

91. Bedarf ein Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks eingeräumt wird, um rechtswirksam zu sein, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung?

Vereinigte Zivilsenate. Beschl. v. 24. Januar 1910 i. S. R. (Rl.)
w. Nachlaß C. (Bekl.). Rep. V. 324/08.

- I. Landgericht Girschberg.
- II. Oberlandesgericht Breslau.

Die vorstehende zwischen dem II. und V. Zivilsenate streitig gewordene Frage wurde von den vereinigten Zivilsenaten bejaht.

Gründe:

„Nach § 504 BGB. kann, wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkaufe berechtigt ist, das Recht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Das Vorkaufsrecht steht daher unter einer doppelten Bedingung: der Verpflichtete muß einen Kaufvertrag mit einem Dritten abschließen, und dann muß der Berechtigte das Recht ausüben.“

Daß ein Vertrag unter einer Bedingung geschlossen werden kann, die in dem „bloßen Wollen“ des Berechtigten besteht, unterliegt keinem Bedenken. Es ist dies bereits in dem Urteil des I. Zivilsenats vom 7. Oktober 1907 — I. 637/07 — ausgesprochen worden, und einen klaren Beleg hierfür bietet die den Kauf auf Probe betreffende Vorschrift des § 496 BGB. Dagegen ist es rechtlich nicht möglich, das bloße Wollen des Verpflichteten zur Vertragsbedingung zu machen. Wer sich verpflichtet, falls er künftig wolle, gibt gegenwärtig eine verpflichtende Erklärung noch nicht ab. Anders aber liegt der Fall, wenn die Verpflichtung abhängig gemacht wird nicht von dem künftigen Wollen des Verpflichteten, sondern von einem, wenn auch in seinem Belieben stehenden Tun. Dann liegt keine rein potestative, sondern eine in ihrer Wirkung der kasuellen gleichstehende, sog. „gemischte“ Bedingung vor. Eine freie Handlung des Schuldners als Bedingung zu setzen, war nach gemeinem Rechte — Windscheid, Pandektenr. § 93 S. 43 — zulässig, und ebenso auch — Preuß. Allgemeines Landrecht II. I Tit. 4 § 108 ff., Code civil Art. 1174, Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch § 876 — nach den

Gesetzgebungen der Einzelstaaten. In der Begründung zum Bürgerlichen Gesetzbuch — Mugdan, Bb. 1 S. 500 — heißt es:

gegenwärtig werde wohl allgemein angenommen, daß einem Rechtsgeschäft eine Bedingung beigefügt werden könne, die auf eine von der Willkür des Verpflichteten abhängige Handlung gestellt sei.

In diesem Sinne fand sich im I. Entwurf in § 138 die Bestimmung:

die Bedingung kann in einer Handlung bestehen, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt.

Die Bestimmung ist in das Gesetz nicht übergegangen, weil die II. Kommission sie für zu doktrinär — a. a. O. S. 764 — erachtete. Sachliche Bedenken wurden von keiner Seite erhoben und konnten nach den für die Lehre von den Bedingungen anerkannten Grundsätzen auch kaum erhoben werden. In Ansehung des Vorverkaufs handelt es sich beim Berechtigten um eine potestative, beim Verpflichteten um eine sog. gemischte Bedingung. Hiergegen ist in der Rechtslehre — vgl. u. a. Oberneck, Grundbuchordnung 4. Aufl. Bb. 1 S. 712 — geltend gemacht worden, beim Vorkaufe fehle es vor dem Abschluß eines Vertrags mit einem Dritten überhaupt noch an einer Bindung; der Vertragsabschluß hänge lediglich vom Willen des Verpflichteten ab. In gleichem Sinne haben sich der V. Zivilsenat des Reichsgerichts in dem Urteile Entsch. in Zivilf. Bb. 60 S. 225 und der II. Zivilsenat in dem Urteile vom 10. Mai 1907, II. 19/07, ausgesprochen, mit der Ausführung, der Vorverkäufer habe vor Abschluß eines Vertrags mit einem Dritten noch freie Hand, ob er verkaufen wolle oder nicht. Allein im Rechtsinne hängt die Verpflichtung des Vorverkäufers von seinem freien Willen nicht ab. Er hat seinen Willen endgültig erklärt und sich für den Fall der Vornahme des Verkaufs gebunden. Dies ist die sogen. gemischte und nicht die potestative Bedingung.

Den beiden Urteilen des V. und des II. Zivilsenats kann auch insofern nicht beigetreten werden, als der Mangel einer Bindung auf Seiten des Vorverkäufers aus den Vorschriften der §§ 1098 und 505 Abs. 2 BGB. gefolgert ist. Der § 1098, der sich unter den das dingliche Vorkaufsrecht regelnden Vorschriften befindet, ergibt, daß der Anspruch auf Übertragung des Eigentums erst durch die Ausübung des Rechts „entsteht“. Allein dies entspricht dem § 158,

wonach allgemein die Wirkung des bedingten Geschäfts erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt. Die Bedingung hat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch keine rückwirkende Kraft, und deshalb — Planck, Bem. 2 zu § 158, Motive a. a. O. S. 494 — ist es folgerichtig, daß das Gesetz den Anspruch aus bedingten Geschäften nicht schon mit dem Abschluß des Geschäfts „entstehen“ läßt. Der § 505 Abs. 2 BGB. bestimmt im Einklang mit der für das Wiederkaufsrecht geltenden Vorschrift des § 497, daß „der Kauf mit der Ausübung des Rechts zustande kommt“. Daß vorher überhaupt noch kein bindender Vertrag besteht, sagt das Gesetz nicht. So lange, als auch nur eine der beiden Bedingungen, unter denen der Vorverkauf steht, noch nicht erfüllt ist, stehen sich die beiden Vertragsteile noch nicht als Käufer und Verkäufer gegenüber. Daß vor Eintritt der beiden Bedingungen ein Kauf mit den kaufrechtlichen Wirkungen, insbesondere mit der Pflicht zur Gewährleistung, noch nicht vorliegt, dies klar zu stellen, ist der Zweck der Vorschrift, nicht aber den Zeitpunkt zu bestimmen, mit dem für den einen oder andern Teil die vertragliche Bindung eintritt. Der Verpflichtete muß jedenfalls schon vor der Ausübung des Rechts gebunden sein. Er hat nach Eintritt des Vorkaufsfalls auf das bloße Verlangen des andern Teils zu leisten, und er darf auch schon vorher nach § 160 BGB. das Recht des Vorverkäufers nicht beeinträchtigen oder vereiteln. Die Erklärung im Vorkaufsvertrage schafft die Bindung und damit das Schuldverhältnis nach § 505. Nur der die Erklärung enthaltende Vertrag kann das Kausalgeschäft sein, auf Grund dessen es schließlich zur Übertragung des Eigentums kommt.

In einem andern Vertragsverhältnisse, als es durch den Vorkaufsvertrag begründet ist, steht der Vorverkäufer zum Verkäufer nicht. Ohne Grund wird mehrfach als der maßgebende Vertrag der Kaufvertrag mit dem Dritten angesehen, in den angeblich der Verkäufer eintreten soll. Der Kaufvertrag mit dem Dritten ist nicht vom Verkäufer mit abgeschlossen, und er kann deshalb die Grundlage der Berechtigung nicht sein. Beide Verträge brauchen sich auch in ihrem Inhalte nicht zu decken. Allerdings hat das Reichsgericht in dem Urteil Entsch. in Zivilf. Bd. 16 S. 155 ausgesprochen, daß der Vorverkäufer die Sache unter denselben Bedingungen, zu denen er sie dem Dritten verkaufen wolle, dem Verkäufer anbieten müsse. Ob

dieses Urteil für das gemeine Recht, für das es ergangen, als zutreffend anzuerkennen ist, muß dahingestellt bleiben. Nach § 568 ABK. I. 20 konnte der Verkäufer die vom Eigentümer an den Dritten verkaufte Sache unter den Bedingungen des geschlossenen Kaufs oder unter gewissen im voraus verabredeten Bedingungen übernehmen. Nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch sind besondere Vertragsverabredungen beim dinglichen Vorkaufsrechte ausgeschlossen. Das persönliche Vorkaufsrecht hat aber gerade deshalb Aufnahme in das Gesetzbuch gefunden, weil man eine freiere Gestaltung des Rechtsverhältnisses ermöglichen und damit den mannigfachen und wechselnden Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen wollte. Nach dem Wortlaute des § 505 Abs. 2 soll freilich der Kauf unter den Bestimmungen zustande kommen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Allein damit ist die Zulässigkeit von besonderen Vereinbarungen nicht ausgeschlossen. Dies wird in den Materialien des Gesetzes — a. a. O. Bd. 2 S. 192/193, Bd. 3 S. 252 — ausdrücklich hervorgehoben, und es ergibt sich auch daraus, daß die §§ 504 flg., als dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörend, dispositives Recht sind. Das entspricht auch — Pland, v. Staudinger, Dertmann zu § 505 — der in der Rechtslehre überwiegend herrschenden Ansicht und ebenso der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

In dem Urteile vom 10. Mai 1907 hat der II. und in dem Urteile vom 9. November 1907 übereinstimmend der V. Zivilsenat ausgesprochen, daß die Vereinbarung besonderer Bestimmungen zulässig ist, und daß insbesondere im voraus der vom Vorkäufer zu zahlende Preis fest bestimmt werden kann. Wird aber durch solche besonderen Abreden das Wesen des Vorkaufsvertrags nicht berührt, so tritt damit die bindende Kraft des Vertrags und dessen Selbstständigkeit gegenüber dem Kaufvertrage mit dem Dritten noch schärfer hervor. Damit erweist sich gleichzeitig auch die vielfach vertretene Theorie von dem Eintritt des Vorkäufers in den mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag als unhaltbar.

Im übrigen braucht auf diese und die sonst über das Wesen und den Inhalt des Vorkaufs aufgestellten Theorien nicht näher eingegangen zu werden. Sie sind in dem Aufsatze in Gruchot's Beitr. Bd. 53 S. 565 ausführlich und vollständig wiedergegeben und, soweit erforderlich, in dem Urteile des V. Zivilsenats Entsch. in Zivilf.

Ab. 67 S. 225, bereits gewürdigt worden. Die Schwierigkeit der rechtlichen Konstruktion ist unverkennbar, und ihrer ist sich auch der Gesetzgeber vollauf bewußt gewesen. In den Materialien ist die Theorie des bedingten Kaufgeschäfts, des künftig anzunehmenden Angebots und des pactum de contrahendo erwähnt, ohne daß jedoch zu dieser oder jener Ansicht Stellung genommen ist. Die Konstruktionsfrage kann auch für die gegenwärtige Entscheidung offen bleiben. Mag man die Auffassung vertreten, daß die Verpflichtung, die der Vorverkäufer übernimmt, darin besteht, unter den gleichen oder unter besonderen Bedingungen den Vorkäufer in den Kaufvertrag mit dem Dritten eintreten zu lassen, oder darin, demnächst mit dem Vorkäufer den Kaufvertrag abzuschließen, ihm künftig die Sache zum Kaufe anzubieten; immer handelt es sich um Maßnahmen, die der Vorverkäufer vornimmt und kraft der bestehenden Verpflichtung vornehmen muß, um dem Vorkäufer das Eigentum der Sache zu verschaffen und damit das durch den Vorkauf geschaffene Recht zur Verwirklichung zu bringen.

Wollte man ferner im Sinne neuerer Theorien aus dem Vorkaufsrechte für den Vorkäufer eine gesetzliche oder eine rechtsgeschäftliche Ermächtigung herleiten, durch einseitige Erklärung einen Kaufvertrag zwischen sich und dem Vorverkäufer zustande zu bringen, so würde die Ermächtigung des Vorkäufers, ihn selbst zum Eigentümer zu machen, auf seiten des Vorverkäufers die Übernahme der Verpflichtung, auf Verlangen das Eigentum zu übertragen, einschließen. Es gibt kein obligatorisches Recht ohne entsprechende obligatorische Verpflichtung, und deshalb ist auch das Recht auf Übertragung des Eigentums von der Verpflichtung zur Übertragung nicht zu trennen. Unzutreffend ist die Ansicht, der Vorverkäufer verpflichte sich nicht dazu, an den Vorkäufer zu verkaufen, sondern nur dazu, ihm den Vorzug vor einem andern Käufer zu geben. Die Tatsache, daß es zum Abschluß eines Kaufvertrages mit einem Dritten kommt, hat für das Rechtsverhältnis unter den Parteien des Vorkaufsvertrages keine andere Bedeutung, als die der Erfüllung der Vertragsbedingung. Ist die Bedingung eingetreten, so hat der Vorkäufer nur den einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Nur auf diese Leistung kann geklagt werden, und sie muß daher auch den Gegenstand der Verpflichtung bilden. Damit ist aus § 313 BGB.

das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gegeben. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen bedingten und unbedingten Geschäften; jeder Vertrag ist dem Formzwange unterstellt, durch den sich der eine Teil zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke verpflichtet.

Als formfrei erachtet die herrschende Lehre den obligatorischen Vertrag (Vorvertrag) über die Einräumung eines dinglichen Vorkaufrechts. Hierfür wird geltend gemacht, daß das dingliche Vorkaufrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch den Rechten am Grundstücke zugezählt werde, und daß deshalb der ihm zugrunde liegende Vorvertrag ebenso formfrei sein müsse, wie der Vorvertrag bei dinglichen Rechten überhaupt. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das dingliche Vorkaufrecht im Sachenrechte, und zwar nach den Dienstbarkeiten und vor den Realkasten, und die II. Kommission hat das unterscheidende Merkmal vom Vorkaufe gerade in der Dinglichkeit des Rechts gefunden. Allein andererseits hat die II. Kommission in das Gesetz den § 1098 eingefügt, wonach Dritten gegenüber das Vorkaufrecht die Wirkung einer Vormerkung hat zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Es ist zuzugeben, daß — vgl. Immerwahr, Vorl. S. 288 — die II. Kommission die Belastungstheorie nicht hat aufgegeben, sondern im Gegenteil an ihr hat festhalten wollen; aber diese Absicht steht angeichts der Formvorschrift des § 1098 mit der Wirklichkeit in Widerspruch. Das dingliche Recht, das nur nach Art der Vormerkung einen persönlichen Anspruch sichert, ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein eigentlich dingliches Recht. Insofern ist in Ansehung der Formfrage bei Eingehung der Verpflichtung zur Einräumung eines dinglichen Vorkaufrechts und der Verpflichtung zur Einräumung eines sonstigen dinglichen Rechts die Rechtslage keine völlig gleiche. Die II. Kommission hat die Formfreiheit damit begründet, daß das dingliche Recht durch die Eintragung bereits „formalisiert“ sei, und daß es einer weiteren Formalisierung nicht bedürfe. Diese Erwägung läßt sich auch für das dingliche Vorkaufrecht geltend machen, aber sie trifft andererseits nicht minder zu für das durch Vormerkung gesicherte persönliche Vorkaufrecht, und dazu hat es gerade mit letzterem die völlig gleiche Rechtswirkung. Dies legt die Erwägung nahe, ob die Entscheidung der Frage, welcher Form der Vertrag über die Einräumung

des dinglichen Vorkaufsrechts bedarf, überhaupt aus der angeblichen „Dinglichkeit“ des Rechts entnommen werden kann. Jedenfalls ist der Vertrag über das persönliche Vorkaufsrecht auch dann nicht formfrei, wenn es der Vertrag über das dingliche Vorkaufsrecht sein sollte.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist wirtschaftlich von untergeordneter Bedeutung; dem Gesetzgeber selbst erschien das Bedürfnis nach dessen Einführung nicht zweifelsfrei. Man entschloß sich zur Einführung, weil man — Mugdan a. a. D., Bb. 3 S. 250 — den auf die Seßhaftmachung der ländlichen und industriellen Arbeiter gerichteten Bestrebungen die Wege ebnen wollte; in dem dinglichen Vorkaufsrechte wollte man dem Berechtigten weniger ein Mittel zur Verschaffung des Eigentums bieten, als zur Verhütung eines unerwünschten Eigentumswechsels. Das persönliche Vorkaufsrecht dagegen ist auf der Grundlage des freien Vertragsrechts aufgebaut; es hat wirtschaftlich die zugleich größere Bedeutung und in erster Linie die Bestimmung, den Zwecken, die mit der Einräumung von Vorkaufsrechten erstrebt werden, zu genügen. Deshalb kann der Vertrag über das persönliche Vorkaufsrecht, wie hinsichtlich des Inhalts, so auch hinsichtlich der Formvorschrift keinesfalls in Abhängigkeit gesetzt werden von den Bestimmungen über das dingliche Vorkaufsrecht. Dazu kommt noch, daß in Ansehung der Form des Vertrages beim persönlichen Vorkaufsrechte auch der Wille des Gesetzgebers klar zutage liegt. In der II. Kommission war zu § 351 (§ 313) der Antrag gestellt, der Form die Annahmeerklärung des Berechtigten zu unterwerfen. Das wurde abgelehnt, aber die Begründung beigefügt, daß Verträge, durch die ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt werde, bereits nach § 351 (§ 313) gerichtlich oder notariell beurkundet werden müßten. Danach hat ersichtlich über das letztere Erfordernis in der II. Kommission ein Zweifel nicht bestanden. Ein Zweifel ist auch, soweit die Materialien erkennen lassen, in der I. Kommission nicht hervorgetreten. Dort wurde es abgelehnt, die Vorschrift des § 351 (§ 313) auf Kauf- und Tauschverträge zu beschränken; von der Formvorschrift sollten alle das Hauseigentum betreffenden Veräußerungsverträge betroffen werden, weil es als ein Bedürfnis anerkannt wurde, geschäftsuntundige und unerfahrene Personen vor Übereilung zu schützen. Ausnahmen für besondere Fälle sind nicht einmal in Vorschlag gebracht worden.

Gegenüber dem Willen des Gesetzgebers, wie er aus dem Ge-
 setze selbst und auch aus dessen Entstehungsgeschichte zu entnehmen
 ist, erscheint es an sich ohne Bedeutung, ob der Gesetzgeber für den
 Vorverkauf eine Ausnahme von der Formvorschrift hätte zulassen sollen.
 Indessen treffen auch beim Vorkaufe die Erwägungen zu, die den
 Gesetzgeber zu der Vorschrift des § 313 bestimmt haben. Auch die
 Einräumung eines Verkaufrechts ist, wie der V. Zivilsenat a. a. O.
 näher dargelegt hat, unter Umständen von tief einschneidender wirt-
 schaftlicher Bedeutung, und sie ist dies insbesondere dann, wenn im
 voraus der Preis fest bestimmt ist. Wollte man aus einem solchen
 Vertrage, auch wenn er nur mündlich geschlossen, einen klagbaren
 Anspruch zulassen, so würde dies der Absicht, die der Gesetzgeber mit
 der Vorschrift des § 313 verbunden hat, widersprechen. In Einzel-
 fällen, namentlich da, wo die Einräumung des Verkaufrechts im
 Anschluß an einen Mietvertrag erfolgt, mögen sich aus Gründen der
 Zweckmäßigkeit gegen das Formerfordernis aus § 313 vielleicht Be-
 denken erheben lassen. Wird ein Kaufvertrag über ein Grundstück
 von ganz unerheblichem Werte geschlossen, so mag ebenfalls die
 Beobachtung der Formvorschrift als lästige und unnötige Fessel
 empfunden werden; allein das Gesetz hat den Grundsatz des Form-
 zwanges streng zur Durchführung gebracht und Ausnahmen für be-
 sondere Fälle nicht zugelassen. Für den Vorverkauf, den das Bürger-
 liche Gesetzbuch unter den „besonderen Arten des Kaufs“ behandelt,
 könnte der Formzwang nur von dem Gesichtspunkte aus, daß es
 noch an einer vertraglichen Bindung fehle, verneint werden. Dann
 aber würde sich für den Verkehr ein anderes gewichtiges Bedenken
 ergeben. Das persönliche Verkaufrecht kann nach dem Bürgerlichen
 Gesetzbuch mit Wirkung gegen Dritte nur durch Vormerkung geschützt
 werden, und die Eintragung einer Vormerkung ist nur möglich, wenn
 der Eigentümer sich bereits mit dem Abschluß des Verkaufs-
 vertrags bedingt — § 883 BGB. — zur Übertragung des Eigentums
 verpflichtet hat. Hierüber besteht kein Streit, und die Schrift-
 steller, die das Bestehen der bedingten Verpflichtung leugnen, erklären
 denn auch, und zwar von ihrem Standpunkte aus folgerichtig, daß
 — Turnau und Förster Bd. 1 S. 636, Oberneck S. 724,
 Kretschmar Bd. 2 S. 352 — beim Vorkaufe die Eintragung einer
 Vormerkung unzulässig sei. Damit wäre der Wert des persönlichen

Vorkaufsrechts erheblich herabgesetzt. Das dingliche Vorkaufsrecht ist vermöge seiner festen gesetzlichen Begrenzung für die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens unzureichend. Der Verkehr bedarf des durch Vormerkung gesicherten persönlichen Vorkaufsrechts. Hiernach war die Konfliktfrage zu bejahen und damit der neueren Rechtsprechung des V. Zivilsenats und dem älteren Urteile des III. Zivilsenats, Entsch. Bd. 59 S. 132, beizutreten. Die gleiche Rechtsauffassung wird von der weit überwiegenden Mehrzahl der Rechtslehrer vertreten.“¹

¹ Bgl. Dernburg Bd. 2 § 196; Bland, Vorb. zu § 504; Rehbain Bd. 2 S. 161 Nr. 14; Fuchs zu § 1094; Goldmann-Lillenthal Bd. 1 S. 122; v. Staudinger Dem. 2f zu § 313; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 697; Oertmann S. 188 Anm. 2c. j zu § 313; Immerwahr in Fhering's Jahrbüchern Bd. 40 S. 195 und Wolff in der D. J.-Z. 1908 S. 1124. D. C.