

gen.<sup>8</sup> Der Erwerber mag sich vom Veräußerer Garantien geben lassen, auf die er ohnehin angewiesen ist (man stelle sich vor, der Veräußerer präsentiert einen unbefristeten Vertrag, obwohl in Wahrheit ein Zeitvertrag formgültig geschlossen wurde). Des Schutzes durch § 550 BGB bedürfen hingegen Mieter und Vermieter: Beide müssen davor bewahrt werden, sich übereilt für lange Zeit zu schwer nachweisbaren Konditionen zu binden. *Insoweit* hat § 550 BGB eine Funktion wie viele andere Formvorschriften auch. Dass schon schriftlich fixierte Vertragsbedingungen diesen Schutz bewirken können,

ist sicherlich zutreffend. Im Allgemeinen sind die Anforderungen an Schriftform aber durchaus strenger: Nicht der Inhalt des Rechtsgeschäfts muss schriftlich dokumentiert werden, sondern das Rechtsgeschäft muss in der Urkunde enthalten sein.<sup>9</sup> Dass der Formverstoß bei § 550 BGB nicht Nichtigkeit, sondern einen Vertrag mit anderem Inhalt zur Folge hat, ist kein systematisches Argument für eine Modifizierung dessen, was Schriftform voraussetzt. Was der BGH für § 550 BGB verlangt, ist nicht Schriftform des Vertrages, sondern Schriftlichkeit der Vertragsklauseln.

<sup>8</sup> S. auch BGH vom 24.09.1997, BGHZ 136, 357 (370); BGH vom 07.05.2008, BGHZ 176, 301 (304 ff., Tz. 13–17); Ulrich Herrmann, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 550 Rn. 2; Arndt Teichmann, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 550 Rn. 1; Volker Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, § 550 Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. BGH vom 07.05.2008, BGHZ 176, 301 (306, Tz 18); BGH vom 28.10.1993, NJW-RR 1994, 280 (281); Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 126 Rn. 2 ff.

Olaf Muthorst\*

## Vorkaufsfall trotz Vertragsaufhebung

**BGB §§ 463, 465** Ein Vorkaufsrecht kann auch nach Vertragsaufhebung noch ausgeübt werden.

Ein Vorkaufsrecht kann ausgeübt werden, wenn ein Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist; eine spätere Aufhebung beseitigt den Vorkaufsfall i. S. v. § 463 BGB nicht.

BGH, Urteil vom 01.10.2010 – V ZR 173/09, NJW 2010, 3774

### Zum Sachverhalt

V verkaufte seiner Freundin D durch Vertrag vom 13.7.2007 ein Grundstück, an dem der B ein Vorkaufsrecht hatte. Im Kaufvertrag behielt sich V das Recht zum Rücktritt vor, wenn nicht bis 1.8. eine Verzichtserklärung des B vorliege. Am 2.8. vereinbarten V und D, den Kaufvertrag aufzuheben. Am 13.8. übte B das Vorkaufsrecht aus. Später verlangte er von V Übereignung und Übergabe des Grundstücks Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung.

### Problemaufriss

B verlangt Erfüllung eines Kaufvertrages (vgl. § 433 I BGB). Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande (§§ 145 ff. BGB). Ein solcher Konsens liegt

zwischen V und B allerdings nicht vor. B hat aber ein Vorkaufsrecht. Dafür gelten die §§ 463 ff. BGB.

Ein Vorkaufsrecht kann durch Gesetz entstehen (z. B. §§ 577, 2034 BGB) oder durch Vertrag zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Vorkaufsberechtigtem. Es erklärt sich aus seiner Rechtsfolge: Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, kommt ein Kauf zustande zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten (§ 464 II BGB). Gemäß § 463 BGB kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den betreffenden Gegenstand geschlossen hat (sogenannter Vorkaufsfall). Der mit dem Dritten vereinbarte Vertragsinhalt ist dann auch für den Verkauf an den Berechtigten maßgebend (§ 464 II BGB).

Auch wenn ein Vorkaufsrecht besteht, muss der Verpflichtete den Gegenstand also nicht verkaufen (das ist der Unterschied zum Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht).<sup>1</sup> Hat er aber verkauft, muss er hinnehmen, dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausübt und sich damit als Käufer aufdrängt. Der Vorkaufsverpflichtete kann das Vorkaufsrecht nicht dadurch aushöhlen, dass er den Kaufvertrag von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig macht oder sich ein Rücktrittsrecht bei Aus-

\* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Zur Rechtsnatur: Christian Berger, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 13.

übung des Vorkaufsrechts einräumen lässt. Derartige Vereinbarungen sind gegenüber dem Berechtigten gemäß § 465 BGB unwirksam, d. h. der Verpflichtete kann nicht geltend machen, dass sie Teil des Kaufvertrages seien, der im Verhältnis zum Berechtigten gemäß § 464 II BGB gilt.

Die Frage war also, ob B nach wirksamer Ausübung eines Vorkaufsrechts einen durchsetzbaren Anspruch gegen V hatte. Ein Vorkaufsfall lag vor: V hatte mit D einen Kaufvertrag geschlossen. Sein Rücktrittsrecht hatte V nicht ausgeübt. Das hätte den Vorkaufsfall auch nicht entfallen lassen („einen Kaufvertrag ... geschlossen“ hatte V ja trotzdem). Die Umwandlung des Kaufvertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis hätte V gegenüber B gemäß § 465 BGB nicht geltend machen können. Dass das Rücktrittsrecht nicht von der Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern vom Nichtvorliegen einer Verzichtserklärung bis 1.8. abhing (anders als es der Wortlaut des § 465 BGB verlangt), ist nur ein regelungstechnischer Umweg zum im Wesentlichen gleichen Ergebnis.

Zweifelhaft war aber, welche Auswirkungen der zwischen V und D geschlossene Aufhebungsvertrag auf das Rechtsverhältnis zu B hatte.

### Zur Entscheidung

Der BGH meint: keine. Zwar falle der Aufhebungsvertrag nicht unter § 465 BGB, weil sich der Verpflichtete (V) und der Dritte (D) von dem Kaufvertrag am 2.8. lösen wollten – unabhängig von der späteren Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten am 13.8. Aus dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen V und D erwachse dem Berechtigten (B) aber ein Gestaltungsrecht, das „in seinem rechtlichen Fortbestand grundsätzlich unabhängig von dem rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten“ sei.<sup>2</sup> Das bedeutet zweierlei: Der Aufhebungsvertrag lässt den einmal eingetretenen Vorkaufsfall nicht entfallen, so dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht trotz des Aufhebungsvertrages noch ausüben konnte. Das entspricht dem Wortlaut von § 463 BGB „sobald ... einen Kaufvertrag ... geschlossen hat“. Ferner hat dann, wenn der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausübt, die Vertragsaufhebung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten keinen Einfluss auf das Schuldverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten. Für dieses Verhältnis sind nach § 464 II BGB vielmehr nur diejenigen Bestimmungen maßgebend, die „der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat“, unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts noch wirksam sind.

Beide Punkte sind aber nicht unproblematisch. Dass der Vorkaufsverpflichtete dem Berechtigten den Aufhebungsvertrag nicht entgegenhalten kann, verträgt sich schlecht damit, dass eine Vertragsänderung, die zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbart wird, bevor der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, sehr wohl für den Berechtigten maßgebend ist.<sup>3</sup> Hätte V also mit D statt der Vertragsaufhebung einen höheren Kaufpreis vereinbart (und D im Gegenzug ein Rücktrittsrecht eingeräumt), so hätte B das Vorkaufsrecht nur zu dem neuen, höheren Kaufpreis ausüben können.

Auch dass der Aufhebungsvertrag den Vorkaufsfall nicht entfallen lässt, müsste man genauer begründen. Vertreten worden ist diese Ansicht – freilich ohne Begründung – bereits vom Reichsgericht.<sup>4</sup> Der BGH stützt sich auf eine frühere Entscheidung, in der es um ein Rücktrittsrecht des Dritten ging. Wenn der Dritte vom Kaufvertrag zurücktrete, ändere das nichts daran, dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht noch ausüben könne.<sup>5</sup> Das ist sicherlich dann sachgerecht, wenn der Dritte ein Rücktrittsrecht – wie im damaligen Fall – allein im eigenen Interesse ausübt. Dann spricht nichts dafür, dass der Vorkaufsverpflichtete nicht dem Berechtigten sollte verpflichtet sein können, falls dieser am Kauf interessiert ist. Der Rücktritt des Dritten im eigenen Interesse lässt den Vorkaufsfall also nicht entfallen. Es ist aber nicht zwingend, dass ein Aufhebungsvertrag den Vorkaufsfall ebenso wenig entfallen lässt. Ein Aufhebungsvertrag wird typischerweise deshalb geschlossen, weil beide Seiten nicht mehr an einer Veräußerung interessiert sind. Dass in diesem Fall der Berechtigte sich trotzdem noch als Käufer soll aufdrängen dürfen, erscheint von Missbrauchsfällen abgesehen nicht unbedingt als ausgewogene Interessenbewertung.

<sup>3</sup> RG vom 07.07.1927, RGZ 118, 5 (7); BGH vom 11.07.1969, NJW 1969, 1959 (1960); Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 464 Rn. 6. Kritisch Florian Faust, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 463 Rn. 32 m. w. N.

<sup>4</sup> RG vom 24.02.1923, RGZ 106, 320 (323f.); RG vom 07.07.1927, RGZ 118, 5 (8). Dem folgend etwa Florian Faust, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 463 Rn. 32; Harm Peter Westermann, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 463 Rn. 15; Johannes Wertenbruch, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 78; Peter Mader, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 463 Rn. 28.

<sup>5</sup> BGH vom 11.02.1977, BGHZ 67, 395 (397f.) = NJW 1977, 762 (762f.).

<sup>2</sup> BGH vom 01.10.2010, NJW 2010, 3774 (3775, Rn. 20).