



Wirtschaftliche Risiken bei U.S.-amerikanischem Right of first refusal und deutschem schuldrechtlichem Vorkaufsrecht

Dem deutschen schuldrechtlichen Vorkaufsrecht steht mit dem US-amerikanischen Right of first refusal (sog. RoFR) ein im Grundsatz sehr ähnliches Rechtsinstitut gegenüber.¹ Beide Vorrechte können für jeden Gegenstand eingeräumt werden, über den ein Kaufvertrag² geschlossen werden kann. Herausgearbeitet wurden auch in beiden Rechtsordnungen die zwei Hauptmotive des Vorkaufsberechtigten (im Folgenden Y) für die Bestellung eines solchen Rechts: Er hat entweder ein besonderes Interesse am eigenen Erwerb des in Rede stehenden Gegenstands (sei es auch nur zwecks anschließender Weiterveräußerung) oder aber ein besonderes Interesse daran, den Erwerb eines Dritten durch das eigene Eintreten in das Rechtsgeschäft zu verhindern.

Die Funktionsweise der beiden Vorrechte ist ähnlich. Der Berechtigte Y kann von dem Verpflichteten (im Folgenden X) verlangen, dass er ihm die (Eigentums-)Rechte an einem Gegenstand verschafft, sobald er diesen an einen Dritten veräußern will. Ein Unterschied im Detail zeigt sich bei dem den Vorkaufsfall auslösenden Ereignis: Im deutschen Recht ist dies im Regelfall³ der Abschluss eines wirksamen Kaufvertrags zwischen X und einem Dritten, vgl. § 463 BGB. In der U.S.-amerikanischen Praxis hingegen wird das RoFR häufig schon dann ausgelöst, wenn X ein Angebot eines Dritten erhalten hat oder - je nach Vereinbarung - sogar bereits dann, wenn X sich zum Verkauf entschlossen und Verkaufsbedingungen aufgestellt hat, ohne dass er mit einem konkreten Interessenten in Kontakt getreten sein muss. Oft beginnt eine RoFR-Klausel in amerikanischen Verträgen daher mit der Formulierung "if X wishes to sell the object...". Diese unterschiedlichen Konstruktionen können auch auf die wirtschaftlichen Risiken der Parteien auswirken⁴. Freilich ist es auch in den USA möglich, dass X und Y das Eingreifen des Vorrechts vom vorherigen Abschluss des Kaufvertrags (*signing*) abhängig machen, wobei es dann jedoch dabei bleibt, dass Y nicht etwa durch einseitige Gestaltungserklärung den Vertrag zustande bringen kann, sondern X gehalten ist, ihm ein Angebot zu entsprechenden Konditionen zu

¹ NOTE: This article by a brilliant young German trainee is based on my article regarding rights of first refusal under US law. The problems faced under German law are much more difficult and the project was never 100% completed. Still, it may indicate some of the problems facing German lawyers and business people.

² Analog sind die Regeln über das deutsche Vorkaufsrecht allerdings auch auf andere Verträge anwendbar, etwa bei der Vereinbarung eines Vorpachtrechts etc.; vgl. nur den RGZ, 265 zugrundeliegenden Fall.

³ allerdings kann laut MueKo auch in D das Vorkaufsrecht an Abgabe eines Angebots des Verpflichteten ggue einem Dritten geknuepft werden! (vllt auch wirtschaftlich sinnvoll? Weil dann schneller eingegriffen werden kann seitens des Y?) wohingegen in USA wiederum scheinbar auch Abschluss eines KV (signing of the bill of sales)

⁴ Eigentlich kann der Abschnitt auch raus, es sei denn es gibt irgendwelche wirtschaftlichen Unterschiede? Mglw. wegen der Verpflichtung des X ggue der third party? Oder wegen der Moeglk. der nachtraeglichen Einflussnahme? Leichtere Manipulationsmoeglichkeit als bei Vertrag?? Evtl. weil keine Bindung an das offer!

machen. In Deutschland wiederum können die Parteien auch vereinbaren, dass der Vorkaufsfall schon eintritt, wenn X ein Angebot erhalten hat⁵.

Gemeinsam ist RoFR und deutschem schuldrechtlichem Vorkaufsrecht weiterhin, dass die Parteien beide im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit ihren konkreten Bedürfnissen und Zwecksetzungen entsprechend ausformen können. Dabei sollten grundsätzliche Risiken derartiger Vorrechte bedacht und nach Möglichkeit vermindert werden, denn solche Vorrechte sind durch ihre Abhängigkeit von künftigen und unvorhersehbaren Entwicklungen, mindestens drei beteiligte Parteien und deren häufig gegenläufige wirtschaftliche Interessen sehr streitanfällig und eine gerichtliche Klärung stellt einen nicht zu unterschätzenden Zeit- und Kostenfaktor dar. Freilich setzt ein sinnvoller Gebrauch von der Vertragsfreiheit voraus, dass die Parteien sich der wirtschaftlichen Risiken, denen sie in Zusammenhang mit einem RoFR bzw. Vorkaufsrecht begegnen können, überhaupt bewusst sind und sich nicht etwa von der vermeintlich einfachen Bestellung und klaren Wirkweise eines solchen Rechts beirren lassen. Die wirtschaftlichen Hauptrisiken sollen im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen. Da sie auch in den USA vermehrt Beachtung gefunden haben, soll die Situation in Deutschland an geeigneten Stellen mit den dortigen Problemen und Lösungsvorschlägen verglichen werden.

Vorab soll unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine kurze Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten erfolgen, die aufgrund der Gestaltungsfreiheit der Parteien und der jedenfalls in Deutschland nicht einheitlichen Terminologie allerdings nur bedingt trennscharf sein kann.

I. Abgrenzung zu verwandten Vorrechten

1. Abgrenzung zu Ankaufsrecht/*option*: Ankaufsrecht bzw. *option* unterscheiden sich von einem Vorkaufsrecht bzw. RoFR dadurch, dass der Berechtigte den Erwerb einer Sache schlicht durch einseitige Erklärung herbeiführen kann. Im Vergleich zu RoFR und Vorkaufsrecht hat der Verpflichtete mithin weitaus weniger Einfluss auf den Zeitpunkt des Verlusts seiner Position, jedenfalls wenn die Ausübung des Ankaufsrechts nicht an die Manifestation eines Verkaufswillens des Verpflichteten o.ä. geknüpft und so der Wirkung eines Vorkaufsrechts angeglichen ist. Zudem werden die Bedingungen des Rechtsgeschäfts hier regelmäßig schon in dem Zeitpunkt festgeschrieben, in dem das Optionsrecht eingeräumt wird. Das kann lange Zeit vor der Ausübung des Optionsrechts sein, was das Risiko im Vorhinein schwer kalkulierbarer Veränderungen von maßgeblichen Faktoren wie etwa des Marktpreises birgt. Auch kann es passieren, dass aufgrund der bereits feststehenden Konditionen des Rechtsgeschäfts und in Ermangelung besonderer Absprachen X sich nicht dazu veranlasst sieht, wertsteigernde Maßnahmen an dem Gegenstand vorzunehmen. Schließlich sollte beachtet werden, dass die Einräumung eines bedingungslosen Ankaufsrechts im deutschen Personengesellschaftsrecht dem Recht zum anlasslosen Ausschluss eines Gesellschafters gleichgestellt und damit als unzulässig angesehen werden könnte⁶.
2. Abgrenzung zu Andienungsrecht/*Right of first offer* (RoFO): Wird Y ein Andienungsrecht bzw. RoFO eingeräumt, kann er lediglich verlangen, dass der Verpflichtete ihn über seine Verkaufsabsichten informiert und es ihm ermöglicht, in Verhandlungen einzutreten. Er hat keinerlei Möglichkeit, den eigenen Rechtserwerb einseitig herbeizuführen bzw. den eines Dritten zu verhindern. Die dem Y

⁵ Wenn Kuerzen noetig, kann der Absatz fast ganz raus bis auf den ersten Satz!

eingräumte Rechtsposition ist jedoch gleichwohl nicht zu unterschätzen: Er ist zwar gehalten, die Verhandlungen nach Treu und Glauben bzw. *in good faith* zu führen, doch kann er in der Praxis durch eine vor Gericht schwer nachweis- und eindämbare Strategie der Verzögerung durchaus dafür sorgen, dass interessierte Dritte sich aus den Verhandlungen zurückziehen und so der Preis für das Objekt gedrückt wird oder das Verkaufsvorhaben gänzlich scheitert. Hat Y ein Erwerbsinteresse, empfiehlt sich eine solche Vorgehensweise für ihn jedoch nur dann, wenn er davon ausgeht, dass X Wille zum Verkauf des Objekts auch nach der Abschreckung des Interessenten fortbesteht. Geht es ihm hauptsächlich um die Abwehr eines unerwünschten Dritten, ist die Vereinbarung eines RoFR/Andienungsrechts in Kombination mit einer Verzögerungsstrategie für Y nicht sinnvoll, weil zu unsicher. Sicherheitshalber empfiehlt es sich aber für X, in den Vertrag eine zeitliche Begrenzung für die Pflicht des X aufzunehmen, mit Y zu verhandeln, die dann bei Bedarf selbstverständlich verlängert werden kann. X kann außerdem versuchen, Y bei Eintritt in die Verhandlungen zu einer Anzahlung nach dem Modell des amerikanischen *earnest money* zu verpflichten, um dessen ernsthaftes Interesse am Objekt sicherzustellen.

Ob die Vereinbarung eines RoFR/Andienungsrechts sinnvoll ist, hängt außerdem davon ab, ob Y Informationen darüber zur Verfügung stehen, wie viel der Gegenstand des Vorrechts dem potentiellen Dritten wert ist. Nur dann kann er sicher sein, weder ein viel zu hohes noch ein zu niedriges Angebot abzugeben. Beim RoFR bzw. Vorkaufsrecht hingegen muss Y nicht versuchen, das potentielle künftige Angebot eines Dritten zu überbieten, er braucht vorhandene Konditionen nur anzunehmen. Ein aus deutscher Perspektive wichtiger Unterschied zu Vor- und Ankaufsrecht besteht schließlich darin, dass ein Andienungsrecht auch im Hinblick auf ein formbedürftiges Rechtsgeschäft formfrei vereinbart werden kann⁷.

Die Gestaltungsfreiheit der Parteien erlaubt zahlreiche Mischformen. Die Auslegung ihrer Vereinbarungen durch die Gerichte erfolgt zwar regelmäßig anhand wirtschaftlicher Interessen und haftet nicht an der Bezeichnung des Vorrechts⁸, jedoch sollte aufgrund der bestehenden Unterschiede die gewünschte Rechtsform möglichst klar vereinbart werden.

II. Wirtschaftliche Risiken der Parteien

1. Erhohte Transaktionskosten

Regelmäßig werden durch das Prozedere bei Vorliegen eines Vorrechts (Mitteilungspflichten etc.) und das Vorhandensein zweier potentieller Käufer insgesamt erhöhte Transaktionskosten entstehen. Y wird z.B. den Gegenstand prüfen, etwa eine *due diligence*-Prüfung durchführen, auch wenn Z das bereits getan hat. Gegebenenfalls muss X dem Y Informationen bereitstellen, die Z aufgrund bestehender Beziehungen zu X oder dem Gegenstand nicht benoetigte. Erhohte Transaktionskosten entstehen aus deutscher Perspektive vor allem auch dann, wenn der Kaufvertrag über das Objekt einer bestimmten Form bedarf, da dann auch die Bestellung eines auf diesen Vertrag gerichteten Vorkaufsrechts nach h.M. formbedürftig ist⁹. Außerdem werden nicht selten noch bestimmte Anpassungen des Vertrags

⁷ Faust, Beckscher Online-Kommentar, BGB, Stand: 1.3.2011, § 463 Rn. 5.

⁸ H.P. Westermann in: MüKo, BGB, 6. Auflage 2012, § 463 Rn. 2.

⁹ Ein besonderes Risiko für beide Parteien ergibt sich im Zusammenhang mit der Formbedürftigkeit des Vorrechts aus einer drohenden Gesamtnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, in dessen Rahmen das Vorrecht vereinbart wird (vgl. 139 BGB). Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Y hingegen ist nach § 464 Abs. 1 S. 2 BGB formfrei möglich.

vorzunehmen sein; im Falle einer Beurkundungsbedürftigkeit kann dies wieder Kosten verursachen, zumal Abwicklungsaufträge, Vollmachten und Treuhandaufgaben wiederholt werden müssen¹⁰.

In den USA ist das Risiko der erhöhten Transaktionskosten zwar ebenfalls zu bedenken. Es kann jedoch insofern geringer ausfallen, als nicht wie im deutschen Regelfall das Rechtsgeschäft zwischen X und dem Dritten erst zum Abschluss gebracht werden muss, bevor das Vorrecht eingreift.

2. Weitere Risiken für X

Im Moment der Einräumung des Vorrechts scheint dies für X keine besonders weitreichenden Folgen zu haben: Er behält die Kontrolle über das das Recht auslösende Ereignis und dessen Zeitpunkt. Ferner wird Y dem X eine konkrete Gegenleistung anbieten bzw., sofern der Bestellung des Vorrechts ein weiteres Rechtsgeschäft zwischen den Parteien zugrunde liegt, ein Zugeständnis zugunsten des X im Rahmen dieses Geschäfts machen. Diese Umstände können leicht das Bewusstsein dafür trüben, dass die Bestellung eines Vorkaufsrechts mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für X verbunden sein kann.

- Offensichtlich ist die Gefahr, dass das Vorrecht des Y potentielle Interessenten abschrecken und den Marktpreis drücken kann. Begründet liegt dies zum einen in der erheblichen Planungsunsicherheit des Z, zum anderen darin, dass Z Transaktionskosten entstehen können, die sich bei Ausübung des Rechts durch Y als vergeblich erweisen, gleichzeitig aber Y zugute kommen können, da dieser auf einen fertigen Vertrag zugreifen kann.

Vom gesenkten Marktwert profitiert im Allgemeinen Y, sei es, dass er den günstig erworbenen Gegenstand für sich behält, oder ihn für den wegen des Erlöschens des Vorrechts nunmehr höheren Marktpreis weiterverkauft. Denkbar ist auch, dass Y zwar auf die Ausübung seines Rechts verzichtet, dafür jedoch eine Gegenleistung, etwa in Form eines Prozentanteils am von Z gezahlten Kaufpreis verlangt.

Zwar kann X jedenfalls im Falle einer Weiterveräußerung durch Y versuchen, am nunmehr ungeschmäleren Wert des Gegenstands teilzuhaben, wenn er Y dazu verpflichtet, den Erlös einer Weiterveräußerung mit ihm zu einem bestimmten Prozentsatz zu teilen. Aus schuldrechtlicher Sicht begegnet ein Verbot der Weiterveräußerung auch in Deutschland keinen Bedenken, vgl. § 137 S. 2 BGB. Je nach der Zwecksetzung des Y wird es aber schwer zu erreichen sein und sich auch auf die Gegenleistung des Y für das Vorrecht auswirken. Sinnvoll ist es daher für X, zu versuchen, schon bei der Verhandlung mit potentiellen Interessenten einen dem Marktwert des Objekts möglichst nahekommenden Preis zu erzielen. Er muss daher Anreize schaffen, auf ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Objekt zu bieten:

Was die Kosten für den Abschluss eines wirksamen Kaufvertrags an sich betrifft, etwa Beurkundungskosten etc (vgl. 448 Abs. 2 BGB), tritt zwar Y mit Ausübung des Vorrechts in die Kostentragungspflicht, die in der Regel dem Käufer obliegt, ein. Seine Zahlungspflicht betrifft dann jedoch nur das Innenverhältnis zu X. Z erlangt eine Sicherheit daher nur dann, wenn X sich selbst gegenüber Z verpflichtet, diese Kosten ggf. auszugleichen und ggf. zur Sicherheit die ihm gegen Y zustehenden (bedingten, künftigen) Ansprüche an Z abtritt¹¹.

¹⁰ Basty/Brückner, ZNotP 1998, 275, 282.

¹¹ So mit entsprechendem Formulierungsvorschlag Basty/Brückner, ZNotP 1998, 275, 280.

Je nach Kaufgegenstand könnte Z jedoch auch darüber hinaus erhebliche Kosten entstehen, etwa für die Prüfung des Kaufgegenstands. Um Z das Risiko der vergeblichen Aufwendung dieser Beträge zu nehmen, kann X sich gegenüber Z zu einer Zahlung in bestimmter Höhe verpflichten, falls Y sein Recht ausübt. Er sollte dann allerdings versuchen, diese Kosten auf Y umzulegen, indem er etwa mit diesem vereinbart, dass er einen bestimmten Aufschlag auf den Preis zu zahlen hat, den X mit Z vereinbart hat. Freilich wird sich dies auf die Gegenleistung auswirken, die Y für die Einräumung seines Vorrechts zu erbringen bereit ist. Dies vermeiden und trotzdem ein höheres Angebot von Z zu erhalten, wird X nur gelingen, wenn er selbst das Risiko übernimmt, die ggf. vergeblichen Kosten des Z auszugleichen.

Eine in Deutschland bekannte Möglichkeit, die unsichere Position des Z zu verbessern, ist es, die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung von einer Erklärung des Y über die Nichtausübung seines Rechts abhängig zu machen¹².

Insgesamt wird es dem X nach dem amerikanischen Modell leichter fallen, ein gutes Angebot von Z zu erhalten: Die Hemmschwelle des Z zur Abgabe eines Angebots wird geringer sein, als wenn er sich schon vertraglich festlegen müsste, zumal in den USA ein Angebot mangels *consideration* des X grundsätzlich frei widerruflich ist¹³.

- Tritt der Vorkaufsfall erst ein, wenn X mit Z bereits einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen hat, trägt X das Risiko, Ansprüchen des Z ausgesetzt zu sein, wenn er wegen der Ausübung des Vorrechts den Vertrag mit Z nicht erfüllt. In Deutschland ist es daher üblich, dass X sich ein Rücktrittsrecht vom Vertrag mit Z für den Fall ausbedingt, dass Y sein Recht ausübt bzw. auch ohne eine solche Vereinbarung die Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Parteien den Kaufvertrag unter die auflösende Bedingung der Ausübung des Vorkaufsrechts stellen, wenn Z das Recht kennt¹⁴. Die Wirksamkeit dieser Vereinbarungen zwischen X und Z bleibt von § 465 BGB unberührt. Solche Vorkehrungen minimieren zwar einerseits das Risiko einer Inanspruchnahme des X, lassen aber gleichzeitig den Wert des Objekts für Z weiter sinken. Das Bestehen eines Vertrags mit X gibt Z daher unter dem Aspekt der Gewährleistungsrechte wirtschaftlich keine bessere Position, als wenn der Vorkaufsfall schon mit dem Erhalt des Angebots eintritt.
- Y ist möglicherweise weniger liquide als Z und seine finanziellen Verhältnisse können sich seit Einräumung des Vorkaufsrechts verschlechtert haben.
- Z kann sich gegenüber X zur Erbringung von Nebenleistungen verpflichtet haben, die Y nicht erbringen kann und die sich auch nicht durch Geldzahlung ausgleichen lassen (wie etwa die Pflege des X durch Angehörige etc.). Hier ist es je nach der Bedeutung der Nebenleistung denkbar, dass dem Y die Möglichkeit eingeräumt wird, sein Vorrecht mit der Folge auszuüben, allein die Hauptleistung erbringen zu müssen, vgl. für Deutschland § 466 BGB.

¹² *Basty/Brückner*, ZNotP 1998, 275, 280.

¹³ Vorkehrungen in US gegen 465-Situation??

¹⁴ BGH NJW-RR 2009, 1172 Rn 17 → automatischer Schutz des X; zur Möglichkeit der Auslegung, dass X in diesem Fall eine Garantie für die Nichtausübung des Vorrechts übernommen hat hingegen *Basty/Brückner*, ZNotP 1998, 275, 280.

- Y macht evtl. geltend, dass nach Auslegung der Vereinbarung auch mit dem ausdrücklich bezeichneten Gegenstand des Vorrechts auf bestimmte (etwa funktionale) Weise eng verbundene Gegenstände seinem Recht unterliegen, vgl. für das deutsche dingliche Vorkaufsrecht die im Zweifelsfall eingreifende Erstreckung auf Zubehör, § 1096 BGB. Eine möglichst eindeutige und abschliessende Definition des Gegenstands des Vorrechts ist daher unverzichtbar.
- Wenn X derartige Gegenstände zu einem Gesamtpreis verkaufen will, kann es passieren, dass Y sein Vorrecht aber nur für den seinem Vorrecht ausdrücklich unterliegenden Gegenstand ausüben will und entweder der Verkauf der übrigen Gegenstände für X wirtschaftlich weniger oder überhaupt nicht sinnvoll ist (wobei hier in Deutschland allerdings § 467 S. 2 BGB eingreift) oder jedenfalls Z dadurch veranlasst wird, sich vom Vertrag zu lösen. Selbst wenn X die restlichen Gegenstände noch einmal verkaufen kann, entstehen ihm neue Transaktionskosten und zeitliche Verzögerungen. Dem verwandt ist auch die Fallgestaltung, in der Y sein Vorrecht nur hinsichtlich eines Teils des vollständig zum Verkauf stehenden Gegenstands ausüben will¹⁵. Beide Konstellationen werden für X besonders im Gesellschaftsrecht relevant, wenn er sich die Chance auf den Erhalt eines Paketzuschlags bewahren möchte.

Auch hier ist daher nach Möglichkeit vertraglich Vorsorge zu treffen. Das wird aber kaum immer gelingen, da sich Geschäftsmöglichkeiten des X häufig nicht konkret genug vorhersehen lassen.

- Für X kann von Bedeutung sein, dass ein Verkauf an gewisse Dritte wie etwa ein Familienmitglied, eine Holding Company oder einen *trust* das Recht des Y nicht auslöst¹⁶. Abgesehen von der Vorschrift des § 470 BGB, wonach der Verkauf an einen gesetzlichen Erben mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht keinen Vorkaufsfall darstellt, ist auch hier stets vertragliche Vorsorge geboten.
- X muss bedenken, dass ohne besondere Vereinbarung das Vorrecht des Y für unbegrenzte Dauer besteht und dies die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des X erheblich einschränkt¹⁷. X wird daher gut beraten sein, das Vorkaufsrecht auf Vorkaufsfaelle während einer bestimmten Zeitspanne zu beschränken. Zu beachten sind dann aber die in der Zweifelsregelung des § 473 BGB vorgesehenen Wechselwirkungen zwischen zeitlicher Beschränkung und Übertragbarkeit. Es kann fuer ihn auch sinnvoll sein, weitere Gründe für das Erlöschen des Vorrechts vorzusehen: Die Beendigung eines der Einräumung des Vorkaufsrechts zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bzw. in diesem Rahmen aufgetretene Pflichtverletzungen des Y oder Verletzungen von Pflichten aus der isolierten Vereinbarung des Vorrechts.
- Bei Missachtung des Vorrechts kann X sich Schadensersatzforderungen seitens des Y z.B. wegen entgangenen Gewinns gegenüber sehen¹⁸. Der eigentliche Risikofaktor liegt hier darin, dass es mitunter nicht leicht ist, zu bestimmen, ob Y sein Vorrecht wirksam ausgeübt hat.
- Unklarheit über die wirksame Ausübung seines Rechts kann Y auch bewusst dazu ausnutzen, die Transaktion zu verzögern und so Z abzuschrecken. Jenseits dessen ist das Risiko einer Verzögerungsstrategie des Y in Deutschland jedoch geringer als in den USA: Anders als dort haben X

¹⁵ Zur Beschränkung der Ausübung des Vorkaufsrechts im Grundstücksrecht auf eine bestimmte Teilfläche trotz § 7 GBO *Basty/Brückner*, ZNotP 1998, 275, 277.

¹⁶ In den USA hat dies besondere Bedeutung im Rahmen des Erbschaftssteuerrechts.

¹⁷ Siehe auch *Amann Beck'sches* Notarhandbuch, 5. Auflage 2009, A VIII. Rn. 12 für das Grundstücksrecht.

¹⁸ AG Hamburg WuM 1996, 477; BGH DNotZ 2003, 431

und Z in Deutschland regelmäßig schon einen bindenden Vertrag geschlossen, von dem Z sich ohne besondere Vereinbarung nicht mehr ohne weiteres zurückziehen kann. In den USA liegt hingegen nur ein Angebot des Z vor, an das er, solange X dieses nicht angenommen hat, mangels *consideration* nicht gebunden ist¹⁹. Außerdem ist in Deutschland im Unterschied zu den USA mangels abweichender Vereinbarung auch eine sehr kurze Frist für die Ausübung des Rechts von einer Woche bzw. zwei Monaten bei einem Vertrag über ein Grundstück bereits gesetzlich vorgesehen, § 469 Abs. 2 S. 1 BGB.

- Darüber hinaus wird ein Vorrecht oft im Rahmen eines anderen Rechtsgeschäfts zwischen X und Y, beispielsweise eines Mietvertrags über das Objekt, vereinbart. Am Ende langwieriger Verhandlungen wird es nicht selten vorkommen, dass X sich auf die Bestellung eines einfach klingenden Rechts einlässt.

Nach alledem sprechen gute Gründe für Y, die Bestellung eines Vorkaufsrechts anzuregen, während man sich fragt, warum X nicht einfach zu gegebener Zeit an die Partei verkauft, die den höchsten Preis zahlt. Der Grund ist regelmäßig die Gegenleistung, die X sich für die Bestellung des Rechts versprechen lässt. Die Höhe einer solchen Gegenleistung ist jedoch äußerst schwierig zu bestimmen. Der Wert des Vorrechts wird durch Faktoren bestimmt, die in unbestimmter Zukunft liegen, ferner teilweise, wie etwa die Entwicklung des Marktpreises, nicht vorherseh- oder beeinflussbar bzw. schwierig in wirtschaftliche Größen sind. Erwähnt sei nur das Beispiel, dass das Vorrecht im Rahmen eines anderen Rechtsgeschäfts gewährt wurde und Y als Gegenleistung Zugeständnisse im Hinblick auf dieses Rechtsgeschäft gemacht hat. In den USA sind bereits komplexe Rechenformeln aufgestellt worden, um die Berechnung leisten zu können²⁰. In der richtigen Bestimmung der Gegenleistung liegt auch das Hauptrisiko des Y: Er läuft Gefahr, den Wert des Vorrechts im Vorhinein nicht richtig einschätzen zu können und ggf. eine zu hohe Gegenleistung zu erbringen. Die Wertigkeit hängt aus seiner Perspektive von vielen diversen Faktoren ab, von denen einige, wie etwa die Erstreckung auf Zubehör, schon genannt wurden. Hinzu kommen weitere Kriterien, auf die Y nach Möglichkeit Einfluss nehmen sollte:

3. Spezifische Risiken für Y

- Dass der Marktwert durch das Vorrecht tendenziell gedrückt wird, funktioniert nur, wenn der Dritte von dem Vorrecht in Kenntnis gesetzt wird. In Deutschland wird X vorvertraglich gegenüber Z verpflichtet sein und ist die Unterrichtung regelmäßig auch im Interesse des X, da er bestrebt sein wird, sich von Ansprüchen des Z im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts freistellen zu lassen. Y sollte sein eigenes Interesse an der Information des Dritten jedoch rechtlich absichern, etwa indem er im Vertrag mit X eine Pflicht und/oder ein eigenes Recht zur Aufklärung des Dritten zu vereinbaren sucht²¹. Ungleich bedeutender ist dies in den USA: Zum einen gilt dort im

¹⁹Das anglo-amerikanische Recht misst der Offerte die geringste Bindung bei: Sie ist grundsätzlich frei widerruflich, selbst dann, wenn der Anbietende sich innerhalb einer Frist für gebunden erklärt hat. Konstruktiv wird dies damit gerechtfertigt, dass für das *common law* für jegliche Bindung eine consideration fordert, der Adressat einer Offerte für eine Bindung jedoch keine *consideration* erbracht hat. Steht auch bei Zimmermann. Consideration schon mit Absendung des Gegenversprechens!

²⁰ http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029313.

²¹ Letzteres macht freilich nur Sinn, wenn Y gleichzeitig sicherstellt, dass X ihn über die Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit Z unterrichtet.

vorvertraglichen Bereich des Prinzips des *the buyer beware*, d.h. eine Aufklärungspflicht des X gegenüber Z existiert nicht. Vor allem aber hat X kein Interesse an der Aufklärung des Z: Er hat noch keinen Vertrag mit ihm, den er brechen könnte, und wird den Kaufpreis, den Z bietet, durch eine entsprechende Mitteilung nicht senken wollen.

- Kann X durch besonderes Verhandlungsgeschick gegenüber dem Dritten einen Preis durchsetzen, der dem Marktwert des Objekts im unbelasteten Zustand sehr nahe kommt, sinkt der Wert des Vorrechts für Y, jedenfalls sofern bei ihm ein Erwerbsinteresse im Vordergrund steht.
- Besteht das Vorrecht bei einem Verkauf in Insolvenz oder Zwangsvollstreckung und wie wahrscheinlich ist ein solcher? In Deutschland liegt gem. § 471 BGB dann kein Vorkaufsfall vor.
- Wie effektiv kann Y seinen Erwerbsanspruch nach Ausübung des Rechts gegen den Willen der anderen Beteiligten durchsetzen? Hat er eine nach deutschem Recht weitgehend absolut wirkende Sicherheit durch eine Vormerkung? Kann Y den X dazu bringen, mit Z einen Vertrag zugunsten des Y abzuschließen, in dem Z sich verpflichtet, bei der Ausübung des Vorrechts dem Y den Gegenstand zu übereignen, sofern er ihn bereits von X erhalten hat²²? Wie erfolgversprechend ist eine Erfuellungsklage verbunden mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bzw. eine *injunction* gegen die Abwicklung des Rechtsgeschäfts mit dem Dritten?
- Spiegelbildlich zur Interessenlage des X: Besteht das Vorrecht nur für eine Veräußerung innerhalb einer bestimmten Zeitspanne und kann Y dem Risiko Herr werden, dass X und der Dritte das Vorrecht auslösende Ereignis zeitlich hinausschieben? Welche sonstigen Gründe lassen das Recht erlöschen?

Hat Y sich darauf eingelassen, sein Vorrecht zeitlich zu beschränken, wird es schwer fallen, Verzögerungsstrategien des X beim Abschluss des Geschäfts anders als durch den Nachweis der Treuwidrigkeit zu unterbinden. Es sollte aber festgeschrieben werden, ob sein Recht, auch wenn es nur für einen Vorkaufsfall besteht, erlischt, wenn er es nicht ausübt, aber die Transaktion zwischen X und dem Dritten im Folgenden nicht abgewickelt wird. Besondere Beachtung kann hier auch die Konstellation finden, dass der durch Ausübung des Vorrechts zustandegekommene Vertrag wegen anderer Gründe als Pflichtverletzungen des Y nicht abgewickelt werden kann. Insbesondere wenn diese Gründe in der Person des X liegen, ist es sinnvoll für Y, das Fortbestehen seines Rechts klarzustellen.

- Beeinflusst es das Recht des Y, wenn
 - X und Z eine andere Transaktionsform wählen als einen Kaufvertrag (etwa eine gemischte Schenkung, einen Tausch, Einbringen in eine Gesellschaft)?

Hier ist eine vertragliche Klarstellung besonders bedeutsam²³. Zum einen ist die Wahl einer anderen Transaktionsform eine einfache Form der Umgehung des Vorkaufsrechts, die aber für Y wie stets schwierig nachzuweisen kann. Die deutsche Rechtsprechung erstreckt das Recht des Y zwar unter Berufung auf die §§ 162, 242 BGB auf „kaufähnliche“ Geschäfte, ist dabei jedoch

²² Vgl. RGZ 163, 155.

²³ Zur Bedeutung dieser Aufgabe der Rechtsberater der Parteien bei der Vereinbarung des Vorrechts auch *Burbulla*, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, Köln 2006, S. 145.

sehr vorsichtig²⁴. Zum anderen können ein Tausch, eine Schenkung etc. das Erwerbs- bzw. Abwehrinteresse genauso beeinträchtigen wie ein Verkauf, insbesondere, da das Vorkaufsrecht auch bei einem Eigentümerwechsel ohne Eintritt eines Vorkaufsfalls, also etwa im Rahmen einer Schenkung, erlischt²⁵. Gleichzeitig bedeutet die Erstreckung des Vorkaufsrechts auf diese Faelle eine erhebliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des X. Zugegebenermassen kann auch durch vertragliche Definition des Vorkaufsfalls kaum vermieden werden, dass die Subsumtion der konkret gewaehlten Transaktionsart Schwierigkeiten bereitet. Das Vorrecht schlicht auf alle Veraeusserungen zu erstrecken bzw. X zu verpflichten, nur Gegenleistungen in Form von Geldzahlungen zu akzeptieren, wird kaum je machbar sein. Jedenfalls aber sollten die Parteien bei einer Erstreckung auf andere Rechtsgeschaefte bedenken, welche Gegenleistung Y anstelle der von Z geschuldeten zu erbringen hat. Andernfalls riskieren sie das Fehlen eines essentialium negotii. Denkbar ist z.B., dass in einem solchen Fall der X oder ein Dritter das Recht zur Bestimmung der Gegenleistung nach billigem Ermessen erhält, §§ 315 ff. BGB²⁶.

- X und Z die zwischen ihnen abgesprochenen Geschäftsbedingungen nachtraeglich abändern oder aufheben²⁷? Welche Konsequenzen hat der nachträgliche Wegfall des Vorkaufsfalls für Kosten, die Y für Maßnahmen im Hinblick auf die Ausübung des Rechts entstanden sind (z.B. Kosten für die Prüfung des Vertrags mit Z, des Objekts etc.)?

Die Frage nach der nachträglichen Aufhebungsmöglichkeit betrifft den Sinn und Zweck des Vorkaufsrechts und seine Abgrenzung zum Optionsvertrag: Inwieweit kann das Vorkaufsrecht das Erwerbsinteresse des Y sichern, wenn X gar nicht mehr verkaufen will?

Die deutsche Rechtsprechung hat sich dahin entwickelt, dass eine Aufhebung mit Wirkung für Y nicht nur in analoger Anwendung des § 465 BGB ab Ausuebung des Rechts, sondern schon ab

²⁴ BGHZ 115, 339 zu § 504 BGB a.F.; NJW 98, 2136. lt. Jauernig ist das Gleichstellen kaufähnlicher Verträge sogar str.! krit Probst JR 92, 419; eingehend Grunewald, Hees, Schermaier, je aaO)

²⁵ OLG Stuttgart, DNotZ 1998, 305; *Amann* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, A VIII. Rn. 13.

²⁶ Schon *Larenz* schlug vor, dass die Parteien bei einer solchen Vertragsgestaltung die Vergütung bestimmen sollen, die der Y in einem solchen Fall zu zahlen hat; zitiert nach *Berringer*. Ein anderer Vorschlag geht dahin, dass X mit Y vereinbaren könne, dass Y von seinem Recht auch dann Gebrauch machen könne, wenn nach einem Umgehungsgeschäft ein Dritter den Gegenstand verkaufe. Da dies den Dritten wegen der Unzulässigkeit eines schuldrechtlichen Vertrags zulasten Dritter nicht binden kann, bliebe es X, der aus einem nun ausschließlich zwischen Dritten ausgehandelten Vertrag von Y in Anspruch genommen werden. Diesen könne er dann mangels eigener Rechte an dem Gegenstand nicht erfüllen könnte bzw. er laufe - für den Fall, dass eine Vormerkung den Anspruch dinglich absichert, jedenfalls Gefahr, seiner Mitteilungspflicht gem. § 469 BGB nicht nachkommen zu können und sich deshalb schadensersatzpflichtig zu machen (Dafür: *Berringer*, MittBayNot 2003, 34 f.; siehe auch *Amann* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage 2009, A VIII. Rn. 13; kritisch *Basty/Brückner*, ZNotP 1998, 275, 276 f.). Diese Rechtsfolgen sollen nach *Berringer* X dann von der Vornahme von Umgehungsgeschäften abschrecken. Sie werden jedoch häufig der Grund sein, dass X sich auf eine entsprechende Konstruktion nicht einlässt. Zu erwägen waere daher vielmehr, dass X sich gegenueber Y in dieser Konstellation dazu verpflichtet, bei einer Veraeusserung, die keinen Vorkaufsfall darstellt, sein Moeglichstes dafuer zu tun, dass Z zugunsten des Y ein Vorkaufsrecht bestellt (vertrag zugunsten Dritter).

²⁷ Im Interesse des Y ist in Deutschland immerhin die vergleichbare Konstellation gesetzlich geregelt, dass X und der Dritte ihr Vertragsverhältnis mit Wirkung für Y von der Nichtausübung des Vorrechts abhängig machen oder dem Verpflichteten ein Rücktrittsrecht für den Fall einräumen können, dass Y von seinem Recht Gebrauch macht, vgl. § 465 BGB (zur grundsätzlichen Gleichbehandlung dieser Konstellationen auch BGH NJW 2010, 3774 Rn. 18). Ein solches Vorgehen hat danach keine Auswirkungen auf das Eingreifen des Rechts des Y.

Eintritt des Vorkaufsfalls, d.h. Abschluss des Vertrags zwischen X und dem Dritten, nicht mehr möglich ist²⁸.

Wenn Y dem X die Flexibilität durch die Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung gewahren will, sollte Y aber darauf bestehen, dass X in diesem Fall die Kosten trägt, die Y bei der Vorbereitung der Ausübung seines Rechts im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags zwischen X und Z entstanden sind.

Bedacht werden sollte auch, dass in der deutschen Rechtsprechung Modifikationen des Kaufvertrags mit Z zwischen dessen Abschluss und der Ausübung des Vorrechts als grundsätzlich zulässig angesehen wurden²⁹. Will Y vermeiden, dass dieser Umstand ihn zu einer möglichst schnellen Entscheidung über die Ausübung seines Vorrechts und dadurch zu einer weniger sorgfältigen Prüfung oder erhöhten Ausgaben zwingt, sollte eine vertragliche Regelung über die Unzulässigkeit einer nachträglichen Vertragsänderung auch diesen Zeitraum umfassen.

Schliesslich ist zu erwähnen, dass der nachträgliche Wegfall des Rechtsgeschäfts zwischen X und dem Dritten die Wertigkeit des Rechts dann nicht beeinflusst, wenn Y sich das Vorrecht allein hat einräumen lassen, um den Erwerb eines Dritten zu verhindern (Abwehrinteresse)³⁰. Die Parteien sollten dann daran denken, dies in ihrer Vereinbarung festzuhalten und auch die Wirkung des dispositiven § 465 BGB abzubedingen. Dies ist ein deutlicher Schutz des Erwerbsinteresses des Y, der vom Sinn und Zweck des Vorkaufsrechts nicht zwingend geboten erscheint und daher in den USA ohne besondere Vereinbarung eines *irrevocable offers* (d.h. einer Absprache, dass X das offer gegenüber Y für eine bestimmte Zeit aufrechterhalten muss) nicht anerkannt wird³¹.

- Z sich mit X auf Nebenleistungen geeinigt hat, die Y bei Ausübung seines Rechts ebenfalls erfüllen muss, sofern ihm dies möglich ist, oder X die Veräußerung des Gegenstands mit anderen, für Y uninteressanten Gegenständen zu einem Gesamtpreis anstrebt?
- Denkbar ist auch, dass der Wert des Gegenstands sich aufgrund der individuellen Zwecksetzungen der Parteien zwar für X und Z, nicht aber für Y steigert. Ein Beispiel sind

²⁸ BGH NJW 2010, 3774 Rn. 17 f.; MüKo/Westermann, BGB, 6. Auflage 2012, 463 Rn. 15; gegen die Wirkung einer nachträglichen Aufhebung gegenüber Y, aber für die Zulässigkeit von Änderungen jedenfalls vor der Ausübung des Vorkaufsrechts RGZ 118, 5, 8 und auch BGH NJW 1969, 1959 Rn. 19.

²⁹ RGZ 118, 5, 7 f. und auch BGH NJW 1969, 1959 Rn. 19; aA. aber Schurig S. 170 f.; Bedenken aus der Notwendigkeit, dem Berechtigten die volle Überlegungsfrist gemäß § 510 aF zu erhalten, auch bei Grunewald, FS Gernhuber, 1993, S. 137, 149 f.; Bamberger/Roth/Faust Rn. 32; gegen eine Änderungsmöglichkeit Soergel/Wertenbruch Rn. 79. Beckscher Kommentar zu 463: Meinung im Vordringen, dass dann Wahl des Y!

³⁰ Dann sollte Y allerdings klarstellen, dass sein Vorrecht nicht schon mit Eintritt des ersten Vorkaufsfalls (d.h. des Vertragsschlusses oder des Erhalts eines Angebots) und unabhängig vom weiteren Schicksal der Transaktion zwischen X und Y erlischt.

³¹ In den USA geht die Tendenz dahin, dass jenseits der Grenze des *bad faith* die nachträgliche Aufhebung des Vertrags Wirkungen gegenüber Y hat (*LIN Broadcasting v. Metromedia*, 139 AD2d 124, 133 (1st Dept. 1988), 531 N.Y.S.2d 514, 523; für *bad faith* (*Quigley v. Capalongo*, 383 N.Y.S.2d 935, aff'd.). Begründet wird dies mit Sinn und Zweck des RoFR, die in Abgrenzung zur *option* darin lägen, dem Y nur dann ein Zugriffsrecht einzuräumen, wenn X tatsächlich einen konkreten Verkaufswillen hat.

bauliche Veränderungen am Objekt, etwa die Ausstattung für die Nutzung als Verkaufsraum, wenn der Dritte dafür zu zahlen bereit ist, während sie für Y von keinerlei Interesse ist. Hierher gehört auch das Risiko, dass X aufgrund eines besonderen Interesses an dem Gegenstand einen deutlich über dem Marktwert liegenden Preis erzielen kann. Hier kann Y sich allerdings durch die Vereinbarung eines preislimitierten Vorkaufsrechts absichern. Jedoch wird X in der Regel gut beraten sein, sich aufgrund der möglichen Veränderungen der Marktverhältnisse jedenfalls eine Limitierung auf den Verkehrswert des Gegenstands im Zeitpunkt des Verkaufs auszubedingen³². Im Gesellschaftsrecht kann eine Limitierung für X allerdings als (ggf. zeitlich auch noch unbegrenzte) Austrittsbeschränkung wirken³³.

- Die Massgeblichkeit der von Z ausgehandelten Bedingungen kann Y aufgrund seiner andersartigen Zwecksetzungen und Bedürfnisse zum Nachteil gereichen: Z.B. hat Z sich dazu verpflichtet, eine bestimmte Nutzung des Kaufgegenstands zu unterlassen, während es für Y gerade auf diese ankommt. Oder Z hat sich bestimmte Garantien geben lassen und daher einen höheren Kaufpreis vereinbart, den Y nun zahlen muss, wenn er sein Recht ausübt, obwohl er derartige Garantien nicht gebraucht hätte, etwa weil er über das Kaufobjekt viel besser informiert ist. Im umgekehrten Fall bedarf Z solcher Garantien nicht, während Y sie benötigt hätte. Von grosser Bedeutung in diesem Zusammenhang ist auch, dass es in Deutschland tatsächlich auf die Kenntnis des Z ankommt, wenn X sich auf einen Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte gem. § 442 BGB beruft³⁴.

Dass es häufig nicht ohne weiteres und zur Zufriedenheit aller Beteiligten möglich ist, Vertragspartner einfach „auszuwechseln“³⁵, wird in Deutschland durch § 466 BGB für Nebenleistungen anerkannt und die Rechtsprechung hat Mittel und Wege gefunden, die Bindung des Y an sonstige „Fremdkörper“ im Vertrag zwischen X und dem Erstkäufer auszuschließen³⁶. Danach ist eine Vereinbarung für den Y nicht verbindlich, wenn sie „völlig außerhalb der für gegenseitige Verträge typischen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung“ steht, d.h. im Rahmen des Vertrags zwischen X und dem Dritten keiner Partei irgendwie geartete Vorteile bringt³⁷. Die Gerichte sind mit der Annahme eines Fremdkörpers allerdings recht streng; die Beurteilung richtet sich allein nach dem Verhältnis zwischen X und dem Dritten, wie ein Fall besonders verdeutlicht, in dem X mit dem Dritten eine Bezugsverpflichtung für ein bestimmtes Bier vereinbarte, während der Y – in diesem Fall ein *Vorpacht*berechtigter – eine Brauerei war³⁸. Die Vereinbarung der Bezugsverpflichtung wurde nicht als Fremdkörper angesehen, obwohl ersichtlich war, dass eine Bezugsverpflichtung für ein anderes Bier als das der Brauerei in einem Vertrag mit dieser definitiv nicht zustande gekommen wäre. Hier wird deutlich, dass Y versuchen muss, entsprechenden Vereinbarungen kraft seines eigenen Vertragsverhältnisses mit X die Bindungswirkung für sich zu nehmen. Es empfiehlt sich

³² Dies ist z.B. auch für das gesetzliche Vorkaufsrecht von Gemeinden in § 28 Abs. 3 BauGB vorgesehen.

³⁴ OLG Nürnberg MDR 2005, 437; Jauernig/*Berger*, BGB, 14. Auflage 2011, 464 Rn. 5.

³⁵ Freilich tritt Y bei der Ausübung seines Rechts nicht an die Stelle des Dritten, sondern es kommt ein weiterer, aber eben inhaltsgleicher Vertrag mit X zustande.

³⁶ BGHZ 102, 237

³⁷ Siehe etwa BGHZ 77, 359, Rn. 14; BGHZ 102, 237, Rn. 23 f. Zu Besonderheiten im Bereich von Maklerklauseln z.B. BGH NJW 1996, 654.

³⁸ BGHZ 102, 237

grundsätzlich eine ausdrückliche Vereinbarung, da der BGH sich auch bei einer entsprechenden Auslegung der Vorkaufsrechtsvereinbarung sehr restriktiv gezeigt hat³⁹. Dass die vorkaufsberechtigte Brauerei bei der Ausübung ihres Vorrechts erklärte, sie gehe „natürlich davon aus“, dass die Bezugsverpflichtung sie nicht binde, zeigt das fehlende Risikobewusstsein der Parteien in diesem Bereich. Wenn X und Y demnach bestimmte Konditionen bzw. die Nichtgeltung bestimmter Absprachen zwischen X und dem Dritten schon bei der Bestellung des Vorrechts festschreiben müssen, kann dies allerdings schnell die normalerweise nur einer Option anhaftenden Nachteile einer vorzeitigen Fixierung der Vertragstermini eingreifen lassen. Auch wurde in der Rechtsprechung bereits erwogen, solche Vereinbarungen im Einzelfall wegen einer zu weitgehenden Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des X für sittenwidrig zu erklären⁴⁰. Der BGH hat diesen Punkt jedoch nicht aufgegriffen.

In den USA wird eine andere Perspektive eingenommen: Die Rechtsprechung dort tendiert dahin, dass jede Vereinbarung, die Y aufgrund seiner speziellen Anforderungen an den Kaufvertrag mit Wissen des X von der Ausübung des Rechts abschrecken kann, für Y wegen *bad faith* des X nicht maßgeblich ist. Um die Folgen dieser Rechtsprechung zu vermeiden, wird X geraten, die „material facts“, an die Y bei der Ausübung seines Rechts in jedem Fall gebunden sein soll, möglichst detailliert in die Bestellung des RoFR aufzunehmen bzw. gemaess der sog. *mirror image rule* vertraglich festzuschreiben, dass für Y eine Bindung an *alle*, nicht nur an „die“ mit dem Erstkäufer vereinbarten Bedingungen eintritt⁴¹.

Selbstverstaendlich sollte Y nach Möglichkeit auch bedenken, wie wahrscheinlich ein Verkaufentschluss des X ist und ob sich bereits abzeichnet, dass ein Dritter einen Preis bietet, zu dem Y den Gegenstand ohnehin nicht erwerben würde. Viele der angesprochenen Risiken bestehen insbesondere auch im Hinblick auf eine treuwidrige Umgehung des Vorrechts durch X und Z. Auch eine solche kann durch die vorgeschlagene vertragliche Genauigkeit unabhängig von den hohen Voraussetzungen an den Nachweis der Treuwidrigkeit⁴² vermieden werden.

III. Fazit:

Mit der Vereinbarung eines Vorkaufsrechts gehen wirtschaftliche Risiken fuer beide Parteien einher. Deren Abhaengigkeit von mannigfaltigen und mitunter sehr schwer einschaeztbaren Faktoren sowie die zwischen ihnen bestehenden Wechselwirkungen lassen eine Standardklausel als nicht ausreichend erscheinen und fordern die Rechtsberater der Parteien. Das liegt in der Natur von Vereinbarungen, mit denen künftige Entwicklungen kalkulierbar gemacht werden sollen und sollte auch dann beachtet werden, wenn das Vorrecht als Ergebnis ohnehin schon langwieriger und zäher Verhandlungen im Rahmen eines anderen Rechtsgeschäfts zwischen X und Y bestellt werden soll. Die amerikanische Konstruktion, bei der der Vorkaufsfall schon eintritt, wenn X ein Angebot erhaelt, das er annehmen moechte, bietet in mancher Hinsicht

³⁹ BGH aaO. Dort stellte der BGH fest, dass nicht einmal dann ohne weiteres die Bindung an eine Vereinbarung mit dem Dritten entfällt, wenn diese zweifelsfrei mit dem Vertragszweck der dem Vorrecht zugrundeliegenden Rechtsbeziehung zwischen X und Y unvereinbar ist (Bierbezugsverpflichtung).

⁴¹ *Shepherd*, The Daily Record (Maryland's business & legal news), 22 Jan 2007, p. 1 f.

⁴²

Vorteile: Transaktionskosten koennen reduziert werden⁴³ und es tritt ein automatischer Schutz des X vor vertraglichen Ansprüchen des Dritten ein. Vor diesem Hintergrund kann es interessant sein, dass auch in Deutschland X und Y vereinbaren koennen, dass der Vorkaufsfall schon mit Erhalt des Angebots des Z eintritt⁴⁴.

⁴³ (Achtung, Formbeduerftigkeit duerfte dann aber wieder greifen! X hat ja noch keinen formgueltigen Vertrag dann geschlossen!

⁴⁴ Zu dieser Moeglichkeit Palandt/*Putzo*, 65. Auflage 2006, BGB, vor 463 Rn. 2.