



Gemeindliche Vorkaufsrechte – Entstehung, Ausübung, Folgen

Ein Überblick unter Berücksichtigung des neuen Baulandmobilisierungsgesetzes

Gemeindliche Vorkaufsrechte haben als städtebauliches Instrument zur Sicherung der Bauleitplanung und anderer städtebaulicher Maßnahmen in der jüngeren Vergangenheit an Bedeutung gewonnen. Sie gelten als probates Mittel zur Verwirklichung städtebaulicher Ziele.

Das am 23. Juni 2021 in Kraft getretene Baulandmobilisierungsgesetz (**BMobG**) soll vor allem den Wohnungsbau fördern. Dazu schafft es planungsrechtliche Vereinfachungen und erweitert die Handlungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden. Dies umfasst auch eine Stärkung gemeindlicher Vorkaufsrechte.

Dieser Beitrag stellt die allgemeinen Voraussetzungen gemeindlicher Vorkaufsrechte und den praktischen Ablauf ihrer Ausübung dar. Dabei steht das durch das BMobG gestärkte Recht der Gemeinde, das Grundstück nicht zum vereinbarten Kaufpreis, sondern zum Verkehrswert zu erwerben (preislimitiertes Vorkaufsrecht) im Fokus.

Bisher waren Gemeinden bei der Ausübung des Vorkaufsrechts grundsätzlich an den vereinbarten Kaufpreis im Erstkaufvertrag, also im ursprünglichen Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Erstkäufer, gebunden. Dieser konnte ausnahmsweise auf einen niedriger liegenden Verkehrswert herabgesetzt werden, aber nur dann, wenn der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert „in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich überschreitet“. Eine Herabsetzung des Vorkaufspreises war also nur bei erheblicher und erkennbarer Betragsdifferenz möglich. Diese Einschränkung ist nun entfallen. Das kann erhebliche praktische Auswirkungen für alle Investoren, Bestandshalter und Projektentwickler haben.

Funktionsweise gemeindlicher Vorkaufsrechte

Gemeinden steht beim *Kauf von bebauten und unbebauten Grundstücken* zwischen dem Verkäufer und einem Dritten (Vorkaufsfall) unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu. Ausgeübt werden darf es nur zum Wohl der Allgemeinheit, etwa um auf die künftige bauliche Nutzung Einfluss zu nehmen (§§ 24 ff. BauGB).

In Ausnahmefällen kann auch ein *kaufähnliches Vertragsverhältnis*, das bei formaler Betrachtung kein Kauf eines Grundstücks ist, einen Vorkaufsfall auslösen, wenn es bestimmte Anforderungen erfüllt und der Umgehung des Vorkaufsrechts dienen soll. Im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen hier seit jüngerer Zeit vermehrt Anteilsverkäufe (Share Deals).

Besteht ein gemeindliches Vorkaufsrecht, müssen Verkäufer und Erstkäufer den Vertragsschluss unverzüglich der Gemeinde mitteilen – in der Regel wird der beurkundende Notar angewiesen, diese Aufgabe zu übernehmen. Die Vorlage eines Nachweises über die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts (Negativattest) ist zwingende Voraussetzung für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch und wird daher üblicherweise als Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises vereinbart. Ein Negativattest ist nicht erforderlich, wenn die Gemeinde im Vorfeld für sämtliche Grundstücke des Gemeindegebiets oder sämtliche Grundstücke einer Gemarkung auf ihr Vorkaufsrecht verzichtet hat, dem Grundbuchamt dies mitgeteilt und auch ihren per Gesetz bestehenden Widerrufsvorbehalt nicht ausgeübt hat.

Verzichtet die Gemeinde nicht auf ihr Vorkaufsrecht, kann sie dieses innerhalb einer dreimonatigen (bisher: zweimonatigen) Frist nach ihrem Ermessen ausüben.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer. Der Verwaltungsakt muss neben der üblichen Begründung auch einen Verwendungszweck angeben. Letzterer muss erkennen lassen, dass die Inanspruchnahme des Grundstücks durch das Wohl der Allgemeinheit gedeckt ist und welche Ermessenserwägungen die Gemeinde zugrunde gelegt hat. Der Verwaltungsakt kann mit Rechtsmitteln angegriffen werden.

Mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts kommt zwischen dem Verkäufer und der Gemeinde ein neuer, rechtlich selbständiger Vertrag (neuer Kaufvertrag) mit dem Inhalt des Erstvertrags zustande. Ein Eintritt in den ursprünglichen Kaufvertrag erfolgt nicht. Zwar wird dem Verkäufer durch die Vorkaufsrechtsausübung ein neuer

Vertragspartner zugewiesen, jedoch kann der Verkäufer seine Veräußerungsabsicht verwirklichen.

Preislimitierung (§ 28 Abs. 3 BauGB)

Erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für den Verkäufer kann das preislimitierte Vorkaufsrecht nach sich ziehen. Dieses berechtigt (nicht verpflichtet) Gemeinden, nach pflichtgemäßem Ermessen den im Erstkaufvertrag vereinbarten Kaufpreis herabzusetzen, wenn dieser den Verkehrswert übersteigt. In der Theorie dürfte es zwar keinen großen Unterschied zwischen Kaufpreis und Verkehrswert geben, zumal gesetzlich klargestellt ist, dass der Verkehrswert mit dem Marktwert identisch sein muss (§ 194 BauGB). In der Praxis kann der Unterschied aber enorm sein, weil die Verwaltung beim Verkehrswert auf die offizielle Kaufpreissammlung (§ 195 BauGB) und die sich daraus ableitenden Bodenrichtwerte (§ 196 BauGB) rekurriert, diese aber in Phasen dynamischer Marktentwicklung regelmäßig hinter der eigentlichen Wertentwicklung zurückbleiben.

Bislang war eine Gemeinde bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts in der Regel an die Höhe des im Erstkaufvertrag verhandelten Kaufpreises gebunden. Nur in Ausnahmefällen konnte die Gemeinde den vereinbarten Kaufpreis auf den Verkehrswert des Grundstücks im Zeitpunkt des Kaufes reduzieren, wenn der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert **in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich** überschritt (§ 28 Abs. 3 S. 1 BauGB a.F.). Diese Erheblichkeitsschwelle war gesetzlich nicht definiert und wurde überwiegend bei einer Überschreitung des Verkehrswertes um 20 bis 30 % angenommen, teilweise stellte die Rechtsprechung auf einen absoluten Differenzbetrag ab.

Das BMoBG hat diese Einschränkung gestrichen, sodass die Gemeinde nunmehr **stets dazu berechtigt** ist, den zu zahlenden Betrag nach dem Verkehrswert des Grundstücks im Zeitpunkt des Abschlusses des Erstkaufvertrages zu bestimmen. Damit ist die Gemeinde **nicht mehr an einen den Verkehrswert übersteigenden Kaufpreis gebunden**; das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis wurde umgekehrt.

Reduziert die Gemeinde bei Ausübung ihres Vorkaufsrechts den Kaufpreis, steht dem Verkäufer – wie schon bisher – ein gesetzliches, wenn auch zeitlich begrenztes Rücktrittsrecht zu. Der Rücktritt muss spätestens einen Monat nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts, durch den die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht ausübt, erklärt werden. Der Verkäufer ist also nicht gezwungen, sein Eigentum zu einem von ihm nicht gewollten Preis zu übertragen. Er kann aber auch nicht mehr verlangen, dass der Erstkaufvertrag zum vereinbarten Kaufpreis erfüllt wird.

Rechtsfolge des Rücktritts ist die Rückabwicklung des Kaufvertrags, die Rückgewähr der empfangenen Leistungen und die Herausgabe der gezogenen

Nutzungen. Die Gemeinde hat ferner die „Kosten des Vertrags“ auf der Grundlage des Verkehrswerts zu tragen. Nach der gesetzlichen Systematik bezieht sich die Kostentragungspflicht nur auf den Zweitkaufvertrag (z.B. etwaige Notarkosten). Ob auch Kosten im Zusammenhang mit dem Erstkaufvertrag erstattungsfähig sind, ist nicht abschließend geklärt. Der BGH hat jedenfalls in einer älteren Entscheidung auch die Maklerkosten aus dem Erstvertrag für erstattungsfähig gehalten. Ein Schadensersatzanspruch steht dem Verkäufer gegenüber der Gemeinde jedoch nicht zu.

Abwendungsrecht und Abwendungsvereinbarung

Der Erstkäufer hat unter gewissen Voraussetzungen das Recht, die Vorkaufsrechtsausübung abzuwenden, indem er sich dazu verpflichtet, das Grundstück nach den baurechtlichen Vorschriften oder den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme – kurz gesagt: gemäß den Anforderungen des Allgemeinwohls – zu nutzen.

In der Praxis werden häufig detaillierte Abwendungsvereinbarungen in Form von öffentlich-rechtlichen Verträgen geschlossen, die (anders als die einseitige Abwendungserklärung) teilweise weit über den gesetzlich vorgeschriebenen Abwendungszweck hinausgehen und zudem Sicherheiten für die Gemeinden im Falle von Leistungsstörungen beinhalten.

Auswirkungen der Reform und Handlungsempfehlungen

Für den Verkäufer und den Erstkäufer wäre es wünschenswert, die Vorkaufsrechtsausübung der Gemeinde im Vorfeld einer Transaktion verbindlich auszuschließen. Doch das gelingt nur äußerst selten. Gelegentlich geben Gemeinden schon vor Abschluss eines Grundstückskaufvertrags verbindlich Auskunft zu ihren Plänen; manchmal sogar verbindlich in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, einer Zusage oder einer Verzichtserklärung. Gesetzlich verpflichtet sind sie hierzu aber nicht.

Zwar mag der Versuch sich lohnen, die Erfolgsaussichten eines solchen Vorgehens sind und bleiben aber ungewiss. Denn oft fürchten die Gemeinden, durch eine verbindliche Erklärung, ihr Vorkaufsrecht nicht auszuüben, ihre gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten zu verlieren. Daher wird auch in Zukunft nur in wenigen Fällen damit zu rechnen sein, ein vorzeitiges Negativattest oder eine verbindliche Nichtausübungserklärung der Gemeinde zu erwirken.

Zu empfehlen bleibt, einen offenen Austausch mit der betreffenden Gemeinde über die Ausübungspraxis ihrer Vorkaufsrechte anzustreben, um rechtzeitig Anhaltspunkte für eine (wenn auch unverbindliche) Prognose der letzten Ermessensentscheidung der Gemeinde gewinnen zu können. In unserer Praxis hat sich bislang

gezeigt, dass sich die Gemeinden oftmals an ihre im Vorfeld getroffenen Auskünfte halten.

Eine vollständige Sicherheit über den tatsächlichen Umgang der Gemeinde mit ihrem Vorkaufrecht kann dadurch aber nicht erlangt werden. Angesichts der vereinfachten Anforderungen an die Ausübung eines preislimitierten Vorkaufsrechts werden Gemeinden künftig voraussichtlich häufiger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, da diese nicht mehr an (vermeintlich) überhöhte Kaufpreise gebunden sind, sodass sich Investoren stets rechtzeitig und umfassend über die jeweilige kommunale Praxis der Vorkaufsrechtsausübung informieren sollten.

Bei der rechtlichen Gestaltung einer Transaktion ist ein Vorkaufsrecht der Gemeinde stets im Blick zu halten und zu berücksichtigen. Es empfiehlt sich, Schutzmechanismen, wie beispielsweise Rücktrittsrechte und Kostenersatzansprüche, aber auch Vereinbarungen zur Prozessführung, in den Erstkaufvertrag aufzunehmen, um die Folgen einer Vorkaufsrechtsausübung abzumildern.

Der Share Deal als Alternative

In der Praxis kann sich in bestimmten Fällen auch der Verkauf von Gesellschaftsanteilen (Share Deal) anbieten. Da bei einem Share Deal nur die Anteile an einer grundstückshaltenden Gesellschaft und nicht das Grundstück selbst übertragen werden, liegt grundsätzlich kein das gemeindliche Vorkaufsrecht auslösender Kaufvertrag über ein Grundstück vor, sondern ein Anteilskaufvertrag. Allerdings kann bei bewussten Umgehungsgeschäften eine andere Betrachtung unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt sein (siehe dazu im Detail unser Briefing „Das gemeindliche Vorkaufsrecht und Share Deals: Was gilt?“).

Ob auch künftig Share Deals vom gemeindlichen Vorkaufsrecht verschont bleiben, ist ungewiss. Gesetzgeberische Reformbemühungen zur Ausweitung Beschränkung dieser Gestaltungsmöglichkeit blieben bislang erfolglos. Allerdings hat jüngst das Bezirksamt Berlin-Neukölln erstmals die Ausübung eines Vorkaufsrechts bei einem Share Deal erklärt; es habe sich um eine Umgehung gehandelt (sog. „kaufähnlichen Vorgang“), bei dem ausnahmsweise ein Vorkaufsrecht bestehe. Ob die Entscheidung des Bezirksamts Neukölln rechtlich Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

Unsere Real-Estate-Experten

Dr. Johannes Conradi

Partner

T +49 40 36 90 61 68

E johannes.conradi@freshfields.com

Dr. Niko Schulz-Süchting

Partner

T +49 40 36 90 62 73

E niko.schultz-suechting@freshfields.com

Dr. Timo Elsner

Partner

T +49 69 27 30 81 68

E timo.elsner@freshfields.com

Dr. Marcus Emmer

Of Counsel | Notar

T +49 69 27 30 81 25

E marcus.emmer@freshfields.com

Dr. Julia Haas

Partner

T +49 69 27 30 81 58

E julia.haas@freshfields.com

Dr. Gerrit Beckhaus

Partner

T +49 40 36 90 61 68

E gerrit.beckhaus@freshfields.com

Moritz Heidbuechel

Counsel

T +49 69 27 30 81 58

E moritz.heidbuechel@freshfields.com

Sascha Arnold

Counsel

T +49 40 36 90 62 75

E sascha.arnold@freshfields.com

Dr. Kirsten Schlömer

Senior Knowledge Lawyer

T +49 40 36 90 64 28

E kirsten.schloemer@freshfields.com

freshfields.com

Diese Dokumentation wird zur Verfügung gestellt von der internationalen Anwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer, die in zahlreichen Ländern in unterschiedlichen Organisationsformen tätig ist. Weitere regulatorische Informationen finden Sie unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

Freshfields Bruckhaus Deringer hat Niederlassungen und assoziierte Partnerkanzleien in Bahrain, Belgien, China, Deutschland, England, Frankreich, Hongkong, Italien, Japan, den Niederlanden, Österreich, Russland, Singapur, Spanien, Vietnam, den Vereinigten Arabischen Emiraten und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Diese Dokumentation dient der allgemeinen Information und ist nicht als umfassende Darstellung gedacht. Sie kann eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

© Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB 2021