

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Heilung beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte

A. Zielsetzung

Die geänderten Anforderungen, die der Bundesgerichtshof neuerdings an die Formgültigkeit notarieller Beurkundungen stellt, begründen die Gefahr, daß eine nicht abzuschätzende Vielzahl früher abgeschlossener Verträge, die diesen Anforderungen nicht genügen, im Rechtsverkehr als formnichtig angesehen werden, soweit der Formmangel nicht durch wirksame Auflassung und Eintragung in das Grundbuch geheilt wird. Die neue Rechtsprechung hat zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt und bewirkt, daß sich in nicht wenigen Fällen Vertragsparteien ihren Verpflichtungen zur Übertragung des Eigentums oder zur Beseitigung von Mängeln an Bauwerken zu entziehen suchen. Der Entwurf verfolgt das Ziel, diese Rechtsunsicherheit zu beenden und das Vertrauen der Beteiligten in die bisher anerkannte und bei der Beurkundung ihres Rechtsgeschäfts beobachtete Rechtspraxis zu schützen.

B. Lösung

Wer im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der bisher geübten Beurkundungspraxis Rechte erworben hat, soll diese durch die nachträglich geänderten Anforderungen an die notarielle Beurkundung grundsätzlich nicht mehr verlieren. Nach dem Entwurf kann deshalb in diesen Fällen eine Nichtigkeit, die sich aus einer — gemessen an der neuen Rechtsprechung — formmangelhaften Beurkundung herleitet, nicht geltend gemacht werden. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als ein Gericht für ein konkretes einzelnes Rechtsverhältnis bereits rechtskräftig anderweitig entschieden hat. Darüber hinaus sollen in diesen Fällen Parteien, die sich mit Rücksicht auf eine etwaige Formnichtigkeit ihres Rechtsgeschäfts gegenüber ihrem Vertragspartner zu Leistungen verpflichtet oder auf Rechte

verzichtet haben, ihre Verpflichtungs- oder Verzichtserklärung anfechten können, wenn anzunehmen ist, daß sie diese Erklärungen bei Gewißheit über die Wirksamkeit des notleidend gewordenen und nunmehr rückwirkend geheilten Rechtsgeschäfts nicht abgegeben hätten.

C. Alternativen

keine

D. Kosten

keine

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
14 (13) - 400 02 - Re 130/79

Bonn, den 3. Oktober 1979

An den Herrn
Präsidenten des Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Heilung beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte mit Begründung (Anlage 1) und Vorblatt.

Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Der Bundesrat, dem die Vorlage am 19. September 1979 als besonders eilbedürftig zugeleitet worden ist, hat in seiner 477. Sitzung am 28. September 1979 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus der Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Federführend ist der Bundesminister der Justiz.

Schmidt

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Heilung beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

§ 1

(1) Ist in der Niederschrift eines vor Inkrafttreten dieses Gesetzes notariell beurkundeten Rechtsgeschäfts auf eine öffentliche Urkunde Bezug genommen worden, so kann eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht deshalb geltend gemacht werden, weil die Urkunde der Niederschrift nicht nach § 9 Abs. 1 Satz 2 des Beurkundungsgesetzes beigefügt oder nicht nach § 13 des Beurkundungsgesetzes vorgelesen worden ist. Satz 1 ist entsprechend anzuwenden, wenn in der Niederschrift auf Karten, Pläne oder Zeichnungen oder auf Schriftstücke Bezug genommen worden ist; dies gilt nicht, wenn sich die durch das Rechtsgeschäft zu begründenden Rechte und Pflichten, zu denen die in Bezug genommenen Urkunden weitere Angaben erhalten, nicht in hinlänglich klaren Umrissen aus der Niederschrift ergeben.

(2) Die Vorschrift des Absatzes 1 gilt nicht, soweit eine rechtskräftige Entscheidung entgegensteht.

§ 2

Wer mit Rücksicht auf die Nichtigkeit eines von ihm eingegangenen Rechtsgeschäfts, die nach § 1 nicht geltend gemacht werden kann, gegenüber einem anderen an dem Rechtsgeschäft Beteiligten vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Willenserklärung abgegeben hat, durch die er sich zu Leistungen verpflichtet oder auf Rechte verzichtet hat, kann die Erklärung binnen drei Monaten nach Inkrafttreten dieses Gesetzes anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Gewißheit über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht abgegeben hätte.

§ 3

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes vom 4. Januar 1952 (BGBl. I S. 1) auch im Land Berlin.

§ 4

Das Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeines

Die geänderten Anforderungen, die der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 23. Februar 1979, 6. April 1979 und 27. April 1979 (NJW 1979, S. 1495, 1496 und 1498) an die Formgültigkeit notarieller Beurkundungen gestellt hat, begründen die Gefahr, daß eine nicht abzuschätzende Vielzahl früher abgeschlossener Verträge, die diesen Anforderungen nicht genügen, von der Rechtsprechung als formunwirksam und deshalb nichtig (§§ 313, 125 BGB) angesehen werden, soweit der Formmangel nicht durch wirksame Auflassung und Eintragung in das Grundbuch geheilt wird. Hiervon sind insbesondere Grundstückserwerbsverträge mit Bauverpflichtung des Veräußerers betroffen. Die neue Rechtsprechung hat zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Käufern und Verkäufern von Eigenheimen und Eigentumswohnungen sowie bei den Gerichten und Grundbuchämtern geführt. Sie hat darüber hinaus bewirkt, daß sich in nicht wenigen Fällen Vertragsparteien ihren Verpflichtungen zur Übertragung des Eigentums oder zur Beseitigung von Mängeln an Bauwerken zu entziehen suchen.

Wer im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der bisher geübten Beurkundungspraxis Rechte erworben hat, soll diese durch die nachträglich geänderten Anforderungen an die Formgültigkeit einer notariellen Beurkundung grundsätzlich nicht verlieren. Das Gesetz schützt deshalb die Vertragsparteien der notleidend gewordenen Verträge in ihrem Vertrauen auf die Formgültigkeit ihrer Abreden, die in Übereinstimmung mit einer bisher verbreiteten Praxis beurkundet wurden. Dabei geht es um zwei Gruppen von Fällen. Geheilt werden zum einen Rechtsgeschäfte, bei deren beurkundeter Niederschrift auf eine nicht beigelegte oder nicht erneut vorgelesene andere öffentliche Urkunde, insbesondere eine unter anderen Beteiligten beurkundete Erklärung, Bezug genommen wurde. Nach bisheriger Beurkundungspraxis brauchten andere öffentliche Urkunden auch dann, wenn sie zwischen anderen Beteiligten errichtet worden waren, nicht förmlich als Anlagen im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG behandelt zu werden, die der Niederschrift beigelegt und vorgelesen werden müssen.

Zum anderen sieht der Entwurf eine Heilung solcher Rechtsgeschäfte vor, bei denen zur Konkretisierung oder Ergänzung des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien in einer nach bisheriger Rechtsauffassung vertretbaren Weise auf nicht-öffentlich-beurkundete Unterlagen Bezug genommen wurde, ohne daß diese vorgelesen oder erörtert, genehmigt und/oder der Niederschrift als Anlage beigelegt wurden.

Nach dem Entwurf kann in diesen Fällen eine Nichtigkeit, die sich aus einer gemessen an der neuen

Rechtsprechung nicht formgerechten Beurkundung herleitet, nicht geltend gemacht werden. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als ein Gericht für ein konkretes einzelnes Rechtsverhältnis bereits rechtskräftig anderweitig entschieden, d. h. die Nichtigkeit des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts mit Rechtskraftwirkung bejaht hat. Darüber hinaus sollen in diesen Fällen Parteien, die sich mit Rücksicht auf eine etwaige Formnichtigkeit ihrer Rechtsgeschäfte gegenüber ihren Vertragspartnern zu Leistungen verpflichtet oder auf Rechte verzichtet haben, ihre Verpflichtungs- oder Verzichtserklärungen anfechten können, wenn anzunehmen ist, daß sie diese Erklärungen bei Gewißheit über die Wirksamkeit der notleidend gewordenen und nunmehr geheilten Rechtsgeschäfte nicht abgegeben hätten.

Der Entwurf beschränkt sich darauf, die Bestandskraft früherer und nach der damaligen Rechtspraxis ordnungsgemäß beurkundeter Rechtsgeschäfte zu sichern. Rückschlüsse auf eine zukünftige Ausgestaltung des Beurkundungsrechts lassen sich aus dieser Regelung — gemäß ihrer ausschließlich vertrauensschützenden Zielsetzung — nicht ziehen.

Es wird allerdings nicht verkannt, daß die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gegenüber der bisher üblichen Praxis zu nicht unerheblichen Erschwerungen des Beurkundungsverfahrens führen kann. Die Bundesregierung prüft deshalb, wieweit unter diesem Gesichtspunkt zusätzliche gesetzgeberische Maßnahmen im Interesse einer sachgerechten Ausgestaltung des Beurkundungswesens veranlaßt sind. Regelungen dieser Art wären gegebenenfalls durch eine Änderung des Beurkundungsgesetzes zu treffen.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu § 1

Nach Absatz 1 kann bei bestimmten notariell beurkundeten Rechtsgeschäften aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eine auf bestimmte Formmängel gestützte Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden.

1. Die Regelung beschränkt sich auf Rechtsgeschäfte, die vor Inkrafttreten des Gesetzes beurkundet worden sind, weil bei später beurkundeten Rechtsgeschäften kein Bedürfnis für eine Heilung von Formmängeln besteht. Die durch die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Beurkundungsanforderungen sind inzwischen hinreichend bekannt und können bei einer späteren Beurkundung beachtet werden. Seinem sachlichen Anwendungsbereich nach ist Absatz 1 nicht auf Rechtsgeschäfte begrenzt, die

eine Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstand haben. Zwar wirkt sich die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besonders bei solchen Verträgen aus. Die durch diese Rechtsprechung geänderten Beurkundungserfordernisse sind jedoch allgemein formuliert. Sie können deshalb auch für andere Verträge Bedeutung erlangen. Eine Begrenzung der Heilungsregelung auf bestimmte Typen von Rechtsgeschäften erscheint daher nicht sachgerecht.

2. Der Entwurf versagt die Geltendmachung der Nichtigkeit hinsichtlich folgender Beurkundungsmängel:

- a) Satz 1 erfaßt zunächst Rechtsgeschäfte, deren Niederschrift auf eine andere öffentliche Urkunde Bezug nimmt, ohne daß diese der Niederschrift gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG beigelegt oder nach § 13 BeurkG vorgelesen worden ist. Nach der bisher in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend und in der Beurkundungspraxis so gut wie allgemein vertretenen Rechtsauffassung konnte bei der Aufnahme einer Niederschrift im Sinne des § 9 BeurkG auf eine andere öffentliche Urkunde, insbesondere auf eine notarielle Niederschrift, Bezug genommen werden, ohne daß diese förmlich als Anlage im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG behandelt werden mußte (OLG Stuttgart, JW 1923, 1051; OLG Hamm, DNotZ 1932, 71; Thiele DNotV 1902, 497 ff; Crusius, DNotZ 1966, 662; Schelter, MittBay Not 1978, 142; Schlegelberger, FGG II, 7. Aufl., § 176 VI 3 b Abs. 1; Jansen, FGG III, BeurkG, § 9 Rdnr. 21; Reithmann-Brychmanhart, Kauf vom Bauträger, 2. Aufl., Rdnr. 369 bis 372; Höfer-Huhn-Schuckmann, BeurkG, § 9 Anm. 11; Röhl, NJW 1976, 170). Dabei wurde es als unschädlich angesehen, wenn die in Bezug genommene öffentliche Urkunde zwischen anderen Beteiligten errichtet worden war. Unter Abweichung von dieser Rechtsauffassung verlangt der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 23. Februar 1979 (NJW 79, 1495) und vom 27. April 1979 (NJW 79, 1498) für die Formgültigkeit der notariellen Beurkundung, daß eine öffentliche Urkunde, auf die in der notariellen Niederschrift verwiesen wird, jedenfalls dann vorgelesen und wohl auch beigelegt werden muß, wenn die Parteien bei der Errichtung der in Bezug genommenen Urkunde nicht beteiligt waren, die Bezugnahme auf die andere öffentliche Urkunde aber darauf ausgerichtet ist, vertragliche Pflichten auch dieser Parteien zu begründen.
- b) Satz 2 bezieht mit seinem ersten Halbsatz Rechtsgeschäfte ein, bei deren Beurkundung in Übereinstimmung mit einer bisher als zulässig erachteten Beurkundungspraxis zur Konkretisierung des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien auf nicht erörterte und genehmigte oder nicht als Anlage beigelegte „Karten, Pläne oder Zeichnungen“

Bezug genommen wurde. Karten, Pläne oder Zeichnungen, die keine Erklärungen in Wortform enthalten, waren nach bisher einhellig vertretener Rechtsauffassung, der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hatte (BGH NJW 68, 1331; 72, 1283), nicht anlagefähig i. S. d. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Daraus ist in Schrifttum und Praxis weitgehend der Schluß gezogen worden, daß derartige Unterlagen, auf die in der notariellen Niederschrift verwiesen wurde, zwar nicht den Charakter förmlicher Anlagen erhalten, aber jedenfalls im Wege der Vertragsauslegung berücksichtigt werden können (Bockemühl, formbedürftige Willenserklärungen und Bezugnahmemöglichkeiten, S. 59 ff; Weber, DNotZ 1972, 133; 1975, 564; Volhard, NJW 1975, 1684; BGH NJW 1968, 1331). In seiner Entscheidung vom 6. April 1979 (NJW 1979, S. 1496) bejaht der Bundesgerichtshof nunmehr erstmals — unter Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung — für Karten, Pläne und Zeichnungen die Anlagefähigkeit im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG und verlangt für die formgerechte Beurkundung von Rechtsgeschäften, in denen — etwa wegen der Gestaltung von Bauwerken — auf derartige Unterlagen Bezug genommen wird, daß diese Unterlagen in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 2 Beurkundungsgesetz zu einem förmlichen Bestandteil der Niederschrift über das Rechtsgeschäft gemacht worden sind.

- c) Darüber hinaus berücksichtigt Satz 2 erster Halbsatz solche Rechtsgeschäfte, deren notarielle Niederschrift auf nicht notariell beurkundete Schriftstücke Bezug nimmt.

Dabei ist insbesondere an Abreden und Erklärungen zu denken, bei denen in der beurkundeten Niederschrift zur näheren Beschreibung eines zu errichtenden Bauwerks auf eine nicht verlesene oder nicht genehmigte oder nicht beigelegte privatschriftliche „Baubeschreibung“ verwiesen wurde. In einem Urteil vom 20. Dezember 1974 (NJW 1975, S. 536) hatte der Bundesgerichtshof eine solche Bezugnahme ausdrücklich als mit dem Erfordernis der notariellen Beurkundung vereinbar angesehen und in weitem Umfang zugelassen. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof zwar in seinem Urteil vom 23. September 1977 (NJW 1978, S. 102) aufgegeben. In der Zwischenzeit bis zum Bekanntwerden dieser Entscheidung ist jedoch im Vertrauen auf den Bestand der früheren Rechtsprechung in zahlreichen notariell beurkundeten Rechtsgeschäften auf eine nicht vorgelesene und genehmigte oder nicht beigelegte privatschriftliche Baubeschreibung verwiesen worden. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen die Baubeschreibung zusammen mit der nach der früheren Rechtsauffassung noch nicht anlagefähigen Bauzeichnung ein einheitliches Schriftstück bildete. Neben Baubeschreibungen sind andere nicht-nota-

riell beurkundete Schriftstücke denkbar, deren formlose Inbezugnahme in notariellen Niederschriften zwar einer zumindest regional verbreiteten Beurkundungspraxis entsprach, den geänderten Beurkundungsanforderungen des Bundesgerichtshofs aber nicht mehr genügt. Eine abschließende Aufzählung der in Betracht kommenden Fallgruppen ist nicht möglich. Andererseits erscheint aus Gründen der Gleichbehandlung eine Einbeziehung solcher Fälle in die Heilungsregelung geboten. Satz 2 erster Halbsatz erfaßt deshalb grundsätzlich alle Rechtsgeschäfte, deren notarielle Niederschrift auf nicht öffentlich beurkundete Schriftstücke Bezug nimmt, ohne die in § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG vorgesehenen Förmlichkeiten zu beachten.

- d) Rechtsgeschäfte, deren notarielle Niederschrift auf Karten, Pläne oder Zeichnungen oder auf nicht-öffentlich beurkundete Schriftstücke Bezug nimmt, ohne die in § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG vorgesehenen Förmlichkeiten zu beobachten, werden allerdings nicht uneingeschränkt geheilt. Satz 2 zweiter Halbsatz verlangt, daß sich die durch das beurkundete Rechtsgeschäft zu begründenden Rechte und Pflichten, zu denen die in Bezug genommenen Urkunden weitere Angaben enthalten, „in hinlänglich klaren Umrissen“ aus der notariellen Niederschrift selbst ergeben. Damit wird den Anforderungen Rechnung getragen, mit denen der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 20. Dezember 1974 (NJW 1975, S. 536) den Kern eines formgebundenen Rechtsgeschäfts als Mindestumfang einer erforderlichen notariellen Beurkundung umschrieben hat. Diese Anknüpfung an die in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. Dezember 1974 aufgestellten Kriterien bedeutet zweierlei: Für die Frage der Formnichtigkeit eines vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes zustande gekommenen Rechtsgeschäfts soll der Umfang des beurkundungsbedürftigen Erklärungsinhalts nicht nach den geänderten Anforderungen des Bundesgerichtshofs bemessen werden. Andererseits soll vermieden werden, daß nunmehr rückwirkend auf solche Rechtsgeschäfte geheilt werden, deren Beurkundung bereits aus anderen Gründen als den später vom Bundesgerichtshof an eine formgültige Beurkundung gestellten Anforderungen unzulänglich war und deshalb auch von der im Beurkundungszeitpunkt geübten Rechtspraxis nicht gedeckt wurde. Eine Heilung auch solcher Fälle wäre verfassungsrechtlich bedenklich und auch rechtspolitisch nicht mehr vertretbar.

3. Absatz 1 verbietet, eine auf die in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen gestützte Formnichtigkeit geltend zu machen.

Das Verbot richtet sich nicht nur an die Parteien des formmangelhaften Rechtsgeschäfts. Auch im Verhältnis zu und unter Dritten darf

das Rechtsgeschäft nicht als nichtig behandelt werden. Hat etwa der Verkäufer eines Grundstücks im Hinblick auf den durch die neue Rechtsprechung notleidend gewordenen Kaufvertrag das Grundstück an einen zweiten Käufer veräußert, so kann sich auch der zweite Käufer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auf eine Nichtigkeit des ersten Kaufvertrags und eine daraus folgende Unwirksamkeit einer zugunsten des ersten Käufers eingetragenen Vormerkung nicht berufen.

Der Einwand nach Absatz 1 ist von Amts wegen zu beachten. Notleidend gewordene Rechtsgeschäfte können deshalb unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, etwa vor den Grundbuchämtern, nicht als nichtig angesehen werden.

Nach Absatz 2 scheidet eine Heilung der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs formmangelhaften Beurkundung aus, wenn und soweit für ein konkretes einzelnes Rechtsverhältnis rechtskräftig eine abweichende gerichtliche Entscheidung getroffen worden ist. Im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip soll nicht gesetzlich in Fällen eingegriffen werden, die ein Gericht bereits abschließend geregelt hat.

Zu § 2

In der Vergangenheit sind zahlreiche Fälle bekannt geworden, in denen Parteien notleidend gewordener Verträge ihre am Bestand dieser Verträge interessierten Vertragspartner unter Berufung auf eine sich aus der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergebenden Formnichtigkeit ihrer bisherigen Abreden veranlaßt haben, in Kaufpreiserhöhungen einzuwilligen oder auf Gewährleistungsansprüche zu verzichten. Es ist zweifelhaft, ob sich die Unwirksamkeit derartiger Abreden bei Inkrafttreten der in § 1 vorgesehenen Heilungsregelung ohne weiteres und in allen Fällen schon aus § 779 BGB herleiten ließe. Eine klare gesetzgeberische Regelung, die solchen Vereinbarungen die Bestandskraft versagt, erscheint daher geboten.

§ 2 gewährt deshalb den Parteien eines Rechtsgeschäfts in den Fällen des § 1 zusätzlich das Recht, eine vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgegebene Willenserklärung, durch die sie sich zu Leistungen verpflichtet oder auf Rechte verzichtet haben, anzufechten. Voraussetzung ist, daß die Ungewißheit über die Formwirksamkeit ihres notleidend gewordenen Rechtsgeschäfts für die Abgabe der angefochtenen Willenserklärung ursächlich war.

Die den Parteien in § 2 gewährte Befugnis ist als Anfechtungsrecht ausgestaltet, damit diese selbst entscheiden können, ob sie nach Heilung ihres — gemessen an der neuen Rechtsprechung — formmangelhaften Vertrags an der späteren Abrede, die in Einzelfällen vielleicht einen für beide Seiten nach wie vor befriedigenden Interessenausgleich geschaffen hat, festhalten wollen. Dem Interesse der Rechtssicherheit entspricht die knappe Anfechtungsfrist von drei Monaten, die mit dem Inkrafttre-

ten des Gesetzes beginnt und sicherstellt, daß die Wirksamkeit der in Frage stehenden Abreden nicht auf Dauer in der Schwebe bleibt.

Das Anfechtungsrecht ist auf die an dem notleidend gewordenen Rechtsgeschäft Beteiligten beschränkt. Abreden, welche die Partei eines notleidend gewordenen Vertrags nachträglich mit Dritten getroffen hat, bleiben folglich auch dann unberührt, wenn die Ungewißheit über die Formwirksamkeit

des notleidenden Vertrags die Partei zu dem Vertragsschluß mit dem Dritten bestimmt hat.

Zu § 3

§ 3 enthält die übliche Berlin-Klausel.

Zu § 4

Das Gesetz soll am Tag nach der Verkündung in Kraft treten.

Stellungnahme des Bundesrates

1. Zur Überschrift

Die Überschrift des Entwurfs ist wie folgt zu fassen:

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften“.

Begründung:

Die neue Rechtsprechung des BGH führt keineswegs dazu, daß in allen Fällen, in denen bei einer notariellen Beurkundung auf andere Schriftstücke oder auf Karten, Pläne oder Zeichnungen verwiesen wird, das beurkundete Rechtsgeschäft nichtig ist. Vielmehr kann sich aus verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, daß die beurkundeten Rechtsgeschäfte trotzdem wirksam sind. So können in der Niederschrift alle Rechte und Pflichten der Beteiligten abschließend aufgezählt sein, so daß in der Verweisung auf andere Unterlagen lediglich eine Wiederholung liegt. Ferner kann es sich um den im Gesetz — § 128 BGB — ausdrücklich zugelassenen Fall der getrennten Beurkundung von Angebot und Annahme handeln. Des weiteren ist jedenfalls ungeklärt, ob und inwieweit in bestimmten Fällen die Bezugnahme auf öffentliche Urkunden kraft Gewohnheitsrecht zulässig ist. Schließlich führen in vielen Fällen die Grundsätze von Treu und Glauben zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die an sich mit einem Formfehler behaftet sind. Allenfalls auf die letzte Fallgruppe paßt der Begriff der „Heilung“, wenn er auch — noch enger — so verstanden werden kann, daß überhaupt nur die unwirksamen Rechtsgeschäfte geheilt werden sollen. In weiten Kreisen der Bevölkerung sind aber Zweifel auch hinsichtlich der Wirksamkeit von Beurkundungen aufgetreten, deren Wirksamkeit sich aus anderen Gründen ergibt. Der Entwurf soll in allen Zweifelsfällen die entstandene Rechtsunsicherheit beseitigen. Die Überschrift ist deshalb zu eng gefaßt.

Abgesehen davon hat ein Gesetz, das bestimmte Beurkundungen „heilen“ soll, die unerwünschte Wirkung, daß alle für die Vergangenheit „geheilten“ Beurkundungen in Zukunft als notleidend anzusehen sind. Eine entgegenstehende Bemerkung in der Begründung des Entwurfs kann hieran nichts ändern. Der Entwurf sollte eine solche Wirkung nach Möglichkeit vermeiden. Dies ist wenigstens teilweise dadurch zu erreichen, daß nicht von „Heilung“ gesprochen wird, sondern offen bleibt, inwieweit in den angesprochenen Fällen nichtige Rechtsgeschäfte geheilt werden und inwieweit andererseits an sich wirksame Rechtsgeschäfte, über deren Wirksamkeit lediglich Zweifel entstanden sind, durch eine

gesetzliche Klarstellung in ihrem Bestand bestätigt werden.

Zudem sollte auf die in dem neuen § 2 a vorgeschlagene Änderung des Beurkundungsgesetzes hingewiesen werden.

2. Zu § 1 Abs. 1

a) In § 1 Abs. 1 Satz 1

sind die Worte „so kann eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht deshalb geltend gemacht werden“, durch die Worte „so ist das Rechtsgeschäft nicht deshalb nichtig“,

zu ersetzen.

Begründung:

Die Fassung des Entwurfs könnte dahin verstanden werden, daß in jedem Fall einer Bezugnahme auf eine öffentliche Urkunde oder andere Schriftstücke das beurkundete Rechtsgeschäft nichtig sei. Dies trifft aber nicht zu, weil auch nach der neuen Rechtsprechung des BGH Nichtigkeit dann nicht anzunehmen ist, wenn durch die Bezugnahme keine zusätzlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien begründet oder näher ausgestaltet werden, und weil bei der Annahme eines notariell beurkundeten Vertragsangebots nach § 128 BGB sich die Zulässigkeit der Bezugnahme auf das Vertragsangebot unmittelbar aus dem Gesetz (§ 128 BGB) ergibt. Diese Regelung sollte durch den vorliegenden Entwurf nicht in Frage gestellt werden; darüber hinaus erscheint es auch nicht angebracht, daß der Entwurf — ohne die Frage überhaupt zu behandeln, ob und inwieweit insoweit Gewohnheitsrecht entstanden ist — etwa entstandene gewohnheitsrechtliche Regelungen rückwirkend außer Kraft setzt.

Vielmehr bedarf es keiner ausdrücklichen Stellungnahme, inwieweit eine bestimmte Beurkundungspraxis in Anlehnung an die neue Rechtsprechung des BGH mit Formfehlern behaftet und eine dadurch herbeigeführte Nichtigkeit lediglich unter dem Gesichtspunkt der Wahrung von Treu und Glauben geheilt werden muß. Da in weiten Kreisen der Bevölkerung Zweifel auch hinsichtlich der Wirksamkeit von Beurkundungen aufgetreten sind, deren Wirksamkeit sich aus anderen Gründen ergibt, sollte der Entwurf diese Zweifel beseitigen, ohne sich auf eine „Heilung“ unter dem Gesichtspunkt der Wahrung von Treu und Glauben zu beschränken. Im übrigen steht die Fassung des Entwurfs im Widerspruch zur Begründung (Abschnitt B,

zu § 1, Nr. 3). Dort wird übersehen, daß Formnichtigkeit von Amts wegen zu beachten ist, ohne daß sie geltend gemacht werden muß. Es empfiehlt sich deshalb nicht, lediglich einen Einwand vorzusehen, der der Nichtigkeit entgegengesetzt werden kann; zudem besteht die Gefahr, daß die Gerichte in Anlehnung an den Wortlaut des Entwurfs und im Gegensatz zur Begründung sich nicht für befugt ansehen könnten, den Einwand von Amts wegen zu beachten.

- b) In § 1 Abs. 1 Satz 2 ist der zweite Halbsatz wie folgt zu fassen:

„dies gilt nicht, wenn sich der Hauptinhalt der durch das Rechtsgeschäft zu begründenden Rechte und Pflichten nicht in hinlänglich klaren Umrissen aus der Niederschrift ergibt.“

Begründung:

In seiner Entscheidung vom 20. Dezember 1974 (NJW 1975, 536) hat der BGH den Mindestumfang einer notariellen Beurkundung umschrieben. Danach muß der Hauptinhalt der Verpflichtungen in hinlänglich klaren Umrissen im Text der formgerechten Urkunde selbst angegeben sein. Nach der Begründung des Entwurfs soll durch § 1 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz klargestellt werden, daß ein Rechtsgeschäft, dessen Beurkundung diesen Mindestanforderungen nicht entspricht, nicht geheilt wird. Die Fassung des Entwurfs geht jedoch darüber hinaus. Sie läßt den Schluß zu, daß alle durch das Rechtsgeschäft zu begründenden Rechte und Pflichten zumindest andeutungsweise in der Niederschrift enthalten sein müssen. Damit werden gegenüber den vom BGH aufgestellten Grundsätzen erhöhte Anforderungen gestellt. Da die für die Parteien weniger bedeutsamen Rechte und Pflichten nicht selten in den in Bezug genommenen Schriftstücken enthalten sind, besteht nach der Fassung des Entwurfs die Gefahr, daß nicht alle heilungsbedürftigen Rechtsgeschäfte von der Heilungsregelung erfaßt werden. Es erscheint deshalb angezeigt, die vom BGH aufgestellten Mindestanforderungen wörtlich in das Gesetz zu übernehmen, um so zu verdeutlichen, daß nur bei Nichtbeurkundung des Hauptinhalts der Rechte und Pflichten, die der BGH in seiner Entscheidung im übrigen näher konkretisiert hat, eine Heilung ausscheidet.

3. Zu § 2

§ 2 ist wie folgt zu fassen:

„§ 2

Ein Vertrag, durch den sich der Beteiligte eines nach § 1 wirksamen Rechtsgeschäfts vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gegenüber einem anderen Beteiligten zu Leistungen verpflichtet

oder auf Rechte verzichtet hat, weil dieser die Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts geltend gemacht hat, ist unwirksam.“

Begründung

Die Regelung des Entwurfs ist insoweit zu eng, als sie nur die Beteiligten an einer solchen Beurkundung schützt, die tatsächlich nichtig ist. Mindestens ebenso schutzwürdig sind aber die Beteiligten an einer solchen Beurkundung, die zwar wirksam ist, deren Wirksamkeit aber trotzdem vom anderen Vertragspartner unter Berufung auf die neue Rechtsprechung des BGH in Zweifel gezogen worden ist.

Darüber hinaus sollte nicht die vom Entwurf vorgesehene Anfechtungsregelung gewählt werden. Wie die Begründung des Entwurfs zutreffend ausführt, könnte sich die Unwirksamkeit von Abreden über Kaufpreiserhöhungen oder Verzicht auf Gewährleistungsansprüche schon aus § 779 BGB herleiten. Der Begründung ist auch insoweit beizutreten, daß hierüber Zweifel bestehen können. Unter diesen Umständen ist es sachgerecht, diese Zweifel durch eine Regelung zu beseitigen, die eng an § 779 BGB anknüpft und wie diese die Folgen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage eindeutig umreißt. Demgegenüber hätte der Vorschlag des Entwurfs zur Folge, daß bei Versäumung der Anfechtungsfrist zusätzlich geprüft werden muß, ob und inwieweit § 779 BGB anwendbar ist und zur Nichtigkeit zusätzlicher Abreden führt. Die vom Entwurf mit der Anfechtungsregelung angestrebte Rechtssicherheit ist deshalb nicht erreichbar.

4. Zu § 2 a — neu —

Nach § 2 ist folgender § 2 a einzufügen:

„§ 2 a

Das Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969 (BGBl. I S. 1513), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Juli 1976 (BGBl. I S. 1749), wird wie folgt geändert:

1. In § 13 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Karten, Pläne oder Zeichnungen, die der Niederschrift als Anlage beigelegt sind (§ 9 Abs. 1 Satz 2), müssen den Beteiligten anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt werden; in der Niederschrift soll festgestellt werden, daß dies geschehen ist.“

2. Nach § 13 wird folgender § 13 a eingefügt:

„§ 13 a

Eingeschränkte Vorlesungs- und Beifügungspflicht

Wird in einer Niederschrift auf eine nach den Vorschriften dieses Gesetzes beurkundete Erklärung Bezug genommen, so braucht diese Urkunde der Niederschrift nicht als Anlage beigelegt (§ 9 Abs. 1 Satz 2) und nicht

vorgelesen (§ 13) zu werden, wenn die notarielle Urkunde in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift bei der Aufnahme der Niederschrift vorliegt und die Beteiligten erklären, daß ihnen der Inhalt dieser Urkunde bekannt ist und daß sie auf die Beifügung und Verlesung der Urkunde verzichten. Wird in einer Niederschrift auf nach den Vorschriften dieses Gesetzes beurkundete Karten, Pläne oder Zeichnungen verwiesen, so brauchen diese der Niederschrift nicht beigelegt zu werden (§ 9 Abs. 1 Satz 2), wenn die Urkunde in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift vorliegt und die Beteiligten erklären, daß ihnen der Inhalt der Karten, Pläne oder Zeichnungen bekannt ist und daß sie auf die Beifügung der Urkunde verzichten. Unbeschadet des § 17 soll der Notar die Beteiligten auch über die Bedeutung der Bezugnahme oder Verweisung belehren. In der Niederschrift muß festgestellt werden, daß die Beteiligten auf die Beifügung und im Fall des Satzes 1 auf das Vorlesen verzichtet haben; es soll festgestellt werden, daß auch die übrigen in Satz 1 und 2 genannten Voraussetzungen vorgelegen haben. Der Notar soll darauf hinwirken, daß sich die durch das Rechtsgeschäft zu begründenden Rechte und Pflichten in hinlänglich klaren Umrissen aus der Niederschrift und ihren Anlagen ergeben.“

Begründung

Entgegen der Begründung des Entwurfs hat dieser schon deshalb Auswirkungen auf die zukünftige Ausgestaltung des Beurkundungsrechts, weil er stillschweigend davon ausgeht, daß auch solche Beurkundungen nichtig sind, die dem § 128 BGB oder einem etwa bestehenden Gewohnheitsrecht hinsichtlich der Möglichkeit der Bezugnahme auf öffentliche Urkunden entsprechen. Darüber hinaus ist es nicht vertretbar, die von der Begründung des Entwurfs eingeräumten Erschwerungen des Beurkundungsverfahrens auch nur für eine begrenzte Zeit hinzunehmen, weil die damit verbundenen umfangreichen Verlesungen die Beteiligten davon abhalten können, sich vom Notar über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren zu lassen, so daß der mit dem Beurkundungszwang verbundene Zweck in Frage gestellt wird. Darüber hinaus belastet der Zwang, jeder Ausfertigung einer Urkunde umfangreiche Anlagen beizufügen, die Beteiligten mit unverhältnismäßigen Kosten. Schließlich besteht die Gefahr, daß die erst vom BGH eröffnete Möglichkeit der öffentlichen Beurkundung von Karten, Plänen oder Zeichnungen und die

vom BGH hierzu sehr unbestimmt angegebenen Voraussetzungen der Durchsicht und Erörterung erneut zu Zweifeln über die Wirksamkeit notarieller Beurkundungen Anlaß geben. Insoweit muß sofort eine klare gesetzliche Regelung geschaffen werden.

Zu Nummer 1

Die Ergänzung des § 13 BeurkG stellt zunächst klar, daß Karten, Pläne oder Zeichnungen der Niederschrift als Anlage nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG beigelegt werden können. Da derartige Unterlagen nicht verlesen werden können, muß an die Stelle der Verlesung die Vorlage der Unterlagen zur Durchsicht treten; Vorbild hierfür ist die Regelung in § 23 BeurkG, wo schon das geltende Recht einen Fall regelt, in dem die Verlesung nicht dazu führt, daß ein Beteiligter vom Inhalt der Urkunde Kenntnis nehmen kann, weil er taub ist. Darüber hinaus kann die vom BGH erwähnte Erörterung der Unterlagen nicht als Wirksamkeitserfordernis aufgestellt werden, da sonst in keinem Fall festgestellt werden könnte, ob wirksam beurkundet worden ist, weil nachträglich nicht im einzelnen feststellbar ist, ob eine ausreichende Erörterung stattgefunden hat. Vielmehr ist die Erörterung schon durch § 17 vorgeschrieben, wobei es sich allerdings um eine Sollvorschrift handelt, so daß eine etwaige Verletzung auf die Wirksamkeit der Beurkundung keinen Einfluß haben kann. Damit ist auch ausgeschlossen, daß die Wirksamkeit ordnungsgemäßer Beurkundungen mit der Behauptung angegriffen wird, die Karten, Pläne oder Zeichnungen seien nicht ausreichend erörtert worden.

Zu Nummer 2

Die Vorschrift läßt Bezugnahmen auf notarielle Urkunden zu, stellt aber gleichzeitig sicher, daß keine Zweifel über den Inhalt der Erklärungen der Parteien entstehen können. Um zu vermeiden, daß sich der wesentliche Inhalt der beurkundeten Erklärungen erst aus den in Bezug genommenen Urkunden ergibt, verpflichtet eine Sollvorschrift den Notar, die Rechte und Pflichten der Beteiligten in hinlänglich klaren Umrissen in die Niederschrift selbst aufzunehmen. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der schon in § 1 des Entwurfs verwendet ist. Um sich hieraus ergebende Zweifel an der Wirksamkeit einer Beurkundung auszuschließen, soll es sich hierbei nicht um ein Wirksamkeitserfordernis, sondern lediglich um eine Sollvorschrift handeln, deren Einhaltung aber für den Notar Pflicht ist.

Anlage 3**Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates****Zu 1. und 4.**

Die Bundesregierung wird prüfen, ob und in welcher Weise den über die Heilungsregelung der §§ 1, 2 hinausgehenden Vorschlägen des Bundesrates zu einer Änderung des Beurkundungsgesetzes Rechnung getragen werden kann. Vorläufige Prüfungen haben ergeben, daß es sich hier um vielschichtige Fragen handelt, die eingehender Überlegungen bedürfen. Keinesfalls darf die Verabschiedung der Heilungsregelung verzögert werden.

Zu 2.*Zu a)*

Dem Vorschlag wird im Ergebnis zugestimmt.

Zu b)

Die Bundesregierung wird die Fassung dieses Halbsatzes im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens überprüfen.

Zu 3.

Dem Vorschlag wird zugestimmt.