

# **Erbbaurechtsersetzende Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand. Zu den rechtsstaatlichen Grenzen „bodenpolitischen Rosinenpickens“**

## **A. Einführung – Das Wiederkaufsrecht als Sicherungsinstrument staatlicher Bodenpolitik - Typologie und Zielsetzungen**

Um Bodenspekulation und die Umgehung planerischer Nutzungsvorstellungen zu verhindern, bedienen sich Städte und Kommunen bei der Veräußerung von Grundstücken an Bauwillige in reichem Umfang zivilrechtlicher Sicherungsinstrumente. Der Beliebtheit erfreut sich dabei das Wiederkaufsrecht. Fristet es im bürgerlichen Vertragsrecht eher die Rolle eines Mauereblümchens, fällt ihm in städtebaulichen Verträgen eine praktisch wichtige Funktion zu: Es kann und soll die öffentliche Zweckerfüllung der Wohnraumförderung gewährleisten. Als Sicherungsinstrument subventionsgerechter Grundstücksverwendung erlangte das Wiederkaufsrecht insbesondere nach dem Ersten Weltkrieg Popularität, als eine »innere Kolonisation«<sup>1</sup> Deutschlands durch gemeinnützige Siedlungsbauunternehmen vorangetrieben werden sollte<sup>2</sup>.

### ***I. Gesetzliche Wiederkaufsrechte***

Das Reichssiedlungsgesetz von 1919<sup>3</sup> gestand gemeinnützigen Siedlungsbauunternehmen ein gesetzliches Wiederkaufsrecht für den Fall zu, dass der Ansiedler die ihm zur Verfügung gestellte Ansiedlerstelle ganz oder teilweise veräußerte, aufgab oder nicht dauernd bewohnte und bewirtschaftete<sup>4</sup>. Es sollte Siedler daran hindern, die mit Hilfe öffentlicher Mittel geschaffene Siedlungsstelle zum Gegenstand einer Grundstücksspekulation zu machen und sich auf Kosten der Allgemeinheit zu bereichern<sup>5</sup>. In ähnlicher Weise sprach das Reichsheimstättenge-

---

\* Jörn Axel Kämmerer ist Professor an der Bucerius Law School, Hamburg; Mario Martini ist dort Privatdozent. Der Beitrag geht auf eine gutachtliche Stellungnahme der beiden Autoren zurück.

<sup>1</sup> Mayer-Maly, Beobachtungen und Gedanken zum Wiederkauf, in: FS Wieacker, 1978, S. 424 (424).

<sup>2</sup> Ähnliches gilt in Österreich: Das Volkspflegestättengesetz vom 30.5.1919 (StGBö 1919, Nr. 309) und das Sachabrüstungsgesetz vom 24.3.1920, StGBI. 1920, Nr. 161 schufen gesetzliche Wiederkaufsrechte. Eine ähnliche Sicherungsentention wie das Wiederkaufsrecht hat der Heimfallanspruch nach § 32 der Verordnung über das Erbbaurecht (RGBl. 1919, S. 72). Ähnlich gab § 52 des Stadtbauauforderungsgesetzes dem früheren Eigentümer einen »Anspruch auf Rückübertragung«.

<sup>3</sup> RGBl. 1919, 1429.

<sup>4</sup> In ähnlicher Weise gestand § 21 Reichssiedlungsgesetz dem früheren Eigentümer eines Grundstücks ein gesetzliches Wiederkaufsrecht gegen das Siedlungsunternehmen zu, wenn dieses das erworbene Grundstück nicht innerhalb von zehn Jahren für Siedlungszwecke verwandte.

<sup>5</sup> Vgl. dazu RGZ 108, S. 226 (229); BGHZ 57, S. 356 (358); BGHZ 97, S. 238 (241).

setz vom 10.5.1920 dem „Ausgeber“ einer Reichsheimstätte das Recht zu, die Rückübertragung zu verlangen, wenn der Heimstatter von ihr bestimmungswidrig Gebrauch machte, etwa im Falle grober Misswirtschaft (sog. Heimfallanspruch, § 12 RHeimstG). Das Heimfallrecht war ähnlich wie das gesetzliche Wiederkaufsrecht nach dem RSiedlG Ausdruck der Zweckgebundenheit der Heimstätten. Sozial schwachen Gesellschaftsgruppen, insbesondere Arbeiterfamilien, sollte so die Möglichkeit vermittelt werden, Grund und Boden zu erlangen, allerdings wurden sie im Gegenzug entsprechenden Bindungen unterworfen.

## **II. Vertraglich vereinbarte Wiederkaufsrechte**

Neben dem als dingliches Sicherungsrecht ausgestalteten gesetzlichen Wiederkaufsrecht des RSiedlG<sup>6</sup> und dem Heimfallanspruch des RHeimstG haben vertraglich ausbedungene schuldrechtliche Wiederkaufsrechte einen Platz in der kommunalen Praxis erobert<sup>7</sup>. Anders als das Sicherungsrecht des Reichssiedlungsgesetzes wirken diese (ausschließlich) auf die §§ 456 ff. BGB gestützten Wiederkaufsrechte ihrer Natur nach lediglich inter partes. Eine dingliche Sicherung kann ihnen aber durch die Eintragung einer Eigentumsvormerkung (§ 883 BGB) zugunsten des ursprünglichen Eigentümers – in unserem Fall also des Staates bzw. der Gemeinde – zuteil werden, welche dessen bedingten Anspruch auf Rückübertragung sichert<sup>8</sup>. Das so gesicherte Wiederkaufsrecht steht einem dinglichen Wiederkaufsrecht in der Wirkung gleich<sup>9</sup>. Einem solchen Konzept folgt etwa der sog. Ulmer Wiederkaufsvertrag<sup>10</sup>. Die Stadt baute um die Jahrhundertwende zum 19. Jahrhundert Arbeiterhäuser, die – mit einer Amortisationshypothek für Bodenpreis und Baukosten belastet – den Interessenten zu Eigentum übertragen wurden. Der durch eine Vormerkung gesicherte Wiederkauf wurde für den Fall der Weiterveräußerung des Grundstücks für eine Frist von 100 Jahren vorbehalten. Auch in heutiger Zeit findet das Wiederkaufsrecht bei der öffentlichen Hand noch Verwendung, vor allem bei der Veräuße-

---

<sup>6</sup> Nach § 20 Abs. 2 S. 2 RSiedlG ist das Wiederkaufsrecht als Belastung im Grundbuch einzutragen. Vgl. dazu auch BGH, NJW 1972, S. 537 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit dieser Wiederkaufsrechte neben dem gesetzlichen Wiederkaufsrecht BGH, NJW 1986, S. 1993 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Um die erheblichen Schwierigkeiten möglichst auszuschalten, die es verursachen würde, bei einem Wechsel des Eigentums an dem Grundstück den ursprünglichen Käufer und dessen Erben bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden kann, im Auge zu behalten, sehen die Verträge regelmäßig eine Bestimmung vor, nach der der Verkäufer bei Vermeidung einer hohen Vertragsstrafe verpflichtet ist, jede Veräußerung des Grundstücks oder von Teilen des Grundstücks unverzüglich der Gemeinde anzuzeigen und einem Erwerber die sich aus dem Wiederkaufsrecht ergebenden Verpflichtungen im Wege der Schuldübernahme zu übertragen sowie ihn bei Vermeidung einer gleichen Vertragsstrafe zu verpflichten, dieselben Verpflichtungen späteren Erwerbern aufzuerlegen.« Vgl. Denkschrift des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg an die Mitglieder der bürgerrechtlichen Grundstücksausschüsse, 1929, S. 3 sowie *Wörlebauer*, DNotZ 1963, S. 580 (583 f.). Die für die Kreditbeschaffung notwendige Beleihungsfähigkeit des Grundstücks wird durch die sog. Kaufpreisbelegungsklausel sichergestellt, nach der der Wiederkäufer zwischenzeitliche Belastungen des Grundstücks bis zur Höhe des Wiederkaufspreises zu übernehmen hat (vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.4.1959, DNotZ 1959, 399; *Wacke*, in: MüKoBGB, 4. Aufl. 2004, § 883 BGB, Rdnr. 4 m.w.N.)

<sup>9</sup> In diesem Sinne bereits BayObLG, JW 1927, S. 1432; BayObLG JFG 3, S. 312.

<sup>10</sup> Vgl. dazu *Erman*, DJZ 1910, S. 562; RGZ 119, S. 188.

rung günstiger Bauplätze im Rahmen von Einheimischen- oder Sozial-Modellen zur Förderung einkommensschwacher Bevölkerungskreise oder zur Förderung von Industrie- und Gewerbesiedlungen<sup>11</sup>.

Die „Formenwahlfreiheit“ der öffentlichen Hand vermittelt dieser keine „carte blanche“ für den Zugriff auf Rechtsfiguren des Privatrechts<sup>12</sup>. Städte und Gemeinden, die sich dieses Rechtsinstruments bedienen, handeln also nicht allein dann schon legal, weil sie sich formal im Einklang mit privatrechtlichen Vorgaben befinden. Vielmehr müssen selbst diese anhand verfassungsrechtlicher Determinanten ausgelegt und angewendet werden – womit der öffentlichen Hand bei der Anwendung der gleichen Vorschrift ein geringerer Spielraum verbleibt, als er Privaten zustünde<sup>13</sup>. Dies gilt umso mehr, als die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts auch aus rein zivilrechtlicher Perspektive mit Gefahren für den Grundstückseigentümer behaftet ist: Da es üblicherweise zu dem Preis ausgeübt werden kann, zu dem der Käufer das Grundstück erworben hat (§ 456 Abs. 2 BGB), kann von ihm für den Käufer eine einschneidende vertragliche Gestaltungsmacht ausgehen, deren beeinträchtigende Wirkung mit der Länge der Bindung, die es auferlegt, noch deutlich wächst<sup>14</sup>. Die Neigung der Kommunen, die Grundstückserwerber mit Wiederkaufsrechten dauerhaft an der kurzen Leine zu halten, hat etwa den Gesetzgeber des 2. Wohnungsbaugesetzes veranlasst, ausdrücklich eine Beschränkung rechtsgeschäftlich begründeter Wiederkaufsrechte vorzusehen. § 52 Abs. 1 lit. b dieses Gesetzes spricht ein Verbot aus, „die Bewilligung öffentlicher Mittel zum Bau von Eigenheimen, eigengenutzten Eigentumswohnungen und Kaufeigentumswohnungen“ von der Begründung eines „Wiederkaufs-, Ankaufs- oder Vorkaufsrechts“ abhängig zu machen“<sup>15</sup>. Die Rechtsprechung ist, wie jüngst der

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu etwa BGH, DNotZ 2003, S. 341; BVerwG, NJW 1993, S. 2695 ff.; BayVGH, NVwZ 1999, S. 1008 ff.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1992, S. 18 ff.; *Grziwotz*, ZfIR 1999, S. 254 ff. m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge (1988), S. 29.; *Huber*, Der planungsbedingte Wertzuwachs als Gegenstand städtebaulicher Verträge, 1995, S. 45 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> *Burmeister*, VVdStRL 52 (1993), S. 190 (221 f.).

<sup>14</sup> Vgl. zu der in den Sechsziger Jahren geführten Diskussion, ob der Wiederkaufspreis nach dem RSiedG zur Vermeidung von Unbilligkeiten nicht an dem Verkaufspreis, sondern an dem Verkehrswert zum Zeitpunkt der Ausübung des Wiederkaufsrechts zu orientieren ist etwa *Ehrenfort*, RSiedG und GrdVG, 1965, S. 261 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> Ein ähnlicher Befund ergibt sich beim Blick auf andere Rechtsordnungen. Nach § 8 Abs. 1 S. 7 des österreichischen Stadterneuerungsgesetzes hat »ein bei der Veräußerung einer Liegenschaft verlangtes Wiederkaufsrecht für den Fall, dass die Gemeinde von dem Angebot« (zu dem der Verkäufer nach § 8 des Stadterneuerungsgesetzes verpflichtet ist) »Gebrauch macht, als nicht gefordert zu gelten«, m.a.W. sind derartige Wiederkaufsrechte unzulässig (die gestelzte sprachliche Ausrucksweise kommentiert *Mayer-Maly* (Fn. 1, S. 424 [426 mit Fn. 19]) mit den Worten, es sei bezeichnend, dass einem Gesetzgeber, der sich auf fragwürdige Konstruktionen einlässt der sprachliche Ausdruck nicht gelingen will). Ähnlich sind nach § 38 Abs. 1 Nr. 3 des österreichischen Wohnungseigentumsgesetzes (BGBl. I 2002, S. 579 ff.) Vereinbarungen über Wiederkaufsrechte als »Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder zu beschränken« rechtsunwirksam (dazu *Mayer-Maly*, a.a.O., S. 424 [426]; *Faistenberger/Barta/Call*, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 1976, S. 719 f.).

Für die Ausübung von Wiederkaufsrechte im Sinne des § 31a des Wohnhaus-Wiederaufbaugesetzes hatte sich in der österreichischen Rechtsprechung die Maxime herausgebildet, diese Rechte dürften nur ausgeübt werden, wenn der Wohnungseigentümer hierfür – sei es auch ohne sein Verschulden – einen entsprechenden Grund setze (Österreich. OGH, Österreichische Juristen Zeitung 1963, S. 239. Für das deutsche Recht vertritt etwa *Metzger*

BGH<sup>16</sup>, bemüht, überlangen Bindungsfristen und Vereinbarungen mit Strafcharakter<sup>17</sup> einen Riegel vorzuschieben. Wo in Anspruch genommene privatrechtliche Gestaltungsmacht mit öffentlich-rechtlichen Bindungen zusammenfällt, erwachsen besonders diffizile und interessante Fragen, auch bezüglich des (Konkurrenz-)Verhältnisses der verschiedenen bodenpolitischen Sicherungsinstrumente. Diese nur zum Teil geklärten Rechtsprobleme stehen im Mittelpunkt des vorliegenden Beitrags.

### **III. Erbbaurechtsersetzende schuldrechtliche Wiederkaufsrechte**

Nicht eindeutig bestimmt ist bislang insbesondere das Verhältnis von Erbbaurecht und Wiederkaufsrecht, namentlich die Zulässigkeit erbbaurechtsnaher Wiederkaufsrechte. Erbbaurecht und Wiederkaufsrecht können für ähnliche Ziele nutzbar gemacht werden<sup>18</sup>. Die öffentliche Hand bedient sich seit Ende des Ersten Weltkriegs hybrider Rechtsfiguren, welche die Vorteile beider Rechtsinstrumente miteinander verbinden: die Flexibilität des Wiederkaufsrechts und die Sicherungswirkung des Erbbaurechts. Solcherart rechtstechnische Kreativität hat etwa die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) in der Weimarer Zeit zur Durchsetzung bodenpolitischer Einflussmöglichkeiten entfaltet: Sie ließ sich in den 20er und 30er Jahren des 20. Jahrhunderts als Teil ihrer Bodenbevorratungspolitik<sup>19</sup> bei der Veräußerung von Grundstücken formularartig Wiederkaufsrechte einräumen, mit denen sie baurechtliche Verpflichtungen durchzusetzen und der Bodenspekulation entgegenzuwirken trachtete: Vereinbart wurde regelmäßig ein bedingtes, zweckgebundenes Wiederkaufsrecht und zugleich ein unbedingtes. Das *bedingte Wiederkaufsrecht* diente der Sicherung vertraglich übernommener Bauverpflichtungen des Erwerbers, etwa derjenigen, auf den zum Kauf erworbenen Flächen »Großwohnhäuser mit billigen Wohnungen für die minderbemittelte Bevölkerung zu erbauen«. Für das letzte Jahr der zwischen 75 und 99 Jahren laufenden Wiederkaufsfrist setzten die Verträge ein *unbedingtes Wiederkaufsrecht* fest, von dem die FHH – ohne an spezifizierte Wiederkaufsgründe gebunden zu sein – ein Jahr lang

---

(RGRK, BGB, § 503 Anm. 1 a.E.; a.A. *Benne*, JA 1986, S. 239 [242]) die Auffassung, dass dann, wenn die Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechtes so weit erstreckt wird, dass nach den Umständen eine Einräumung eines Wiederkaufsrechtes auf unbeschränkte Zeit vorliegt, die gesetzliche Frist von 30 Jahren bei Grundstücken in Kraft trete.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 21. 7. 2006, DNotZ 2006, S. 910 (911).

<sup>17</sup> So etwa für einen Wiederkaufspreis in Höhe der Hälfte des Verkehrswertes LG Karlsruhe, DNotZ 1998, S. 483; ähnlich für einen Wiederkaufspreis in Höhe von neunzig Prozent des Kaufpreises OLG Koblenz, DNotI-Report 1998, S. 25.

<sup>18</sup> Vgl. zur Sonderkonstellation eines Wahlrechtes zwischen Ankaufs- und Erbbaurecht § 15 Abs. 1 i.V.m. §§ 61 ff. SachenRBERG vor (die die Zwangsgemeinschaft von Grundstückseigentümern und -nutzern in der ehemaligen DDR nach der Deutschen Einheit einem Interessenausgleich zuzuführen versuchen); zu ihrer Verfassungsmäßigkeit BVerfG, NJ 2001, 330 ff.

<sup>19</sup> Die Freie und Hansestadt kaufte unbebautes Gelände an, das in absehbarer Zeit für die Stadterweiterung oder besondere öffentliche Zwecke benötigt wurde, erschloss dieses Gelände, machte es baureif und veräußerte es, sobald eine Bebauung in Frage kam (vgl. *Lippmann*, Mein Leben und meine amtliche Tätigkeit, Erinnerungen und ein Beitrag zur Finanzgeschichte Hamburg, 1964, S. 478). Die Bodenbevorratungspolitik war Teil aktiver bodenpolitischer Entwicklungspolitik, die die FHH in die Lage versetzte, bodenpolitische Marktmacht durchsetzen, siedlungspolitische Vorstellungen durchsetzen und den marktgängigen Bodenpreis weitgehend zu bestimmen.

Gebrauch machen durfte<sup>20</sup>. Die FHH kann während dieses Zeitraumes ohne Angabe von Gründen über die Übernahme des Grundstücks zum Erwerbspreis (!) befinden und damit die eigentumsrechtliche Situation wieder rückgängig machen<sup>21</sup>. Ein erheblicher Teil der Fläche Hamburgs ist auf diese Weise bis heute mit Wiederkaufsrechten belegt, die in den nächsten Jahren ausgeübt werden könnten<sup>22</sup>.

Die Doppelung von bedingtem und unbedingtem Wiederkaufsrecht spiegelt die Intention wider, Vorzüge zweier Rechtsinstrumente zu koppeln. Das Wiederkaufsrecht sollte den Staat in die Lage versetzen, »das Grundstück sowohl beim Eintritt von Voraussetzungen, unter denen beim Erbbaurecht ein Heimfallanspruch entsteht, als auch beim Ablauf einer der Erbbaurechtsdauer entsprechenden Zeit zum Verkaufspreis zurückzukaufen und sich dadurch eine inzwischen eingetretene Wertsteigerung zu erhalten«<sup>23</sup>. Es ist, mit anderen Worten, als Erbbaurechtsersatz konzipiert: Die Wirkungen eines Erbbaurechts (eine Bebauungsmöglichkeit zu eröffnen, ohne die Herrschaft des Veräußerers über das Grundstück aufzugeben) sollten eintreten, ohne dass ein solches formaliter begründet wurde. Selbst die Entschädigungsregeln orientierten sich an der ErbbauVO (§ 27): Die Hamburger Verträge sprechen dem Käufer als Entschädigung für die vertragsgemäß errichteten Gebäude gemeinsam mit dem *unverzinsten* Kaufpreis für das Grundstück eine Zahlung in Höhe von zwei Dritteln des gemeinen Wertes des Gebäudes zu, den die Gebäude am Tage des Zugehens der Wiederkaufserklärung haben<sup>24</sup>.

Warum aber vermied die FHH die Vereinbarung von Erbbaurechten? Das liegt in dessen mangelnder Flexibilität begründet: Nach Ablauf der Erbbaufrist hätte die Stadt nicht frei über die Zuordnung des dinglichen Rechtes entscheiden können, sondern es wäre in jedem Fall an sie zurückgefallen<sup>25</sup>. Die FHH scheute die finanzielle Last, die späteren Geschlechtern durch die damit verbundene Entschädigungspflicht auferlegt und in ihrer Höhe für den Staatshaushalt schwer prognostizierbar ist<sup>26</sup>. Sie sah insbesondere das Risiko, dass »in außerordentlich vielen Fällen, insbesondere bei älteren Großwohnhäusern mit kleineren und mittleren Wohnungen, die

---

<sup>20</sup> Verwendung fanden aber auch Vertragsklauseln, nach denen der FHH das Wiederkaufsrecht beginnend mit einem bestimmten Datum unbefristet ausüben durfte.

<sup>21</sup> Vgl. die Denkschrift des Senats (Fn. 8), S. 3.

<sup>22</sup> Von dem 13.566 ha umfassenden hamburgischen Stadtgebiet befanden sich in den 1920er Jahren ca. 9.600 ha, also ca. 70 %, in Staatseigentum *Lippmann* (Fn. 19, S. 476.; der Staat war also weitaus größter Grundeigentümer Hamburgs. Von den Grundstücken, die die Freie und Hansestadt Hamburg in den Jahren 1926 bis 1930 veräußert hatte, wurden 1.022.209 m<sup>2</sup> (also ca. 52 %) unter Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts übertragen, weitere 547.748 m<sup>2</sup> (ca. 28 %) ohne Rückkaufsrecht und 409237 m<sup>2</sup> (ca. 20 %) in Erbbaurecht *Lippmann* (Fn. 19), S. 476 f.

<sup>23</sup> Denkschrift des Senats (Fn. 8), S. 2.

<sup>24</sup> Lediglich im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechts „wegen öffentlichen Interesses“ muss die Freie und Hansestadt Hamburg den vollen Grundstückswert ersetzen. Es waren aber auch Vertragsklauseln gebräuchlich, die dem Grundstückseigentümer lediglich die Hälfte oder Zweidrittel des Gebäudezeitwertes zugestanden.

<sup>25</sup> Denkbar, in praxi aber kaum gebräuchlich, sind erbbaurechtsersetzende Wiederkaufsrechte auch dort, wo – anders als nach der ErbbauVO vorausgesetzt (§ 1 Abs. 1, 3 ErbbauVO) – kein Bauwerk errichtet werden soll oder nicht ein Grundstück, sondern die Sonderform des Wohnungs- oder Teileigentums belastet werden soll.

<sup>26</sup> Vgl. Denkschrift des Senats (Fn. 8), S. 1.

in weniger beliebten Gegenden liegen, mit 2/3 des Wertes des Bauwerke [§ 27 Abs. 2 ErbbaurechtsVO, Anm.] ein viel höherer Wert zu zahlen als dem tatsächlichen Verkaufswert des bebauten Grundstücks entsprechen würde<sup>27</sup>. Die FHH wollte sich die Grundstücke, die sie übernehmen gedachte, aussuchen können. Sie solle frei entscheiden können, ob sie »lieber das Risiko der Schätzung laufen oder das Grundstück dem jeweiligen Eigentümer belassen will.<sup>28</sup>« Der Verkauf unter Vorbehalt eines Wiederkaufsrechts war für den Senat ein »Weg, der bei Wahrung der Vorteile des Erbbaurechts gleichzeitig dessen Nachteile vermeiden kann<sup>29</sup>, oder anders ausgedrückt: die Möglichkeit, ein Erbbaurecht weitgehend zu fingieren, den Rückfall aber unter die Potestativbedingung des Wiederkaufs zu stellen.

Inwieweit das (schuldrechtliche) Wiederkaufsrecht den Wirkungen eines dinglichen Erbbaurechts angenähert werden kann, ohne dass der sachenrechtliche Numerus clausus faktisch durchbrochen wird, ist bereits unabhängig von der Beteiligung der öffentlichen Hand zweifelhaft – ist doch das Wiederkaufsrecht dem gesetzlichen Modell nach auf eine Generation, also dreißig Jahre, angelegt, wohingegen das Erbbaurecht eine weit längere Bindung zulässt (näher dazu unten B I.). Selbst wenn gegen die Vereinbarung solcher „erbbaurechtsersetzenden Wiederkaufsrechte“ keine zivilrechtlichen Bedenken bestehen sollten, könnte sie doch gerade der öffentlichen Hand verwehrt sein – oder zumindest die Ausübung früher vereinbarter Rechte (hierzu unten B II.).

Insofern werfen generationenumspannende Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand die Frage nach den Grenzen in privatrechtlichen Rechtsformen ausgeübter staatlicher Handlungsmacht auf, insbesondere dort, wo aus unterschiedlichen Rechtsinstrumenten die jeweiligen Vorteile gleich Rosinen „menugerecht“ zusammengeklaut werden. Diese Fragen sollen im Folgenden am Beispiel des Hamburger Modells der Wiederkaufsrechte ausgelotet werden.

## **B. Wiederkaufsfristen zwischen privatrechtlicher Gestaltungsfreiheit und öffentlich-rechtlichen Bindungen**

### ***I. Privatrechtliche Gestaltungsfreiheit (§ 462 BGB) und ihre sachenrechtlichen Begrenzungen***

Das BGB gewährt den Parteien grundsätzlich Gestaltungsfreiheit in der Bestimmung der Länge von Wiederkaufsfristen. Es sieht zwar in § 492 für Grundstücke grundsätzlich eine Frist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts vor<sup>30</sup>. Einer dispositiven Erweiterung

---

<sup>27</sup> Denkschrift des Senats (Fn. 8), S. 1 f.

<sup>28</sup> Denkschrift des Senats (Fn. 8), S. 3.

<sup>29</sup> Denkschrift des Senats (Fn. 8), S. 2.

<sup>30</sup> Im italienischen Codice civile (Art. 1501) sind die Ausübungsfristen deutlich kürzer: zwei Jahre bei Fahrnis, fünf Jahre bei Liegenschaften. Der Code Civil (Art. 1660) legt für Mobilien und Immobilien eine einheitliche,

seiner Dauer verschließt es sich indes nicht prinzipiell: Die Wiederkaufsfrist kann durch Parteivereinbarung verlängert werden (§ 462 S. 2 BGB). Eine Einschränkung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit planungsrechtlicher Sicherungsinstrumente ergibt sich freilich aus dem Numerus clausus sachenrechtlicher Gestaltungsformen (unten 1.) sowie dem in § 137 S. 1 BGB artikulierten Rechtsgedanken (unten 2.).

## 1. Numerus clausus der Sachenrechte

Das Sachenrecht lässt nur eine geschlossene Zahl von Sachenrechten mit gesetzlich umrissenen Inhalt zu<sup>31</sup> (arg. §§ 1018 f., 1068, 1085 BGB etc. e contrario). Die Imitation eines Erbbaurechts durch ein vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht steht in der Gefahr, diesen Numerus clausus der Sachenrechte auszuhöhlen. Das BGB kennt als dingliches Nutzungsrecht, das die Verfügungs- und die Nutzungsbefugnis voneinander trennt, nur das Erbbaurecht und als dingliches Erwerbsrecht lediglich das Vorkaufsrecht. Das Erbbaurecht ist in seiner gesetzlichen Ausgestaltung durch das BGB bzw. die ErbbauVO auf Verlässlichkeit der eingeschränkten Nutzungsbefugnis angelegt: Da nur eine gewisse Mindestlaufzeit eine wirtschaftliche Nutzung (und ggf. eine Beleihung) möglich macht, verleiht die ErbbauVO – anders als das in seiner Natur durch die Unsicherheit seiner Geltendmachung gekennzeichnete Wiederkaufsrecht – dem Erbbauberechtigten dinglich verbürgte Rechtssicherheit für die Laufzeit des Rechts. Das Erbbaurecht auflösende Bedingungen dürfen nach § 1 Abs. 4 ErbbauVO nicht vereinbart werden. Obwohl die ErbbauVO das Institut des Heimfalls kennt und damit eine wiederkaufsähnliche Konstruktion gestattet, knüpft dieser Heimfall jedoch an *bestimmte* Voraussetzungen an, Ereignisse also, die mit dem Erbbaurecht, d.h. dem dinglichen Rechtsverhältnis Grundstückseigentümer/Erbbauberechtigter, zusammenhängen. Ereignisse, die dem Erbbauberechtigten nicht zurechenbar sind, etwa ein (jederzeitiges) Verlangen des Grundstückseigentümers<sup>32</sup>, werden nicht erfasst<sup>33</sup>.

---

fünfjährige Höchstfrist fest. Der deutsche Gesetzgeber hielt eine kürzere Frist insofern nicht für nötig, als er die Bestimmungen über Wucher und des Gewerberechts (§ 34 Abs. 4 GewO) als ausreichend einstufte, um Missbrauch zu verhindern (Motive II, S. 340, 342). Die vorgängigen Partikularrechte hatten noch den Wiederkauf weitgehenden, rechtspolizeilichen Erwägungen entspringenden Beschränkungen unterworfen (Motive II, S. 339 f.)

Für die siedlungsrechtlichen Wiederkaufsfristen modifizierte der Gesetzgeber die für die Ausübung des Wiederkaufsrechts vorgesehenen Fristen des § 492 BGB insofern, als das Wiederkaufsrecht des früheren Eigentümers nur innerhalb des ersten Jahres nach Ablauf der Zehnjahresfrist für die Verwendung des Grundstücks zu Siedlungszwecken ausgenutzt werden kann (§ 21 S. 1, 2 RSiedlG).

<sup>31</sup> Es ist m.a.W. nicht möglich, durch Parteivereinbarung andere als die nach dem Gesetz vorgesehenen dinglichen Rechte zu begründen oder den gesetzlich möglichen dinglichen Rechten einen anderen als den nach dem Gesetz zulässigen Inhalt zu geben.

<sup>32</sup> LG Oldenburg, RPfl. 1979, S. 383.

<sup>33</sup> Eine Vertragsbestimmung, die – wie im Modell des Hamburger Wiederkaufsvertrages – einen Wiederkaufsfall u.a. bereits dann als bedingtes Recht eintreten lässt, »wenn öffentliche Interessen den Rückerwerb notwendig machen«, ist in ihrer Veranlassung dem Eigentümer nicht zurechenbar und tatbestandlich unbestimmt. Sie setzt ihn

Einem unzulässigen bedingten Erbbaurecht nähert sich ein erbaurechtsnahes Wiederkaufsrecht insoweit in bedenklicher Weise an, als es in seiner rechtstechnischen Konstruktion als unbedingtes Wiederkaufsrecht darauf angelegt ist, den Rückerwerb des Grundstücks in das freie Belieben des Veräußerers zu stellen. Es schafft ein hybrides erbaurechtsnahes Rechtsinstitut, das nicht – wie nach der ErbbauVO zwingend – ausnahmslos alle Erbbauberechtigten für das Bauwerk entschädigen muss, sondern dem Wiederkaufsberechtigten nach seiner Wahl vorbehält, welche Grundstücke er übernehmen will. Die FHH fingiert auf schuldrechtlichem Wege mit dinglicher Sicherung durch eine Vormerkung die Wirkungen einer Art »potestativ bedingtes Erbbaurecht«, das die Ausübung des Wiederkaufsrechts voraussetzungsfrei stellt.

Der *numerus clausus* der Sachenrechte verhindert es freilich grundsätzlich nicht, wirtschaftliche Äquivalente von sachenrechtlichen Rechtspositionen zu konstruieren, sofern diese als erkennbar schuldrechtliche Rechte ausgestaltet sind und zwingende sachenrechtliche Schutzbestimmungen nicht unterlaufen<sup>34</sup>. Dass auch der *Numerus clausus* nicht gänzlich starr ist, zeigt die Entwicklung von Instituten wie Anwartschaftsrecht, Sicherungseigentum oder der Sicherungsgrundschuld<sup>35</sup>. Was das erbaurechtsnahe Wiederkaufsrecht betrifft, ist es als *schuldrechtliches* Sicherungsrecht (mit dinglicher Absicherung) konzipiert und auch als solches erkennbar. Der Schutzgedanke des *Numerus clausus*, Rechtsklarheit zugunsten der absolut wirkenden Sachenrechte zu erzielen<sup>36</sup>, scheint durch erbaurechtsnahe Wiederkaufsrechte insoweit *prima facie* grundsätzlich nicht schlechthin ad absurdum geführt. Dies gilt um so mehr, wenn – wie in den Wiederkaufsvereinbarungen der FHH – eine dem § 27 Abs. 2 ErbbauVO äquivalente Entschädigung für den Fall vorgesehen wird, dass der Wiederkaufsberechtigte von seiner Befugnis Gebrauch macht.

## **2. § 137 BGB als Schranke der Verdinglichung obligatorischer Rechte**

Damit ist Erbbaurechtsfiktionen durch Wiederkaufsrechte aber kein Freibrief erteilt. Die Quasi-Verdinglichung, die dem erbaurechtsnahen Wiederkaufsrecht durch die Vormerkungssicherung des Rückübertragungsanspruchs und die Länge der Bindungsdauer erwächst, ruft den Schutzgedanken des § 137 S. 1 BGB auf den Plan. Das BGB schützt Inhaber veräußerlicher

---

einem dauerhaften Schwebezustand aus, der eine sinnvolle wirtschaftliche Ausnutzung des Grundstücks und das gebotene Mindestmaß an Dispositionsfreiheit nimmt. Als Umgehung des § 1 Abs. 4 ErbbauVO ist er unzulässig. Hinzu kommt, dass der Heimfallanspruch nach § 4 ErbbauVO binnen sechs Monaten von dem Zeitpunkt an verjährt, in dem der Grundstückseigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, das Hamburger Wiederkaufsmodell die FHH von einer solchen Entscheidungspflicht aber befreien will, indem es während der gesamten Wiederkaufsfrist bestehen soll.

<sup>34</sup> Ähnlich BGH, NJW 1997, 861 (862) m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. Rinne, in: MüKoBGB, 4. Aufl. 2004, Bd. 6, Einl. Rdnr. 11 ff.

<sup>36</sup> Da dingliche Rechte gegen jedermann wirken, sind sie in erhöhtem Maße durch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr gekennzeichnet.

Rechte gegen die rechtsgeschäftliche Aushöhlung bzw. Beschränkung ihrer Verfügungsbefugnis<sup>37</sup>. Vermögensgegenstände sollen nicht durch schuldrechtliches Rechtsgeschäft dem Rechtsverkehr als »res extra commercium« faktisch entzogen werden. § 137 S. 1 BGB ist Ausdruck der Ablehnung relativ-dinglicher Rechte<sup>38</sup>. Ein Wiederkaufsrecht, das die Verfügungsbefugnis des Eigentümers über ein Grundstück für mehrere Generationen durch das dinglich wirkende Instrument der Vormerkung hinweg beschränkt, legt entgegen § 137 S.1 BGB eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis auf, die – in Ansehung der Vormerkung, die sie sichert – faktisch dingliche Wirkung entfaltet. Der Wille des Gesetzgebers, der sich gegen dinglich wirkende Wiederkaufsrechte entschied<sup>39</sup>, wird konterkariert<sup>40</sup>. Insbesondere das dingliche Recht der Vormerkung kann auf diese Weise missbraucht werden, um praeter legem ein dingliches Erwerbsrecht zu schaffen, das die Verfügungsmacht dauerhaft beschränkt<sup>41</sup>. Für dieses Verdikt ist vor allem die Dauer der vereinbarten Bindung entscheidend. Ein mehrere Generationen überspannendes Wiederkaufsrecht versetzt Wiederkaufsverpflichtete bzw. ihre Nachfahren<sup>42</sup> auf unabsehbare Zeit in den Zustand der Ungewissheit<sup>43</sup>. Zwar lässt das BGB – als Ausnahme von § 137 S. 1 BGB – die Begründung von Verfügungsbeschränkungen im Wege der Inhaltsbestimmung von dinglichen Rechten, so etwa nach §§ 2 und 5 ErbbauVO, zu. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um inhaltliche Ausgestaltungen spezifizierter dinglicher Rechte handelt. Apokryphen Neukreationen, die verkappte dingliche Rechte entwerfen und dem Veräußerer die Möglichkeit eröffnen, flexible Modifikationen sachenrechtlicher Topoi à la carte vorzunehmen und damit Verfügungsbeschränkungen zu begründen, wird damit kein Freibrief erteilt. Wird man die Vormerkungssicherung eines bedingten schuldrechtlichen Eigentumsübertragungsanspruchs auch nicht prinzipiell als Verstoß gegen den Numerus clausus der Sachenrechte ansehen müssen<sup>44</sup>, so stellt ein auf unabsehbare Dauer angelegtes Auseinanderfallen von Rechtsin-

---

<sup>37</sup> Ob die Vorschrift damit den Schutz der persönlichen Freiheit des Verfügungsbeschränkten im Auge hat, ist umstritten (dazu etwa BGHZ 134, S. 182 ff.; *Kohler*, DNotZ 1989, S. 339; *Weitmayer*, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in FS für Weber, S. 429 ff. m.w.N.). Die Vorschrift des § 137 S. 2 BGB spricht dagegen. § 137 S. BGB schützt den numerus clausus der dinglichen Rechte gegen privatautonome Modifikationen und das sachenrechtliche Interesse an Rechtssicherheit (vgl. etwa *Heinrichs*, in: Palandt [Hrsg.], BGB, § 137, Rdnr. 2).

<sup>38</sup> *Armbrüster*, in: MüKoBGB, § 5. Aufl. 2006, § 137 Rdnr. 5; *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 130; *Wiegand*, in: FS Kroeschell, 1987, S. 623 (635).

<sup>39</sup> Dazu BGH, Urt. v. 14.1.1972, NJW 1972, 488 (489); *Huber*, in: Staudinger, BGB, Vor. § 497, Rdnr. 4.

<sup>40</sup> RG, JW 1927, S. 1432.

<sup>41</sup> So etwa *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1999, S. 201.

<sup>42</sup> Die Möglichkeit, das Damoklesschwert der Ausübung des Wiederkaufsrechts zumindest der eigenen Generation nach dem St. Florians Prinzip zu ersparen, hat in der Hamburger Praxis des erbbaurechtsnahen Wiederkaufsrechts zu einer regen Verlängerung von Wiederkaufsrechten geführt.

<sup>43</sup> In diesem Sinne etwa *Huber*, in: Staudinger, BGB, § 503, Rdnr. 2; *Mezger*, in: RGRK, § 503 Anm. 1 a.E.; *Berger*, a.a.O., S. 199 f.; *Mader*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, 1995, § 503 Rdnr. 2; ähnlich *Benne*, JA 1986, S. 239 (243); bereits KG, Beschl. v. 12.7.1906, OLGE 14, 70 (71): »das im Vertrag vereinbarte Wiederkaufsrecht hat einen nach dem BGB unzulässigen Inhalt«, denn »zum Wiederverkaufe soll (...) auch jeder Dritter verpflichtet sein, obgleich der Käufer bloß sich selbst obligatorisch verpflichten konnte.«

<sup>44</sup> Vgl. zu dieser umstrittenen Frage etwa *Pikalo*, DNotZ 1972, S. 651; BGHZ 75, 288 ff.; BGH, NJW 72, S. 488 (489); BayObLG, Beschl. v. 16.11.1977, NJW 1978, S. 700 (701)

haberschaft und Verfügungsbefugnis den Schutzgedanken des § 137 S. 1 BGB in Frage. Dem BGB wohnt das Bestreben inne, die Ausübung verfassungshindernder Abreden auf eine Höchstfrist von 30 Jahren zu beschränken (vgl. etwa auch §§ 2044 BGB, 2109, 2162 f., 2210 BGB sowie §§ 900 Abs. 1, § 927 Abs. 1 BGB). Diese Frist entspricht dem Abstand zwischen zwei Generationen und lässt den Willen erkennen, nachfolgende Generationen von rechtlichen Belastungen nach Möglichkeit freizustellen<sup>45</sup>. Sollen überlange (Verfügungs-)Bindungen ausgeschlossen werden, darf daher, zumal wenn der Rückgewährungsanspruch des Wiederkäufers durch eine Vormerkung (§ 883) gesichert ist, die Wiederkaufsfrist nicht länger als 30 Jahre währen<sup>46</sup>. Schuldrechtliche Ersatzansprüche des Wiederkaufsberechtigten bleiben nach § 137 S. 2 BGB unberührt<sup>47</sup>. Ihnen ziehen indes § 138 BGB und – als *leges speciales* – die öffentlich-rechtlichen Bindungen der Kommunen Grenzen.

## ***II. Öffentlich-rechtliche Schranken der Ausübung und Begründung von Wiederkaufsrechten***

Wiederkaufsvereinbarungen, die die öffentliche Hand mit Privaten schließt, sind, obwohl privatrechtlicher Natur, öffentlich-rechtlich überlagert. Auch bei privatrechtlichem Handeln des Staates wirkt die Grundrechtsbindung des Staates fort (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Dies gilt zumal, wenn die Verwaltung öffentliche, hier: bodenrechtliche, Zwecke verfolgt. Namentlich § 11 BauGB (unten a) und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (unten b) ziehen der privatautonomen Gestaltungsmacht des Staates bei der Auferlegung von Wiederkaufspflichten heute über die zivilrechtlichen Grenzen hinausgehende Schranken. Sie wirken für in der Gegenwart abgeschlossene Wiederkaufsvereinbarungen grundsätzlich als Wirksamkeitshindernis (unten 1.). Für vor Inkrafttreten des GG abgeschlossene Vereinbarungen wirkt der diesen Vorschriften immanente Rechtsgedanke jedenfalls als Ausübungsschranke (unten 2.).

---

<sup>45</sup> Den diesen Vorschriften zugrunde liegenden Grundgedanken spricht. 28 S. 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1793 am deutlichsten aus: »Keine Generation darf künftige Generationen ihren Gesetzen unterwerfen.« *Großfeld/Gersch* sehen in dieser Bestimmung ein allgemeines Prinzip des deutschen Privatrechts ausgedrückt, das auch bei anderen Rechtsgeschäften zu berücksichtigen sei (*dies.*, JZ 1988, S. 937 [944]). Ähnlich bereits zu Anfang des 20. Jahrhunderts v. *Thur* (Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910, Bd. I, S. 143): »Einer unbegrenzten Dauer obligatorischer Verhältnisse ist die Rechtsordnung abgeneigt.« sowie *Bauer-Mengelberg* (Knebelungsverträge, 1929, S. 62 ff., 76 ff.), der für langfristige Verpflichtungen zu einem positive Tun dem deutschen Recht eine Dreißig-Jahres-Grenze entnimmt.

<sup>46</sup> Ebenso *Berger*, Rechtsgeschäftliche Vernüfungsbefchränkungen, 1999, S. 201 f.; *ders.*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, § 462, 11. Aufl. 2004 Rdnr. 1; *Kohler*, DNotZ 1989, S. 339 (352); *Großfeld/Gersch*, JZ 1988, S. 937 (944); a.A. *Faust*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BeckOK, § 462 Rdnr. 3.

<sup>47</sup> Das ist Aufgabe des Art. 14 Abs. 1 GG. Dazu sogleich unter II.

## 1. Wirksamkeitsschranken

### a) § 11 BauGB

§ 11 BauGB stellt städtebauliche Verträge unter den Gültigkeitsvorbehalt der Angemessenheit der Vertragsbedingungen. Die Gegenleistung, die sich der Staat in solchen Verträgen versprechen lässt, darf nach den Gesamtumständen bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht außer Verhältnis zu dem Wert der von der Behörde erbrachten Leistung stehen und muss dem Leistungsverpflichteten zumutbar sein: Sie darf ihm kein untragbares Opfer auferlegen<sup>48</sup>.

Die Forderung nach Angemessenheit bildet das Korrelat der in diesen Rechtsverhältnissen strukturell gestörten Vertragsparität. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass das Sonderrecht des Staates einer von Privatautonomie geprägten Richtigkeitsgarantie des Vertrages nur begrenzt zugänglich ist. Der Staat soll seine Planungshoheit und das zum Bürger bestehende Machtgefälle nicht dazu missbrauchen dürfen, sich bei vertraglicher Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen Leistungen versprechen zu lassen, die rechtsstaatlichen Bindungen widerstreben. Der Staat darf mit seiner Rechtsmacht nicht wuchern<sup>49</sup>. § 11 BauGB ist Ausdruck des Gedankens materieller Vertragsgerechtigkeit.

Dass Verträge über die Veräußerung von Grundstücken regelmäßig als privatrechtliche, nicht als öffentlich-rechtliche Verträge einzustufen sind, steht der Anwendbarkeit des § 11 BauGB und der Maßgeblichkeit des Gebots angemessener Vertragsgestaltung nach § 11 BauGB dabei nicht entgegen. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB gilt für alle städtebaulichen Verträge unabhängig davon, ob sie als privatrechtliche oder als öffentlich-rechtliche zu qualifizieren sind<sup>50</sup>, da im Gesetz eine Differenzierung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht angelegt ist.

Verträge über die Veräußerung von Grundstücken zu verbilligten Konditionen und ihre Sicherung durch Wiederkaufsrechte erfüllen regelmäßig auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB<sup>51</sup>: Städte und Gemeinden verfolgen mit ihnen die Sicherung

---

<sup>48</sup> Vgl. etwa BVerwGE 42, S. 331 (345); *Krautzberger* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, aaO, § 11 Rdnr. 166; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB; § 11 Rdnr. 42; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 56 Rdnr. 54 f.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 483; kritisch dazu *Lischke*, Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag, 1999, S. 55 ff.

<sup>49</sup> Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 56 Rdnr. 54; *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995, § 68 Rdnr. 42.

<sup>50</sup> *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, § 11 Rdnr. 8; *Grziwotz*, DVBl. 1994, S. 1048 (1050); *Brohm*, JZ 2000, S. 321 (331); vgl. auch *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, 82. EL. Januar 2006, § 11 Rdnr. 170; *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 11 Rdnr. 21 i.V.m mit Rdnr. 1.

<sup>51</sup> Vgl. auch *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 11 Rdnr. 13. Danach findet § 11 BauGB insbesondere auf Verträge Anwendung, »in denen sich ein Investor verpflichtet, Wohnungen im Standard und mit den Mitteln des sozialen Wohnungsbaus zu errichten [...], eine bestimmte Miethöhe nicht zu überschreiten etc. Auch für Bauverpflichtungen (Ziff. 5 des Vertrages) ist anerkannt, dass sie Kennzeichen eines städtebaulichen Vertrages

und Förderung ihrer bauleitplanerischer Ziele, insbesondere die Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung. Sie nehmen damit eine öffentliche Aufgabe auf dem Gebiet des Städtebaurechts wahr und treten als Inhaberinnen der Planungshoheit auf, die ihre öffentlich-rechtlichen Planungsabsichten auch mit den Mitteln des Grundstückskaufvertrages zu realisieren versucht<sup>52</sup>.

## b) Verhältnismäßigkeit

Auf vor dem 1.1.1998 abgeschlossene Verträge ist § 11 BauGB zwar nicht unmittelbar anwendbar, da die Vorschrift erst durch das Bau- und Raumordnungsgesetz v. 18. 8. 1997 in das BauGB eingefügt worden ist<sup>53</sup>. Einer Prüfung vorgängiger Wiederkaufsrechte am Maßstab der Angemessenheit steht dies jedoch nicht entgegen. § 11 BauGB enthält nicht originär neues Recht, sondern eine Klarstellung und Absicherung der bisher schon geltenden Rechtslage<sup>54</sup>. Die Vorschrift verleiht - ebenso wie § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG für öffentlich-rechtliche Verträge - lediglich für einen speziellen Regelungsbereich dem allgemeinen verfassungsrechtlich verantworteten Prinzip der Verhältnismäßigkeit Ausdruck. Sie bringt zum Ausdruck, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften, auch wenn sie sich des Instruments des Vertrages bedienen, grundsätzlich weitergehenden Bindungen unterworfen sind als eine Privatperson und nicht nur die Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB), sondern insbesondere auch die Einhaltung des Übermaßverbots zu beachten haben, das auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der Verwaltung bestimmt<sup>55</sup>.

---

sind (vgl. BayVGH, NVwZ 1990, 979; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 81. El 2006, § 11, Rdnr. 139 ff; *Brohm*, JZ 2000, 321 [327]).

<sup>52</sup> So verpflichten die Kaufverträge des Hamburger Modells formularartig die Erwerber, »auf den Flächen Großwohnhäuser mit billigen Wohnungen für die minderbemittelte Bevölkerung zu erbauen. Bis zur Tilgung des Restkaufgeldes müssen grundsätzlich, abgesehen von vereinzelten größeren Wohnungen, die jedoch nur eine Ausnahme bilden dürfen, und von Läden, die Wohnungsmieten unter RM.-- 40 monatlich liegen. Bei der Vergabe der Wohnungen sind die früheren Mieter des Gängeviertels, Kriegsbeschädigte und die minderbemittelten werktätigen Arbeitnehmer des Hafens zu bevorzugen«. Nach Ziff. 5 des Vertrages hat der Käufer auf der Fläche innerhalb eines Jahres nach der Übergabe die vorgeschriebene Bebauung bezugsfertig herzustellen. Ziff. 6 verpflichtet die Erwerber, die Fläche mit nicht mehr als vier Wohngeschossen zu bebauen. Auf vier Hauseinheiten ist eine Dachgeschosswohnung gestattet... Die Tiefe der Wohngebäude darf 12 m nicht überschreiten .... «. Zahlreiche weitere baurechtliche Bestimmungen, die der Verwirklichung der Planungsabsichten der Stadt dienen, schließen sich an.

<sup>53</sup> Für die ostdeutschen Bundesländer galt mit § 6 Abs. 3 S. 4 BauGB-MaßnG eine entsprechende Bestimmung bereits seit dem 1. 5. 1993.

<sup>54</sup> So ausdrücklich BGHZ 153, S. 93 (98); *Krautzberger* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, a.a.O., § 11 Rdnr. 4; *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 11 Rdnr. 1; *Kahl/Röder*, JuS 2001, 24 (25).

<sup>55</sup> Vgl. BGHZ 153, S. 93 (106); BGH, DNotZ 2003, S. 342 f.; BVerwG, NJW 1985, S. 989/990; BGHZ 93, S. 372 (381); BGH, NJW 1994, S. 586 (589); *Hien*, Festschrift für *Schlichter*, 1995, S. 129 (132 f.); *Hofstetter*, BWNNotZ 2000, 5 (6), *Krautzberger*, in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, 81. EL 2006, § 11 Rdnr. 4 und 170; *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 11 Rdnr. 1; *Kahl*, DÖV 2000, 793, 796, 798.

Dient das in einem Grundstückskaufvertrag mit der öffentlichen Hand vereinbarte Wiederkaufsrecht der vertraglichen Absicherung von mit dem Verkauf verbundenen Zielen im Bereich der Wohnungsbau- und Siedlungspolitik, müssen die Bindungen, denen der Käufer und seine Rechtsnachfolger hierdurch unterworfen werden, auch in einem angemessenen Verhältnis zu ihrem Zweck stehen<sup>56</sup>. Aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgt, dass der Staat den Eigentümern zur Sicherung der Zweckbindung wohnungspolitischer Zielvorgaben keine beliebigen Beschränkungen auferlegen darf. Die Beschränkungen müssen vielmehr geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den mit den planerischen Absichten zulässigerweise verfolgten Zweck sicherzustellen; das Gebot der Angemessenheit bedingt auch eine zeitliche Beschränkung der Bindungsfrist für Wiederkaufsrechte<sup>57</sup>.

#### **aa) Die Leitbildfunktion des § 462 BGB als gesetzgeberische Orientierungsmarke**

Bei der Beurteilung der Angemessenheit generationenübergreifender Wiederkaufsfristen lassen sich den (grundsätzlich hinter § 11 BauGB als *lex specialis* zurücktretenden<sup>58</sup>) §§ 306 ff. BGB wichtige wertende gesetzgeberische Wertungen entnehmen<sup>59</sup>. Der Gesetzgeber typisiert in diesen Bestimmungen, welche Vertragsregelungen er dort, wo eine der Vertragsparteien über beträchtliche Verhandlungsmacht verfügt und gleichlautende Vertragsbedingungen in einer Vielzahl von Fällen zum Vertragsgegenstand macht<sup>60</sup>, als unangemessen erachtet. Bestimmungen, die nach den Vorschriften der §§ 306 ff. BGB unwirksam wären, können eine durch den Vertragszweck nicht mehr gedeckte, unverhältnismäßige und damit unangemessene Belastung des Vertragspartners der Gemeinde begründen<sup>61</sup>.

§ 307 Abs. 2 BGB konkretisiert den Tatbestand der Unangemessenheit insbesondere dahingehend, dass von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen ist, wenn von dispositiven Vorschriften mit Ordnungs- oder Leitbildfunktion abgewichen wird (Nr. 1) oder der Ver-

---

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 21.7.2006, DNotZ 2006, S. 910 (911); BGHZ 153, S. 93 (103 f.); BGH, Urt. v. 30. 9. 2005, WM 2006, S. 300 (302); *Jachmann*, MittBayNot 1994, S. 93 (102 ff).

<sup>57</sup> So etwa *Birk*, Städtebauliche Verträge, 2002, Rdnr. 494 f.

<sup>58</sup> Vgl. zu dieser umstrittenen Frage etwa BGH, NJW 2003, S. 888 ff.; BayVGH, Urt. v. 22.12.1998, NVwZ 1999, S. 1008 (1010); *Busse*, DNotZ 1998, S. 486 (489); *Raststätter*, DNotZ 2000, S. 17 (22 f.); gegen die Anwendbarkeit *Albrecht*, DNotZ 1996, S. 546; *Grziwotz*, NJW 1997, S. 237; *Jäde*, BayVBl. 1995, S. 282; *Gaßner*, BayVBl. 1997, 538; *Wagner*, BayVBl. 1997, S. 539.

<sup>59</sup> Eine ähnliche Leitbildfunktion kann auch der auf 30 Jahre beschränkten Bindungsfrist des § 11 Abs. 1 VerkFIBG zugesprochen werden.

<sup>60</sup> Die Verträge, in denen die Wiederkaufsrechte ausgehandelt wurden, hat die Freie und Hansestadt nicht nur mit dem Beklagten, sondern auch mit einer Reihe anderer Grundstückserwerber im wesentlichen gleichlautende Verträge abgeschlossen. In all diesen Verträgen waren entsprechende Klauseln enthalten. In diesen Fällen ist eine derartige Vertragsklausel sogar dann als allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen, wenn die Klausel nicht von einem Vertragspartner, sondern vom Notar gestellt wird. Dazu Palandt-Heinrichs, BGB, 57. Aufl., § 1 AGBG, Anm. 2d; OLG Nürnberg NJW-RR 1990, S. 1467.

<sup>61</sup> Ausdrücklich BGH, DNotZ 2003, S. 345; vgl. auch *Raststätter*, DNotZ 2000, S. 17 (24).

tragszweck durch Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten gefährdet wird (Nr. 2)<sup>62</sup>. Die Vorschrift des § 462 BGB erfüllt mit der Anordnung einer dreißigjährigen Ausschlussfrist eine solche Leitbildfunktion für das gesetzliche Institut des Wiederkaufs. Der Gesetzgeber bringt in ihr die Vorstellung zum Ausdruck, dass eine als interessengerecht und angemessen anzusehende Regelung eine Bindungsfrist von 30 Jahren nicht überschreiten soll, es sei denn, die Parteien einigen sich auf der Grundlage gleicher Verhandlungsmacht in individuellen Verhandlungen auf andere Bindungsmodalitäten. Der Grundgedanke des § 462 BGB liegt darin, die Möglichkeit einer Rückübereignung der Sache mit den durch sie ausgelösten Wert- und Verwendungsersatzansprüchen, Beseitigungspflichten und Wegnahmerechten nicht zu lange in der Schwebe zu lassen und nachfolgenden Generationen keine unzumutbare Belastung aufzubürden<sup>63</sup>. Deshalb ist das Wiederkaufsrecht auch dann befristet, wenn die Parteien keine Frist bestimmt oder sogar ein unbefristetes Wiederkaufsrecht gewollt haben<sup>64</sup>. § 462 BGB trägt damit einem wesentlichen Schutzbedürfnis des mit einem Wiederkaufsrecht belasteten Käufers Rechnung. Er stellt eine dem gerechten Interessenausgleich der Vertragspartner dienende Schutzvorschrift dar. Die Anordnung einer 70 bis 90 Jahre währenden Bindungsfrist, d.h. eine Verdoppelung bis Verdreifachung der gesetzlichen Wiederkaufsfrist, weicht von der gesetzlichen Ordnungs- und Leitbildfunktion des BGB fühlbar ab. Indem sie das Grundstück, wirtschaftlich betrachtet, unverkäuflich macht<sup>65</sup>, greift sie in erheblichem Umfang in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Verfügungsbefugnis des Käufers ein, die für die Eigentumsgarantie als Grundlage privater Initiative und Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit konstitutiv ist<sup>66</sup>. Der Erwerber des Grundstücks ist der Unsicherheit darüber ausgesetzt, ob das Wiederkaufsrecht ausgeübt und damit der Mittelpunkt der eigenverantwortlicher Lebensgestaltung bzw. wirtschaftlicher Existenz, den als Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern Funktion des Art. 14 Abs. 1 GG ist, zerstört wird. Sie führt zu einer unzumutbaren Belastung des Grundstückserwerbers, die – nach heutigen Maßstäben – grundsätzlich einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und das Verhältnismäßigkeitsprinzip darstellt. Allenfalls die Eigenart und Wichtigkeit hoheitlicher Aufgabenerfüllung kommt ausnahmsweise als rechtfertigender Grund einer generationenüberschreitender Wiederkaufsfrist in Betracht. Das mit Wiederkaufsrechten der öffentlichen Hand verfolgte Ziel der Sicherung subventionsge-

---

<sup>62</sup> In diesen Fällen liegt regelmäßig auch eine unangemessene Leistung i.S. des § 11 Abs. 2 BauGB vor.

<sup>63</sup> So auch *Westermann*, in: MüKoBGB, 4. Aufl. 2004, § 462 Rdnr. 1; OLG Schleswig, Urt. v. 26.6.1999, BWNotZ 2003, S. 159 (160); irrig daher HansOLG, MDR 1982, S. 668 (668).

<sup>64</sup> Vgl. etwa *Kuhn*, in: RGRK, BGB § 503 Rdnr. 1 (a.F.); OLG Schleswig, Urt. v. 26.6.1999, BWNotZ 2003, S. 159 (160).

<sup>65</sup> In diesem Sinne (für ein auf 30 Jahre beschränktes Wiederkaufsrecht) ausdrücklich BGH, Urt. v. 15.9.2000, NJW 2001, S. 284 (285).

<sup>66</sup> Vgl. zu diesen Funktionen des Art. 14 GG BVerfGE 24, S. 389 ff.; 26, S. 222 ff.; 31, S. 240 ff.; 31, S. 275 (283); 37, S. 140 ff.; 78, S. 205 ff.; 79, S. 303 ff.; 83, S. 208 ff.; 50, S. 290.

rechter Grundstücksnutzung (unten b) und das Ziel der Verhinderung von Bodenspekulation (unten c) vermögen diesem Anspruch indes regelmäßig nicht zu genügen.

### **bb) Sicherung zweckentsprechender Grundstücksnutzung als Legitimationsgrundlage**

Die in Einheimischenmodellen und der sonstigen subventionierten Zuteilung von Grundstücken regelmäßig vorgesehenen Bindungen, insbesondere Wiederkaufsrechte, zielen gleichsam auf Ergänzung der Bauleitplanung, indem sie insbesondere damit festsetzbare Planziele, wie die Ansiedlung Einheimischer oder mittelständischer Unternehmen, sichern. Sie sollen verhindern, dass der Subventionszweck seine Wirkung verfehlt<sup>67</sup>.

Da die durch das Wiederkaufsrecht bewirkte Bindung des Käufers der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks ist<sup>68</sup>, muss ihre zulässige Dauer dem Umfang der Verbilligung korrespondieren. Wird man bei einem Nachlass von mehr als 50 % gegenüber dem Verkehrswert eine bis zu 20 Jahren reichende Bindung des Käufers noch als gerechtfertigt ansehen können<sup>69</sup>, überschreitet eine Bindungsdauer, die den Zeitraum von dreißig Jahren verlässt, selbst bei erheblichem Preisnachlass die Grenzen dessen, was als angemessen zur Sicherung eines Subventionszwecks angesehen werden kann: Da bauplanerische Zielvorstellungen, deren Sicherung die Vereinbarung von Wiederkaufsrechten dient, kaum jemals länger als 20 bis 30 Jahre Gültigkeit haben<sup>70</sup>, ist eine darüber hinausgehende Bindung regelmäßig unangemessen. Dient eine Subvention insbesondere der Ansiedlung von Familien, entfällt die Rechtfertigung für die Beschränkung der Eigentümerbefugnisse dann, wenn der Zeitraum legitimerweise erwartbarer ununterbrochener Nutzung durch eine Familie verstrichen ist. Da es heutigem Lebenszuschnitt entspricht, dass Häuser kaum über einen Zeitraum von 30 Jahren von ein und derselben Familie genutzt werden, liegt ein Bindungszeitraum von 30 Jahren jenseits der Grenzen dessen, was als Subventionsrückbindung angemessen ist.

Diese Linie hat jüngst auch der BGH in einer Konstellation bestätigt, in dem eine Gemeinde Grund und Boden an Familien zu verbilligten Konditionen überließ und sich im Interesse der subventionsgerechten Verwendung ein Wiederkaufsrecht für die Dauer von 90 Jahren ausbe-

---

<sup>67</sup> Nur dann ist die vergünstigte Abgabe von Grundstücken und das damit verbundene Hinwegsetzen über das haushaltsrechtliche Verbot, Vermögen der öffentlichen Hand zu Lasten der Allgemeinheit unter Wert zu veräußern (vgl. etwa § 90 Abs. 3 S. 2 nrw. GemO) gerechtfertigt. Vgl. BayVGH, DNotZ 1999, 639 (645).

<sup>68</sup> Vgl. BGHZ 153, S. 93 (104).

<sup>69</sup> Für Unangemessenheit aber OLG Hamm, BayVBl. 1997, S. 536; *Grziwotz*, DNotZ 1999, S. 646 (650); *Jachmann*, MittBayNot. 1994, S. 93 (107); wie hier BGH, NZM 2006, S. 516 (518).

<sup>70</sup> Vgl. auch OLG München, Urt. v. 20. 1. 1998 - 25 U 4623/97, MittBayNot 1998, S. 204 *Grziwotz*, DNotZ 1999, S. 646 (650).

dungen hatte<sup>71</sup>. Der BGH judizierte, dass das Wiederkaufsrecht (das ausgeübt werden sollte, wenn der Käufer oder sein Rechtsnachfolger das Wohnhaus seit mehr als drei Jahren nicht mehr bewohnte oder über das Vermögen des Eigentümers das Konkursverfahren eröffnet wird) mehr als 30 Jahre nach seiner Begründung nicht mehr ausgeübt werden dürfe. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

### cc) Abschöpfung des Bodenwertes zugunsten der Allgemeinheit als Sicherungszweck

Kann zur Sicherung eines Subventionszweckes eine mehrere Generationen umspannende Wiederkaufsfrist also grundsätzlich nicht auferlegt werden, ist dies für einen anderen erklärten Sicherungszweck – die Abschöpfung einer zwischenzeitlichen Steigerung des Bodenwertes zugunsten der Allgemeinheit – weniger offensichtlich. Es erscheint nicht von vornherein unbillig, wenn der planende Hoheitsträger eine eingetretene Bodenwertsteigerung abschöpft und sich auf diese Weise Mittel für neue Fördermaßnahmen verschafft<sup>72</sup>. Die Bayerische Verfassung nimmt dieses Ziel sogar in Art. 161 Abs. 2 als verfassungspolitischen Programmsatz auf: »Steigerungen des Bodenwertes, die ohne besonderen Arbeits- oder Kapitalaufwand des Eigentümers entstehen«, sind danach »für die Allgemeinheit nutzbar zu machen«.<sup>73</sup> Die Legitimität des Ziels verliert mit fortschreitender Zeit nicht etwa an Geltungskraft, sondern vielmehr ist gerade eine gewisse Laufzeit nötig, damit der Abschöpfungszweck erreicht werden kann.

Auch das Ziel der Bodenwertabschöpfung muss sich aber an den Grenzen messen lassen, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip auferlegt. Langfristige Wiederkaufsfristen beschneiden die unter dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG stehende Eigentümerstellung des Erwerbers erheblich. Auch wenn insoweit dem Grunde nach Inhalts- und Schrankenbestimmungen aktiviert werden, ist diese Bindung doch übermäßig, wenn sie die Privatnützigkeit der erlangten Rechtsstellung

---

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 21.7.2006, ZfIR 2007, S. 32 (mit zust. Anm. v. *Grziwotz*); ähnlich die Vorinstanz, die gar von einer Nichtigkeit nach § 138 BGB aufgrund eines Verstoßes gegen das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden ausging, OLG Hamm, Urt. v. 19.9.2005, – 5 Z 57/05 –, juris; a.A. noch BGH, WM 1984, S. 1252 ff.

<sup>72</sup> Für die Zulässigkeit von Mehrerlösklauseln, die bei Verstoß gegen vertraglich vereinbarte Bindungen anstelle der Ausübung eines Wiederkaufsrechts die Zahlung eines zusätzlichen Kaufpreises vorsehen, der die zwischenzeitlich eingetretene Bodenwertsteigerung abschöpft (ohne über die Rückgängigmachung der Subvention hinauszugehen), OLG Karlsruhe, DNotZ 2006, S. 511 (512); LG Traunstein, NVwZ 1999, 1026 f.; *Schöner/Stöber*, in: HdBuch der Rechtspraxis, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1605; *Raststätter*, DNotz 2000, S. 17.

<sup>73</sup> Die Diskussion um die Abschöpfung planungsbedingter Wertzuwächse hat eine lange Tradition. Unter Geltung des beginnt sie GG mit der sog. „lex Dittus“, die den Gemeinden zur Deckung ihrer städtebaulichen Aufgaben die Erhebung einer 80%igen Wertsteigerungsabgabe ermöglichen wollte. Nach dem Wirtschaftswunder“ der Fünfziger und Sechziger Jahre legte die sozial-liberale Bundesregierung Mitte der siebziger Jahre einen Gesetzesentwurf vor, der in den §§ 135, 135b BBauG eine 50%ige Abschöpfungsabgabe einführen sollte (BT-Drucks. 7/2496). Vgl. dazu etwa *Friauf*, DVBl. 1972, S. 652 ff.; v. *Throta*, DÖV 1973, S. 253 ff. Zur Legitimität der Abschöpfung vereinigungsbedingter Bodenwertsteigerungen BVerfG, NJ 2001, S. 419 ff.

und die Bestandsgarantie des Eigentums faktisch aushöhlt<sup>74</sup>. Auch die Bodenwertsteigerung steht nicht außerhalb des Schutzes der Eigentumsgarantie: Mag sie auch nicht selbst auf Leistungsfähigkeit des Eigentümers beruhen, so setzt sie doch eine solche – in Gestalt des entrichteten Kaufpreises – regelmäßig voraus<sup>75</sup>. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht nur den Bestand eigentumsrechtlicher Positionen, sondern auch ihre Verwertung. Zulässig ist eine Verhinderung vorzeitiger Realisierung des Planungsgewinns durch alsbaldigen Verkauf subventionierter Grundstücke, nicht aber grundsätzlich eine generelle, zeitlich ungebundene Abschöpfung des Planungsgewinns bei den Eigentümern, welche den nach dem Gesetz dem Eigentümer zugeordneten Bodenwert entzieht. Denn damit würde das gesetzlich vorgezeichnete Modell des Grundeigentums (§§ 903, 925 ff. BGB) ins Unkenntliche verzerrt<sup>76</sup>. An die Stelle des Eigentums des BGB tritt eine Art Lehnseigentum der Erwerber, das die freiheitskonstituierende Funktion des Eigentums aus den Augen verliert<sup>77</sup>. Ein langfristiges vertragliches Wiederkaufsrecht nähert sich dem – als Planwertabschöpfung „durch die Hintertür“ – in bedenklicher Weise an<sup>78</sup>. Im Bauplanungsrecht herrscht Einigkeit darin, dass die Gemeinden als Planungsträger de lege lata den Eigentümern in städtebaulichen Verträgen (vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Abschöpfungsregelung) nur solche Kosten abverlangen dürfen, die ihnen als Aufwand der Planung entstehen, zu einer generellen Teilhabe an planungsbedingten Bodenwertsteigerungen aber nicht berechtigt sind<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Die Privatnützigkeit des Eigentums verbürgt dem Einzelnen grundrechtlichen Schutz des Interesses an dem Innehaben und der Nutzung der ihm zugeordneten Rechte im Sinne eines »Habens« und »Gebrauchmachens«. Vgl. in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 14 GG, Rdnr. 8 (Stand: Juni 2002).

<sup>75</sup> Vgl. etwa treffend *Leisner*, NVwZ 1993, S. 935 (940); *Diehr*, BauR 2000, S. 1 (2); *Huber*, Der planungsbedingte Wertzuwachs als Gegenstand städtebaulicher Verträge, 1995, S. 30; ders., DÖV 1999, S. 173 (176): »Die Zugriffsmöglichkeit auf den Bodenwert ist für die Privatnützigkeit des Grundeigentums m.a.W. konstituierend, der Wert daher grundsätzlich dem Eigentümer zuzuordnen.«

<sup>76</sup> Vgl. etwa BVerwGE 21, S. 98 (102); *Huber*, DÖV 1999, S. 173 (176) m.w.N.; a.A. OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.9.2003, NJW-RR, S. 812 (813).

<sup>77</sup> *Wörlebauer* (DNotZ 1963, S. 580 [581]) und *Berger* (Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1999, S. 198 f.) mahnen, eine »bürgerliche Rechtsordnung, die es zulässt, dass mit ihren ureigenen Instrumenten feudalaähnliche Strukturen geschaffen werden, hat ihr Grundanliegen aus den Augen verloren.

<sup>78</sup> Ähnlich *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1999, S. 201 f.; *ders.*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, § 462, 11. Aufl. 2004 Rdnr. 1.

<sup>79</sup> Deutlich etwa *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 477: »Planungsbedingte Bodenwertabschöpfungen sind beliebt, aber unzulässig. Sie treten in den unterschiedlichsten, nicht selten bewusst versteckten Formen auf: Niedrige Einwurfs- und hohe Zuteilungsbewertung bei gesetzlichen und freiwilligen Umlagen, Aufkaufverfahren mit eingeschränkten Rückübertragungsansprüchen, Regelungen mit Folgelastenvereinbarungen usw.«, *ders.*, Rdnr. 481: »Die Gemeinde kann nicht frei am Markt agieren wie andere Käufer; sie ist u.a. den Kriterien des Art. 20 Abs. 3 GG unterworfen«. Ebenso *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rdnr. 947: Für die Angemessenheitsprüfung nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB sei festzuhalten, »dass das Städtebaurecht keine Abschöpfung planungsbedingter Bodenwertsteigerungen durch die Kommunen zulässt (m.w.N.). Die Gemeinde darf daher nicht bestimmte Forderungen aufstellen, ohne dass dem eine städtebauliche Rechtfertigung zugrunde liegt und die sonstigen gesetzlichen Anforderungen eingehalten werden.«; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkhahn/Bielenberg, BauGB, § 11 Rdnr. 167 (Stand: Jan. 2006); vgl. auch Schriftlicher Bericht des Bundestagsausschusses für Wohnungswesen, Baurecht und Bodenrecht, zu BT-Drucks III/1974, S. 15; BGH, NJW

Zugelassen hat der Gesetzgeber immerhin eine Abschöpfung von Bodenwertsteigerungen über das Instrument des Erbbaurechts. Bindungsfristen von 100 Jahren sind hier nichts Ungewöhnliches. Das Erbbaurecht ist zwar nach der ErbbauVO nicht auf eine bestimmte Laufzeit angelegt; eine solche von langer Dauer – meist von 99 Jahren – ist aber Voraussetzung dafür, dass es überhaupt wirtschaftlich genutzt und beliehen werden kann. Das gesetzlich geschaffene Erbbaurecht bewegt sich auch anerkanntermaßen in dem von der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gezogenen Rahmen<sup>80</sup>. Hätte statt eines Wiederkaufsrechts auch ein Erbbaurecht mit gleicher zeitlicher Dauer vereinbart und der Bodenwert abgeschöpft werden können, scheint gegen die Angemessenheit der Wiederkaufsfrist kraft der Möglichkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens kein durchschlagender Einwand erhoben werden zu können. Damit würde jedoch mit leichter Hand die entscheidende Modifikation übersehen, die das erbbauersetzende Wiederkaufsrecht gegenüber dem Erbbaurecht vornimmt: Der Inhaber eines *Erbbaurechts* bleibt weiterhin Eigentümer des Grundstücks (und damit alleiniger Nutznießer der Bodenwertsteigerungen), hat dann aber zwingend und ausnahmslos alle Erbbauberechtigten für das Bauwerk zu entschädigen. Während die Abschöpfung der Bodenwertsteigerung hier gewiss ist, ist sie beim *Wiederkaufsrecht* dagegen in das Ermessen des Berechtigten gestellt. Dies schafft nicht nur, wie dargelegt, mit Art. 14 Abs. 1 GG nicht in Einklang zu bringende Unsicherheit, sondern nimmt dem Ziel, den Bodenwert abzuschöpfen, auch seine Überzeugungskraft: Um – von dem Fall, dass der Eigentümer tatsächlich Grundstücksspekulation betreibt, einmal abgesehen – das Konstrukt eines erbbauersetzähnlichen Sicherungsmechanismus zu legitimieren<sup>81</sup>, müsste die vollständiger Abschöpfung der Bodenwertsteigerung von vornherein sicher stehen. Dies aber ist gerade nicht intendiert: Die öffentliche Hand scheut ja gerade die Mechanik des Erbbaurechts. Sie sucht das für sie Beste aus beiden Rechtsinstituten – Wiederkaufsrecht und Erbbaurecht – im Sinne eines „Rosinenpickens“ zu verbinden. Der Verkauf unter Vorbehalt eines Wiederkaufsrechts soll bei Wahrung der Vorteile des Erbbaurechts gleichzeitig diesen Nachteil vermeiden<sup>82</sup>. Ob das Wiederkaufsrecht tatsächlich ausgeübt und damit die Grundlage privater Lebensführung bzw. (bei Wohnungsbauunternehmen) die Grundlage wirtschaftlicher Ertragstätigkeit in Frage gestellt wird, bleibt – anders als im Falle eines Erbbaurechts – über mehrere

---

1978, 1980; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 11.03.2002 - 3 S 2381/01 -, juris; VG Stuttgart, Urt. v. 9.10.2002 - 2 K 5118/01 -, juris, Rdnr. 19.

<sup>80</sup> Vgl. etwa *Papier* (Fn. 74), Rdnr. 71 ff.

<sup>81</sup> Vgl. die gesetzgeberischen Überlegungen zur Fortentwicklung des Erbbaurechts zu einem „städtebaulichen Erbbaurecht“, das eine Aufspaltung des Grundeigentums in ein (den Bürgern zustehendes) Nutzungs- und (ein den Gemeinden vorbehaltenes) Verfügungseigentum vornimmt, sind in den Siebziger Jahren angestellt worden; vgl. etwa Vorschläge eigentumsrechtlicher Lösungen zur Reform der Bodenordnung, vorgelegt vom Parteivorstand der SPD, 1975, S. 5 ff.; Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (Hrsg.), *Neue und modifizierte Rechtsformen der Bodennutzung*, 1977, S. 70 ff.; dazu etwa ablehnend *Wendt*, *Eigentum und Gesetzgebung*, 1985, S. 204 ff., *Haas*, *Ist Nutzungseigentum noch Eigentum?*, 1955; *Maunz*, *DÖV* 1975, S. 1 (2 f.)

<sup>82</sup> Denkschrift des Senats der FHH (Fn. 8), S. 2.

Generationen hinweg unsicher. Damit weicht das erbbaurechtsersetzende Wiederkaufsrecht nicht nur allzu weit vom gesetzlichen Modell des Erbbaurechts einerseits und des Grundstückseigentums ab. Auch die Abschöpfung des Bodenwertes kann mit einer solchen Rechtsfigur nicht in angemessener Weise erreicht werden: Eine Gemeinde, der es Ernst ist mit diesem Anliegen, müsste sicherstellen, dass diese Abschöpfung bei allen betroffenen Eigentümern und nicht nur bei einer Auswahl unter diesen vorgenommen wird. Das potestativ bedingte Wiederkaufsrecht kann diesem Anspruch – anders als das Erbbaurecht – nicht genügen, da weder seine Geltendmachung gesichert noch die Gleichbehandlung aller Betroffenen von vornherein gewährleistet ist. Die grundsätzlich nicht zuletzt durch beengte finanzielle Handlungsspielräume der öffentlichen Hand bedingte selektive Ausübung dieses Rechts, also die Ausübung des Wiederkaufs allein bei Grundstücken, die durch eine besonders hohe Bodenwertsteigerung gekennzeichnet sind, entspricht dem gemeinnützigen Abschöpfungsziel schon deswegen nicht mehr, weil die Grundstückseigentümer ungleich behandelt werden, und wandelt Staat bzw. Gemeinde zu Bodenspekulanten (dazu auch unten 2.). Eine geltungserhaltende Interpretation der Wiederkaufsvereinbarungen in dem Sinne, dass die öffentliche Hand das Wiederkaufsrecht in jedem Falle ausüben wird, scheidet wiederum aus, da sie mit der potestativ bedingten Natur dieses Rechtes nicht mehr in Einklang gebracht werden kann.

## **2. Die Ausübung vorkonstitutioneller Wiederkaufsrechte**

Wiederkaufsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten des GG geschlossen wurden, unterlagen zur Zeit ihrer Begründung nicht der gleichen verfassungsrechtlichen Vorgaben wie unter dem Banner des Art. 1 Abs. 3 GG. Die Grundrechtsbindung des Staates war auch unter der Weimarer Verfassungsordnung diffuser als heute<sup>83</sup>. Das stellt Städte und Kommunen allerdings dann, wenn sie heute von in vorkonstitutioneller Zeit (zulässigerweise) eingeräumten Rechten *Gebrauch* machen wollen, nicht von der Bindung an die Grundrechte frei. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts stellt grundrechtsgebundenes hoheitliches Handeln dar<sup>84</sup>. Auch soweit ein Wiederkaufsrecht nach den seinerzeitigen Wertmaßstäben möglicherweise begründet werden konnte, hat eine Rechtsausübung, die zu einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führt, nach dem alles staatliche Handeln bindenden Verhältnismäßigkeitsprinzip heute zu unterbleiben. Vor einer Ausübung des Wiederkaufsrechts ist der Hoheitsträger verpflichtet, im Wege einer Ermessensentscheidung zu prüfen, ob und inwieweit das Recht geltend gemacht

---

<sup>83</sup> In besonderer Weise gilt dies für die in der Zeit der Nazi-Diktatur abgeschlossenen Hamburger Wiederkaufsvereinbarungen.

<sup>84</sup> Das VG München (BayVBl. 1977, S. 533) und *Grziwotz* (DNotZ 1997, S. 916 [928]) wollen ihn als privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt einstufen.

werden kann und soll<sup>85</sup>. Der Hoheitsträger muss sich dabei von sachgerechten Erwägungen leiten lassen und den betroffenen Rechtspositionen, insbesondere dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, bei der Ausübung Rechnung tragen. Das (in dem erbaurechtsersetzenden Wiederkaufsrecht angelegte) ermessensleitende staatliche Motiv, mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts möglichst lukrative Rückerwerbskonstellationen zu erfassen, die eine besonders gute Relation von Gebäude- und Grundstückswert aufweisen, ist von fiskalischen Erwerbsinteressen, nicht aber von bodenpolitischen, durch die staatliche Aufgabenerfüllung gedeckten Motiven getragen. Sie macht einzelne Eigentümer gleichheitswidrig zu Sonderopfern staatlicher Fiskalpolitik, indem sie diejenigen verschont, die teure, schwer ablösbare Gebäude auf den Grundstücken errichtet haben, diejenigen aber um den Ertrag ihrer Investitionen bringt, deren Gebäude für den klammen Staatshaushalt erschwinglich und renditeträchtig sind. Eine dem Gleichheitssatz entsprechende, von bodenpolitischen Ideen getragene Ermessensausübung hätte konsequenterweise den Bodenwert entweder aller Grundstücke oder keines von ihnen abzuschöpfen. Pickt der Staat nach Gutsherrenart Filetstücke heraus, wird er, wiewohl er seine Aufgabenwahrnehmung mit der Verhinderung von der Grundstücksspekulation und bodenpolitischer Entwicklung zu rechtfertigen beansprucht, selbst zum Grundstücksspekulanten. Deutlich wird dies nicht zuletzt daran, dass etwa die FHH den durch Wiederkaufsrechte belasteten Eigentümern pauschal und vorbehaltlos die entgeltliche Ablösung von Wiederkaufsrechten anbot<sup>86</sup> und damit zu erkennen gab, dass eine mögliche Ausübung des Wiederkaufsrechts auf keinen öffentlichen Interessen mehr ruhte, sondern sie ihre Wiederkaufspolitik von rein fiskalischen Interessen leiten ließ. Eine selektive Bodenwertabschöpfung ist ein nicht ermessensgerechtes „cream skimming“, das dem im Rahmen der Ermessensausübung beachtlichen Gleichheitsgebot widerstreitet.

Auch die einst unbestritten rechtmäßige Alternative, das Grundstück vertraglich als Reichsheimstätte zu deklarieren, was ein gesetzliches Wiederkaufsrecht nach sich gezogen hätte<sup>87</sup>, kann an dieser Beurteilung nichts ändern. Denn das im Reichsheimstättengesetz angelegte Wiederkaufsrecht durfte nicht aus jedem beliebigen Grund, sondern lediglich zur Sicherung der Zweckbindung der Heimstätte ausgeübt werden<sup>88</sup>. Überdies hat der Gesetzgeber die Bindungen für Reichsheimstätten mittlerweile durch Gesetz aufgehoben<sup>89</sup>. Dafür war die (ebenfalls auf dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit beruhende) Überlegung maßgeblich, dass es sich bei den

---

<sup>85</sup> Vgl. etwa BGHZ 153, S. 93 (106); BGH, NZM 2006, S. 516 (517).

<sup>86</sup> Vgl. dazu Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Bü-Drucks. 17/3050 vom 8.7.2003.

<sup>87</sup> Dazu oben A.I.

<sup>88</sup> Vgl. etwa ausdrücklich *Ehrenfort*, RHG, 4. Aufl. 1967, § 12 Anm. 4 (S. 126 f.); *Krüger/Wenzel*, RHG, 1930, § 12 Anm. 7 (S. 88 f.).

<sup>89</sup> Gesetz zur Aufhebung des RHG v. 17.6.1993, BGBl. 1993, S. 912.

Verfügungs- und Verwertungsbeschränkungen, denen die Heimstäter unterlagen, um – im Vergleich zu anderen Grundstückseigentümern – unbillige und nicht mehr zu rechtfertigende Sonderopfer handelte<sup>90</sup>.

## **C. Fazit**

Die Zwitterstellung, die den Kommunen als Inhaber öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht und privatrechtlicher Vertragsfreiheit zukommt, nährt die Gefahr missbräuchlicher Rechtswahrnehmung und die Versuchung, öffentlich-rechtliche Rechtsmacht in den Instrumenten des Zivilrechts in unverhältnismäßiger Weise zur Geltung zu bringen. An den erbbaurechtsersetzenden Wiederkaufsrechten der öffentlichen Hand wird dies plastisch. Erbbaurechtsnahe Wiederkaufsrechte mögen durch die legitime Zielsetzung getragen sein, planerische Vorstellungen zu sichern und Bodenspekulation zu verhindern. Nur eröffnet ein Amalgam aus beiden Rechtsinstituten – Wiederkaufsrecht und Erbbaurecht – der öffentlichen Hand die Möglichkeit, durch „Rosinenpicken“ die Erwerber in unangemessener und dem Grundgedanken des Grundeigentums widerstreitender Weise zu benachteiligen. Ein mehrere Generationen umspannendes, erbbaurechtsnahes Wiederkaufsrecht und insbesondere seine Ausübung vermögen rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsanforderungen nicht zu genügen.

---

<sup>90</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/3977, S. 6.