

§§ 125, 139, 159, 311 b, 362, 873, 925 BGB

Grundstückskaufverträge sind bereits ab Beurkundung der Auflassung formlos änderbar

BGH, Urt. v. 14.09.2018 – V ZR 213/17, BeckRS 2018, 22973

Fall

B kaufte mit notariell beurkundetem Vertrag von K, einer Bauträgerin, drei noch zu sanierende Eigentumswohnungen zu einem Preis von 300.000 €. In dem Vertrag erklärten die Parteien zudem die Auflassung sowie, die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch zu beantragen. Zugleich enthielt der Vertrag allerdings die Anweisung an den beurkundenden Notar, eine die Auflassungserklärungen enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde zwecks Vorlage beim Grundbuchamt erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des von B geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist.

Im Verlauf der Sanierungsarbeiten zeigte sich, dass der Sanierungsaufwand der K geringer als erwartet ausfiel. B verlangte von K daraufhin per Brief eine angemessene Herabsetzung des Kaufpreises um 30.000 €. Der Geschäftsführer der K willigte per Brief ein. B zahlte daraufhin an K 270.000 €.

Gleichwohl verlangt K nunmehr von B die Zahlung (weiterer) 30.000 €. Der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis sei nach wie vor maßgeblich. Die später getroffene Herabsetzungsabrede sei formnichtig.

Kann K von B eine (weitere) Zahlung verlangen.

Lösung

Ein Zahlungsanspruch der K gegen B kann sich nur aus **§ 433 Abs. 2 Var. 1 BGB** ergeben.

I. Den hierfür erforderlichen **Kaufvertrag** über die Eigentumswohnungen der K haben K und B geschlossen. Die von § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB geforderte notarielle Beurkundung des Vertrags – nach Maßgabe des § 128 BGB und des BeurkG – ist erfolgt, sodass der Kaufvertrag nicht gemäß § 125 S. 1 BGB formnichtig, sondern vielmehr **formwirksam** ist. Aus diesem wirksamen Kaufvertrag stand K zunächst ein Zahlungsanspruch gegen B i.H.v. 300.000 € zu.

II. Der Anspruch ist allerdings gemäß § 362 Abs. 1 BGB aufgrund der Zahlung der **270.000 €** von B an K in eben dieser Höhe **durch Erfüllung erloschen**.

III. Die ausstehenden 30.000 € kann K von B dann nicht mehr verlangen, wenn K und B **durch wirksame Vertragsänderung** den von B zu zahlenden Kaufpreis von insgesamt zunächst 300.000 € auf 270.000 € reduziert haben. In diesem Fall hätte nämlich B bereits den vollständigen Kaufpreis gezahlt, sodass der Anspruch dann gemäß § 362 Abs. 1 BGB vollständig erloschen wäre.

Die Parteien eines **Verpflichtungsvertrags** können diesen prinzipiell nach Belieben nachträglich ändern. Die sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ergebende **Vertragsfreiheit** gilt nämlich – wie in § 311 Abs. 1 Var. 2 BGB klargestellt – **auch für Vertragsänderungen**.

Selbstverständlich gelten aber auch für einen Änderungsvertrag die **allgemeinen Regeln und Nichtigkeitsgründe**. Daher ist der per privatschriftlichem Briefwechsel abgeschlossene, nicht notariell beurkundete Änderungsvertrag

Leitsatz

Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind auch vor der Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch formlos möglich, sobald die Auflassung nach Maßgabe des § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist (Bestätigung von BGH BB 1985, 85).

Die **§§ 311 b Abs. 1, 873, 925 BGB** finden unstreitig auch auf die **Veräußerung von Wohnungseigentum** i.S.d. § 1 Abs. 2 WEG **direkte Anwendung**, obwohl das WEG (Schönfelder Ordnungsziffer 37) auf diese Normen nicht verweist. Insbesondere findet sich ein solcher Verweis nicht in § 4 Abs. 3 WEG, da dieser nur Verpflichtungsverträge bezüglich der isolierten Übertragung des Sondereigentums (ohne Miteigentum am Gemeinschaftseigentum) erfasst. Eine isolierte Veräußerung des Sondereigentums ist übrigens gemäß § 6 Abs. 1 WEG unzulässig, gleichwohl erfasst § 4 Abs. 3 WEG aber z.B. den Tausch von Sondereigentum innerhalb der Eigentümergemeinschaft (Bärmann/Armbrüster, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl. 2018, § 1 Rn. 74 u. § 4 Rn. 30).

Ein **chronologischer Aufbau** (II. Vertragsänderung auf 270.000 €, III. Erfüllung durch Zahlung der 270.000 €) ist ebenso möglich. Die hier gewählte **Verortung des Kernproblems** **möglichst weit unten** hat die Vorteile, dass das Gutachten weniger kopflastig ist und dass zudem die Gefahr gebannt wird, die Erwähnung der unproblematischen (Teil-)Erfüllung am Ende zu vergessen.

Ausführlich zu **§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB** AS-Skript BGB AT 2 (2019), Rn. 154 ff., insb. Rn. 165 ff. für die vorliegende Kernproblematik einer **Vertragsänderung**.

In Rn. 6 des Urteils stellt der BGH am Rande klar, dass – natürlich – solche **Änderungsverträge formbedürftig** sind, die **Erwerbs- oder Veräußerungspflichten** modifizieren und/oder neu begründen. Vorliegend haben K und B indes die Zahlungspflicht modifiziert.

Alle Gesetze, die im weiteren Verlauf der Argumentation dienen, finden sich im Schönfelder (Ergänzungsband). Sie können also **im Examen die Argumente aus dem Gesetz herleiten** und müssen sie nicht auswendig lernen.

Der BGH meint natürlich das schuldrechtliche, **auf die Übereignung gerichtete Verpflichtungsgeschäft**. Die Einigung im Rahmen der verfügenden Übereignung (sog. Auflassung) muss unstreitig nicht die Form des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, sondern des § 925 Abs. 1 BGB wahren.

Eine **formfreie Schwierigkeitsbeseitigung** ist z.B. die Verlängerung einer vertraglich eingeräumten Rücktrittsfrist.

gemäß § 125 S. 1 BGB **formnichtig**, soweit es gemäß § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB seiner **notariellen Beurkundung** bedurfte.

1. § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB ordnet die Beurkundungspflicht für solche **Verträge** an, durch die sich (mindestens) eine Vertragspartei **zum Erwerb oder zur Übertragung von Grundeigentum verpflichtet**.

Streng nach dem **Wortlaut** könnte **nur ein Vertragspassus** zu beurkunden gewesen sein, der die Verkäuferin K zur Übereignung (vgl. § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) und spiegelbildlich Käufer B zum Erwerb durch Entgegennahme der Auflassungserklärung der K (vgl. § 433 Abs. 2 Var. 2 BGB und Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl. 2019, § 433 Rn. 43) verpflichtete. Einen solchen Vertragspassus enthielt aber nur der Kaufvertrag, während der Änderungsvertrag nur die **Zahlungspflicht** des B (vgl. § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB) aus dem Kaufvertrag **modifizierte**. Allerdings ordnet der **Wortlaut** die Beurkundungspflicht nicht nur des konkreten Passus', sondern des „**Vertrag[s]**“ an. Daher war – was unstreitig ist – der **gesamte Kaufvertrag** zwischen K und B zu beurkunden.

Zweifelhaft und zugleich fallentscheidend ist aber, ob auch ein **Änderungsvertrag, der einen nach § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungspflichtigen Verpflichtungsvertrag in anderen Punkten als den Erwerbs- und Veräußerungspflichten modifiziert**, seinerseits beurkundungspflichtig ist. Rein nach dem Wortlaut ließe sich das nur bejahen, wenn man als „Vertrag“ i.S.d. § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB die Gesamtheit aus ursprünglichem Verpflichtungsvertrag und Änderungsvertrag ansieht. Für diese Annahme sprechen aber deutlich die von § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB verfolgten **Zwecke**.

„[12] Die Beurkundungspflicht soll den Beweis über die Art und den Inhalt der Vereinbarungen sichern, den Veräußerer und den Erwerber vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinweisen und ihnen durch die Mitwirkung des sachkundigen und unparteiischen Notars die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen (**Beweisfunktion; Warn- und Schutzfunktion; ...**). Mit der Durchführung eines strengen Regeln unterworfenen Beurkundungsverfahrens, insbesondere durch die dem Notar in §§ 17 ff. BeurkG [Schönfelder Ordnungsziffer 23] auferlegten Prüfungs- und Belehrungspflichten, soll sichergestellt werden, dass der Inhalt der Urkunde dem Willen der mit der rechtlichen Tragweite vertraut gemachten Beteiligten entspricht (**Gewährsfunktion; ...**).“

Daher unterliegen § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB

„[5] **alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zu dem schuldrechtlichen Übereignungsgeschäft gehören** (stRspr ...). § 311 b I BGB findet deshalb **grundsätzlich** auf Vereinbarungen **Anwendung**, durch die ein schon beurkundeter Grundstückskaufvertrag nachträglich geändert wird.

Diese sind [nur] dann **formfrei**, wenn sie lediglich der **Beseitigung** einer bei der Abwicklung des Geschäfts **unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit** dienen, **ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern ...**“

Die Änderungsvereinbarung zwischen K und B sollte jedoch die **Zahlungspflicht** des B aus § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB **wesentlich verändern**.

„[5] ... Daher ist eine nachträgliche Herabsetzung des beurkundeten Kaufpreises, wie sie hier vereinbart wurde, **an sich formbedürftig**.“

2. Allerdings hat der Gesetzgeber in § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB festgeschrieben, dass ab Auflassung und Eintragung im Grundbuch, also **mit vollständigem Vollzug der Übereignung**, Formmängel geheilt werden. Das **Formbedürfnis** des Verpflichtungs- und auch des Änderungsvertrags **entfällt**, denn jedenfalls ab diesem Zeitpunkt ist es für Belehrungen und Warnungen vor der Übereignung ohnehin zu spät.

Möglicherweise gilt Gleiches bereits ab einem früheren Zeitpunkt, in welchem die Vertragsparteien **mit dem Vollzug der Übereignung begonnen**, aber ihn noch nicht beendet haben. Konkret fallentscheidend fragt sich, ob das Formfordernis bereits dadurch entfallen ist, dass die **Auflassungserklärungen** erstens von K und B in der Form des § 925 Abs. 1 BGB **abgegeben** wurden und zweitens der Notar sie **beurkundet** und dadurch gemäß § 873 Abs. 2 Var. 1 BGB ihre **Unwiderruflichkeit** herbeigeführt hat. Die **Eintragung im Grundbuch** wurde vorliegend vom dazu angewiesenen Notar hingegen noch **nicht** beantragt oder gar vom Grundbuchamt vorgenommen.

a) Es lassen sich gewichtige Argumente **gegen die Formfreiheit** eines Änderungsvertrags in diesem Vollzugsstadium anführen.

aa) Seit dem Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900 hat sich im hier vorliegenden Vollzugsstadium ...

„[8] ... die **Schutzbedürftigkeit von Verkäufer und Käufer**, insbesondere bei Bauträgerverträgen, **grundlegend geändert** ...

Der **historische Gesetzgeber** [ist] davon ausgegangen, dass die **Auflassung nicht zusammen mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft beurkundet, sondern vor dem Grundbuchamt erst dann erklärt [wird]**, wenn die wechselseitigen **Verpflichtungen im Übrigen erfüllt** worden [sind]. Die Auflassung [war] nach vollzogener Erfüllung aller übrigen Verpflichtungen der **„Schlusspunkt“ eines Grundstücksgeschäfts** ... und [enthielt] damit auch die **Bestätigung der Richtigkeit** aller zwischen den Parteien getroffenen Abreden ...

Heute [hat] die Auflassung nicht mehr diese Bedeutung. Sie [wird] aus **praktischen Gründen** und zum Zwecke der **Gebührenersparnis** regelmäßig **in die Kaufvertragsurkunde** aufgenommen. Zum Schutz des Verkäufers [sind] **verfahrensrechtliche Gestaltungen** entwickelt worden, durch die trotz erklärter Auflassung der Eigentumsübergang auf den Käufer vor Kaufpreiszahlung verhindert [wird] ...“

Als Grundlage dieser **verfahrensrechtlichen Gestaltungen** ...

„[20] ... wird meist eine **Treuhandtätigkeit des Notars** nach § 24 BNotO [Schönfelder Ergänzungsband Ordnungsziffer 98 a] vereinbart. Dem Notar wird [sodann] die Anweisung erteilt (vgl. § 53 [Hs. 1] BeurkG [„es sei denn ...“]), die Eintragung des Eigentumswechsels erst zu beantragen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist (oder der Kaufpreis auf dem Notaranderkonto auszahlsreif hinterlegt ist; **Vorlagensperre**) und vorher dem Käufer und dem Grundbuchamt keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auflassung enthält (**Ausfertigungssperre** ...). Ist in einem solchen Fall eine Ausfertigung zur Eintragung einer Eigentumsvormerkung [nach §§ 883, 885 BGB] erforderlich, wird das Vorleistungsrisiko des Verkäufers durch die Weisung an den Notar ausgeschaltet, zunächst nur eine auszugsweise Ausfertigung ohne die Auflassung zu erteilen (§ 49 Abs. 5 S. 1 BeurkG) und diese zwecks Eintragung der Vormerkung einzureichen. In Betracht kommt auch, dass in der Kaufvertragsurkunde die Bewilligung der Eigentumsumschreibung noch nicht erklärt, sondern dem Notar Vollmacht erteilt wird, die Eintragungsbewilligung namens des Veräußerers zu erklären, sobald ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist (sog **Bewilligungslösung**; ...).

[8] [Könnte] eine Vertragsänderung nach Auflassung formfrei vereinbart werden, [wäre] dies [angesichts dieser Gestaltungsmöglichkeiten] mit den Zwecken des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, insbesondere dem bezweckten **Übereilungsschutz**, nicht vereinbar ...“

bb) Zudem **erlischt der Anspruch** auf Übereignung aus § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB **erst mit der Eintragung im Grundbuch**. Denn ...

§ 925 Abs. 1 BGB verlangt keine Beurkundung der Auflassung, sondern nur die gleichzeitige Anwesenheit vor dem Notar (näher AS-Skript Sachenrecht 2 [2018], Rn. 29). Wegen **§ 873 Abs. 2 BGB** und **§ 29 GBO** wird sie aber in aller Regel beurkundet.

Zum **historischen Hintergrund** der Streitfrage: Das Reichsgericht und später der Bundesgerichtshof gingen seit jeher von der Formfreiheit in vergleichbaren Fällen aus. Im Nachgang zu BGH WM 1984, 1539 wurde dies aus den im Folgenden dargelegten Gründen zunehmend kritisiert, insbesondere wegen des Fortfalls der „Schlusspunktfunktion“ der Auflassung (statt vieler: Staudinger/Schumacher [2018], § 311 b Rn. 206 ff.; MünchKomm/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 67; weitere Nachweise zu beiden Ansichten in Rn. 7 des hier dargestellten Urteils). Gleichwohl hat der BGH nun seine **bisherige Rspr. bestätigt**.

Für **Referendare** lautet die gute Nachricht, dass Palandt/Grüneberg § 311 b Rn. 44 der Ansicht des BGH folgt und sie nur als „str“ kennzeichnet. In der aktuellen Auflage ist das vorliegende Urteil auch bereits eingepflegt.

Daneben gibt es noch die Möglichkeit, in die Kaufvertragsurkunde zwar keine Auflassungserklärungen aufzunehmen (wie vom historischen Gesetzgeber angedacht), aber **den Angestellten des Notars eine Vollmacht zur Auflassung zu erklären**, ggf. nebst Befreiung vom Verbot des § 181 BGB. Der Notar fordert sodann seine Angestellten zur Erklärungsabgabe auf, wenn der Schlusspunkt der Vertragsabwicklung erreicht ist.

In einer solchen (Abwandlung einer) Klausur wäre dann zu diskutieren, ob das hiesige Urteil **auf eine solche materiellrechtliche Gestaltungslösung** zu übertragen ist. Es liegt nahe, dies (nur?) dann zu bejahen, wenn die Angestellten **unwiderruflich bevollmächtigt** wurden – was ausweislich § 168 S. 2 Hs. 2 BGB möglich ist (näher AS-Skript BGB AT 1 [2018], Rn. 341).

„[14] ... auch mit einer bindend gewordenen Auflassung [ist] **noch keine Erfüllung** i.S.v. § 362 BGB eingetreten ... Unter ‚Leistung‘ ist in dieser Vorschrift regelmäßig nicht die Leistungshandlung, sondern der **Leistungserfolg** zu verstehen ... Seine Eigentumsverschaffungspflicht hat der Veräußerer deshalb **erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch** erfüllt.“

Dann ist es konsequent, auch erst mit der Eintragung die Schutzbedürftigkeit der Parteien und somit das Formerfordernis des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB entfallen zu lassen – so wie es letztlich in § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB auch zum Ausdruck gekommen ist.

b) Jedoch lassen sich die genannten Punkte nicht nur entkräften, sondern es lassen sich darüber hinaus gewichtige Argumente **für die Formfreiheit** ab Beurkundung der Auflassungserklärungen anführen.

aa) „[13] Die Parteien bedürfen des Schutzes [des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB] ... nicht mehr, wenn [sein] **Zweck ... erreicht** ist. Hiervon ist auszugehen, wenn die **schuldrechtlichen Erklärungen** von Veräußerer und Erwerber **beurkundet** worden sind und diese zudem die für die angestrebte Rechtsänderung erforderlichen **(dinglichen) Erklärungen in bindender Form** abgegeben haben. Das ist der Fall, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB). Dann haben die Vertragsparteien ihre jeweiligen **Leistungshandlungen unwiderruflich erbracht**. Dafür macht es keinen Unterschied, ob die Auflassung, wie heute regelmäßig, zusammen mit dem Kaufvertrag oder, wie früher, später beurkundet wird. Die für den **Eintritt der Bindung nach § 873 Abs. 2 BGB** einzuhaltenden Förmlichkeiten, insbesondere die **Belehrung** über die Bedeutung der Auflassung durch den beurkundenden Notar, **gewährleistet, „dass nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte an Grund und Boden verfügt wird“ ...**“

(1) Es stellt **keinen unauflösbaren Widerspruch** dar, im Rahmen des § 362 Abs. 1 BGB auf den Leistungserfolg und hingegen im Rahmen des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB auf die Leistungshandlung abzustellen. Zu Letzterer ...

„[15] ... gehört die **Eintragung** [gerade] nicht, da sie eine **behördliche Tätigkeit** nach Maßgabe der GBO (Schönfelder Ordnungsziffer 114) ist, die die Vertragsparteien aus Rechtsgründen nicht besorgen können. Mit der **bindend gewordenen Auflassung** haben **Veräußerer und Erwerber** deshalb **alles getan, quasi einen Automatismus in Gang gesetzt**, um den Eigentumswechsel zur Eintragung zu bringen ...“

(2) Allerdings haben K und B durch die dem Notar erteilte **Ausfertigungssperre** (Begriff s. Rn. 20) verhindert, dass ihre Auflassungserklärungen auf schnellstmöglichem Wege das Grundbuchamt erreichen. Dadurch haben sie den kurz zuvor in Gang gesetzten **Automatismus** sogleich wieder **aufgehalten**. Das ist aber unschädlich.

„[19] Die bindend gewordene Auflassung bildet **auch dann eine zeitliche Zäsur**, ab der nachträgliche Änderungen eines Grundstückskaufvertrags formlos möglich sind, wenn der Vollzug der Auflassung **durch Anweisungen** der Kaufvertragsparteien **an den Notar vorübergehend gesperrt** ist.

[21] Solche Abreden ändern nichts daran, dass die **Auflassung ohne Vorbehalt und verbindlich erklärt** wird. Nur so kann sie ihren Zweck, [zum] Eigentumsübergang zu führen, erfüllen. Insbesondere stellen Veräußerer und Erwerber ihre Einigungserklärungen nicht unter eine Bedingung [i.S.d. § 158 BGB], was unwirksam wäre (§ 925 Abs. 2 BGB). Es handelt sich vielmehr um **vollzugstechnische Abreden, die gerade deshalb erforderlich sind, weil die Auflassung bindend ist.**“

bb) „[16] Unterlägen Vereinbarungen nach bindend gewordener Auflassung der Form des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, wäre dies zudem der **Klarheit und Rechtssicherheit im Rechtsverkehr** abträglich.“

Daher kann das eine Privatrechtssubjekt gegen das andere auch nicht einen (oft so genannten) „Anspruch auf [eigenhändige] Grundbuchberichtigung“ haben. Ziel eines solchen Anspruchs (insb. aus § 894 BGB, aber auch aus Vertrag, 280 BGB, § 346 BGB, § 812 BGB und/oder § 823 BGB) ist die nach § 19 GBO erforderliche **Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch das Grundbuchamt** (näher AS-Skript Sachenrecht 2 [2018], Rn. 46 f.).

Der Gedanke, dass die **Rechtsstellung von Privatrechtssubjekten unabhängig von der Dauer eines behördlichen Automatismus** sein soll, hat hinsichtlich des Grundbuchamtes in § 892 Abs. 2 BGB und § 878 BGB Ausdruck gefunden. Hinsichtlich der gerichtlichen Geschäftsstellen zeigt sich dies in § 167 ZPO.

[17] Ein **Formmangel** bei nachträglichen Änderungen eines Grundstückskaufvertrags führt **im Zweifel (§ 139 BGB) zur Nichtigkeit des Vertrags mit allen Nebenabreden (§ 125 [S. 1] BGB)**. Die Vermutung, dass sich die Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag erstreckt, kann zwar ... durch die besonderen Umstände des Falls widerlegt sein. Bis zur Klärung dieser Frage bestünde aber Unsicherheit über die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts.“

Diese sich aus § 139 BGB ergebende Unsicherheit besteht zugegebenermaßen bei jeglicher Teilnichtigkeit, gleich aufgrund welches Nichtigkeitsgrundes. Aus **§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB** ergibt sich aber eine **Besonderheit**.

„[18] Der Vertrag **könnte** nämlich, soweit er wegen der nachträglichen Änderung insgesamt formunwirksam wäre, **nicht geheilt werden**. Die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrags ergreift zwar nicht die mitbeurkundete Auflassung, und die Heilung tritt nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB auch dann ein, wenn die Auflassung nicht **nach** den schuldrechtlich getroffenen Vereinbarungen, sondern mit ihnen **zugleich** beurkundet wird.

Diese Wirkung hat die **vor** formlosen Änderungen des Grundstückskaufvertrags erklärte Auflassung aber, anders als im Schrifttum teilweise vertreten wird, nicht, weil sie [naturgesetzlich-kausal] **nicht in Erfüllung der** [im Zeitpunkt der Auflassung noch nicht existierenden] **formnichtigen Vereinbarungen erfolgt sein kann**. Die heilende Wirkung von Auflassung und Eintragung erstreckt sich nur auf die **Gesamtheit der vertraglichen Vereinbarungen, die bei der Auflassung Inhalt des Vertrags waren**.“

Als **Ergebnis** lässt sich nach alledem festhalten:

„[23] ... [Die] Parteien [haben] **nachträglich formfrei wirksam den ... vereinbarten Kaufpreis** um [30.000 €] auf [270.000 €] **ermäßigt**. Bei der in dem Kaufvertrag vereinbarten Anweisung der Parteien an den beurkundenden Notar, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist (sog. Ausfertigungssperre), handelt es sich lediglich um eine den technischen Vollzug betreffende Abrede. Sie steht der **Formfreiheit der nachträglichen Änderung des beurkundeten Kaufpreises** nicht entgegen.“

Folglich hat K gegen B keinen Anspruch aus § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB auf Zahlung von (weiteren) 30.000 €.

Für die Praxis spielt die Entscheidung nicht die allerwichtigste Rolle, weil sich die bisherige Rspr. nicht ändert. Für **beide Examina** ist die Entscheidung hingegen sehr relevant und klare Kandidatin für die RÜ. Der Fall ist wie gemacht für die Darstellung (in der RÜ) und Prüfung (im Examen) des **Examenswissens zu § 925 BGB**, und zwar nicht nur im rechtlichen, sondern auch in tatsächlichen Bereich. Erfahrungsgemäß bestehen in zweitgenannter Hinsicht oft Wissenslücken bei den Prüflingen. Ergänzend fließt zudem Wissen zu den **§§ 139, 311 b Abs.1 und 362 BGB** ein. Besonders reizvoll ist zudem, dass sich trotz **verpflichtungsrechtlicher Fragestellung** nahezu die komplette **Argumentation auf der Verfügungsebene** abspielt.

Von der nachträglichen Kaufpreisänderung ist die nach § 117 BGB zu beurteilende Beurkundung eines niedrigeren als des von vornherein gewollten Kaufpreises zwecks Verringerung der Grunderwerbsteuer und der Notarkosten abzugrenzen (**Unterverbriefung**, näher AS-Skript BGB AT 1 [2018], Rn. 68 ff.).

RA Dr. Jan Stefan Lüdde

Das Argument des BGH in Rn. 21 (s. vorherige Seite) lässt sich auch **umdrehen**: Es kann nicht sein, dass durch vollzugstechnische „Tricks“ materiell-rechtliche Formvorschriften unterlaufen werden. **Der Weg des Vollzugs muss sich nach dem materiellen Recht richten, nicht umgekehrt**. Diese Argumentation würde die formal-dogmatische Korrektheit über die Praktikabilität und die gängige Praxis stellen. Es überrascht nicht, dass der BGH die Prioritäten genau andersherum setzt.

Theoretisch könnte/müsste der formlose Änderungsvertrag durch eine **zweite Auflassung** geheilt werden. Eine solche ist aber rechtstechnisch **unmöglich** i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB, da der Erwerber ja bereits durch die erste (wirksame) Auflassung das Eigentum erlangt hat.

Mit diesem letzten Absatz seiner rechtlichen Erwägungen benennt der BGH nochmals das Ergebnis. Der Absatz ist wie gemacht für den Abschluss der gutachtlichen Darstellung in der RÜ, daher wird er hier gerne zitiert. Aber **Referendare aufgepasst**: In einem **schulmäßigen Urteil** steht das **Ergebnis nur am Anfang**. Am Ende der Entscheidungsgründe hat es nichts zu suchen!

Der BGH führt weiterhin aus:

„[22] Die Praxis hat sich [auf die bisherige Rechtsprechung] **eingrichtet**. **Unzuträglichkeiten in der praktischen Anwendung sind nicht bekannt geworden**. An der formfreien Abänderbarkeit von Grundstückskaufverträgen nach der Auflassung ist deshalb auch im Interesse der **Kontinuität der Rechtsprechung und der Rechtssicherheit** festzuhalten.“

Für ein Gutachten **im ersten Examen** hat diese Argumentationsfigur aber **kaum Gewicht**. Anderenfalls dürfte Ihr Gutachten nie von der Rspr. abweichen.