

# **Eckpunkte für einen Gesetzentwurf zur Absicherung des Vorkaufsrechts in Gebieten mit sozialer Erhaltungssatzung**

**Autor:**

**Dr. Rainer Tietzsch,  
Rechtsanwalt und Vorsitzender des Berliner Mietervereins**

**Berlin, 3. Februar 2022**

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.2021 [[BVerwG 9.11.2021 4 C 1.20](#)] hat nicht nur ein gesetzgeberisches Defizit bei den Gründen zum Ausschluss des Vorkaufsrechts deutlich gemacht. Es markiert auch eine Niederlage bei dem Versuch, mittels kommunaler Eingriffsmöglichkeiten dem privaten, stark rendite-orientierten Immobilienhandel Grenzen zu setzen und in spezifisch ausgewiesenen Schutzgebieten der Gemeinwohl-Wohnraumversorgung einen wichtigen und hier besonders notwendigen Anteil zu verschaffen. Aus stadtentwicklungspolitischer und bauplanungsrechtlicher Sicht spielt die Hinwendung auch auf den Gebäudebestand eine zunehmende Rolle, weil insbesondere der innere Teil der Städte mit hohem Wohnraumbedarf unter Druck steht. Eine massive Veränderung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung mit Segregationsfolgen für die gesamte Stadt und gar das Umland würde auch zum finanziellen Schaden der Kommunen führen. Das Vorkaufsrecht in Gebieten mit sozialer Erhaltungssatzung ist kein flächendeckendes Instrument. Es könnte jedoch dem privaten Immobilienhandel deutlich machen, dass es jederzeit angewendet werden kann. Deshalb ist eine gesetzliche Klarstellung nun dringend erforderlich.

Die Ursache für eine verstärkte Anwendung des Vorkaufsrechts liegt aber auch an unzureichenden Regeln des § 172 BauGB. Frühere Gesetzesänderungen haben gegenüber der Zielsetzung, den Wohnraum für die ansässige Bevölkerung auch wirtschaftlich zugänglich zu halten, große Lücken gerissen und die kommunale Umsetzung dem steten Risiko gerichtlicher Auseinandersetzungen ausgesetzt. Mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2006 [[BVerwG 24.05.2006 4 C 9.04](#)] wurden dann die Kommunen auch des sinnvollsten Mittels zur Sicherung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung, der Mietobergrenze, beraubt, obwohl ein Zielkonflikt aufgrund rasant angestiegener Kaufpreise für Bestandsimmobilien klar absehbar war. Die Kommunen versuchten, durch Anwendung des Vorkaufsrechts – oder Abschluss von Abwendungsvereinbarungen nach Androhung der Vorkaufsrechtsausübung – gegenzusteuern. Auch dieser Möglichkeit ist den Kommunen nun genommen. Um den Druck aus den Gebieten der sozialen Erhaltungssatzung konsequenter herauszunehmen, bedarf es daher auch einer Änderung des § 172 BauGB. Inwieweit die Neuregelungen des § 250 BauGB und des § 201 a BauGB zum Schutz der Wohnbevölkerung einen Beitrag leisten können, wird abzuwarten sein. Als problematisch stellt sich schon heute heraus, dass die Anwendung der neuen gesetzlichen Vorschrift zum Genehmigungsvorbehalt für die Kommunen vielfach daran scheitert, dass Landesregierungen die erforderliche Verordnung für Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt nicht erlassen.

Das Vorkaufsrecht der Kommunen war in der Vergangenheit neben den rechtlichen Risiken auch aus finanziellen Gründen nur sehr begrenzt umsetzbar. Da der Vorkauf grundsätzlich zum Preis des geplanten Verkaufs der Immobilie an den privaten Interessenten erfolgen muss, hat die Entwicklung der Preise von Gebrauchtimmobilien den Kommunen die Handlungsoptionen eingeschränkt. Denn die vom Vorkauf begünstigten Wohnungsunternehmen, in der Regel kommunale Wohnungsunternehmen oder Genossenschaften, sind zumeist nicht in der Lage, sehr hohe Kaufpreise aufzubringen. Daran ändert sich auch nicht viel, wenn im Einzelfall die Bundesländer durch besondere Fördermöglichkeiten den Kaufpreis mittragen. Um das Vorkaufsrecht erfolgreich zu machen, braucht es daher auch eine Neuregelung beim preislimitierten Vorkaufsrecht. Es ist nicht akzeptabel, dass die Anwendung kommunaler Eingriffsrechte in der Stadtentwicklung an der Entwicklung der Immobilienpreise scheitert.

## Eckpunkte für einen Gesetzentwurf „Vorkaufsrecht und Erhaltungssatzung“

1. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.2021 [[BVerwG 9.11.2021 4 C 1.20](#)] sieht das Vorkaufsrecht nach §§ 24 – 28 BauGB in Erhaltungsgebieten nur für – allerdings sehr selten vorkommende – Sonderfälle als anwendbar an. Grund dafür soll § 26 BauGB sein. Der schließt das Vorkaufsrecht gemäß Nr. 4 aus, wenn das Grundstück entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans oder den Zielen der städtebaulichen Maßnahme genutzt wird und eine vorhandene bauliche Anlage keine Misstände oder Mängel im Sinne des § 177 BauGB aufweist. Künftig zu befürchtende Störungen des Zieles der Erhaltungssatzung könnten, so das BVerwG, nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht berücksichtigt werden.
2. Gegen diese Auslegung des Gesetzes lassen sich beachtliche Einwände vorbringen. Es spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber davon ausging, absehbare schädliche Wirkungen seien bei der Beurteilung zu berücksichtigen. Aber die höchstrichterliche Entscheidung ist verbindlich. Soll das Vorkaufsrecht in Erhaltungsgebieten wieder sinnvoll nutzbar gemacht werden, ist eine Änderung des Bundesgesetzes unausweichlich.
3. Betrachtet man nur diesen Aspekt, dann sind drei Ansätze erkennbar:

a) Eine schlanke Änderung ausschließlich des § 26 Nr. 4 BauGB war bereits im Rahmen des Baulandmobilisierungsgesetzes von Länderseite vorgeschlagen worden [[BR-Ds 686/12/20 zu BaulandMobG Seite 15](#)]:

*In § 26 Nummer 4 werden nach dem Wort „wird“ die Wörter „oder im Fall des § 24 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 künftig entsprechend den Zielen und Zwecken einer Erhaltungssatzung genutzt werden soll,“ eingefügt.*

Dieser Vorschlag fand aber in dem Novellierungsverfahren keine Berücksichtigung mehr.<sup>1</sup> Mit dieser Änderung wäre der Zukunftsaspekt, den das Urteil des BVerwG ausschließt, wieder in die Beurteilung einzubeziehen.

Es blieben damit aber weitere absehbare Streitpunkte ungeklärt: Wie ist festzustellen, dass eine künftige Nutzung den Erhaltungszielen widersprechen wird? Braucht es tatsächliche Anhaltspunkte, und wenn ja: in welcher Dichte? VG und OVG Berlin hatten u.a. einen hohen Kaufpreis und die Weigerung des Eigentümers, eine auf die Einhaltung der Erhaltungsziele gerichtete Erklärung abzugeben, als ausreichende Anhaltspunkte angesehen. Solche Merkmale könnten als „insbesondere“-Beispiele im Gesetz genannt werden. Ob dies ausreicht, kann nicht vorhergesehen werden. Künftiges lässt sich bekanntlich schwer nachweisen.

---

<sup>1</sup> Ob die Koalition darauf vertraut hat, das BVerwG werde den in der Literatur und einer Mindermeinung der Rechtsprechung geäußerten Einwänden nicht folgen, die Entscheidung des OVG Berlin bestätigen, oder ob ernsthafte inhaltliche Einwände bestanden, oder ob es nur darum ging, das BaulandMobG ohne weitere Diskussionen noch vor der Schlussphase des Bundestagswahlkampfes zu verabschieden, ist nicht aufklärbar.

b) Zu beachten ist weiter, dass bei Wegfall des Ausschlussgrundes in § 26 Nr. 4 BauGB immer noch die Grundregel des § 24 Abs. 3 BauGB gilt, wonach das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden darf, „wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt“. Es könnte sein, dass bei einer auf § 26 Nr. 4 BauGB beschränkten Novellierung die nächste Auseinandersetzung darum geführt würde, was in Erhaltungsgebieten als „das Wohl der Allgemeinheit“ anzusehen ist. Zwar ist mit dem BaulandMobG in § 24 Abs. 3 BauGB ein Satz 2 eingefügt worden:

*Dem Wohl der Allgemeinheit kann insbesondere die Deckung eines Wohnbedarfs in der Gemeinde dienen.*

Die sehr weite Formulierung lässt allerdings der Rechtsprechung schwer kalkulierbare Spielräume, an deren Ausübung im Streitfall die Durchsetzung des Vorkaufsrechts wieder scheitern könnte.

c) Zu korrigieren ist schließlich die Regelung in § 24 Abs. 2 BauGB, wonach das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann beim Verkauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsrecht und von Erbbaurechten. Gerade in den Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt sind Immobilien in großer Zahl in Wohnungseigentum umgewandelt worden, um dadurch höhere Erträge zu generieren – in Eigentumswohnungen zerlegte Mehrfamilienhäuser bringen oft in der Summe der Wohnungskaufpreise das Fünffache des vorherigen Gesamtkaufpreises ein, ohne dass sich an den Wohnungen irgendetwas geändert hat. Wird Teileigentum nicht zur Selbstnutzung sondern zur Vermietung erworben, dann führt gerade dies oft zu einer Vereitelung der Erhaltungsziele – es gibt keinen vernünftigen Grund, ein Vorkaufsrecht der Kommune in dieser Konstellation auszuschließen. Es sollte daher ein Satz 2 angefügt werden:

*(2) Das Vorkaufsrecht steht der Gemeinde nicht zu beim Kauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz und von Erbbaurechten. Satz 1 ist nicht anwendbar in Gebieten eines Aufstellungsbeschlusses oder einer Satzung gemäß § 172 und in Gebieten gemäß § 201 a, soweit die Immobilie nicht zur Selbstnutzung durch den Erwerber oder durch Familienangehörige ersten Grades, zur Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft oder zur Erfüllung eines Vermächtnisses bestimmt ist und diese Verwendung gesichert ist.*

Zwar ist mit dem BaulandMobG durch § 250 BauGB für die Dauer von fünf Jahren ein besonderer Genehmigungsvorbehalt für Eigentumsu mwandlungen eingeführt worden. Es sind jedoch zuvor in großem Umfang Umwandlungen erfolgt, deren schädliche Folgen für die Erhaltungsziele sich noch viele Jahre auswirken werden. Zudem ist nicht erkennbar, in welchem Umfang § 250 BauGB tatsächlich zur Anwendung kommt.

4. Eine Alternative wäre, den früheren § 24a BBauG – wirksam bis zur Schaffung des BauGB – wieder als § 24a BauGB einzufügen und an die heutige Regelung in § 172 BauGB anzupassen:

*§ 24a Besonderes Vorkaufsrecht zur Sicherung von städtebaulichen Erhaltungszielen*

*Der Gemeinde steht in Gebieten einer Satzung oder eines Aufstellungsbeschlusses gemäß § 172 BauGB zur Wahrung der [in § 39 h Abs. 3 und 4] dort bezeichneten Belange ein Vorkaufsrecht an bebauten Grundstücken im Gemeindegebiet zu, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass durch den Erwerb des Grundstücks und die damit verfolgten Zwecke die in [§ 39 h] § 172 bezeichneten Belange beeinträchtigt werden. Der Erwerber kann die Ausübung des Vorkaufsrechts abwenden, wenn er sich verpflichtet und glaubhaft macht, dass er die Belange wahren wird. § 24 [Abs. 2 Satz 1 und] Abs. 3 [bis 5] ist anzuwenden.*

Erläuterungen:

24a BBauG setzte keine schon in Kraft getretene Satzung voraus - diese einer Satzung vorausgreifende Wirkung des Vorkaufsrechts sollte 1976 bei der Übertragung ins BauGB entfallen. Deshalb sind im Novellierungsvorschlag ausdrücklich die Satzungsgebiete genannt.

Wird die Anwendung des § 24 Abs. 2 BauGB hier nicht genannt, dann ist das Vorkaufsrecht auch auf Eigentumswohnungen anzuwenden, soweit nicht in § 172 eine Privilegierung vorgeschrieben ist (Erbteilungen, familienrechtliche Versorgungsfälle).

§ 24 BauGB hat heute nur 3 Absätze, die Verweisung ist entsprechend zu kürzen.

5. Eine weitere Klippe gegenüber der Ausübung des Vorkaufsrechts stellte bisher die in § 28 BauGB Abs. 2 BauGB festgelegte sehr knappe Ausübungsfrist von zwei Monaten dar. Für die sachgerechte Prüfung einer Immobilie, die Erstellung eines Verkehrswertgutachtens und – im Falle der Ausübung zugunsten eines Dritten, etwa einer landeseigenen oder kommunalen Wohnungsgesellschaft – die Abstimmung mit dem Dritterwerber reichte diese Frist kaum aus, zumal das Kammergericht [[KG 12.06.2020 9 U 2/17 Baul](#)] entschieden hat, es müsse bis zum Ablauf der Frist die Übernahmeverpflichtung des Dritterwerbers vollständig abgeschlossen vorliegen. Mit dem BaulandMobG wurde die Frist auf drei Monate verlängert – das kann in vielen Fällen zu schaffen sein, besser wären aber vier Monate.
6. Entscheidend dafür, ob die Kommune vom Vorkaufsrecht in dem Maße Gebrauch machen kann, wie es erforderlich ist, um mit der Ausübung in angespannten Wohnungsmärkten eine dämpfende Wirkung zu erzielen, ist, ob der zwischen Verkäufer und Käufer ausgehandelte Verkaufspreis bezahlt werden muss oder ein reduzierter Wert, § 28 Abs. 3 BauGB. Das Landgericht Berlin [[LG Berlin 26.04.2017 O 2/15 Baul](#)] hatte sein Urteil, mit dem die Ausübung eines Vorkaufsrechts abgelehnt wurde, ~~aber~~ primär darauf gestützt, das Land Berlin habe nicht den vereinbarten Kaufpreis zahlen wollen sondern lediglich den Verkehrswert. Da das Gesetz dies nur zuließ,

*„wenn der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich überschreitet“*,

die Einschätzung der Verkehrswerte aber ohnehin eine erhebliche Bandbreite habe, sei von einer solchen Überschreitung nur auszugehen, wenn eine Überschreitung von mehr als 25 % vorliege, die Reduzierung sei daher nicht gerechtfertigt.

Dieser Ansatz erscheint zweifelhaft, denn in anderen, nicht minder schwer einschätzbaren Bereichen wird eine Überschreitung von mehr als 10 % als nicht tolerabel angesehen,<sup>2</sup> eine Überschreitung um mehr als 20 % gilt als „wesentliche“ Überschreitung,<sup>3</sup> für eine „erhebliche“ Überschreitung können nicht noch höhere Anforderungen gestellt werden.

Diese Frage ist allerdings entschärft durch das Baulandmobilisierungsgesetz. Dies hat die vorstehend unterstrichenen Teile der Norm gelöscht, sie lautet nun:

*„Abweichend von Absatz 2 Satz 2 kann die Gemeinde den zu zahlenden Betrag nach dem Verkehrswert des Grundstücks (§ 194) im Zeitpunkt des Kaufes bestimmen, wenn der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert überschreitet.“*

7. In überhitzten Märkten ist aber auch der sogenannte „Verkehrswert“, also der Preis, der üblicherweise für ein Grundstück bezahlt wird, meist durch die Spekulationserwartung bereits sehr hoch. Der Käufer rechnet damit, dass er das Grundstück, das durch seine städtische Lage mit guter Infrastruktur begünstigt ist, zu noch höheren Preisen verkaufen oder vermieten kann. Der Verkäufer preist diese Gewinnerwartung teilweise in seinen Verkaufspreis ein. Greift die Kommune zum Vorkaufsrecht, dann kann dieses spekulativ erhöhte Preisniveau die öffentlichen Kassen sehr schnell an ihre Grenzen bringen. Und andererseits trägt die Ausübung des Vorkaufsrechts zum spekulativ erhöhten Verkehrswert wiederum zu einer Erhöhung des Preisniveaus bei. Insbesondere dort, wo Wohnungen bisher von Menschen mit niedrigem Einkommen bewohnt werden, und die Kommune als städtebauliches Ziel erkennt, dass dieser Wohnraum für diese Bevölkerung gesichert werden soll, ist nicht einzusehen, dass Verkäufer und Käufer von der Lagegunst – städtische, insbesondere durch öffentliche Aufwendungen gut erschlossene Lage – profitieren. Während umgekehrt jedoch eine „Lagelast“ – dass dieses Grundstück wegen seiner Lage und Geschichte bisher von einer sozial und finanziell benachteiligten Bevölkerung bewohnt wird – keine Berücksichtigung finden kann.
8. Seit den 1970er Jahren sollen baurechtliche Bestimmungen dafür sorgen, dass Wohnraum, der für die Versorgung bestimmter Bevölkerungsgruppen wichtig ist, durch die sogenannten Sozialen Erhaltungsgebiete (Milieuschutzgebiete) des § 172 Abs. 1 Nr. 2 BauGB gesichert werden kann. Obwohl jeder Investor als entscheidenden Parameter ansieht, welcher Ertrag aus der Immobilie künftig zu ziehen sein wird, findet diese Ertragserwartung – oder umgekehrt die für die Bewohner zu erwartende Steigerung der Wohnkostenbelastung – im Gesetz überhaupt keine Erwähnung. Dies führte dazu, dass das Bundesverwaltungsgericht – zwar zum Sanierungsrecht des BauGB, jedoch im Hinblick auf dem Milieuschutz angenäherte Sanierungsziele und durch Sanierungsbescheide auferlegte Mietobergrenzen – am 24.5.2006 entschied, das Gesetz gebe keinen Ansatzpunkt zur

---

2 § 556 d BGB

3 § 5 WiStG

Begrenzung von Mieten [[BVerwG 24.05.2006 4 C 9.04](#)], möglich sei lediglich eine Beschränkung von Baumaßnahmen. Genau das, was für jeden Investor entscheidend ist, soll im Erhaltungsrecht des BauGB also keine Rolle spielen.

9. Gemäß § 172 BauGB Absatz 4 Nr. 1 ist eine Genehmigung zu erteilen, wenn die beabsichtigte Änderung lediglich „der Herstellung des zeitgemäßen Ausstattungszustands einer durchschnittlichen Wohnung“ dient, gemäß Nr. 1 a) auch dann, wenn „die Änderung einer baulichen Anlage der Anpassung an die baulichen oder anlagentechnischen Mindestanforderungen der Energieeinsparverordnung dient“. Nr. 1 kann zu einer Genehmigungspflicht bei sehr kostenaufwändigen Maßnahmen und entsprechender Mietbelastung führen; ähnliches gilt für Nr. 1 a). Es sollte jedenfalls sichergestellt werden, dass solche Maßnahmen nicht genehmigt werden müssen, wenn sie zu einer sehr wesentlichen Verteuerung des Wohnraums führen. Bei Nr. 1 und Nr. 1 a) wäre dies durch Anfügung eines Halbsatzes möglich:

*„es sei denn, die Kosten für die bauliche Anlage übersteigen – ggf.- nach Abzug öffentlicher Fördermittel – ein Drittel vergleichbarer Neubaukosten.“*

10. Jedenfalls sollte an § 172 BauGB ein Absatz 6 angefügt werden:

*(6) Auch soweit nach den vorstehenden Absätzen 4 und 5 die Genehmigung zu erteilen ist, kann sie mit Bedingungen und Auflagen versehen werden, um sicherzustellen, dass Härten für die vorhandenen Bewohner vermieden werden und im Falle einer Festsetzung nach Absatz 1 Nr. 2 die Zusammensetzung der Bevölkerung erhalten wird, insbesondere durch Festlegung einer Miethöhe, die nach der Maßnahme nicht überschritten werden darf. Die Genehmigung kann auch vom Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit diesem Inhalt abhängig gemacht werden.*

Die Mietbelastungsgrenze für die örtlich ansässige, gemäß § 172 Abs. 1 Nr. 2 BauGB zu schützende Wohnbevölkerung wird bereits bisher bei jeder Untersuchung im Vorfeld einer Gebietsfestsetzung erhoben. Die sozialverträgliche Mietobergrenze könnte also ohne weiteres festgestellt und in Nebenbestimmungen zur erhaltungsrechtlichen Genehmigung genommen werden. Ob im Einzelfall – z.B. bei besonderer Gebäudesituation oder besonderer wirtschaftlicher Verhältnisse des Eigentümers – eine Abweichung von Gebiets-Mietobergrenzen zuzulassen ist, wäre eine Frage der Ermessensausübung. Mit einer solchen Bezugnahme auf den Maßstab der erzielbaren Miete, der für jeden Investor maßgeblich ist, wäre zudem in den meisten Fällen überflüssig, die Ausführung baulicher Maßnahmen zu untersagen, die der Eigentümer gern vornehmen will, die vielleicht sogar langfristig für die Werterhaltung oder auch für klimafreundlichere Nutzung sinnvoll wären. Wenn gesichert ist, dass sie nicht zu einer Verdrängung der ansässigen Bevölkerung beitragen, könnten auch solche Aufwertungsmaßnahmen als unschädlich behandelt werden.

Um das Ziel der sozialverträglichen Miete zu erreichen, sind verschiedene Wege möglich: Maßnahmen können begrenzt werden, der Eigentümer kann öffentliche Förderung in Anspruch nehmen, und der Eigentümer kann in gewissem Umfang auf Erträge verzichten. All dies bewegt sich im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums.

11. Mit einer solchen auf den möglichen Ertrag zielenden Begrenzung im Baurecht wäre auch eine Rückbindung auf den Entschädigungswert nach § 28 Abs. 3 BauGB ohne Mühe möglich: Wenn es durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung zulässig gemacht wird, den erzielbaren Ertrag aus dem Grundstück auf ein sozialverträgliches Maß zu beschränken, dann könnte dieses sozialverträgliche Maß, das sozusagen eine „Lagelast“ des Grundstücks ausdrückt, als maßgeblich für die Ertragsberechnung und damit die Bestimmung des Entschädigungswertes sein.