

Gutachten
zu der Frage, inwieweit Bezirke die Ausübung eines Vorkaufsrechts im Sinne der
§§ 24 ff. des Baugesetzbuchs rückgängig machen können

Gliederung

I. Auftrag

II. Gutachten

1. Möglicher Widerruf der Ausübung des Vorkaufsrechts (Fragen 1 und 2)
 - a. Das Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 24 ff. BauGB
 - aa. Zuständigkeit im Land Berlin
 - bb. Bedeutung des Vorkaufsrechts
 - cc. Ausübung des Vorkaufsrechts
 - b. Widerruf der Ausübung des Vorkaufsrechts
 - aa. Ausübung durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt
 - bb. Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts
 - cc. Anwendung der Maßstäbe des Bundesverwaltungsgerichts auf den Widerruf der Ausübung des Vorkaufsrechts
2. Aufhebung eines Negativattests (Frage 3)
3. Ergebnisse

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt. Die Gutachten geben nicht die Auffassung des Abgeordnetenhauses, eines seiner Organe oder der Abgeordnetenhausverwaltung wieder. Sie liegen allein in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Leitung der Abteilung Wissenschaftlicher Dienst.

I. Auftrag

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst aufgrund einer Bitte der Fraktion der AfD mit einem Gutachten zu der Frage beauftragt, inwieweit Bezirke die Ausübung eines Vorkaufsrechts im Sinne der §§ 24 ff. des Baugesetzbuchs rückgängig machen können. Hierbei sollen folgende Fragestellungen erörtert werden:

1. Kann ein ausgeübtes Vorkaufsrecht durch eine Gemeinde (Bezirk) zurückgezogen oder aufgehoben werden, oder ist sie an den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt gebunden?

2. Unter welchen Voraussetzungen besteht für die Gemeinde (Bezirk) die Möglichkeit eines „Rücktritts“ oder einer Aufhebung des Vorkaufsrechts?

3. Ändert sich die rechtliche Bewertung, wenn es um die Möglichkeit zur nachträglichen Aufhebung eines Negativattests gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 und 4 BauGB ginge?

II. Gutachten

1. Möglicher Widerruf der Ausübung des Vorkaufsrechts (Fragen 1 und 2)

Es ist zu erörtern, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Bezirke zur Rückgängigmachung eines ausgeübten Vorkaufsrechts berechtigt sind.

a. Das Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 24 ff. BauGB

aa. Zuständigkeit im Land Berlin

Das Vorkaufsrecht der Gemeinden bzw. Bezirke ist in den §§ 24 bis 28 des Baugesetzbuchs (BauGB)¹ geregelt. Unter den Voraussetzungen der §§ 24, 25 BauGB steht den Gemeinden ein Vorkaufsrecht beim Kauf von Grundstücken zu. Im Land Berlin gibt es keine Gemeinden im Sinne des Kommunalrechts.

¹ In der Fassung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2939).

Berlin ist gemäß Art. 1 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB)² ein deutsches Land und zugleich eine Stadt. Gemäß § 1 des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuchs³, das auf der Grundlage von § 246 Abs. 4 BauGB erlassen wurde, werden Angelegenheiten, für die nach dem Baugesetzbuch die Gemeinde zuständig ist, in Berlin von den Bezirken wahrgenommen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Somit steht in Berlin das Vorkaufsrecht den Bezirken zu.

bb. Bedeutung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht gemäß den §§ 24 ff. BauGB ist vergleichbar mit dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht gemäß den §§ 463 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs.⁴ Das Vorkaufsrecht bedeutet die Befugnis, einen Gegenstand (hier: ein Grundstück) durch Kauf zu erwerben, wenn der Vorkaufsverpflichtete diesen Gegenstand an einen Dritten verkauft. Durch die Ausübung dieses Rechts kommt ein Kaufvertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem mit dem gleichen Inhalt zustande wie der zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Dritten.⁵

Die Einräumung von Vorkaufsrechten dient der Sicherung der Bauleitplanung. Den Gemeinden bzw. Bezirken soll ermöglicht werden, durch eine an städtebaulichen Interessen orientierte Bodenvorratspolitik schon frühzeitig eine langfristig geordnete Planung zu sichern.⁶ Daneben tritt eine Abwehrfunktion: Es können Verkäufe von Grundstücken an Dritte verhindert werden, die nicht mit den Zielen der Gemeinden in Einklang stehen.⁷

² Vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Mai 2021 (GVBl. S. 502).

³ In der Fassung vom 7. November 1999 (GVBl. S. 578), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Oktober 2020 (GVBl. S. 807).

⁴ In der Fassung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2947).

⁵ Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 80. Auflage 2021, Vorbemerkung vor § 463 Rn. 1; vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch, Kommentar, Stand 2021, § 24 Rn. 3; Westermann, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 463 Rn. 12.

⁶ OVG Münster, Urteil vom 19. April 2010 – 7A 1041/08, Beck RS 2010, 50401; Stock (Fn. 5), § 24 Rn. 1; vgl. Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 14. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 24 bis 28, Rn. 1.

⁷ Stock (Fn. 5), § 24 Rn. 1; zur Bedeutung des Vorkaufsrechts vgl. weiter Köster, in: Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. 2019, § 24 Rn. 1 ff.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts stellt keine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 des Grundgesetzes⁸ dar und enthält auch keinen unzulässigen Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit.⁹

Die Vorschriften über das gesetzliche Vorkaufsrecht sind eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, durch die die Sozialbindung des Eigentums näher ausgestaltet wird.¹⁰

cc. Ausübung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht erfasst die in den §§ 24 und 25 BauGB aufgeführten Grundstücke. Bei dem Vorkaufsrecht gemäß § 25 BauGB, das durch den Erlass entsprechender Satzungen begründet wird, treten gemäß § 16 AG BauGB Rechtsverordnungen des Senats an die Stelle der gemeindlichen Satzungen. Gemäß § 24 Abs. 3 BauGB darf ein Vorkaufsrecht nur zum Wohl der Allgemeinheit ausgeübt werden. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn im Hinblick auf eine bestimmte Aufgabe überwiegende Vorteile für die Allgemeinheit angestrebt werden.¹¹ Die Ausübung des Vorkaufsrechts liegt im Ermessen der Gemeinden bzw. der Bezirke.¹² Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 BauGB hat der Verkäufer der Gemeinde den Inhalt des Kaufvertrags unverzüglich mitzuteilen, wobei diese Mitteilung durch eine Mitteilung des Käufers ersetzt wird. Das Vorkaufsrecht kann gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB innerhalb von drei Monaten nach der Mitteilung durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer ausgeübt werden. Hierbei sind gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB die §§ 463, 464 Abs. 2 und die §§ 465 bis 468 und 471 BGB anwendbar.¹³ Mit Ausübung des Vorkaufsrechts kommt ein rechtlich selbstständiger Vertrag zwischen Gemeinde und Verkäufer zustande.¹⁴ Für Fälle, in denen der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert deutlich überschreitet, enthält § 28 Abs. 3 BauGB eine Sonderregelung zugunsten der Gemeinden. Nach Maßgabe von § 28 Abs. 5 BauGB kann die Gemeinde auf die Ausübung des Vorkaufsrechts und der damit zusammenhängenden Rechte verzichten.

⁸ Vom 23. Mai 1949 (BGBL. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. September 2020 (BGBL. I S. 2048).

⁹ Vgl. Reidt (Fn. 6), Vorbem. zu den §§ 24 bis 28 Rn.6; BGHZ 29, 113, 114; Stock (Fn. 5), § 24 Rn. 83; vgl. Köster (Fn. 7), § 24 Rn. 5, 6.

¹⁰ Stock (Fn. 5), § 24 Rn. 83; vgl. BGH NJW 1982, S. 37.

¹¹ Reidt (Fn. 6), § 24 Rn. 20 m.w.N.

¹² Reidt (Fn. 6), § 28 Rn. 4; Stock (Fn. 5), § 28 Rn. 29.

¹³ Vgl. hierzu Köster (Fn. 7), § 28 Rn. 15.

¹⁴ Reidt (Fn. 6), § 28 Rn. 5.

b. Widerruf der Ausübung des Vorkaufsrechts

aa. Ausübung durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt

Das Vorkaufsrecht wird gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB durch den Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts ausgeübt. Geht man davon aus, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, so erscheint es naheliegend, in Anwendung von § 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)¹⁵ eine Möglichkeit zur Rückgängigmachung des Vorkaufs zu sehen. Dagegen könnte jedoch sprechen, dass ein Verwaltungsakt, durch den das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, in seiner Wirkung nicht dem typischen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG entspricht. Gemäß § 35 VwVfG ist Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Der Verwaltungsakt gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB liegt zwar im Sachbereich des Bauplanungsrechts und ist damit eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Er enthält aber weder ein Ge- oder Verbot oder eine Erlaubnis, sondern macht den Staat zum Käufer eines Grundstücks. Seine Rechtswirkung entfaltet er somit in rechtsgestaltender Weise auf dem Gebiet des Zivilrechts. Derartige Regelungen bezeichnet man als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte.¹⁶

Nach früher vorherrschender Auffassung haben solche Verwaltungsakte aufgrund ihrer Gestaltungswirkung im Bereich des Zivilrechts eine erhöhte Bestandskraft und sollen daher nicht oder nur in Ausnahmefällen aufhebbar sein.¹⁷

Dagegen wird von der neueren Literatur angeführt, der Vertrauensschutz für Privatpersonen könne bei einem Widerruf hinreichend berücksichtigt werden und rechtfertige keinen vollständigen Ausschluss der Aufhebbarkeit.¹⁸

¹⁵ In der Fassung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154).

¹⁶ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 217 m.w.N.; Schaub-Englert, Rechtsschutz gegen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Regulierungsrecht, 2020, S. 77; Barczak, Typologie der Verwaltungsakte, JuS 2018, S. 238 ff.; Bundesverwaltungsgericht, BeckRS 2000, 30095917.

¹⁷ Bullinger, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, S. 761; weitere Nachweise bei Steiner, Bindungswirkung und Bestandskraft der fingierten Bodenverkehrsgenehmigung, GVBl. 1970, S. 34, 36.

¹⁸ Vgl. Zacharias, Rücknahme und Widerruf von Vertragsgenehmigungen, NVWZ 2002, S. 1306, 1307 f.; Jachmann, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen

bb. Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage, inwieweit die Ausübung des Vorkaufsrechts widerrufen werden kann – soweit ersichtlich –, noch nicht entschieden.

Im Hinblick auf zu Unrecht erteilte Bodenverkehrsgenehmigungen gemäß § 19 BauGB hat es in einer Entscheidung vom 28. Februar 1975 erklärt, diese könnten nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte zurückgenommen werden; diese Grundsätze würden allerdings teilweise durch die besondere Schutzfunktion des Bodenverkehrsrechts überlagert.¹⁹ In einer Entscheidung vom 12. August 1977²⁰ hat sich das Gericht aus Anlass der Rücknahme einer rechtswidrigen Auflassungserklärung ausführlich mit der Problematik der Rücknahme von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten beschäftigt. Seine Erwägungen betrafen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte, die Auswirkungen auf den allgemeinen Rechtsverkehr haben. Es kam zu dem Ergebnis, dass sich die Unzulässigkeit der Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts im Wesentlichen aus dem Gebot des Vertrauensschutzes ergeben kann. Durch die allgemeinen Grundsätze über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte solle ein Ausgleich zwischen privaten und öffentlichen Interessen erreicht werden. Sähe man in der privatrechtsgestaltenden Verwaltung eines Verwaltungsakts ein absolutes Hindernis für die Rücknahme, so führe dies zu einer Zurücksetzung öffentlicher Interessen auch dann, wenn schutzwürdige private Interessen nicht beständen.²¹ Auch Rechtsgestaltungen mit öffentlich-rechtlicher Wirkung könnten weitgehende Auswirkungen für Privatpersonen haben. Es gebe daher keine überzeugenden Argumente dafür, dass gerade die privatrechtsgestaltende Wirkung eines Verwaltungsakts dessen Rücknahme völlig ausschließen solle.²²

von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, 1991, S. 144 ff.; Voß, Vertrauensschutz im Kartellrecht, 1990, S. 19 ff.

¹⁹ BVerwG, NJW 1975, S. 1240.

²⁰ BVerwG, NJW 1978, S. 338.

²¹ BVerwG, NJW 1978, S. 338, 339.

²² BVerwG, NJW 1978, S. 338, 339; vgl. Schoch/Schneider, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, Stand 2020, § 49 Rn. 63.

cc. Anwendung der Maßstäbe des Bundesverwaltungsgerichts auf das Vorkaufsrecht

Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts beziehen sich auf die Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten gemäß § 48 VwVfG. Sie sind daher nicht unmittelbar auf den Widerruf eines rechtmäßigen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts gemäß § 49 VwVfG anwendbar. Allerdings ist der Widerruf rechtsgestaltender Verwaltungsakte durch § 49 VwVfG nicht ausgeschlossen worden.²³ Daher erscheint es angemessen, auch bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten zu prüfen, in welchem Umfang sich ihre Wirkung auf den Rechtskreis von Privatpersonen erstreckt und inwieweit eine Aufhebung den Interessen der Betroffenen gerecht wird.²⁴ Letztlich dürfte es – unter entsprechender Anwendung der Maßstäbe des Bundesverwaltungsgerichts – angemessen sein, die Möglichkeit eines Widerrufs gemäß § 49 VwVfG von Verwaltungsakten, durch die ein Vorkaufsrecht ausgeübt wird, nicht generell auszuschließen, sondern danach zu beurteilen, ob überwiegende schutzwürdige Interessen Privater dem Widerruf entgegenstehen.²⁵ Ob der Widerruf möglich ist, kann daher nur aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

2. Aufhebung eines Negativattests (Frage 3)

Die Bedeutung des Negativattests ergibt sich aus dem Zusammenhang der Regelungen in § 28 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 5 BauGB. Das Grundbuchamt darf gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB den Käufer nur dann als Eigentümer ins Grundbuch eintragen, wenn ihm die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts nachgewiesen ist.

Für diese Fälle hat die Gemeinde auf Antrag eines Beteiligten ein entsprechendes Zeugnis auszustellen. Dieses Zeugnis – das Negativattest – gilt gemäß § 28 Abs. 2 Satz 4 BGB als Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts.

²³ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 16), § 49 Rn. 36; vgl. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 21. Aufl. 2020, § 49 Rn. 11.

²⁴ Vgl. Sachs (Fn. 16), § 48 Rn. 92.

²⁵ Vgl. Zacharias, Rücknahme und Widerruf von Vertragsgenehmigungen, NVWZ 2002, S. 1306, 1307 f.; Schoch (Fn. 22), § 49 Rn. 63; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 11 Rn. 38.

Der eigentliche Verzicht der Gemeinde auf ihr Vorkaufsrecht ist in § 28 Abs. 5 BauGB geregelt. Gemäß § 28 Abs. 5 Satz 1 BauGB kann die Gemeinde für ihr Gebiet auf die Ausübung der Rechte verzichten, die ihr gemäß den §§ 24 bis 28 BauGB zustehen. Gemäß § 28 Abs. 5 Satz 2 BauGB kann sie den Verzicht jederzeit für zukünftig abzuschließende Kaufverträge widerrufen. Die Gemeinde teilt den Wortlaut der Verzichtserklärung dem Grundbuchamt mit. Hat sie auf ihre Rechte verzichtet, ist laut § 28 Abs. 5 Satz 5 BauGB ein Negativattest nicht erforderlich. Der Käufer kann in diesem Fall also ohne Vorlage eines Negativattests ins Grundbuch eingetragen werden. Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn zwischenzeitlich ein Widerruf des Verzichts erklärt worden ist. In diesem Fall besteht wieder eine Zeugnispflicht. Der Käufer muss dann ein Negativattest vorlegen, damit das Grundbuchamt ihn als Eigentümer einträgt.

Fraglich ist, ob ein Negativattest aufgehoben, also gemäß § 49 VwVfG widerrufen werden kann. Das Negativattest entspricht rechtlich einem Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 28 Abs. 5 BauGB. Daher erscheint es angebracht, auch die Regelungen in § 28 Abs. 5 Satz 2 BauGB über den Widerruf des Verzichts auf das Negativattest anzuwenden. Wenn hiernach der Verzicht für zukünftige Kaufverträge widerrufen werden kann, ergibt sich hieraus im Umkehrschluss, dass er nicht widerrufbar ist, wenn ein Kaufvertrag bereits abgeschlossen wurde. Auch ein Widerruf des Negativattests erscheint daher nicht möglich, wenn ein Kaufvertrag bereits besteht. Da Negativatteste nach den Regelungen in § 28 Abs. 1 BauGB erst dann beantragt werden, wenn der Käufer seine Eintragung als Eigentümer ins Grundbuch betreibt, also ein Kaufvertrag schon vorliegt, erscheint der Widerruf von Negativattesten praktisch ausgeschlossen.

3. Ergebnisse

a. Zu den Fragen 1 und 2

Das Vorkaufsrecht wird gemäß § 28 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit § 1 AG BauGB von den Bezirken durch Verwaltungsakte ausgeübt. Hierbei handelt es sich um sogenannte privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte, die ihre Wirkung auf dem Gebiet des Privatrechts entfalten. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Rücknahme solcher Verwaltungsakte nicht generell ausgeschlossen. Gemessen an den vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Maßstäben erscheint auch ein Widerruf von rechtmäßigen Verwaltungsakten, durch die ein Vorkaufsrecht ausgeübt wird, denkbar, wobei allerdings der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der betroffenen Privatperson besonders zu berücksichtigen ist. Ob ein derartiger Verwaltungsakt gemäß § 49 VwVfG widerrufen werden kann, lässt sich daher nur unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte des konkreten Einzelfalls entscheiden.

b. Zu Frage 3

Ein Widerruf eines durch den Käufer beantragten Negativattests im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB erscheint nicht möglich, da ein solches Attest einem Verzicht gemäß § 28 Abs. 5 BauGB entspricht und dieser Verzicht gemäß § 28 Abs. 5 Satz 2 BauGB nur für künftig abzuschließende Kaufverträge widerrufbar ist.

* * *