

Rechtsanwältin Sandra Walburg, Berlin

Kaufvertragliche Hindernisse für das Vorkaufsrecht des Mieters*

I. Einführung

II. Rechtslage

1. Einzelne das Vorkaufsrecht erschwerende kaufvertragliche Vereinbarungen

- a) Der Paketkauf
- b) Differenzierte Kaufpreisabrede
 - (1) Meinungsstand
 - (2) Stellungnahme
- c) Vertragliche Vereinbarungen zur Kaufabwicklung
 - (1) Fehlende Belastungsvollmacht
 - (2) Vereinbartes Rücktrittsrecht

2. Rechtliche Durchsetzung des Vorkaufsrechts

- a) Eintragung einer Vormerkung gem. §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB
- b) Vorgehen bei streitiger Kaufpreishöhe

III. Fazit

I. Einführung

Wird eine vermietete Wohnung in Wohnungseigentum umgewandelt und veräußert, steht dem Mieter ein Vorkaufsrecht gem. § 577 BGB zu. Je nach Höhe des Kaufpreises und seiner wirtschaftlichen Leistungskraft wird der Mieter hiervon in Ansehung allgemeiner Wohnungsknappheit gern Gebrauch machen, weil er damit künftige Eigenbedarfsansprüche des Vermieters ausschließen und den Verbleib in seinem angestammten Wohnumfeld verfestigen kann. Dem Vermieter hingegen kann das durch die Veräußerung ausgelöste gesetzliche Vorkaufsrecht seines Mieters ein Dorn im Auge sein, insbesondere wenn er die Wohnung in einem Gesamtpaket mit anderen Wohnungen zu einem Gesamtpreis oder aber an einen ganz bestimmten Käufer veräußern möchte. In der Praxis können zunehmend Vereinbarungen in notariellen Kaufverträgen zwischen Verkäufer und Käufer beobachtet werden, die die Ausübung des Vorkaufsrechts des Mieters zumindest erschweren. Dieser Beitrag zeigt entsprechende kaufvertragliche Regelungen auf und würdigt sie rechtlich.

II. Rechtslage

Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht des Mieters einer preisfreien Wohnung wurde erst 1993 durch das 4. Mietrechtsänderungsgesetz¹ eingeführt. Der Mieter sollte, so die Gesetzesbegründung,² vor einer Verdrängung im Zusammenhang mit einer Umwandlung geschützt werden und die Gelegenheit erhalten, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter für die Wohnung zu zahlen bereit sei.

Voraussetzung³ für die Entstehung des gesetzlichen Vorkaufsrechts ist lediglich, dass nach Überlassung der Woh-

nung an den Mieter an dieser Wohnungseigentum⁴ begründet wird oder werden soll und an einen Dritten verkauft wird. Entscheidend ist der zeitliche Ablauf: Das Vorkaufsrecht wird nur ausgelöst, wenn das Wohnungseigentum zeitlich *nach* Überlassung der Wohnung an den Mieter begründet und verkauft wird.

Ausübt wird das Vorkaufsrecht gem. § 577 Abs. 2 BGB durch bloße schriftliche Erklärung des Mieters gegenüber dem Verkäufer. Einer notariellen Beurkundung bedarf diese Erklärung gem. § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht.⁵ Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ist entsprechend § 464 Abs. 2 BGB ein Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Mieter über die Wohnung zustande gekommen zu denselben Bedingungen, die der Verkäufer und der ursprüngliche Käufer vereinbart haben.

Das gilt grundsätzlich für alle Vertragsbestimmungen, auch wenn sie Verpflichtungen des Käufers begründen. Entsprechend ist der das Vorkaufsrecht ausübende Mieter grundsätzlich auch an eine im Kaufvertrag vereinbarte Maklerklausel gebunden, nach der der Käufer für die Vermittlung eine Provision zu zahlen hat.⁶

Diese Bindung des Vorkaufsberechtigten gilt jedoch nicht ausnahmslos. Nicht erfasst sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Vereinbarungen, die völlig außerhalb der für einen Kaufvertrag typischen gegenseitigen Verpflichtungen stehen und daher „Fremdkörper“ sind.⁷ Dies sind insbesondere Vereinbarungen, die nur für den Verkaufsfall getroffen wurden und den Parteien des Erstvertrags bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringen.⁸

* Der Beitrag wurde zuerst als AnwaltZertifikatOnline-Aufsatz veröffentlicht.

1 Viertes Gesetz zur Änderung mietvertraglicher Vorschriften vom 21.7.1993, BGBl. I, 1257.

2 BT-Drs. 12/3013.

3 Auf die Darstellung der einzelnen gesetzlichen Voraussetzungen wird verzichtet, diese können den einschlägigen Kommentaren entnommen werden.

4 Gem. BGH, Urt. v. 28.5.2008 – VIII ZR 126/07, WuM 2008, 415 – gilt § 577 BGB auch analog für die Realteilung eines Kettenreihenhauses.

5 BGH, Urt. v. 7.6.2000 – VIII ZR 268/99, WuM 2000, 486 = BGHZ 144, 357-364.

6 BGH, Urt. v. 14.12.1995 – III ZR 34/95, BGHZ 131, 318-325.

7 BGH, Urt. v. 13.6.1980 – V ZR 11/79, BGHZ 77, 359-365 betr. Projektierungskosten.

8 BGH, Urt. v. 12.12.1986 – V ZR 191/85, NJW-RR 1987, 396 f.; Urt. v. 25.9.1986 – II ZR 272/85 – NJW 1987, 890; Urt. v. 11.10.1991 – V ZR 127/90, NJW 1992, 236; Urt. v. 14.7.1995 – V ZR 31/94 – NJW 1995, 3138 f.

1. Einzelne das Vorkaufsrecht erschwerende kaufvertragliche Vereinbarungen

In den Blick sollen hier im Wesentlichen drei Vertragskonstellationen genommen werden: Der Paketkauf (a), die sog. differenzierte Kaufpreisabrede (b) und vertragliche Vereinbarungen zur Kaufabwicklung (c).

a) Der Paketkauf

Weitgehend geklärt ist die Behandlung des sog. Paketkaufs, in welchem der Vermieter eine Mehrzahl von Wohnungen in einem Paket und in einem Gesamtkaufvertrag verkauft.

Beispiel: *Der Verkäufer verkauft dem Käufer 4 Eigentumswohnungen im Haus xy, und zwar Wohnung Nr. 168, Nr. 172, Nr. 173 und 175. Aufgrund des Erwerbs von mehreren Wohnungen ermäßigt sich der vorgesehene Gesamtpreis von 432 000 € auf 395 000 €.*

Übt der Mieter in dieser Konstellation sein Vorkaufsrecht aus, bezieht es sich trotz des nicht näher aufgeschlüsselten Gesamtpreises nicht auf das Paket, sondern nur auf seine einzelne Wohnung; der Kaufpreis wird dann gem. § 467 BGB anteilig ermittelt.⁹ Dies gilt erst Recht dann, wenn für die einzelnen Wohnungen der (günstige) Kaufpreis aufgeschlüsselt ist. Vereinbarte Vergünstigungen aufgrund des Paketkaufs kommen auch dem das Vorkaufsrecht ausübenden Mieter zugute, obwohl er nur die einzelne Wohnung erwirbt.¹⁰ Denn nach § 464 Abs. 2 BGB kommt zwar ein neuer selbstständiger Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zustande, jedoch mit dem Inhalt des alten Kaufvertrags.

Etwas anders gilt jedoch dann, wenn der vereinbarte aufgeschlüsselte Einzelkaufpreis überhöht ist.¹¹ In dem einem Urteil des BGH vom 15.6.2005 zugrunde liegenden Fall wies der Gesamtpaketkaufvertrag besonders niedrige Einzelpreise für Wohnungen ohne Vorkaufsrecht (5 Wohnungen mit rd. 450 m² für einen Gesamtpreis von „nur“ 121 000 €) und besonders hohe Preise für Wohnungen mit Vorkaufsrecht (8 Wohnungen mit rd. 600 m² für einen Gesamtpreis von 1 220 000 €) aus.

Der BGH hielt diese Kaufpreisvereinbarung für sittenwidrig und daher gem. § 138 BGB nichtig, da sie ausschließlich getroffen worden sei, um das Vorkaufsrecht dadurch zu vereiteln, dass ein überhöhter Einzelpreis vereinbart und dem Mieter daher Schaden zugefügt werden sollte.¹² Diese Teilnichtigkeit führt grundsätzlich gem. § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags (und damit auch zum Entfall des Vorkaufsrechts, weil kein wirksamer Kaufvertrag vorliegt), es sei denn, der Vertrag enthält eine salvatorische Erhaltungs- und Ersetzungsklausel.¹³ Im Falle der Teilnichtigkeit schuldet der Mieter anstatt des überhöhten den angemessenen Teilkaufpreis, welcher im Zweifel durch Sachverständigengutachten zu ermitteln ist.¹⁴

b) Differenzierte Kaufpreisabrede

Nicht selten enthalten notarielle Kaufverträge zwischen Verkäufer und Käufer gestaffelte Kaufpreisabreden dergestalt, dass im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts ein höherer Kaufpreis geschuldet ist.

Beispiel: *„Der Kaufpreis für den Kaufgegenstand beträgt 210 000,00 €. Der Kaufpreis ist daran bemessen, dass diese Wohnung derzeit vermietet ist. Der Kaufpreis für eine nicht vermietete Wohnung dieser Art würde 320 000,00 € betragen.“*

Für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den zum Vorkauf berechtigten Mieter wird daher der Kaufpreis für den Kaufgegenstand auf 320 000,00 € festgesetzt.“

Für den Mieter ist eine solche kaufvertragliche Vereinbarung nicht nur erheblich wirtschaftlich nachteilhaft, sondern führt in nicht wenigen Fällen dazu, dass er das Vorkaufsrecht nicht ausübt, weil der erhöhte Kaufpreis seine wirtschaftlichen Möglichkeiten sprengt. Die Wirksamkeit einer solchen gestaffelten Kaufpreisabrede ist umstritten.

(1) Meinungsstand

Befürwortet wird eine solche differenzierte Abrede in der Literatur von Blank,¹⁵ der argumentiert, dass der Mieter durch die Ausübung des Vorkaufsrechts letztlich eine unvermietete Wohnung erhalte¹⁶ und diese anschließend zu einem höheren Preis weiterveräußern könne. Die damit verbundenen Vermögensvorteile seien vom Schutzzweck des § 577 BGB nicht gedeckt. Daher verstoße eine solche differenzierte Kaufpreisabrede nicht gegen § 577 Abs. 5 BGB, wonach eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam ist, wenn die Preisdifferenz den Marktgegebenheiten entspreche. Auch Derleder¹⁷ hielt eine solche Vereinbarung für wirksam, weil es sich dabei nicht um eine das Vorkaufsrecht einschränkende bedingte Preisabrede handle, sondern um einen für jeden Fall des Kaufs eines nicht vermieteten Grundstücks geltenden höheren Preis. Da die Abrede den Marktverhältnissen Rechnung trage, indem der Mieter hierdurch das Grundstück zu den gleichen Konditionen realisieren könne wie andere mietrechtlich nicht gebundene Erwerber, scheidet auch eine sittenwidrige Umgehung des § 577 BGB aus. Schließlich schloss sich auch das OLG München¹⁸ in einer einstweiligen Verfügungssache, in welcher es um die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Mieters ging, dieser Ansicht an und hielt ohne nähere Begründung eine differenzierende Preisabrede für „nach zutreffender h. M. zulässig und für den in den Vertrag eintretenden Mieter bindend“.

Die Gegenansicht vertreten Häublein¹⁹ und Rolfs,²⁰ die in einer solchen Kaufpreisabrede einen Verstoß gegen § 465 BGB sehen, wonach sich der Verkäufer nicht auf Abreden

9 OLG Düsseldorf, Urte. v. 29.6.1998 – 9 U 267/97, WuM 1998, 668 = NZM 1998, 1001.

10 OLG Düsseldorf, WuM 1998, 668.

11 BGH, Urte. v. 15.6.2005 – VIII ZR 271/04, WuM 2005, 660.

12 BGH, Urte. v. 15.6.2005 – VIII ZR 271/04, WuM 2005, 660, II. Ziff. 1.

13 Welche dann zur Beweislastumkehr dazu führt, ob der Vertrag mit der teilnichtigen Regelung stehen und fallen sollte, vgl. BGH, Urte. v. 24.9.2002 – KZR 10/01, NJW 2003, 347.

14 BGH, Urte. v. 15.6.2005 – VIII ZR 271/04, WuM 2005, 660, II. Ziff. 4.

15 Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl., § 577 Rn. 79.

16 Der Mietvertrag erlischt mit Eigentumswerb des Mieters durch Konfusion, vgl. BGH, Urte. v. 27.4.2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341.

17 Derleder, NJW 1996, 2817, 2819 f.

18 OLG München, Beschl. v. 20.1.2005 – 10 W 672/05, MittBayNot 2005, 306.

19 MüKo-BGB/Häublein, 2020, § 577 Rn. 30.

20 Staudinger/Rolfs, Stand 3.5.2019, § 557 Rn. 83.

berufen darf, die von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig sind, was hinsichtlich des niedrigeren Kaufpreises aber der Fall wäre. Darin liege eine Benachteiligung des Mieters, weil ihm entgegen §§ 464 Abs. 2, 465 BGB ein Kaufvertrag mit der primär vereinbarten Bestimmung eines niedrigeren Preises verwehrt werde.²¹ Letztlich sei eine solche Kaufpreisabrede deutlich geeignet, das Vorkaufsrecht zu vereiteln.²²

(2) Stellungnahme

Der zuletzt genannten Auffassung ist der Vorzug zu geben. Gem. § 464 Abs. 2 BGB kommt mit Ausübung des Vorkaufsrechts der Vertrag unter *denselben Bestimmungen* zustande, welche zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart wurden. Damit unterscheiden sich die beiden Kaufverträge allein darin, dass Käufer anstelle des Dritten der Mieter ist. Der Vorkaufsberechtigte soll zu den ausgehandelten Bedingungen kaufen können, „also nicht günstiger, aber auch nicht schlechter gestellt sein als der Erstkäufer.“²³ Muss der Mieter jedoch einen höheren Kaufpreis aufwenden als der Käufer, erwirbt er nicht zu denselben Bedingungen. Hinzu kommt, dass eine solche Kaufpreisvereinbarung für die Parteien des Erstvertrags bei dessen Durchführung keinerlei Vorteile bringt. Sie gilt allein für den Vorkaufsfall und hat damit – worauf Häublein²⁴ zu Recht hinweist – eine Abschreckungswirkung auf den Mieter. Damit handelt es sich auch nach der „Fremdkörper“-Rechtsprechung des BGH²⁵ nicht um eine Vereinbarung, die den Mieter bindet.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen, wonach der Mieter durch das Vorkaufsrecht die Gelegenheit erhalten soll, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter für die Wohnung zu zahlen bereit ist.²⁶ Die Vereinbarung eines höheren Kaufpreises allein für den Mieter lässt sich mit dieser gesetzgeberischen Intention nicht vereinbaren. Folgerichtig hat auch der BGH²⁷ in seiner Entscheidung vom 15.6.2005 eine überhöhte Einzelpreisvereinbarung, die nur im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts gelten sollte, für sittenwidrig und nichtig erklärt.

Soweit Blank für seine gegenteilige Ansicht anführt, der Mieter würde im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts in den Genuss eines Preisvorteils kommen, weil er die Wohnung im nicht vermieteten Zustand erhält und zu einem höheren Preis weiterveräußern könne, was vom Schutzzweck des § 577 BGB nicht gedeckt sei, überzeugt dies nicht. Denn Schutzzweck des § 577 BGB ist es gerade, den Mieter vor der Verdrängung im Zusammenhang mit einer Umwandlung zu schützen und ihm die Möglichkeit zu geben, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch der (Erst)Käufer zu zahlen bereit ist. Soweit ihm im Einzelfall wirtschaftlich eine Differenz zum Verkehrswert der Wohnung in unvermietetem Zustand zufällt, ist dies im Gegenteil gerade Sinn und Zweck des Gesetzes, um dem Mieter die Möglichkeit zu erhalten, in seiner bisherigen Wohnung und seinem angestammten Wohnungsumfeld zu verbleiben.²⁸

Diese Sichtweise von Blank und Derleder ist zudem nicht mit der Rechtsprechung des BGH zur Höhe des Schadenersatzes des Mieters bei vereiteltem Vorkaufsrecht in Einklang zu bringen. In dem der Entscheidung vom 21. 1. 2015²⁹ zugrunde liegenden Fall hatte der Käufer mehrere Eigentumswohnungen zu einem besonders günstigen Paketpreis

erworben. Der übergangene Mieter machte als Schadenersatz die Differenz zwischen dem Verkehrswert der Wohnung und dem vom Erwerber gezahlten niedrigeren Kaufpreis geltend. Während die Vorinstanzen diesen Anspruch als nicht vom Schutzzweck des § 577 BGB gedeckt ablehnten, gab der BGH dem Mieter Recht und stellte ausdrücklich fest, dass ihm diese Differenz in vollem Umfang zusteht. Der BGH betonte, dass sich der Schutzzweck des § 577 BGB nicht allein im Schutz des Mieters vor spekulativer Umwandlung erschöpfe, sondern gleichermaßen darin bestehe, dem Mieter den Erwerb der Wohnung zu ermöglichen, insbesondere wenn dieser aus seiner Sicht günstig ist. Denn das Wesen des Vorkaufsrechts liege gerade darin, dass der Vorkaufsberechtigte an den zwischen Verkäufer und Käufer ausgehandelten Konditionen partizipiert. Eine andere Sichtweise ließe das Vorkaufsrecht leerlaufen.³⁰

Im Ergebnis verstößt somit eine sog. differenzierte Kaufpreisabrede, die im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts für den Mieter einen höheren Mietpreis vorsieht, gegen §§ 464 Abs. 1, 454 BGB sowie gegen § 557 Abs. 5 BGB und ist unwirksam. Der Mieter hat damit den (niedrigeren) Kaufpreis zu zahlen, den auch der Käufer nach dem Kaufvertrag hätte zahlen müssen.

c) Vertragliche Vereinbarungen zur Kaufabwicklung

(1) Fehlende Belastungsvollmacht

Voraussetzung für den Kauf eines Grundstücks ist in aller Regel, dass der Käufer bereits vor Eigentumsumschreibung das Kaufgrundstück mit Grundpfandrechten belasten darf, um eine Finanzierung des Kaufpreises zu erreichen. Was aber, wenn eine solche Belastungsvollmacht im Kaufvertrag fehlt?

Beispiel: „Eine Finanzierungsberatung durch den Verkäufer ist nicht erfolgt und wird nicht gewünscht. Der Käufer erklärt, dass er zur Finanzierung des Kaufpreises keine Grundpfandrechte bestellen wird.“

Diese kaufvertragliche Klausel lag dem Urteil des LG Berlin vom 11. 2. 2016³¹ zugrunde, in dessen Verfahren der (nicht zum Zug gekommene) vorkaufsberechtigte Mieter Schadenersatz vom Vermieter wegen Pflichtverletzung forderte.

21 So auch Sonnenschein, NJW 1997, 1270, 1283.

22 MüKo-BGB/Häublein, 2020, § 577 Rn. 30.

23 BGH, Ur. v. 13.6.1980 – V ZR 11/79, BGHZ 77, 359.

24 MüKo-BGB/Häublein, 2020, § 577 Rn. 30.

25 BGH, Ur. v. 12.12.1986 – V ZR 191/85, NJW-RR 1987, 396 f.; Ur. v. 25.9.1986 – II ZR 272/85, NJW 1987, 890; Ur. v. 11.10.1991 – V ZR 127/90, NJW 1992, 236; Ur. v. 14.7.1995 – V ZR 31/94 – NJW 1995, 3138 f.

26 BT-Drs. 12/3013.

27 BGH, Ur. v. 15.6.2005 – VIII ZR 271/04, WuM 2005, 660.

28 Sonnenschein, Wohnraummiete, Eine Analyse des geltenden Rechts für die Expertenkommission Wohnungspolitik, Tübingen 1995, S. 159 f.

29 BGH, Ur. v. 21.1.2015 – VIII ZR 51/14, WuM 2015, 240.

30 BGH, Ur. v. 21.1.2015 – VIII ZR 51/14, WuM 2015, 240, II. Ziff. 5.

31 LG Berlin, Ur. v. 11.2.2016 – 67 S 392/15, ZMR 2016, 545.

Argument: Bei Einräumung einer Belastungsvollmacht hätte seine Bank den Kauf finanziert und er hätte die Wohnung erwerben können.

Auch wenn das LG Berlin einen Anspruch des Mieters auf Einräumung einer Belastungsvollmacht aus einer Nebenpflicht des Vermieters erwog (im Ergebnis musste es darüber nicht entscheiden), ist ein solcher Anspruch abzulehnen. Denn ausgehend von dem Grundsatz, dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts entsprechend § 464 Abs. 2 BGB ein Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Mieter mit denselben Bedingungen zustande kommt, die der Verkäufer und der ursprüngliche Käufer vereinbart haben, stehen die kaufvertraglichen Konditionen fest. Der Mieter hat keinen Anspruch auf Abänderung oder Ergänzung der kaufvertraglichen Bedingungen.³² Hat also der Verkäufer dem Käufer keine Vollmacht zur Belastung des Grundstücks vor Eigentumsübergang eingeräumt, kann auch der Mieter eine solche nicht verlangen, selbst wenn er sie zur Finanzierung des Kaufpreises benötigt.³³ Denn eine Belastungsvollmacht ist für den Verkäufer nicht risikolos. Zudem ergeben sich durch eine Barzahlung für ihn Vorteile, etwa durch eine schnellere Abwicklung. Diese Vorteile muss der Verkäufer nicht aus der Hand geben, um dem Mieter die Ausübung des Vorkaufsrechts zu ermöglichen.³⁴

(2) Vereinbartes Rücktrittsrecht

Eine weitere Konstellation, welche sogar zur Vereitelung des Vorkaufsrechts führen kann, ist die kaufvertragliche Vereinbarung eines Rücktrittsrechts zugunsten des Verkäufers.

Beispiel: „Der Verkäufer weist darauf hin, dass ein Vorkaufsrecht für den Mieter der Wohnung besteht. Der Verkäufer behält sich das Recht vor, von diesem Vertrag zurückzutreten, wenn die Erklärung des Mieters über die Nichtausübung seines Vorkaufsrechts dem Notar nicht bis zum 1. 8. 2019 vorliegt.“

Tritt der Verkäufer in einem solchen Fall vom Kaufvertrag zurück, fragt es sich, ob der Mieter noch sein Vorkaufsrecht ausüben kann (vorausgesetzt, die Ausübungsfrist ist noch nicht verstrichen), obwohl der Rücktritt bereits erfolgt ist.

Gem. § 465 BGB ist eine kaufvertragliche Vereinbarung, die dem Vorkaufsverpflichteten im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts einen Rücktritt vorbehält, unwirksam. Nichtig wäre demnach eine Vereinbarung, wonach der Verkäufer im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt ist. Eine solche positive Formulierung sieht jedoch das obige Beispiel nicht vor, sondern knüpft das Rücktrittsrecht – in der Regel zeitlich früher – daran an, dass sich der Mieter binnen einer bestimmten Frist *nicht* erklärt, dass Vorkaufsrecht *nicht* auszuüben. Es fragt sich demnach, ob die Anknüpfung des Rücktrittsrechts an den Nichtverzicht des Mieters letztlich das Vorkaufsrecht ebenso vereiteln kann wie ein Rücktrittsrecht für den Fall der Ausübung und daher dem Anwendungsbereich des § 465 BGB – zumindest entsprechend – unterfällt.³⁵ Der BGH³⁶ lehnt dies ab, weil in diesen Fällen der Rücktritt *vor* Ausübung des Vorkaufsrechts erfolge und daher § 465 BGB, der eine Auflösung des Kaufvertrags nach Ausübung des Vorkaufsrechts vorsehe, nicht einschlägig sei. Jedoch, so der BGH, könne ein Recht zur Ausübung eines Vorkaufsrechts, wenn es einmal wirksam entstanden ist, nicht mehr beseitigt werden. Liegen die Voraussetzungen für die Aus-

übung des Vorkaufsrechts einmal vor, sei das daraus erwachsene Gestaltungsrecht des Vorkaufsberechtigten in seinem rechtlichen Fortbestand grundsätzlich unabhängig von dem rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten.³⁷

Im Ergebnis kommt demnach eine Vertragsaufhebung nur nach Ablauf der Vorkaufsfrist und nur dann in Betracht, wenn der Mieter sein Vorkaufsrecht nicht ausgeübt hat. Übt der Mieter hingegen sein Vorkaufsrecht aus, gelten für ihn die Kaufvertragsbedingungen zur Zeit des Entstehens des Vorkaufsrechts (Abschluss wirksamer Kaufvertrag), auch wenn die Kaufvertragsparteien den Kaufvertrag vor Ausübung des Vorkaufsrechts einvernehmlich aufgehoben haben. Die im oben dargestellten Fallbeispiel dargestellte Vereinbarung kann demnach nicht dazu führen, dass der Mieter sein Vorkaufsrecht verliert.

2. Rechtliche Durchsetzung des Vorkaufsrechts

a) Eintragung einer Vormerkung gem. §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB

Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts tritt der Mieter nicht etwa in den bestehenden Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer ein, sondern es wird durch Ausübung des Vorkaufsrechts ein selbstständiger Vertrag begründet. Da eine notarielle Beurkundung nach § 311b BGB nicht notwendig ist,³⁸ ergeben sich praktische Abwicklungsprobleme.

Diese beginnen schon bei der Frage der Sicherung des Anspruchs auf Übereignung. Da für den Vorkaufsberechtigten nur die schuldrechtlichen Vereinbarungen des Kaufvertrags gelten, werden die im Kaufvertrag enthaltenen Vollzugsvollmachten nicht erfasst.³⁹ Damit gilt eine Bewilligung des Verkäufers für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des (Erst-)Käufers nicht für den Mieter. Dieser ist daher gehalten, sofort nach Ausübung des Vorkaufsrechts die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch gem. § 885 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB durch einstweilige Verfügung zu erwirken. Denn der Vermieter/Verkäufer ist trotz bestehenden oder sogar ausgeübten Vorkaufsrechts grundsätzlich nicht gehindert, die Immobilie einem Dritten zu veräußern, der sich seinen Anspruch auf Übereignung mit einer vom Verkäufer bewilligten Auflassungsvormerkung (§ 885 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB) dinglich sichern kann. Folge wäre die Vereitelung des Vorkaufsrechts des Mieters (§ 883 Abs. 2 BGB). Ihm blieben dann nur noch Schadensersatzansprüche.⁴⁰

Im Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist lediglich der zu sichernde Anspruch schlüssig vorzutragen und glaubhaft zu machen; eine Gefährdung des zu sichern-

32 So im Ergebnis auch: MüKo-BGB/Häublein, 2020, § 577 Rn. 33.

33 Staudinger/Rolfs, Stand 3.5.2019, § 557 Rn. 68.

34 Burbulla, ZfIR 2017, 121, 129.

35 So OLG Hamm, Ur. v. 20.8.2009 – 22 U 167/08 – juris.

36 BGH, Ur. v. 1.10.2010 – V ZR 173/09, WuM 2010, 710.

37 BGH, Ur. v. 1.10.2010 – V ZR 173/09, WuM 2010, 710 Rn. 20.

38 Staudinger/Rolfs, Stand 3.5.2019, § 557 Rn. 68.

39 BGH, Beschl. v. 21. 6.2012 – V ZB 283/11, NJW-RR 2012, 1483.

40 BGH, Ur. v. 6.4.2016 – VIII ZR 143/15, WuM 2016, 369.

den Anspruchs muss nicht vorliegen.⁴¹ Zuständig ist gem. §§ 936, 937 Abs. 1 ZPO das Gericht der Hauptsache. Dies ist gem. § 29a ZPO, § 23 Ziff. 2 a) GVG ausschließlich das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich die Wohnung befindet, weil es sich um eine wohnungsmietrechtliche Angelegenheit (§ 577 BGB) handelt.⁴² Dies wird teilweise übersehen⁴³ oder – insbesondere von Rechtsschutzversicherungen des Mieters – in Abrede gestellt.⁴⁴ Da bei einer ausschließlichen Zuständigkeit eine rügelose Einlassung nicht in Betracht kommt, riskiert der Mieter, der erstinstanzlich das Landgericht anruft, eine Klageabweisung aufgrund Unzuständigkeit auch noch in höherer Instanz.⁴⁵

b) Vorgehen bei streitiger Kaufpreishöhe

Da der Mieter nur zwei Monate Zeit hat, sein Vorkaufsrecht auszuüben, ist eine Klärung der Frage, ob z. B. eine differenzierte Kaufpreisabrede in seinem Fall wirksam ist oder welcher Preis der angemessene bei vertraglich vereinbartem überhöhten Einzelpreis ist, nicht möglich. Wenn er sein Vorkaufsrecht nicht verlieren möchte, muss er es zwingend – und zwar unbedingt – ausüben, weil ansonsten Zweifel an der Wirksamkeit der Ausübung bestehen können.⁴⁶

Sodann ist der Kaufvertrag, wie mit dem Dritten abgeschlossen, abzuwickeln, d. h. der Mieter hat den Kaufpreis zu bezahlen. Wagt er es, einen niedrigeren Kaufpreis zu zahlen, weil der im Falle des Ausübens seines Vorkaufsrechts vereinbarte Kaufpreis seiner Ansicht nach übersteuert ist, riskiert er einen Rücktritt des Verkäufers vom Kaufvertrag, weil er seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung nicht vertragsgerecht nachgekommen ist (§ 323 Abs. 1 BGB). Tritt der Verkäufer in einem solchen Fall vom Vertrag zurück, müsste im Rahmen eines Rechtsstreits über den Rücktritt (und ggf. über die Löschung der Auflassungsvormerkung) – u. U. sachverständig beraten – gerichtlich geprüft werden, ob die Kaufpreisabrede wirksam und marktgerecht war. Kommt das Gericht zu der Auffassung, die Kaufpreisabrede sei wirksam gewesen, hat der Mieter den Kaufvertrag und damit die Wohnung verloren.⁴⁷ Zur Vermeidung dieses Ergebnisses ist der Mieter gezwungen, als sichersten Weg zunächst den hohen Preis (unter einfachem Vorbehalt) zu zahlen und die Differenz dann gesondert zurückzufordern, freilich unter Inkaufnahme des nicht zu unterschätzenden Insolvenzrisikos des Vermieters. Letzteres besteht insbesondere dann, wenn es sich um einen Bauträger – in der Regel eine Objekt

GmbH oder Objekt GmbH & Co. KG – handelt. Ob dem Mieter bei dieser Sachlage – und dann ggf. noch ohne Belastungsvollmacht – eine Fremdfinanzierung gelingt, ist fraglich.

III. Fazit

Bemühungen, ein bestehendes Vorkaufsrecht zu umgehen, hat der BGH von jeher kritisch gesehen. Schon in seiner Entscheidung vom 9. 2. 1990⁴⁸ hat er in § 465 BGB (§ 506 BGB a. F.) einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken erkannt, ein bestehendes Recht nicht vereiteln zu dürfen. Auch in seinen jüngeren Entscheidungen zum Vorkaufsrecht des Mieters hat der BGH ein durch den Vermieter umgangesenes Vorkaufsrecht missbilligt und dem Mieter vollen Schadenersatz auch im Hinblick auf einen dadurch entgangenen Gewinn zuerkannt.⁴⁹ Es bleibt daher zu hoffen, dass künftig die Instanzrechtsprechung⁵⁰ – nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit sämtlicher am Kauf beteiligten Parteien – dieser Linie folgt und auch differenzierten Kaufpreisabreden eine klare Absage erteilt. Auch der den Kaufvertrag beurkundende Notar sollte sich zur Vermeidung einer Amtspflichtverletzung gut überlegen, ob er solche die Ausübung des Vorkaufsrechts des Mieters hindernden oder zumindest erschwerenden Vereinbarungen im Hinblick auf seine Pflicht gem. § 4 BeurkG, §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO beurkundet.

41 OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 30.7.1992 – 27 W 43/92, NJW-RR 1993, 473.

42 LG Köln, Beschl. v. 4.3.2009 – 20 O 412/08 – BeckRS 2009, 07157 betr. Rechtsschutzversicherung.

43 Z. B. im Fall des OLG München, Beschl. v. 21.2.2005 – 10 W 672/05 – juris.

44 Vgl. hierzu LG Köln, Beschl. v. 4.3.2009 – 20 O 412/08 – BeckRS 2009, 07157.

45 BGH, Urt. v. 9.7.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539.

46 Münchener Kommentar/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 464 Rn. 2 mit Verweis auf BGH LM § 505 Nr. 3 = WM 1962, 1091 zu § 505 a. F.; MDR 1964, 748; 1962, 974; WM 1988, 92 f.; OLG Stuttgart, BB 1960, 887; Erman/Grunewald Rn. 3.

47 Dieses Schicksal ereilte den Mieter im Falle des OLG München, Beschl. v. 21.2.2005 – 10 W 672/05 – juris, weil das OLG eine differenzierte Kaufpreisabrede für wirksam hielt.

48 BGH, Urt. v. 9.2.1990 – V ZR 274/88, NJW 1990, 1473.

49 BGH, Urt. v. 21.1.2015 – VIII ZR 51/14, WuM 2015, 240.

50 Anders als das OLG München, Beschl. v. 21.2.2005 – 10 W 672/05 – juris.