

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 160993

letzte Aktualisierung: 4. Mai 2018

BauGB §§ 24 ff.

Tausch mit dem Bauträger; Anteilsmodell; Vorkaufsrecht der Gemeinde; Negativattest

I. Sachverhalt

Es soll ein „Tausch mit dem Bauträger“ im sog. Anteilsmodell dahingehend beurkundet werden, dass der Eigentümer von seinem Grundstück eine Teilfläche an den Bauträger überträgt und als Gegenleistung der Bauträger auf dem beim Eigentümer verbleibenden, in zwei Parzellen aufzuteilenden Grundstücksteil zwei Doppelhaushälften errichtet. Eine Aufzahlung erfolgt nicht oder allenfalls in gegenüber dem Wert der übertragenen Teilfläche und dem Wert der Bauleistungen untergeordneter Höhe. Die Eigentumsumschreibung soll erfolgen, sobald eine erst-rangige Eigentumsvormerkung für den Bauträger eingetragen ist, die Vermessung und Fortschreibung erfolgt ist, der Bauträger eine Erfüllungsbürgschaft für den Wert der Bauleistungen in Anlehnung an § 7 MaBV gestellt hat und ggf. die Aufzahlung geleistet ist.

II. Fragen

1. Löst der Vertrag das gemeindliche Vorkaufsrecht nach dem BauGB aus?
2. Kann das Grundbuchamt (auch dann, falls der Vertrag das gemeindliche Vorkaufsrecht nicht auslöst) die Vorlage eines entsprechenden Negativzeugnisses verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Kauf als Voraussetzung für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach §§ 24 ff. BauGB

§ 24 Abs. 1 S. 1 BauGB räumt der Gemeinde ein gesetzliches Vorkaufsrecht beim **Kauf** von Grundstücken ein. Bei dem hier vorliegenden Fall liegt laut Ihrer Sachverhaltsschilderung jedoch kein Kaufvertrag, sondern ein „**Tausch mit dem Bauträger**“ in Form des **Anteilsmodells** vor:

Das Anteilsmodell ist dadurch gekennzeichnet, dass der Grundstückseigentümer nur einen Miteigentumsanteil seines Grundstücks oder – wie hier – eine reale Teilfläche des Grundstücks an den Bauträger überträgt und sich der Bauträger im Gegenzug zur Bebauung des beim Grundstückseigentümer verbleibenden Miteigentumsanteils oder der verbleibenden Teilfläche verpflichtet. Der übertragene Grundstücksteil wird damit gegen Bebauung des verbleibenden Grundstücksteils getauscht. Auch ist es möglich, anstelle eines Tauschs eine

bloße Verrechnung der Zahlungsansprüche von Kauf- und Werkvertrag zu vereinbaren (eingehend zum Thema „Tausch mit dem Bauträger“ Hertel, DAI – Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015, 6.2.2015, S. 104 ff.; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 86). Nach den geschilderten Angaben liegt hier ein Tauschvertrag vor.

Der **Tauschvertrag** löst regelmäßig **keinen Vorkaufsfall** aus (RGZ 88, 361, 364; BGH NJW 1964, 540, 541; Mader/Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2014, § 463 Rn. 13; MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 463 Rn. 21; BeckOK-BGB/Faust, 45. Ed. Stand: 1.3.2018, § 463 Rn. 21). Dies gilt selbst für einen Tausch, bei dem eine Partei den überschießenden Betrag in Geld leistet (RGZ 88, 361, 364; BGH NJW 1964, 540, 541). Selbst wenn also eine geringe Aufzahlung zu leisten wäre, würde grundsätzlich kein Vorkaufsfall ausgelöst werden.

Eine Ausnahme kann allerdings dann gegeben sein, wenn der **Vorkaufsberechtigte den Tauschvertrag ebenfalls erfüllen könnte** (Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 135; BeckOK-BGB/Faust, § 463 Rn. 21; Mader/Schermaier, § 463 Rn. 20; Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 43; Albrecht, DNotZ 1997, 269, 279). Dies wäre im konkreten Fall zu bejahen, wenn es sich bei der Werkleistung, welche gemäß Vertrag vom Bauunternehmer zu erfüllen ist, um eine **vertretbare Sache** handelt, welche die Gemeinde ebenfalls durchführen könnte.

Dies erscheint uns allerdings eher zweifelhaft. Zwar besteht die Möglichkeit, dass es u. U. dem Grundstückseigentümer nicht darauf ankommt, dass der spezielle Bauunternehmer das Bauwerk errichtet. Dies wird jedoch eher äußerst selten der Fall sein, da man bei einem Hausbau bereits aufgrund der hohen finanziellen Aufwendungen regelmäßig den Werkunternehmer sorgfältig auswählt und auf Expertise und Erfahrung achtet. Diese Kriterien werden von der Gemeinde eher nicht erfüllt werden können. Selbst wenn man diesen äußersten Ausnahmefall in Betracht ziehen würde, stünde ggf. das **Urheberrecht des Bauträgers bzw. Architekten gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG** der Erfüllbarkeit durch die Gemeinde entgegen. Vertraglich ist die Gegenleistung des Bauträgers in Form der Bebauung nach bestimmten Plänen vereinbart, welche durch den Vorkaufsberechtigten urheberrechtlich nicht genutzt werden dürften, und damit die Erfüllbarkeit durch die Gemeinde und folglich auch der Vorkaufsfall hieran scheitern (vgl. Albrecht, DNotZ 1997, 269, 281; Hügel, ZfIR 2008, 481, 486).

2. Notwendigkeit eines Negativattests

Gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB darf das Grundbuchamt **bei Kaufverträgen** den Käufer als Eigentümer in das Grundbuch nur eintragen, wenn ihm die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts nachgewiesen ist. Liegt kein Kaufvertrag vor, bedarf es keines entsprechenden Negativattests und das Grundbuchamt darf ein solches auch nicht verlangen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4130). Die vorgelegte Urkunde muss es dem Grundbuchamt jedoch ermöglichen, die **Rechtsnatur des Vertrages zweifelsfrei zu beurteilen**. Der vorgelegte Vertrag muss folglich eindeutig als Tauschvertrag zu qualifizieren sein. Ist dies der Fall, ist ein Negativattest nicht erforderlich.

3. Ergebnis

Ein Tauschvertrag mit dem Bauträger in Form des Anteilsmodells löst kein Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB aus. Für den Vollzug des Vertrages darf das Grundbuchamt kein

Negativattest der Gemeinde verlangen, wenn es sich ersichtlich um einen Tauschvertrag handelt.