

Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht

Miete · WEG · Makler/Bauträger · Steuern · Versicherungen · Wohnungswirtschaft

In Zusammenarbeit mit der NJW

herausgegeben von:

Prof. Dr. Markus Artz
 Prof. Dr. Ulf Börstinghaus
 Dr. Patrick Bruns
 Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub
 Dr. Anja Disput
 Michael Drasdo
 Prof. Dr. Volker Emmerich
 Dr. Beate Flatow
 Hubert Fleindl
 Prof. Dr. Martin Häublein
 Thomas Hannemann
 Dr. Jürgen Herrlein
 Hans-Jörg Kraemer
 Dr. Hans Langenberg
 Dr. Ulrich Leo
 Jan Lindner-Figura
 Carsten Ludley
 Horst Müller
 Frank Oprée
 Dr. Henrik Over
 Dr. Marcel M. Sauren
 Anke Scheffler
 Joachim Schmidt
 Dr. Michael Schultz
 Prof. Dr. Winfried Schuschke
 Dr. Philipp Schweitzer
 Dr. Michael Selk
 Prof. Dr. Friedemann Sternel
 Elmar Streyl
 Dr. Kai Zehelein
 Dr. Frank Zschieschack

www.nzm.de



13/2022

8. Juli 2022

25. Jahrgang S. 481–520

Gsell

Miete und Recht auf Klimaschutz 481

Hubert Schmidt

Wohnraummietverhältnisse unter „ausgedünntem“
 Mieterschutz 489

Nachgefragt

Häublein

Keine Bindung des vorkaufsberechtigten Mieters an „gespaltene“
 Kaufpreisvereinbarung zwischen
 Vermieter und Drittkäufer 498

BGH

Mietervorkaufsrecht: Der zum Nachteil des
 Berechtigten „gespaltene“ Kaufpreis 505

BGH

Keine Heimentgeltkürzung wegen pandemiebedingter
 Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen 509

BVerfG

BVerfG zu Gastronomiebeschränkungen durch die
 „Bundesnotbremse“ im Frühling 2021 510

BGH

Grundsätze der „demnächst“-Zustellung und Beschluss-
 mängelklage in verwalterloser Zweier-Gemeinschaft 512

BGH

Pandemiebedingte Fitnessstudio-Schließung:
 Rückzahlungspflicht bei Anbieten einer „Gutschrift
 über Trainingszeit“ statt Erteilen eines „Gutscheins“ 514

OLG Düsseldorf

Gerüstbauers Anspruch auf Miete bei Standzeit-
 verlängerung 518

BGH

„Mietpreisbremse“-Inkasso: „Mietsenkung
 beauftragen“ III 519



*Dr. Martin Häublein**

Keine Bindung des vorkaufsberechtigten Mieters an „gespaltene“ Kaufpreisvereinbarung zwischen Vermieter und Drittkäufer

NZM-Übersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinleitungII. Unzulässige Benachteiligung des vorkaufsberechtigten Mieters<ul style="list-style-type: none">1. Die streitgegenständliche Vertragsklausel2. Argumente für und gegen die Zulässigkeit „gespaltener“ KaufpreisabredenIII. Die Suche nach der die Teilnichtigkeit begründenden Norm | <ul style="list-style-type: none">1. Die unterschiedlichen Ansichten von KG und BGH2. Kritische Analyse der Begründung des BGH<ul style="list-style-type: none">a) Bezugnahme auf die bisherige Judikaturb) Die weitere Argumentation des BGH3. Eigene Ansicht |
|---|---|

I. Einleitung

Das Mietervorkaufsrecht wirft eine Vielzahl von praxisrelevanten Fragen auf. Eine davon lautet, ob der Mieter, der von seinem Recht aus § 577 BGB Gebrauch macht, an eine Kaufpreisvereinbarung im Vertrag zwischen dem Vermieter und dem Drittkäufer gebunden ist, die danach differenziert, ob die Wohnung in vermietetem oder unvermietetem Zustand erworben bzw. übergeben wird. Derartige Abreden sind meist so gestaltet, dass der Erwerb in unvermietetem Zustand zu einem höheren Kaufpreis erfolgen soll. Das aus der Warte des Mieterschutzes problematische Ergebnis besteht darin, dass der Mieter stets

IV. Ergebnis

den höheren Kaufpreis zahlen muss, weil das Mietverhältnis infolge der Eigentumsübertragung erlischt, während der Drittkäufer regelmäßig den geringeren Kaufpreis zahlt.

Über solche differenzierenden Kaufpreisabreden hat der BGH¹ jüngst im Ergebnis überzeugend, in der Begründung aber durchaus diskussionswürdig entschieden.

* Besprechung von BGH NZM 2022, 505 (in diesem Heft). – Der Autor ist Universitätsprofessor in Innsbruck und of counsel bei Müller Radack Schultz, Berlin.

¹ BGH NZM 2022, 505 (in diesem Heft).

II. Unzulässige Benachteiligung des vorkaufsberechtigten Mieters

Im Ergebnis folgt der BGH dem KG,² das als Vorinstanz eine „gesplante“³ Preisabrede im Verhältnis zum vorkaufsberechtigten Mieter für unwirksam hielt. Diese Rechtsauffassung widerspricht einer Entscheidung des OLG München,⁴ das – ohne sich vertieft mit der Problematik auseinanderzusetzen – keine Bedenken gegen solche Kaufpreisabreden hatte.

1. Die streitgegenständliche Vertragsklausel

Der Kaufvertrag zwischen dem Vermieter und dem Dritten enthielt im BGH-Fall folgende (sprachlich holperige) Formulierung:

„Der Kaufpreis für den vorbezeichneten Grundbesitz beträgt 163.266,67 EUR ... Die Parteien gehen davon aus, dass Bemessungsgrundlage des Wohnungskaufpreises iHv 163.266,67 EUR die Lieferung des Wohnungseigentums ohne Mietverhältnis mit einem Dritten ist. Der Kaufgegenstand ist derzeit vermietet. Es (sic!) gilt ‚ohne Mietverhältnis mit einem Dritten‘ zu liefern (sic!), soweit der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt oder der Verkäufer dem Käufer binnen eines Monats nach Beurkundung nachweist, dass das Mietverhältnis aufgelöst oder gekündigt ist. Wird das Wohnungseigentum (ent)gegen vorstehender Beschreibung mit dem laufenden oder einem anderen Mietverhältnis geliefert, mindert sich der Kaufpreis um 10 % auf 146.940 EUR für das Wohnungseigentum.“

Die Mieterin übte das Vorkaufsrecht aus, hielt diese Regelung aber für unwirksam. Den unter Vorbehalt gezahlten höheren Kaufpreis forderte sie von ihrer früheren Vermieterin in der den Kaufpreis in vermietetem Zustand übersteigenden Höhe zurück. Im Ergebnis hatte die vorkaufsberechtigte Mieterin damit über drei Instanzen hinweg Erfolg.

2. Argumente für und gegen die Zulässigkeit „gesplantener“ Kaufpreisabreden

Für die Zulässigkeit „gesplantener“ Kaufpreisvereinbarungen hat sich *Derleder*⁵ bereits kurz nach Inkrafttreten des § 570 b BGB aF, dem Vorgänger von § 577 BGB, ausgesprochen. In den Mittelpunkt der Argumentation rückte er dabei den als „ökonomische Realität“ bezeichneten Umstand, dass am Markt für vermietete und unvermietete Wohnungen unterschiedliche Preise gezahlt werden. Eine sittenwidrige Umgehung von § 506 BGB aF – heute § 465 BGB – scheidet aus, da die Abrede den Marktverhältnissen Rechnung trage und deswegen weder auf verwerfliche Beweggründe noch auf unlautere Mittel zurückzuführen sei. Diese an den Marktpreisen orientierte Argumentation hat Gefolgschaft gefunden.⁶

Im Anschluss an die im Schrifttum⁷ ebenfalls vertretene Gegenposition hält der BGH⁸ dieser Ansicht entgegen, bereits der Ausgangspunkt, nämlich dass vermietete Wohnungen stets nur mit einem Preisabschlag verkauft werden könnten, treffe in dieser Allgemeinheit nicht zu. Vielmehr werde sich der Umstand, dass das Objekt vermietet ist, in der Regel nur dann mindernd auf den Kaufpreis auswirken, wenn die Wohnung zu einem unterhalb des Marktniveaus liegenden Entgelt vermietet ist. Ist eine Wohnung hingegen deutlich über Marktniveau vermietet, dürfte sie im Einzelfall sogar einen höheren Kaufpreis erzielen als eine unvermietete. Das gilt insbesondere in Zeiten, in denen Negativzinsen einen hohen Anlagedruck erzeugen und die Nachfrage nach gut vermieteten Objekten besonders hoch ist.

Die vom BGH und auch vom *Verf.* abgelehnte Gegenansicht könnte dieser Argumentation ihrerseits mit dem Einwand begegnen, im konkreten Fall habe die Wohnung aber offenbar in unvermietetem Zustand einen höheren Wert, was durch die Bereitschaft des Drittkäufers belegt werde, für diesen Fall einen Aufschlag zu bezahlen. Ob das tatsächlich ein Beleg für eine Differenzierung des Marktpreises ist, erscheint jedoch zweifelhaft. Oftmals wird die Wahrscheinlichkeit, dass der Drittkäufer den höheren Preis bezahlen muss, äußerst gering sein. Die Annahme, der Mieter sei – zumal vor dem Hintergrund des Kündigungsschutzes durch § 577 a BGB – nicht bereit, seine Wohnung zu räumen, dürfte eher die Regel als die Ausnahme sein. Tatsächlich dürfte die gesplante Kaufpreisabrede oftmals vor allem dazu dienen, die Ausübung des Verkaufsrechts zu verhindern.

Aber selbst wenn man einmal unterstellt, im konkreten Fall bilde die Differenz zwischen dem Preis im vermieteten und im unvermieteten Zustand die Marktverhältnisse ab, offenbart der Hinweis des BGH auf die Relevanz der vereinbarten Miethöhe doch das eigentliche Problem, nämlich: Je vorteilhafter der Mietvertrag aus der Sicht des Mieters ausgestaltet ist, desto größer werden die Abschläge sein, die der Markt auf den Preis vornimmt. Liegt etwa die Miete so weit unter der ortsüblichen Vergleichsmiete, dass nicht einmal diese in den kommenden Jahren auch nur annähernd erreicht werden kann, und hat der Vermieter (oder sein Rechtsvorgänger) eventuell auch noch auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder es zumindest eingeschränkt, wird der Mietvertrag zur „Hypothek“, die durch Preisnachlässe „abzulösen“ ist. Im Ergebnis müsste dann der Mieter, dem es gelungen ist, für ihn besonders günstige Mietvertragskonditionen auszuhandeln, tendenziell einen besonders hohen Aufschlag zahlen. Daraus erwächst nicht nur das Potenzial, die Ausübung des Rechts aus § 577 BGB zu vereiteln, es besteht auch ein eklatanter Widerspruch zum Schutzzanliegen des sozialen Mietrechts.

Hierzu hat der BGH⁹ festgehalten, der Gesetzgeber habe es bei Einführung des Mietervorkaufsrechts gerade hingegenommen, dass der Mieter in den Fällen, in denen die Vermietung an ihn zur Vereinbarung eines entsprechend niedrigeren Kaufpreises zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer geführt hat, bei Ausübung seines Vorkaufsrechts – wirtschaftlich betrachtet – von diesem Umstand profitiert. Dies entspricht der vom *Verf.* im Kontext der Schadensberechnung bei Vereitelung des Vorkaufsrechts vertretenen Ansicht, dem Mieter sei durch § 577 BGB wirtschaftlich die „Lästigkeitsprämie“ zugewiesen, die sich in der Verkehrswertdifferenz ausdrückt.¹⁰

Wie eingangs erwähnt, überzeugt die Bewertung durch den BGH also per saldo, während seine dogmatische Herleitung Kritik herausfordert.

2 KG ZMR 2021, 168 = BeckRS 2020, 25757.

3 S. zu diesem Begriff etwa *Derleder* NJW 1996, 2817 (2819). Der BGH verwendet in dem hier besprochenen Urteil die Bezeichnung „differenzierende“ Abrede.

4 OLG München MittBayNot 2005, 306.

5 *Derleder* NJW 1996, 2817 (2819 f.).

6 S. jüngst R. Schultz/C. Schultz, Das Mietervorkaufsrecht in der notariellen Praxis, Liber Amicorum für Michael Schultz zum 70. Geburtstag, 2022, 157 (166 ff.).

7 S. insb. Herrler ZfPW 2018, 328 (343 f.).

8 BGH NZM 2022, 505 Rn. 34 (in diesem Heft).

9 BGH NZM 2022, 505 Rn. 39 (in diesem Heft).

10 S. MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, BGB § 577 Rn. 35.

III. Die Suche nach der die Teilnichtigkeit begründenden Norm

Wer die (relative¹¹) Unwirksamkeit einer vertraglichen Abrede behauptet, muss eine Rechtsnorm benennen, aus der sich diese Rechtsfolge ergibt. Obwohl der BGH im Ergebnis dem KG als Berufungsinstanz folgt, nimmt er eine abweichende dogmatische Herleitung vor.

1. Die unterschiedlichen Ansichten von KG und BGH

Das KG¹² hat die fehlende Bindung des Mieters auf mehrere Normen gestützt, nämlich auf § 577 V BGB, § 464 II BGB und § 138 BGB. Während man den Verweis auf § 464 II BGB im Kontext des § 577 V BGB infolge von § 577 I 3 BGB im Ansatz noch gut nachvollziehen kann, gibt die Erwähnung von § 138 BGB Rätsel auf. Im Grundsatz schließen nach hM solche Normen, die die Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Abreden begründen, auch sofern es nicht um § 134 BGB geht,¹³ als *leges speciales* die Anwendung des § 138 BGB aus.¹⁴ Wenn § 577 V BGB also tatsächlich einschlägig sein sollte, wäre für § 138 I BGB kein Raum.

Vielleicht hatte das KG aber auch Bedenken, seine Entscheidung allein auf eine Vorschrift (§ 577 V BGB) zu stützen, die nach ihrer systematischen Stellung auf Vereinbarungen *im Mietvertrag* zielt, um die es bei der gespaltenen Kaufpreisabrede nicht geht.¹⁵ Hinzu kommt, dass die Vereitelung eines Vorkaufsrechts bereits vom RG als ein Sittenverstoß angesehen wurde, der der Fallgruppe „Schädigung Dritter durch die rechtsgeschäftliche Vereinbarung“ zugeordnet wird.¹⁶ Das ändert allerdings nichts daran, dass nur das Eine (§ 577 V BGB iVm § 464 II BGB) oder das Andere (§ 138 I BGB) richtig sein kann. Das Berufungsgericht wollte sich offenbar nicht den Kopf über „rechtstheoretische Fragen“ zerbrechen.

Angesichts dessen erscheint es folgerichtig, dass der BGH¹⁷ die Ausführungen der Vorinstanz nicht einfach übernommen hat und die fehlende Bindung des Mieters an die vereinbarte Erhöhung des Kaufpreises eigenständig begründet. Nach seiner Ansicht ergibt sich die teilweise Unwirksamkeit der Kaufpreisabrede dem Mieter gegenüber aus § 577 I 3 BGB, § 464 II BGB in Verbindung mit dem *Verbot, einen Vertrag zulasten Dritter* zu schließen. Indes überzeugt dieser Ansatz ebenso wenig wie der Verweis auf § 577 V BGB.

2. Kritische Analyse der Begründung des BGH

a) *Bezugnahme auf die bisherige Judikatur.* Ein unzulässiger und deshalb unwirksamer Vertrag zulasten Dritter liege, so der BGH,¹⁸ vor, wenn durch ihn unmittelbar eine Rechtspflicht eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten – ohne seine Autorisierung – entstehen solle. Die für diesen gedanklichen Ausgangspunkt vom BGH angeführten Zitate betreffen allerdings Sachverhalte, die mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sind; außerdem hat der BGH in allen referenzierten Entscheidungen¹⁹ einen Vertrag zulasten Dritter abgelehnt.

Bei der Ausübung des Vorkaufsrechts liegen die Dinge insofern besonders, als die Bindung der am Vertragsabschluss unbeteiligten Person auf deren Entscheidung beruht, in den Vertrag durch Ausübung des Rechts einzutreten. Vor allem aber ist es in den Vorkaufsfällen notwendig so, dass die Parteien des Drittkaufvertrags, hier Vermieter und Erstkäufer, die Bedingungen festlegen, die für den Vorkaufsberechtigten maßgeblich sind. Dieser ist daher auch an so gravierende Vereinbarungen wie den Ausschluss von Gewährleistungsrechten gebunden; eine

unzulässige Vereinbarung zulasten des Vorkaufsberechtigten liegt darin nicht per se.

Es trifft daher nicht das eigentliche Problem, wenn es in Rn. 26 der hier analysierten Entscheidung des BGH weiter heißt, in der Regel stehe das Verbot von Verträgen zulasten Dritter der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen entgegen, nach denen die Rechtsposition eines Dritten ohne dessen Mitwirkung verkürzt werden soll. Die hierfür angeführten (gleichfalls drei) Referenzen aus der Judikatur des BGH sind für die Vorkaufsproblematik ebenso unergiebig:

In einem Fall ging es um die Wirkungen einer Scheidungsvereinbarung zulasten des unterhaltsberechtigten Kindes.²⁰ Im zweiten in Bezug genommenen Fall hatten die Parteien eines Grundstückskaufvertrags einen Anspruchsverzicht vereinbart und es fragte sich, ob dadurch zulasten der am Kaufvertrag nicht beteiligten Pächterin der Ausgleichsanspruch nach § 24 II 4 Fall 2 BBodSchG ausgeschlossen werden konnte, was der BGH selbstverständlich verneinte.²¹ Schließlich wurde im dritten zitierten Urteil klargestellt, der Innenausgleich zwischen dem Haftpflichtversicherer eines Zugfahrzeugs und dem des mit diesem verbundenen Anhängers nach Regulierung eines durch das Gespann verursachten Schadens durch einen der beiden Versicherer könne nicht durch eine Subsidiaritätsvereinbarung des anderen Haftpflichtversicherers mit seinem Versicherungsnehmer ausgeschlossen werden.²²

Schließlich, so setzt der VIII. Zivilsenat²³ fort, könnten unwirksame Vereinbarungen zulasten Dritter auch dann vorliegen, wenn die in Rede stehende Rechtspflicht bzw. Benachteiligung den Dritten erst im Anschluss an eine von ihm selbst noch vorzunehmende Rechtshandlung träfe, etwa erst infolge des Erwerbs eines mit schuldrechtlichen Verpflichtungen des Eigentümers „belasteten“ Grundstücks. Auf den ersten Blick scheint sich hier ein Parallelen zum Vorkaufsfall insofern aufzutun, als es um eine vom Dritten „selbst noch vorzunehmende Rechtshandlung“ geht. Bei genauerer Betrachtung lassen sich die Aussagen der Referenzfundstellen aber erneut nicht übertragen.

Der erste Fall befasste sich mit der Reichweite des § 566 BGB. Der XII. Zivilsenat des BGH²⁴ lehnte es ab, den Erwerber in ein im Mietvertrag vorgesehenes Ankaufsrecht eintreten zu lassen; die Privatautonomie der Mietvertragsparteien reiche nicht so weit, Vereinbarungen zulasten eines späteren Erwerbers zu treffen, die über den

11 Hier gemeint als Unwirksamkeit, die nur das Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten betrifft, also nur diesen schützt.

12 KG ZMR 2021, 168 = BeckRS 2020, 25757 Rn. 13.

13 Dazu etwa BeckOGK BGB/Jakl, 1.4.2022, BGB § 138 Rn. 666; MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, BGB § 138 Rn. 4.

14 BeckOK BGB/Wendtland, 1.2.2022, BGB § 138 Rn. 4; jurisPK-BGB/Nassall, 9. Aufl. 2020, BGB § 138 Rn. 80.

15 S. die Ablehnung des § 577 V BGB durch den BGH NZM 2022, 505 Rn. 18 (in diesem Heft).

16 MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 138 Rn. 186 mwN zur Judikatur des RG; s. dazu auch sub II 3 im folgenden Text.

17 BGH NZM 2022, 505 Rn. 18 (in diesem Heft).

18 BGH NZM 2022, 505 Rn. 25 (in diesem Heft).

19 BGH NJW 2019, 2538 – Vermittlung günstiger Mietwagenangebote durch Kfz-Haftpflichtversicherer; BGH NZM 2012, 558 – Bindungswirkung einer Zusatzabrede („auf Lebenszeit“) zum Mietvertrag zwischen vermietendem Nießbraucher und Mieter gegenüber dem den Nießbraucher beerbenden Eigentümer; BGH NJW 2004, 3326 – Rahmenvertrag über personenbezogenes Entgelt bei „Mehrfachbelegung“ eines Rettungswagens nach Verkehrsunfall.

20 BGH FamRZ 1980, 342 = BeckRS 2010, 21768.

21 BGH NVwZ 2017, 416 Ls. = BeckRS 2016, 20625 Rn. 52 ff.

22 BGH NJW 2018, 2958.

23 BGH NZM 2022, 505 Rn. 27 (in diesem Heft).

24 BGH NZM 2017, 35 Rn. 26.

Bereich hinausgehen, der durch § 566 BGB auf den Erwerber übergeleitet wird. Mit der Vorkaufssituation und der Reichweite der Bindung des Mieters an den Inhalt des Drittkaufvertrags hat das nichts zu tun. Gleiches gilt für den Hinweis des VIII. Senats auf eine Entscheidung des V. Zivilsenats²⁵ aus 2006 zu einem „Bereinigungsanspruch nach § 116 I SachenRBerG“:

Im Streit war, ob der Eigentümer eines (früher in der DDR gelegenen) Grundstücks an die Gestattung einer Abwasserleitung (von 1934) zugunsten eines Grundstücksnachbarn gebunden ist, obwohl das Leitungsrecht nicht im Grundbuch eingetragen wurde. Selbst wenn der ursprüngliche Eigentümer des dulddenden Grundstücks erklärt habe, die Vereinbarung solle Rechtsnachfolger binden, so der BGH, sei ein künftiger Eigentümer wegen des Verbots eines Vertrags zulasten Dritter daran nicht gebunden.

Der Sachverhalt des dritten vom VIII. Zivilsenat angeführten Judikats hatte zwar eine Vorkaufsrechtskonstellation zum Gegenstand. Jedoch betreffen die Aussagen – wiederum des V. Zivilsenats – des BGH²⁶ zum Vertrag zulasten Dritter die Frage, ob es zulässig ist, im Drittkaufvertrag eine *direkte* Vertragsbeziehung zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Drittkäufer herzustellen. Im konkreten Fall erwarb der Drittkäufer eine Vielzahl von Grundstücken und nur bei einem Teil davon bestanden Vorkaufsrechte. Da somit feststand, dass der Drittkäufer einen Teil der Liegenschaften erwerben würde, übernahm er in Bezug auf bestimmte Verkehrsflächen des Areals Pflichten des Verkäufers und es war fraglich, inwiefern auch ausübende Vorkaufsberechtigte daran gebunden wären. Der BGH lehnt die Begründung einer solchen direkten rechtsgeschäftlichen Vertragsbeziehung zwischen dem Drittkäufer und dem Vorkaufsberechtigten ab, ohne dass sich daraus Rückschlüsse für die Zulässigkeit „gesplante“ Kaufpreisvereinbarungen ziehen lassen.

Zwischenergebnis: Die in Rn. 25 bis 27 des besprochenen BGH-Urteils angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen sind für die hiesige Konstellation weitestgehend unerheblich.

b) *Die weitere Argumentation des BGH.* Nach diesen Grundsätzen, so fährt der Senat fort,²⁷ stelle die im Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer getroffene Abrede, wonach der Vorkaufsberechtigte einen höheren Preis zu bezahlen hat als der Erstkäufer, eine in Bezug auf den höheren Preis unzulässige und deshalb insoweit unwirksame Vereinbarung zulasten Dritter dar. Das gelte auch dann, wenn der Erstkäufer den höheren Kaufpreis nur ausnahmsweise (unter bestimmten engen Voraussetzungen) zu entrichten hat, während der Vorkaufsberechtigte diesen bei Ausübung des Vorkaufsrechts stets schuldet. Denn auch in diesem Fall läge eine Verkürzung der ihm gesetzlich eingeräumten Rechtsposition vor. Ungünstigere Bedingungen und damit eine Verkürzung der dem Vorkaufsberechtigten gesetzlich eingeräumten Rechtsposition lägen auch dann vor, wenn dem Erstkäufer unter bestimmten Voraussetzungen die Bezahlung eines niedrigeren Kaufpreises gewährt wird, während der Vorkaufsberechtigte stets – insbesondere auch dann, wenn die den Erstkäufer privilegierenden Voraussetzungen objektiv gegeben sind – den höheren Kaufpreis zu bezahlen hätte. Für diese Aussagen bezieht sich der BGH²⁸ maßgeblich auf § 464 II BGB.

Der Sache nach wird damit das vom Gesetz geforderte Zustandekommen eines Vertrags „unter den Bestimmungen“, die der Verkäufer mit dem Drittkäufer vereinbart hat, inhaltlich dahingehend angereichert, dass der Vorkaufsberechtigte die gleichen Chancen haben muss, die

Voraussetzungen einer bestimmten Vertragsabrede (hier: über den ermäßigten Kaufpreis) herbeizuführen wie der Drittkäufer. Das mag man so sehen, hätte das aber in jedem Fall eingehend begründen müssen. Aus § 464 II BGB lässt sich dieser Rechtssatz ebenso wenig ohne Weiteres herleiten wie aus den zitierten Entscheidungen zum Vertrag zulasten Dritter.

Legt man § 464 II BGB so aus wie der VIII. Zivilsenat, wäre es konsequent, den Verstoß gegen diese Norm als den Grund für die teilweise Unwirksamkeit der Kaufpreisabrede anzusehen. Ob man in dieser zwingenden Vorschrift dann eine Begrenzung der Gestaltungsmacht der Parteien des Drittkaufvertrags erblickt²⁹ oder eine Verbotsnorm iSv § 134 BGB, kann hier dahinstehen. Jedenfalls ist nicht zu erkennen, welche Relevanz das Verbot, einen Vertrag zulasten Dritter zu schließen, noch haben soll, wenn man § 464 II BGB mit dem VIII. Zivilsenat interpretiert.

3. Eigene Ansicht

Nach hier vertretener Ansicht liegt kein Verstoß gegen § 464 II BGB vor. Der Vertrag mit dem Mieter ist genau zu den Bedingungen des Drittkaufs zustande gekommen. Teilweise unwirksam ist die Kaufpreisabrede vielmehr deswegen, weil der Mieterin durch diese der Vorteil genommen wird, den ihr § 577 BGB zuweist (o. I 2). Es stellt also daher die Dinge geradezu auf den Kopf, wenn der BGH seine Ausführungen zum Mietervorkaufsrecht mit den Worten einleitet:

„Eine andere Beurteilung ist auch unter Berücksichtigung der beim Mietervorkaufsrecht bestehenden Besonderheiten nicht geboten.“³⁰

Der letztlich entscheidend für Unwirksamkeit sprechende Gesichtspunkt resultiert nicht aus den allgemeinen *vorkaufsrechtlichen* Bestimmungen, sondern aus den *mietrechtlichen* Wertentscheidungen der Rechtsordnung. Es widerspricht den Zielen des Vorkaufsrechts, wenn diejenigen, die einen aus ihrer Sicht besonders vorteilhaften und damit verkehrswertmindernden Mietvertrag abgeschlossen haben, hierfür unter Hinweis auf die Marktpreise „zur Kasse gebeten werden“ (s. o. I 2). Das mag das KG dazu bewogen haben, sich auch auf § 577 V BGB zu beziehen, was aber nichts daran ändert, dass diese Norm Bestimmungen des *Mietvertrags* im Auge hat und daher in Bezug auf Abreden im *Kaufvertrag* jedenfalls nicht unmittelbar einschlägig ist. Die Frage nach der die Nichtigkeit begründenden Norm ist damit freilich weiter offen.

Die teilweise Unwirksamkeit folgt aus § 138 I BGB. Richtiger Ansicht nach kommt dieser Generalklausel auch die Funktion zu, Lücken zu schließen.³¹ Solche ergeben sich in der Rechtsordnung notwendig dadurch, dass es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, eine umfassende, alle denkbaren Konstellationen erfassende Kodifikation zu schaffen, die sämtliche Verstöße gegen die Wertungen der Rechtsordnung vorhersieht, präzise tatbestandlich fasst und mit einem Unwirksamkeitsverdikt versieht. So verhält es sich etwa mit Bestimmungen in *Kaufverträgen*, die die Ausübung eines Vorkaufsrechts vereiteln. Das Gesetz re-

25 BGH NJW-RR 2006, 960.

26 BGH NJW 1995, 3183.

27 BGH NZM 2022, 505 Rn. 28 (in diesem Heft).

28 BGH NZM 2022, 505 Rn. 29 (in diesem Heft).

29 Dazu MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 134 Rn. 9 ff.

30 BGH NZM 2022, 505 Rn. 32 (in diesem Heft).

31 Allg. Staudinger, BGB/Fischinger, 2021, BGB § 138 Rn. 2, 68 ff. mwN.

gelt derartige Sachverhalte in § 465 BGB lediglich punktuell. Ergänzend hat die Rechtsprechung, bereits durch das RG,³² Drittkaufverträge an § 138 BGB gemessen und Bestimmungen verworfen, sofern diese darauf zielen oder zumindest dazu geeignet sind, dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung seines Rechts zu vereiteln, insbesondere diesen zu schädigen.³³

Gegen die Anwendung von § 138 I BGB spricht insbesondere nicht, dass es mit § 577 BGB eine Vorschrift des positiven Rechts gibt, aus deren Wertungen das Verdikt der Sittenwidrigkeit ganz maßgeblich abzuleiten ist. Neben den grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung sind es in besonderem Maß die Normen des einfachen Rechts, an die im Rahmen des § 138 I BGB angeknüpft wird, um das Sittenwidrigkeitsverdikt nicht auf so unbestimmte und letztlich nicht justiziable Kategorien wie das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ stützen zu müssen.³⁴

Die Anknüpfung an die positiv-rechtlichen Wertungen bestimmt auch ganz entscheidend den Umfang der Nichtigkeit. Mag auch die Unwirksamkeit des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts der Regelfall sein,³⁵ so ist es doch allgemein anerkannt, dass sich die Rechtsfolge des § 138 I BGB ebenso allein auf den sittenwidrigen Teil erstrecken kann, sofern dieser abtrennbar ist.³⁶ Teils wird für dieses Ergebnis eine teleologische Reduktion des (weiten) Wortlauts von § 138 I BGB befürwortet,³⁷ teils wird der Normzweckvorbehalt aus § 134 BGB auf § 138 I BGB übertragen.³⁸ Diese grundlegende Frage kann hier dahinstehen, weil beide Ansicht im vorliegenden Fall, in dem sich die Sittenwidrigkeit aus den Wertungen einer positiv-rechtlichen Norm ergibt, zum gleichen Ergebnis kommen müssen. Die maßgebliche Ratio des § 577 BGB steht der

Kaufpreisabrede nur insoweit entgegen und macht sie daher auch nur insoweit nichtig, als die Mieterin zur Zahlung des höheren Kaufpreises verpflichtet sein soll. Gegen die Verpflichtung der Drittkäuferin, dann einen höheren Kaufpreis zu zahlen, wenn es der verkaufenden Vermieterin gelingt, das Mietverhältnis noch vor der Eigentumsübertragung aufzulösen, folgt aus § 577 BGB nichts, weshalb die vertragliche Vereinbarung insoweit wirksam ist.³⁹

IV. Ergebnis

Im Ergebnis hat der VIII. Zivilsenat zu Recht die Bindung eines vorkaufsberechtigten Mieters an das höhere Entgelt im Rahmen einer „gesplaltenen“ Kaufpreisabrede im Kaufvertrag mit dem Dritten verneint. Derartige Regelungen verstoßen gegen § 138 I BGB, weil sie den maßgeblichen Wertungen des *Mietervorkaufsrechts* widersprechen. Das vom BGH angeführte Verbot, einen Vertrag zulasten Dritter zu schließen, ist hingegen ebenso wenig der Grund für die Teilunwirksamkeit der *Kaufpreisabrede dem Mieter gegenüber* wie § 464 II BGB oder § 577 V BGB.

³² RGZ 88, 361 (366); RG JW 1934, 1412 (1414).

³³ Statt vieler etwa BGH NZM 2017, 815 Rn. 20; NZM 2016, 725 Rn. 24.

³⁴ Statt vieler BeckOGKBGB/Jakl, BGB § 138 Rn. 81 ff.; Staudinger, BGB/Fischinger, BGB § 138 Rn. 100.

³⁵ BGH NZM 2005, 944.

³⁶ Statt vieler BGHZ 44, 158 (162) = NJW 1965, 2147; BeckOK BGB/Wendtland, BGB § 138 Rn. 32 ff.

³⁷ MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 138 Rn. 287.

³⁸ Nachw. zu dieser Ansicht bei MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 138 Rn. 282.

³⁹ Warum aus § 139 BGB im zu entscheidenden Fall nichts anderes folgte, begründet der BGH in Rn. 50 f.; s. BGH NZM 2022, 505 (in diesem Heft).