

**Dokumentnummer:** 2zbr12900  
**letzte Aktualisierung:** 26. Februar 2001

<Dokumentnummer> 2zbr12900

<Gericht> BayObLG

<Aktenzeichen> 2Z BR 129/00

<Datum> 24.01.2001

<Normen> BGB § 925 Abs. 1; ZPO § 415; GBO §§ 20, 29; BeurkG §§ 13 Abs. 1, 36, 37, 44a

<Titel> Fehlende Unterschrift eines Beteiligten unter Beurkundung der Auflassung

<Leitsatz>

1. Die Auflassung bedarf gegenüber dem Grundbuchamt des Nachweises durch öffentliche Urkunden.
2. Zum Nachweis eignen sich nur solche öffentliche Urkunden, die den zwingenden Formfordernissen des Beurkundungsgesetzes genügen.
3. Fehlt die Unterschrift der Käufer unter der Niederschrift der abgeschlossenen Auflassungsverhandlung, kann dieser zur Unwirksamkeit der Beurkundung führende Mangel nicht durch eine notarielle Eigenerklärung geheilt werden.

## G r ü n d e

### I.

Mit notarieller Urkunde vom 16.8.2000 veräußerten die im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Beteiligten zu 1 an die Beteiligten zu 2 zu gleichen Teilen ein Grundstück sowie einen Miteigentumsanteil an einer Verkehrsfläche. Die Vertragsurkunde enthält neben dem Verkauf die Auflassung und die grundbuchrechtliche Bewilligung. Sie trägt die eigenhändigen Unterschriften der Veräußerer und des Notars, nicht jedoch die der Erwerber.

Dem Grundbuchamt wurde die Urkunde mit folgender vom Notar und von den beiden Erwerbern eigenhändig am 24.8.2000 unterzeichneter Feststellung zum Vollzug vorgelegt:

Am 16.8.2000 habe ich, Notar .... einen Kaufvertrag mit Auflassung zwischen den Ehegatten ... (Verkäufer) und den Ehegatten ... (Käufer) hinsichtlich des im Grundbuch des Amtsgerichts ... vorgetragenen Grundbesitzes beurkundet.

Bei der Beurkundung wurde übersehen, die Käufer die Urkunde unterzeichnen zu lassen. Der Vertrag enthält lediglich die Unterschriften der Verkäufer.

Ich, der Notar, bestätige, dass die Käufer während der gesamten Beurkundung anwesend waren.

Wir, die Ehegatten ... (Käufer), genehmigen den gesamten Inhalt des genannten Vertrages und bestätigen das Rechtsgeschäft rein vorsorglich gemäß § 141 BGB. Damit ist das Rechtsgeschäft am 16.8.2000 rechtswirksam zwischen uns und den Ehegatten ... (Verkäufer) zustande gekommen.

Mit Beschluss vom 5.10.2000 wies das Grundbuchamt den Antrag zurück, weil die in den Erklärungen enthaltene Auflassung mangels eigenhändiger Unterschrift der Erwerber in der Vertragsurkunde formnichtig und durch die Nachtragsfeststellung nicht geheilt sei. Die Beschwerde wies das Landgericht durch Beschluss vom 30.11.2000 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

## II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die zur Eintragung notwendigen Erklärungen seien nicht in der gesetzlich erforderlichen Form nachgewiesen. Zwar sei eine Schriftform oder Beurkundung für die Grundstücksauflassung nicht vorgeschrieben; eine fehlende oder fehlerhafte Beurkundung sei deshalb für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unschädlich. Jedoch sei aus verfahrensrechtlichen Gründen der Nachweis einer formgerechten Beurkundung der Auflassung zu erbringen. Eine solche sei nur dann nachgewiesen, wenn die beurkundungsrechtlichen Vorschriften erfüllt seien. Hier sei eine neue, formgerechte Beurkundung erforderlich.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) § 20 GBO verlangt im Falle der Grundstücksauflassung auch den Nachweis der materiellen Einigungserklärungen (§ 925 Abs. 1 BGB). Die Form des Nachweises regelt § 29 GBO. Nach dessen Satz 1 müssen die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Dazu gehören nach materiellem Recht jedenfalls die Erklärung der Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Notar als einer zur Entgegennahme der Auflassung zuständigen Stelle (Demharter GBO 23. Aufl. § 29 Rn. 8 f.; Knothe in Bauer/von Oefele GBO 29 Rn. 15).

Dass für die Auflassung dieser Nachweis jedenfalls nicht durch eine lediglich öffentlich beglaubigte Urkunde erbracht werden kann, entspricht allgemeiner Meinung (KG DNotZ 1934, 283; OLG Celle DNotZ 1979, 308 f.; Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 9/11). Denn durch eine Beglaubigung wird mit öffentlichem Glauben nur bekräftigt, dass die Unterschriften von den Personen stammen, die sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt haben (§ 40 BeurkG). Nicht bewiesen wird damit, dass die Erklärungen gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind (KG aaO). Demnach ist der Nachweis hier durch eine öffentliche Urkunde zu erbringen, deren Merkmale sich aus § 415 ZPO ergeben.

Die den Kaufvertrag mit Auflassung und grundbuchrechtlicher Bewilligung ausweisende Urkunde des Notars vom 16.8.2000 leidet an einem formalen Mangel. Willenserklärungen, aus welchen die Auflassung besteht, sind nämlich nach § 8 BeurkG durch Niederschrift über eine Verhandlung mit dem Inhalt der §§ 9 ff. BeurkG aufzunehmen; die Niederschrift ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG von den Beteiligten zu unterschreiben. Mit der abschließenden Unterzeichnung der Urkunde durch den Notar ist der Beurkundungsvorgang endgültig beendet (Huhn/von Schuckmann BeurkG 3. Aufl. § 13 Rn. 26, 29; Lischka NotBZ 1999, 8/9) und die Verhandlung (§ 8 BeurkG) abgeschlossen. Die fehlende Unterschrift der Beteiligten zu 2 bedingt zwar nicht die Unwirksamkeit der Auflassung, weil diese materiell der Beurkundung nicht bedarf (BGHZ 22, 312/313; RGZ 99, 65/67), wohl aber die Unwirksamkeit der Beurkundung (BayObLG MittBayNot 1994, 39 = Rpfleger 1994,

162; LG Oldenburg Rpfleger 1980,224; Lischka aa0). Der in dem Schriftstück vom 16.8.2000 festgehaltene Vorgang ist keine die erforderlichen Erklärungen des § 20 GBO enthaltende öffentliche Urkunde im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Eine nachträgliche Genehmigung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil solche Erklärungen das ohnehin wirksame materielle Rechtsgeschäft betreffen, jedoch nicht den urkundlichen Nachweis im Sinne von §§ 20, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbringen.

b) Verstößt die Niederschrift gegen zwingende Bestimmungen des Beurkundungsrechts, zu denen § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zählt (DNotI-Report 1998, 33; Huhn/von Schuckmann § 13 Rn. 2), ist diese nach herrschender Meinung nicht geeignet, die Auflassung formgerecht im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (Huhn Rpfleger 1977, 199/201; Lischka NotBZ 1999, 8/9; Knothe in Bauer/von Oefele § 29 Rn. 15 bei Fn. 37; Meikel/Brambring GBO 8. Aufl. § 29 Rn. 178; KEHE/Munzig GBO 5. Aufl. § 20 Rn. 114; Hesse/Saage/Fischer GBO 4. Aufl. § 20 Anm. 2c; Demharter § 20 Rn. 27; Haegele/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 11. Aufl. Rn. 3324; Ertl MittBayNot 1992, 102/106; Staudinger/Pfeifer BGB 13. Bearb. § 925 Rn. 76; Erman/Hagen/ Lorenz BGB 10. Aufl. § 925 Rn. 25; Huhn/von Schuckmann § 8 Rn. 2; wohl auch OLG Düsseldorf FGPrax 1997, 194 f.; unentschieden MünchKomm/Kanzleiter 3. Aufl. § 925 Rn. 15 bei Fn. 52; unklar Palandt/Bassenge BGB 60. Aufl. § 925 Rn. 29; offengelassen BayObLG MittBayNot 1994, 39).

In Konsequenz dieser Auffassung kann eine "Heilung" nur in Form einer erneuten, diesmal formgerechten Beurkundung vorgenommen werden (Meikel/Brambring, Knothe in Bauer/von Oefele, Ertl, je aa0).

Folgerichtig hat nach dieser Ansicht auch eine nachträgliche Berichtigung der ursprünglichen Urkunde nach § 44a Abs. 2 BeurkG auszuscheiden. Denn die fehlende, jedoch notwendige Unterschrift eines Beteiligten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hindert zwar nicht das wirksame Zustandekommen der materiellen Auflassung, jedoch fehlt es an einer wirksamen Niederschrift nach § 8 BeurkG. Ob im Bereich außerhalb der beurkundungsrechtlichen Sollbestimmungen eine Berichtigung überhaupt angängig ist (siehe Keidel/Winkler BeurkG 14. Aufl. § 44 Rn. 23/24), mag zweifelhaft sein. Jedenfalls ist das Berichtigungsverfahren nicht dazu geschaffen, wesentliche Formerfordernisse, die bei der Verhandlung selbst unterlassen wurden, nunmehr nachzuholen. Das gilt um so mehr, als bei der Verletzung zwingender Vorschriften des § 13 Abs. 1 BeurkG und dadurch ausgelöster Formnichtigkeit auch eine Heilung nicht durch befreiende oder zustimmende Erklärungen der Beteiligten bewirkt werden kann (Huhn/von Schuckmann § 13 Rn. 2 und § 30 DNot Rn. 10).

c) Nach einer Mindermeinung kann der Nachweis der Einigung in der Form des § 29 GBO auch durch eine notarielle Urkunde nach §§ 36, 37 BeurkG geführt werden, wenn in dieser bestätigt wird, dass die Beteiligten die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit erklärt haben und der Aussteller der Bescheinigung die Auflassungserklärungen entgegengenommen hat (OLG Celle MDR 1948, 258 - Leitsatz -; RGRK-Augustin 12. Aufl. §§ 925, 925a Rn. 72; Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 9; derselbe Rpfleger 1978, 431; ihm folgend LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; ohne nähere Begründung ebenso Thieme GBO 4. Aufl. 20 Anm. 2 a.E.). Weil auf diese Weise letztlich nur eine in der Form der Niederschriftsbeurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG vorgesehene, aber an zwingenden Erfordernissen des § 13 Abs. 1 BeurkG gescheiterte Niederschrift "geheilt" werden soll, ist nach dieser Ansicht jedenfalls auch die Vorlage der fehlerhaften Urkunde über die Auflassungsverhandlung erforderlich (Fuchs-Wissemann Rpfleger 1978, 431/433; zweifelnd KEHE/Herrmann S 29 Rn. 75).

d) Der herrschenden Meinung ist zu folgen.

aa) Das materielle Geschäft der Auflassung bedarf nach § 925 Abs. 1 BGB nach heute kaum mehr bestrittener Ansicht nicht der notariellen Beurkundungsform (BGHZ 22, 312/315; RGZ 99, 65/67; BayObLG MittBayNot 1994, 39; Palandt/Bassenge § 925 Rn. 3; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rn. 15; Staudinger/Pfeifer § 925 Rn.

76). Die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts erlaubt jedoch nicht zwingend den Schluss, dass das formale Recht keine anderen und strengeren Voraussetzungen zur Rechtsverwirklichung etwa aus generalpräventiven Gründen aufstellen dürfe (Huhn Rpfleger 1977, 200). So stützen sich für die Auslegung des materiellen Rechts die beiden grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts einerseits (RGZ 99, 65/69), des Bundesgerichtshofs andererseits (BGHZ 22, 312/316) auch ausdrücklich auf die Formbedürftigkeit nach § 29 GBO und halten die Gefahr, das Grundbuch würde durch eine fehlerhaft beurkundete Auflassung falsch, für bedeutsamer als das Risiko, welches mit einer Eigentumseintragung unter Verstoß gegen § 29 GBO verbunden ist. Dies erlaubt aber nicht den Umkehrschluß, § 29 GBO brauche nicht beachtet zu werden, falls die Wirksamkeit der Auflassung anderweitig bewiesen erscheine. Auch der Senat hält es für unbedenklich, die Eintragung der Grundstücksauflassung im Grundbuch (§ 20 GBO) an strengere Voraussetzungen zu knüpfen als die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts. Die Regelung des § 29 GBO will den Gefahren begegnen, die aus einer unrichtigen Eintragung im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erwachsen (Bay-ObLGZ 1988, 148/150 f.; BayObLG Rpfleger 1984, 463 f.; Demharter § 29 Rn. 2). Dem Grundbuchamt sind eigene Ermittlungen verwehrt; weil Grundbucheintragungen auf einer möglichst sicheren Grundlage stehen sollen, schreibt § 29 GBO den Nachweis in besonderer Form vor. Auch in anderen Fällen, etwa dem der Erteilung einer Vollmacht (§ 167 BGB), sind die Anforderungen des materiellen Rechts geringer als die des formellen Rechts (vgl. Palandt/Heinrichs S 167 Rn. 2). Mit Rücksicht auf den Zweck des Grundbuchs, über Rechtsverhältnisse an Grundstücken und Grundstücksrechten zuverlässig Auskunft zu geben, ist dies hinzunehmen, auch wenn im Einzelfall die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, erschwert, unzumutbar oder gar unmöglich sein sollte (BayObLG Rpfleger 1984, 464) und die Beteiligten deshalb zur Durchsetzung ihres materiellen Rechts im äußersten Falle auf ein Streitverfahren angewiesen sind.

bb) Das Beurkundungsrecht schreibt für die Auflassung die Beurkundung nach den Regeln der §§ 8 ff. BeurkG vor. Der Notar darf sich also nicht von vornherein darauf beschränken, eine Urkunde nach §§ 36, 37 BeurkG zu errichten. Dies erkennt auch die Mindermeinung an (Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 11/12). Sie erblickt jedoch wegen der Schwierigkeiten, die mit einer klageweisen Durchsetzung des materiellen Rechts verbunden sind, in der ergänzenden Vorlage einer Notarsniederschrift nach §§ 36 f. BeurkG einen der besonderen Lage angepassten, sachgemäßen und ausreichenden Nachweis der Einigung im Falle der Auflassung. Damit würden jedoch die für die Aufnahme von Willenserklärungen zwingenden Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG umgangen (KG, Knothe, Lischka, jeweils aao; Huhn/von Schuckmann 9 8 Rn. 2). Dafür fehlt eine tragfähige Begründung. So hilft es auch nicht, dass der Notar die unvollständige Niederschrift über die Auflassungsverhandlung mit vorlegt. Der unwirksame und als solcher schon abgeschlossene Beurkundungsvorgang (Huhn/von Schuckmann § 13 Rn. 1; Meikel/Brambring S 29 Rn. 138; wohl auch Keidel/Winkler § 13 Rn. 50) erlangt durch die Eigenerklärung des Notars keine Gültigkeit. Das Grundbuchamt könnte die Eintragung nicht auf eine öffentliche Urkunde stützen, die die zur Eintragung des Rechtswechsels erforderlichen Erklärungen nach S 20 GBO nachweist, sondern nur auf eine solche Urkunde, die eine notarielle Tatsachenwahrnehmung beinhaltet. Dies widerspricht nicht nur dem Verhältnis der §§ ff. BeurkG zu §§ 36 f. BeurkG, sondern auch § 29 GBO. Der Begriff der öffentlichen Urkunde kann nämlich hier nicht anders ausgelegt werden als in § 415 ZPO, der seinerseits die Einhaltung der im Urkundengesetz vorgeschriebenen Form voraussetzt (Baumbach/Hartmann ZPO 59. Aufl. S 415 Rn. 7; Zöller/Geimer ZPO 22. Aufl. § 415 Rn. 2; Thomas/Putzo ZPO 22. Aufl. § 415 Rn. 3).

cc) Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum (OLG Düsseldorf DNotZ 2000, 299/301; FGPrax 1997, 194 f.; Keidel/Winkler aao) eine Heilung zwar nicht durch Tatsachenbescheinigung nach §§ 36, 37 BeurkG, wohl aber durch ergänzende Nachtragsbeurkundung ohne Anwesenheit der übrigen Beteiligten erwogen wird, ist dies für den Fall der Auflassungsbeurkundung nach § 925 BGB ausgeschlossen. Denn das Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien verlangt eine einheitliche Verhandlung nach § 8 BeurkG (Keidel/Winkler § 8 Rn. 7; DNotI-Report 1998, 34).

d) Soweit die Entscheidung des OLG Celle (MDR 1948, 258 Nr. 107 - Leitsatz -) auf eine abweichende Ansicht hindeutet, beruht jener Beschluss nach den von Huhn (Rpfleger 1977, 199 bei Fn. 9) mitgeteilten Gründen nicht auf einer anderen Beurteilung der gleichen Rechtsfrage, so dass eine Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO entfällt (BayObLGZ 1988, 24/32; 248/257 f.; Demharter § 79 Rn. 11, Keidel/Kahl FGG 14. Aufl. 28 Rn. 18).