

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

BundesbauG § 24; BGB § 505

Die Erklärung i.S. des § 505 Abs. 1 BGB, durch die das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde nach § 24 BBauG ausgeübt wird, ist eine privatrechtliche Willenserklärung und kein Verwaltungsakt (Erg. zu BGHZ 36, 155).

BundesbauG § 24; BGB § 510

Die Vorlage eines Grundstückskaufvertrags im Zusammenhang mit anderweitiger Bearbeitung des Vertrags an eine nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts befugte Dienststelle der Gemeinde ist keine Mitteilung i.S. des § 24 Abs. 4 BBauG, wenn diese Dienststelle nicht zugleich auf das Vorkaufsrecht und den weiteren Zweck der Vorlage hingewiesen wird.

ZPO § 422

Die Gemeinde ist im Prozeß zur Vorlage eines Vermerks oder einer Niederschrift verpflichtet, die im Rahmen der Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts rechtserhebliche Vorgänge in den Akten urkundlich festhält.

BGB §§ 242 Cd, 510

Zur Frage der mißbräuchlichen Ausübung des Vorkaufsrechts einer Gemeinde, die den Grundstückskaufvertrag ohne Mitteilung durch den Verpflichteten oder den Dritten schon seit Jahren kennt, jedoch in erster Linie ein Recht i.S. des § 25 Abs. 3 BBauG auf Erwerb des Grundstücks verfolgte.

BundesbauG § 24; BGB § 1098

Der dingliche Schutz, den § 1098 Abs. 2 BGB dem Vorkaufsberechtigten gegen Übertragung des Eigentums an einen Dritten auf Grund Kaufs verleiht, wirkt schon mit der Entstehung und nicht erst mit der Ausübung des Vorkaufsrechts (Erg. zu RGZ 154, 370 und BGHZ 58, 78).

BGH, Urt. v. 26. Januar 1973 - V ZR 2/71 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 2/71

URTEIL

Verkündet am

26. Januar 1973

in dem Rechtsstreit

H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Erwin D [REDACTED] in H [REDACTED] , B [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Freie und Hansestadt H [REDACTED] Bezirksamt W [REDACTED] ,
H [REDACTED] , S [REDACTED] straße [REDACTED] , vertreten durch den Leiter
des Bezirksamts in H [REDACTED] -W [REDACTED] , S [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1973 durch die Richter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Hill, Offterdinger und von der Mühlen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 13. November 1970 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Das Grundstück des Gärtners B. in H.-B., F.straße, war schon im Baustufenplan von B. vom 4. August 1953 und vom 14. Januar 1955 sowie im bekanntgemachten und öffentlich ausgelegten "Teilbebauungsplan" ("Plan-Entwurf 462") vom Jahr 1959 zusammen mit Nachbargrundstücken als "Fläche für besondere Zwecke - Freibadeanstalt" ausgewiesen. Nach Inkrafttreten des einschlägigen Teils des Bundesbaugesetzes (Ende Juni 1961)

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



wurde das Planfeststellungsverfahren nach den Vorschriften dieses Gesetzes weitergeführt; der Bebauungsplan wurde mit demselben Inhalt für dieses Grundstück festgesetzt und 1963 erlassen und verkündet.

B■■■■ verkaufte am 14. November 1961 einen mit einem Treibhaus bebauten Teil seines Grundstücks (13 075 qm) an Frau A■■■■ gegen Zahlung von 20 000 DM und einer Leibrente. Zur Sicherung ihres Auflassungsanspruchs wurde zugunsten der Käuferin am 27. November 1961 eine Vormerkung eingetragen. Nach anfänglicher Ablehnung der Teilungsgenehmigung wurde diese Genehmigung am 12. Juli 1962 erteilt, und auf die schon am 26. März 1962 erfolgte Mitteilung des Kaufvertrags durch die Käuferin von der klagenden Stadtgemeinde im Schreiben vom 5. April 1962 mitgeteilt, sie wolle das ihr nach § 25 Abs. 1 Satz 1 BBauG zustehende Vorkaufsrecht nicht ausüben, weil noch nicht zu übersehen sei, ob Frau A■■■■ das Grundstück innerhalb der nächsten drei Jahre entsprechend den baurechtlichen Festsetzungen nutzen werde; sie behalte sich aber das Ankaufsrecht gemäß § 25 Abs. 3 BBauG vor.

Am 30. Juli 1962 verkaufte Frau A■■■■ das Teilgrundstück an den Beklagten, der deren Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag vom 14. November 1961 übernahm und sich zur Zahlung weiterer 30 000 DM gegenüber der Verkäuferin verpflichtete. Im Kaufvertrag trat die Verkäuferin A■■■■ ihre sämtlichen Rechte aus dem Kaufvertrag vom 14. November 1961, insbesondere ihren Auflassungsanspruch gegen B■■■■, an den Käufer ab. Beide Vertragsparteien bewilligten und beantragten die Eintragung der Abtretung

der Auflassungsvormerkung zugunsten des Beklagten in das Grundbuch. Der Beklagte wurde am 1. Februar 1963 als Eigentümer eingetragen.

Nach längeren ergebnislosen Verhandlungen zwischen den Prozeßparteien über einen Geländetausch teilte die Klägerin am 30. Juni 1965 mit, daß der Beklagte das Grundstück nicht zum Wohnungsbau verwenden dürfe. Mit Schreiben vom 5. August 1965 an das Bezirksamt W■■■■■, Liegenschaftsabteilung Ortsamt B■■■■■, erklärte sich der Beklagte bereit, das Grundstück planmäßig zu bebauen. Die Klägerin beendete die Verhandlungen durch Schreiben vom 25. März 1966, in dem sie mitteilte, das Grundstück sei nach dem gesetzlichen Bebauungsplan B■■■■■ 16 als ein "Grundstück für den Gemeinbedarf - Badeanstalt" ausgewiesen; der Gemeinbedarfsträger sei die Klägerin; eine private Nutzung als Badeanstalt sei nicht vorgesehen und würde der Ausweisung widersprechen.

Im Schreiben vom 5. April 1966 erklärte die Klägerin gegenüber Frau A■■■■■ und dem Beklagten, daß sie nunmehr das Ankaufsrecht ausübe, welches sie sich am 5. April 1962 vorbehalten habe. Von Frau A■■■■■ verlangte sie ohne Erfolg die Übereignung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung des Entgelts aus dem Kaufvertrag mit B■■■■■ vom 14. November 1961.

Nach Erhebung vorliegender Klage teilte die Klägerin im Schreiben vom 26. Mai 1967 der Frau A■■■■■ und dem Beklagten mit, sie übe - unbeschadet des Ankaufsrechts - das ihr gemäß § 24 bzw. § 25 BBauG zustehende Vorkaufs-

recht aus; der Kaufvertrag vom 30. Juli 1962 sei ihr bisher noch nicht zur Erklärung über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts vorgelegt worden. Desgleichen erklärte sie im Schreiben vom 7. Juni 1967 Biehl gegenüber die Ausübung des Vorkaufsrechts auf Grund des Kaufvertrags vom 14. November 1961.

Mit vorliegender Klage begehrt die Klägerin, gestützt auf das Ankaufsrecht, hinsichtlich des Kaufgrundstücks die Auflassung und - abgesehen von der Leibrente zugunsten der Eheleute B[REDACTED] - lastenfreie Lieferung Zug um Zug gegen Zahlung von 31 000 DM und Übernahme der Leibrente, hilfsweise, gestützt auf die nach Abschluß des ersten oder zweiten Kaufvertrags ausgeübten Vorkaufsrechte, Zustimmung dazu, daß die Klägerin als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen werde.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat dem Hilfsantrag stattgegeben Zug um Zug gegen Zahlung a) von 106 763,96 DM und b) des ab 1. März 1968 bis zur Erteilung der Zustimmung noch als Leibrente entrichteten Betrags.

Der Beklagte hat während der Berufungsinstanz mit Schreiben vom 19. und 20. Oktober 1970 bei dem Rechtsamt des Bezirksamts H[REDACTED]-W[REDACTED] gegen die Ausübung der Vorkaufsrechte als Verwaltungsakt unter Bezugnahme auf das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 13. Dezember 1967 (NJW 1968, 1298 = DVBl 1968, 525) Widerspruch eingelegt. Er beantragt, den Rechtsstreit bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen.

Das Oberlandesgericht hat diesem Aussetzungsantrag nicht stattgegeben und unter Zurückweisung der Berufung und der Anschlußberufung die Verurteilung entsprechend dem Sachstand der letzten mündlichen Verhandlung neu gefaßt (Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung von 125 963,96 DM sowie des bis zur Zustimmung als Leibrente entrichteten Betrags und gegen Übernahme der weiteren noch bestehenden Leibrentenverpflichtungen).

Mit der Revision verfolgt der Beklagte die Abweisung auch des Hilfsantrags weiter. Er stellt erneut den Antrag, den Rechtsstreit auszusetzen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht hält den Hauptantrag für unbegründet, da das Kaufgrundstück im Zeitpunkt des Vorbehalts der Rechte aus § 25 Abs. 3 BBauG nicht unbebaut gewesen sei, wie dies in § 25 Abs. 1 BBauG gefordert werde. Der Hilfsantrag finde im gesetzlichen Vorkaufsrecht der Klägerin, soweit es durch den ersten Kauf (Kaufvertrag B■■■■/A■■■■ am 14. November 1961) ausübbar geworden sei, keine Stütze, weil die Ausübung im Jahr 1967 verspätet gewesen sei. Die Ausübungsfrist von einem Monat (§ 24 Abs. 4 BBauG) habe nämlich schon am 26. März 1962 mit der Mitteilung des damals bereits wirksamen Kaufvertrags zu laufen begonnen. Daß die Grundstückstei-

lung erst später genehmigt worden sei (12. Juli 1962), habe die Wirksamkeit des Kaufvertrags nicht berührt.

Begründet sei der Hilfsantrag jedoch auf Grund des Vorkaufsrechts der Klägerin, das gemäß § 24 Abs. 1 BBauG mit dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes (Ende Juni 1961) am Kaufgrundstück entstanden, nach Abschluß des Zweitkaufs (Kaufvertrag Arpert/Beklagter am 30. Juli 1962) ausübbar geworden und mangels einer Mitteilung durch eine der beiden Kaufvertragsparteien noch am 26. Mai 1967 rechtzeitig ausgeübt worden sei. Der dem Beklagten abgetretene Auflassungsanspruch, der durch die schon am 27. November 1961 eingetragene Vormerkung gesichert gewesen sei, gehe im Rang dem Vorkaufsrecht der Klägerin nicht vor.

2. Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob der Antrag der Aussetzung des vorliegenden Rechtsstreits, den der Beklagte unter Hinweis auf den von ihm gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts erhobenen Widerspruch gestellt hat, etwa schon deshalb zurückzuweisen sei, weil das mit dem Widerspruch eingeleitete Verwaltungsverfahren schuldhaft verspätet begonnen worden sei. Es hat den Antrag vor allem mit der Begründung abgelehnt, daß die Ausübung des Vorkaufsrechts kein Verwaltungsakt sei, sondern durch privatrechtliche Willenserklärung erfolge (Hinweis auf BGHZ 32, 225, 227; 36, 155, 158; BVerwG MDR 1958, 942).

II.

1. Die Revision greift vorweg die Ablehnung des Aussetzungsantrags an. Gleichzeitig wiederholt sie den

Antrag, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des vom Beklagten durch seinen beim Bezirksamt W [REDACTED] eingelegten Widerspruch vom 19. und 20. Oktober 1970 eingeleiteten Verwaltungsverfahrens auszusetzen. In der Ablehnung des Aussetzungsantrags erblickt die Revision einen Verfahrensverstoß, weil das Berufungsgericht von dem ihm durch § 148 ZPO eingeräumten Ermessen in Verken- nung der Rechtslage (Vorgreiflichkeit) keinen Gebrauch gemacht habe. In Wirklichkeit stelle nämlich die Ausübung des Vorkaufsrechts einen privatrechtsgestaltenden Ver- waltungsakt dar.

Diese Rüge hat keinen Erfolg. Die Ablehnung des Aussetzungsantrags unterliegt, auch wenn sie im Urteil ausgesprochen wird, gemäß § 548 ZPO i.V.m. §§ 252, 567 Abs. 3 ZPO nicht der Beurteilung des Revisionsgerichts (RG HRR 1928 Nr. 1519; 1937 Nr. 1553; BGH LM ZPO § 252 Nr. 1; ebenso Wieczorek ZPO § 148, E, IV b 2; Stein/Jonas/ Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 548 unter II; Baumbach, ZPO, 30. Aufl., § 548 Anm. 1 B a und § 252 Anm. 1 B; aA Stein/ Jonas/Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 148 unter II, 5).

2. Der Antrag auf Aussetzung wegen Vorgreiflichkeit ist in der Revisionsinstanz nicht zulässig, soweit er auf neue, in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigende Tatsachen gestützt wird oder die Einführung solcher Tat- sachen zur Folge hat (RGZ 11, 365; 121, 166, 167; RG SeuffArch 49 Nr. 204; Stein/Jonas/Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 148 unter I, 3 a; Wieczorek, ZPO § 148, E, IV, b 2; vgl. auch BGH LM ZPO § 148 Nr. 5 und 6). Ob dies hier der Fall ist, bedarf keiner Prüfung. Auch bei Zulässigkeit des Antrags besteht kein Anlaß, den Rechtsstreit auszu-

setzen; denn das ordentliche Gericht vermag die Voraussetzungen der Entstehung und auch der Ausübung des Vorkaufsrechts in eigener Zuständigkeit zu überprüfen, wie sich aus Folgendem (III) ergibt.

III.

1. Die von der Revision vertretene Ansicht über die rechtliche Natur der Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts und damit die Frage der Vorgreiflichkeit bedarf schon aus einem andern Grund der Überprüfung: Wäre das der Gemeinde in §§ 24, 25 BBauG eingeräumte Vorkaufsrecht öffentlich-rechtlicher Natur und durch einen Verwaltungsakt auszuüben, so wäre dieser wegen der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs (§ 80 Abs. 1 VwGO) bis auf weiteres als nicht vollziehbar oder noch nicht wirksam zu behandeln (zur Rechtsprechung vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, 5. Aufl., § 80 Rdn. 4). Solchenfalls entbehrte die Klage vom Standpunkt der Revision aus mangels einer vollziehbaren oder wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts von vornherein der Grundlage und wäre jedenfalls zur Zeit nicht begründet. Umgekehrt wäre das ordentliche Gericht vom Standpunkt der Revision aus vor einer Anfechtung der Ausübung kraft der Tatbestandswirkung dieses Verwaltungsaktes nur befugt, seine Rechtswirksamkeit, nicht aber seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

Die Ansicht der Revision kann nicht gebilligt werden.

Der Senat hält nach erneuter Prüfung in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht (NJW 1959, 64 = MDR 1958, 942 betr. das hamburgische Aufbaugesetz) und dem Bayerischen Obersten Landesgericht (Beschluß vom 2. September 1966, NJW 1967, 113) entsprechend seinen Vorentscheidungen zum Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz alter Fassung an seiner seitherigen Rechtsprechung zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach den früheren Landesaufbaugesetzen und dem Bundesbaugesetz fest (zu den Aufbaugesetzen: BGHZ 36, 155, 158; weitere Nachweise vgl. Senatsurteil vom 19. Juni 1970 - V ZR 151/67 unter B 2 b, WM 1970, 933, 934; zum Bundesbaugesetz: letztmals BGHZ 58, 78 und Senatsurteil vom 29. September 1972 - V ZR 3/71, WM 1972, 1279). Das Vorkaufsrecht im Sinn des § 24 BBauG wird gemäß Abs. 4 dieser Vorschrift i.V.m. § 505 BGB durch privatrechtliche Willenserklärung ausgeübt. Diese Erklärung stellt keinen Verwaltungsakt dar. Dem ordentlichen Gericht obliegt damit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit es um die Ausübung gemäß § 24 Abs. 4 i.V.m. § 505 BGB geht, ohne Bindung an einen Verwaltungsakt die Prüfung der öffentlich-rechtlichen Vorfragen, nämlich ob die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Vorkaufsrechts (§ 24 Abs. 1; § 25 Abs. 1 Satz 1 BBauG) und die weiteren Voraussetzungen für die Ausübung (§ 24 Abs. 2; § 25 Abs. 1 Satz 2 BBauG) neben den weiteren zivilrechtlichen Bedingungen für die Ausübung (Vorkaufsfall im Sinn des § 504 BGB; Vertretungsbefugnis) vorliegen. Inwieweit bei Verlautbarungen der Gemeinde über öffentlich-rechtliche Verhältnisse auf Klage eines Beteiligten das Verwaltungsgericht entscheidet oder Feststellungen im Verwaltungsrechtsweg getroffen werden können, bedarf hier keiner Erörterung.

2. a) Die Revision weist zur Begründung ihres Standpunkts darauf hin, daß sich seit der Verkündung des Bundesbaugesetzes immer mehr die (im Schrifttum schon früher vertretene) Auffassung durchgesetzt habe, die rein privatrechtliche Qualifikation werde der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gerecht. Auch das vom Bundesverwaltungsgericht in den Vordergrund gestellte Rechtsschutzinteresse spreche für die Annahme eines Verwaltungsakts, da die Rechtsstellung des Bürgers auf Grund der im Verwaltungsgerichtsverfahren herrschenden Untersuchungsmaxime besser sei als in dem dem Beibringungsgrundsatz unterliegenden Zivilprozeß. Auch habe sich der III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in seiner Rechtsprechung zur Haftung aus Amtspflichtverletzung der öffentlich-rechtlichen Auffassung genähert.

Im verwaltungsrechtlichen Schrifttum wird nunmehr in der Tat ganz überwiegend die Meinung vertreten, die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Gemeinde nach dem Bundesbaugesetz stelle nur, jedenfalls aber auch eine hoheitliche Entscheidung dar. Von der Doppelnatur der Ausübung als einer bürgerlich-rechtlichen Willenserklärung und einer hoheitlichen Entscheidung gehen insbesondere Schack (DVBl 1961, 229) und Forsthoff (Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., § 11 unter 1 S. 190 Fußn. 1) aus. Eine dem öffentlichen Recht angehörige und jedenfalls vom Käufer anfechtbare Maßnahme erblicken in der Ausübung des Vorkaufsrechts das Oberverwaltungsgericht Münster im Beschluß vom 16. November 1961 (NJW 1962, 653 = DVBl 1962, 274) und der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof

(BaWüVerwBl 1963, 186). Dieser Gerichtshof hält die Ausübung für einen öffentlich-rechtlichen Eingriff mit eventuellem Folgenbeseitigungsanspruch. Ähnlich sehen Frohber/Schütz (BBauG, 3. Aufl., § 24 Anm. 4, c) in der Ausübung neben der privatrechtlichen Willenserklärung eine Entscheidung der Behörde, die vom Verpflichteten und vom Käufer im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden kann, ohne daß jedoch das ordentliche Gericht im bürgerlichen Rechtsstreit - mangels eines Verwaltungsakts - an der Überprüfung der öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen der Ausübung gehindert wäre.

Dagegen erachten die Ausübung des Vorkaufsrechts als einen Verwaltungsakt Ebert, NJW 1956, 1621; 1961, 1430 (mit Nachweisen zum früheren Schrifttum und Rechtsprechung sowie zu den Gesetzesmaterialien); Schrödter, BBauG, 2. Aufl., § 24 unter Nr. 5; Zinkahn/Bielenberg, BBauG, § 24 Rdn. 62, 63, vgl. auch Rdn. 43; Brügelmann/Grauvogel, BBauG, § 24 unter V, 4; Meyer/Stich/Tittel, Bundesbaurecht, § 24 BBauG, Rdn. 7; Eyermann/Fröhler, VwGO, 5. Aufl., § 42 Rdn. 46, 46 a; Redeker/von Oertzen, VwGO, 3. Aufl., § 42 Nr. 43; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., § 42 unter IV, 1 b; Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., § 47, I, 9; Gelzer, Bauplanungsrecht, 2. Aufl., Rdn. 1184; Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt III S. 365 ff; Sellmann, Deutsche Wohnungswirtschaft 1960, 255; Stern, JZ 1962, 297; JuS 1965, 185; Zuleeg, DVBl 1963, 34; 1966, 233; 1967, 266; Badura, DVBl 1966, 267; Menger/Ericksen, VerwArch 1968, 378; Hering, DVBl 1961, 219; Kottke, MDR 1967, 975; Kendziur, NJW 1971, 1301. An der

Ansicht, die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts stelle eine privatrechtliche Willenserklärung dar, halten dagegen fest Heitzer/Oestreicher, BBauG, 4. Aufl., § 24 unter 3 d; Klinger, VwGO, 2. Aufl., § 42, E, I, 2 a; Koehler, VwGO, 2. Aufl. § 42 unter IX, 1 c; Soergel/Baur, BGB, 10. Aufl., § 1094 Rdn. 12; Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., § 125, IV, 3; Palandt/Putzo, BGB, 32. Aufl., § 505, Anm. 1; Kahlke, NJW 1962, 1381; Meister, DVBl 1967, 262; Pikalo/Bendel, GrdStVG, vor § 27, B, II, 1 b).

Das Oberverwaltungsgericht Münster vertritt in Fortführung seiner früheren Rechtsprechung (NJW 1962, 653) jetzt den Standpunkt (DVBl 1968, 525 = Thiel/Gelzer, Baurechtssammlung - BRS - Bd. 18 Nr. 71; BRS 24 Nr. 95), die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolge durch Verwaltungsakt, weil die Gemeinde kraft des ihr verliehenen Sonderrechts aus Gründen des öffentlichen Wohls hoheitlich in den Rechtskreis der Vertragsparteien eingreife. Die Ausübungserklärung könne wegen ihrer Eingriffsnatur nicht dem Verwaltungsprivatrecht zugerechnet werden. Die Rechtmäßigkeit der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts als Verwaltungsakt sei daher vom Verwaltungsgericht nachzuprüfen. Über die typischen Folgen des sogenannten privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts, hier über den durch die Ausübungserklärung begründeten Kaufvertrag, hätten dagegen die ordentlichen Gerichte zu entscheiden.

Dagegen geht das Oberverwaltungsgericht Rheinland/Pfalz (BRS Bd. 23 Nr. 99 = VRspr 22, 543) davon aus, daß die Gemeinde im Rahmen der Zustimmungsklage nach § 888 BGB

im Zivilprozeß darzutun habe, daß sie ihr Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt habe; der Dritte (Käufer) könne in diesem Prozeß einwenden, daß die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht vorgelegen hätten, und könne auf diesem Weg eine gerichtliche Nachprüfung dieser Fragen erzwingen. Nur hilfsweise zieht dieses Gericht die Ansicht von der Doppelnatur der Ausübungs-erklärung in Betracht, die wegen der aufschiebenden Wirkung eines gegen den Verwaltungsakt eingelegten Widerspruchs zur Aussetzung des Zivilprozesses führen könne.

b) Mit der Gegenmeinung ist allerdings davon auszugehen, daß das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinden nach dem Bundesbaugesetz durch bestimmte Planungsakte entsteht und in der Hand der Gemeinde als Mittel zur positiven Lenkung des Grundstücksverkehrs den Zweck hat, die Nutzung der Grundstücke entsprechend der Planung zu sichern und schließlich Grundstücke unter Befriedigung des öffentlichen Grundstücksbedarfs sowie der Bedürfnisse aller Nutzungsinteressenten und unter möglicher Ausschaltung verteuender und spekulativer Grundstücksgeschäfte dieser Nutzung zuzuführen. Das Vorkaufsrecht wurzelt seiner Entstehung nach sonach im öffentlich-rechtlichen Bereich und dient der Durchführung öffentlicher Aufgaben (BGHZ 36, 155, 157 f). Eine positive Grundstückslenkung dieser Art hätte, ebenso wie das negative Lenkungsmittel des Genehmigungsvorbehalts für bestimmte Grundstückskaufverträge, öffentlich-rechtlich ausgeformt werden können. Allein unter dem von den Vertretern der Gegenmeinung hervorgehobenen rechtssystematischen Gesichtspunkt hätte

sich dies vielleicht in erster Linie angeboten. Dem Gesetzgeber war es aber nicht verwehrt, durch Gesetz allgemein das Eigentum an näher bestimmten Grundstücksflächen dergestalt zu beschränken, daß an diesen Grundstücken zugunsten öffentlich-rechtlicher Körperschaften oder privatrechtlich organisierter Verwaltungsträger, ähnlich den früheren gesetzlichen Näherrechten (vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Band Sachenrecht, § 153), ein Vorkaufsrecht geschaffen wurde (zu dem Charakter des Vorkaufsrechts nach den Aufbaugesetzen als Sozialbindung vgl. BGHZ 32, 225, 227; Senatsurteil vom 19. Juni 1970 - V ZR 151/67 (WM 1970, 933) mit weiteren Nachweisen). Die Bindung des Eigentums geschieht durch Gesetz; die Ausübung des Vorkaufsrechts im Einzelfall stellt entgegen vielfach vertretener Meinung nicht begriffsnotwendig einen hoheitlichen Eingriff in das Eigentum am belasteten Grundstück dar (BGHZ 32, 225, 227). Die Ausübung und seine Wirkung ist vielmehr Ausfluß des gesetzlich geschaffenen Vorkaufsrechts als Anwartschaftsrecht. So wurde schon durch das Reichssiedlungsgesetz (§§ 4 ff a.F.) ein Vorkaufsrecht eingeführt, an dessen privatrechtlichem Charakter in der Rechtsprechung keine Zweifel bestanden haben (RGZ 120, 144; 170, 208; JW 1926, 2628; OVG Münster DVBl 1963, 311 = RDL 1952, 319; OVG Lüneburg DÖV 1953, 220 = RdL 1952, 26; vgl. ferner Kahlke, Das gesetzliche Vorkaufsrecht der landwirtschaftlichen Siedlung, § 3 S. 61 f). Durch § 11 a RSiedlG, eingeführt durch Art. II Nr. 9 des Gesetzes vom 7. Juni 1923 (RGBl S. 364), wurde nicht die Ausübung, sondern das Vorkaufsrecht selbst eingeschränkt.

In den Aufbaugesetzen der Länder wurde die Ausübung des Vorkaufsrechts, da sie nicht uneingeschränkt im Rahmen einer privatautonomen Entscheidung, sondern entsprechend den Bindungen der öffentlichen Verwaltung erklärt werden sollte, an die Voraussetzung geknüpft, daß sie im Interesse des Gemeinwohls liege, wie es durch den Zweck, der nach diesen Gesetzen mit der Grundstückslenkung zu verfolgen war, näher bestimmt worden war. Die Ausübung des Vorkaufsrechts war damit im Gegensatz zu dem vertraglichen und gesetzlichen Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr allein durch die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie eingeschränkt. Wenn aber auch die den Gemeinden kraft öffentlichen Rechts auferlegten Aufgaben in aller Regel als öffentliche Verwaltung in den besonderen Formen des Verwaltungsrechts erfüllt werden und dementsprechend ihre Maßnahmen der Rechtskontrolle im Verwaltungsrechtsweg unterliegen, so war mit dieser weiteren Einschränkung des Rechts doch nicht notwendig verbunden, daß die der Gemeinde kraft Gesetzes eingeräumte Befugnis ein öffentliches Recht und die kraft der Natur dieses Rechts festgelegte einseitige Ausübung ein Verwaltungsakt wird. Die Verweisung auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde ebenso wie diejenige im Reichssiedlungsgesetz und unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu diesem Gesetz als Tatbestandsverweisung erachtet (OVG Hamburg, MDR 1956, 381 = DVBl 1956, 586; LVG Schleswig-Holstein, SchlHolstA 1954, 241), insbesondere wurde auch schon darauf hingewiesen, daß es nicht ausgeschlossen ist, Verwaltungsaufgaben unter entsprechender Kontrolle durch das ordentliche Gericht in privatrechtlicher Form zu erfüllen (VGH Kassel, NJW 1956, 1653).

Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverwaltungsgericht (MDR 1958, 942) gebilligt; ihr hat sich auch der erkennende Senat angeschlossen (BGHZ 36, 155).

Auch in § 24 BBauG wurde, wie zuvor im Reichssiedlungsgesetz und in den Aufbaugesetzen der Länder, ohne Hinweis auf eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung "ein Vorkaufsrecht" eingeräumt, auf das dazu ohne jede Einschränkung, etwa im Sinn einer bloß entsprechenden oder sinngemäßen Anwendung (vgl. § 6 alte Fassung und § 8 Abs. 1 neue Fassung RSiedlG; § 4 Nr. 2 Satz 3 Nds AufbauG und HambAufbauG; § 26 Abs. 3 BadAufbauG; § 14 Abs. 2 Satz 1 RhPfAufbauG), die §§ 504 bis 509, 510 Abs. 1, 512, 1098 Abs. 2, 1099 bis 1102 BGB anzuwenden sind (§ 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG). Angesichts dieser gesetzlichen Regelung und der eindeutigen Rechtsprechung zu den in ähnlicher Art im Reichssiedlungsgesetz und in den Aufbaugesetzen geschaffenen gesetzlichen Vorkaufsrechten kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe im Gegensatz zu den früheren Regelungen das Vorkaufsrecht nunmehr als ein öffentliches Recht gegenüber den Verpflichteten ausgestalten wollen. Dies umso weniger, als die Einräumung eines öffentlichen Gestaltungsrechts zugunsten einer Körperschaft, deren eigener Behörde es obläge, dieses Gestaltungsrecht auszuüben, ohne nähere Bestimmungen außergewöhnlich gewesen wäre (vgl. demgegenüber jetzt § 18 StBauFördG vom 27. Juli 1971, BGBl I, 1125). Erst recht hätte einen besonderen Ausdruck finden müssen, wenn das Vorkaufsrecht zwar, ebenso wie das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben im Sinn der §§ 2034 ff BGB oder das vertraglich bestellte, ein privates Recht wäre, seine

Ausübung aber neben der Erklärung im Sinn des § 505 Abs. 1 BGB eines besonderen Verwaltungsakts der Gemeindebehörde bedürfte.

Hinzu kommt, daß im Gesetzgebungsverfahren das gesetzliche Vorkaufsrecht und die Ausübung dieses Rechts als Mittel der Lenkung des Grundstücksverkehrs im Zusammenhang mit der Neugestaltung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts durch das Grundstücksverkehrsgesetz erörtert und beraten worden ist (vgl. jetzt § 27 GrdstVG, insbesondere die Neufassung der §§ 4, 6 und 10 RSiedlG). Dort wurde nicht die Erklärung, durch welche das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, und die Mitteilung dieser Erklärung an den Verpflichteten als Verwaltungsakt einem entsprechenden Rechtsmittel unterworfen, vielmehr wurden nur Einwendungen zugelassen, die sich darauf gründen, daß die Veräußerung einer Genehmigung gar nicht bedürfe oder die Genehmigung nicht zu versagen gewesen wäre, und zwar mittels Antrags auf gerichtliche Entscheidung (§ 10 n.F. RSiedlG). Nur die negative Entscheidung, daß der Erwerb durch den Käufer nicht zu einer billigen Agrarstruktur führe, unterliegt der gerichtlichen Prüfung im Einwendungsverfahren. Dementsprechend kommen auch Ehrenforth (Reichssiedlungsgesetz, § 4 GrdstVG Anm. 2, S. 197) und Pikalo/Bendel (Grundstücksverkehrsgesetz, vor § 27, B, II, 2 c) zu dem Ergebnis, daß die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts keinen Verwaltungsakt darstellt. Eine Verbindung negativer Lenkung durch Genehmigungsversagung mit positiver Lenkung wurde dagegen bei der Schaffung des gemeindlichen Grunderwerbsrechts in § 18 StBauFördG vorge-

nommen. Hier erfolgt die Erklärung der Gemeinde aber durch Bescheid, anfechtbar durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Frage, ob das Erwerbsrecht ausgeübt werden durfte (§ 18 Abs. 2 und 5, § 86 Abs. 2 StBauFördG). Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber dagegen für das Vorkaufsrecht in § 17 StBauFördG nicht getroffen; in dieser Vorschrift ist vielmehr auf die Anwendung des § 24 Abs. 2 bis 5 und der §§ 27 und 28 BBauG verwiesen. Die für diese Bestimmungen angewendete Rechtsprechung war dem Gesetzgeber bekannt.

Angesichts dieser Entwicklung der Gesetzgebung über die Grundstückslenkung mit Hilfe des bürgerlich-rechtlich geregelten Vorkaufsrechts sowie der Vorschrift, auf seine Ausübung § 505 Abs. 1 BGB und auf die Wirkung der Erklärung bürgerlich-rechtliche Bestimmungen anzuwenden, verbietet sich die Annahme, der Gesetzgeber habe die Frage offen gelassen, ob die Ausübung einen Verwaltungsakt oder eine privatrechtliche Willenserklärung darstelle. Ebensowenig ist mit dem Gesetz vereinbar der Standpunkt, die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über das Vorkaufsrecht würden "in das öffentliche Recht hineingezogen" und verlören dann, wie dies bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag der Fall sei, ihren zivilrechtlichen Charakter (Kottke, MDR 1967, 975). Gegen diesen Standpunkt spricht nicht (so Badura, DVBl 1966, 268; Schrödter, BBauG, 2. Aufl., § 24 Rdn. 8, S. 219; vgl. auch Zuleeg, DVBl 1967, 266, 269; NJW 1962, 2231, 2234 links mit Nachw.), daß der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die im Rahmen des Bundesbaugesetzes den Gemeinden auferlegten Überlegungen und Prüfungen darüber, ob die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen für die

Entstehung und Geltendmachung des Vorkaufsrechts vorliegen, den Art. 34 GG angewendet hat (Urteile vom 22. März 1965 - III ZR 211/63, WM 1965, 718 = DVBl 1965, 266 und vom 28. Juni 1965 - III ZR 220/62, WM 1965, 1153), und daher ein schuldhaft fehlerhaftes Verhalten bei dieser dem Vollzug vorausgehenden Tätigkeit zur Haftung der Gemeinde aus Amtspflichtsverletzung führen kann. Das dem Vollzug im Rahmen der Bodenordnung zunächst vorausgehende Verwaltungshandeln geht, ohne sich notwendig in einem Verwaltungsakt nach außen niederzuschlagen, in Ausübung eines öffentlichen Amtes vor sich, und der Verwaltung können dabei auch schon Pflichten gegenüber einem außenstehenden Dritten auferlegt sein, der von dem späteren Vollzug der internen Überlegungen, Prüfungen oder Beschlüsse betroffen wird.

Letztlich führt die Revision unter Hinweis auf verschiedene Erläuterungswerke zum Bundesbaugesetz ins Feld, die Rechtsstellung des Bürgers sei auf Grund der im Verwaltungsgerichtsverfahren herrschenden Untersuchungsmaxime besser als in dem dem Beibringungsgrundsatz unterliegenden Zivilprozeß. Diese Überlegung kann angesichts der Darlegungs- und Beweislast der Gemeinde nicht zu einer anderen Auslegung des Gesetzes führen. Bei der Ausübung des Vorkaufsrechts nach dem Bundesbaugesetz hat die Gemeinde auch die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen ihres Klageanspruchs darzulegen und zu beweisen (vgl. für das rheinland-pfälzische Aufbaugesetz schon BGHZ 36, 155). Davon, daß der Beibringungsgrundsatz schon an sich den Rechtsschutz einer Prozeßpartei schmälere, kann nicht ausgegangen werden. Die eigenartige Verbindung öffentlich-rechtlicher

und privatrechtlicher Elemente bei Entstehung, Ausübung und Wirkung des Vorkaufsrechts der Gemeinden kann jedoch, da die Ausübung dieses Rechts in gewissem Umfang dem Verwaltungshandeln gleichzustellen ist, Berücksichtigung im Prozeß gebieten (vgl. dazu unten IV, 3 c).

IV.

1. Die Entstehung des Vorkaufsrechts an dem streitigen Grundstück mit dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes (Ende Juni 1961) begründet das Berufungsgericht wie folgt: Das Grundstück liege im Gebiet des Baustufenplans von Bramfeld vom 4. August 1953, erneut festgestellt in der Verordnung über Baustufenpläne vom 14. Januar 1955 (Amtl. Anz. 1955 S. 61, Anl. 4 Bramsfeld-Steilshoop). Dieser Baustufenplan gelte gemäß § 173 Abs. 3 Satz 1 BBauG als Bebauungsplan ("übergeleiteter" Bebauungsplan) fort, denn er sei auf Grund der §§ 10, 11 der Baupolizeiverordnung für die Hansestadt Hamburg vom 8. Juni 1938 (HambVOBl 1938, 69) aufgestellt worden und erfülle sogar die Voraussetzungen, die gemäß § 30 BBauG an "qualifizierte Bebauungspläne" gestellt würden. Insofern gelte der Baustufenplan von Bramfeld auf Grund des § 2 der Verordnung über die Bauleitplanung zum Bundesbaugesetz vom 24. Mai 1961 (HambGesVOBl 1961, 173) i.V.m. § 173 Abs. 4 BBauG als übergeleiteter Bebauungsplan für fünf Jahre fort.

In diesem Plan sei das Grundstück als "Fläche für besondere Zwecke - Freibadeanstalt" bezeichnet und damit als Baugrundstück für den Gemeinbedarf im Sinn des § 24 Abs. 1 Nr. 1 BBauG ausgewiesen (festgesetzt). Auch eine

Freibadeanstalt, die dazu bestimmt sei, die Gesundheit der Bevölkerung zu erhalten und zu verbessern, diene der Allgemeinheit, und ihre Errichtung gehöre daher zum Gemeinbedarf, wie dieser in § 5 Abs. 2 Nr. 2 BBauG näher bestimmt sei. Da somit in dem Zeitpunkt, in dem die Vorschriften des 1. bis 3. Teils des Bundesbaugesetzes in Kraft getreten seien (Ende Juni 1961), die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Nr. 1 BBauG in Bezug auf das streitige Grundstück vorgelegen hätten, sei zu diesem Zeitpunkt das Vorkaufsrecht an dem Grundstück entstanden.

Gegen diese Ausführungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, bestehen keine rechtlichen Bedenken.

2. Zutreffend, von der Revision ebenfalls unangefochten, erblickt das Berufungsgericht in dem Kaufvertrag vom 30. Juli 1962 einen weiteren selbständigen Vorkaufsfall, wenn auch die Verkäuferin selbst noch nicht Grundstückseigentümerin geworden war, vielmehr ihre Rechte aus dem Kaufvertrag vom 14. November 1961 dem Beklagten übertragen worden sind, insbesondere der Auflassungsanspruch gegen ihren Verkäufer Biehl und das Recht aus der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung. Vorkaufs verpflichtet war Frau A. [REDACTED] kraft Gesetzes als Verkäuferin des Grundstücks, wie sich aus § 24 Abs. 1 BBauG ergibt; § 1094 Abs. 1 BGB ist nicht anwendbar. Beizupflichten ist dem Berufungsgericht auch darin, daß das Vorkaufsrecht während seines Bestehens in allen Vorkaufsfällen ausgeübt werden kann, wie dies auch nach den Aufbaugesetzen, soweit nichts anderes bestimmt war, der Fall gewesen ist.

3. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts durch das Schreiben vom 26. Mai 1967 sei, führt das Berufungsgericht weiter aus, der Kauf zwischen der Klägerin und der Vorkaufsverpflichteten unter den Bestimmungen zustande gekommen, welche die Verpflichtete mit dem Beklagten vereinbart habe, also ein Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Eigentums am Grundstück gegen die Verpflichtete entstanden, dem Beklagten gegenüber ausgestattet mit der Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs (§ 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG i.V.m. §§ 505, 1098 Abs. 2 BGB), weil die Klägerin entgegen dem Vortrag des Beklagten auf das Vorkaufsrecht nicht verzichtet, dieses Recht auch nicht verwirkt, es vielmehr mangels bisheriger Mitteilung des Kaufvertrags noch fristgerecht ausgeübt habe.

a) Das Berufungsgericht geht von dem Sachvortrag des Beklagten aus, nach dem der Kaufvertrag zwischen Frau A [REDACTED] und ihm von seinem Bevollmächtigten verschiedenen Dienststellen der Klägerin vorgelegt und mit diesen Dienststellen in ihrem Zuständigkeitsbereich auch über diesen Grundstückserwerb verhandelt worden ist. Das gilt auch für die Vorlage beim Amt für Verkehrssteuern, dem Amt für Landwirtschaft und dem Vermessungsamt, die die Revision zu Unrecht als übergangen ansieht. Das Berufungsgericht mißt diesen Vorlagen und Verhandlungen jedoch nicht die Bedeutung der in § 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG i.V.m. § 510 Abs. 1 BGB geforderten Mitteilung bei, die ihrerseits Voraussetzung für den Beginn der Ausübungsfrist ist (§ 24 Abs. 4 Satz 1 BBauG). Eine Anzeige müsse, führt das Berufungsgericht dazu aus, um als Mitteilung in diesem Sinne zu gelten, ihrem Inhalt und Adressaten nach eindeutig

ergeben, daß die anzeigende Vertragspartei den Vertrag der Gemeinde zum Zweck des Beginns der Frist zur Entscheidung über ihre Rechte mitteile.

Ob dieser Zweck sich unter allen Umständen eindeutig schon aus der Anzeige selbst ergeben muß, kann dahinstehen. Die Vorlage des Vertrags an eine zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht befugte Dienststelle zum Zwecke anderweitiger Bearbeitung, wie hier, genügt jedenfalls dann nicht, wenn diese Dienststelle auf das Vorkaufsrecht und den weiteren Zweck der Vorlage des Vertrags nicht hingewiesen wird. Soweit auf Seite 54 des Berufungsurteils ausgeführt ist, nur die Mitteilung an die zuständige Dienststelle habe die Ausschlußfrist in Lauf setzen können, bezieht sich dies allein auf die hier festgestellten Verhältnisse, nach denen der Vertrag Dienststellen der Klägerin, die nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts befugt waren, aus anderweitigen Anlässen vorgelegt worden ist, die Anzeige aber nicht an die Gemeinde zur Weiterleitung in eigener Zuständigkeit an die zur Ausübung des Vorkaufsrechts bestimmte Dienststelle gerichtet war. In einem solchen Fall wäre es, wie der Revision einzuräumen ist, Sache der Gemeinde, ihrer Posteingangsstelle entsprechende Anweisungen zur Weiterleitung von eingereichten Grundstückskaufverträgen zu geben. Im Ergebnis ist sonach nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Vorlage des Kaufvertrags an andere Dienststellen als an das Liegenschaftsamt W■■■■ hier nicht als Mitteilung im Sinn des § 510 Abs. 1 BGB ansieht.

b) Weiter hat das Berufungsgericht mit Recht den Umstand allein, daß verschiedenen Dienststellen der Klägerin, und zwar auch dem zur Ausübung des Vorkaufsrechts befugten Liegenschaftsamt W■■■■■■■■■■, der Abschluß und der Inhalt des Kaufvertrags bekannt war, nicht der Mitteilung durch eine der Vertragsparteien gleichgesetzt. Die Revision möchte jedoch die Ausübung des Vorkaufsrechts nach nahezu fünf Jahren allein wegen des Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Mitteilung durch eine der Vertragsparteien unter diesen Umständen als rechtsmißbräuchlich gewertet wissen, da die Ausübung mit dem vorausgegangenen Verhalten der Klägerin, nämlich den jahrelangen Verhandlungen verschiedener Dienststellen über die Benutzung und Verwertung des Grundstücks und der Einblicknahme des zuständigen Beamten des Liegenschaftsamts W■■■■■■■■■■ in die Grundbuchakten und in den Kaufvertrag im März 1963, in einem unvereinbaren Widerspruch stehe.

Diese Rüge ist nicht begründet. Der Beklagte konnte unter den gegebenen Umständen aus der - allein als maßgeblich in Betracht kommenden - Kenntnis des Liegenschaftsamts nicht entnehmen, die Klägerin werde ihre Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts ohne Mitteilung von Seiten einer der Vertragsparteien treffen. Die Besonderheit des Falles liegt darin, daß die Klägerin an dem Erwerbsrecht ("Ankaufsrecht") nach § 25 Abs. 3 BBauG gegenüber der Erstkäuferin festhalten wollte und erkennbar allein aus diesem Grund vor einer Mitteilung des Zweitkaufs keinen Anlaß gesehen hat, sich über die Ausübung des Vorkaufsrechts auf Grund des Zweitkaufs zu erklären. Aus diesem Grund konnte der Beklagte oder die Vorkaufsverpflichtete

sich nicht wegen des Verhaltens anderer Dienststellen (langjährige Verhandlungen über die Plangestaltung oder -umgestaltung und über eine planmäßige Benutzung des Grundstücks durch den Beklagten; Schreiben des Rechtsamts der Klägerin vom 14. September 1966 und vom 28. September 1966) als von der Mitteilungspflicht entbunden ansehen. Insbesondere konnte der Beklagte sich vor der Mitteilung des Zweitkaufs nicht darauf einrichten, daß für ihn als Zweitkäufer nichts anderes gelte als für die Erstkäuferin, der gegenüber die Klägerin im Schreiben vom 5. April 1962 erklärt hatte, das Vorkaufsrecht nicht ausüben zu wollen und weiter, daß die Klägerin also dem Zweitkauf, etwa wegen des höheren Kaufpreises, keine Bedeutung mehr beilege und daher eine Ausübung des Vorkaufsrechts anlässlich des Zweitkaufs "selbstverständlich" nicht mehr in Betracht komme. Dafür gab dem Beklagten auch nicht die Ausübung des Ankaufsrechts im April 1966 hinreichenden Anlaß. Das Berufungsgericht zieht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung zutreffend in Betracht, daß eben die langen Verhandlungen hinreichend deutlich erkennen ließen, daß die Klägerin auf die ihr zustehenden Zugriffsrechte nicht verzichten wollte. Aus welchen Gründen die Klägerin in erster Linie auf ihrem Erwerbsrecht nach § 25 Abs. 3 BBauG auf Grund des Erstkaufs beharrte und daher die Ausübung des Vorkaufsrechts auf Grund des Zweitkaufs nach § 24 oder § 25 Abs. 1 BBauG jahrelang zurückstellte, spielt unter diesen Umständen keine entscheidende Rolle. Im übrigen hatte der Beklagte selbst die Möglichkeit, die Klägerin zur Erklärung über ihr Vorkaufsrecht zu zwingen.

Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung auch nicht den Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 14. September 1968 Seite 9 bis 14 und Seite 20 bis 23 unberücksichtigt gelassen. Soweit der Beklagte dort (Seite 13 f) i.V.m. dem Vortrag im Schriftsatz vom 5. Dezember 1967 auf Seite 5/6 durch den Antrag auf Vorlage von Urkunden, die sich im Besitz der Beklagten befinden (Akten verschiedener Dienststellen), Beweis angetreten hat, ist dieser Beweisantritt unerheblich, da die unter Beweis gestellten Behauptungen (Verhandlungen über Einzelheiten des Grundstücks in Kenntnis des Inhalts des Zweitkaufs), wie dargelegt, unter den gegebenen Umständen weder einen Verzicht auf die Mitteilung noch einen Verzicht auf das Vorkaufsrecht selbst noch die Verwirkung dieses Rechts begründen.

c) Anders verhält es sich aber mit dem auf Seite 51/52 des Berufungsurteils wiedergegebenen Sachvortrag des Beklagten: Der Regierungsoberinspektor Ar[REDACTED] habe anlässlich der Erörterung vom 19. März 1964, als ihm durch den Bevollmächtigten des Beklagten (A[REDACTED]) der Kaufvertrag A[REDACTED]/Beklagter mitgeteilt worden sei, erklärt, die Klägerin wolle das Vorkaufsrecht aus diesem Vertrag nicht ausüben. Wäre damals eine Mitteilung des Kaufvertrags an den Beamten des Liegenschaftsamts erfolgt, so hätte jedenfalls die Ausübungsfrist von einem Monat schon damals zu laufen begonnen. Auch ohne Mitteilung wäre ein Verzicht (durch Erlaßvertrag) nicht ausgeschlossen. Diese im Urteil erwähnten, bestrittenen Behauptungen berücksichtigt das Berufungsgericht deshalb nicht, weil sie nur unzureichend unter Beweis, nämlich allein unter einen unzulässigen

Urkundenbeweis, gestellt worden seien. Letztlich hält das Berufungsgericht, abgesehen von anderen Bedenken, diesen Beweis für unzulässig, weil der Beklagte sich zwar auf Akten von 13 verschiedenen Dienststellen der Klägerin bezogen habe, darunter sich aber nicht die Dienststelle des Regierungsoberinspektors Ar██████ befinde, nämlich das für die Ausübung des Vorkaufsrechts zuständige Liegenschaftsamt H██████-W██████.

Die dagegen erhobene Rüge ist begründet.

Die Revision hat unter Vorlage des Handbuchs der Freien und Hansestadt H██████ 1963 dargetan, daß das Ortsamt B██████ keine eigene Liegenschaftsabteilung besitzt, für B██████ vielmehr das Liegenschaftsamt des Bezirksamts W██████ unmittelbar zuständig ist. Mit der Revision ist davon auszugehen, daß der Beklagte mit der Bezeichnung "Liegenschaftsabteilung des Ortsamts B██████" die Behörde, die die maßgebliche Urkunde besitzen soll, nämlich das "Bezirksamt W██████ - Liegenschaftsamt - Abteilung B██████" für die Klägerin, aber auch für das Gericht hinreichend genau bezeichnet hat. Dies umso mehr, als sich die Urkunde über eine Verhandlung an einem genau bestimmten Tag mit diesem Amt verhalten soll. Nach dem Zusammenhang des Beweisantrags war er nicht schlechthin auf die Beziehung behördlicher Akten, was unzureichend wäre (Urteil des III. Zivilsenats vom 28. Juni 1971 - III ZR 111/68, S. 14, insoweit NJW 1971, 1699 nicht abgedruckt), sondern auf die Vorlage einer bestimmten Urkunde gerichtet. Der Revision ist auch zuzugeben, daß hier mit der Angabe der unter Beweis gestellten Behauptung (Mitteilung des

Vertrags durch den Bevollmächtigten des Beklagten und Erklärung des Regierungsoberinspektors Ar████ anlässlich der Besprechung oder Verhandlung dieses Bevollmächtigten mit Ar████ am 19. März 1964) der angebliche Inhalt der Urkunde hinreichend bezeichnet ist (§ 424 Nr. 3 ZPO).

Zweifelhaft bleibt allenfalls, ob dem Beweisantrag die erforderliche Bezeichnung der Urkunde insofern fehlt (§ 424 Nr. 1 ZPO), als der Beklagte nicht vorgetragen hat, ob es sich um eine Niederschrift oder einen Aktenvermerk handelt, und ob damit der Verpflichtungsgrund zur Vorlegung bezeichnet und glaubhaft gemacht ist (§ 424 Nr. 5 i.V.m. § 422 ZPO und § 810 BGB). Läge nur eine einseitige Aufzeichnung als Erinnerungsstütze für den Sachbearbeiter vor, so brauchte diese nach § 810 BGB nicht vorgelegt zu werden. Solche Aufzeichnungen sind nicht Urkunden, die Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft im Sinn des § 810 BGB enthalten, wie dies bei einem Schriftwechsel oder einer Niederschrift über die Verhandlung der Fall ist. Ein späterer Vermerk, der den Inhalt der Verhandlung aktenkundig machen soll, oder eine Niederschrift während der Verhandlung kann aber im vorliegenden Fall auch im Interesse des Vorkaufsverpflichteten oder des Dritten niedergelegt sein und damit eine im Interesse dieser Person errichtete Urkunde darstellen. Es darf nämlich in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, und darauf hat der Beklagte im Schriftsatz vom 14. September 1968 Seite 15 unter Nr. 5 ausdrücklich hingewiesen, daß die Ausübung des Vorkaufsrechts und die damit im Zusammenhang stehenden Verhandlungen, wenn auch in privatrechtlicher Form, so doch nicht im rein fiskalischen Bereich der Klägerin, sondern im Rahmen ihrer

Verwaltungsaufgaben liegt. Unter diesem Blickpunkt ist der Vorkaufsverpflichteten und auch dem in seinen Beweismöglichkeiten eingeschränkten Dritten ein Recht auf Vorlegung von Urkunden zuzubilligen, die im Rahmen dieser Verwaltungstätigkeit rechtserhebliche Vorgänge in den Verwaltungsakten urkundlich festhalten. Für das Verwaltungsstreitverfahren hat dieser Gedanke in den §§ 98, 99 VwGO allgemeinen Ausdruck gefunden.

Das angefochtene Urteil war daher insoweit, als der Klage stattgegeben worden ist, aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

V.

Die Einwendungen, die die Revision gegen die vom Berufungsgericht angenommene Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts der Klägerin (§ 1098 Abs. 2 BGB) im Verhältnis zu der Wirkung der zugunsten der Erstkäuferin eingetragenen und mit dem Auflassungsanspruch entsprechend § 401 BGB auf den Beklagten übertragenen Auflassungsvormerkung erhebt, haben im Ergebnis keinen Erfolg.

a) Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob (rechtsgeschäftliche oder gesetzliche) Vorkaufsrechte die in § 1098 Abs. 2 BGB bestimmte Wirkung, nämlich diejenige einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstandenen Anspruchs auf Übertragung des Eigentums, "grundsätzlich" frühestens mit dem Vorkaufsfall entfalten, wie dies nach der herrschenden

Meinung und mit RGZ 154, 370, 377 der Fall sei. Jedenfalls dürfe das Vorkaufsrecht der Gemeinde nicht durch Manipulation der Kaufvertragsparteien, etwa wie hier durch Abtretung eines mit einer älteren Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs, vereitelt werden. In derartigen Fällen müsse die Schutzfunktion des Vorkaufsrechts (d.h. die nach § 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG i.V.m. § 1098 Abs. 2 BGB festgelegte Wirkung des gesetzlichen Vorkaufsrechts) ausnahmsweise bereits mit der Entstehung des Vorkaufsrechts einsetzen. Mindestens sei dies im vorliegenden Fall angebracht, in dem beim ersten Vorkaufsfall das Vorkaufsrecht nicht ausübbar gewesen sei und der Käufer bei dem zweiten Vorkaufsfall durch die Abtretung der aus dem ersten Kauf herrührenden Auflassungsvormerkung eine Rechtsposition erlangt habe, der die vorkaufsberechtigte Klägerin nach den Grundsätzen der herrschenden Meinung überhaupt nicht mehr habe begegnen können.

Nach Ansicht der Revision rechtfertigt die Möglichkeit von Rechtsmißbrauch und Gesetzesumgehung nicht die Abkehr von der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der allgemein herrschenden Rechtsauffassung. Im vorliegenden Fall liege auch gar keine solche Manipulation vor, wie sie das Berufungsgericht im Auge habe. Der Beklagte habe im Gegenteil aus dem gesamten Verhalten der Klägerin seit Abschluß des ersten Kaufs bis zum Bescheid vom 5. April 1966 annehmen dürfen, daß das Vorkaufsrecht aus dem Zweitkauf nicht ausgeübt werde. Irrigerweise gehe das Berufungsgericht überdies auch davon aus, daß das Vorkaufsrecht nicht schon beim Erstkauf ausübbar gewesen sei. Es bestehe unter den vor-

liegenden Umständen nicht das geringste Bedürfnis der Klägerin, dem Beklagten den durch die Auflassungsvormerkung begründeten Vorrang gegenüber dem erst am 26. Mai 1967 ausgeübten Vorkaufsrecht zu nehmen. Angesichts der Unsicherheit, die durch die Entbehrlichkeit der Eintragung des gesetzlichen Vorkaufsrechts in den Grundstücksverkehr gebracht werde, erscheine es erst recht ungerechtfertigt und unangebracht, die Wirkungen dieses Vorkaufsrechts über die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches hinaus zu erweitern.

Diese Rügen können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Dem Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums, der aus dem nach § 505 Abs. 2 BGB durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkaufsberechtigten und -pflichtigen zustande kommenden Kauf entsteht (§ 1098 Abs. 2 BGB).

Im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten ist die Eigentumsübertragung auf den Dritten gemäß § 883 Abs. 2 BGB insoweit unwirksam, als sie nach der Eintragung der hier fingierten Vormerkung erfolgt und den Anspruch des Vorkaufsberechtigten vereiteln oder beeinträchtigen würde. RGZ 154, 370 betrifft die Belastung eines Grundstücks, die vor der Genehmigung des zur Vorkaufsrechtsausübung berechtigenden Kaufs und vor Ausübung des Vorkaufsrechts vorgenommen worden ist. Das Reichsgericht hat in diesem Urteil unter Bezugnahme auf Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl., § 1098 Anm. 3 b, beta Abs. 3 ausgeführt, der Vormerkungs-

schutz aus § 1098 Abs. 2 BGB beginne nicht etwa mit der Begründung des Vorkaufsrechts, sondern frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die Ausübung des Vorkaufsrechts möglich sei, d.h. bei einem genehmigungsbedürftigen Kauf im Zeitpunkt der behördlichen Genehmigung. Die Gegenansicht - nämlich die Ansicht, nach der der Vormerkungsschutz auf die Zeitspanne zu erstrecken sei, in der das Vorkaufsrecht noch nicht ausübbar gewesen und noch nicht ausgeübt worden sei - würde zu einer unerträglichen Sperre des Grundbuchs aller mit einem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücke führen. Dies entspricht für alle Verfügungen, die das Grundstück belasten, der herrschenden Meinung. Die Sicherung des Auflassungsanspruchs nach §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 BGB gegenüber belastenden Verfügungen über das Grundstück setzt frühestens in dem Zeitpunkt ein, in dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann (Vorkaufsfall). Anders ist jedoch die Übertragung des Eigentums, soweit der Auflassungsanspruch auf Kauf beruht, zu beurteilen. Der Sinn und Zweck der dinglichen Belastung nach § 1098 Abs. 2 BGB besteht darin, den durch Kauf und Ausübung bedingten Übereignungsanspruch des Vorkaufsberechtigten zu sichern, und zwar nicht erst vom Zeitpunkt seiner Entstehung an, sondern als bedingten Anspruch, schon von der Begründung des Vorkaufsrechts an. Das dinglich gesicherte Vorkaufsrecht verpflichtet den Grundstückseigentümer (§ 1094 Abs. 1 BGB). Die Übertragung des Eigentums auf Grund Kaufs erfolgt durch ihn in aller Regel nach Abschluß und Genehmigung des Kaufvertrags, Sollte jedoch der vorkaufspflichtige Eigentümer sein Eigentum vor dem Kauf oder vor dessen Genehmigung an den Käufer übertragen haben, so ist nicht einzusehen, daß der Vorkaufsberechtigte

deshalb des in § 1098 Abs. 2 BGB vorgesehenen dinglichen Schutzes seines bedingten Übereignungsanspruchs nicht teilhaftig sein sollte. Auch im Schrifttum wird hervorgehoben, daß vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls eine auch dem Berechtigten gegenüber wirksame Eigentumsübertragung möglich sei, sofern nicht dieser Eigentumsübertragung ein Kauf zugrunde liege (BGB RGRK, 10. Aufl., § 1098 Anm. 5), und daß der vom Gesetz vorgesehene Vormerkungsschutz im Sinn des § 1098 Abs. 2 gegenüber Belastungen des Grundstücks nicht vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls einsetze (Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., § 125, II, 5 b; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb., § 126, V, 2 a; Soergel/Baur, BGB, 10. Aufl., § 1098 Rdn. 4). Der Schutz gegen Übereignung auf Grund Kaufs seit Begründung des Vorkaufsrechts muß dem Berechtigten auch verbleiben, wenn der Verkäufer eines Grundstücks, wie hier, ohne Eigentümer zu sein, vorkaufspflichtig ist, seinen durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch gegen seinen noch eingetragenen Verkäufer mit Abschluß des Zweitkaufs an den Zweitkäufer abtritt und später das Vorkaufsrecht auf Grund des Zweitkaufs ausgeübt wird. Im Ergebnis entspricht bei dem gesetzlichen, keiner Eintragung bedürftigen Vorkaufsrecht dem Zeitpunkt, in dem sonst die Eintragung der Vormerkung (§ 883 BGB) erfolgt, soweit es sich um den Schutz gegen die Übertragung des Grundstückseigentums an einen Dritten auf Grund eines Kaufs handelt, der Zeitpunkt, in dem das Vorkaufsrecht entsteht. Das hat der Senat schon im Urteil vom 14. Januar 1972 (BGHZ 58, 78 = WM 1972, 290) ausgesprochen. Dies führt zu keiner Sperre des Grundbuchs, gewährleistet aber die vom Gesetz vorgesehene Sicherung des bedingten Übereignungsanspruchs des Vor-

kaufsberechtigten auch in den Fällen, in denen die diesen Anspruch vereitelnde Verfügung in die Zeit vor den Abschluß des Kaufvertrags (Vorkaufsfall) fällt.

Aus dem Umstand, daß der Vorkaufsfall erst nach der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruchs, der dem Beklagten abgetreten worden ist, eingetreten ist, kann sonach nicht der Vorrang des dem Beklagten übertragenen Eigentums im Verhältnis zu dem Auflassungsanspruch der Klägerin gegenüber der Vorkaufspflichtigen abgeleitet werden, der sich seinerseits aus der Ausübung des Vorkaufsrechts ergibt, das schon vor der Eintragung der Vormerkung begründet worden ist. Das gesetzliche Vorkaufsrecht geht sogar, um seinen Zweck zu erfüllen, anderen Vorkaufsrechten im Rang vor (§ 24 Abs. 5 Satz 1 BBauG). Eine Pflicht zur Entschädigung des anderen Vorkaufsberechtigten entsteht in einem solchen Fall nach § 28 Satz 1 BBauG folgerichtig nur, wenn diesem das Vorkaufsrecht schon zugestanden hat, bevor das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde begründet worden ist.

b) Das Rangverhältnis zwischen dem Auflassungsanspruch der Klägerin und dem Eigentum des Beklagten wäre übrigens auch vom Standpunkt der Revision aus (dingliche Sicherung des Auflassungsanspruchs der Vorkaufsberechtigten erst ab Vorkaufsfall) nicht anders zu beurteilen:

Die zugunsten der Erstkäuferin am 27. November 1961 eingetragene Auflassungsvormerkung sicherte nicht den Auflassungsanspruch des Beklagten gegen die Erstkäuferin, seine Verkäuferin, sondern deren Auflassungsanspruch gegen ihren Verkäufer B[REDACTED]. Wenn zur Sicherung des Auflassungs-

anspruchs des Beklagten keine weitere Vormerkung zur Sicherung seines Auflassungsanspruchs eingetragen - sie hätte erst nach dem hier entscheidenden Vorkaufsfall eingetragen werden können - , vielmehr der Auflassungsanspruch seiner Verkäuferin samt der zur Sicherung ihres Anspruchs eingetragenen Vormerkung ihm im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls abgetreten worden ist, so gewann sein erst durch den Vorkaufsfall entstandener Auflassungsanspruch nicht für die rückliegende Zeit, in der sein Anspruch noch gar nicht entstanden war, eine Sicherung im Sinn des § 883 Abs. 2 BGB. Der Beklagte kann aber auch die zugunsten des Auflassungsanspruchs seiner Verkäuferin wirkende Vormerkung nicht der Klägerin gegenüber in Anspruch nehmen, da diese Vormerkung bis zu ihrer Abtretung nur den Anspruch seiner Verkäuferin sicherte. Der Dritte kann durch die Abtretung eines Auflassungsanspruchs des noch nicht eingetragenen Vorkaufspflichtigen, der durch eine Vormerkung gegen anderweitige Verfügungen seines noch eingetragenen Verkäufers gesichert ist, gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nicht dadurch besser gestellt sein, als er in dem Fall stünde, in dem das Eigentum in Erfüllung des Erstkaufs zuerst auf den Verpflichteten eingetragen, gleichzeitig mit dem Zweitkauf (Vorkaufsfall) eine weitere Vormerkung zur Sicherung des Dritten eingetragen und alsdann das Eigentum auf den Dritten übertragen worden wäre. Die Übertragung des durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs der Erstkäuferin (Vorkaufspflichtigen) auf den Zweitkäufer verschafft diesem zwar Schutz gegen Verfügungen des Eigentümers vor der Übertragung des Auflassungsanspruchs, die die Übereignung

auf seine Verkäuferin (Erstkäuferin) vereitelt oder beeinträchtigt hätten, sie sichert ihn aber nicht gegen ein mit der Wirkung des § 1098 Abs. 2 BGB ausgestattetes Vorkaufsrecht, das eben durch den Kauf, auf dem die Abtretung des Auflassungsanspruchs beruht, ausübbar geworden ist. Maßgebend ist in dem Verhältnis des Dritten (Zweitkäufers) zum dinglich gesicherten Vorkäufer nicht der Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung zugunsten des Vorkaufspflichtigen, sondern der Zeitpunkt der Übertragung der Vormerkung auf den Dritten. Soweit Verfügungen seinen Übereignungsanspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, verfallen sie nur insoweit der relativen Unwirksamkeit nach Maßgabe des § 883 Abs. 2 BGB, als sie nach diesem Zeitpunkt über das Grundstück getroffen werden. Dies trifft auf die spätestens im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls einsetzende dingliche Wirkung des Vorkaufsrechts nicht zu.

VI.

Da die Kostenentscheidung von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt, war die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu übertragen.

Rothe

Dr. Freitag

Hill

Offterdinger

von der Mühlen