

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 23

Das Vorkaufsrecht im Privatrecht

Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen

Von

Klaus Schurig



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS SCHURIG

Das Vorkaufsrecht im Privatrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 23

Das Vorkaufsrecht im Privatrecht

Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen

Von

Dr. Klaus Schurig



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03341 8

Meiner Frau

Vorwort

Die Arbeit wurde Anfang 1974 abgeschlossen und hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen. Sie entstand während meiner Assistententätigkeit am Kölner Institut für internationales und ausländisches Privatrecht. Angeregt wurde sie durch meinen verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Gerhard *Kegel*, der auch meinen Arbeitsstil geprägt hat. Ihm gilt mein aufrichtiger Dank.

K. S.

Inhalt

Einleitung	15
<i>Teil 1</i>	
Geschichte	
A. Vorbemerkung	18
B. Römisches Recht	20
I. Hintergrund	20
II. „Gesetzliche“ Vorkaufsrechte	21
1. Vorrecht bei „venditio bonorum“	21
2. Vorrecht bei „in diem addictio“	22
3. Vorrecht bei „emphyteusis“	22
4. Ostrom	24
III. Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte	25
C. Deutsches Recht	27
I. Hintergrund	27
II. Näherrechte	29
1. Erblosung	29
2. Andere Näherrechte	32
a) Marklosung	32
b) Bürgerretrakt, Territorialretrakt	32
c) Ritterschaftliche Retrakte	32
d) Miteigentümerretrakt, Ganerbenretrakt	33
e) Grundherrenretrakt, Lehnsretrakt	33
f) Teillosung, Gespilderecht, Zins- und Fronlosung, Dach- losung	34
g) Nachbarlosung	34
3. Rechtsgeschäftliche Näherrechte	34
D. Gemeines Recht und Partikularrechte	36
I. Näherrechte und Rezeption	36
II. Streit um die Rechtsnatur	38
III. Näherrecht und Vorkaufsrecht	41
IV. Bedeutungswandel des Angebots	44
V. Rechtsgeschäftliche Näherrechte	45
VI. Niedergang	46
E. Zum Bürgerlichen Gesetzbuch	49
I. Ausgangspunkte	49
II. Kodifikationen	50
1. Bayern	50

2. Preußen	51
3. Österreich	53
4. Französische Rechtsgebiete	54
5. Sachsen	54
III. BGB-Entstehungsgeschichte	55
1. Obligatorisches Vorkaufsrecht	55
2. Dingliches Vorkaufsrecht	57
IV. Wurzel der BGB-Vorkaufsrechte	59

Teil 2

Rechtsnatur

A. Das Vorkaufsrecht im allgemeinen	61
I. Meinungsstand	61
1. „Theorien“	61
2. „Eintrittstheorie“	61
3. „Vorvertragstheorie“	62
4. „Ermächtigungstheorie“	63
5. „Offertentheorie“	63
6. „Bedingungstheorie“	64
7. „Gestaltungsrechtstheorie“	64
II. Stellungnahme und Lösung	65
1. Vorkaufsrecht und Gestaltungsrecht	65
a) Das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht	65
b) Bedeutung	66
c) Vereinbarkeit von Gestaltungsrechtscharakter und den „Theorien“	66
aa) „Bedingungstheorie“	67
bb) „Offertentheorie“	67
aaa) Recht des Angebotsempfängers als Gestaltungs- recht	67
bbb) Einwände	68
ccc) Widerlegung	68
cc) Andere „Theorien“	70
aaa) „Vorvertragstheorie“	70
bbb) „Ermächtigungstheorie“	71
dd) Ergebnis	71
2. „Gestaltungsrechtstheorie“	71
3. Andere „Theorien“	73
a) „Eintrittstheorie“	73
b) „Vorvertragstheorie“	73
c) „Ermächtigungstheorie“	74

Inhalt	11
4. „Bedingungstheorie“	74
a) Argumente aus Gesetzeswortlaut und Rechtsfolgen	75
b) Interessenmaßstab	76
c) Dogmatische Bedenken	79
d) Beurteilung	81
5. „Offertentheorie“	81
a) Gebräuchliche Gegenargumente	81
b) Vorkaufsrecht als Optionsrecht	83
c) Rechtsnatur des Optionsrechts	84
aa) „Bedingungstheorie“, „Gestaltungsrechtstheorie“	85
bb) „Offertentheorie“	85
aaa) Vertragsangebot wesentliches Merkmal	85
bbb) Gegenargumente und Widerlegung	86
d) Schlußfolgerung	89
e) Brauchbarkeit der „Offertentheorie“	89
B. Abgrenzungen	92
C. Das dingliche Vorkaufsrecht	96
I. Zweifelsfragen	96
II. Obligatorisches und dingliches Vorkaufsrecht	96
1. Das dingliche Vorkaufsrecht als Sicherung eines obligatorischen	96
a) Sicherung eines bestehenden Vorkaufsrechts	96
b) Gesetzgebungstechnik	97
2. Das dingliche Vorkaufsrecht als selbständiges Sachenrecht	98
III. Merkmale der Dinglichkeit	99
1. Vormerkungswirkung gegen Dritterwerber	99
2. Andere Merkmale	101
a) Eigentümer als solcher betroffen	101
b) Subjektiv dingliche Bestellung	102
c) Begründung und Gutgläubensschutz	102
d) Abwicklung zwischen Berechtigtem und Erwerber	104
IV. Causa	104
V. Vorkaufsrecht als Anwartschaft	105
VI. Ergebnis	106

Teil 3

Einzelfragen

A. Zur Begründung des Vorkaufsrechts	107
I. Formfragen (§ 313 BGB)	107
1. Form des Vorkaufsvertrags	107
a) Die Formfrage und die „Theorien“	107

b) Rechtspolitische Entscheidung	109
aa) Die dem § 313 BGB zugrunde liegenden Interessen	109
bb) Systematische Möglichkeit einer Subsumtion unter § 313 BGB	110
cc) Rechtspolitische Notwendigkeit einer Subsumtion unter § 313 BGB	111
aaa) Meinungsstand	111
bbb) Schutzbedürftigkeit des Vorkaufsrechtsgebers	112
ccc) Ergebnis	114
c) Vereinbarkeit mit der „Offertentheorie“	114
d) Form bei einseitigem Angebot	115
2. Dingliches Vorkaufsrecht	115
a) Form der Bestellung	115
b) Form des Kausalvertrags	116
c) Heilung	119
II. Begründung durch Verfügung von Todes wegen	120
1. Dingliches Vorkaufsrecht	120
2. Obligatorisches Vorkaufsrecht	121
a) Meinungsstand	121
b) Begründung eines Kaufverhältnisses durch letztwillige Verfügung	122
c) Ergebnis	124
d) Umdeutungsmöglichkeiten	124
III. Vorkaufsrecht zugunsten Dritter	125
1. Meinungsstand	125
2. Begründung eines Kaufverhältnisses mit einem Dritten	125
a) „Bedingungstheorie“	126
b) „Gestaltungsrechtstheorie“	126
c) „Offertentheorie“	126
3. Begründung zugunsten eines jeweiligen Grundstückseigentümers	127
<i>B. Voraussetzungen der Ausübung — Vorkaufsfall</i>	128
I. Einleitung	128
1. Fälle	128
2. Vorbemerkung	129
II. Kauf und andere Veräußerungsverträge — „interessengerechte Betrachtungsweise“	130
1. Die herrschende Auffassung	130
2. Interessengerechte Betrachtungsweise	132
3. Anwendung	134
a) Kauf, Schenkung	134
b) Tausch	134
c) Übereignung erfüllungshalber und an Erfüllungs Statt	136
d) Einbringen in Gesellschaft	136
e) Gemischte Schenkung und Freundschafts Kauf	137
f) „Ringtausch“	138

III. Nichtig, vernichtbare und unvollkommene Kaufverträge; Verkauf durch Dritten	138
1. Grundregel	139
2. Bedingter Kauf	139
a) Auflösend	139
b) Aufschiebend	140
3. Kauf unter Rücktrittsvorbehalt	142
4. Anfechtbarer Kauf	143
5. Schwebend unwirksamer (genehmigungsbedürftiger) Kauf	145
6. Nichtig Kauf	146
7. Verkauf durch Dritten	148
a) Obligatorisches Vorkaufsrecht	148
b) Dingliches Vorkaufsrecht	150
IV. Vereitelung und Erschleichung	151
1. Allgemeines	151
2. Der Versuch, dem Berechtigten die Ausübung zu verleiden	152
a) Vor der Veräußerung	152
b) Bei der Veräußerung	154
3. Umgehung	157
a) Grundsätzliches	157
b) Rechtsprechung und Literatur	158
c) Kritik und eigene Lösung	159
4. Erschleichung	161
V. Der „Dritte“	162
1. Die Rechtsprechung des BGH	162
2. Kritik	165
a) Der Begriff des Dritten	165
b) Interessenwertung	166
c) Aufhebungszweck des Versteigerungsverfahrens	167
VI. Nachträgliche Änderung des Kaufvertrages	169
1. Die herrschende Auffassung	169
2. Kritik	170
<i>C. Zur Beendigung: Verzicht auf das Vorkaufsrecht oder seine Ausübung</i>	172
I. Obligatorisches Vorkaufsrecht	172
1. Meinungsstand	172
2. Eigene Lösung	174
II. Dingliches Vorkaufsrecht	175
1. Verzicht auf das Recht	175
2. Verzicht auf die Ausübung	175
Ergebnisse	177
Zu Teil 1 — Geschichte	177
Zu Teil 2 — Rechtsnatur	178
Zu Teil 3 — Einzelfragen	179
Literaturverzeichnis	182
Entscheidungsverzeichnis	195

Einleitung

Die Ende vorigen Jahrhunderts totgesagten Vorkaufsrechte erleben eine neue Blüte.

In seinem Bemühen, zwischen sozialer Eigentumsgebundenheit und Eigentümerfreiheit namentlich im Grundstücksverkehr einen mittleren Weg zu finden, nimmt der Gesetzgeber immer häufiger Zuflucht zu *gesetzlichen Vorkaufsrechten* als der mildesten Form des Eingriffs in die Verfügungsfreiheit einzelner zugunsten der Allgemeinheit, zuletzt z. B. im Städtebauförderungsgesetz vom 27. 7. 1971¹. Diese gesetzlichen Vorkaufsrechte sind trotz mancher Abweichungen an das Vorbild der *BGB-Vorkaufsrechte* angelehnt. Beide stehen in Wechselbeziehungen zueinander: „Gesetzliche“ Vorkaufsrechte sind älter; der Rechtsverkehr ahmt sie nach. Im BGB steht das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht im Vordergrund² und ist Modell für spätere gesetzliche. Gesetzliche Vorkaufsrechte regen den Rechtsverkehr wiederum an, von den gewillkürten Formen häufiger Gebrauch zu machen. So haben auch die BGB-Vorkaufsrechte größere Bedeutung erlangt, als ihre Schöpfer vermuteten³.

Vorkaufsrechte engen die Verfügungsfreiheit ein. Ist eine Sache mit einem Vorkaufsrecht belastet, so kann ihr Eigentümer sie nicht mehr veräußern, an wen er will: Der Vorkaufsberechtigte kann sich dazwischen drängen und die Sache zu den Bedingungen des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags verlangen.

Vorkaufsrechte dienen unmittelbar nur den Interessen des Berechtigten, und zwar auf zweierlei Art:

Es kann sein, daß der Berechtigte den Gegenstand wirklich haben, seinem Vermögen *einverleiben* will; der Erwerb scheitert nur am zur Zeit (noch) fehlenden Veräußerungswillen des Eigentümers. Der Berechtigte möchte aber zugreifen können, *sobald* der Eigentümer doch einmal veräußern sollte: Darum vereinbart er mit ihm ein Vorkaufsrecht.

¹ Vgl. hierzu *Clasen*, Vorkr. nach StBauFG.

² Gesetzliches Vorkaufsrecht nach BGB ist nur das der Miterben, § 2034.

³ Z. B. auch im Wertpapierrecht. Ein Grund sind die immer enger werden den wirtschaftlichen Verflechtungen.

Ein solches Vorkaufsrecht ist ein Minus gegenüber dem an sich angestrebten unmittelbaren Erwerb der Sache, eine Erwerbschance. Es dient einem „positiven“ Interesse des Berechtigten, einem „*Erwerbsinteresse*“. Ein solches Interesse kann häufig rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrechten zugrunde liegen⁴.

Häufig wird es auch so sein, daß dem Berechtigten am *Erwerb* des Gegenstands unmittelbar wenig liegt. Er will lediglich die Möglichkeit haben, den Erwerb der Sache durch einen Dritten zu *verhindern*, etwa um den Einbruch eines Fremden in eine Gemeinschaft abzuwehren⁵ oder um den Erwerb durch eine aus anderen Gründen nicht genehme Person nicht zuzulassen⁶. Der eigene Erwerb wird als Mittel in Kauf genommen.

Das Vorkaufsrecht ist dann ein Minus gegenüber einem — den Erwerber zu sehr einengenden — Veräußerungsverbot oder einer Veräußerungsbeschränkung (etwa durch Zustimmungsbedürftigkeit), deren Erfolg eigentlich gewünscht wird. Ihm liegt ein „negatives“ Interesse zugrunde, ein „Kontroll-“ oder „*Abwehrinteresse*“. Viele gesetzliche Vorkaufsrechte dienen diesem Interesse.

Meist sind beide Interessen mehr oder weniger vorhanden, häufig wird eines überwiegen.

Die gewillkürten Vorkaufsrechte des BGB — mit denen sich diese Arbeit befaßt⁷ — waren bereits bei ihrer Geburt problembeladen. Die dogmatische Struktur beider Formen ist bis heute unsicher geblieben. In manch anderen Fragen scheinen Praxis und Lehre keine optimalen Lösungen gefunden zu haben.

Solche teils alte, immer noch ungelöste, teils neuere Zweifelsfragen sind Gegenstand dieser Arbeit. Sie versucht, sie aufzuhellen durch Besinnung auf Herkunft und Wurzeln unseres Vorkaufsrechts, auf die zugrunde liegenden Interessen und die systematischen Zusammenhänge. Die — in letzter Zeit mitunter in Mißkredit geratene — Frage nach dem dogmatischen Standort des Rechtsinstituts erscheint notwendig; sie klärt den Blick auch da, wo sie nicht unmittelbare praktische Folgerungen nach sich zieht, und wenn sie auch nur mitunter die Erkenntnis erleichtert, daß ein Problem *unabhängig* von der Rechtsnatur zu beurteilen ist⁸.

⁴ Aber auch manchen gesetzlichen, z. B. § 24 Abs. 1 Nr. 1 BBauG.

⁵ Z. B. § 2034 BGB.

⁶ Z. B. §§ 11, 16 RHeimStG.

⁷ Das BGB-Vorkaufsrecht ist nicht die einzige Lösung zur Wahrung der gekennzeichneten Interessen, aber eine der ältesten und bedeutendsten. Verwandt sind z. B. Option, Vorhand, Rückkauf, Wiederkauf, schuldrechtliche Verfügungsbeschränkungen u. a. Näher unten Teil 2, B.

⁸ Z. B. bei der Formfrage; Teil 3, A I 1.

An ausgewählten Einzelfragen sollen schließlich typische Interessenkonflikte aufgezeigt und mögliche Fehlentwicklungen gekennzeichnet werden.