb einer geldwerten Vermögensposition, die nicht unter den Grundstücksbegriff des GrEStG fällt (Tz. 18 ff. [juris]). Dies sollte unabhängig von der zivilrechtlichen Vorfrage sein, ob es sich beim Guthaben aus der Instandhaltungsrückstellung um selbständige, vom Wohnungseigentum lösbare Forderungsrechte handelt oder um untrennbare Bestandteile der jeweiligen Wohnungseigentumsrechte, die nicht als eigene Guthaben der Wohnungseigentümer anzusehen sind. Denn Grunderwerbsteuerrechtlich lasse sich allein aus der zivilrechtlichen Verknüpfung des jeweiligen Anteils an der Instandhaltungsrückstellung mit dem Wohnungseigentumsrecht nicht der Schluss ziehen, der Aufwand für die Instandhaltungsrückstellung sei für den Erwerb der Eigentumswohnung getätigt worden (Tz. 22 [juris]).

Praxishinweis

Ob der **BFH** auch nach Änderung des WEG durch Gesetz vom 26.3.2007 an seiner bisherigen Auffassung festhält, dass die **Instandhaltungsrücklage beim rechtsgeschäftlichen Erwerb** von der Grunderwerbsteuer abzusetzen ist, bleibt abzuwarten. In einigen Entscheidungen hat der BFH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die zivilrechtliche **Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft für das Steuerrecht und das Steuerverfahrensrecht nicht ohne Weiteres** nachvollzogen werden dürfe (BFH, Beschl. v. 8.10.2012 – IX B 131/12, BFH/NV 2013, 32 = BeckRS 2012, 96482; Beschl. v. 5.10.2011 – I R 94/10, BStBl 2012 II, 244 = NJW-RR 2012, 527; Beschl. v. 9.12.2008 – IX B 124/08, BFH/NV 2009, 571 = BeckRS 2008, 25014514). Nach dieser Rechtsprechung sind deshalb Beiträge zu Instandhaltungsrücklagen beim einzelnen Wohnungseigentümer auch nach Änderung des WEG (§ 10 Abs. 6 bis 8 WEG) erst dann als Werbungskosten absetzbar, wenn der Verwalter sie für die Wohnungseigentümergeinschaft tatsächlich verausgabt, und nicht bereits dann, wenn sie der Instandhaltungsrücklage zugeführt werden. Zwar ergingen die Entscheidungen alle zum Ertragsteuerrecht, sie dürften aber für die Grunderwerbsteuerliche Beurteilung indizielle Bedeutung haben. So hat auch das **Sächsische Finanzgericht** in seinem Urt. v. 2.4.2014 (2 K 1663/13, EFG 2014, 1701) festgestellt, dass die Instandhaltungsrücklage die Bemessungsgrundlage zwar beim Erwerb von Wohnungseigentum durch Zwangsversteigerung nicht mindere, dass dies aber beim rechtsgeschäftlichen Erwerb anders zu beurteilen

len sei. Dort mindere sie die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer, denn die Instandhaltungsrückstellungen seien beim rechtsgeschäftlichen Erwerb regelmäßig ausdrücklich Gegenstand des Kaufvertrags und folglich entfallende Teil der Gegenleistung auf sie. Gegen eine generelle Gleichbehandlung von Wohnungseigentumserwerb durch Rechtsgeschäft und durch Zwangsversteigerung spreche zudem, dass die Erwerber von Wohnungseigentum aus einer Zwangsversteigerung gegenüber den rechtsgeschäftlichen Erwerbern bessergestellt würden; es könne nämlich etwa ein Erwerber für Rückstände in Anspruch genommen werden, wenn dies in der Teilungsvereinbarung so vorgesehen sei. Dagegen lasse sich das in der Teilungserklärung für den Eigentumsübergang im Wege der Zwangsvollstreckung nicht vereinbaren. Folglich sollten dem rechtsgeschäftlichen Erwerber schon aus Gründen der Gleichbehandlung auch steuerliche Vorteile zukommen und diese seien ihm nach der bisherigen Rechtsprechung des BFH auch zuerkannt worden. Die **Finanzverwaltung** ist in Erlassen aus der Zeit nach der Normierung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft und den Änderungen des WEG (§ 10 Abs. 6-8 WEG) wie vorher der Ansicht, dass Aufwendungen für Instandhaltungsrücklagen keine Grunderwerbsteuerliche Gegenleistung darstellen (OFD Nordrhein Westfalen v. 10.12.2013 – S 4521-2013/4000-St 257 [juris]; OFD Frankfurt a. M. v. 29.3.2012 – VV HE OFD Frankfurt 2012-03-29 S 3800 A-36-St 119 [juris]).

BGB § 577 Abs. 1 S. 1

Vorkaufsrecht des Mieters an Wohnungseigentum: keine Begründungsabsicht nach Überlassung, wenn Teilungserklärung vor Überlassung notariell beurkundet; Manifestation der Begründungsabsicht nach außen

a) Ein Vorkaufsrecht des Mieters entsteht nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, wenn nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist und dieses dann an einen Dritten verkauft wird (Senatsurteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 250/05, NJW 2006, 1869 Rn. 10; BGH, Urteil vom 22. November 2013 – V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rn. 5). Dass vor der Überlassung der Mietsache an den Mieter die für die Aufteilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) bereits notariell beurkundet worden ist, hindert das Entstehen des Vorkaufsrechts nach dieser Alternative nicht, weil die Teilung erst mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam wird.

b) Die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ist davon abhängig, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird. Ein Vorkaufsrecht besteht daher nach dieser Alternative nicht, wenn die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, schon vor der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter gefasst worden und sich nach außen hinreichend manifestiert hat, etwa durch die notarielle Beurkundung einer Teilungserklärung (§ 8 WEG).

BGH, Versäumnisurt. v. 6.4.2016 – VIII ZR 143/15

Problem

Bei einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der

Veräußerung von Wohnungseigentum und der Vermietung des Wohnraums stellt sich die Frage, ob dem Mieter ein Mietervorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB zusteht. Diese Vorschrift besagt (Hervorhebungen und Klammerzusätze durch die DNotI-Redaktion):

„Werden vermietete Wohnräume, an denen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist [Var. 1] oder begründet werden soll [Var. 2], an einen Dritten verkauft, so ist der Mieter zum Vorkauf berechtigt.“

V teilte im September 2010 ein ihm gehörendes Mehrfamilienhaus in Wohnungseigentum auf.

Im November 2010 schloss V mit M einen Mietvertrag. Die Wohnung wurde M am 15.12. überlassen. Einen Tag später, am 16.12., veräußerte V die angemietete Wohnung an K.

Eine Woche später erfolgte die Eintragung der Teilungserklärung, zehn Monate später die Eintragung des K als Erwerber in das Grundbuch.

Die zeitliche Reihenfolge stellte sich somit wie folgt dar: (1) Aufteilung; (2) Mietvertrag und Überlassung der Wohnung; (3) Veräußerung; (4) Eintragung der Teilungserklärung und des Eigentumswechsels in das Grundbuch.

M steht auf dem Standpunkt, dass der Verkauf an K ein Vorkaufsrecht ausgelöst habe, und verlangt von V u. a. Schadensersatz. Der VIII. Zivilsenat musste klären, ob M ein Mietervorkaufsrecht zustand.

Entscheidung

Der VIII. Zivilsenat verneint diese Frage. M stand kein Mietervorkaufsrecht an der Wohnung zu.

Der Senat legt zunächst dar, dass der Mieter **Schadensersatz** nach § 280 Abs. 1 BGB verlangen kann, wenn der Vermieter dem Mieter entgegen § 577 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BGB den Verkaufsfall nicht mitteilt und der Mieter erst nach der Übereignung der Wohnung vom Verkaufsfall Kenntnis erlangt (vgl. bereits BGH NJW 2015, 1516, 1517 f. Tz. 22, 26 ff.).

Die Veräußerung der Wohnung an K löste jedoch kein Vorkaufsrecht gem. § 577 Abs. 1 BGB aus.

§ 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ist **nicht einschlägig**. Die Vorschrift greift nur ein, wenn **nach der Überlassung** der Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum **begründet und** nach diesem Zeitpunkt der **Kaufvertrag** geschlossen worden ist.

Die **Aufteilung** in Wohnungseigentum werde nach § 8 Abs. 2 S. 2 WEG **erst mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher** wirksam. Entscheidend für die Begründung von Wohnungseigentum sei der **dingliche Vollzug** (Tz. 26). Die Kenntnis des Mieters von der Umwandlungsabsicht des Vermieters schließe ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zwar nicht aus (Tz. 27). Für dessen Entstehung genüge es jedoch nicht, dass nach der Überlassung der Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden sei. Vielmehr sei zusätzlich erforderlich, dass der **Abschluss des Kaufvertrags der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolge**. Werde das Wohnungseigentum erst nach dem Verkauf begründet, scheide das Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB aus (Tz. 28; vgl. BGH DNotZ 2014, 218 Tz. 5 = NJW 2014, 850 = DNotI-Report 2014, 13). Im vorliegenden Fall

wurde der Kaufvertrag eine Woche vor dem Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch geschlossen. Damit wurde keine Wohnung verkauft, an der bereits vor Abschluss des Kaufvertrags Wohnungseigentum begründet war; ein Verkaufsfall nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB lag nicht vor.

Auch die Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB sind **nicht erfüllt**. Hiernach kommt es darauf an, dass **nach der Überlassung** der vermieteten Wohnräume Wohnungseigentum **begründet werden soll**. Diese Voraussetzung sei gegeben, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundeigentums gegenüber dem Dritten vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gem. § 8 WEG verpflichte und ferner die vom Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohneinheit im Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar sei (Tz. 31; so bereits die Entscheidung des V. Zivilsenats, BGH DNotZ 2014, 218, 220 Tz. 17).

Ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB scheidet jedoch bereits daran, dass V die **Absicht**, Wohnungseigentum zu begründen, **nicht erst nach der Überlassung** der vermieteten Räume gefasst und dokumentiert hat. Das Gesetz spricht ausdrücklich von ‚*vermieteten Wohnräumen, an denen nach Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum [...] begründet werden soll*‘. Es legt also laut BGH eine bestimmte zeitliche Reihenfolge der einzelnen Vorgänge fest (Tz. 33). Damit tritt der VIII. Zivilsenat einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht entgegen, wonach das Mietervorkaufsrecht auch eingreifen soll, wenn die Absicht zur Begründung von Wohnungseigentum vor Überlassung der Wohnräume an den Mieter gefasst und dokumentiert wurde (vgl. Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 577 BGB

Rn. 19). Laut BGH besteht ein **Gleichlauf** zwischen der ersten und der zweiten Variante des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB. In beiden Varianten schadet es, wenn die Begründung oder die Absicht zur Begründung von Wohnungseigentum **vor Überlassung** der Räume an den Mieter liegt. Aus den **Gesetzesmaterialien** lässt sich kein abweichender Anhaltspunkt dafür herleiten, dass der Gesetzgeber die zeitliche Anknüpfung der Überlassung der Wohnräume nur für die erste Variante angeordnet hat (Tz. 40).

Für eine **Begründungsabsicht** i. S. v. § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB lässt der BGH **eine rein innerliche Absicht** nicht ausreichen. Vielmehr müsse sich die Umwandlungsabsicht **nach außen hinreichend manifestieren**. Ansonsten ließe sich nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellen, ob und ab welchem Zeitpunkt die gem. § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB erforderliche Voraussetzung „Wohnungseigentum soll begründet werden“ erfüllt sei (Tz. 42).

Vorliegend bedürfe es keiner abschließenden Beurteilung, welche konkreten Verhaltensweisen dafür genügten (vgl. BGH DNotZ 2014, 218, 219 Tz. 8 ff.). Denn jedenfalls **mit einer notariellen Beurkundung der Teilungserklärung** nach § 8 WEG bringe der Vermieter/Eigentümer unzweifelhaft seine Absicht zum Ausdruck, Wohnungseigentum zu begründen (Tz. 43). Dass die Teilungserklärung frei widerruflich sei, spiele keine Rolle. Bedeutung komme diesem Gesichtspunkt nur für die im Rahmen von § 577 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 BGB weiter zu prüfende, hier aber nicht relevante Frage zu, welchen Inhalt ein Kaufvertrag über zukünftig entstehendes Wohnungseigentum aufweisen müsse, damit ein Vorkaufsrecht des Mieters entstehen könne (Tz. 44; BGH DNotZ 2014, 218, 221 f. Tz. 23).

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg