

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 157851

letzte Aktualisierung: 29. September 2017

### BGB § 2034

#### Verzicht auf das Vorkaufsrecht; Widerruf

### I. Sachverhalt

Erbeile wurden verkauft. Ein vorkaufsberechtigter Miterbe erklärte zunächst, auf die Ausübung endgültig zu verzichten. Später erklärte er den Widerruf dieser Verzichtserklärung und übte das Vorkaufsrecht aus. Alle Erklärungen gingen innerhalb der Zwei-Monats-Frist zu.

### II. Fragen

Ist eine Verzichts-/Nichtausübungserklärung zum gesetzlichen Miterbenvorkaufsrecht widerruflich? Wurde das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt?

### III. Zur Rechtslage

1. Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben nach § 2034 Abs. 1 BGB zum Vorkauf berechtigt.

Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts beträgt nach § 2034 Abs. 2 S. 1 BGB zwei Monate. Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch formlose Erklärung gegenüber dem verpflichteten Miterben, nach erfolgter Übertragung des Erbteils gegenüber dem Käufer (vgl. § 2035 BGB).

Das Vorkaufsrecht erlischt entweder durch Fristablauf oder durch Verzicht **sämtlicher Berechtigter** (vgl. Flechtner, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2034 Rn. 32; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Stand: 1.5.2017, § 2034 Rn. 45; Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, § 2034 Rn. 10; MünchKommBGB/Gergen, 7. Aufl. 2017, § 2034 Rn. 42). Beim Verzicht handelt es sich nach h. M. **um einen Erlassvertrag** gem. § 397 BGB (vgl. Palandt/Weidlich, § 2034 Rn. 10; MünchKommBGB/Gergen, § 2034 Rn. 42 m. w. N.; vgl. zum Vorkaufsrecht allg. auch BGH WM 1966, 893, 895; RGZ 110, 409, 418; RGZ 114, 155, 158; RG JW 1912, 858; BGHZ 37, 147, 151; BGHZ 60, 275, 291; BGH WM 1961, 531; BGH WM 1965, 1178, 1180; BGH WM 1970, 962; BGH NJW 1990, 1474; BGHZ 110, 230). Der Verzicht kann nach h. M. schon **vor** der Mitteilung nach § 469 BGB erfolgen (RG JW 1924, 1247; Palandt/Weidlich, § 2034 Rn. 10).

Ein **einseitiger Verzicht** des **Vorkaufsberechtigten** auf das Vorkaufsrecht vor Eintritt des Verkaufsfalls bringt dieses nicht zum Erlöschen, begründet jedoch den Einwand der

Treuwidrigkeit nach § 242 BGB gegen eine dennoch erfolgende Ausübung des Vorkaufsrechts (BGH WM 1966, 511; BGH WM 1966, 893, 895; OLG Celle NJW 1963, 352, 353; Herrler, RNotZ 2010, 249, 251).

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt gehen wir davon aus, dass der Miterbe die Erklärung erst nach dem Eintritt des Verkaufsfalls abgegeben hat. Sollte der Miterbe der **einzige Vorkaufsberechtigte** gewesen sein, wäre das Vorkaufsrecht somit unwiderruflich erloschen. Die erfolgte Ausübung des Vorkaufsrechts würde dann ins Leere gehen.

2. Im vorliegenden Fall haben offenbar aber **nicht sämtliche Berechtigte** den Verzicht erklärt, sondern nur ein Miterbe. Das Vorkaufsrecht steht mehreren vorkaufsberechtigten Miterben als Gesamthändlern zu, nicht jedoch als Bruchteilsberechtigten (BGH DNotZ 1971, 744; WM 1972, 504; NJW 1982, 330; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2034 Rn. 8).

Grundsätzlich ist das Vorkaufsrecht gemeinschaftlich auszuüben. Eine Ausübung durch einzelne Miterben kommt demgegenüber in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 472 S. 2 BGB vorliegen (vgl. BGH NJW 1982, 330; Palandt/Weidlich, § 2034 Rn. 6; Staudinger/Löhnig, 2016, § 2034 Rn. 20). Ist es **für einen der Berechtigten erloschen** oder **übt einer von ihnen sein Recht nicht aus**, so sind nach dieser Vorschrift die übrigen Vorkaufsberechtigten berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben (§ 472 S. 2 BGB).

Fraglich ist, ob hierunter auch der Fall zu fassen ist, dass der Vorkaufsberechtigte auf sein Vorkaufsrecht **verzichtet**. Die Literatur vertritt die Ansicht, dass ein Verzicht eines Mitberechtigten möglich ist und für diesen Berechtigten das Vorkaufsrecht erlischt (Soergel/Wolf, § 2034 Rn. 10; BeckOGK-BGB/Daum, Stand: 1.7.2017, § 472 Rn. 11; Herrler, RNotZ 2010, 249, 252; MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 472 Rn. 3). Wenn ein Vorkaufsberechtigter durch Nichtausübung oder nicht ordnungsgemäße Ausübung auf das Vorkaufsrecht verzichten kann, ist nicht ersichtlich, warum ein erklärter Verzicht nicht bereits vor diesem Zeitpunkt möglich sein sollte (Herrler, RNotZ 2010, 249, 252).

Eine andere Auffassung hat demgegenüber das OLG München für das **dingliche Vorkaufsrecht** vertreten (RNotZ 2010, 265, 267). Das OLG München beruft sich darauf, dass das Vorkaufsrecht nur im Ganzen ausgeübt werden (§ 472 S. 1 BGB) und der Berechtigte das Vorkaufsrecht nicht teilweise abschichten kann.

In einer späteren Entscheidung zum **Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB** hat das OLG München demgegenüber ausdrücklich festgehalten, dass ein Verzicht einzelner Mitglieder der Erbengemeinschaft auf das Vorkaufsrecht möglich ist (vgl. OLG München, Urt. v. 18.7.2012 – 3 U 4588/11, Rn. 23 – juris).

Hierauf deutet auch eine BGH-Entscheidung vom 28.10.1981 hin (BGH NJW 1982, 330). In den Entscheidungsgründen führt der BGH aus:

„Übt ein Miterbe sein Vorkaufsrecht nicht aus, so hat das gem. § 513 S. 2 BGB [nunmehr § 472 S. 2 BGB] nur zur Folge, daß die übrigen Miterben berechtigt sind, das Vorkaufsrecht auch ohne Teilnahme und Verpflichtung des nichtinteressierten Miterben auszuüben (Meyer, Gruch 51, 794). Das Recht, an der Willensbildung und -ausübung innerhalb der Gemeinschaft mitzuwirken, beschneidet die Vorschrift nicht. **Dieses Recht** kann allein durch Ablauf der in § 2034 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmten Frist **oder**

**durch Verzicht des jeweiligen Miterben erlöschen.** Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch einen Miterben allein kann nur daher aufschiebend bedingt durch eine dahingehende Einigung aller Miterben, durch das Erlöschen des Rechts oder durch **den Verzicht auf Ausübung durch die übrigen Miterben** wirksam sein.“

(BGH NJW 1982, 330; Hervorhebungen und Ergänzungen in Klammern durch das DNotI)

Demzufolge hat auch der BGH anerkannt, dass ein Verzicht auf das Vorkaufsrecht durch einen von mehreren Miterben möglich ist.

Diese dürfte auch in der Sache zutreffend sein. § 472 BGB lässt gerade die Nichtausübung durch einen Berechtigten zu. Dann muss es auch ohne Weiteres möglich sein, dass der einzelne Vorkaufsberechtigte und der Vorkaufsverpflichtete einen diesbezüglichen Erlassvertrag abschließen. Demzufolge ist es grundsätzlich möglich, dass ein Miterbe bindend auf sein Vorkaufsrecht verzichtet. In diesem Fall können nur die anderen Miterben das Vorkaufsrecht nach § 472 S. 2 BGB ausüben; der Miterbe, der den Verzicht erklärt, hat sein Vorkaufsrecht verloren.