

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.: 173931****letzte Aktualisierung: 31. Juli 2020****BGB §§ 928, 1094****Vorkaufsrechtsverzichtserklärung bei herrenlosem Grundstück****I. Sachverhalt**

Im Grundbuch wurde im Jahr 1910 ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht für einen „Nachbareigentümer“ eingetragen. Dieses Grundstück wurde nachfolgend in mehrere Flurstücke aufgeteilt (separate Grundbücher wurden angelegt), sodass nunmehr mehrere Personen das Vorkaufsrecht ausüben können. Das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück soll nunmehr veräußert werden. Zur Abwicklung des Vertrages sind dementsprechend die Mitteilung des Vorkaufsfalles und die Einholung der Verzichtserklärung der Vorkaufsberechtigten erforderlich. Eines der berechtigten Grundstücke ist herrenlos.

**II. Fragen**

1. Wer muss bei einem herrenlosen Grundstück, zu dessen Gunsten ein Vorkaufsrecht besteht, über den bestehenden Vorkaufsfall informiert werden bzw. wer muss die Verzichtserklärung bzgl. der Geltendmachung des Vorkaufsrechts erklären?
2. Muss gem. § 928 Abs. 2 BGB ggf. der Fiskus des Landes über den Sachverhalt informiert werden?

**III. Zur Rechtslage****1. Allgemeines**

Gem. § 928 Abs. 1 BGB kann das Eigentum an einem Grundstück dadurch aufgegeben werden, dass der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamt ggü. erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstückes steht sodann dem Fiskus des Landes zu, in dem das Grundstück belegen ist (§ 928 Abs. 2 S. 1 BGB). Das Eigentum erwirbt das Land jedoch erst mit der Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch (§ 928 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Fiskus kann jedoch auch auf sein gesetzliches Aneignungsrecht verzichten (BGHZ 108, 278; Staudinger/Pfeifer/Diehn, BGB, 2017, § 928 Rn. 24). Der Verzicht muss dabei nicht in das Grundbuch eingetragen werden (AG Unna Rpfleger 1991, 16; MünchKommBGB/Kanzleiter, 7. Aufl. 2017, § 928 Rn. 12 m. w. N.). Verzichtet der Fiskus, kann sodann jeder Dritte sich das herrenlose Grundstück durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung in das Grundbuch aneignen.

Die Aufgabe des Eigentums nach § 928 Abs. 1 BGB lässt die auf dem Grundstück **lastenden** dinglichen Rechte unberührt (so bereits RGZ 82, 73, 74; BeckOGK-BGB/J. Weber, Std.: 1.2.2020, § 928 Rn. 19 m. w. N.). Rechte, die an die Eigentümerstellung geknüpft sind, wie bspw. die Mitgliedschaften des Eigentümers in einem Grundstücksverband, enden hingegen mit Eigentumsaufgabe (vgl. BVerwG NVwZ 2012, 974).

Rechte zugunsten des herrschenden Grundstückes, als wesentliche Bestandteile des Grundstückes i. S. d. § 96 BGB sollen mit der Aufgabe des Eigentums am herrschenden Grundstück hingegen nicht erlöschen. Subjektiv-dingliche Rechte, die dem jeweiligen Eigentümer des Grundstückes zustehen, sollen nach Ansicht der überwiegenden Kommentarliteratur ebenso wenig erlöschen, sondern subjektlos werden (vgl. BeckOGK-BGB/J. Weber, § 928 Rn. 26; Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 928 Rn. 27; MünchKommBGB/Kanzleiter, § 928 Rn. 10; Grziwotz, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB, 4. Aufl. 2016, § 928 Rn. 12f.).

Zur Begründung der Subjektlosigkeit verweisen die meisten Kommentarstellen auf einen Beitrag von *v. Lübtow* (FS Lehmann Bd. 1, 1956, S. 328, 379 ff.). Dieser selbst begründet in seinem Festschriftbeitrag allerdings nicht die Subjektlosigkeit der subjektiv-dinglichen Grundstücksrechte, sondern betrachtet den Fortbestand der Rechte kritisch und zeigt vielmehr die zur damaligen Zeit vertretenen Ansichten zur Begründung des Fortbestandes der Rechte zugunsten des Grundstückes auf.

So führt er u. a. an, dass einige den Fortbestand des Rechts damit begründen, dass sich das Recht des Verzichtenden bei der Aufgabe nur auf sein Eigentumsrecht als solches und nicht auf sämtliche weiteren zugunsten des Grundstückes bestehenden Rechte beziehe (*v. Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. 1, S. 380). Andere führen hingegen aus, dass der Fiskus das Recht nur so erwerben könne, wie es dem letzten Eigentümer zustand (*v. Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. 1, S. 381) und *v. Lübtow* daraus schließt, dass subjektiv-dingliche Rechte subjektlos bis zur Aneignung des Grundstückes in objektiver Gebundenheit beim belasteten Grundstück gehalten werden müssen, da anderenfalls ein Erwerb durch den Fiskus bei einem Erlöschen des Rechts mit der Eigentumsaufgabe nicht möglich sei (*v. Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. 1, S. 381).

Nach anderer Auffassung erfordern subjektiv-dingliche Rechte, die zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes bestehen, nicht zwangsläufig eine kontinuierliche Reihe von Eigentümern und bestünden daher auch zwischen Eigentumsaufgabe und Aneignung fort (*v. Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. 1, S. 381).

Die näheren Rechtsfolgen der Subjektlosigkeit für das bestehenbleibende Recht führt der Beitrag jedoch weiter aus, sondern belässt es bei dem Fazit, dass zum Fortbestehen des Rechtes für den Aneignenden kein anderer Weg bestünde, als subjektlose Rechte anzuerkennen (*v. Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. 1, S. 381).

## 2. Folgen der Eigentumsaufgabe für das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht

Da es sich bei dem Vorkaufsrecht um ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht i. S. d. §§ 1094 Abs. 2, 1103 Abs. 1 BGB handelt, ist dieses ein wesentlicher Bestandteil zugunsten des herrschenden Grundstückes, der gem. § 1103 Abs. 1 BGB nicht vom Eigentum am Grundstück getrennt werden kann. Nach dem zuvor von der Literatur vertretenen Ansatz dürfte das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht mit der Eigentumsaufgabe des herrschenden Grund-

stückes nicht erlöschen, sondern subjektlos bis zur Aneignung durch den Fiskus oder an einen Dritten fortbestehen, bis es dann wieder mit einem Vorkaufsberechtigten fortbesteht.

Es fragt sich jedoch vorliegend, welche Auswirkungen die Subjektlosigkeit auf den Eintritt des Vorkaufsfalles hat. Grundsätzlich finden bei einem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht gem. § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB die Vorschriften über das schuldrechtliche Vorkaufsrecht nach §§ 463 ff. Anwendung, um etwa Fragen rund um die Vorkaufsrechtsausübung und den Eintritt des Vorkaufsfalles näher zu regeln. Steht das Vorkaufsrecht mehreren zu, wie es die Teilung des herrschenden Grundstückes zur Folge haben kann (ausführlich hierzu DNotI-Report 2017, 20), regelt § 472 S. 2 BGB, dass sofern das Vorkaufsrecht für einen Berechtigten erloschen ist oder er sein Recht nicht ausübt, die übrigen Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsrecht weiter im Ganzen ausüben können.

Berechtigter i. S. d. § 472 S. 2 BGB ist bei einem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht grundsätzlich der **jeweilige Grundstückseigentümer**. Es fragt sich daher, ob gem. § 472 S. 2 BGB der Fall des „subjektlosen Vorkaufsrechtes“ auch hier einem temporären Erlöschen oder einer Nichtausübung aufgrund nicht vorhandenen ausübungsfähigen Rechtssubjektes analog zur Anwendung gelangen könnte. Im Ergebnis könnte so das Vorkaufsrecht nur von den übrigen Eigentümern ausgeübt oder auf dieses verzichtet werden.

Bedeutsam ist die Frage allein aufgrund § 469 BGB, der den Vorkaufsverpflichteten die Pflicht auferlegt den Vorkaufsfall dem **Vorkaufsberechtigten** mitzuteilen. Diese beginnt nach der überwiegenden Ansicht der Literatur erst zu laufen, wenn dem letzten Berechtigten die Mitteilung gem. § 469 Abs. 1 BGB zugeht (vgl. BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2019, § 472 Rn. 9 m. w. N.). Im schlimmsten Fall würde die Frist zur Ausübung durch sämtliche Vorkaufsberechtigte erst verstrichen sein, sofern „dem herrenlosen Grundstück“ oder dem später aneignenden Fiskus oder Dritten eine entsprechende Mitteilung zugeht. Dass der Zugang nicht bei einem Grundstück erfolgen kann, sondern nur bei dessen Eigentümer, liegt auf der Hand.

Bei einem herrenlosen Grundstück stellt sich die Frage, ob die Interessen eines potentiellen zukünftigen Grundstückseigentümers in irgendeiner Form gewahrt werden müssen, oder ob im Falle des Andauerns der Subjektlosigkeit eine Ausübung nicht möglich und daher nach dem Sinn und Zweck des § 469 BGB für jene Fälle, in denen beim Eintritt des Vorkaufsfalles die Vorkaufsrechtsausübung insoweit ausgeschlossen sein dürfte.

Wie die vorliegende Konstellation zu entscheiden ist, wurde soweit ersichtlich bisher weder in der Rechtsprechung noch Literatur thematisiert. Es sprechen zumindest einige gute Gründe dafür, eine Vorkaufsrechtsausübung – unabhängig von der vorliegenden Konstellation des § 472 BGB – für nicht möglich zu erachten. Es stellt sich insbesondere die Frage, mit wem der durch Vorkaufsrechtsausübung (vgl. § 464 Abs. 2 BGB) zustande kommende Vertrag durch die Vorkaufsrechtsausübung eines amtlich bestellten Vertreters (in Form bspw. eines Pflegers für unbekannte Beteiligte, vgl. dazu sogleich unten) entstehen soll. Ein Vertrag erfordert grundsätzlich zumindest die Bestimmtheit des Vertragspartners.

Hier wäre es jedoch zum einen fraglich, ob überhaupt der Fiskus oder Dritte sich das Grundstück aneignen und somit praktisch Vertragspartner wider Willen wären. Würde die Vorkaufsrechtsausübung quasi zu einem aufschiebend auf die Aneignung des herrenlosen Grundstückes bedingten Vertragsschluss nach § 158 Abs. 1 BGB mit dem zukünftigen Eigentümer führen, wobei jedoch die Vorkaufsrechtsausübungserklärung selbst bedingungsfeindlich ist. Weiter fragt es sich, ob es dem Vorkaufsverpflichteten zumutbar wäre, abzu-

warten bis eine mitunter Jahre später erfolgte Aneignung erfolgt und er bis dahin fürchten muss, dass der dinglich Vorkaufsberechtigte aufgrund der Vormerkungswirkung (§ 1098 Abs. 2 BGB) die Eigentumsübertragung an den Dritten rückgängig machen könnte. U. E. dürfte dies nicht der Fall sein.

Es ist daher (trotz fehlender Stellungnahmen in der Literatur) davon auszugehen, dass in den Fällen, in denen das herrschende Grundstück beim Eintritt des Vorkaufsfalles (Abschluss des Grundstückskaufvertrages mit dem Dritten) herrenlos ist, das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann und daher der Vorkaufsfall auch niemandem mitgeteilt werden muss. Das dürfte auch gelten, sollte das herrenlose Grundstück in der Dauer einer hypothetisch mit dem Vorkaufsfall zu laufenden Ausübungsfrist angeeignet werden. Existiert zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Berechtigter des Vorkaufsrechts, so kann das nachträgliche in seiner Person entstehende Vorkaufsrecht nicht rückwirkend für einen während der Subjektlosigkeit geschlossenen Kaufvertrag wirken (zum maßgeblichen Zeitpunkt vgl. BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.7.2020, § 463 Rn. 46).

Freilich könnte man auch vertreten, dass es sicherer wäre, die Mitteilung nach § 469 Abs. 1 BGB einem Vertreter zukommen zu lassen, um jedenfalls die Frist in Gang zu setzen. Die Nichtaneignung bis zum Ablauf der Frist käme einer Nichtausübung des Vorkaufsrechtes gleich und würde für den Dritten und Vorkaufsrechtsverpflichteten größere Rechtssicherheit schaffen. Letztlich kann u. E. aber auf eine Mitteilung bei Fehlen eines Vorkaufsberechtigten gänzlich verzichtet werden.

### **3. Zwischenergebnis**

U. E. ist eine Vorkaufsrechtsausübung im Fall der Herrenlosigkeit des herrschenden Grundstückes nicht möglich und daher auch eine Mitteilung des Vorkaufsfalles nicht erforderlich. Aufgrund fehlender Rechtsprechung zur Thematik könnte in Erwägung gezogen werden, vorsorglich einen Pfleger für unbekannte Beteiligte gem. § 1913 BGB analog § 58 ZPO bestellen zu lassen. Dafür müssten aber die Voraussetzungen vorliegen.

### **4. Empfangsvertreter für die Mitteilung des Eintrittes des Vorkaufsfalles nach § 469 Abs. 1 BGB**

An dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflegers für unbekannte Beteiligte kann man schon deshalb zweifeln, da das BGB nur eine Personen- aber keine Sachpflegschaft kennt (OLG Karlsruhe KGJ 49, 282; BeckOGK-BGB/J. Weber, § 928 Rn. 24 m. w. N.). Außerdem dürfte der Eigentümer nicht „unbekannt“ i. S. d. § 1913 BGB sein. Es ist vielmehr bekannt, dass es keinen Eigentümer gibt, da der Fiskus das Eigentum erst dadurch erwirbt, dass er sich als Eigentümer im Grundbuch eintragen lässt (§ 928 Abs. 2 S. 2 BGB).

Anders wäre dies bspw., wenn unklar ist, welcher unter verschiedenen Berechtigten tatsächlich Eigentümer ist.

Ebenso dürfte eine Zustellung der Mitteilung nach § 132 BGB bei Unkenntnis über die Person des Empfängers ausscheiden, da der Erklärende gerade aufgrund der Herrenlosigkeit und der Subjektlosigkeit des Rechtes keine Nichtkenntnis über die Person des Empfängers hat, sondern positiv weiß, dass derzeit kein Empfänger existiert.

Weiter könnte man einen Prozesspfleger gem. § 58 Abs. 1 ZPO in Betracht ziehen. Dort ist ausdrücklich geregelt, dass in Fällen, in denen ein Recht **an einem Grundstück klageweise geltend gemacht werden** soll, ein Vertreter für den potentiellen zukünftigen Eigentümer zu bestellen ist. Vorliegend handelt es sich jedoch um ein **Recht zugunsten des Grundstückes**, dass nicht klageweise vom betroffenen Vorkaufsverpflichteten geltend gemacht werden kann. Der Vorkaufsverpflichtete hat insoweit keinen einklagbaren „Anspruch auf Äußerung zum Vorkaufsfall“. Allenfalls könnte eine analoge Anwendung des § 58 Abs. 1 ZPO in Betracht gezogen werden, wenn man von einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage ausginge. Dies hielten wir grundsätzlich für vertretbar, aufgrund der oben genannten Ausführungen dürften allerdings die besseren Argumente dafür sprechen, dass es an den Voraussetzungen für eine Analogie fehlt. Wo zum Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalles gesichert kein Berechtigter bestand, dürfte sich auch die Bestellung eines Prozesspflegers für einen hypothetisch Berechtigten erübrigen. Die Interessenlage ist deshalb mit der des § 58 Abs. 1 ZPO nicht vergleichbar, wo es um klageweise Geltendmachung von Rechten an einem Grundstück geht.

## 5. Informationspflicht des Fiskus

Eine Informationspflicht ggü. dem Fiskus erachten wir für ebenfalls nicht erforderlich. Eine Einbeziehung des Fiskus, könnte eventuell jedoch den Aneignungsprozess anregen und somit durch Schaffung klarer Eigentumsverhältnisse die Problematik des § 469 BGB beheben. § 469 Abs. 1 BGB erfordert gerade eine Pflicht zur Mitteilung des Vorkaufsfalles ggü. dem Berechtigten und nicht über den zukünftig potentiellen Berechtigten. Bei der freiwilligen Einbeziehung bestünde bei einem Verzicht des Fiskus zur Aneignung gar die Möglichkeit des Dritten das Grundstück selbst anzueignen.

## 6. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt insoweit festzuhalten, dass das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht durch die Herrenlosigkeit nicht erlischt, sondern (zeitweise) subjektlos wird. Ob daher eine Vorkaufsrechtsausübung und eine Mitteilungspflicht nach § 469 Abs. 1 i. V. m. § 1098 Abs. 1 BGB besteht, lässt sich aufgrund fehlender Rechtsprechung nicht abschließend beurteilen. Die besseren Argumente sprechen aber dafür, dass ein subjektloses Vorkaufsrecht nicht für einen Vorkaufsfall entstehen kann, zu dessen Zeitpunkt kein subjektiv Berechtigter vorhanden ist. Soll jegliches Restrisiko vermieden werden, könnte angeregt werden, einen Vertreter zum Empfang der Vorkaufsrechtsmitteilung nach § 58 Abs. 1 ZPO analog zu bestellen. Wir halten es allerdings schon für zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen (vgl. oben).

Der Fiskus ist, solange er sich das Grundstück noch nicht angeeignet hat, nicht Eigentümer und somit zumindest nicht Empfänger der Mitteilung nach § 469 Abs. 1 BGB. Eine Pflicht zur Mitteilung ihm ggü. besteht daher nicht. Die Beteiligung könnte jedoch geboten sein, um eventuell die durch die Herrenlosigkeit verursachte unsichere Rechtslage zu beseitigen.