

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 187528**letzte Aktualisierung:** 21. April 2022**BGB § 472****Ausübung des Vorkaufsrechts durch mehrere Berechtigte****I. Sachverhalt**

Im Juli 2021 wurde ein Grundstückskaufvertrag beurkundet. Das Grundbuch des Kaufgegenstandes ist in Abt. II u. a. belastet mit einem Vorkaufsrecht „für den jeweiligen Eigentümer B ... Blatt ..., eingetragen im Jahr 1980“.

Vom Katasteramt wurde nachfolgend mitgeteilt, dass das herrschende Grundstück nachfolgend zerlegt worden sei. Im Ergebnis ist von vier Vorkaufsberechtigten auszugehen.

Von den Vertragsparteien wurde der beurkundende Notar ausdrücklich beauftragt und bevollmächtigt (Spezialvollmacht), den Vorkaufsberechtigten diesen Verkaufsfall unter Beifügung einer Vertragsausfertigung anzuzeigen und zur schriftlichen Äußerung über die Ausübung bzw. Nichtausübung aufzufordern und die Löschungsbewilligungen (diese in grundbuchmäßiger Form) einzuholen.

Zwei der Vorkaufsberechtigten, ein jeder für sich, haben innerhalb der gesetzlichen Frist nach Mitteilung der Verkäuferin ihr gegenüber ein Vorkaufsrecht ausgeübt. Zwei weitere Berechtigte haben sich nicht erklärt.

Der beurkundende Notar beabsichtigt, einen notariellen Vorbescheid dahingehend zu erlassen, dass das Vorkaufsrecht jeweils nicht wirksam ausgeübt wurde.

II. Fragen

1. Kann vorliegend ein Vorkaufsberechtigter das Vorkaufsrecht allein ausüben; falls ja, mit welchen Rechtsfolgen, auch im Hinblick auf den anderen Vorkaufsberechtigten, der sein Vorkaufsrecht ebenfalls ausgeübt hat? Gilt für den Fall einer wirksamen Ausübung deren zeitliche Priorität?
2. Haben die/hat der Vorkaufsberechtigte/n vorliegend ihr Vorkaufsrecht wirksam allein ausgeübt; falls nein, besteht eine Heilungsmöglichkeit?
3. Wie und innerhalb welcher Frist sollten vorliegend die Vorkaufsberechtigten ihr Vorkaufsrecht gemeinsam ausüben, davon ausgehend, dass es nicht die Aufgabe des Notars ist, die Beteiligten entsprechend zu belehren?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsfolge der Teilung des herrschenden Grundstücks auf das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht

Nach § 1094 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkauf berechtigt ist. Das Vorkaufsrecht kann dabei gem. § 1094 Abs. 2 BGB auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden. Hier handelt es sich um ein solches sog. subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht. Durch die Realteilung des herrschenden Grundstücks sind die Eigentümer aller neu entstandenen Teilflächen zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigt. Die Berechtigung richtet sich nach § 472 BGB (s. BayObLGZ 1973, 21 = DNotZ 1973, 415; OLG Celle FGPrax 2010, 173; OLG München FGPrax 2009, 256; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2020, § 1103 Rn. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1431; Gutachten, DNotI-Report 2017, 20).

2. Ausübung des Vorkaufsrechts durch einen einzelnen Vorkaufsberechtigten „nur für sich“

§ 472 BGB begründet nach herrschender Auffassung eine „gesamthandsähnliche Bindung“ zwischen den Vorkaufsberechtigten, sodass diese das Vorkaufsrecht nur gemeinschaftlich ausüben können. Mit dieser Bindung ist es nicht vereinbar, wenn ein Vorkaufsberechtigter das Vorkaufsrecht nur für sich alleine ausübt; eine solche Ausübung ist unwirksam (BGH NJW-RR 2009, 1172, 1174 Rn. 23). Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht die besonderen Voraussetzungen des § 472 S. 2 BGB vorliegen und einem Vorkaufsberechtigten den Erwerb alleine ermöglichen (RGZ 158, 57, 63; Erman/Grunewald, § 472 Rn. 2; Mayer DNotZ 2022, 173, 192 f.). Dies wäre nur dann der Fall, wenn sämtliche anderen Vorkaufsberechtigten ihr Recht nicht ausgeübt hätten oder auf ihr Recht verzichtet hätten, sodass sich „die übrigen“ auf den letzten verbleibenden Vorkaufsberechtigten beziehen würde und dieser das Recht im Einklang mit § 472 S. 2 BGB für sich alleine ausüben könnte.

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Vorliegend haben zwei Vorkaufsberechtigte ihr Recht jeweils nur für sich ausgeübt. Die Übrigen haben ihr Recht nicht ausgeübt. Daher ist zunächst danach zu fragen, wie die Ausübungen formuliert waren. Aus dem Sachverhalt ist nicht abschließend ersichtlich, ob jeder der Ausübenden – im Sinn der Negativbeispiele aus der Rechtsprechung – „nur für sich“ ausgeübt hat, d. h. etwa zum Ausdruck gebracht hat, dass der Vertrag nur mit ihm zustande kommen und das Grundstück nur an ihn übertragen werden solle. In diesem Fall wäre die Ausübung anders zu beurteilen (s. nachfolgend a) als wenn lediglich die Erklärungen separat abgegeben worden wären (jeweils getrennt, d. h. in diesem Sinne „für sich“), sich inhaltlich aber nicht widersprechen, weil sie z. B. bloß auf eine Ausübung des Vorkaufsrechts gerichtet sind (dazu nachfolgend b.).

a) Jeder der Ausübenden hat Übertragung jeweils an sich verlangt

Hat jeder der Ausübenden die Übertragung an sich selbst verlangt, lohnt sich zunächst ein Blick auf die genauen Folgen der Erklärung der Ausübung „für sich selbst“. Hat zunächst A und dann noch innerhalb der Frist B, jeder jeweils „nur für sich“, ausgeübt, wäre nach der Rechtsprechung zunächst die Erklärung von A nicht wirksam. Auch B dürfte sich aber nicht auf die Unwirksamkeit der Erklärung des A mit der Folge berufen

können, dass der Vertrag nunmehr mit ihm zustande kommt. Denn zum einen ist oder wird die Erklärung des ersten Ausübenden „nicht schlechthin unwirksam“ (RGZ 158, 57, 63); das Reichsgericht unterscheidet insofern zwischen einer Nicht-Ausübung (die Tatbestandsmerkmal für § 472 S. 2 BGB wäre und dem/den anderen Vorkaufsberechtigten, der/die alleinige Ausübung des Vorkaufsrechts ermöglicht) von der der nicht (voll) wirksamen Ausübung, die zwar nicht zur wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts führt, aber eine Ausübung durch einen anderen „für sich allein“ verhindert („Die Einstellung der [...] verhindert zwar nach der jetzt gegebenen Sachlage praktisch einen positiven Erfolg ihrer Vorkaufsausübung, es lässt sich daraus aber nicht der Schluß ziehen, daß ihr Vorkaufsrecht erloschen oder von ihr nicht ausgeübt sei...“, RGZ 158, 57, 63). Auch die nicht wirksame Erklärung des Erstausübenden steht daher der Wirksamkeit der Erklärung des Zweitausübenden entgegen.

Zum anderen dürfte auch die zeitliche Reihenfolge der Ausübungserklärungen keine Rolle spielen. Aus den §§ 472, 469 BGB lässt sich entnehmen, dass zwischen mehreren Vorkaufsberechtigten grundsätzlich keine Hierarchie besteht und dass jeder Vorkaufsberechtigte das gleiche Recht hat (BGH NJW 1982, 330). Die Berücksichtigung der zeitlichen Reihenfolge war in der obergerichtlichen Rechtsprechung teilweise unter der Prämisse der Anwendbarkeit des § 428 BGB erwogen worden (OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 952, 953), wurde vom BGH jedoch für die Ausübung des Vorkaufsrechts u. a. als unpraktikabel abgelehnt (BGH NJW 2017, 1811, s. z. B. Rn. 20). In der Tat könnte im oben genannten Beispiel ebenso gut auch A argumentieren, dass die Erklärung des B als unwirksam angesehen werden sollte und daher die Erklärung von A nach § 472 S. 2 BGB wirksam wäre.

Auch soweit die Konstellation (mehrere Ausübungen des Vorkaufsrechts „nur für sich“) in der Literatur diskutiert wird, geht diese dahin, *beide* Ausübungen für nicht wirksam zu erachten (Soergel/Wertenbruch, BGB, 2009, § 472 Rn. 5; Erman/Grunewald, § 472 Rn. 3; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 472 Rn. 3; Mayer, DNotZ 2022, 173, 184).

Es ist daher davon auszugehen, dass das Vorkaufsrecht vorliegend noch nicht wirksam ausgeübt wurde.

b) Beide Ausübende erklären unabhängig voneinander die Ausübung, ohne geltend zu machen, das Vorkaufsrecht nur allein ausüben zu wollen

Ist der Sachverhalt dagegen so zu verstehen, dass beide Vorkaufberechtigte das Vorkaufsrecht zwar unabhängig voneinander, jedoch ohne sich zueinander in Widerspruch zu setzen, erklären, stellt sich die Lage anders dar.

Das Vorkaufsrecht muss nach dem Wortlaut des Gesetzes „im Ganzen“ (§ 472 S. 1 BGB) ausgeübt werden. In der Rechtsprechung wird dies so gelesen, als müsse das Vorkaufsrecht auch „gemeinschaftlich“ ausgeübt werden (BGH NJW-RR 2009, 1172, 1174, Rn. 22; BGH NJW 2017, 1811, 1812, Rn. 18; s. auch BGH NJW 1982, 330). Das ist allerdings § 472 BGB gerade nicht zu entnehmen. Die Formulierung, das Recht könne nur gemeinschaftlich ausgeübt werden, findet sich allerdings schon in der Gesetzesbegründung (Mot. II S. 348 = Mugdan, Ges. Materialien zum BGB, 1899, Bd. 2, S. 193) und wurde bereits vom Reichsgericht (RGZ 158, 57, 60), das gefordert hat, „daß die

Ausübungserklärung von den Ausübenden in bewußtem und gewolltem Zusammenhang, wenn auch nicht gleichzeitig abgegeben werden muß“, als „allgemein anerkannt“ bezeichnet.

Indes wird man keine überhöhten Anforderungen an die Gemeinschaftlichkeit der Ausübung stellen dürfen. Dies entspricht zum einen dem Wortlaut des Gesetzes; sofern man die gemeinschaftliche Ausübung – was auch immer genau darunter zu verstehen sein mag – in den Wortlaut „im Ganzen“ hineinlesen möchte, ist zu beachten, dass in den Materialien zum BGB sich „im Ganzen“ stets auf den Kaufvertrag bezieht. Die „gemeinschaftliche“ Ausübung ist dagegen gerade nicht in das Gesetz aufgenommen worden.

In der heutigen Praxis ist ein solches Zusammenwirken häufig auch nicht praktisch umsetzbar, weil die dadurch erforderliche Abstimmung nicht zu leisten ist. Es ist nicht zu erkennen, weshalb die Ausübung „gemeinschaftlich“, also – wie es sich das Reichsgericht offenbar vorstellt – in „bewusstem und gewolltem Zusammenhang“ erfolgen muss. Nach dem System des § 472 BGB kann es beim Erfordernis der „gemeinschaftlichen“ Ausübung nur darum gehen, den Vorkaufsverpflichteten als Adressaten der Ausübungserklärung(en) zu schützen. Zum einen ist aber für diesen bereits der „bewusste und gewollte“ Zusammenhang gar nicht unmittelbar zu erkennen, wenn man – wie schon das Reichsgericht (RGZ 158, 57, 60) – zulässt, dass die Erklärungen nicht notwendigerweise gleichzeitig abgegeben werden müssen, sondern gesonderte Erklärungen erfolgen können. Man würde dem Vorkaufsverpflichteten daher Steine statt Brot geben, wenn er mehrere Ausübungserklärungen erhält, die sich alle miteinander vereinbaren ließen (etwa, weil jeweils ohne weitere Zusätze „das Vorkaufsrecht“ ausgeübt wird), nun aber gehalten ist, nachzuforschen, welche der Erklärungen einem „bewussten und gewolltem Zusammenhang“ entspringen. Für diesen Zusammenhang wäre ja zumindest ein Wissen um die Ausübungserklärungen der anderen zu fordern. Es ist nicht ersichtlich, wie ein Vorkaufsberechtigter über die Ausübungserklärungen anderer sicheres Wissen haben kann, wenn zugelassen wird, dass diese nach ihm ausüben. Wenn bereits die Kenntnis von der Ausführungsabsicht anderer ausreicht, würde sich die Frage anschließen, wie vorzugehen wäre, wenn diese sich schließlich doch umentscheiden. Für den Vorkaufsverpflichteten wäre das alles nicht zu erkennen.

Zum anderen ist dem Interesse des Vorkaufsverpflichteten schon gedient, wenn man fordert, dass dieser spätestens am Ende der Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts sicher weiß, ob und von wem das Vorkaufsrecht ausgeübt wurde. Dies ist zwar auch bei einer Ausübungserklärung in „bewusstem und gewolltem Zusammenwirken“ der Fall. Man wird aber im Interesse der Praxistauglichkeit des Vorkaufsrechts und mangels entgegenstehenden schutzwürdigen Interesses ausreichen lassen müssen, wenn die Erklärungen mehrerer Vorkaufsberechtigter nicht zueinander widersprüchlich sind. Die Be seitigung von Widersprüchen zwischen den Erklärungen der Vorkaufsberechtigten gehört dagegen nicht zu den Aufgaben des Vorkaufsverpflichteten. Widersprüche müssen zu Lasten der Vorkaufsverpflichteten gehen, sodass diese gut beraten sind, sich möglichst weitgehend abzustimmen und ihre Erklärungen so abzufassen, dass keine Widersprüche auftreten. Es entspricht genauso dem Wortlaut des Gesetzes, wenn das Vorkaufsrecht von mehreren Vorkaufsberechtigten unabhängig – ggf. ohne wechselseitiges Wissen um die Ausübung des jeweils anderen – ausgeübt wird, die Ausübungserklärungen sich aber so verstehen lassen, dass das Vorkaufsrecht insgesamt ausgeübt werden soll. Davon wird im Regelfall auszugehen sein. Die Ausübung in „bewusstem und gewolltem Zusammenwirken“ dürfte dagegen in der Praxis häufig nicht zu realisieren sein.

Die Anforderungen an die „gemeinschaftliche Ausübung“ dürfen daher nicht überspannt werden. Ausreichen muss es daher u. E. auch, wenn mehrere Vorkaufsberechtigte in Unkenntnis der Erklärungen anderer das Vorkaufsrecht ausüben und sie sich nicht in Widerspruch zu den Erklärungen anderer setzen. Auch in der Literatur werden „inhaltlich übereinstimmende“ Erklärungen als ausreichend angesehen (BeckOK-BGB/Faust, 59. Ed. Std.: 1.5.2021, § 472 Rn. 3; Soergel/Wertenbruch, § 472 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2021, § 472 Rn. 9; s. auch Mayer, DNotZ 2022, 173, 182 ff.). Sind die Erklärungen der Vorkaufsberechtigten daher in diesem Sinn widerspruchsfrei, weil sie beide nicht auf Übertragung nur auf den jeweils Ausübenden gerichtet sind, sind daher u. E. beide Erklärungen wirksam. Es ist dann ein Vertrag zustande gekommen, an dem neben dem Vorkaufsverpflichteten die beiden Ausübenden als Käufer beteiligt sind.

4. Heilungsmöglichkeit

Sollte nach dem Vorgenannten die Ausübung nicht wirksam sein, besteht nach unserem Verständnis keine besondere „Heilungsmöglichkeit“. Es kann lediglich, sofern die Frist noch nicht abgelaufen ist, die Ausübung durch einen oder mehrere Vorkaufsberechtigte auch nach einer anfänglich unwirksamen Ausübung noch wirksam erklärt werden.

5. Vorgehensweise bei der Ausübung des Vorkaufsrechts

Den Vorkaufsberechtigten ist zu raten, innerhalb der Frist des § 469 BGB zu erklären, ihr Recht „gemeinsam mit den anderen Vorkaufsberechtigten“ auszuüben, wobei sie – wenn sie nicht wissen, ob auch die anderen ausüben – erklären sollten, dass sie für den Fall, dass die anderen ihr Recht nicht wirksam ausüben, das Vorkaufsrecht hilfsweise für sich alleine im Ganzen ausüben (DNotI-Report 2017, 20, 22; BeckOK-BGB/Faust, § 472 Rn. 4; Erman/Grunewald, § 472 Rn. 2; Soergel/Wertenbruch, § 472 Rn. 5). Möchte ein Vorkaufsberechtigter nur alleine (oder gar nicht) erwerben, sollte er sein Recht aufschiebend bedingt auf den Verzicht oder die Nichtausübung aller übrigen Vorkaufsberechtigten ausüben (Mayer, DNotZ 2022, 173, 196 f.; Staudinger/Mader/Schermaier, BGB, 2014, § 472 Rn. 6; DNotI-Report 2017, 20, 22; vgl. auch BGH NJW 1982, 330, 331).