

Schuldrecht - Allgemeiner Teil II: §§ 311-432

10. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-81023-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

stellt, die sich **bloß auf dessen Abwicklung beziehen** und den Inhalt der gegenseitigen Leistungspflichten – im Wesentlichen – unberührt lassen. All diese Auffassungen, auch die der Rspr., sind jedoch mit Rücksicht auf die sichere Anwendung des § 311b Abs. 1 nicht praktikabel: Ob eine Änderung wesentlich oder unwesentlich, verschärfend oder entschärfend ist, kann im Einzelfall von den Vertragsteilen subjektiv unterschiedlich beurteilt werden und objektiv außerordentlich zweifelhaft sein. Eine Änderung, die sich auf die bloße Abwicklung des Vertragsverhältnisses bezieht, kann trotzdem in das Vertragsverhältnis grundlegend eingreifen, da das System der gegenseitigen Sicherung der Leistungspflichten nach dem heutigen Vertragsstandard ausschließlich in der Phase der Vertragsabwicklung ansetzt und wirkt. Auch eine Stundung des Kaufpreises kann zB bei fehlender Sicherung den Verkäufer außerordentlich gefährden. Diese Schwierigkeiten zeigen sich auch in einer kleinteiligen und nicht immer konsistenten Rspr.²⁷² Die geschilderten Auffassungen führen auch zu einem Bruch mit dem Umfang der Beurkundungspflicht bei Vertragsschluss selbst: alle Vereinbarungen, die Rechtswirkungen entfalten sollen, gleich ob wesentlich oder unwesentlich, gleich ob auf der Ebene der Vertragspflichten oder der Vertragsabwicklung, mussten bei Abschluss des (später zu ändernden) Vertrags beurkundet werden. Einen sachlichen Grund, warum das anders sein soll, nur weil ein Vertrag schon besteht, gibt es nicht. Richtigerweise sind deshalb **alle Ergänzungen und Änderungen** ohne Unterschied **beurkundungsbedürftig**²⁷³ (auch solche im Wege eines Vergleiches²⁷⁴). Beim Auftreten unerwarteter Abwicklungsschwierigkeiten ist es sachgerechter, die Lösung mit Hilfe von § 157 zu finden und formlose Abreden der Vertragsteile darüber, wie sie die Abwicklungsschwierigkeiten beheben wollen, als – formlos wirksame – Abreden darüber aufzufassen, wie die Vertragsteile die ergänzende Auslegung nach § 157 vornehmen wollen.²⁷⁵ Entspricht eine solche formlose Abrede tatsächlich nicht § 157 (hat etwa ein Vertragsteil nicht erkannt, dass er dadurch seine Interessen gefährden würde), ist sie unbeachtlich. Abzulehnen ist auch die Auffassung, formfrei sei die spätere Einräumung eines Rücktrittsrechts oder die Verlängerung einer Rücktrittsfrist, weil sie der (bis zu dem in → Rn. 68 erörterten Zeitpunkt) formlosen Aufhebung gleichzustellen sei:²⁷⁶ Der Aufhebungsvertrag beseitigt die Rechtswirkungen des Grundstücksveräußerungsvertrags, beeinflusst nicht dessen Inhalt, während sich die Einräumung eines Rücktrittsrechts oder die Verlängerung der Rücktrittsfrist durch die Schaffung oder Verlängerung eines Schwebezustandes auf den Inhalt des Veräußerungsvertrages auswirken. Die Inkonsistenz der Rspr. wird auch dadurch deutlich, dass die Verlängerung der Frist zur Ausübung eines An- oder Wiederkaufsrechts auch nach der Rspr. beurkundet werden muss²⁷⁷ – dabei besteht bis zum Entfallen des Rücktrittsrechts oder bis zur Ausübung des An- oder Wiederkaufsrechts ein vergleichbarer Schwebezustand. Auch die Änderung des **Angebots** vor der Annahme ist nach den allgemeinen Grundsätzen beurkundungsbedürftig.²⁷⁸

Nach verbreiteter Meinung, insbesondere stRspr des BGH,²⁷⁹ ist **zeitliche Schranke**, bis zu der Änderungen und Ergänzungen der Beurkundung bedürfen, die **Auflassung**. Die Gründe, die

²⁷² An Beispielfällen aus der Rspr. vgl.: a) Als beurkundungsbedürftig angesehen: Erlass oder Herabsetzung des Kaufpreises, BGH LM § 313 Nr. 5 und 14; NJW 1982, 434; RG DR 1940, 1291; OGHZ 1, 291; Erhöhung des Kaufpreises – auch unter Umständen, wenn lediglich zum Ausgleich für Geldentwertung, RG HRR 1928, 1469; Vereinbarung über Anrechnung oder Aufrechnung von Leistungen, RG Recht 1911; Ersetzung der Barzahlung durch Ablösung von Verbindlichkeiten oder durch sonstige Leistungen an Erfüllung Statt, BGH DB 1955, 432; BGHZ 56, 162 = NJW 1971, 1459; Umwandlung von Gesamtschuld in Teilschuld, BGH 30.4.1982 – V ZR 225/80, nv; Vorverlegung oder Hinausschieben der Leistungszeit, BGH NJW 1974, 271; Inhaltsänderung der Verpflichtung zur Einräumung von Sondereigentum: Änderung der Regelung über die Pflicht zur Tragung von Kosten und Lasten, BGH NJW 1984, 612; Vereinbarung über die Übertragbarkeit eines Vorkaufrechts, RGZ 148, 105; Verlängerung der Frist zur Erklärung der Auflassung, RGZ 76, 34; nachträgliche Erteilung einer Vollmacht an den Bauträger, die zu einer rechtlich erheblichen Abänderung führt, OLG Hamm DNotZ 1994, 775 = NJW-RR 1994, 1296. b) Nicht formbedürftig: Anpassung von Leistungsmodalitäten an neue Verhältnisse bei Abwicklungsschwierigkeiten, zB Stundungsvereinbarungen, RGZ LZ 1924, 232; Verlängerung der Frist für ein Wiederkaufsrecht, BGH NJW 1973, 37, aber zu § 313 af; Vereinbarungen über aufgetretene Rechts- oder Sachmängel, BGH WM 1972, 557; Verlängerung einer Rücktrittsfrist, BGHZ 66, 270 = NJW 1976, 1842.

²⁷³ Wie hier auch BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 234 ff.; Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 284; Erman/Grziwotz Rn. 58; Roemer RNotZ 2019, 192 (193 f.); wie hier wohl auch BeckOK BGB/Gehrlein, 73. Ed. 1.2.2025, Rn. 27.

²⁷⁴ BGH LM § 313 Nr. 5; RGZ 109, 26.

²⁷⁵ Ebenso BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 238 f.

²⁷⁶ BGHZ 66, 270 = NJW 1976, 1842; referiert, im konkreten Fall aber abgelehnt, in BGH NJW 1988, 3263 = DNotZ 1989, 228; OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 724.

²⁷⁷ BGH NJW 1996, 452; für die Formfreiheit dagegen BGH NJW 1973, 37: „die Leistungspflicht des Grundstückseigentümers mildernde Änderung“, mit dieser Formulierung aber offensichtlich auf Grund § 313 af.

²⁷⁸ BGH DB 1982, 897.

²⁷⁹ BGH LM § 313 Nr. 49; WM 1972, 556 (557); NJW 1973, 37; DB 1975, 1983; NJW 1985, 266 = DNotZ 1985, 284 m. abl. Anm. Kanzleiter; NJW 2018, 3523 mAnm Böttcher DNotZ 2020, 740; RG HRR 1933,

der BGH²⁸⁰ anführt, überzeugen sämtlich nicht.²⁸¹ Die auf das schuldrechtliche Geschäft bezogenen Schutzzwecke des § 311b Abs. 1 sind bei Änderungen berührt, egal ob die Auflassung erklärt ist oder nicht. Die hM hat zur Folge, dass der Veräußerer durch die Erklärung der Auflassung dem Erwerber den Schutz des § 311b Abs. 1 entziehen und anschließend durch formlose Vereinbarung mit ihm seine Rechtsstellung beliebig verschlechtern, etwa die Verpflichtung zur Gegenleistung ausdehnen oder – beispielsweise in einem Bauträgervertrag – den Umfang der zu erbringenden Leistungen einschränken kann. Die Beurkundungspflicht für Änderungen führt auch nicht zu Rechtsunsicherheit, weil die ursprünglichen Vereinbarungen durch unwirksame Änderungen unwirksam würden (so aber der BGH),²⁸² denn es gibt einen wirksamen Vertrag, der auch wirksam bleibt, wenn er nicht wirksam geändert wird.²⁸³ Schließlich beruht die Rspr. auf der zu engen Prämisse (→ Rn. 82), eine Heilung nach § 311b Abs. 1 S. 2 trete nur ein, wenn die Auflassung „zur“ Erfüllung des schuldrechtlichen Geschäfts erklärt sei. Dabei verwendet der BGH²⁸⁴ (ohne Begründung oder Mehrwert) auch noch einen eigenen Erfüllungsbegriff, der von dem des § 362 Abs. 1 und dem (gleichlaufenden)²⁸⁵ bereicherungsrechtlichen Verständnis der Erfüllung abweicht. Da die Heilung Bereicherungsansprüche ausschließen soll (→ Rn. 81), wäre eigentlich Gleichlauf der Begrifflichkeiten geboten. Die hM findet im Gesetz ganz allgemein keine Stütze: das Gesetz schreibt nicht nur die Beurkundung der Veräußerungs- oder Erwerbsverpflichtung, sondern die Beurkundung des Vertrages vor, aus dem sich die Veräußerungs- oder Erwerbsverpflichtung ergibt. Aus § 16a Abs. 2 S. 3 GWG ergibt sich nichts anderes, weil die Norm über die Form der Änderungen (die auch bei einem anderen Notar vereinbart sein können) nichts sagt.²⁸⁶ Die zeitliche Grenze der Beurkundungsbedürftigkeit ist richtigerweise **§ 311b Abs. 1 S. 2** zu entnehmen: wenn Auflassung und Eintragung zuvor getroffene formunwirksame Vereinbarungen heilen, lassen sie auch danach getroffene formlose Vereinbarungen zu. Das gilt aber – nach allen Auffassungen – nur für Änderungen im Rahmen der Veräußerungs- und Erwerbspflicht des ursprünglichen Veräußerungsvertrages, nicht für die Eingehung einer neuen Veräußerungs- oder Erwerbspflicht, etwa durch die nachträgliche Vereinbarung einer Rückkaufverpflichtung.²⁸⁷

- 68 f) Vertragsaufhebung.** Die Aufhebung (und die Verpflichtung zur Aufhebung des Vertrages) sind nach allgM jedenfalls **formfrei** möglich, wenn für den Erwerber noch kein „Anwartschaftsrecht“ entstanden ist; die Aufhebung begründet dann keine Pflicht zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks.²⁸⁸ Ebenfalls nach allgM ist die Aufhebung und Rückabwicklung regelmäßig **nicht mehr formfrei** möglich, wenn das Eigentum bereits auf den Erwerber übergegangen ist; dann begründet die Aufhebung gerade eine (Rück-)Veräußerungs- und Erwerbspflicht.²⁸⁹ Ist ein „Anwartschaftsrecht“ entstanden, bedarf die Verpflichtung zur Aufhebung des „Anwartschaftsrechts“ und damit auch die Aufhebung zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts wegen der vollrechtsähnlichen Wirkung des „Anwartschaftsrechts“ ebenfalls der notariellen **Beurkundung**.²⁹⁰ Anders ist das allenfalls, wenn allein der Veräußerungsvertrag²⁹¹ oder die Auflassung²⁹² ohne weitere schuldrechtliche Abreden aufgehoben wird, sodass sich die Rückabwicklung nach dem Bereicherungsrecht richtet.²⁹³ Zu diesem Weg wird man jedoch im Regelfall nicht raten, denn er widerspricht

1410; BayObLG BB 1987, 711; OLG Bamberg BeckRS 1998, 31141999; Haegele DNotZ 1958, 19; NK-BGB/Ring Rn. 48; Grüneberg/Grüneberg Rn. 44; wie hier BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 241 ff.; BeckOK BGB/Gehrlein, 73. Ed. 1.2.2025, Rn. 27; Erman/Grziwotz Rn. 59; Kanzleiter DNotZ 1985, 285; Kanzleiter DNotZ 1998, 954; Raff DNotZ 2019, 189; Roemer RNotZ 2019, 192.

²⁸⁰ BGH NJW 2018, 3523 Rn. 17.

²⁸¹ Ausführliche Kritik: Ruhwinkel MittBayNot 2019, 249.

²⁸² BGH NJW 2018, 3523 Rn. 17.

²⁸³ Für die Wirksamkeit des ursprünglichen Vertrags beispielsweise auch OLG München BeckRS 2018, 43199; RGZ 65, 390 (392); Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 294; Erman/Grziwotz Rn. 69; Grüneberg/Grüneberg § 311b Rn. 41; BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 247; Roemer RNotZ 2019, 192 (199).

²⁸⁴ BGH NJW 2018, 3523 Rn. 15.

²⁸⁵ ZB Grüneberg/Sprau § 812 Rn. 14; → 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 54 f.

²⁸⁶ AA Staudinger/Maier, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 292.

²⁸⁷ BGHZ 104, 276 = NJW 1988, 2237.

²⁸⁸ ZB BGH NJW 1982, 1639; NJW-RR 2005, 241; BayObLG DNotZ 1989, 363 f.; aus der Lit. statt aller Grüneberg/Grüneberg Rn. 39.

²⁸⁹ BGH DNotZ 1982, 619; NJW 1994, 3346.

²⁹⁰ BGH DNotZ 1982, 619; NJW 1994, 3346; aA Reinicke/Tiedtke NJW 1982, 2286; Pohlmann DNotZ 1993, 355; krit. zur Notwendigkeit einer Verpflichtung zur Aufhebung Krüger FS Brambring, 2011, 235 (244 f.).

²⁹¹ BGH NJW 1994, 3346.

²⁹² Auch in diesem Stadium kann die Auflassung formfrei aufgehoben werden BGH NJW 1993, 3323 (3326).

²⁹³ Zu dieser Möglichkeit Krüger FS Brambring, 2011, 235 (242 ff.).

den Interessen der Parteien an einer sicheren und sachgerechten Rückabwicklung.²⁹⁴ Wird zunächst der Veräußerungsvertrag formlos aufgehoben, dann das „Anwartschaftsrecht“, heilt das Erlöschen des „Anwartschaftsrechts“²⁹⁵ den Formmangel beim Aufhebungsvertrag nicht entsprechend § 311b Abs. 1 S. 2, weil weder die Voraussetzungen der Heilung (Auflassung und Eigentumsumschreibung) vorliegen noch die negativen Folgen des weiterbestehenden Veräußerungsvertrags besonderes Gewicht haben.²⁹⁶ Es bleibt dann vielmehr bei der Formbedürftigkeit der Aufhebungsvereinbarung.²⁹⁷ Anders ist das allenfalls, wenn der Anwartschaftsinhaber einseitig, ohne vorherige Abrede mit dem Veräußerer das „Anwartschaftsrecht“ beseitigt, was aber in der Praxis nicht vorkommen dürfte.²⁹⁸ Nicht formbedürftig sind der Erlass eines Auflassungsanspruchs, der Verzicht auf einen Auflassungsanspruch²⁹⁹ und die Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte, die den Vertrag beseitigen (Rücktritt, Rückabwicklung im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung).³⁰⁰ Ist der Vertrag durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes beseitigt, kann er nur durch formbedürftige Neubegründung wiederhergestellt werden.³⁰¹

5. Erfüllung des Formerfordernisses. a) Notarielle Beurkundung. Vorgeschrieben ist die **69** notarielle Beurkundung. Sie wird ersetzt durch gerichtlichen Vergleich gem. § 127a, ausgenommen den Vergleich im schriftlichen Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO, der die Zwecke der notariellen Beurkundung nicht erreicht (aA hM).³⁰² Notarielle Beurkundung ersetzt auch ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut gem. § 1053 Abs. 3 ZPO. Das notarielle **Beurkundungsverfahren** richtet sich nach den Vorschriften des BeurkG (insbesondere den über die Beurkundung von Willenserklärungen, §§ 6 ff. BeurkG). Wird auf eine andere notarielle Niederschrift entsprechend § 13a BeurkG verwiesen („echte Verweisung“), so wird deren Inhalt uneingeschränkt Bestandteil der verweisenden Urkunde. Zu unterscheiden von der Erfüllung des materiellen Formerfordernisses sind die weitergehenden beurkundungsrechtlichen Anforderungen an den **Notar** (Pflicht zur sachgerechten Gestaltung von Verfahren und Urkundeninhalt und zur klaren, unzweideutigen Wiedergabe der Erklärungen in der Urkunde, jeweils aus § 17 BeurkG), deren Verletzung aber die Wirksamkeit der Urkunde unberührt lassen.

b) Verweisung auf Rechtsnormen. Grundlage jedes Rechtsgeschäfts sind die vom Gesetzgeber erlassenen abstrakten Rechtsnormen. Auf sie kann deshalb verwiesen werden, auch soweit dadurch der Inhalt des Grundstücksveräußerungsgeschäfts bestimmt wird. Das Gleiche gilt für Rechtsvorschriften und Standardbedingungen anderer Art, die in ähnlicher Weise zustande gekommen und veröffentlicht sind wie Rechtsnormen: etwa die Vorschriften der VOB/B,³⁰³ die sog. Düsseldorfer Tabelle, KfV-Standards oder DIN-Normen. Nicht möglich ist eine (formlose) Verweisung auf AGB (soweit sie nicht – wie teilweise bei öffentlichen Versorgungsunternehmen – Rechtsnormcharakter haben oder in ähnlicher Weise wie Rechtsnormen zustande gekommen und veröffentlicht sind). Auch auf Verfahrensordnungen von institutionellen Schiedsgerichten kann nicht formlos verwiesen werden (Ausnahme Bestimmungsrecht nach §§ 317 ff. im Rahmen in einer dynamischen Verweisung; → Rn. 62).

c) Verweisung auf sonstige Rechtsverhältnisse und tatsächliche Umstände. Wird auf **71** sonstige, bereits **bestehende Rechtsverhältnisse** Bezug genommen, müssen diese nicht (ggf. durch Verweisung nach § 13a BeurkG) zum Gegenstand der notariellen Urkunde gemacht werden, wenn

²⁹⁴ Vgl. BGH NJW 1994, 3346; so auch BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 256.1, 261 f. und iErg Krüger FS Brambring, 2011, 235 (246).

²⁹⁵ Vgl. Blum MittRhNotK 1987, 217; Lehmann DNotZ 1987, 142 (150); Müller MittRhNotK 1988, 243 (251); Reinicke/Tiedtke NJW 1982, 2281 (2288); Ringhof MittBayNot 1983, 57; Pohlmann DNotZ 1993, 355.

²⁹⁶ Brambring DNotZ 1991, 150; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 1105; aA OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 370; OLG Hamm DNotZ 1991, 149; Grüneberg/Grüneberg Rn. 40; Ernst ZIP 1994, 605 (609 f.); Lehmann DNotZ 1987, 142 (150); Pohlmann DNotZ 1993, 355 (361 ff.).

²⁹⁷ Wie hier auch BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 369; Brambring DNotZ 1991, 150; Erman/Grziwotz Rn. 56; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 1105.

²⁹⁸ BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 257; Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 302, der zudem noch berufsrechtliche Bedenken gegen dieses Vorgehen vorträgt.

²⁹⁹ Vgl. RGZ 127, 296; Verzicht auf Auflassungsanspruch generell nicht formbedürftig.
³⁰⁰ RGZ 137, 296.

³⁰¹ BGHZ 20, 344 = NJW 1956, 1233.

³⁰² AA BGH NJW 2017, 1946; BAG NJW 2007, 1831; Grüneberg/Ellenberger § 127a Rn. 2; Staudinger/Hertel, 2017, § 127a Rn. 48; wie hier zB Musielak/Voit/Foerster ZPO § 278 Rn. 18a; Zöller/Greger ZPO § 278 Rn. 35; → § 127a Rn. 4, jeweils mwN.

³⁰³ Ausf. Schmidt DNotZ 1983, 462 (473 ff.) mwN; s. auch Lichtenberger NJW 1984, 159; aA Bartsch BB 1982, 1701.

der **Inhalt** der entsprechenden Rechtsverhältnisse nicht zum Inhalt der Erklärungen des Grundstücksgeschäfts (→ Rn. 54) gemacht werden soll („unechte Verweisung“ oder „**Bezugnahme**“).³⁰⁴ Beispielsweise genügt bei Übernahme eines Dienstvertrags bezüglich der Immobilie die Bezugnahme, wenn die Vertragsübernahme selbst zum Inhalt des Vertrags gemacht ist. Soll dagegen der Erwerber einer Immobilie einem Dritten eine Vollmacht erteilen, deren Inhalt in einer anderen Urkunde vorgegeben ist (Beispiel: Erteilung einer im ursprünglichen Bauträgervertrag vorgesehenen Vollmacht durch den Zweitkäufer beim Weiterverkauf) müssen Vollmachtserteilung und Inhalt der 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,³⁰⁵ das im Grundbuch einzutragende Recht oder das Wohnungseigentum, wenn die Teilungserklärung noch nicht im Grundbuch vollzogen ist.³⁰⁶

- 72 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 Grundstücks³⁰⁷ oder einer Grundstücksteilfläche³⁰⁸ auf Merkmale in der Natur (Zäune, Hecken, Grenzsteine, Bäume),³⁰⁹ aber auch auf besonders angebrachte Zeichen (etwa Pflöcke),³¹⁰ bei der Bestimmung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit auf den Verlauf der Leitung an Ort und Stelle,³¹¹ 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.³¹² 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.

- 73 **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.³¹³ 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.³¹⁴ Dies kann jedoch im Einzelfall letztlich nach Belieben bejaht oder verneint werden, weshalb dieses Erfordernis überflüssig ist (→ § 133 Rn. 36).³¹⁵ Dies wird durch § 650k Abs. 2 und § 650k Abs. 3 S. 2 bestätigt, in deren Geltungsbereich die Andeutungstheorie schon kraft gesetzlicher Anordnung nicht gilt. 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

³⁰⁴ Winkler BeurkG § 9 Rn. 72; Winkler BeurkG § 13a Rn. 20.

³⁰⁵ BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 272.5.

³⁰⁶ Vgl. BGH NJW 1979, 1495; 1979, 1498.

³⁰⁷ Hinreichende (aber auch durch Auslegung ermittelbare) Bezeichnung ist erforderlich, Grundbuch- oder Katasterbezeichnung ist ausreichend, aber nicht notwendig, BGH NJW 1969, 132.

³⁰⁸ Vgl. (enger) Haegele Rpfleger 1973, 272.

³⁰⁹ BGH NJW 1969, 502.

³¹⁰ 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.

³¹¹ BGH NJW 1982, 1039 = WM 1982, 131.

³¹² Vgl. BGH NJW 1979, 1496.

³¹³ Allg. zur Zulässigkeit der Auslegung zu beurkundender Erklärungen BGH DNotZ 1971, 721.

³¹⁴ BGH NJW 1969, 131; 1979, 1350; 1996, 2792; NJW-RR 2010, 821; NJW-RR 2017, 712 (714); BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 280 ff., Grüneberg/Ellenberger § 133 Rn. 19.

³¹⁵ Wie hier Staudinger/Singer, 2021, § 133 Rn. 32; Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 313; vgl. BGH ZfR 2014, 295 m. insofern krit. Anm. Salz (Auslegung von dinglichem Vorkaufsrecht auch als schuldrechtliches Vorkaufsrecht), wo das Erfordernis einer Andeutung im beurkundeten Vertrag nicht einmal angesprochen wird.

auch sonst – nicht eingeschränkt.³¹⁶ Dies gilt auch für die Bezeichnung des Vertragsobjekts,³¹⁷ die (jedenfalls früher) abweichende Rspr. zu der zu ungenauen Bezeichnung einer Teilfläche³¹⁸ 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. 31). 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 Vorverträgen³¹⁹ und bei der Einräumung von Optionen aller Art (vor allem von Ankaufsrechten).³²⁰ 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.³²¹ Die Verpflichtung des Notars zur „vollständigen“ Beurkundung der Erklärungen der Beteiligten steht der Möglichkeit zur Auslegung nicht entgegen: Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Soll-Vorschrift des § 17 BeurkG, deren Verletzung die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt.

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,³²² und zwar auch ohne irgendwelche Andeutungen im Vertragstext.³²³ Das gilt auch und erst recht dann, wenn die falsa demonstratio zugleich eine ungenaue Bezeichnung des Vertragsgegenstandes bedeutet,³²⁴ 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 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.³²⁵

³¹⁶ 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.

³¹⁷ 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.

³¹⁸ 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.

³¹⁹ BGH NJW 2006, 2843.

³²⁰ Gegen OLG Düsseldorf DNotZ 1996, 39 deshalb richtig Bastly DNotZ 1996, 630 (634).

³²¹ 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.

³²² HM; BGHZ 87, 150 = DNotZ 1983, 618; BGH NJW-RR 1988, 97; MittBayNot 2017, 234 = NJW-RR 2017, 712; DNotZ 2024, 46; Bergermann RNotZ 2002, 557 (558 ff.); BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 284; Grüneberg/Grüneberg Rn. 37; Erman/Grziwotz Rn. 65; Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 335 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.

³²³ BGH MittBayNot 2017, 234 = NJW-RR 2017, 712; DNotZ 2024, 46; OLG Düsseldorf RNotZ 2017, 189; OLG Oldenburg BeckRS 2019, 35289.

³²⁴ So wohl auch BGH NJW 2002, 1038; 2008, 1658; aA BGHZ 74, 116 = NJW 1979, 1350; Köbl DNotZ 1983, 598 (601 f.).

³²⁵ BGH DNotZ 2024, 46 (51); Krüger ZNotP 2009, 2 mwN.

- 75 6. Folgen des Formverstoßes. a) Nichtigkeitsfolge.** Ist eine beurkundungsbedürftige Vereinbarung nicht beurkundet, so ist sie gem. § 125 nichtig. Auf den Einwand der Formnichtigkeit können die Vertragsteile nicht verzichten.³²⁶ Ist die beurkundete Erklärung bewusst nur zum Schein abgegeben, so ist sie nach § 117, das wirklich Gewollte mangels Beurkundung nichtig³²⁷ (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 (→ 9. Aufl. 2023, § 883 Rn. 6 mwN).
- 76 b) Rückabwicklung.** Die Leistungen, die bereits erbracht wurden, können nach §§ 812 ff. 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 unverstänglich sein) entgegengehalten werden kann (→ 9. Aufl. 2024, § 814 Rn. 18).³²⁸ 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; → 9. Aufl. 2024, § 814 Rn. 4).³²⁹ 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:³³⁰ 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 (→ 9. Aufl. 2024, § 815 Rn. 8).³³¹
- 77 c) Entkräften der Vermutung, dass die Urkunde richtig und vollständig ist.** Grundsätzlich wird die Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde vermutet (→ § 125 Rn. 40 f.; allgM). Den an hohe Anforderungen geknüpften (→ § 125 Rn. 40)³³² 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.³³³ 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.³³⁴ 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.³³⁵
- 78 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.³³⁶ Der nicht beurkundete Nebenpunkt selbst

³²⁶ BGH NJW 1969, 1167.

³²⁷ AllgM; BGHZ 54, 62 = NJW 1970, 1541; RGZ 78, 115 (119); 94, 147.

³²⁸ BGH WM 1972, 283; 1973, 294.

³²⁹ BGH LM § 313 Nr. 48 = JZ 1971, 556; NJW 1976, 237.

³³⁰ 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.

³³¹ Ausf. Kanzleiter DNotZ 1986, 258 (261 ff.); Singer WM 1983, 254; BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 301; Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 348.

³³² Vgl. zB BGH NJW-RR 1998, 1470.

³³³ BGH NJW 1989, 898.

³³⁴ Vgl. Kanzleiter DNotZ 1986, 267 zu BGH NJW 1986, 248; 1984, 974; 1983, 563; zu einem Fall, in dem der Beweis zumindest möglich scheint: BGH NJW 2024, 3066 mAnm Keim.

³³⁵ Vgl. Kanzleiter DNotZ 2000, 933 (936).

³³⁶ 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.³³⁷ Die Beweislast trägt im Rahmen des § 139 derjenige, der die Wirksamkeit des Vertrages behauptet.³³⁸ Das gilt auch für die im sonst unwirksamen Kaufvertrag (zB einem „Schwarzkauf“) enthaltene **Auflassungsvollmacht**;³³⁹ 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.³⁴⁰ 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 **Auflassung** selbst, die zB im (bewusst oder unbewusst) unvollständig beurkundeten und deshalb unwirksamen Vertrag enthalten ist.³⁴¹ 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).³⁴² 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.³⁴³ Keinen Regelungsgehalt hat dagegen die bloße Feststellung, dass der Kaufpreis gezahlt ist, sodass eine **falsche Vorausquittung** weder zur Nichtigkeit als Scheingeschäft noch zur Nichtigkeit wegen Formverstößes führt;³⁴⁴ 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.³⁴⁵ Gleiches gilt bei der nicht beurkundeten, aber bewiesenen **Vorauszahlungsvereinbarung**.³⁴⁶

e) Wirksamkeit nach § 242? Nach in der Lit. umstrittener (zum Streitstand → § 125 Rn. 60 ff. mwN) ständiger höchstrichterlicher Rspr.³⁴⁷ soll ein Grundstücksgeschäft trotz fehlender Beurkundung ausnahmsweise in ganz besonders gelagerten Fällen gem. § 242 wirksam sein, wenn nach den gesamten Umständen die Nichtigkeitsfolge mit Treu und Glauben unvereinbar wäre.³⁴⁸ 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).³⁴⁹ Diese Ausnahme ist jedoch abzulehnen, denn ihre Voraussetzungen sind zu wenig konkret, um sicher handhabbar zu sein,³⁵⁰ und über Schadensersatzansprüche auf

³³⁷ Selbstverständlich, s. nur BGH DNotZ 2000, 931.

³³⁸ 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.

³³⁹ BGH NJW 1985, 730; DNotZ 1990, 359 mAnm Heckschen; wie hier Erman/Grziwotz Rn. 68.

³⁴⁰ Vgl. BGH DNotZ 2021, 50 mwN aus seiner Rspr. zu dieser Differenzierung; RGZ 78, 44; gegen die Unterscheidung BERTHOLD BWNNotZ 2019, 4 (8f.).

³⁴¹ BGH NJW 1976, 237.

³⁴² StRspr, BGH NJW 1966, 1747; 1975, 205; 1999, 351; wie hier auch BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 297 ff.; aA Staudinger/Meier, 2023, § 311b Abs. 1 Rn. 329; iErg besteht aber letztlich kein Unterschied zu den Fällen, in denen man § 139 anwendet.

³⁴³ BGH DNotZ 1999, 354.

³⁴⁴ BGH DNotZ 2012, 48 m. zust. Anm. Böttcher = NJW 2011, 2785; entgegen BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 178.2 kann man einer solchen Angabe auch nicht entnehmen, die Parteien hätten eine Erfüllungswirkung positiv regeln wollen.

³⁴⁵ Vgl. Keim NJW 2012, 119 (120f.).

³⁴⁶ BGH NJW 2024, 3066 mAnm Keim.

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ 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.

³⁴⁹ BGH NJW 1998, 2350.

³⁵⁰ Wie hier Tersteegen ZNotP 2021, 251 (255f.); aA zB Armbrüster NJW 2007, 3317; Hagen DNotZ 2010, 644.

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 subsumierten Fällen) gehandelt hat.³⁵¹ 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,³⁵² aber die öffentliche Körperschaft zum Abschluss eines formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrages verpflichtet.³⁵³

80 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.³⁵⁴ 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 hingehalten³⁵⁵ 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.³⁵⁶ Das erfordert in der Regel Vorsatz.³⁵⁷ Fahrlässigkeit mag in Einzelfällen genügen,³⁵⁸ 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. 46 ff., zur Verhinderung der Wirksamkeit des Vertrags → § 311 Rn. 238 ff.

81 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.³⁵⁹ Deshalb wird mit Auflassung und Eigentumsumschreibung der Formmangel geheilt (auch wenn die Gegenleistung des anderen Vertragsteils noch nicht erbracht ist).³⁶⁰

82 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.³⁶¹ Dazu kommt, vor allem zur

³⁵¹ Gegen die hM ebenso BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 308 ff.

³⁵² Vgl. BGH DNotZ 1972, 526.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ BGH NJW 1975, 43; MDR 1979, 469; DNotZ 1983, 621; NJW 1992, 1037; DNotZ 1997, 624; DStR 2001, 802.

³⁵⁵ BGH MDR 1979, 469; DStR 2001, 802.

³⁵⁶ BGH DNotZ 1997, 624; DStR 2001, 802.

³⁵⁷ BGH DNotZ 1997, 624.

³⁵⁸ Vgl. auch BeckOGK/Schreindorfer, 1.2.2025, Rn. 304.

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ 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 ausf. Krüger FS 25 Jahre DNotI, 2018, 183, 185 ff.; vgl. auch Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, S. 38 ff., 64 ff., 94.

³⁶¹ S. die instruktive Zusammenfassung bei Specks RNotZ 2002, 193.