



Jens Jeep

Das Mietervorkaufsrecht – Risiken de lege lata und Chancen de lege ferenda

Plädoyer für eine Neuregelung des § 577 BGB

Die Bundesregierung hat erst kürzlich mit dem Referentenentwurf zu einem Baulandmobilisierungsgesetz¹ zum Ausdruck gebracht, welchen besonderen Stellenwert sie dem Schutz von Bestandsmietern gegenüber den Interessen der Eigentümer beimisst, insbesondere im Zusammenhang mit der Aufteilung von Mietshäusern in Wohnungseigentum. Das dafür vorgeschlagene faktische Aufteilungsverbot hat indes sowohl wegen der Zielrichtung als auch wegen der konkret vorgeschlagenen Umsetzung erhebliche Kritik erfahren.² Dieser Beitrag lenkt den Blick auf eine systemimmanente Alternative in Gestalt einer Neufassung des § 577 BGB.

A. Einleitung

Nach aktuellem Recht ist der Mieter einer neu zu Wohnungseigentum aufgeteilten Wohnung durch zwei Vorschriften des BGB vor dem Risiko der Verdrängung geschützt:

- § 577 BGB gewährt dem Mieter das Recht zum Vorkauf, soll die von ihm zum Zeitpunkt der Aufteilung bewohnte Wohnung verkauft werden.
- § 577a BGB gewährt dem Mieter nach dem Verkauf seiner Wohnung Schutz vor einer Eigenbedarfskündigung, welcher mindestens drei Jahre währt, in vielen Städten mit angespanntem Mietmarkt (z. B. Hamburg, Berlin) aber bereits jetzt durch die Gemeinde bzw. Landesregierung auf zehn Jahre verlängert wurde.

Es stellt sich die Frage, ob diese Rechte der Mieter nicht im Rahmen bestehender Systematiken gestärkt werden können, ohne zugleich über Gebühr in die ebenso berechtigten Interessen der Eigentümer einzugreifen.

So könnte größeren Teilen der Bevölkerung der Erwerb von Wohnungseigentum ermöglicht werden, statt diesen – wie es der § 250 BauGB-Entwurf in seiner gesetzgeberischen Konzeption zur Folge hätte – durch ein faktisches Aufteilungsverbot sogar zu verhindern. Nur so käme man auch zu einer sozialeren Verteilung des Grundeigentums. Dies war nicht zuletzt der Hauptgrund, warum das Wohnungseigentum überhaupt ge-

schaffen wurde: dem einzelnen Bürger den Erwerb der selbstgenutzten Wohnung zu Eigentum zu ermöglichen. Und der Erwerb von neu aufgeteiltem Wohnungseigentum durch die Mieter war selbst im misslungenen Referentenentwurf des neuen § 250 BauGB eine der überhaupt noch zulässigen Ausnahmen vom Aufteilungsverbot.

Doch warum die Möglichkeit zum Erwerb der eigenen Wohnung nur für diejenigen Mieter schaffen, die zum Zeitpunkt der Aufteilung Mieter sind? Warum nicht alle Mieter durch praktikable und verständliche Regelungen mehr als bisher in die Lage versetzen, eine von ihnen bewohnte Wohnung selbst zu erwerben?

B. Der gesetzgeberische Zweck des Vorkaufsrechts

Die oben genannten Vorschriften haben das gleiche gesetzgeberische Ziel, welches hinter dem eben genannten jedoch noch zurückbleibt: Der zum Zeitpunkt der Aufteilung in eine Wohnung betroffene Mieter soll (lediglich) davor geschützt werden, dass er aufgrund Eigenbedarfs des neuen Eigentümers seine Bleibe verliert. Diese Gefahr erhöht sich einzig deshalb durch die Aufteilung eines Mietshauses in Wohnungseigentum, weil nun statt *eines* Eigentümers für *alle* Wohnungen *jede* Wohnung potenziell einen *eigenen* Eigentümer hat. Und damit steigt jedenfalls nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit das Risiko der Eigenbedarfskündigung um das bis zu x-Fache, wobei x die Anzahl der Wohnungen im Objekt ist.

Dieses Ziel verfolgt *in plain sight* der § 577a BGB: Die Kündigungsmöglichkeit durch den neuen Eigentümer wird ganz offen beschnitten.

Aber auch das Mietervorkaufsrecht hat eben (bisher) nicht zum primären Ziel, Mietern den Erwerb der Wohnung zu ermöglichen. Der Wohnungserwerb durch das Vorkaufsrecht ist allein das Mittel zum Zweck der Vermeidung des Verlustes der Wohnung durch die Kündigung.³ Denn diese ist denknotwendig ausgeschlossen, wenn der Bewohner selbst der Eigentümer ist.

Wäre hingegen das gesetzgeberische Ziel, Mietern allgemein den Erwerb der eigenen Wohnung zu ermöglichen, dann gäbe es ein

¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat für ein Gesetz zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) v. 9.6.2020.

² Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Referentenentwurf des Baulandmobilisierungsgesetzes v. 3.7.2020, abrufbar unter <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/gesetz-zur-mobilisierung-von-bauland-baulandmobilisierungsgesetz/>.

³ Vgl. MüKo-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 577 Rn 1 m. w. N.; s. auch BGHZ 167, 58 Rn 16 = NJW 2006, 1869.

allgemeines Mietervorkaufsrecht, welches eben nicht an die Mieterstellung bei Aufteilung der Wohnung in Wohnungseigentum geknüpft ist. Dem ist aber nicht so.

C. Die Normausdehnung durch die Rechtsprechung – und was man daraus positiv herauslesen kann

Dieser eigentlich eindeutige und daher auch vergleichsweise klar umzusetzende Zweck des Gesetzes ist leider dadurch immer mehr in Vergessenheit geraten, dass die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 577 BGB zunehmend ausgeweitet hat.

So soll beim Verkauf eines real geteilten Reihenhauses § 577 BGB analog anzuwenden sein, obwohl es sich unzweifelhaft nicht um ein Wohnungseigentum handelt.⁴ Und der mit dem Wohnungseigentumsrecht nicht vertraute Mietrechtssenat hat entschieden, dass auch der Verkauf von Wohnungseigentum dem Mietervorkaufsrecht unterliegen soll, welches im konkreten Fall gar nicht von der Verkäuferin gebildet wurde, sondern von deren Mutter, die es ihrer Tochter danach geschenkt hatte.⁵

Das Ergebnis solcher Rechtsprechung ist über den Einzelfall hinaus sehr problematisch: Es ist dem Notar zunehmend nicht mehr möglich, rechtssicher Auskunft über das Vorliegen oder eben auch Nichtvorliegen eines Vorkaufsrechts zu geben. Was auch immer er sagt, es kann sich retrospektiv als falsch herausstellen.⁶

Diese Risikolage ist vielen Kolleginnen und Kollegen gar nicht bewusst und sie ist im Ergebnis auch nicht tragbar. Es muss für den Notar und die Parteien einen sicheren Weg geben, der über die Belehrung hinausgeht, dass alles unsicher sei und niemand wisse, was die Rechtsprechung morgen entscheide.⁷ Die Kon-

sequenz: Die Regelung des § 577 BGB bedarf dringend einer Klarstellung, die für Rechtssicherheit sorgt.

Und bei aller Kritik: Vielleicht wohnt den *de lege lata* zwar irrigen Erwägungen des BGB-Mietrechtssenates gleichwohl viel Wahrheit *de lege ferenda* inne. Vielleicht sollten wir uns eben doch von dem Gedanken lösen, dass das Mietervorkaufsrecht *nur* dazu dient, die Eigenbedarfskündigung zu verhindern. Vielleicht sollte das Mietervorkaufsrecht wirklich so ausgestaltet werden, dass es originär den Zweck hat, dem Mieter einer Wohnung zu ermöglichen, diese zu erwerben. Jedem Mieter.

Dieses Ziel kann § 577 BGB in seiner jetzigen Form jedoch nicht erreichen, egal wie weit der BGH die Norm auch auslegen mag. Denn durch § 577 BGB erhält unzweifelhaft nur der Mieter Rechte, der bereits zum Zeitpunkt der Aufteilung Mieter der Wohnung war. Dem nachrückenden Mieter gewährt das Gesetz diesen Schutz nicht.

D. Weitere Probleme des geltenden Rechts in der notariellen Praxis

Das ist aber nur eines der Probleme, die § 577 BGB in seiner aktuellen Fassung hat. Und die anderen sind nicht minder relevant für die notarielle Praxis.

I. Ein Immobilienkaufvertrag ohne notarielle Beurkundung

So führt die Ausübung des Mietervorkaufsrechts derzeit dazu, dass ausgerechnet ein Mieter, also regelmäßig ein Verbraucher, der typischerweise mit Grundstückskaufverträgen rechtlich unerfahren ist, einen Immobilienkaufvertrag allein durch seine Unterschrift abschließt.

Der Vertrag kommt also ohne Beurkundung und damit ohne jede notarielle Beratung zustande. Der nun zwischen Verkäufer und Mieter geltende Kaufvertrag hat nicht einmal eine Schriftform. Er entsteht nur virtuell als Melange aus dem beurkundeten Erstvertrag, der schriftlichen Erklärung des Mieters und dem durch Kombination von beidem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt.

Eine verbreitete Unsauberkeit bei der Wortwahl gilt es an dieser Stelle zu vermeiden: Der Mieter tritt *nicht* in den Vertrag zwischen Verkäufer und Erstkäufer ein. Es gibt keinen Vertrag mit drei Parteien. Es gibt auch keinen automatischen Parteientausch. Es entsteht durch die Ausübung des Vorkaufsrechts vielmehr ein neuer, ein zweiter Vertrag, dessen Schicksal von diesem Moment an völlig unabhängig ist von dem des ersten Vertrages.⁸ Und wie gesagt, dieser zweite Vertrag existiert nur virtuell und nicht einmal auf Papier. Lediglich für seinen Vollzug bedarf es noch einmal des Notars, genauer für die Erklärung der Auflassung und oft erforderliche kleinere Anpassungen.

II. Wahrscheinlichkeit eines höheren Kaufpreises für den Mieter und Schutz durch Verzichtsverbot

Selbstverständlich wird in der Praxis häufig zuerst dem Mieter der Erwerb der eigenen Wohnung angeboten. Er kann nach der aktuellen Rechtslage jedoch nicht sicher sein, dass der ihm angebotene Preis nicht potenziell (deutlich) höher ist als der später einem Dritterwerber angebotene Kaufpreis. Immerhin ist

⁴ BGH NJW 2008, 2257 Rn 7 ff.; 2010, 3571 Rn 14; NZM 2016, 543 Rn 19; bestätigt durch BVerfG NZM 2011, 479.

⁵ BGH NJW 2015, 1516, eine Entscheidung, die in Bezug auf das Vorliegen eines Vorkaufsrechts trotz zwischenzeitlich erfolgter Sonderrechtsnachfolge unzweifelhaft falsch ist, weil sie Sinn und Zweck des Vorkaufsrechts ersichtlich verkennt. Völlig zu Recht (wenn auch nicht in Bezug auf den entschiedenen Sachverhalt) hat der BGH jedoch festgestellt, dass das Nichtmitteilen eines Vorkaufsrechts und dessen allein deshalb unterbliebene Ausübung Schadensersatzansprüche des Mieters in Bezug auf eine zwischenzeitlich eingetretene Wertsteigerung zur Folge haben kann, welche nicht etwa den Ersterwerber treffen, bei dem dieser Wertzuwachs entstanden ist, sondern den Verkäufer, der ihn gerade nicht realisiert hat. Für den Erstverkäufer also der *worst case* und für den Mieter wie ein Lottogewinn, für den er nicht einmal einen Schein ausfüllen musste. Dies zeigt, wie gefährlich die aktuelle Rechtslage für die beratende Praxis ist.

⁶ Es hilft für die notarielle Praxis auch nicht, vorsichtshalber ein Vorkaufsrecht anzunehmen: Angenommen der Mieter übt in einem solchen Fall das vermeintliche Vorkaufsrecht aus und erwirbt durch präventiv nochmals vollständig beurkundeten Vertrag die Wohnung. Nun tritt der Verkäufer vom Erstvertrag zurück, was wiederum der Erstkäufer nicht akzeptiert, weil er das Vorliegen eines Vorkaufsrechts bestreitet. Der Erstkäufer wird auf Erfüllung seines Vertrages respektive Schadensersatz klagen, der BGH vielleicht nach Jahren feststellen, dass tatsächlich kein Vorkaufsrecht bestand. Nun steht wegen gestiegener Immobilienpreise ein Schaden im Raum, der dem Gewinn entspricht, den der Käufer bis zu diesem Tage gemacht hätte, aber wegen des – unrechtmäßigen – Rücktritts nicht erzielen konnte. Wer trägt diesen Schaden? Der Erstkäufer? Der Verkäufer? Oder der Notar?

⁷ Natürlich kann der Notar über die unklare Rechtslage beraten und ein Rücktrittsrecht auch für den Fall formulieren, dass ein Vorkaufsrecht gar nicht vorliegt und der Vertrag mit dem Mieter erst originär nachträglich geschlossen wurde. Aber damit wird er auf wenig Verständnis bei den Parteien stoßen.

⁸ BGH NJW 1987, 494, 495; BGH NJW 2000, 1033, 1034; Palandt/Weidenkaff, 79. Aufl. 2020, BGB § 464 Rn 5.

die Wohnung aus Mietersicht eine *selbstgenutzte* Immobilie, während sie für einen Dritten nur eine (möglicherweise mit noch geringen Mieterträgen und durch die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen erheblichen Beschränkungen bei der Verwertung verbundene) Kapitalanlage darstellt.

Es gibt daher also eine gewisse Vermutung dafür, dass der Verkäufer dem Mieter jedenfalls initial einen höheren Preis anbietet. Der Schutz des Mieters vor einer solchen Gestaltung besteht aktuell darin, dass er vor Abschluss des Kaufvertrages gar nicht auf sein Vorkaufsrecht verzichten kann. Er wird also immerhin zwingend nachträglich über den Verkauf und den tatsächlich abgeschlossenen Vertrag informiert und kann dann immer noch entscheiden.

Ein beratener Mieter wird aus diesem Grund vermutlich selbst dann, wenn er sehr am Kauf der Wohnung interessiert ist, diese erst durch Ausübung des Vorkaufsrechts erwerben. Was nicht nur zu einer erheblichen Verzögerung und einer eigentlich unnötigen Beurkundung mit dem Drittkäufer führt, sondern auch zu höheren Gesamtkosten.

III. Vertragskonstruktionen zur Umgehung von Mietervorkaufsrechten

Dieser potenziell unterschiedliche Wert einer vermieteten Wohnung für den Mieter und den Dritterwerber scheint in der Praxis zudem teils zu rechtlich zweifelhaften Modellen zu führen, die den Kaufpreis danach bestimmen wollen, ob die Wohnung vermietet erworben wird (durch den Dritten) oder unvermietet (durch den Mieter selbst). Ziel dieser Regelungen ist jedoch häufig lediglich die Aushebelung des Mietervorkaufsrechts durch einen künstlich hoch angesetzten Preis nur für die „unvermietete“ Wohnung.

Eine solche Vertragsgestaltung ist mit erheblichen Risiken für die Beteiligten verbunden: Verträge mit wesentlichen Differenzen zwischen den beiden Kaufpreisen können nichtig sein, sollte der Käufer in Wahrheit nicht gewillt sein, die Wohnung auch wirklich zum deutlich überhöhten Preis zu erwerben, falls der Mieter tatsächlich auszieht.

Und auch der Verkäufer scheint in solchen Konstellationen offenbar erstaunlich oft nicht daran interessiert, den höheren Preis zu erzielen, da er sonst den Differenzbetrag nutzen würde, um den Mieter aus der Wohnung herauszukaufen.⁹

Der Verdacht drängt sich auf, dass hier zum Teil tatsächlich zwei verschiedene Verträge in einen verpackt werden: einer, der nur für den Mieter gilt, und einer, der nur für den Erstkäufer Geltung beanspruchen soll. Beurkundet würde dann etwas, was zwischen Verkäufer und Erstkäufer gar nicht gewollt ist. Damit wäre potenziell der gesamte Vertrag als Scheingeschäft nichtig (§§ 117 Abs. 2, 139 BGB).¹⁰

⁹ Deshalb ist dies auch für den Mieter eine vergleichsweise leicht nachzuweisende Umgehung seines Vorkaufsrechts mit der Folge eines möglicherweise erheblichen Schadensersatzanspruchs: Der Mieter weiß ja, ob der Vermieter versucht hat, ihn durch Zahlung eines Geldbetrages zum Auszug aus der Wohnung zu bewegen. Ist dies nicht geschehen, obwohl die Kaufpreisdifferenz zwischen den beiden Gestaltungen so hoch war, dass jeder wirtschaftlich denkende Verkäufer einen wesentlichen Teil davon als Ablöse angeboten hätte, spricht jeder Anschein dafür, dass der Vertrag in Bezug auf den hohen Kaufpreis nur zum Schein geschlossen wurde.

¹⁰ Diese Formen der rechtlich riskanten und die Rechte des Mieters offensichtlich beschneidende Rechtsumgehung sollten von Notaren nicht verwendet und erst recht nicht von ihnen vorgeschlagen werden.

IV. Verzögerung der Vertragsabwicklung mit dem Erstkäufer auch bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts

Der berechtigte Schutz des Mieters durch das Verzichtsverbot führt in der Praxis dazu, dass die Abwicklung von Verträgen auch in Fällen unnötig in die Länge gezogen wird, in denen ein Mieter auf keinen Fall Interesse am Erwerb der eigenen Wohnung hat. Denn das Verfahren des § 577 BGB bereitet auch für die Abwicklung des Erstkaufvertrages Probleme, da die Ausübungsfrist für das Mietervorkaufsrecht zwei Monate beträgt. Kein Mieter muss sich vor Fristablauf äußern, auch wenn es viele tun.

In dieser Zeit kann die Abwicklung des Erstkaufvertrages stocken, ohne dass die genaue Dauer verlässlich prognostiziert werden kann. Ist der Erwerb der Wohnung finanziert, kann als Folge auch das zugehörige Darlehen seriöserweise noch nicht abgeschlossen werden, weil die meisten Banken zwar nur ein konkretes Objekt finanzieren, aber bei schuldlosem Wegfall des Kaufvertrages nach Rücktritt durch den Verkäufer wegen Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter offenbar regelmäßig auf die Einhaltung des Darlehensvertrages pochen, dessen Geschäftsgrundlage mehr als offensichtlich entfallen ist.

Ein Zuwarten bedeutet aber Unsicherheiten für die Erwerber, etwa im Hinblick auf steigende Zinsen und eine damit möglicherweise gar nicht mehr darstellbare Finanzierung. Auch können Auflassungsvormerkung und Grundschuld vernünftigerweise erst eingetragen werden, wenn Klarheit über den Fortbestand des Kaufvertrages besteht, will man nicht das Risiko von Kosten eingehen, über deren Übernahme durch den vorkaufenden Mieter keine Klarheit besteht.

V. Keine Erwerbsmöglichkeit durch Angehörige des Mieters

Für den Mieter selbst stellt sich beim geltenden Recht das Problem, dass er möglicherweise aus wirtschaftlichen Gründen oder wegen des fortgeschrittenen Alters keine Bankfinanzierung erhält, sodass der Erwerb der von ihm bewohnten Wohnung durch ihn ausscheidet. Eine Ausübung des Vorkaufsrechts durch Dritte oder zumindest zugunsten Dritter, etwa seiner Kinder, ist jedoch ausgeschlossen. Dies könnte zwar durch komplexe Vertragskonstruktionen nachmodelliert werden, welche aber wiederum bei den zu beteiligenden Banken zu Problemen führen können, die Abweichungen vom Standardfall gemeinhin nicht mit besonders schneller und flexibler Bearbeitungszeit goutieren. So bleibt es zumeist beim Erwerb durch Dritte und den damit verbundenen möglicherweise negativen Folgen für den Mieter.

VI. Zwischenergebnis

Das Mietervorkaufsrecht wirkt heute nur zugunsten weniger Mieter, es nimmt ihnen den Schutz der notariellen Beurkundung und damit verbundener Beratung, es verzögert die Abwicklung von Kaufverträgen und es setzt keine Anreize, dem Mieter die Wohnung zum „echten“ Preis vorab anzubieten. Wäre es daher aus Sicht aller Beteiligten nicht vorzugswürdig, wenn der Mieter oder dessen Angehörige ohne Rechtsunsicherheit originär die Wohnung erwerben könnten und dieser Erwerb unter Einhaltung der normalen gesetzlichen Schutzvorschriften durch Beurkundung beim Notar geschähe? Auf einen dann rückabzuwickelnden Kaufvertrag mit einem Dritten könnte so verzichtet werden.

E. De lege ferenda: Vorschlag für eine Neufassung des § 577 BGB

I. Formulierungsvorschlag

Es sei daher die folgende Neufassung des § 577 BGB vorgeschlagen und zur Diskussion gestellt, um die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele des Mieterschutzes konsequenter, schlüssiger, weniger aufwendig und in der Praxis administrierbar umzusetzen.

Diese Neuregelung enthält eine personelle und sachliche Erweiterung des Mietervorkaufrechts bei gleichzeitiger erheblicher Erleichterung der praktischen Handhabung.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

§ 577 Vorkaufsrecht des Mieters

(1) Werden zu Wohnzwecken vermietete Einfamilienhäuser (Grundstücke bebaut mit einem Wohngebäude, welches allenfalls noch eine Einliegerwohnung beinhalten kann, deren Fläche nicht größer ist als 1/3 der Fläche der Hauptwohnung) oder Wohnungen (Wohnungs- oder Teileigentum, Wohnungs- oder Teileigentumserbbaurecht oder ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück, mit dem aufgrund gemäß § 1010 im Grundbuch eingetragener Verwaltungs- und Benutzungsordnung das Alleinnutzungsrecht an Wohnräumen verbunden ist) verkauft, so ist der Mieter zum Vorkauf berechtigt. Dies gilt nicht beim Verkauf an einen Familienangehörigen des Verkäufers oder an einen Angehörigen seines Haushalts.

(2) Der Mieter kann bei der Ausübung des Vorkaufsrechts bestimmen, dass in einer noch zu beurkundenden Änderung des Kaufvertrages an seiner statt oder neben ihm auch sein Ehegatte, seine Eltern oder seine Kinder, Stiefkinder oder Schwiegerkinder Käufer werden sollen. Der Mieter haftet auch dann als Gesamtschuldner für die Kaufpreiszahlung.

(3) Hat der Notar einen Mieter auf Weisung des Verkäufers vor Vertragsschluss mit einem Dritten über seine gesetzlichen Rechte unter Übersendung des voraussichtlichen Textes des Kaufvertrages einschließlich des Kaufpreises in wenigstens Textform unterrichtet, kann der Mieter in Schriftform bereits vor Abschluss des Kaufvertrages auf sein Vorkaufsrecht verzichten. Die Verzichtserklärung ist dem Kaufvertrag in Urschrift beizufügen.

(4) Der vorherige Verzicht ist nur wirksam, wenn

a) der tatsächlich geschlossene Kaufvertrag mit dem Dritten nicht wesentlich von dem vorab übermittelten Text abweicht und

b) der Kaufpreis nicht niedriger ist als der dem Mieter angebotene.

(5) Der beurkundete Kaufvertrag ist dem Mieter notarseitig unter (ggf. erneuter) Belehrung über die Regelungen in diesem Paragraphen zu übermitteln.

(6) Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch schriftliche Erklärung des Mieters gegenüber dem Verkäufer.

(7) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

(8) Im Übrigen finden die Vorschriften über den Vorkauf Anwendung.

II. Erläuterungen

Die Regelung über das Mietervorkaufsrecht und ihre Anwendung wird erheblich vereinfacht, indem zuerst der sachliche Anwendungsbereich auf alle zu Wohnzwecken gemieteten Individualimmobilien ausgeweitet, der personelle Anwendungsbereich auf alle Mieter erweitert und schließlich die Möglichkeit zur Einbeziehung Dritter nach Ausübung des Vorkaufsrechts geschaffen wird.

1. Legaldefinition von „Wohnung“ und „Einfamilienhaus“

Nachdem dies unverständlicherweise bei der Neuregelung des Maklerrechts¹¹ versäumt wurde, werden hier zugleich die in den §§ 656a ff. BGB n. F.¹² aufgenommenen Rechtsbegriffe „Wohnung“ und „Einfamilienhaus“ für das BGB legal definiert. Damit sollten die Handhabung des Rechts vereinfacht werden und sich Unklarheiten und Unsicherheiten vermeiden lassen.

Zugleich wird die bisher dogmatisch problematische analoge Anwendung des § 577 BGB auf Nicht-Wohnungen nun Teil der Norm und damit durch den Gesetzgeber legitimiert, weil auch zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke ausdrücklich erfasst sind.¹³

2. Vorkaufsrecht für jeden Mieter einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses

Der Vorschlag enthält zudem eine personelle Erweiterung: *Jedem* Mieter einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses steht nun das Recht zum Vorkauf zu. Dieses Mietervorkaufsrecht besteht unabhängig von der Frage, ob der Mieter bereits zum Zeitpunkt der Bildung des gesonderten Eigentums an der Wohnung oder der Bildung von Realeigentum etwa an dem Reihenhaus Mieter war.

Dies beseitigt Unsicherheiten bei der Abwicklung des Verkaufs vermieteter Einzelimmobilien. Dass damit – wie im Folgenden dargestellt – auf Wunsch der Parteien¹⁴ gewisse vorvertragliche Aufgaben für die beauftragten Notarinnen und Notare einhergehen, spricht nicht gegen die Regelung, sondern stärkt die besondere Stellung des Notars in diesem Verfahren. Im Gegenzug führt diese Tätigkeit immer zum Anfall der vollen Vollzugsgebühr.

Eine ausdrückliche Regelung wie im geltenden Recht, wonach auch Fälle erfasst sind, in denen etwa das Wohnungseigentum noch gebildet werden soll, ist entbehrlich. Es kommt schon jetzt auf den Inhalt des Kaufvertrages an: Verpflichtet sich der Verkäufer noch zur Aufteilung, dann wird Wohnungseigentum verkauft, auch wenn es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existiert. Verkauft der Verkäufer eines Zinshauses hingegen dieses nebst einer Abgeschlossenheitsbeschreibung, auf deren Basis aber erst der Erwerber die Aufteilung durchführen will, dann wird noch kein Wohnungseigentum verkauft, sondern ein ganzes Zinshaus. Ein Vorkaufsrecht scheidet hier aus, denn es gibt den einzelnen Vertragsgegenstand nicht und der Verkäufer kann auch nicht durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zu etwas verpflichtet werden, wozu er sich im Erstkaufvertrag gar nicht verpflichtet hat (die Aufteilung in Wohnungseigentum oder auch die Realteilung eines Reihenhausgrundstücks). Auch hier sollte es keine unklaren Fälle mehr geben.

¹¹ Erläuterungen finden sich nur in der Gesetzesbegründung, welche für eine so zentrale Frage sicherlich nicht der richtige Ort ist. Siehe dazu ausführlich und kritisch *Jeep, notar* 2020, 225 ff. und auch zu hören als Folge 2 des Podcasts „Recht schreiben“, zu finden auf allen bekannten Plattformen.

¹² Eingeführt mit Wirkung zum 23.12.2020 durch Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser v. 12.6.2020, BGBl 2020 I, 1245.

¹³ Derartig grundlegende Analogien der Rechtsprechung, für die der Gesetzeswortlaut keinerlei Anhaltspunkt gibt, sollten vom Gesetzgeber grundsätzlich schnellstmöglich entweder in den Gesetzestext aufgenommen oder durch diesen ausgeschlossen werden.

¹⁴ Die Zusendung des Vertragsentwurfs an den Mieter ist ja nur dann erforderlich, wenn Verkäufer oder Käufer einen Verzicht des Mieters vor Vertragsschluss wünschen.

3. Möglichkeit des vorvertraglichen Verzichts auf das Mietervorkaufsrecht

Die vorgeschlagene Möglichkeit, vor Vertragsschluss mit einem Dritten auf das Vorkaufsrecht zu verzichten, beinhaltet Vorteile für den Mieter, den Verkäufer und den Drittkäufer.

Die *de lege lata* fehlende Möglichkeit, vor dem Vertragsschluss auf das Vorkaufsrecht zu verzichten, benachteiligt gerade den redlichen Verkäufer, der dem Mieter tatsächlich zuvor den gewollten Kaufpreis angeboten hat. Er muss weiterhin alle Regelungen über das Mietervorkaufsrecht beachten. Das kann die oben genannten erheblichen Nachteile für die Abwicklung des Erstkaufvertrages für dessen Käufer haben.

Dies vermeidet die vorgeschlagene Regelung: Wenn der Mieter nicht am Kauf zu diesem Preis interessiert ist, kann er mit der Gewissheit auf sein Vorkaufsrecht verzichten, dass nicht doch ein Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen wird, der tatsächlich weniger zahlen muss, als es der Mieter hätte sollen. Denn in diesen Fällen ginge der Verzicht ins Leere und es entstünde ganz normal das Vorkaufsrecht.

Derartige Fälle wird es aber in der Praxis allenfalls ausnahmsweise geben, da der Notar den Mieter spätestens dann im Auftrag des Verkäufers über einen reduzierten Preis unterrichten wird, wenn dieser vereinbart ist. Dies geschieht in fast allen Fällen *vor* dem Beurkundungstermin.¹⁵ Es besteht dann die Möglichkeit, erneut beim Mieter nachzufragen, ob ein Kauf zu dem reduzierten Preis gewünscht ist. Der Mieter kann nun neu entscheiden und ggf. erneut verzichten, ohne dass es zur nachträglichen Ausübung des Vorkaufsrechts kommt oder zu einem nachträglichen Wiederaufleben des Vorkaufsrechts.

Vorvertragliche Fristen sind dabei nicht zu beachten, weil das Vorkaufsrecht ohne vorherigen Verzicht wie bisher auch qua Gesetz entsteht und die dann geltenden Fristen laufen. Es käme also grundsätzlich auch nicht zu einer Verschiebung des Vertragsschlusses, außer die Parteien wollten einen Verzicht sicher abwarten, um das Vorkaufsrecht auszuschließen.

In allen Fällen des vorherigen Verzichts oder aber des unmittelbaren Kaufs durch den Mieter führt die anschließende (Erst-)Beurkundung beim Notar dazu, dass

- a) auf vorbehaltene Rücktrittsrechte für die Parteien verzichtet werden kann,
- b) der Vertrag unmittelbar abgewickelt werden kann und
- c) der Käufer seine Darlehenszusagen in einen Darlehensvertrag zu den gleichen Konditionen umwandeln kann.

Gleichwohl besteht keine Pflicht des Mieters, auf sein Vorkaufsrecht zu verzichten. Hat er grundsätzliches Interesse am Erwerb und ist der ihm angebotene Preis zwar nicht generell zu hoch, vermutet er aber, dass am Markt nur ein geringerer Preis zu erzielen ist, kann er sich auf das bestehende Vorkaufsrecht zurückziehen. Er nimmt dann jedoch das Risiko erhöhter Kosten für den Vertragsschluss in Kauf, weil die Auflassung noch zusätzlich beurkundet werden müsste, und potenzieller Kosten für einen dann zum Zwecke der Vermittlung des Dritten eingeschalteten Makler. Die Neuregelung des Maklercourtagerechts mit der faktischen Pflicht zur Halbteilung dürfte in diesen Fällen nämlich dazu führen, dass beim Verkauf an den eigenen Mieter

¹⁵ Und sollten Käufer doch meinen, während der Beurkundung das Fass der Kaufpreishöhe aufmachen zu müssen, könnte ein Verkäufer dieses Ansinnen mit Verweis auf das dann auflebende Vorkaufsrecht sogar leichter zurückweisen.

kein Vermittler eingeschaltet wird, was die anfallenden Nebenkosten entsprechend verringert. Um den Kontakt zwischen Vermieter und Mieter herzustellen, bedarf es jedenfalls schwerlich der Hilfe eines Dritten.

Schließlich könnte dieses Vorgehen dazu führen, dass die aus notarieller Sicht gänzlich unbefriedigende Konstellation beim Mietervorkaufsrecht nach aktueller Rechtslage häufiger vermieden wird: der Abschluss eines wirksamen Grundstückskaufvertrages ohne notarielle Beurkundung der Erklärung des Käufers.

4. Anspruch des Mieters auf Einbeziehung von Familienangehörigen in den Kaufvertrag

Hinzu kommt nach dem Regelungsvorschlag die Möglichkeit für den Mieter, einen mit ihm verwandten Dritten als weiteren oder sogar alleinigen Vertragspartner in den Vertrag einzubeziehen. Vor Vertragsschluss mit dem eigentlichen Ersterwerber ist dies ohnehin problemlos möglich, wenn der Verkäufer einverstanden ist. Aber nach dem vorgeschlagenen Normtext wäre dies nun auch nach Vertragsschluss möglich.

Wichtig ist, dass damit nicht etwa die Gruppe der Vorkaufsberechtigten vergrößert wird. Der Notar muss diese Angehörigen daher also weder ausfindig machen noch informieren. Vorkaufsberechtigt ist und bleibt allein der Mieter. Dieser hat lediglich einen Anspruch darauf, Angehörige als Vertragspartner neben ihm oder an seiner statt zu benennen, und zwar bei der Ausübung des Vorkaufsrechts. Zustande kommt der Vertrag durch die Ausübung immer mit dem Mieter, der zudem auch bei Benennung eines Dritten weiter als Gesamtschuldner haftet. Erst durch eine dann notariell zu beurkundende Änderung dieses Vertrages unter Beteiligung des oder der Angehörigen (nebst entsprechend richtiger Auflassung) werden diese zum Vertragspartner.

Damit könnte etwa auch älteren Personen dauerhaft das Wohnen in der eigenen Wohnung ermöglicht werden, indem die Immobilie etwa von den Kindern erworben wird, die es erheblich leichter haben werden, eine entsprechende Bankfinanzierung zu erhalten.¹⁶

5. Im Vergleich zum Status quo weniger nachvertragliche Vorkaufsrechte trotz Erhöhung der Zahl der grundsätzlich Vorkaufsberechtigten

In der Praxis würde eine solche Änderung mit großer Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass

- a) erheblich mehr Mieter die Möglichkeit erhalten, die von ihnen bewohnte Wohnung auch zu einem fairen Preis zu kaufen, und
- b) trotz der personellen Ausweitung des Vorkaufsrechts auf jeden Mieter weniger Verträge als bisher geschlossen würden, bei denen es auf die umständlichen Regelungen zum Vorkauf noch ankäme. Entweder der Mieter ist am Kauf interessiert, dann wird der Vertrag (hoffentlich) bereits originär mit ihm geschlossen und beurkundet. Oder der Mieter verzichtet auf sein Vorkaufsrecht vor der Beurkundung mit dem Dritten und es erledigt sich damit das Warten auf nachvertragliche Ausübungs- oder Verzichtserklärungen.

6. Hohe Bedeutung des Notars im Verfahren

Die im vorgeschlagenen Gesetzestext enthaltenen Aufgaben der beteiligten Notarin bzw. des beteiligten Notars stellen sicher, dass der Mieter verlässlich über seine Rechte informiert wird. Im

¹⁶ Es sollte ggf. vom Gesetzgeber flankierend klargestellt werden, dass es grunderwerbsteuerlich bei einem Vertrag bleibt, die nachträgliche Einbeziehung Dritter nicht zu einem weiteren steuerbaren Vorgang führt.

Verzichtsfälle kann er daher auch beurteilen, ob der ihm übermittelte endgültige Vertragstext wesentlich von dem vorab vom Notar übermittelten Entwurf abweicht.

Unter wesentlichen Abweichungen sind solche zu verstehen, die bei einem verständigen Käufer geeignet sind, die Entscheidung über Kauf oder Nichtkauf zu beeinflussen. Übliche kleinere Anpassungen und Klarstellungen, welche bei jedem Kaufvertrag in der Entwurfsphase und im Rahmen der Beurkundungsverhandlung noch vorgenommen werden (z. B. ergänzende Regelungen zur konkreten Beschaffenheit, Hinweise auf kleinere bestehende Mängel, überschaubare Pflichten des Verkäufers zu Reparaturen, Angabe von Instandhaltungsrücklagen, Präzisierung mitverkaufter Gegenstände etc.), sollten nicht zu einer Unwirksamkeit des Verzichts führen.

Diese Regelung und die Einschaltung einer Notarin oder eines Notars, die bzw. der geneigt ist, im Zweifelsfalle den sichersten Weg zu gehen (d. h. den Mieter vorab über die möglicherweise wesentlichen Änderungen zu informieren und eine erneute Verzichtserklärung einzuholen), sollten in der Praxis ausschließen, dass eine signifikante Zahl von Fällen bei Gericht streitig wird.

Die praktische Anwendung des Vorkaufsrechts würde damit gegenüber der bisherigen Regelung erheblich vereinfacht.

F. Zusammenfassung

Die vorgeschlagene Neufassung des § 577 BGB würde die Rechte der Mieter stärken, ohne einen unverhältnismäßigen Eingriff in bestehende Eigentumsrechte vorzunehmen.

Jeder Mieter würde erstmals rechtssicher in die Lage versetzt, einen effektiven Erstzugriff auf die von ihm bewohnte Wohnung zu bekommen, sollte der Eigentümer diese verkaufen wollen.

In vielen Fällen könnte dies durch unmittelbaren Vertragsschluss geschehen, ohne dass erst ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen und ein Vorkaufsrecht ausgeübt werden müsste. Nach Ausübung des Vorkaufsrechts könnten durch entsprechende Beurkundung auch Angehörige des Mieters in diesen Kaufvertrag eintreten.

In den vielen Fällen, in denen die Ausübung des Vorkaufsrechts für die Mieter nicht in Betracht kommt, könnten diese erstmals vorab auf ihr Recht verzichten; und zwar ohne dabei in Sorge zu sein, dass anschließend ein Vertrag mit niedrigerem Kaufpreis abgeschlossen wird, den sie sehr wohl geschlossen hätten.

Notarinnen und Notare nehmen in diesem Verfahren eine zentrale Rolle ein, die der ihnen vom Gesetz auferlegten Bedeutung Rechnung trägt. Zugleich werden aber aktuell bestehende Haftungsgefahren zuverlässig vermieden, ohne neue zu schaffen.



Dr. Jens Jeep
ist Notar in Hamburg.
E-Mail: jeep@rathausmarkt.de