

Verkündet
am 31. Januar 1964
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der Witwe Olga Johanna J. [REDACTED] geb. M. [REDACTED]
in H. [REDACTED], B. [REDACTED] R. [REDACTED] H. [REDACTED],
2. des Kaufmanns Friedo Gustav M. [REDACTED] in H. [REDACTED],
C. [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Freie und Hansestadt H. [REDACTED], vertreten durch den
Leiter des Bezirksamtes W. [REDACTED]; H. [REDACTED]-W. [REDACTED],
S. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED]

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. November 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats
des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg
vom 16. November 1961 wird auf Kosten der Beklag-
ten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß auch die
Verurteilung des Beklagten zu 2 nur Zug um Zug
gegen Zahlung des Kaufpreises (und der Vertrags-
kosten) in Höhe von 5.096,72 DM ausgesprochen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand :

Der Beklagte zu 2 kaufte am 17. November 1958 von der Beklagten zu 1 das unbebaute Grundstück K [REDACTED] in H [REDACTED]-B [REDACTED] (1508 qm) um 5 000 DM; er bezahlte die Kosten der Beurkundung (96,72 DM) und 350 DM Grunderwerbssteuer. Auf Antrag des Notars erteilte die Klägerin am 23. Januar 1959 die Wohnsiedlungsgenehmigung mit folgendem Vermerk:

"Das Grundstück liegt im Außen- und Landschaftsschutzgebiet. Veränderungen jeglicher Art bedürfen der Genehmigung des Bezirksamtes W [REDACTED] als untere Naturschutzbehörde."

Nach Zahlung des Kaufpreises an die Beklagte zu 1 wurde der Beklagte zu 2 am 2. April 1959 im Grundbuch eingetragen.

Die Klägerin übte durch das Schreiben an die Beklagte zu 1 vom 4. Mai 1959 auf Grund eines Beschlusses der Kommission für Bodenordnung vom 2. April 1959 das Vorkaufsrecht nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über den Aufbau der Hansestadt Hamburg (Aufbaugesetz - AufbG -) vom 11. April 1949 (GVBl S. 45) in der Fassung vom 12. April 1957 (GVBl S. 241) aus. In der Folgezeit errichtete der Beklagte zu 2 nach Einzäunung des Grundstücks (ohne Baugenehmigung) ein Wochenendhaus und legte einen Garten mit Brunnen an.

Die Klägerin brachte zur Begründung ihres Vorkaufsrechts in der Klage zuerst vor, schon seit 1958 sei auf dem Grundstück eine Kläranlage vorgesehen gewesen. Von diesem Plan sei man wieder abgegangen. Für den Beschluß der Kommission für Bodenordnung sei als Grund allein maßgebend gewesen, daß das fragliche Grundstück in der Forstfläche liege, die als städtebauliche Trennung der Wohn-

knollen von B [REDACTED] und O [REDACTED] gedacht sei. Sie hat gegen beide Beklagten Klage erhoben und beantragt,

1. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, das verkaufte Grundstück Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises von 5 000 DM an die Klägerin aufzulassen,
2. den Beklagten zu 2 zu verurteilen, ihrer Eintragung als Eigentümerin dieses Grundstücks zuzustimmen und das Grundstück an sie herauszugeben.

Die Beklagten halten das Hamburgische Aufbaugesetz nebst den Durchführungsverordnungen aus verschiedenen Gründen für unwirksam. Das Vorkaufsrecht sei aber nach diesem Gesetz, selbst wenn es wirksam wäre, nicht begründet und überdies verspätet ausgeübt. Sie haben beantragt, die Klage abzuweisen. Der Beklagte zu 2 hat für den Fall, daß die Klage Erfolg haben sollte, im Hinblick auf seine baulichen Verwendungen und auf die Berichtigung des Kaufpreises nebst den mit dem Kaufvertrag in Zusammenhang stehenden Unkosten im Wege der hilfsweise erhobenen Widerklage beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 25 844,64 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin, deren Zurückweisung die Beklagten beantragt haben, gab das Oberlandesgericht der Klage statt; die Widerklage wies es als unbegründet ab.

In der Revisionsinstanz beantragen beide Beklagten, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen und der Beklagte zu 2 hilfsweise in erster Linie, ihn nur Zug um Zug gegen Zahlung von 5 446,72 DM (Kaufpreis nebst Vertragskosten und Grunderwerbsteuer) zu verurteilen, hilfsweise in zweiter Linie, die Klägerin zur Zahlung von 5 446,72 DM zu verurteilen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Entscheidungsgründe :

I.

Das von der Klägerin in Anspruch genommene Vorkaufsrecht ist auf Grund des § 4 Abs. 1 Nr. 2 AufbG wirksam entstanden. Es ist auf Grund des Art. 1 der ersten Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über den Aufbau der Hansestadt Hamburg - 1. DVO AufbG - vom 9. August 1949 (GVBl S. 178) i.d.F. der 5. Verordnung zur Durchführung des Aufbaugesetzes vom 10. Juni 1958 (GVBl S. 194) auch rechtzeitig ausgeübt worden. Rechtzeitig ausgeübt ist es auch dann, wenn die erste Durchführungsverordnung in der Fassung vom 9. August 1949 anzuwenden sein sollte. Die erhobenen Ansprüche sind daher begründet, und zwar gegenüber der Beklagten zu 1 in Verbindung mit §§ 505 Abs. 2, 433 Abs. 1 Satz 1 BGB und gegenüber dem Beklagten zu 2 in Verbindung mit §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 und 888 BGB. Auch der Herausgabeanspruch steht der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 2 auf Grund dieser Vorschriften, die ein dingliches Vorkaufsrecht zugunsten der Klägerin begründen, zu (vgl. Motive 3, 457, RGZ 84, 107; Planck/Strecker, BGB 5. Aufl. § 1098 Anm. 3, b, B; BGB-RGRK § 1098 Anm. 5; Staudinger/Dittmann, BGB, 11. Aufl. § 1098 Anm. Nr. 27), allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises, wie sich aus § 1100 BGB ergibt (vgl. unter V).

II.

Entgegen allen Einwendungen der Beklagten hält das Berufungsgericht das Aufbaugesetz in beiden Fassungen samt Art. 1 1. DVO i.d.F. der 5. DVO für rechtswirksam und die Voraussetzungen, unter denen das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, im vorliegenden Fall für gegeben.

Die Befugnis der Länder zur Schaffung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts im Rahmen der Landesplanung und des Aufbaus, und zwar auch in Abweichung von der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, erblickt das Berufungsgericht zutreffend in Art. 3, 109 und 119 EGBGB.

Weiter hält das Berufungsgericht die Vorschriften im Hamburger Aufbaugesetz über das Vorkaufsrecht der Hansestadt Hamburg in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats über das Vorkaufsrecht in anderen Aufbaugesetzen mit dem Grundgesetz für vereinbar; es erblickt in diesen Bestimmungen insbesondere zutreffend keinen Verstoß gegen die Art. 2 Abs. 1 und 14 GG.

2. Zur Frage, ob und inwieweit das kraft der Übergangsbestimmungen des Grundgesetzes (Art. 123 ff) entstandene Bundesrecht, insbesondere das im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (des Bodenrechts im Sinn des Art. 74 Nr. 18 GG), hier das im Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. Oktober 1937 (RGBl I S. 1094) nebst dem Erlaß des Führers und Reichskanzlers über städtebauliche Maßnahmen in der Hansestadt Hamburg vom 17. Februar 1939 (RGBl I S. 265) und der Verordnung des Reichsarbeitsministers über die Neugestaltung der Hansestadt Hamburg vom 28. Juni 1939 (RGBl I S. 1074) niedergelegte und durch das Aufbaugesetz abgeänderte Recht, eine weitere Änderung dieses Rechts nach dem Zusammentritt des Bundestags (kraft der Sperrwirkung im Sinn des Art. 31 GG) durch den Landesgesetzgeber ausschloß, und zu der weiteren Frage, ob die Ermächtigung des Senats der Hansestadt Hamburg in § 64 AufbG a.F. zum Erlaß der zur Durchführung des Aufbaugesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften (hier hinsichtlich des Art. 1 der 1. DVO) wirksam ist, führt das Berufungsgericht aus:

Der Landesgesetzgeber habe in den Jahren 1945 bis 1949 (vor Erlaß des Grundgesetzes) Reichsrecht abändern können.

Die Freie und Hansestadt Hamburg habe im Aufbaugesetz eine von der genannten Verordnung des Reichsarbeitsministers zum Gesetz über die Neugestaltung der Hansestadt Hamburg abweichende Regelung des Vorkaufsrechts treffen können, und zwar noch im Jahre 1957. Das Abänderungsgesetz vom 12. April 1957 habe nämlich das Vorkaufsrecht nicht neu geschaffen, vielmehr dieses Recht in einem neu gefaßten Gesetz aufrechterhalten. Hinzu komme, daß die Freie und Hansestadt Hamburg auch noch bei Erlaß der Neufassung des Aufbaugesetzes im Jahre 1957 die Gesetzgebungskompetenz besessen habe, da nach Art. 74 Nr. 15 und 18 GG die hier geregelte Materie der konkurrierenden Gesetzgebung angehöre, im Jahre 1957 der Bund aber diese Materie noch nicht geregelt habe. Diese Regelung sei vielmehr erst jetzt durch das Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 vollzogen worden.

Die Wirksamkeit des Art. 110 DVO AufbG scheitere nicht an einer Unbestimmtheit der Ermächtigung. Es könne dahingestellt bleiben, ob § 64 AufbG a.F. für den Erlaß von Durchführungsbestimmungen jeder getroffenen Art bestimmt genug gewesen sei; jedenfalls würden diejenigen Bestimmungen der Verordnung wirksam gedeckt, die ihrem Inhalt nach im engsten Sinn als reine Durchführungsbestimmungen anzusehen seien. Unter die Bestimmungen dieser Art falle die Regelung der Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts und die Normierung des Zeitpunkts, von welchem ab diese Frist laufe (Vorlage einer Vertragsausfertigung bei einer bestimmten Dienststelle unter schriftlicher Aufforderung zur Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts).

3. Schließlich sind nach Ansicht des Berufungsgerichts die formellen (Form der Ausübung, Vertretung der Klägerin, Frist) und materiellen Voraussetzungen, unter denen das Vorkaufsrecht entsteht und auszuüben ist, erfüllt (vgl. unten IV, 2).

III.

Die Revision weist darauf hin, daß in Hamburg hinsichtlich des im Aufbaugesetz geregelten Vorkaufsrechts bereits Reichsrecht gegolten habe, nämlich § 5 des Gesetzes über die Neugestaltung deutscher Städte nach Maßgabe des Erlasses des Führers und Reichskanzlers vom 17. Februar 1939 und die §§ 5 - 7 der Verordnung des Reichsarbeitsministers über die Neugestaltung der Hansestadt Hamburg. Die Revision meint, hinsichtlich dieses Rechts lägen somit die Voraussetzungen des Art. 125 Nr. 2 GG vor; es sei früheres Reichsrecht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, das nach dem 8. Mai 1945 abgeändert worden sei; dieses Recht sei sonach Bundesrecht geworden.

Revisionsrechtlich ergebe sich daraus, daß die Vorschriften des Aufbaugesetzes über das Vorkaufsrecht als Bundesrecht gemäß § 549 ZPO revisibel seien.

Vorfassungsrechtlich ergebe sich daraus, daß die Hansestadt Hamburg als Landesgesetzgeber nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes, mindestens seit dem Zusammentritt des Bundestags (7. September 1949) zur Änderung des an diesem Tag bestehenden Rechtszustandes in Bezug auf das Vorkaufsrecht der Gemeinde in dem reichsrechtlich bestehenden Aufbauggebiet nicht mehr befugt gewesen sei. Unwirksam sei daher schon aus diesem Grund die 1. DVO AufbG vom 9. August 1949. Wenn aber der Zusammentritt des Bundestags für die Sperrwirkung maßgebend sei, so sei mindestens die Abänderungsverordnung (5. DVO AufbG) vom 10. Juni 1958 unwirksam.

Unwirksam seien beide Durchführungsverordnungen aus einem weiteren Grund: die Verordnungsermächtigung sei gemäß Art. 129 Abs. 3 GG erloschen. Bedenklich sei aber schließlich der Standpunkt des Oberlandesgerichts, Inhalt, Zweck und Ausmaß der in § 75 AufbG n.F. (§ 64 Altfassung)

erteilten Verordnungsermächtigung sei im Sinn des Art. 80 GG hinreichend angegeben. An dieses Erfordernis sei ein strenger Maßstab zu legen, insbesondere bei Eingriffsgesetzen. § 75 AufbG enthalte nicht einmal eine im Rahmen der zulässigen Auslegung zu entnehmende Andeutung, geschweige denn einen klaren Hinweis darauf, daß die Fristen zur Ausübung des Vorkaufsrechts besonderer Verordnung vorbehalten blieben. Neben einer Generalklausel im Satz 1, die ein Musterbeispiel für eine unzulässige Verordnungsermächtigung darstelle, enthalte die Vorschrift lediglich in Satz 2 eine nähere Bestimmung über die hier nicht in Betracht kommende Frage von Gebührenbefreiungen.

Ginge man aber richtigerweise von der reichsrechtlichen Fristregelung (§ 6 Abs. 1 der Verordnung vom 28. Juni 1939) aus, so sei das Vorkaufsrecht verspätet ausgeübt. Zum selben Ergebnis gelange man aber auch, wenn man die erste Fassung der 1. DVO zum Aufbaugesetz vom 9. August 1949 zugrunde lege. Denn spätestens am 2. April 1959 (Beschlüßfassung der Kommission für Bodenordnung) habe sich die Klägerin als vom Kaufvertrag in Kenntnis gesetzt betrachtet, die Ausübungsfrist sei sonach schon am 2. Mai 1959 abgelaufen gewesen.

IV.

Die Angriffe der Revision sind im Ergebnis ohne Erfolg.

1. a) Es ist zwar davon auszugehen, daß das den Gemeinden im Rahmen des Planungs- und Aufbaurechts eingeräumte Vorkaufsrecht ein begrifflich selbständiges Sachgebiet innerhalb des Aufbaugesetzes darstellt und damit als selbständige Rechtsmaterie im Sinn des Art. 125 GG zu betrachten ist, die im wesentlichen der konkurrierenden Gesetzgebung von Bund und Ländern unterliegt (vgl. Urteil des Senats vom 20. Februar 1963 - V ZR 182/61 MDR 1963, 579). Wie die Revision zutreffend ausführt, sind in Hamburg die erwähnten reichsrechtlichen Vorschriften als partikuläres Reichsrecht auf dem Gebiet des Planungsrechts

und dem Recht der Bodenordnung eingeführt worden, zu dem auch die Regelung des Vorkaufsrechts gehört. Schließlich ist anstelle dieser reichsrechtlichen Vorschriften zwischen dem 8. Mai 1945 und dem 7. September 1949 die Regelung des Hamburger Aufbaugesetzes getreten, dieses Reichsrecht also abgeändert worden, soweit es noch Bestand hatte. Ob diese Vorschriften jedoch nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates überhaupt noch anwendbar waren, ist schon deswillen zweifelhaft, weil diese Regelung wesentlich auf den unmittelbaren Eingriff des "Führers und Reichskanzlers" in die gesamte Planung bestimmter Städte im einzelnen abgestellt war und eine enge Verbindung dieser der nationalsozialistischen Regierung eigenen Verwaltung mit dem Aufbau des nationalsozialistischen Staates vorausgesetzt hat. Selbst wenn man die einschlägigen Bestimmungen des Aufbaugesetzes als abgeändertes Reichsrecht erachtete, so bliebe aber doch weiter offen, ob diese Frage auch für die in der Durchführungsverordnung getroffenen Bestimmungen über die Frist der Ausübung des Vorkaufsrechts und über den Beginn dieser Frist nach Kenntnisaufnahme durch eine bestimmte Behörde oder nach Mitteilung an eine bestimmte Behörde zu bejahen wäre. Dieser Teil der Neuregelung des Vorkaufsrechts steht in engem Zusammenhang mit der staats- und verwaltungsrechtlichen Organisation des Landes und der Gemeinde und kann von den Organisationsgesetzen des Landes daher nicht ohne weiteres abgespalten werden, ohne daß der Zweck dieser Neuregelung, nämlich eine sachgemäße Überprüfung des Vorkaufsfalles zu gewährleisten, beeinträchtigt würde (vgl. auch die ausdrückliche Aufhebung des Hamburger Aufbaugesetzes und der ersten Durchführungsverordnung in den Neufassungen durch § 186 Absatz 1 Nr. 34, 35 und 36 BBauG). Wäre aber mindestens dieser Teil Landesrecht geblieben, so stünde die Sperrwirkung des Art. 125 in Verbindung mit Art. 31 GG einer Änderung der ersten Durchführungsverordnung auch nach dem 7. September 1949 nicht entgegen.

b) Diese Fragen bedürfen im vorliegenden Fall jedoch keiner Entscheidung. Die Revision ist nämlich auch dann unbegründet, wenn man die von ihr vertretene Ansicht unterstellt, die gesamte Regelung des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Gemeinde sei im Bereich des Landes Hamburg Bundesrecht geworden, sie sei daher vom Revisionsgericht nachprüfbar und die Abänderung der ersten Durchführungsverordnung durch die fünfte Durchführungsverordnung unwirksam. Die Frage, ob in dem gekennzeichneten Umfang Bundesrecht entstanden ist, braucht daher nicht gemäß Art. 126 GG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt zu werden; der Ausgang des Rechtsstreits ist nicht von der Entscheidung dieser Frage abhängig (§ 86 Abs. 2 BVerfG). Die Sperrwirkung nach Art. 3 GG ist entgegen der Ansicht der Revision erst mit dem Zusammentritt des Bundestags eingetreten (BGHSt 7, 40; BVerfGE 7, 330). Sie stand daher der Änderung der Vorschriften über die Fristen und ihres Anfangstermins durch Art. 1 der Verordnung vom 9. August 1949 nicht entgegen.

Die Befugnis des Landesgesetzgebers, Reichsrecht bis zum 7. September 1949 abzuändern, insbesondere auch die Durchführungsverordnung zum Gesetz zur Neugestaltung deutscher Städte scheitert aber auch nicht an Art. 80 oder Art. 129 Abs. 3 GG. Der Fortbestand der Ermächtigung in einer als Bundesrecht fortgeltenden Rechtsvorschrift aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestags hängt nicht davon ab, daß sich die Ermächtigung im Rahmen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hält. Die Frage, ob solch eine frühere Ermächtigung erloschen ist, beurteilt sich ausschließlich nach Art. 129 Abs. 3 GG (BVerfGE 2, 307). Diese Vorschrift steht der Geltung der ersten Durchführungsverordnung vom 9. August 1949 aber deshalb nicht entgegen, weil die darin gekennzeichneten Ermächtigungen nicht vor dem Zusammentritt des Bundestags erloschen sind (BVerfGE aaO S. 326).

Prüft man das Parteivorbringen, welches sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils und der Sitzungsprotokolle

- 51 -

ergibt. an Hand des Art. 1 1. DVO AufbG in der Fassung vom 9. August 1949, so ist das Vorkaufsrecht rechtzeitig ausgeübt, weil nichts darüber vorgetragen ist, daß die zuständige Finanzbehörde der Klägerin von dem Kaufvertrag vor dem 6. April 1959 Kenntnis erhalten hätte. Umgekehrt hat nur die Klägerin darauf hingewiesen, daß die Kommission für Bodenordnung nicht etwa ein Teil der Finanzbehörde oder dieser organisatorisch angeschlossen sei (Schriftsatz vom 30. August 1961, Bl. 312 GA). Die Tatsache, daß die Kommission für Bodenordnung Kenntnis vom Vertrag hatte, kann entgegen der Ansicht der Revision nicht mit der Kenntnis der zuständigen Finanzbehörde gleichgesetzt werden.

2. Das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts war nach dem in beiden Fassungen hier gleichlautenden Aufbaugesetz auch entstanden. Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 (Abs. 2 Satz 2) AufbG a.F. - gleichlautend mit § 4 Abs. 2 Nr. 2 (Abs. 3 Satz 1) n.F. - soll das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden dürfen, wenn der Erwerb des Grundstücks zur Durchführung von Aufbaumaßnahmen erforderlich ist. Zutreffend hat das Oberlandesgericht ausgeführt, daß Aufbaumaßnahmen nur im öffentlichen Interesse gestattet sind und daß die Frage, ob das Vorkaufsrecht zur Durchführung von Aufbaumaßnahmen erforderlich ist, vom Gericht im Einzelfall zu überprüfen ist (vgl. dazu die Urteile des Senats betreffend das niedersächsische Aufbaugesetz, BGHZ 29, 113 und betreffend das rheinland-pfälzische Aufbaugesetz, BGHZ 36, 155, 157). Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, welcher der Parteien die Darlegungs- und Beweislast obliegt; es hält im vorliegenden Fall auf Grund des Akteninhalts für dargetan und bewiesen, daß die Ausübung des Vorkaufsrechts zur Durchführung von Aufbaumaßnahmen erforderlich war.

Dazu führt es im einzelnen aus: Unzweifelhaft falle bei einer Großstadtplanung die Zurverfügungstellung von Grünflächen (hier Forst- oder Grünfläche als Erholungsgebiet und Trenngebiet zwischen Siedlungsknollen) unter den Begriff der Aufbaumaßnahme, und zwar gelte dies entgegen der Ansicht des Landgerichts für Grünflächen sowohl im unmittelbaren Bereich der Stadtfläche als auch im Stadtrandgebiet. Bei der Prüfung, ob die Maßnahme erforderlich sei, dürfe das Gericht nicht die Zweckmäßigkeit der Plangestaltung in vollem Umfang nachprüfen; es genüge, wenn die Maßnahmen im Zuge einer vernunftgemäßen und vertretbaren Gesamtplanung lägen. In tatsächlicher Hinsicht müsse die Planung so weit gediehen sein, daß mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit das Grundstück für eine Aufbaumaßnahme gebraucht werde. Die Ernstlichkeit der von der Klägerin vorgetragenen Planung könne nicht zweifelhaft sein, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Begründung des Vorkaufsrechts.

Die von der Revision dagegen erhobenen Angriffe sind nicht begründet. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß das Vorkaufsrecht schon vor Feststellung des Durchführungs- oder Bebauungsplans ausgeübt werden kann; es erlischt nämlich im wesentlichen mit der Feststellung des Durchführungsplans (§ 12 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 und 2 AufbG). Daraus ergibt sich, wie schon in dem Urteil des Senats vom 21. November 1961 ausgeführt ist, daß im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht in jedem Fall mit Sicherheit die endgültige Verwendung feststehen kann. Dies gilt insbesondere im Zeitpunkt des Beginns langfristiger Planung. Es muß jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, eine konkrete, ernstlich vorgesehene Planung vorliegen, weil nur in diesem Fall überhaupt festgestellt werden kann, ob das Grundstück zur

Durchführung von Aufbaumaßnahmen erforderlich ist. Die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Ernstlichkeit der von der Klägerin vorgetragenen Planung (Grüngürtel als Erholungsgebiet) sind im wesentlichen das Ergebnis tatrichterlicher Würdigung und können aus Rechtsgründen nicht mit Erfolg angegriffen werden. Inwieweit ein Wechsel in der Begründung für die Ausübung des Vorkaufsrechts die Glaubwürdigkeit des Vortrags über die Planung überhaupt in Frage stellt, unterliegt dem tatrichterlichen Ermessen. Der Revision ist einzuräumen, daß die Gemeinde der Wahrheitspflicht auch hinsichtlich des Sachvortrags über die Gründe der Ausübung des Vorkaufsrechts in vollem Umfange unterliegt. Zu billigen ist aber demgegenüber der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß im Zuge der Planung der eine oder andere Grund im Vordergrund stehen oder ein bestimmter Grund auch ganz entfallen kann. Letztlich ist auch die Rüge, rechtserhebliche Beweisanträge in den Schriftsätzen vom 22. August 1961, S. 7 (Bl. 286 GA) und vom 24. August 1961 (Bl. 301 ff GA) zur Frage der Ernstlichkeit der vorgetragenen Planung seien übergegangen, nicht begründet. Im ersten Schriftsatz ist die Erhebung von Zeugen- und Augenscheinsbeweis dafür beantragt, daß die Gegend am Krampstieg kein bevorzugtes Erholungsgebiet darstelle und die Bildung einer Forstfläche ausgeschlossen sei. Im zweiten Schriftsatz ist Beweis für die Ansicht des Naturschutzamtes angetreten. Soweit diese Behauptungen die Zweckmäßigkeit der Planungen in Frage stellen, sind sie rechtlich unerheblich. Hinsichtlich der Frage der Ernstlichkeit der vorgebrachten Planung können diese Behauptungen allenfalls als Indizien herangezogen werden. Die Würdigung solcher Hilfstatsachen zur Glaubwürdigkeit eines bestimmten Sachvortrags liegt aber im tatrichterlichen Ermessen (§ 286 ZPO), so daß die Ablehnung dieser Beweisanträge nicht als Rechtsverstoß angesehen werden kann.

Der Hilfsantrag des Beklagten zu 2 ist hinsichtlich des von ihm schon berichtigten Kaufpreises (5 000 DM) und der Vertragskosten (96.72 DM) begründet.

Allerdings ist der Kaufpreis für eine Sache keine Verwendung auf diese Sache. Auch finden die §§ 994 ff BGB auf das Verhältnis zwischen der Klägerin als der Vorkaufsberechtigten und dem Beklagten zu 2 als Käufer, der das Grundstück besitzt, hinsichtlich des Herausgabeanspruchs keine Anwendung, weil die Vorkaufsberechtigte noch nicht Eigentümerin ist (vgl. RGRK BGB 71. Aufl. § 1100 Anm. 4). Allenfalls könnte der Käufer in Kenntnis des Vorkaufsrechts und in Anbetracht der Möglichkeit seiner Ausübung als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt haben. Darüber bedarf es jedoch keiner weiteren Prüfung, weil dem Beklagten zu 2 der Anspruch auf Erstattung des von ihm berichtigten Kaufpreises gemäß § 1100 BGB zusteht. Zwar ist diese Vorschrift im Hamburgischen Aufbaugesetz nicht ausdrücklich erwähnt; sie stellt jedoch, nachdem dem Vorkaufsberechtigten im Bürgerlichen Gesetzbuch ein dinglicher Herausgabeanspruch zuerkannt worden ist, den notwendigen Schutz des Dritten dar, der mit den übrigen Vorschriften über das dingliche Vorkaufsrecht eine zusammenhängende Regelung darstellt (vgl. Prot. 3,758 f). Hätte dieser Schutz versagt werden sollen, so hätte dies im Aufbaugesetz ausdrücklich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Dem Beklagten zu 2 steht sonach ein Zurückbehaltungsrecht wegen des von ihm berichtigten Kaufpreises gegen die Klägerin als Vorkaufsberechtigte zu; dagegen kann er seine Leistung nicht von der Verkäuferin zurückfordern (§ 1102 2. Halbs. BGB). Die Klägerin als Vorkaufsberechtigte wird aber von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkauf geschuldeten Kaufpreises frei, da sie nach § 1100 BGB dem Käufer den Kaufpreis zu erstatten hat (§ 1101 BGB).

Begründet ist der Hilfsantrag aber auch hinsichtlich der Notarkosten (96,72 DM). Diese Aufwendung ist zwar kein unmittelbarer Bestandteil des Kaufpreises, aber die Bezahlung dieser Kosten oblag dem Käufer im Verhältnis zu der Verkäuferin. Hat der Käufer die vertragsmäßigen Leistungen schon erfüllt, so hat er im voraus eine nach der Ausübung des Vorkaufsrechts dem Vorkaufsberechtigten obliegende Leistung erbracht. Insoweit ist der Vorkaufsberechtigte auf Kosten des ursprünglichen Käufers ungerechtfertigt bereichert, und dieser hat eine entsprechende Ersatzforderung gegen ihn (LM BGB § 505 Nr. 2 = MDR 1960, 1004). Im Hinblick auf diese Forderung steht dem Beklagten zu 2 ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu. Das Zurückbehaltungsrecht hat der Beklagte zu 2 in den Tatsacheninstanzen schon dadurch geltend gemacht, daß er auch bezüglich des Kaufpreises und der Vertragskosten hilfsweise eine Widerklage erhoben hatte. Dementsprechend war der Tenor zu ändern.

Nicht dagegen steht dem Beklagten zu 2 ein Anspruch auf Ersatz der Grunderwerbssteuer zu, weil er diese Steuer nicht auf Grund des Kaufvertrags und auch gar nicht an die Verkäuferin geleistet hat. Ein solcher Anspruch steht dem Beklagten zu 2 auch nicht unter irgendeinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu, so daß insoweit eine zulässigerweise erhobene Hilfswiderklage ebenfalls nicht begründet wäre.

VI.

Da die Revision im wesentlichen ohne Erfolg war, haben die Beklagten die Kosten des Rechtsmittels gemäß §§ 97, 100 ZPO zu tragen.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Offterdinger