

# Beurkundung und Formfehler im Immobilienkaufvertrag

## – Notarielle Beurkundung, Umfang und unnötige Risiken –

### Fall

V möchte eine Immobilie veräußern, die er geerbt hat. Er hat mit K einen Interessenten gefunden, an den er gerne veräußern möchte. Über den Kaufpreis sind die Parteien sich einig. Allerdings besteht noch ein ganz erheblicher Aufwand für V, die Immobilie zu räumen. Daher vereinbaren die Parteien eine vergleichsweise späte Übergabe erst in drei Monaten. So wird der Vertrag notariell beurkundet.

Wegen des gleichzeitig bestehenden Renovierungsbedarfs erhält K bereits unmittel-

bar nach Beurkundung einen Schlüssel zum Objekt, damit er die von ihm gewünschten Arbeiten bereits beginnen kann. Auch dies wird notariell beurkundet.

Da jedoch die noch im Objekt befindlichen Dinge eine Renovierung hindern, bietet K dem V zudem noch eine Prämie an, wenn V binnen vier Wochen räumt, damit die Renovierung effektiv beginnen kann. V ist einverstanden.

Später reut K den Kauf, da er noch verschiedene Mängel am Objekt entdeckt hat, und fragt,

ob er denn eine Chance habe, sich von dem Vertrag loszusagen.

### Form des Kaufvertrages

Gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung – unser Rechtssystem kennt den Kaufvertrag über eine Immobilie so nicht; es wird stets das Grundstück erworben und das Gebäude wird als dessen wesentlicher Bestandteil (§ 94 Abs. 1 BGB) veräußert. Die ohne notarielle Beurkundung getroffene Absprache ist nichtig, § 125 S. 1 BGB, und bindet daher keine der Parteien.

Die notarielle Beurkundung soll verschiedenen Zwecken dienen. Neben der notariellen Beratung (§ 17 BeurkG), der erhöhten Gewähr für die Gültigkeit des Geschäfts durch Einschaltung des Notars, sollen die Parteien auch vor übereilten Geschäften geschützt werden (Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 311b Rn. 2); ein Widerrufsrecht als verbreiteter Schutzmechanismus vor Übereilung kommt schon strukturell weniger in Betracht, da es oft an der Unternehmer/Verbraucher-Konstellation fehlt.

### Umfang der Beurkundungspflicht

Vor dem Hintergrund dieser Schutzzwecke bedarf der gesamte Vertrag der notariellen Beurkundung. Praktisch

legt die Rechtsprechung den § 311b Abs. 1 BGB daher weit aus (Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 495). Der Beurkundung bedürfen dementsprechend alle anlässlich des Grundstückserwerbs getroffenen Abreden (Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 502), also aus denen sich der Vertrag zusammensetzt (BGHZ 74, 341 [348]; 63, 359 [361]). Es genügt dabei vollkommen, wenn nur eine der Parteien die Abrede zum Vertragsbestandteil machen möchte und die andere Partei dies erkannt hat (Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 311b Rn. 25).

In jedem Fall bedürfen daher solche Abreden der Beurkundung, welche die eigentlichen Leistungen der Parteien selbst betreffen, also die Individualisierung des vertragsgegenständlichen Grundstücks und die Gegenleistung des Erwerbers. Dies ist Kerngegenstand der Regelung in § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Insbesondere ist dabei auch der Blick in das Steuerrecht zu bedenken, weil sich hieraus im Falle einer unrichtigen Beurkundung der Gegenleistung zugleich eine Steuerhinterziehung (§ 370 AO) vor dem Hintergrund der Grunderwerbsteuer ergibt (Schwarzkauf). Es tritt also nicht nur die Nichtigkeit des Vertrages ein, sondern vor allem tritt noch Strafbarkeit hinzu.

Außerhalb des offensichtlichen Schwarzkaufs existieren jedoch zahlreiche Konstellationen, in denen sich die Parteien der

**ER** E N S E N B A C H  
Rechtsanwälte

Bremerhaven • Hamburg • Berlin



Dr. Kai Ensenbach  
Rechtsanwalt bei  
ENSENBACH Rechtsanwälte

Bussestraße 15a/Geesteufer  
27570 Bremerhaven  
Tel. 04 71/9 46 94-0  
Fax 04 71/41 16 02  
bremerhaven@dr-ensenbach.de

Am Sandtorkai 39  
20457 Hamburg  
Tel. 040/41 91 93-0  
Fax 040/41 91 93-22  
hamburg@dr-ensenbach.de

Charlottenstraße 65  
10117 Berlin  
Tel. 030/2 36 34 05-0  
Fax 030/2 36 34 05-22  
berlin@dr-ensenbach.de

In Kooperation mit:  
Hofmann & Kollegen  
Rechtsanwälte, Steuerberater  
Monschauer Straße 12  
40549 Düsseldorf  
Tel. 02 11/59 85 14 09  
Fax 02 11/59 82 95 01

- Grundstücksrecht
- Wohn- und Gewerbe-  
raummietrecht
- Erbbaurecht
- Bauträgervertragsrecht
- Sozial- und Spezial-  
immobilien

notwendigen Beurkundung regelmäßig nicht bewusst sind, insbesondere weil sie ihre Abreden nicht als derart wesentlich erachten (Nebenabreden) oder hierin einen gesonderten Vertrag erblicken (zusammengesetzte Verträge).

Gleichwohl Nebenabreden nicht mehr die eigentlichen Leistungspflichten der Parteien definieren, bedürfen sie zwingend der Beurkundung, wenn sie nach dem Willen der Parteien Bestandteil des Vertrages sein sollen (Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 311b Rn. 31). Dies erfasst etwa Bedingungen, Regelungen zum Rücktritt, Vorleistungen und jegliche Form von Zusicherungen.

Äußerst kritisch sind alle Formen von zusammengesetzten Verträgen, bei denen parallel zum Grundstückskaufvertrag weitere Beziehungen bestehen und eröffnet werden. Denn hier kann das eigentlich nur auf das Grundstück bezogene Beurkundungserfordernis schnell auf das weitere Geschäft ausstrahlen. Dies nimmt die Rechtsprechung immer dann an, wenn die Vereinbarungen nach dem erkennbaren Willen jedenfalls einer Partei nicht für sich allein gelten sollen, sondern miteinander „stehen und fallen“ (BGHZ 101, 393 [396]).

Klassisches Beispiel sind alle Verträge, die über den Erwerb hinaus auch Bauleistungen am Objekt oder dessen Errichtung überhaupt erfassen. In diese Gruppe gehören auch alle Konstellationen, in denen das Objekt direkt nach Veräußerung wieder angemietet wird (Rückanmietung oder Sale-and-lease-back). Auch der Erwerb mehrerer Grundstücke im Paket bedarf regelmäßig einheitlicher Beurkundung – denn wenn beide Erwerbsverträge für sich

beurkundet sind, ist in den getrennten Urkunden die Abrede über die Verknüpfung dann (regelmäßig) nicht enthalten. Auch umgekehrt kann eine Beurkundung erforderlich werden für Verträge weit vor dem eigentlichen Erwerb, bspw. der Mietvertrag mit Erwerbsoption.

In unserem Fall haben die Parteien mit der Prämie auf eine frühzeitige Räumung eine Abrede getroffen, die sich auf den Kaufpreis auswirkt. Daher ist sie ohne Weiteres beurkundungsbedürftig (vgl. RGZ 114, 233).

Die Veräußerung von Anteilen an einer Gesellschaft, die im Wesentlichen oder gar ausschließlich Eigentümer eines Grundstückes ist, wird hingegen nicht von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erfasst (Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 57). Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der BGH einen Ausweg für bestimmte Fälle der Umgehung des Formgebotes offen gelassen hat (BGH NJW 1983, 1110 [1111]).

### Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen unterbleibender Beurkundung könnten einschneidender kaum sein. Gemäß § 125 S. 1 BGB ist der ohne Beurkundung geschlossene Vertrag nichtig und damit komplett unwirksam.

Auch wenn die nicht beurkundete Abrede theoretisch eigenständig bestehen und umgesetzt werden kann, infiziert diese Nichtigkeit gemäß § 139 BGB in der Regel auch noch den beurkundeten Teil des Rechtsgeschäfts. Eine Ausnahme gilt nur in dem Fall, dass die Parteien das beurkundete (Teil-)Geschäft auch eigenständig wollten – nach oben Dargestelltem

allerdings schon ein Indiz gegen die Beurkundung.

Tatsächlich hat dies zur Folge, dass die Parteien an keinen Vertrag gebunden sind und daher auch jederzeit entscheiden können, dass sie keine weitere Umsetzung des Vertrages erstreben.


In unserem Fall tritt mangels Beurkundung der Abrede über die Räumungsprämie zunächst Nichtigkeit dieser Abrede ein. Jedenfalls über § 139 BGB ist auch der gesamte Vertrag in seinem Bestand bedroht, wenn nicht die Parteien den Vertrag auch allein mit dem beurkundeten Inhalt abgeschlossen hätten. Dagegen spricht jedoch, dass die Räumungsprämie immerhin den Kaufpreis erhöht.

### Heilung

Wenn die Parteien einen Vertrag des nichtigen Inhalts gleichwohl wünschen, sind sie grundsätzlich zur Neuvernahme aufgerufen. Dem nichtigen Vertrag erwächst im Übrigen allenfalls noch dadurch eine Chance, dass § 311b Abs. 1 S. 2 BGB die Heilung des Formmangels herbeiführt, wenn die Auflassung erklärt und die Eintragung

im Grundbuch erfolgt ist. Dann erstreckt sich die Heilung auf den Vertrag im Ganzen, also auch den nichtigen Teil (Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 311b Rn. 46).

Heilung setzt allerdings weiter voraus, dass in diesem Zeitpunkt noch ein übereinstimmender Wille der Parteien bestand (vgl. BGHZ 127, 129 [136]). Der moderne Grundstückskaufvertrag wird weitgehend durch den Notar abgewickelt und die entsprechenden Erklärungen durch die Parteien bereits im Rahmen der Beurkundung abgegeben. Ein Stopp tritt daher – einmal von der (dann unterbleibenden) Zahlung des Kaufpreises abgesehen – regelmäßig nicht automatisch ein, indem sich eine Partei neu entscheidet. Zudem wird, solange entgegenstehender Wille nicht geäußert, fortbestehende Willensübereinstimmung der Parteien vermutet.

In unserem Fall bedeutet dies, dass K in jedem Fall auch mitteilen sollte, dass er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen möchte. 

Dr. Kai Ensenbach, Rechtsanwalt bei ENSENBACH Rechtsanwälte Bremerhaven / Hamburg / Berlin

Ihr Abonnement:  
Unsere ImmoTips

Das Magazin der ImmoBörse Bremerhaven e.V.

IB

Es gibt die ImmoTips auch als Jahres-Abonnement.  
Fragen Sie in unserem ImmoShop danach!