

### **Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.:** 142812  
**letzte Aktualisierung:** 18. Juli 2017

**BGB §§ 883, 877; WEG §§ 3, 4, 5, 8, 10**

**Sukzessive Wohnungseigentumsbegründung bei Mehrhausanlage; Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Verkäufers auf Änderung der Teilungserklärung**

### **I. Sachverhalt**

Ein Bauträger hat Bauträgenerverträge mit Erwerbem beurkundet, bei denen es um den vorhandenen Altbaubestand mit Sanierungsverpflichtung geht. Auf dem gleichen Grundstück wird daneben noch ein Neubau errichtet, wobei die Einzelheiten des Bauvorhabens noch nicht vollständig geklärt sind.

Sobald die Planung fertiggestellt ist, soll dieser Neubau dann in die Teilungserklärung einbezogen werden durch Änderung derselben. Der Bauträger hat über Änderungsbefugnisse als Verkäufer im Kaufvertrag geregelt und will diese sicherheitshalber durch Vormerkung absichern. Die maßgebliche Passage der Urkunde enthält unter Ziffer 2 eine umfassende Vollmacht des Käufers an den Verkäufer und in Ziffer 3 die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung gem. § 883 BGB am Vertragsgegenstand

„zugunsten des Verkäufers zur Sicherung des Anspruchs des Verkäufers auf Änderung der Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung gemäß der vorstehenden Ziffer (1), insbesondere auf Begründung neuer Wohnungs- und Teileigentumseinheiten durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum und auf Begründung neuer Sondernutzungsrechte an Räumen und Flächen des Gemeinschaftseigentums. Die Vormerkung hat Rang zu erhalten vor der nach Abschnitt III dieser Niederschrift zu bestellenden Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers, ...“

Ziffer 1. der Urkunde, die den Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung regelt, wurde uns nicht mitgeteilt.

Nach Beurkundung der entsprechenden Bauträgenerverträge wurde nunmehr die Eintragung der Auflassungsvormerkung für den Käufer und der Vormerkung für den Verkäufer zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung der Teilungserklärung beantragt. Das Grundbuchamt erhebt die folgenden drei Einwände gegen die beantragte Eintragung:

1. Wegen inhaltlicher Unbestimmtheit sei die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Verkäufers auf Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung nicht eintragungsfähig.
2. Die Unbestimmtheit könne jedoch dahinstehen, weil diese Vormerkung deshalb nicht eintragungsfähig ist, da Eigentümer und Vormerkungsberechtigter identisch seien. Eine Vormerkung mit identischem Schuldner und Gläubiger könne jedoch nicht in das Grundbuch eingetragen werden.
3. Derzeit sei der Käufer als Berechtigter der Auflassungsvormerkung hinsichtlich einer etwaigen Änderung der Teilungserklärung ohnehin nur zustimmungspflichtig gem. § 877 BGB. Eine solche Zustimmungserklärung könne jedoch durch Vormerkung gerade nicht gesichert werden.

## II. Frage

Sind die Einwände des Grundbuchsamts berechtigt? Sie geben hierbei zu bedenken, dass das Grundbuchamt verkenne, dass jedenfalls nach Eigentumsumschreibung auf den Erwerber keine Identität mehr bestehe.

## III. Zur Rechtslage

### 1. Möglichkeit einer sukzessiven Wohnungseigentumsbegründung bei Mehrhausanlagen

Zur Frage, welche Möglichkeiten der sukzessiven Wohnungseigentumsbegründung bei Mehrhausanlagen bestehen, werden in der Gestaltungsliteratur im Wesentlichen folgende Möglichkeiten diskutiert (vgl. hierzu auch Schmidt, ZWE 2005, 58 ff.; Hügel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 4 Rn. 70 ff.; Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A III Rn. 36 ff.):

- a) Möglich ist zunächst die sofortige endgültige Aufteilung (sog. **große Aufteilung**), die allerdings voraussetzt, dass die Planung von Anfang an festliegt und die allgemeinen Voraussetzungen für die Begründung von Wohnungseigentum gegeben sind.
- b) Darüber hinaus ist die sog. **kleine Aufteilung** möglich. Dabei erfolgt die Aufteilung (aller 1000/1000 Miteigentumsanteile) nur entsprechend der Anzahl der Wohnungen, die im aktuellen Bauabschnitt realisiert werden. Die Erwerber verpflichten sich jedoch, bei der Realisierung weiterer Bauabschnitte entsprechende Miteigentumsanteile an den Veräußerer zu übertragen, um bei der Umwandlung des an neu errichteten Bauabschnitten entstehenden Gemeinschaftseigentums in Sondereigentum mitzuwirken.
- c) Eine andere Lösung wird schließlich in der Aufteilung **überdimensionierter Miteigentumsanteile** gesehen. Hierbei vermeidet man die spätere Übertragung von Miteigentumsanteilen von den anderen jetzigen Wohnungseigentümern auf die neu zu begründenden Wohnungseigentumseinheiten dadurch, dass zunächst die beim Bauträger (bzw. ursprünglichen Eigentümer) verbleibende Einheit mit einem überdimensionierten Miteigentumsanteil verbunden wird.

Insoweit kann sich der Bauträger zunutze machen, dass das WEG nicht vorschreibt, dass der Miteigentumsanteil einer Wohnung dem Anteil ihres Sondereigentums am Wert der Sondereigentumsrechte entsprechen muss (BGH DNotZ 1976, 441; BGH NJW 1986, 2759; BayObLG Rpfleger 1982 418; Hügel, in: Würzburger Notarhand-

buch, Teil 2 Kap. 4 Rn. 66). Sinnvoll ist es jedoch bei dieser Variante zu schätzen, wie viele Wohnungen bzw. Nutzflächen in allen Bauabschnitten insgesamt erstellt werden. Dementsprechend wird der überdimensionale große Anteil zu berechnen sein (Röll, MittBayNot 1993, 5, 6; Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A III Rn. 38).

Diese Variante wirft aber verschiedene Probleme im Hinblick auf die Mitwirkung der Erwerber des ersten Bauabschnittes bei den späteren Bauabschnitten auf:

- (1) Die spätere Durchführung der Baumaßnahme als rein faktischer Vorgang, bedarf wohl gem. § 22 Abs. 1 WEG als bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums der Zustimmung sämtlicher Eigentümer. Es entspricht jedoch mittlerweile einhelliger Meinung, dass § 22 WEG in der Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung abdingbar ist, so dass eine Vereinbarung nach § 15 Abs. 1 WEG getroffen werden kann. Dies kann über § 10 Abs. 2 WEG durch Grundbucheintragung mit dinglicher Wirkung ausgestaltet werden (BGH MDR 1970, 754; BayObLG WE 1988, 63). Eine spätere Zustimmung der Erwerber der ersten Abschnitte oder ihrer Grundpfandrechtsgläubiger ist insoweit dann nicht erforderlich.
- (2) Eine Änderung der ursprünglichen Teilungserklärung ist auch notwendig, weil die „Parkeinheit“ entweder Wohnungseigentum oder Teileigentum sein muss, wohingegen die späteren, hierzu neu zu bildenden Einheiten möglicherweise gerade umgekehrt qualifiziert werden sollen. Der Bauträger benötigt somit ein Recht zur nachträglichen Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt (F. Schmidt, BWNotZ 1989, 39, 40 ff.; Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A III Rn. 39d). Erforderlich ist insoweit die Einigung aller Miteigentümer in der Form der Auflassung (§§ 873, 925 BGB; Hügel, in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 4 Rn. 264) oder eine entsprechende Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung (dazu Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A III Rn. 113 f.)
- (3) Weiter wird man aber davon ausgehen können, dass hinsichtlich der späteren weiteren Aufteilung nicht nur ein einfacher Fall der Unterteilung von Sondereigentum vorliegt, der sich nach § 8 WEG analog richtet und nicht der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer und dinglicher Berechtigter bedarf (vgl. hierzu Böttcher, BWNotZ 1996, 80, 87 m. w. N.). Vielmehr wird bei der Entstehung völlig neuer Raumeinheiten die Verbindung von Sondereigentum mit den geparkten Miteigentumsanteilen nur gem. §§ 3 Abs. 1, 4 WEG durch entsprechende Einigung sämtlicher Eigentümer erfolgen können (BGH NJW 1998, 3712; BayObLG DNotZ 1995, 235; BayObLG MittBayNot 1996, 29; 1994, 41; Hügel, ZMR 2004, 551; Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A III Rn. 38). Danach ist ein Vertrag unter Mitwirkung der bereits vorhandenen Wohnungseigentümer erforderlich. Ein solcher wird also in dem Moment erforderlich, in dem an nur einer Einheit eine Vormerkung für einen Käufer eingetragen wurde, da für diesen damit die Anwartschaft auf den Erwerb des Wohnungseigentums entsteht (Schüller, RNotZ 2011, 203, 204).

Dem mitgeteilten Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, welche der o. g. Varianten im vorliegenden Fall gewählt wurde.

## **2. Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung der Teilungserklärung**

- a) Steht bereits fest, dass die Teilungserklärung künftig geändert werden muss, können sich die Miteigentümer verpflichten, an einer solchen Änderung mitzuwirken. Im

Grundsatz ist es – soweit ersichtlich – unstrittig, dass ein solcher Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung durch eine Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch dinglich gesichert werden kann (vgl. BayObLGZ 1974, 118; Kreuzer, ZWE 2002, 285, 287; Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2005, § 4 WEG Rn. 13; vgl. auch das umfangreiche **Muster** bei Kreuzer, in: Müller, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2016, B. II. 2.; Hügel, in: Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 2 Rn. 125.).

- b) Die Vormerkung gem. § 883 BGB ist ein **akzessorisches Sicherungsmittel eigener Art**, welche das Bestehen eines auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück gerichteten Anspruchs voraussetzt. Hieraus folgt, dass eine Vormerkung materiell-rechtlich nur dann entstehen kann, wenn der Schuldner des gesicherten Anspruchs derjenige ist, dessen Eigentum oder Grundstücksrecht im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung von der künftigen Rechtsänderung betroffen wird (sog. **Identitätsgebot auf der Passivseite**; vgl. hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1493 m. zahlr. N.).

Hieraus folgt weiter, dass eine Vormerkung nur dann eintragungsfähig ist, wenn der Schuldner des vorzumerkenden Anspruchs **im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung** Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes ist. Völlig zutreffend hat daher das Grundbuchamt im vorliegenden Fall den Antrag auf Eintragung der Vormerkung zugunsten des Verkäufers betreffend den gegen den Erwerber gerichteten Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung beanstandet, weil *im derzeitigen Vollzugsstand des Vertrages* der Gläubiger dieses Anspruchs (Bauträger) noch als Eigentümer des betroffenen Grundstücks eingetragen ist. Mithin ist dem Identitätsgebot *derzeit* noch nicht Genüge getan. Freilich wäre das Identitätsgebot beachtet, wenn die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Bauträgers auf Änderung der Teilungserklärung zusammen mit der Auflassung an den Erwerber zur Eintragung in das Grundbuch beantragt wird.

- c) Ein auf dingliche Rechtsänderung gerichteter Anspruch ist jedoch nur dann vormerkbar, wenn der **Inhalt der Leistungspflicht hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar** ist (vgl. Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 883 Rn. 49 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 883 Rn. 7 jeweils m. w. N.). Diese aus dem materiellen Recht folgenden Bestimmtheitsanforderungen sind insbesondere nicht mit dem grundbuchverfahrensrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu verwechseln (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 1492).

Ob im vorliegenden Fall der dem Verkäufer eingeräumte Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung diesem – materiell-rechtlichen – Bestimmtheitsanforderungen genügt, können wir nicht abschließend beurteilen. Insbesondere ist uns der Inhalt des gesicherten Anspruchs nicht bekannt. Maßgeblich dürfte u. E. in diesem Zusammenhang sein, inwieweit der Umfang der beabsichtigten Änderung der Teilungserklärung zum Inhalt der Verpflichtung der Erwerber gemacht wurde. Insbesondere dann, wenn sich der Urkunde in keiner Weise entnehmen lassen würde, auf welche Änderungen der Teilungserklärung sich der entsprechende Anspruch der Erwerber bezieht, dürfte die Bestimmbarkeit des vorzumerkenden Anspruchs zu verneinen sein. Insofern sei auch auf die bereits oben zitierte Entscheidung des BayObLG (BayObLGZ 1974, 118) verwiesen.

### 3. Keine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erteilung einer Zustimmung gem. § 877 BGB

Im gegenwärtigen Vollzugsstadium – also vor Auflassung der vertragsgegenständlichen Eigentumswohnung an den Erwerber – ist für eine Änderung der Teilungserklärung durch den aufteilenden Eigentümer gem. § 877 BGB u. A. die Zustimmung des Erwerbers als Berechtigtem der Auflassungsvormerkung notwendig. Sofern in dem zugrunde liegenden Bauträgervertrag auch eine Verpflichtung des Erwerbers enthalten ist, vor der Auflassung an ihn die Zustimmung zu einer etwaigen Änderung der Teilungserklärung zu erteilen, kann ein solcher Anspruch nicht durch eine Vormerkung gem. § 883 BGB gesichert werden. Ein solcher Anspruch ist nämlich nicht auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belasteten Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts gerichtet. Ein Anspruch auf Erteilung einer Zustimmung gem. § 877 BGB ist daher nicht im Grundbuch vormerkbar (vgl. Staudinger/Rapp, § 4 WEG Rn. 16; Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 32).

#### **4. Ergebnis**

Der Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung kann durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden, wenn dieser Anspruch die materiell-rechtlichen Bestimmtheitsanforderungen des § 883 BGB erfüllt. Ist der Erwerber einer Eigentumswohnung Schuldner dieses Anspruchs, kann die darauf bezogene Vormerkung wegen des Identitätsgebots auf der Passivseite erst mit der Auflassung an den Erwerber eingetragen werden, weil es vorher an der Identität zwischen im Grundbuch eingetragenen Eigentümer und Schuldner des vorzumerkenden Anspruchs fehlt.