

Schuldrecht - Allgemeiner Teil II

9. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-76673-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Vollmacht (jedenfalls nach § 13a BeurkG) zum Inhalt der notariellen Urkunde gemacht werden. Gleiches – förmliche Einbeziehung in die Urkunde ist nötig – gilt, wenn das Rechtsverhältnis noch nicht besteht, beispielsweise bei einer Abschlussverpflichtung der abzuschließende Vertrag,²⁹⁷ das im Grundbuch einzutragende Recht oder das Wohnungseigentum, wenn die Teilungserklärung noch nicht im Grundbuch vollzogen ist.²⁹⁸

Bei der **Beschreibung tatsächlicher Zustände** (unabhängig davon, ob sie schon vorhanden sind oder durch die Erfüllung des Vertrages zustande kommen sollen), genügt die Bezugnahme auf die **Natur**, ohne dass eine nähere Beschreibung in der Urkunde selbst erforderlich ist. So kann bei der Beschreibung eines Grundstücks²⁹⁹ oder einer Grundstücksteilfläche³⁰⁰ auf Merkmale in der Natur (Zäune, Hecken, Grenzsteine, Bäume),³⁰¹ aber auch auf besonders angebrachte Zeichen (etwa Pflöcke),³⁰² bei der Bestimmung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit auf den Verlauf der Leitung an Ort und Stelle,³⁰³ bei der Beschreibung eines zu errichtenden Bauwerkes – jedenfalls aus beurkundungsrechtlicher Sicht (materiell-rechtlich zur Baubeschreibung; → Rn. 56) – auf ein in der Natur vorhandenes (zu errichten ist das gleiche Haus, wie es sich X-Straße Nr. Y befindet) verwiesen werden. **Karten, Zeichnungen oder Abbildungen**, die nicht nur der Illustration dienen, sondern den Inhalt der Vereinbarungen (also den Soll-Zustand) konkretisieren, sind entweder nach § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BeurkG oder nach § 13a Abs. 4 BeurkG zum Inhalt der Urkunde zu machen.³⁰⁴ Zwischen der Natur und deren in §§ 9, 13 BeurkG erwähnten Verkörperungen stehen andere Verkörperungen der Natur (vor allem **Modelle** der unterschiedlichsten Art), die sich ihrer Art nach der Beurkundung nach § 13 BeurkG entziehen und die deshalb wie die Natur selbst zu behandeln sind.

d) Ergänzung durch nicht beurkundete Umstände, Auslegung. Von großer praktischer Bedeutung ist die im Einzelnen str. Frage, inwieweit die Vereinbarungen in der Urkunde selbst niedergelegt sein müssen, inwieweit ein **unvollkommener Ausdruck in der Urkunde** selbst durch außerhalb der Urkunde liegende Umstände im Wege der **Auslegung** ausgefüllt werden kann.³⁰⁵ Dabei wird hinsichtlich des beurkundungsbedürftigen Inhalts des Vertrages (→ Rn. 55) vertreten, dass nötig sei, das wirklich Gewollte habe zumindest durch eine „**Andeutung**“ seinen Weg in den Vertrag gefunden.³⁰⁶ Dies kann jedoch im Einzelfall letztlich nach Belieben bejaht oder verneint werden, weshalb dieses Erfordernis überflüssig ist (→ § 133 Rn. 31).³⁰⁷ Selbst wenn man die Andeutungstheorie heranzieht, so sind an die Andeutung im Vertrag selbst nur geringe Anforderungen zu stellen, da das Vertrauen in den Bestand des Vertrags überwiegend schutzwürdig ist, wenn von den Zwecken der Beurkundung nur die Beweissicherung teils verfehlt wird; die Nichtigkeitsfolge wäre nicht gerechtfertigt. Die Erklärung (bzw. der „Anhaltspunkt“) kann jedenfalls unter Heranziehung außerhalb liegender Umstände ausgelegt werden. Der Kreis der Umstände, die zur Auslegung herangezogen werden können, ist – wie auch sonst – nicht eingeschränkt.³⁰⁸ Dies gilt auch für die Bezeichnung des Vertragsobjekts;³⁰⁹ die (jedenfalls früher) abweichende Rspr. zu der zu ungenauen

²⁹⁷ BeckOGK/Schreindorfer Rn. 272.5.

²⁹⁸ Vgl. BGH NJW 1979, 1495; 1979, 1498.

²⁹⁹ Hinreichende (aber auch durch Auslegung ermittelbare) Bezeichnung ist erforderlich, Grundbuch- oder Katasterbezeichnung ist ausreichend, aber nicht notwendig, BGH NJW 1969, 132.

³⁰⁰ Vgl. (enger) Haegle Rpfleger 1973, 272.

³⁰¹ BGH NJW 1969, 502.

³⁰² BGH NJW 1969, 502 (503); 1989, 898: auch wenn diese Merkmale veränderlich sind, sofern nach Lage des Falles mit einer gewissen Bestandsdauer zu rechnen ist; OLG München DNotZ 1971, 544.

³⁰³ BGH NJW 1982, 1039 = WM 1982, 131.

³⁰⁴ Vgl. BGH NJW 1979, 1496.

³⁰⁵ Allg. zur Zulässigkeit der Auslegung zu beurkundender Erklärungen BGH DNotZ 1971, 721.

³⁰⁶ BGH NJW 1969, 131; 1979, 1350; 1996, 2792; NJW-RR 2010, 821; NJW-RR 2017, 712 (714); BeckOGK/Schreindorfer Rn. 280 ff., Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 224; Grüneberg/Ellenberg § 133 Rn. 19.

³⁰⁷ Wie hier Staudinger/Singer, 2017, § 133 Rn. 32; vgl. BGH ZfIR 2014, 295 m. insofern krit. Anm. Salz (Auslegung von dinglichem Vorkaufrecht auch als schuldrechtliches Vorkaufrecht), wo das Erfordernis einer Andeutung im beurkundeten Vertrag nicht einmal angesprochen wird. Dies wird durch § 650k Abs. 2 und § 650k Abs. 3 S. 2 bestätigt, in deren Geltungsbereich die Andeutungstheorie schon kraft gesetzlicher Anordnung nicht gilt.

³⁰⁸ Zu den Auslegungsmitteln, die herangezogen werden können, vgl. BGH WM 1967, 1245; 1968, 249 (251); 1974, 846 (847); NJW 1969, 131 (132); BGHZ 63, 359 (362) = NJW 1975, 536; RGZ 80, 400 (403); 109, 334.

³⁰⁹ Ist Gegenstand des Vertrages eine Wohnungseigentumseinheit, so genügt selbstverständlich die Angabe des Wohnungsgrundbuchs, BGH NJW 1994, 1347 = DNotZ 1994, 476 – hier ist sogar § 28 GBO genügt; vgl. auch BGH DNotZ 2016, 278, nach dem im Zweifel das ganze Sondereigentum verkauft und übertragen werden soll, auch wenn ein Teil baulich so abgegrenzt ist, dass es nicht mehr als zur Sondereigentumseinheit gehörig erkennbar ist.

Bezeichnung einer Teilfläche³¹⁰ schöpft die Möglichkeiten von Auslegung oder ergänzender Auslegung nicht aus, wenn sie Nichtigkeit wegen Dissenses annimmt; diese Folge ist aus Vertrauensschutzgründen nicht gerechtfertigt. Für die ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 gelten ebenfalls keine Besonderheiten (→ § 157 Rn. 30). Wegen der Möglichkeit der Auslegung und der ergänzenden Auslegung dürfen die Anforderungen an Vollständigkeit und Regelungsdichte des beurkundeten Vertrags nicht überspannt werden; das gilt bei allen Verträgen, besonders aber bei Vorverträgen³¹¹ und bei der Einräumung von Optionen aller Art (vor allem von Ankaufsrechten).³¹² Deshalb kann ein Kaufvertrag wirksam und auslegungsfähig sein, in dem die Bedingung des Kaufs nur allgemein bezeichnet ist (behördliche Genehmigung des Gewerbebetriebs des Käufers), der zum näher Vereinbarten (Genehmigung einer Autowaschanlage nach einer Planskizze des Käufers) aber schweigt.³¹³ Die Verpflichtung des Notars zur „vollständigen“ Beurkundung der Erklärungen der Beteiligten steht der Möglichkeit zur Auslegung nicht entgegen: Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Sollvorschrift des § 17 BeurkG, deren Verletzung die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt.

- 74 **e) Falsa demonstratio.** Da es für die Frage, ob eine Vereinbarung beurkundet ist, nicht auf den objektiven Wortlaut, sondern bei beiderseits übereinstimmendem Missverständnis auf das tatsächlich Gewollte ankommt, schadet eine (unbewusste) falsa demonstratio auch bei der beurkundungsbedürftigen Erklärung nicht,³¹⁴ und zwar auch ohne irgendwelche Andeutungen im Vertragstext.³¹⁵ Das gilt auch und erst recht dann, wenn die falsa demonstratio zugleich eine ungenaue Bezeichnung des Vertragsgegenstandes bedeutet,³¹⁶ weil in diesen Fällen nur der Beweissicherungszweck der Beurkundung verfehlt, die Beratungs- und Belehrungsfunktion erfüllt wurden. Bei einer falsa demonstratio im Bereich der Vereinbarungen kann neben der Beweissicherung auch der Zweck der Beurkundung, die Beratung und Belehrung der Beteiligten sicherzustellen, verfehlt sein; trotzdem verdient aber – eine Differenzierung nach der Erfüllung der Formzwecke im konkreten Fall ist nicht möglich – der Schutz des Vertrauens auf die Wirksamkeit des Vertrages (→ Rn. 4) Vorrang. Da regelmäßig der katastermäßige Grenzverlauf in der Natur nicht genau erkennbar ist und das wiederum allgemein bekannt ist, kann allerdings bei geringfügigen Abweichungen ohne weitere, gewichtige Umstände nicht angenommen werden, dass die Beteiligten eine andere Fläche als das Grundstück in den Katastergrenzen zum Vertragsgegenstand machen wollten.³¹⁷

- 75 **6. Folgen des Formverstoßes. a) Nichtigkeitsfolge.** Ist eine beurkundungsbedürftige Vereinbarung nicht beurkundet, so ist sie gemäß § 125 nichtig. Auf den Einwand der Formnichtigkeit

³¹⁰ S. die Rspr. des BGH zu der zu ungenauen Bezeichnung des Vertragsobjekts, insbes. einer Teilfläche: BGHZ 58, 386 = DNotZ 1972, 756; BGHZ 74, 116 = DNotZ 1979, 403; ausdrücklich aufrecht erhalten auch in BGHZ 87, 150 = DNotZ 1983, 618; BGH NJW-RR 1999, 1030; wie der BGH *Böhmer* MittBayNot 1998, 329; gegen den BGH krit. v. *Campe* DNotZ 2000, 109; *Kanzleiter* NJW 2000, 1919; MittBayNot 2002, 13; in neuerer Zeit ist in der Rspr. des BGH eine Tendenz zu geringeren Anforderungen an die Bezeichnung der Teilfläche festzustellen, s. BGH WM 2002, 202; NJW 2002, 2247 = MittBayNot 2002, 390 m. zust. Anm. *Kanzleiter*; NJW 2008, 1658; s. auch OLG Düsseldorf MittBayNot 2002, 44 = BeckRS 2000, 30107918.

³¹¹ BGH NJW 2006, 2843.

³¹² Gegen OLG Düsseldorf DNotZ 1996, 39 deshalb richtig *Basty* DNotZ 1996, 630 (634).

³¹³ BGH NJW 1996, 2792 = LM § 313 Nr. 144 mAnm *Reithmann* (im Anschluss an BGHZ 69, 266 = NJW 1978, 102); vgl. auch BGH ZIP 1997, 1044: es genügt, wenn sich die Funktion des Vertreters des Verkäufers nur andeutungsweise aus dem Urkundeninhalt ergibt; vgl. auch OLG Brandenburg NJW-RR 1999, 741: Fläche bei Ankaufsrecht bedürfe der Andeutung im beurkundeten Vertrag, Bezugnahme auf Vorhaben- und Erschließungsplan genüge nicht.

³¹⁴ HM; BGHZ 87, 150 = DNotZ 1983, 618; BGH NJW-RR 1988, 97; MittBayNot 2017, 234 = NJW-RR 2017, 712; *Bergemann* RNotZ 2002, 557 (558 ff.); BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 284; *Grüneberg/Grüneberg* Rn. 37; *Ermann/Grziwotz* Rn. 65; *Staudinger/Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 243 ff. mwN; *Krüger/Hertel*, Grundstückskauf, 12. Aufl. 2020, Rn. 2 ff.; aA – das Beurkundete ist nicht gewollt, das Gewollte nicht beurkundet – *Wieling* AcP 172 (1972), 307; *Wieling* JZ 1983, 760. Beispiele aus der Rspr.: BGH BB 1967, 811; NJW 1969, 2045; RGZ 109, 334 betr. falsche Grundstücksbezeichnung; WM 1971, 1085 betr. falsche Beschreibung der Grenzlinie; LM § 313 Nr. 30 betr. versehentliches Weglassen von Einzelheiten aus früher getroffener privatschriftlicher Vereinbarung; RG JR 1927 Nr. 1010 betr. unrichtige Bezifferung des übernommenen Hypothekensbetrags auf Grund Rechenfehler; OLG Oldenburg BeckRS 2019, 35289 betr. falsche Bezeichnung Sondernutzungsrecht; OLG Düsseldorf LZ 1921 Sp. 28 betr. versehentliche Falschformulierung, die den Sinn verkehrt.

³¹⁵ BGH MittBayNot 2017, 234 = NJW-RR 2017, 712; OLG Düsseldorf RNotZ 2017, 189; OLG Oldenburg BeckRS 2019, 35289.

³¹⁶ So wohl auch BGH NJW 2002, 1038; 2008, 1658; aA BGHZ 74, 116 = NJW 1979, 1350; *Köbl* DNotZ 1983, 598 (601 f.).

³¹⁷ *Krüger* ZNotP 2009, 2 mwN.

können die Vertragsteile nicht verzichten.³¹⁸ Ist die beurkundete Erklärung bewusst nur zum Schein abgegeben, so ist sie nach § 117, das wirklich Gewollte mangels Beurkundung nichtig³¹⁹ (so zB beim sog. „Schwarzkauf“ bei Beurkundung eines unrichtigen Kaufpreises). Eine aufgrund des unwirksamen Vertrags (auch wenn sich die Unwirksamkeit durch Anwendung von § 139 ergibt) eingetragene Vormerkung ist mangels gesicherten Anspruchs wirkungslos (→ 8. Aufl. 2020, § 883 Rn. 22 f. mwN).

b) Rückabwicklung. Die Leistungen, die bereits erbracht wurden, können nach §§ 812 ff. **76** zurückverlangt werden: Der Rückforderungsanspruch beruht grundsätzlich auf der „*condictio indebiti*“ des § 812 Abs. 1 S. 1, der **§ 814** nur bei positiver Kenntnis der Formnichtigkeit, nicht bei fahrlässiger Unkenntnis (mag die Unkenntnis des Formmangels auch noch so unverstänlich sein) entgegengehalten werden kann (→ 8. Aufl. 2020, § 814 Rn. 17).³²⁰ Weiß der Leistende, dass (noch) keine wirksame Verpflichtung besteht und ist deshalb die „*condictio indebiti*“ durch § 814 ausgeschlossen, so kann der Bereicherungsanspruch auf die „*condictio ob rem*“ nach § 812 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 gestützt werden (der § 814 nicht entgegensteht; → 8. Aufl. 2020, § 814 Rn. 4).³²¹ Sie ist nach **§ 815 Alt. 2** nur ausgeschlossen, wenn derjenige, der von der weiteren Durchführung des formnichtigen Geschäfts Abstand nimmt und seine Leistung zurückverlangt, dadurch den Eintritt des beiderseits angestrebten Erfolgs, die Erfüllung des formnichtigen Grundstücksgeschäfts „wider Treu und Glauben“ verhindert. Daran sind strenge Anforderungen zu stellen:³²² Gesetzgeberische Wertung, mithin Normalfall, sind einerseits die Unwirksamkeit des formnichtigen Geschäfts, andererseits, dass Heilung nur unter den Voraussetzungen des Abs. 1 S. 2 (→ Rn. 81 ff.) eintritt. Richtig ist daher, dass nicht ein beachtlicher Grund für den Ausschluss des § 815 nötig ist, sondern umgekehrt es einen beachtlichen Grund dafür geben muss, dass die Kondiktion wider Treu und Glauben wäre; der begonnene Leistungsaustausch reicht hierfür alleine nicht, denn sonst würde sich die Frage nach bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung gar nicht erst stellen (→ 8. Aufl. 2020, § 815 Rn. 8).³²³

c) Entkräften der Vermutung, dass die Urkunde richtig und vollständig ist. Grundsätzlich wird die Richtigkeit und Vollständigkeit der **Urkunde** vermutet (→ § 125 Rn. 39 f.; allgM). Den an hohe Anforderungen geknüpften (→ § 125 Rn. 39)³²⁴ Beweis dafür, dass eine getroffene Vereinbarung nicht oder unrichtig beurkundet wurde, hat derjenige zu erbringen, der dies behauptet. Steht fest, dass die Vertragsteile eine Nebenabrede getroffen haben, die nicht mitbeurkundet werden, aber dennoch gelten sollte, ist die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Urkunde insgesamt entkräftet.³²⁵ Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Beurkundung ist auch bei widersprüchlichem, aber beiderseits vom Urkundeninhalt abweichenden Vortrag entkräftet, beispielsweise wenn der Käufer vor Beurkundung eine nicht beurkundete Vorauszahlung erbracht hat, von der er behauptet, sie sei als Anzahlung auf den Kaufpreis geleistet, während der Verkäufer sie (mit der Behauptung, tatsächlich sei ein höherer als der beurkundete Kaufpreis vereinbart gewesen) zusätzlich beansprucht.³²⁶ Berufet sich dann ein Vertragsteil auf den Urkundeninhalt (im Beispiel den beurkundeten Kaufpreis), muss er auch beweisen, dass die beurkundete Vereinbarung auch so getroffen wurde.³²⁷

d) Teilnichtigkeit. Ist eine Vereinbarung nach § 125 nichtig, weil sie teilweise nicht beurkundet wurde, so richtet sich das Schicksal des (unter Umständen zusammengesetzten) Rechtsgeschäfts im Übrigen nach **§ 139**. Regelmäßig wird das Rechtsgeschäft gegen diese gesetzliche Vermutung auch ohne die nicht beurkundete Klausel wirksam sein.³²⁸ Der nicht beurkundete Nebenpunkt selbst

³¹⁸ BGH NJW 1969, 1167.

³¹⁹ AllgM; BGHZ 54, 62 = NJW 1970, 1541; RGZ 78, 115 (119); 94, 147.

³²⁰ BGH WM 1972, 283; 1973, 294.

³²¹ BGH LM § 313 Nr. 48 = JZ 1971, 556; NJW 1976, 237.

³²² AA OLG München DNotZ 1986, 293; offen noch BGH JZ 1971, 556; NJW 1980, 451; Kondiktion *jedenfalls dann* nicht treuwidrig iSv § 815, wenn ein weiterer beachtlicher Grund für das Rückabwicklungsverlangen vorhanden ist; wie hier BGH NJW 1999, 2892; ebenso OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 692.

³²³ Ausf. *Kanzleiter* DNotZ 1986, 258 (261 ff.); *Singer* WM 1983, 254; BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 301; *Staudinger/Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 251.

³²⁴ Vgl. zB BGH NJW-RR 1998, 1470.

³²⁵ BGH NJW 1989, 898.

³²⁶ Vgl. *Kanzleiter* DNotZ 1986, 267 zu BGH NJW 1986, 248; 1984, 974; 1983, 563.

³²⁷ Vgl. *Kanzleiter* DNotZ 2000, 933 (936).

³²⁸ BGH DNotZ 1979, 479 mAnm *Brambring*; DNotZ 2000, 931 mAnm *Kanzleiter*; anders für den Fall einer Wahlschuld BGH NJW-RR 1993, 14.

ist aber unwirksam.³²⁹ Die Beweislast trägt im Rahmen des § 139 derjenige, der die Wirksamkeit des Vertrages behauptet.³³⁰ Das gilt auch für die im sonst unwirksamen Kaufvertrag (zB einem „Schwarzkauf“) enthaltene **Aufassungsvollmacht**;³³¹ allerdings behandelt die hM die Vollmacht dann als wirksam, wenn sie im Bewusstsein der Unwirksamkeit des Vertrags zu dessen Durchführung mit Rücksicht auf die Heilungsmöglichkeit nach S. 2 erteilt wird.³³² Das hat die unschöne Folge, dass denjenigen, denen die Unwirksamkeit des beurkundeten Geschäfts schon bei der Beurkundung klar ist, besser stehen, als diejenigen, denen das nicht bewusst ist; eine Heilungsmöglichkeit erhalten also gerade die, die sich an die Formvorschrift nicht halten wollen. Um diese Umgehungsmöglichkeit zu versperren, sollte § 139 Hs. 2 in solchen Fällen teleologisch reduziert werden. § 139 schützt (nur) die Privatautonomie (statt aller → § 139 Rn. 1), der aber die Disposition über § 311b Abs. 1 gerade nicht unterliegt. Im Regelfall wirksam ist als Folge des Abstraktionsprinzips die **Aufassung** selbst, die zB im (bewusst oder unbewusst) unvollständig beurkundeten und deshalb unwirksamen Vertrag enthalten ist.³³³ Lassen die Beteiligten bewusst einen Teil des Rechtsgeschäfts nicht beurkunden, soll nach allgM § 139 nicht anwendbar, das Beurkundete vielmehr ohne weitere Prüfung alleine wirksam sein, wenn die Vertragsteile den beurkundeten Teil auch isoliert gewollt haben (also keine Scheinerklärungen vorliegen).³³⁴ Daher ist der Vertrag unwirksam, wenn das Beurkundete in seinen Rechtswirkungen über das Gewollte hinausgeht, etwa bei der Beurkundung eines unbedingten an Stelle des gewollten aufschiebend bedingten Vertrages durch Weglassen der Bedingung.³³⁵ Keinen Regelungsgehalt hat dagegen die bloße Feststellung, dass der Kaufpreis gezahlt ist, so dass eine **falsche Vorausquittung** weder zur Nichtigkeit als Scheingeschäft noch zur Nichtigkeit wegen Formverstößes führt;³³⁶ nach § 271 Abs. 1 ist die quittierte Vorausleistung sofort fällig, eine andere nicht beurkundete Fälligkeitsvereinbarung ist unwirksam; regelmäßig ist davon auszugehen, dass der Vertrag im Übrigen entgegen der Regel des § 139 wirksam sein soll.³³⁷

- 79 e) **Wirksamkeit nach § 242?** Nach in der Lit. umstrittener (zum Streitstand → § 125 Rn. 62 mwN) ständiger höchstrichterlicher Rspr.³³⁸ soll ein Grundstücksgeschäft trotz fehlender Beurkundung ausnahmsweise in ganz besonders gelagerten Fällen gemäß § 242 wirksam sein, wenn nach den gesamten Umständen die Nichtigkeitsfolge mit **Treu** und Glauben unvereinbar wäre.³³⁹ An die Annahme eines solchen Ausnahmefalles werden von der Rspr. strenge Anforderungen gestellt. Entweder muss der eine Vertragsteil seine Treupflichten besonders schwer verletzt haben, oder die Nichtigkeit muss die Existenz des anderen Vertragsteils gefährden (dass die Nichtigkeit ihn hart trifft, reicht dagegen nicht aus).³⁴⁰ Diese Ausnahme ist jedoch abzulehnen, denn ihre Voraussetzungen sind zu wenig konkret, um sicher handhabbar zu sein³⁴¹ und über Schadensersatzansprüche auf Grund c.i.c. (§§ 280, 311 Abs. 2) können Fälle einer sachgerechten Lösung zugeführt werden, in denen eine Partei schuldhaft und pflichtwidrig (wie regelmäßig in den von der Rspr. unter § 242

³²⁹ Selbstverständlich, s. nur BGH DNotZ 2000, 931.

³³⁰ Über diesen Umweg kommt auch die Rspr. (BGH NJW 1983, 563; 1984, 974; 1986, 248; DNotZ 2000, 931), zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags in den Fällen, in denen zu niedrige Beurkundung des Kaufpreises nicht bewiesen, aber nachweisbar schon eine in der Urkunde nicht erwähnte Vorauszahlung geleistet wurde, der Verkäufer mit der Behauptung, es sei in Wahrheit ein höherer Kaufpreis vereinbart, den beurkundeten Betrag zusätzlich beansprucht; zur richtigen Lösung dieses Falls → Rn. 77.

³³¹ BGH NJW 1985, 730; DNotZ 1990, 359 mAnm *Heckschen*; wie hier Erman/*Grziwotz* Rn. 68.

³³² Vgl. BGH DNotZ 2021, 50 mwN aus seiner Rspr. zu dieser Differenzierung; RGZ 78, 44; gegen die Unterscheidung *Berthold* BWNNotZ 2019, 4 (8 f.).

³³³ BGH NJW 1976, 237.

³³⁴ StRspr, BGH NJW 1966, 1747; 1975, 205; 1999, 351; wie hier auch BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 298 f.; *Staudinger/Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 237; iErg besteht daher letztlich kein Unterschied zu den Fällen, in denen man § 139 anwendet.

³³⁵ BGH DNotZ 1999, 354.

³³⁶ BGH DNotZ 2012, 48 m. zust. Anm. *Böttcher* = NJW 2011, 2785; entgegen BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 178.2 kann man einer solchen Angabe auch nicht entnehmen, die Parteien hätten eine Erfüllungswirkung positiv regeln wollen.

³³⁷ Vgl. *Keim* NJW 2012, 119 (120 f.).

³³⁸ BGH DNotZ 2018, 279; BGH DNotZ 1978, 37; wenn auch im konkreten Fall je abgelehnt; früher BGHZ 23, 249 (254) = NJW 1957, 787; BGHZ 29, 6 (10) = NJW 1959, 626; BGHZ 45, 179 (184) = NJW 1966, 1067; BGHZ 48, 396 (398) = NJW 1968, 39; BGH NJW 1970, 2210; 1973, 1455 f.; 1975, 43; 1987, 1069 (1070); 1998, 2350.

³³⁹ Zuletzt BGH DNotZ 2018, 279 für die Kaufpreiserhöhung durch den Verkäufer nach Abschluss eines Darlehensvertrags zur Erwerbsfinanzierung durch den Käufer, wobei der BGH § 242 auch hier zu Recht verneint.

³⁴⁰ BGH NJW 1998, 2350.

³⁴¹ AA zB *Armbrüster* NJW 2007, 3317; *Hagen* DNotZ 2010, 644.

subsumierten Fällen) gehandelt hat.³⁴² Ist einer der Geschäftspartner (regelmäßig der Verkäufer) bei einem Grundstücksgeschäft eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, so können öffentlich-rechtliche Rechtsgrundsätze – insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz – zwar nicht zur Wirksamkeit eines formwidrig geschlossenen Vertrages führen,³⁴³ aber die öffentliche Körperschaft zum Abschluss eines formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrages verpflichten.³⁴⁴

f) Culpa in contrahendo. Kommt ein formgültiges Grundstücksgeschäft nicht zustande, so können daraus für einen Vertragsteil nur in Ausnahmefällen Ansprüche aus c.i.c. nach den allgemeinen Grundsätzen erwachsen (§§ 280, 311 Abs. 2). Das Offenhalten der Entscheidung bis zum Abschluss des notariell beurkundeten Vertrages und der Abbruch der Verhandlungen „im letzten Augenblick“ davor für sich alleine lösen solche Ersatzansprüche nicht aus, weil damit nur Rechte wahrgenommen werden, die sich aus der Formbedürftigkeit ergeben. Dasselbe gilt, wenn ein Vertragspartner seine formlos erklärte, ernstliche Zusage zum Vertragsabschluss später nicht einhält, denn auch damit nimmt er nur den gesetzlichen Schutz des § 311b Abs. 1 in Anspruch.³⁴⁵ Andernfalls würde sich aus der Haftung aus c.i.c. ein mittelbarer Druck auf den Vertragsabschluss ergeben, den § 311b Abs. 1 gerade missbilligt. Die Inanspruchnahme des Schutzes der Formvorschrift allein kann niemals einen vorvertraglichen Pflichtenverstoß bedeuten; hinzukommen muss, dass der Vertragspartner über das bei Vertragsverhandlungen nach der Verkehrssitte Zulässige hinaus über die wahren Absichten im Unklaren gelassen und hingehalten³⁴⁶ oder – noch weitergehend – über die Bedeutung der Formvorschrift getäuscht wird und deshalb der Abbruch der Verhandlungen einen schweren Verstoß gegen die Verpflichtung zu redlichem Verhalten bei den Vertragsverhandlungen bedeutet.³⁴⁷ Das erfordert in der Regel Vorsatz.³⁴⁸ Fahrlässigkeit mag in Einzelfällen genügen,³⁴⁹ wobei aber die Verhaltenspflichten, die hier einen Anspruch aus c.i.c. auslösen, nur schwer bloß fahrlässig verletzt werden können. Zur c.i.c. im Allgemeinen → § 311 Rn. 37 ff., zur Verhinderung der Wirksamkeit des Vertrags → § 311 Rn. 192 ff.

7. Heilung unwirksamer Vereinbarungen (Abs. 1 S. 2). a) Normzweck von Abs. 1 S. 2. Mit Auflassung und Eigentumsumschreibung ist die wichtigste Verpflichtung des Grundstücksübertragungsgeschäftes erfüllt. Es wäre unbefriedigend, weil mit der **Rechtssicherheit** nicht vereinbar, die Beteiligten trotzdem noch bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gegenseitigen Bereicherungsansprüchen auszusetzen.³⁵⁰ Deshalb wird mit Auflassung und Eigentumsumschreibung der Formmangel geheilt (auch wenn die Gegenleistung des anderen Vertragsteils noch nicht erbracht ist).³⁵¹

b) Voraussetzungen der Heilung. Voraussetzung der Heilung des formunwirksamen schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes ist nach dem Wortlaut des Gesetzes zum einen die Auflassung, zum anderen die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch.³⁵² Dazu kommt, vor allem zur Entscheidung der Frage, was und in welchem Umfang geheilt wird, die Erwägung, dass Abs. 1 S. 2 nach seinem Zweck nur wirkt, wenn auch vollständige Erfüllung des zu heilenden Rechtsgeschäftes (hinsichtlich des bzw. der vereinbarten Immobilientransfers) eingetreten ist.³⁵³ Weder mit Blick auf

³⁴² Gegen die hM ebenso BeckOGK/Schreindorfer Rn. 308 ff.; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 260.

³⁴³ Vgl. BGH DNotZ 1972, 526.

³⁴⁴ Vgl. zur Pflicht zur Übertragung auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes BGHZ 29, 81 = NJW 1959, 431 = JZ 1959, 405 mAnm Raiser; BGHZ 31, 37 = NJW 1959, 2211; BGHZ 45, 179 = NJW 1966, 1067.

³⁴⁵ BGH NJW 1975, 43; MDR 1979, 469; DNotZ 1983, 621; NJW 1992, 1037; DNotZ 1997, 624; DStR 2001, 802.

³⁴⁶ BGH MDR 1979, 469; DStR 2001, 802.

³⁴⁷ BGH DNotZ 1997, 624; DStR 2001, 802.

³⁴⁸ BGH DNotZ 1997, 624.

³⁴⁹ Vgl. auch BeckOGK/Schreindorfer Rn. 304.

³⁵⁰ HM, vgl. BGHZ 160, 368 = MittBayNot 2005, 222 mAnm Ruhwinkel = NJW 2004, 3626; NJW 2012, 3171, wobei sich insoweit die Erfüllung, die der BGH als zentralen Aspekt ausmacht, mit der Rechtssicherheit, wie hier verstanden, deckt. Ähnlich bereits der historische Gesetzgeber, vgl. Mugdan II 105: „... womit viele Streitigkeiten ... abgeschnitten werden“; und Mugdan II 622: „... mit dem Interesse der Rechtssicherheit unvereinbar, ... dem Verkäufer während der ganzen Verjährungsfrist den Konditionsanspruch ... zuzugestehen“; aA Harke WM 2004, 357: Normzweck auch der Heilungsvorschrift sei die Vermeidung eines unerwünschten schwunghaften Handels, die Heilung verhindere eine sonst erforderliche nochmalige Übertragung.

³⁵¹ BGH NJW 1978, 1577; BGHZ 73, 391 (397) = NJW 1979, 1773; BGHZ 82, 398 = DNotZ 1982, 433 mAnm Wolfsteiner; BGHZ 160, 368 = MittBayNot 2005, 222 = NJW 2004, 3626; BGH NJW 2012, 3171; Hagen DNotZ 1984, 267 (268 f.); zum Normzweck des S. 2 ausführlich Krüger FS 25 Jahre DNotI, 2018, 183, 185 ff.; vgl. auch Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 38 ff., 64 ff., 94.

³⁵² S. die instruktive Zusammenfassung bei Specks RNotZ 2002, 193.

³⁵³ BGHZ 160, 368 = MittBayNot 2005, 222 = NJW 2004, 3626; BGH NJW 2012, 3171.

den Normzweck „Rechtssicherheit“ bzw. Perpetuierung der „Erfüllung“ noch auf den Wortlaut ist erforderlich, dass die Auflassung, wie vom BGH³⁵⁴ gefordert „in“, also zur Erfüllung des formnichtigen Geschäfts erfolgt ist; es genügt, dass durch den Vollzug der Auflassung Erfüllung eingetreten ist,³⁵⁵ ggf. durch eine nachträgliche (formfrei zulässige) Rechtsgrundabrede.³⁵⁶ Damit Heilung „des Geschäfts“ möglich ist, muss überhaupt ein Vertrag zu Stande gekommen sein, was nicht der Fall ist, wenn nicht gleichzeitig ein wirksames Angebot und eine wirksame Annahme vorliegen.³⁵⁷

- 83 **aa) Auflassung.** Die Auflassung muss rechtswirksam sein.³⁵⁸ Ist sie schwebend unwirksam (etwa mangels wirksamer Vollmacht),³⁵⁹ tritt die Heilung erst mit der Genehmigung ein.³⁶⁰ Ob der Auflassende Eigentümer ist, ist ohne Belang. Heilung ist auch bei gutgläubigem Erwerb vom Nichtberechtigten möglich.³⁶¹ Die Auflassung heilt auch, wenn sie nicht nach den formlosen schuldrechtlichen Vereinbarungen, sondern gleichzeitig mit diesen erklärt wird,³⁶² ja selbst wenn die schuldrechtlichen Vereinbarungen nachfolgen³⁶³ (aA BGH).³⁶⁴ Wird die schuldrechtliche Vereinbarung erst nach Vollzug des Eigentumswechsels getroffen, ist § 311b Abs. 1 schon nicht mehr einschlägig (→ Rn. 17). Würden die schuldrechtlichen Vereinbarungen vor der Auflassung getroffen, so muss die Willensübereinstimmung über alle Vereinbarungen, die geheilt werden sollen,³⁶⁵ bis zur Auflassung, aber nicht mehr darüber hinaus bis zur Eigentumsbeschreibung im Grundbuch fort dauern.³⁶⁶
- 84 **bb) Eintragung im Grundbuch.** Zusätzlich zur Auflassung muss der **Eigentumswechsel** (nicht etwa nur eine Auflassungsvormerkung)³⁶⁷ **im Grundbuch eingetragen** sein.³⁶⁸ Bei Erwerb des Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer steht die Löschung des Erbbaurechts gleich.³⁶⁹ Der Antrag auf Umschreibung genügt nicht. Die Heilung setzt voraus, dass das richtige Grundstück umschrieben worden ist.³⁷⁰ Eine falsa demonstratio schadet zwar weder beim schuldrechtlichen Vertrag noch bei der Auflassung, die Umschreibung des falschen Grundstücks ist aber nicht die Eintragung iSv S. 2.³⁷¹

- 85 **cc) Bezug auf das gesamte Vertragsobjekt.** Die Heilungsvoraussetzungen müssen sich auf das gesamte Vertragsobjekt beziehen; bei Veräußerung einer Eigentumswohnung heilt deshalb der Übergang eines bloßen Miteigentumsanteils am Grundstück nicht.³⁷² Sie müssen bei sämtlichen Grundstücken eingetreten sein, die von dem Rechtsgeschäft erfasst werden (sofern nicht nach § 139 anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne das zB noch nicht umgeschriebene Grundstück geschlossen worden wäre),³⁷³ bei Veräußerung mehrerer, also bei allen,³⁷⁴ bei einem Tausch bei den Grund-

³⁵⁴ ZB BGH NJW 1973, 1543 (1545); 2018, 3523 Rn. 18.

³⁵⁵ Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 128; aA BeckOGK/Schreindorfer Rn. 335; BeckOK BGB/Gehrlein Rn. 33; Grüneberg/Grüneberg Rn. 46; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 294, Erman/Grziwotz Rn. 76.

³⁵⁶ Vgl. Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 136; § 366 Abs. 1 steht nicht entgegen, obwohl eigentlich die Tilgungsbestimmung bis zur Leistung getroffen sein soll, in den hier interessierenden Fällen mangels bestehender Verbindlichkeiten aber auch § 366 Abs. 2 ins Leere geht.

³⁵⁷ BGH MittBayNot 2016, 394 = NJW-RR 2017, 114.

³⁵⁸ BGHZ 29, 9 = NJW 1959, 626; BGH NJW 1965, 812; RGZ 137, 324 (352).

³⁵⁹ Vgl. BGH DNotZ 1966, 96; RG JW 1930, 3476.

³⁶⁰ Auch bei Erfordernis einer behördlichen Genehmigung, BGH DNotZ 1969, 350. Zur Genehmigung durch die Beteiligten s. BGH WM 1980, 1032.

³⁶¹ BGHZ 47, 270 = NJW 1967, 1272.

³⁶² BGH NJW 1978, 1577; WM 1973, 612; RGZ 104, 102; 104, 296 (298 f. f.).

³⁶³ Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 136 f.; aA BGH NJW 1983, 1543 (1545); BeckOGK/Schreindorfer Rn. 305; BeckOK BGB/Gehrlein Rn. 34; Grüneberg/Grüneberg Rn. 46; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 294.

³⁶⁴ BGH NJW 1983, 1543 (1545); 2018, 3523 Rn. 18.

³⁶⁵ ZB BGH NJW 2004, 3330; iÜ statt aller BeckOGK/Schreindorfer Rn. 321.

³⁶⁶ StRSpr; BGH DNotZ 1969, 350 (352); NJW 1978, 1577; 1980, 222; 1981, 2293; 2004, 3330; RGZ 109, 354; aA Harke WM 2004, 357 (359 f.): keine fortdauernde Willensübereinstimmung erforderlich, der ursprünglich formnichtige Vertrag wird mit dem Inhalt wirksam, mit dem er geschlossen wurde.

³⁶⁷ BGH DNotZ 61, 314; NJW 1970, 1541.

³⁶⁸ ZB BGH NJW 2002, 2313; RGZ 54, 147.

³⁶⁹ Vgl. BGHZ 32, 11 = NJW 1960, 525.

³⁷⁰ RGZ 61, 165; 78, 44; statt aller Grüneberg/Grüneberg § 311b Rn. 50.

³⁷¹ Vgl. BGH NJW1993, 3197 für die falsa demonstratio bei der Einräumung einer Dienstbarkeit; BeckOGK/Schreindorfer Rn. 327 mwN.

³⁷² OLG Düsseldorf NJW 1981, 529.

³⁷³ RGZ 133, 293; zur Teilerfüllung ausf. Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 113 ff.

³⁷⁴ RGZ 56, 383 (386).

stücken beider Vertragspartner,³⁷⁵ bei einem Treuhandvertrag genügt nicht der Eigentumsübergang auf den Treuhänder, wenn der Übergang auf den Treugeber noch aussteht,³⁷⁶ es sei denn die Übereignungspflicht auf den Treugeber ergibt sich ausschließlich aus dem Gesetz (§ 667), ist also selbst nicht beurkundungsbedürftig (→ Rn. 25).³⁷⁷ Anders sind Fälle zu behandeln, in denen eine erfüllte Übereignungspflicht durch Rückforderungs-, Wiederkaufs- oder ähnliche Rechte eingeschränkt wird (→ Rn. 94).

dd) Sonderfälle. Liegen die Heilungsvoraussetzungen vor, so tritt die Heilung auch dann ein, wenn den Vertragsteilen bei Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages der **Formmangel bekannt** war³⁷⁸ (wie meist in den Fällen des „Schwarzkaufs“). Voraussetzung der Heilung ist nur, dass die formunwirksamen Abreden mit tatsächlichem (nicht notwendig rechtlchem, der bei Kenntnis der Unwirksamkeit fehlt) Verpflichtungswillen getroffen sind.³⁷⁹ **86**

Bei Veräußerung eines **im Ausland gelegenen Grundstücks** unter Anwendung des § 311b Abs. 1 (→ Rn. 11) heilt entsprechend S. 2 der Eigentumsübergang (meist) nach der ausländischen lex rei sitae.³⁸⁰ Bei Erwerb in der **Zwangsversteigerung** heilt dieser in gleicher Weise wie Auflösung und Eintragung,³⁸¹ wenn dadurch Erfüllung des schuldrechtlichen Geschäfts eingetreten ist; das ist jedenfalls für den Auftrag zum Erwerb in der Zwangsversteigerung zu bejahen. **87**

Wie nach S. 2 ausdrücklich der Veräußerungsvertrag geheilt wird, heilen Einigung und Eintragung des **Erbbaurechts** entsprechend den Erbbaurechtsvertrag. Die Eintragung eines „minus“ kann dagegen eine (auch bedingte) weitergehende Verpflichtung nicht heilen, so nicht die Eintragung des Erbbaurechts eine bedingte Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Übertragung des Grundstücks auf den Erbbauberechtigten.³⁸² Dagegen heilt die Eintragung des dinglichen **Vorkaufsrechts** gegen die Rspr.³⁸³ nicht die formrichtige Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechts. Zwar ist die Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechts dann erfüllt, nicht aber der Immobilien-transfer selbst, da dazu noch die Übereignung des Grundbesitzes, also Erfüllung des sich aus dem Vorkaufsrecht ergebenden Schuldverhältnisses selbst nötig ist.³⁸⁴ Mit der Eintragung des Vorkaufsrechts allein hat nicht schon eine Änderung der sachenrechtlichen Lage in einem Maß stattgefunden, der unter Rechtssicherheitsaspekten (→ Rn. 81) mit der Übereignung vergleichbar ist.³⁸⁵ Ohne sachlichen Grund würde dann zudem bei Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts früher eine Heilung eintreten, als bei Verpflichtung zur Bestellung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts.³⁸⁶ **88**

Ist der **Gesellschaftsvertrag** beurkundungsbedürftig (→ Rn. 40 f.) tritt Heilung ein, wenn sämtliche, im Vertrag vereinbarten Veräußerungen oder Erwerbe von Grundbesitz vollzogen sind; hierfür kann die **Gesellschaft** nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam behandelt werden.³⁸⁷ Wenn auch der Gesellschaftsanteilerwerb, gleich ob durch Beitritt (→ Rn. 42) oder Abtretung (→ Rn. 16) selbst der Beurkundungspflicht unterliegt, kann dagegen keine Heilung **89**

³⁷⁵ RGZ 56, 383; vgl. BGHZ 59, 271 = NJW 1972, 2265.

³⁷⁶ BGH WM 1990, 1543, OLG Dresden BeckRS 2017, 107658.

³⁷⁷ BGH BeckRS 2021, 5400; OLG München, BeckRS 2015, 07013, OLG Dresden BeckRS 2017, 107658.

³⁷⁸ BGH NJW 1975, 205; vgl. auch BGHZ 48, 396 = NJW 1968, 39; BGH NJW 1969, 1167; 1972, 2265.

³⁷⁹ BGH NJW 1975, 205; BGHZ 48, 396 = NJW 1968, 39; BGH NJW 1969, 1167; 1972, 2265.

³⁸⁰ OLG München OLGZ 1974, 19; vgl. auch BGHZ 52, 243 = NJW 1969, 1850; nach spanischem Recht ist die Eintragung im „Registro de la Propiedad“; da sie nur die Rechtsstellung gegenüber Dritten verstärkt, nicht erforderlich, BGHZ 73, 391 (397) = NJW 1979, 1773; s. OLG Düsseldorf NJW 1981, 529; Heilung noch nicht, wenn nach spanischem Recht nur Miteigentumsanteil am Grundstück, aber noch nicht die erworbene Eigentumswohnung übergang.

³⁸¹ BGH NJW 1983, 566; die Entscheidung lässt offen, ob der Zuschlag genügt oder Eintragung im Grundbuch erforderlich ist; zur Heilung eines Auftrags zum Grundstückserwerb durch dessen Durchführung s. auch BGH NJW 1981, 1267.

³⁸² BGHZ 59, 269 = NJW 1972, 2265; § 139 entscheidet über das Schicksal des Gesamtvertrages.

³⁸³ BGH DNotZ 1968, 93; MittBayNot 2017, 144 mAnm Schreindorfer = NJW 2016, 2035 mAnm Weis (insoweit abl.); RGZ 125, 261; RG JW 1934, 2545.

³⁸⁴ Das Argument, es gebe sonst keine Heilungsmöglichkeit, trifft also nicht zu, zumal das Bestehen einer Heilungsmöglichkeit nicht Tatbestandsvoraussetzung von § 311b Abs. 1 S. 1 ist, vgl. Erman/Grziwotz Rn. 81.

³⁸⁵ Kanzleiter DNotZ 2017, 503.

³⁸⁶ Gegen eine Heilung der Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts allein durch seine Eintragung eingehend und mit weiteren Argumenten Herler FS Krüger, 2017, 165 (167 ff.) mZn auch zur ganz hL in der Lit., die der Rspr. folgt; gegen Herler und für die Heilung Krüger FS 25 Jahre DNotI, 2018, 183 (191 f.).

³⁸⁷ BGH NJW 1957, 459; krit. Wolfsteiner DNotZ 2003, 626, der auch darauf hinweist, dass aus § 925a die Pflicht für den Notar folgt, sich der Existenz der Gesellschaft zu vergewissern.

durch Vollzug des Beitritts eintreten, weil zum Erwerb der Beteiligung weder bei der Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch bei der Handelsregistereintragung von Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft ein der Auflassung vergleichbares Verfahren eingehalten werden muss.³⁸⁸ Dass in diesen Fällen keine Heilungsmöglichkeit besteht, spricht nicht gegen die Anwendung von § 311b Abs. 1 S. 1 selbst,³⁸⁹ denn die Möglichkeit einer Heilung ist nicht Tatbestandsvoraussetzung für die Bejahung der Beurkundungspflicht.³⁹⁰

90 Der – wirksame – Abschluss des Hauptvertrages soll nach hM zur Heilung eines formnichtigen **Vorvertrages** führen (auch wenn dieser zusätzliche Vereinbarungen, insbesondere mit Dritten, enthält).³⁹¹ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, denn es fehlt an allen Voraussetzungen für eine Analogie.³⁹² Entscheidend ist also, ob nunmehr das schuldrechtliche Geschäft in unmittelbarer Erfüllung von § 311b Abs. 1 S. 1 mit seinem gesamten Inhalt (→ Rn. 55) beurkundet worden ist oder nicht. Ist das nicht der Fall, tritt Heilung wie sonst auch erst mit Auflassung und Eintragung im Grundbuch, also Erfüllung (auch) der vorvertraglichen Vereinbarungen, ein, wenn bei Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht.³⁹³ Dies gilt auch für die Heilung von (nach → Rn. 58 ff. beurkundungsbedürftigen) Vereinbarungen mit Dritten.³⁹⁴

91 **ee) Verhinderung der Heilung.** Bis zum Eintritt der Heilung (also auch noch nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages vor Umschreibung) kann der Eigentümer noch **kondizieren**³⁹⁵ und die Eintragung (und damit die Heilung, die sonst trotz Bereicherungsklage eintreten würde) mit Hilfe eines durch einstweilige Verfügung zu verhängenden **Erwerbsverbots** (§ 935 ZPO) verhindern. Dies gilt nicht, wenn die Auflassung ausnahmsweise nach § 815 nicht kondiziert werden kann (→ Rn. 76). Eine trotz Erwerbsverbots erfolgte Eintragung ist analog §§ 136, 135 relativ unwirksam und heilt nicht;³⁹⁶ wird das Erwerbsverbot aufgehoben, tritt (rückwirkend) Heilung ein.³⁹⁷ Die Eintragung eines Widerspruchs anstelle eines Erwerbsverbots würde weder Eintragung noch Heilung hindern, weil der Widerspruch die derzeitige Unrichtigkeit des Grundbuchs rügt und vor gutgläubigem Erwerb schützt,³⁹⁸ den Eigentumswechsel also nur verhindert, wenn der Veräußerer Nichtberechtigter ist.

92 **c) Folgen der Heilung.** Mit Eintritt der Heilungsvoraussetzungen ist der Verstoß gegen das gesetzlich vorgeschriebene (nicht gegen ein vereinbartes)³⁹⁹ Formgebot geheilt.⁴⁰⁰ Geheilt wird auch eine Vereinbarung im Rahmen des Grundstücksveräußerungsvertrags, die ihrerseits einem **anderen, geringeren oder gleichwertigen Formerfordernis** unterliegt, sofern dessen Schutzzwecke von denen des § 311b Abs. 1 S. 1 umfasst werden, so zB ein Leibrentenversprechen, das nach § 761 der Schriftform bedürfte,⁴⁰¹ die Schriftform für den öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 57 VwVfG (auch bei Anwendung von § 11 Abs. 3 BauGB)⁴⁰² oder die Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, die nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG der notariellen Beurkundung bedürfte.⁴⁰³ Wenn § 311b Abs. 1 S. 2 der Rechtssicherheit den Vorrang einräumt, obwohl die nach

³⁸⁸ Großzügiger BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 381; für Heilung jedenfalls bei Grundbucheintragung Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 324.

³⁸⁹ So aber *Petzoldt* BB 1975, 908.

³⁹⁰ Vgl. *Erman/Grziwotz* Rn. 81.

³⁹¹ BGHZ 160, 368 = *MittBayNot* 2005, 222 m. krit. Anm. *Ruhwinkel* = NJW 2004, 3626; BGH NJW 2012, 3171 R.G.Z. 169, 185; *Grüneberg/Grüneberg* Rn. 52; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 328; *Erman/Grziwotz* Rn. 80; *Specks* RNotZ 2002, 194 (206).

³⁹² *Krüger* FS 25 Jahre DNotI, 2018, 183 (189 f.).

³⁹³ BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 363 ff.; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 1430 (1434 ff.).

³⁹⁴ Anders wiederum die hM; Fälle aus der Rspr. zB BGH NJW 1982, 759: Verpflichtung zur Veräußerung an einen Dritten wird mit Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten geheilt; NJW 1987, 1628: Vertragsstrafversprechen zu Gunsten des Maklers wird bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrags geheilt; NJW 1994, 720: Heilung eines Darlehensvertrages des Immobilienverkäufers mit seinem Vertragspartner, nachdem seine auf den getroffenen Vereinbarungen beruhenden Angebote von den vom Vertragspartner benannten Dritten angenommen wurden.

³⁹⁵ R.G.Z. 108, 329; 109, 351.

³⁹⁶ R.G.Z. 117, 287; 120, 118.

³⁹⁷ OLG München OLGZ 1969, 196.

³⁹⁸ Vgl. R.G.Z. 109, 334.

³⁹⁹ Ebenso *Grüneberg/Grüneberg* Rn. 55.

⁴⁰⁰ Allg. zu den Heilungsfolgen auch *Specks* RNotZ 2002, 193.

⁴⁰¹ BGH NJW 1978, 1577; Staudinger/*J. Mayer*, 2015, § 761 Rn. 14 mwN; aA *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 162 ff., 166 f. mwN.

⁴⁰² BVerwG DNotZ 2010, 550 mAnm *Grziwotz*.

⁴⁰³ AA OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 45: das Gericht sieht den Schutzzweck des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG zu Unrecht im Wesentlichen in der Erschwerung des Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen – diese Erschwe-