

# Urteil vom 19. Februar 2020, II R 4/18

## Aufhebung der Grunderwerbsteuer - Anspruch auf Rückgängigmachung eines grunderwerbsteuerbaren Rechtsgeschäfts bei Wohnflächendifferenzen

ECLI:DE:BFH:2020:U.190220.IIR4.18.0

BFH II. Senat

GrEStG § 16 Abs 2 Nr 3, BGB § 133, BGB § 157, BGB § 631, BGB § 633, BGB § 634, BVO 2 § 1, BVO 2 § 42, BVO 2 § 43, BVO 2 § 44, BVO 2 § 45

vorgehend Finanzgericht Berlin-Brandenburg, 29. März 2017, Az: 12 K 15340/15

### Leitsätze

1. Wird nach abgeschlossenem und durchgeführtem Kauf- oder Werkvertrag über eine Wohnimmobilie die Nichtfestsetzung, Aufhebung oder Änderung der Grunderwerbsteuer auf Grundlage des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG beantragt, so muss die Nichterfüllung von Vertragsbedingungen zivilrechtlich einen gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung des Grundstücksgeschäfts vermitteln, der einseitig und gegen den Willen des anderen am Grundstücksgeschäft Beteiligten erzwungen werden kann (Anschluss an das BFH-Urteil vom 08.06.1988 - II R 90/86, BFH/NV 1989, 728).
2. Ob ein solcher Rechtsanspruch besteht, richtet sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen und ist im Besteuerungsverfahren in vollem Umfang zu prüfen. In Betracht kommen insbesondere die Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Vertragsgegenstandes. Eine Abweichung zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlichen Wohnfläche des Vertragsobjekts zu Lasten des Erwerbers kann einen Mangel begründen.
3. Der Rechtsanspruch kann nach Ablauf von zwei Jahren nicht durch einen mit Rücksicht auf wirkliche oder vermeintliche Leistungsstörungen abgeschlossenen Vergleichsvertrag ersetzt oder geschaffen werden.
4. Ein in einer Wohnflächendifferenz liegender Mangel ist erst dann ein "schwerer Mangel", wenn die Differenz die Schwelle von 10 % überschreitet.

### Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg vom 30.03.2017 - 12 K 15340/15 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

### Tatbestand

I.

- 1 Mit notariellem Kaufvertrag vom 14.08.2006 erwarb die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) eine noch zu errichtende Eigentumswohnung in X nebst Stellplatz zu einem Festpreis von 600.000 € von der E GmbH & Co. KG. Geschäftsführer deren Komplementärin war der Bruder der Klägerin.
- 2 Die Eigentumswohnung erstreckt sich über mehrere Etagen. Die Wohnungsabschlusstür befindet sich im Erdgeschoss. Von dort führt ein treppenhaustypischer Flur, der indes der Wohnung allein zugeordnet ist, zu einer Treppe, die zunächst ins 1. Obergeschoss, von dort über eine kurze flächige Unterbrechung weiter ins 2. Obergeschoss führt. Wohnräume befinden sich im Erdgeschoss und 1. Obergeschoss im Übrigen nicht. Vom 2. Obergeschoss, das einen Teil der Wohnräume beherbergt, leitet an anderer Stelle eine Treppe zunächst in das

3. Obergeschoss, wo sich weitere Wohnräume befinden, und weiter zu einer Dachterrasse auf dem 4. Obergeschoss. Zudem existiert ein Keller.

- 3 Nach § 1 Nr. 1 des Kaufvertrags war, soweit dieser nicht abweichende Vereinbarungen und Pläne vorsah, das Bauvorhaben nach Maßgabe der UR-Nr. [...] /2005 vom 28.01.2005 sowie der Baugenehmigung zu erstellen. Bei dieser Urkunde handelte es sich um die Teilungserklärung, mit der u.a. ein 1 506,77/10 000stel Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an sämtlichen im Aufteilungsplan mit der Nr. 7 bezeichneten, zu Wohnzwecken dienenden Räumen (Wohnung) im Keller-, Erd- und 1., 2. sowie 3. Obergeschoss nebst Dachterrasse im 4. Obergeschoss gebildet worden war. § 1 Nr. 2 des Kaufvertrags beschrieb den Kaufgegenstand wie folgt:

Teileigentumseinheit            10 000stel Miteigentumsanteil

Nr. 7                                1 506,77/10 0000

Wohnfläche ca. 270 qm

17 (Tiefgarage)                88,28/10 000

- 4 § 14 Abs. 1, 3 der Teilungserklärung sah die Umlage von Kosten und Lasten nach Wohn- und Nutzflächen vor, wobei sich die Wohnfläche nach der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (Zweite Berechnungsverordnung --II. BV--) i.d.F. der Neubekanntmachung vom 12.10.1990 (BGBl I 1990, 2178) ermittelte. Anlage 2 zur Teilungserklärung enthielt die Flächenaufstellung für das gesamte Objekt und wies für die Wohnung eine Fläche von 256 m<sup>2</sup> (Gesamtobjekt 1 699 m<sup>2</sup>) und einen Anteil von 1 506,77/10 000 aus. Anlage 1 zur Teilungserklärung enthielt Grundrisse für die jeweiligen Geschosse und listete die Flächen für die Wohnung aufgeschlüsselt nach den (kumulierten) Wohnflächen, den Terrassen sowie den Treppen der jeweiligen Geschosse auf, jedoch ohne Gesamtsumme. Die Flächenaufstellung zum Bauantrag gab ebenfalls für die Wohnung eine nach der II. BV ermittelte Fläche von insgesamt 256 m<sup>2</sup> an.

- 5 Nach § 5 Nr. 3 des Kaufvertrags hatte die Verkäuferin das Objekt nach der Baubeschreibung (vorrangig) und den Bauplänen herzustellen. § 5 Nr. 1 Abs. 1 des Kaufvertrags verweist für die Rechte des Käufers wegen Sach- und Rechtsmängeln grundsätzlich auf das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). § 5 Nr. 1 Abs. 4 des Kaufvertrags lautete wörtlich:

"Das Recht, den Kaufvertrag wegen Mängeln an dem Bauwerk rückgängig zu machen, wird ausgeschlossen, sofern nicht ein schwerer und unheilbarer Mangel vorliegt."

- 6 Die Wohnung wurde errichtet, der Kaufvertrag abgewickelt und die Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) setzte mit Bescheid vom 01.02.2007 Grunderwerbsteuer in Höhe von 21.000 € fest.
- 7 Später kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien über die tatsächliche Fläche der Wohnung. Nach Ansicht der Klägerin sei zwar die Wohnung den Grundrissen entsprechend errichtet, weise aber nicht die aus ihrer Sicht vertraglich vereinbarte Fläche von 270 m<sup>2</sup> auf. In einem im Auftrag der Klägerin erstellten Gutachten vom 15.12.2009 ermittelte der Sachverständige eine Wohnfläche von 218,13 m<sup>2</sup>. Dabei kam er für die "reinen" Wohnräume (Zimmer, Küche, Bad, Wohnungsflur) zu einer Fläche von 190,29 m<sup>2</sup> und zu Terrassenflächen von insgesamt 111,37 m<sup>2</sup>, die er mit 25 % und damit 27,84 m<sup>2</sup> ansetzte. Treppen/Treppenhaus (Treppenhausfläche 2. Obergeschoss 19,17 m<sup>2</sup>) und die zugehörigen Flurflächen berücksichtigte er nicht.
- 8 Auf dieser Grundlage beehrte die Klägerin die Rückabwicklung des Kaufvertrags, die in einer notariellen Vereinbarung vom 20.12.2009 beurkundet wurde. Im Vorspann heißt es, der Käufer habe festgestellt, dass die im Kaufvertrag vereinbarte Wohnfläche von 270 m<sup>2</sup> nicht gegeben sei. Gutachterlich sei eine tatsächliche Wohnfläche von 218,13 m<sup>2</sup> ermittelt worden. In § 1 Abs. 1 des Vertrags vom 20.12.2009 bestätigte die Verkäuferin, dass die Käuferin von ihrem Recht zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags Gebrauch gemacht habe und die Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs vorgelegen hätten. Nach Vollzug der Rückabwicklung im Jahre 2012 stellte die Klägerin am 31.12.2012 einen Antrag auf Aufhebung der Grunderwerbsteuerfestsetzung für den ursprünglichen Kaufvertrag gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 3 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG).
- 9 Zwischenzeitlich hatte das zuständige Finanzamt im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Bruder der Klägerin durchgeführt. In dessen Rahmen ließ der

Bruder der Klägerin gutachterliche Stellungnahmen eines Sachverständigen über die Wohnfläche einreichen. Dieser ermittelte die Wohnfläche auf Grundlage der Wohnflächenverordnung (WoFlV) vom 25.11.2003 (BGBl I 2003, 2346), die sich zum Stichtag 14.08.2006 als allgemeine Grundlage zur Ermittlung der Wohnfläche etabliert habe. Er kam auf der Grundlage einer Alternativannahme hinsichtlich der baulichen Gestaltung im 2. Obergeschoss zu einer "reinen" Wohnfläche von 185,46 m<sup>2</sup>/195,04 m<sup>2</sup>. Treppen mit über drei Steigungen sowie die Zwischenpodeste gehörten nach der WoFlV nicht zur wohnflächenrelevanten Grundfläche einer Wohnung. Als ungedeckte Terrasse sei die Terrassenfläche von insgesamt 111,85 m<sup>2</sup> zu 25 % (27,96 m<sup>2</sup>) anzusetzen, so dass sich --mit Rundungsdifferenzen-- eine relevante Wohnfläche von 213,43 m<sup>2</sup>/223,01 m<sup>2</sup> ergab.

- 10** Eine Bausachverständige der [...] Finanzverwaltung nahm die reine Wohnfläche mit 189,72 m<sup>2</sup> an. Die Treppenläufe nahm sie von der Flächenberechnung aus. Die Treppenhäuser betrachtete sie größtenteils als Flure, nicht als Treppenpodeste, und bezog sie im Erdgeschoss zu 17,85 m<sup>2</sup> und im 2. Obergeschoss zu 19,66 m<sup>2</sup> (offengelassen für eine Fläche von 3,47 m<sup>2</sup> im 1. Obergeschoss) ein. Die Terrassenflächen von insgesamt 112,01 m<sup>2</sup> berücksichtigte sie --nach eigener Angabe in Anlehnung an die Berechnung im Kaufvertrag-- teilweise (28,74 m<sup>2</sup>) zu 33 %, teilweise (83,27 m<sup>2</sup>) zu 20 % und somit insgesamt mit 25,92 m<sup>2</sup>. Sie kam so zu einer Gesamtfläche von 253,15 m<sup>2</sup> bzw. --unter Einbeziehung von 3,47 m<sup>2</sup> im 1. Obergeschoss-- von 256,62 m<sup>2</sup>.
- 11** Das FA hat mit Bescheid vom 16.01.2013 den Aufhebungsantrag abgelehnt, das Finanzgericht (FG) nach erfolglosem Einspruch die Klage abgewiesen. Es habe kein schwerer und unbehebbarer Mangel vorgelegen. Die Vertragsbedingungen des Rechtsgeschäfts seien erfüllt worden. Da der Kaufvertrag auf die Baugenehmigung und die Teilungserklärung einschließlich Plänen und Baubeschreibungen Bezug nehme, sei die aus den beigefügten Grundrissen und Auflistungen erkennbare tatsächliche Gesamtfläche von 279,73 m<sup>2</sup> (unter Einbeziehung von Treppen und Treppenhaus sowie der Terrassen zu 50 %) Gegenstand des Kaufvertrags geworden. Auf abstrakte Berechnungsvorschriften zur Wohnfläche komme es nicht an. Die fehlende Begrünung der Dachfläche sei kein Rückabwicklungskriterium und wäre zudem ein behebbarer Mangel gewesen.
- 12** Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG in zweierlei Hinsicht. Das FG verkenne zum einen die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs (BGH) für die Ermittlung der vertraglichen Beschaffenheit bei Bauträgerverträgen, zum anderen die Rechtswirkungen der Vereinbarung vom 20.12.2009.
- 13** Beim Kauf insbesondere einer zur Vermietung bestimmten Eigentumswohnung sei die Wohnfläche von entscheidender Bedeutung, da sie über die ortsübliche Vergleichsmiete entscheide. Nach der Teilungserklärung und der Baugenehmigung sei diese nach der II. BV zu ermitteln. Danach sei eine Wohnung mit ca. 270 m<sup>2</sup> (§ 1 Abs. 2 des Kaufvertrags), hilfsweise von 256 m<sup>2</sup> (Flächenaufstellung zur Teilungserklärung) i.S. der II. BV Vertragsgegenstand geworden. Tatsächlich sei sie deutlich kleiner und auch nur mit einer Größenangabe von "ca. 223 m<sup>2</sup>" vermietet worden, da das aus Brandschutzgründen nicht zu Wohnzwecken nutzbare Treppenhaus nicht anzusetzen sei.
- 14** Im Übrigen sei bereits aufgrund der Vereinbarung vom 20.12.2009 "das Rechtsgeschäft ... auf Grund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht" worden. Diese Vereinbarung habe nicht den Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben, sondern das bestehende Rücktrittsrecht der Klägerin anerkannt.
- 15** Die Klägerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung sowie den Bescheid vom 16.01.2013 und die Einspruchsentscheidung vom 07.11.2015 aufzuheben und das FA zu verpflichten, den Bescheid über Grunderwerbsteuer vom 01.02.2007 aufzuheben.
- 16** Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 17** Die "ca."-Angabe des Kaufvertrags und die in der Teilungserklärung angegebene Wohnungsgröße von 256 m<sup>2</sup> zeige, dass der Klägerin die Größenabweichung bekannt gewesen sei. Es sei ihr nicht um eine bestimmte Größe, sondern um die persönlichen Vorstellungen von der Wohnung gegangen. Allein die Rückabwicklung des Kaufvertrags bewiese nicht das Vorliegen eines schweren und unbehebbareren Mangels.

## Entscheidungsgründe

II.

- 18** Die Revision ist jedenfalls nach § 126 Abs. 4 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen. Das FG hat im

Ergebnis zu Recht erkannt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids vom 01.02.2007 hat.

- 19** 1. Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Vertragsbedingungen des Rechtsgeschäfts, das den Anspruch auf Übereignung begründet hat, nicht erfüllt werden und das Rechtsgeschäft deshalb aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird (§ 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG).
- 20** a) Vertragsbedingungen i.S. des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG sind die Vereinbarungen des den Übereignungsanspruch begründenden Rechtsgeschäfts. Die Nichterfüllung von Vertragsbedingungen muss zivilrechtlich einen gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung des Grundstücksgeschäfts vermitteln, der einseitig und gegen den Willen des anderen am Grundstücksgeschäft Beteiligten erzwungen werden kann (vgl. noch zu früherem Landesrecht Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 08.06.1988 - II R 90/86, BFH/NV 1989, 728, unter 1.).
- 21** Als Ansprüche auf Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs wegen Nichterfüllung von Vertragsbedingungen kommen insbesondere gesetzliche oder vertragliche Rücktrittsrechte, der Wegfall der Geschäftsgrundlage oder das Wiederkaufsrecht bei Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen in Betracht (vgl. grundlegend, noch zur Wand[e]lung unter der Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl I 2001, 3138; BFH-Urteil vom 13.07.1983 - II R 44/81, BFHE 139, 94, BStBl II 1983, 683, unter 2.). Maßgebend ist die Zivilrechtslage.
- 22** b) Das Rechtsgeschäft muss aufgrund dieses Rechtsanspruchs rückgängig gemacht werden. Weder die irriige Annahme eines in Wahrheit nicht bestehenden Anspruchs noch eine anderweitig motivierte Rückabwicklung reichen aus.
- 23** 2. Der Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung ist für die Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG unabdingbare Voraussetzung. Die Durchführung der Rückabwicklung in Vertragsform, auch in Gestalt eines mit Rücksicht auf tatsächliche oder behauptete Leistungsstörungen abgeschlossenen Vergleichsvertrags, genügt nicht.
- 24** a) Einer Rückgängigmachung aufgrund eines Rechtsanspruchs steht nicht entgegen, dass der Erwerbsvorgang im Einvernehmen aller Beteiligten durch Vereinbarung rückgängig gemacht wird, sofern das Rücktrittsrecht vor Vertragsabschluss unbestritten feststeht (vgl. BFH-Urteile vom 21.12.1960 - II 194/57 U, BFHE 72, 444, BStBl III 1961, 163, und vom 09.03.1983 - II R 175/80, juris; in BFH/NV 1989, 728, unter 1.; im Anschluss ebenso Urteil des FG Baden-Württemberg vom 18.02.1998 - 5 K 182/97, Entscheidungen der Finanzgerichte 1998, 1087).
- 25** Die Einschränkung "unbestritten" bedeutet, dass der Rechtsanspruch objektiv bestanden haben muss, was im Besteuerungsverfahren selbständig zu prüfen ist. Weder begründet allein der Konsens der Vertragsparteien einen Rechtsanspruch noch vernichtet diesen ein Bestreiten des Veräußerers. Derartiges Erklärungsverhalten kann auf einem Irrtum über die Sach- und Rechtslage beruhen, aber auch wissentlich falsch sein. Inwieweit es einen Anhaltspunkt für die Existenz eines Anspruchs auf Rückgängigmachung darstellen kann, wenn die andere Vertragspartei den Anspruch bestreitet oder nicht bestreitet, ist eine Frage des Einzelfalls.
- 26** b) Die Anforderungen des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG sind nicht erfüllt, wenn mehr als zwei Jahre nach Vertragsschluss durch Vergleich ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs erstmals begründet wird.
- 27** aa) Mit einer solchen Auslegung liefe sowohl die in § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bestimmte Frist für die Nichterhebung der Steuer bei im Übrigen voraussetzungsloser Rückgängigmachung als auch das Tatbestandsmerkmal des Rechtsanspruchs in § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG leer. Es wäre den Vertragsparteien uneingeschränkt möglich, ihren auf beliebigen Gründen beruhenden Willen zur Rückgängigmachung des Veräußerungsgeschäfts zu jeder Zeit in die äußere Gestalt eines Vergleichsvertrags zu hüllen und so die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Steuer herbeizuführen.
- 28** bb) Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass es im Einzelfall tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten aufwerfen kann, im Besteuerungsverfahren die Existenz eines Rückabwicklungsanspruchs zu prüfen. Dies ist jedoch in § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG angelegt. Für eine teleologische Erweiterung der Vorschrift etwa auf eine zweifelhafte und ungeklärte zivilrechtliche Rechtslage besteht kein Anlass, zumal dies lediglich weitere Abgrenzungsprobleme hervorriefe.
- 29** cc) Soweit der BFH einen Anspruch auf Wandelung auch für ausreichend erachtet hat, wenn er erst nach einem

vergeblichen Minderungsverlangen geltend gemacht wurde, beruhte dies auf der Überlegung, dass der Anspruch auf Wandelung von Beginn an bestanden habe und durch das Minderungsbegehren nicht erloschen sei (BFH-Urteil vom 15.02.1978 - II R 177/75, BFHE 124, 550, BStBl II 1978, 379). Soweit der BFH schließlich die Möglichkeit entwickelt hat, ein Rücktrittsrecht nachträglich neu zu begründen und auszuüben (vgl. BFH-Urteil vom 18.11.2009 - II R 11/08, BFHE 226, 552, BStBl II 2010, 498, Rz 23; BFH-Beschluss vom 02.08.2013 - II B 111/12, BFH/NV 2014, 383), ist dies lediglich im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 GrEStG mit Rücksicht auf das vorbehaltene Rücktrittsrecht nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG geschehen und auch auf den Zeitraum von zwei Jahren seit Entstehung der Steuer begrenzt und rechtfertigt für den Anspruch auf Rückgängigmachung nach § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG keine andere Beurteilung.

- 30** 3. Nach diesen Maßstäben konnte der Vertrag vom 20.12.2009 keinen Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufvertrags i.S. des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG begründen.

Der Klägerin stand kein Rücktrittsrecht wegen eines schweren Mangels der Wohnung zu.

- 31** a) § 5 Nr. 1 Abs. 1 des Kaufvertrags verweist für die Rechte des Käufers wegen Sach- und Rechtsmängeln auf das Werkvertragsrecht des BGB (§§ 631 ff. BGB). Im Werkvertragsrecht begründet § 634 Nr. 3 BGB nach näherer Maßgabe der §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn das Werk mangelhaft ist. Das ist nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB der Fall, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Grundsätzlich genügt jeder Mangel. Für die Frage, ob ein Mangel vorliegt (und damit die Sollbeschaffenheit des Werks), kommt es auf den Inhalt des jeweiligen Vertrags an, der nach §§ 133, 157 BGB auszulegen ist.
- 32** Diese Regelungen sind im Wesentlichen dispositiv. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 639 BGB, wonach die Mängelgewährleistung (nur) im Falle des arglistigen Verschweigens oder der Garantieübernahme nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Im Streitfall verlangt § 5 Abs. 1 Nr. 4 des Kaufvertrags über § 634 Nr. 3 BGB hinaus, dass ein schwerer und unbehebbarer Mangel vorliegt.
- 33** b) Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, bei Kauf- und Werkverträgen über Wohnimmobilien regelmäßig die vereinbarten Wohnflächen als Beschaffenheitsmerkmale qualifiziert. Weicht die tatsächlich ausgeführte Fläche zu Ungunsten des Erwerbers von der vereinbarten Fläche ab, ist die Wohnung mangelhaft (noch zu früherem Schuldrecht, BGH-Urteil vom 08.01.2004 - VII ZR 181/02, Neue Juristische Wochenschrift --NJW-- 2004, 2156, unter II.1.). Der Inhalt einer vertraglichen Erklärung über die Größe der Wohnfläche ist im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Ist ein konkreter Berechnungsmaßstab nicht vereinbart, ist der Begriff der Wohnfläche unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu bestimmen (vgl. zu aktuellem Schuldrecht und unter Verweis auf bisheriges Schuldrecht, insoweit ohne Änderungen, BGH-Beschluss vom 19.01.2012 - V ZR 141/11, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2012, 164, Rz 9). Rechenoperationen, die der Prüfung der Plausibilität und der Aufdeckung etwaiger Differenzen dienen, sind von dem Käufer nicht zu erwarten (vgl. BGH-Urteile vom 11.07.1997 - V ZR 246/96, NJW 1997, 2874, unter II.2.a, b; vom 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, NJW 2001, 818, unter II.2.a bis c; hinsichtlich der Einbeziehung des Prospekts überholt nach Maßgabe des BGH-Urteils vom 06.11.2015 - V ZR 78/14, BGHZ 207, 349, NJW 2016, 1815, Rz 15, zum Umfang einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht). Anderes kann bei geringfügigen Flächenabweichungen gelten (vgl. BGH-Urteile in NJW 1997, 2874; vom 21.01.1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859, unter II.1.; vom 14.05.1998 - III ZR 229/97, NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht --NJW-RR-- 1998, 1169, unter II.; jeweils aber Mangel noch bejaht).
- 34** c) Das FG hat den Kaufvertrag im Hinblick auf die in Bezug genommene Teilungserklärung und die dazugehörigen Grundrisse dahingehend ausgelegt, dass Vertragsgegenstand eine Wohnung war, die unter Einbeziehung von Treppen und Treppenhaus sowie von 50 % der Terrassenfläche eine Gesamtfläche von 279,73 m<sup>2</sup> aufwies. Dementsprechend hat es die nach den Grundrissen erstellte Wohnung nicht als mangelhaft angesehen und ein Rücktrittsrecht der Klägerin verneint. Die Auslegung des FG ist zweifelhaft, weil keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass aus dem Kaufvertrag und den Anlagen ein solcher Schluss auf die maßgebliche Gesamtfläche möglich war.
- 35** Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehört bei der Auslegung von Verträgen u.a. die vollständige Erfassung des Vertragstextes (vgl. BFH-Urteil vom 19.08.2015 - X R 30/12, BFH/NV 2016, 203, Rz 38). Dementgegen deutet die Auslegung des FG auf eine nur selektive Erfassung des Vertragstextes hin. Im Kaufvertrag wird eine Gesamtfläche von ca. 270 m<sup>2</sup> und in der Anlage 2 zur Teilungserklärung eine Gesamtfläche von 256 m<sup>2</sup> angegeben. Keine dieser Zahlen entspricht der aus den Grundrissen abgeleiteten Fläche von 279,73 m<sup>2</sup>. Bei einer vollständigen

Erfassung des Vertragstextes wäre der Widerspruch zwischen den verschiedenen Angaben zur Gesamtfläche zu klären gewesen. Das ist im Streitfall nicht geschehen.

- 36** d) Letztlich kann aber dahinstehen, ob die Auslegung des Vertragsinhalts hinsichtlich der Gesamtfläche der Wohnung durch das FG dazu führt, dass die Bindung des BFH (§ 118 Abs. 2 FGO) an diese Auslegung entfällt. Entfällt die Bindung an die Auslegung des FG, kann der BFH die vorliegenden Vertragsunterlagen selbst auslegen. Das vom FG gefundene Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG mangels Rücktrittsrechts nicht vorliegen, ändert sich dadurch nicht. Ein Rücktrittsrecht der Klägerin wegen eines schweren Mangels der Wohnung ist zu verneinen, weil der Kaufvertrag nach Auffassung des Senats dahin zu verstehen ist, dass eine Wohnfläche von 256 m<sup>2</sup> nach Maßgabe der II. BV vereinbart war.
- 37** aa) Die Wohnfläche von 256 m<sup>2</sup>, zu ermitteln nach der II. BV, ist vertraglich vereinbartes Beschaffenheitsmerkmal.
- 38** Im Gegensatz zu der Angabe in § 1 Abs. 2 des Kaufvertrags (ca. 270 m<sup>2</sup>) handelt es sich bei der Zahl von 256 m<sup>2</sup> um eine fixe Angabe, der das relativierende "ca." fehlt. Liegen zwei verschiedene Zahlenangaben vor, bei denen eine mit einer solchen Einschränkung versehen ist und die andere nicht, ist Letzterer im Zweifel der Vorzug zu geben. Vor allem ist die Fläche von 256 m<sup>2</sup> auch --als Teil des Kaufvertrags -- maßgebende Grundlage der Teilungserklärung. Sie ist in die Ermittlung der Wohnungs- und Teileigentumsanteile eingegangen und bestimmt so auf Dauer den Umfang der schuldrechtlichen sowie dinglichen Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer. Das ist wesentlich. Der Bauantrag bestätigt dieses Ergebnis.
- 39** bb) Die Maßgeblichkeit der II. BV für die Ermittlung dieser Wohnfläche folgt aus der Teilungserklärung sowie dem Bauantrag. Es ist unerheblich, dass die II. BV im Rahmen ihres originären Geltungsanspruchs zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits durch die WoFlV ersetzt worden war. Dies hinderte die Vertragsparteien nicht daran, für die Berechnung der vertragsgegenständlichen Wohnfläche die Regelungen der außer Kraft getretenen II. BV zu vereinbaren.
- 40** e) Ein schwerer Mangel i.S. des § 5 Nr. 1 Abs. 4 des Kaufvertrags liegt erst vor, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % nach unten von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche abweicht. Abweichungen geringeren Umfangs sind zwar aus technischen Gründen unbehebbar, jedoch nicht als schwere Mängel einzustufen.
- 41** aa) Soweit Mängel in Bezug auf die Wohnfläche regelmäßig Mängel im Sinne des Werkvertragsrechts sind, sind sie nicht zwingend gleichzeitig "schwere" Mängel. Ein Mangel ist nicht bereits "schwer", wenn er nicht nur ganz geringfügig und völlig unwesentlich ist. Dies ist Voraussetzung, überhaupt einen Mangel annehmen zu können. Andernfalls wäre jede Mangelhaftigkeit, die sich auf die Wohnfläche bezieht, ein schwerer Mangel. Damit wäre die Vertragsbestimmung "schwerer Mangel" funktionslos.
- 42** bb) Eine Minderfläche von mehr als 10 % kann jedoch deshalb als schwerer Mangel qualifiziert werden, weil diese Schwelle in Anlehnung an das Mietvertragsrecht als Erheblichkeitsschwelle entscheidende Bedeutung hat.
- 43** aaa) Hat eine Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB). Ein zur Minderung der Miete führender Mangel einer Wohnung i.S. des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB infolge Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB liegt nach der Rechtsprechung des BGH (erst) vor, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt (BGH-Urteil vom 17.04.2019 - VIII ZR 33/18, NJW 2019, 2464, Rz 35).
- 44** bbb) Führt eine Flächendifferenz bei der Wohnimmobilie, die Gegenstand eines Kauf- oder Werkvertrags ist, im Falle der nachfolgenden Vermietung außerdem zu einem mietvertragsrechtlichen Mangel, bewirkt dies eine ggf. jahrzehntelange Ertragsminderung. Das ist eine gravierende Folge. Führt die Flächendifferenz hingegen nicht zu einem mietvertragsrechtlichen Mangel, kommt es zu dieser Ertragsminderung möglicherweise nicht. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Begriff "schwerer Mangel" mit der Erheblichkeitsschwelle des Mietvertragsrechts in Deckung zu bringen.
- 45** f) Tatsächlich liegt im Streitfall keine Wohnflächenabweichung zu Lasten der Klägerin vor.
- 46** aa) Nach der II. BV ist die Wohnfläche einer Wohnung die Summe der anrechenbaren Grundflächen der Räume, die

ausschließlich zu der Wohnung gehören (§ 42 Abs. 1 II. BV). Dabei sind anzusetzen Terrassenflächen bis zur Hälfte, Treppen gar nicht, Flure innerhalb einer abgeschlossenen Wohnung regelmäßig vollen Umfangs.

- 47** bb) In dem hier maßgebenden Zusammenhang sind die Terrassenflächen zur Hälfte anzusetzen. Anzurechnen zur Ermittlung der Wohnfläche sind nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 II. BV voll die Grundflächen von Räumen und Raumteilen mit einer lichten Höhe von mindestens 2 Metern. Gehören ausschließlich zu dem Wohnraum Balkone, Loggien, Dachgärten oder gedeckte Freisitze, so können deren Grundflächen zur Ermittlung der Wohnfläche bis zur Hälfte angerechnet werden (§ 44 Abs. 2 II. BV).
- 48** cc) Die Treppen sind nicht zu berücksichtigen. Treppen und Treppenabsätze gehören nicht zur Wohnfläche, allenfalls Räume unter Treppen. Für solche Raumteile lassen die Grundrisse nichts erkennen.
- 49** dd) Flure und ähnliche Zugangsflächen gehören jedenfalls dann zur Wohnfläche, wenn sie nicht ausschließlich Treppenteile verbinden.
- 50** aaa) Zur Wohnfläche gehört nach § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV nicht die Grundfläche u.a. von Zubehörräumen; als solche kommen in Betracht: Keller, Waschküchen, Abstellräume außerhalb der Wohnung, Dachböden, Trockenräume, Schuppen (Holzlegen), Garagen und ähnliche Räume. Flure, die sich innerhalb einer Wohnung befinden, sind in dieser Aufzählung nicht erfasst und auch nicht gleichartig. Vielmehr sind alle (ausschließlich) zu einer Wohnung gehörenden Räume ohne Rücksicht darauf, wie diese Räume genutzt werden, Wohnräume mit Wohnfläche (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts --BVerwG-- vom 29.11.1985 - 8 C 116/83, NJW-RR 1986, 635; BFH-Urteil vom 28.01.1987 - II R 234/81, BFH/NV 1988, 351, unter 2.a). Ausschließlich zu der Wohnung gehören bei einer abgeschlossenen Wohnung alle Räume, die hinter dem Wohnungsabschluss liegen. In einem Einfamilienhaus sind dies auch hinter der Haustür liegende Dielen, Flure und Treppen sowie sonstige Nebenräume, sofern sie nicht --ausdrücklich-- nach § 42 Abs. 4 II. BV ausgeschlossen sind (BVerwG-Urteil vom 13.12.1985 - 8 C 95/83, NJW 1986, 1770). Nur vor diesem Hintergrund ist auch die Sonderregelung bezüglich Treppen in § 43 Abs. 4, 5 II. BV zu verstehen (inzident so auch BVerwG-Urteil vom 30.05.1979 - 8 C 5/79, BVerwGE 58, 115, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1981, 132).
- 51** bbb) Zur Wohnfläche gehören nach § 42 Abs. 4 Nr. 3 II. BV auch nicht Räume, die den nach ihrer Nutzung zu stellenden Anforderungen des Bauordnungsrechts nicht genügen. Wenn und soweit es bauordnungsrechtliche Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung auch solcher Flure geben sollte, die sich hinter der ersten abschließbaren Wohnungstür befinden (Freihalten von Brandlasten), liegt aber nicht deswegen ein Fall des § 42 Abs. 4 Nr. 3 II. BV vor. Ein Flur erfüllt die Anforderungen des Bauordnungsrechts, wenn er als Flur nutzbar ist. Das ist auch der Fall, wenn er brandlastenfrei gehalten werden muss. Die Funktion eines Flurs liegt nicht in der Möblierungstauglichkeit, sondern darin, den Zugang zu anderen Elementen der Wohnung zu ermöglichen.
- 52** ccc) Ein Flur oder eine ähnliche Zugangsfläche ist regelmäßig auch nicht Treppenabsatz. Das käme nur für solche Flächen in Betracht, die ausschließlich Teile des Treppenlaufs verbinden und auch keine andere Nutzung ermöglichen. Dies wären Ebenen "zwischen den Treppenläufen". In diesem Falle erschöpft sich die Funktion der Fläche in der des Treppenabsatzes, auch wenn er vom Umfang her etwas großzügiger gestaltet ist. Kein Treppenabsatz liegt hingegen vor, wenn die Fläche einen Treppenlauf und wenigstens ein anderes funktionales Element des Baukörpers verbindet. Dabei kann es sich um eine Verbindung zu einem anderen abgegrenzten Raum handeln; die Zugangsfläche kann sich auch selbst zu einem Wohnraum erweitern. Aber auch eine Verbindungsfläche zwischen der Treppe und der Wohnungsabschlusstür ist in diesem Sinne nicht Treppenabsatz, weil sie nicht als Ruhe-, Ausweich- und Sicherheitsebene zwischen den Treppenläufen dient. Sie ist ggf. Diele oder Flur.
- 53** ddd) Das gilt auch dann, wenn die betreffende Fläche ihrer äußeren Aufmachung nach mehr an Flure, auch im Zusammenhang mit Treppen, erinnert, wie sie in Mehrfamilienhäusern Zugang zu verschiedenen Wohnungen bieten. Die äußere Erscheinung erklärt, weshalb im Verfahren regelmäßig nicht von Fluren, sondern von einem Treppenhaus gesprochen wird. Derartige nicht an eine Wohnung gebundenen Zutrittsflächen zeichnen sich meist durch ihre Beschränkung auf das technisch-funktional Wesentliche aus, wie es auch bauordnungsrechtlich vorgegeben sein dürfte (Brandsicherheit). Dies schließt jedoch die Qualifikation als Wohnfläche nicht aus.
- 54** eee) Nach diesen Maßstäben sind die als Treppenhaus bezeichneten Flächen sowohl im Erdgeschoss als auch im 2. Obergeschoss in die Wohnflächenberechnung in vollem Umfang einzubeziehen. Die Fläche im Erdgeschoss verbindet Haustür und Treppe, die Fläche im 2. Obergeschoss die Treppe und die Wohnräume des 2. Obergeschoss. Im 1. Obergeschoss liegt möglicherweise ein Treppenabsatz vor.

- 55** ee) Danach war die von der Klägerin erworbene Wohnung nicht mit einem schweren Mangel behaftet.
- 56** aaa) Die eigentlichen Wohnräume im 2. und 3. Obergeschoss messen wenigstens 185,46 m<sup>2</sup>; dies entspricht der Angabe des vom Bruder der Klägerin beauftragten Sachverständigen.
- 57** bbb) Hinzu treten in ihrer Eigenschaft als Flure wenigstens die ebenen Flächen des Treppenhauses im Erdgeschoss und im 2. Obergeschoss. Für das Erdgeschoss gibt der vorgenannte Sachverständige als Grundfläche des Treppenhauses 16,75 m<sup>2</sup> an (wie Anlage 1 zur Teilungserklärung). Der von der Klägerin beauftragte Sachverständige hat insoweit keine Angaben gemacht. Die Bausachverständige der [...] Finanzverwaltung geht ebenfalls von 17,85 m<sup>2</sup> aus (tatsächliche Bauausführung). Für das Treppenhaus im 2. Obergeschoss nennen zwei Sachverständige übereinstimmend eine Grundfläche von 19,17 m<sup>2</sup>, wie sie der Anlage 1 zur Teilungserklärung entspricht. Die Bausachverständige der [...] Finanzverwaltung nimmt insoweit 19,66 m<sup>2</sup> an. Es ist davon auszugehen, dass zumindest die Grundfläche von 19,17 m<sup>2</sup> tatsächlich realisiert wurde. Hieraus folgt eine Flurfläche von insgesamt wenigstens 35,92 m<sup>2</sup> (16,75 m<sup>2</sup> x 19,17 m<sup>2</sup>).
- 58** ccc) Für Terrassen sind im Rahmen der hier anzustellenden Berechnung bis zu 55,68 m<sup>2</sup> anzusetzen. Die Grundflächen der im 3. Obergeschoss als Terrasse und darüber als Dachgarten ausgestalteten Freiflächen belaufen sich nach den Angaben der Sachverständigen auf insgesamt 111,37 m<sup>2</sup> bzw. 111,85 m<sup>2</sup> bzw. 112,01 m<sup>2</sup>. Hiervon können für die vorliegenden Zwecke 55,68 m<sup>2</sup> (50 % von 111,37 m<sup>2</sup>) berücksichtigt werden, da die II. BV eine Berücksichtigung dieser Flächen bis zu 50 % erlaubt und zumindest kein schwerer Mangel vorliegt, wenn sich die Fläche in diesem Rahmen bewegt.
- 59** ddd) Das ergibt für Wohnräume 185,46 m<sup>2</sup>, für Flure 35,92 m<sup>2</sup>, für Terrassen 55,68 m<sup>2</sup>, somit insgesamt 277,06 m<sup>2</sup> und damit sogar eine Überschreitung der in der Teilungserklärung und dem Bauantrag angegebenen 256 m<sup>2</sup>. Diese Überschreitung folgt rechnerisch aus dem maximal möglichen Ansatz für die Terrassen, der dort nicht gewählt worden war, aber möglich ist.
- 60** eee) Lediglich hilfsweise ist darauf hinzuweisen, dass selbst eine gewisse Anpassung der II. BV oder deren Auslegung an die Gegebenheiten modernerer Architektur nicht zu einem anderen Ergebnis führte. Wenn man beispielsweise den Flur im Erdgeschoss, der nicht das äußere Erscheinungsbild des typischen Wohnungsflurs besitzt, aus der Berechnung ausklammerte und überdies noch zugunsten der Klägerin die Terrassenflächen lediglich zu 25 % ansetzte, so wie es der von der Klägerin selbst bestellte Sachverständige getan hatte, ergäbe sich insgesamt eine Wohnfläche von 232,47 m<sup>2</sup> (Wohnräume 185,46 m<sup>2</sup>, Flur 2. Obergeschoss 19,17 m<sup>2</sup>, Terrassen 27,84 m<sup>2</sup>). Diese wiche von den vereinbarten 256 m<sup>2</sup> um 9,19 % ab, was nicht genügt. Die Flächendifferenz von 10 % wäre erst bei 230,40 m<sup>2</sup> erreicht. Es ist aber selbst bei engerem Verständnis des Flurbegriffs ausgeschlossen, die im Verfahren als Flur bezeichnete Fläche im 2. Obergeschoss aus der Berechnung auszunehmen. Diese hat zwar nicht das Gepräge eines herkömmlichen Wohnungsflurs, aber auch nicht eines herkömmlichen Mehrfamilienhausflurs, sondern einer offenen Galeriefläche. Es besteht kein Anlass, eine solche Fläche nicht als Wohnfläche zu bezeichnen.
- 61** g) Die Feststellung des FG, die reduzierte Begrünung der Dachterrasse sei kein Rückabwicklungsgrund gewesen, hat die Klägerin nicht angegriffen.
- 62** 4. Aufhebungsansprüche aus § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG (Rückerwerb binnen zweier Jahre) und § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG (Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäfts) bestehen im Streitfall ersichtlich nicht.
- 63** 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.
- 64** 6. Der Senat entscheidet nach § 121 Satz 1 FGO i.V.m. § 90 Abs. 2 FGO im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)