

49. Brief: Die Formen des Rechtsgeschäfts

Liebe Passionara!

Aus den grundlegenden Ausführungen zu unserer 6+2-Säulen-Vertrags-Theorie ergab sich für uns folgende wichtige Regel: Ein Vertrag kommt nur zustande, wenn ein wirksames Angebot in wirksamer Weise angenommen wird: Angebot – Zugang – Annahme – Zugang – Deckungsgleichheit – Annahmefähigkeit des Angebots zum Zeitpunkt der Annahme. Liegt nur eines dieser Säulen-Elemente nicht vor, so ist der Vertrag nicht wirksam geschlossen worden.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass umgekehrt bei Vorliegen all dieser vertraglichen „Säulenheiligen“ immer ein wirksamer Vertrag zustande gekommen sein muss. Vielmehr handelt es sich bei den dargestellten Merkmalen lediglich um Grundvoraussetzungen, neben denen das Gesetz für manche Fallkonstellationen weitere Voraussetzungen aufstellt. So kommt z.B. ein Rechtsgeschäft trotz Vorliegens aller Grundvoraussetzungen nicht zustande, wenn ein Beteiligter wegen Minderjährigkeit oder krankhafter Beeinträchtigung der Geistestätigkeit geschäftsunfähig ist (§§ 104, 105).

Jetzt wollen wir nun die Frage untersuchen, in welchen Fällen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig ist.

Beispiele:

- a. *Bürg einigt sich mündlich mit dem Gläubiger G, dass er für die Schulden des S aufkommen werde, wenn dieser nicht zahle.*
- b. *Zur Beilegung eines längeren Nachbarstreits über den gemeinsamen Grenzverlauf einigen sich die Grundstückseigentümer E und N darauf, dass beide je eine kleine Teilfläche von ihrem Grundstück dem anderen übereignen. Zur Besiegelung ihrer Einigung errichten sie hierüber einen schriftlichen Tauschvertrag.*
- c. *Student S und Vermieter V kommen mündlich überein, dass S ein möbliertes Zimmer von V für ein Jahr anmietet und vereinbaren, den Vertrag vor Mietbeginn noch schriftlich aufzusetzen.*
- d. *Onkel O verspricht der Studentin Sabine, ihr ein VW-Cabrio zu schenken, wenn diese ihr Examen besser als mit „ausreichend“ bestehe.*
- e. *Versandhändler V einigt sich mit Teeliebhaber T, diesem ohne zeitliche Beschränkung alle zwei Monate 500 g Jasmintee mit Veilchenduft zu liefern.*

f. Student S will im nächsten Semester in Hamburg studieren. Er besichtigt dort ein von V angebotenes Zimmer, das ihm gefällt. Später schreibt er von seinem Wohnort aus an V, dass er das Zimmer für zwei Jahre nehme. V antwortet schriftlich, dass er einverstanden sei.

Grundsatz der Formfreiheit

Man könnte – entsprechend einer verbreiteten Vorstellung in der Bevölkerung – annehmen, ein Rechtsgeschäft (RG), speziell ein Vertrag, sei nur dann wirksam, wenn es schriftlich geschlossen wird. („Wer schreibt, der bleibt.“); („Nur was du schwarz auf weiß besitzt, kannst du getrost nach Hause tragen.“)

Eine solche gesetzliche Regelung hätte zweifellos Vorteile, insbesondere würde sie erheblich zur Beweiserleichterung im Streitfall beitragen. Sie würde nämlich im Zivilprozess die Antwort auf die Frage erleichtern, ob z.B. die Behauptung des V im Fall e. zutrifft, er habe sich mit T auf die wiederholten Teelieferungen geeinigt. V hätte dann immer ein Schriftstück zur Verfügung, auf das er sich zu Beweis Zwecken stützen könnte.

Trotzdem hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Schriftform – oder eine andere Form – für alle Rechtsgeschäfte verbindlich festzuschreiben. Eine solche Regelung wäre auch völlig unpraktikabel, weil die Zahl der täglich abgeschlossenen Rechtsgeschäfte unübersehbar groß ist und ein ausnahmsloses Formerfordernis das Rechtsleben unerträglich hemmen würde. Außerdem würde eine solche Regelung der oft untergeordneten Bedeutung vieler Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens nicht gerecht. Stell Dir vor, welche Schreibarbeiten an einem verkaufsoffenen Adventswochenende allein in einem Warenhaus bewältigt werden müssten.

Aus diesem Grunde gilt folgende Regel: **Alle Rechtsgeschäfte sind auch ohne Beachtung einer besonderen Form wirksam bis auf jene, für die eine solche Form – in aller Regel ausdrücklich durch Gesetz – vorgeschrieben ist.**

Diese wichtige Regel bringt es mit sich, dass für die quantitativ weitaus meisten der im Rechtsverkehr tagtäglich geschlossenen Alltags-Rechtsgeschäfte eine bestimmte Form nicht eingehalten werden muss. Das Kaufrecht verwendet für diese Alltags-Geschäfte den Sammelbegriff des „Verbrauchsgüterkaufs“, vgl. § 474 Abs. 1 BGB; zum Begriff des Verbrauchers vgl. § 13 BGB. Auch die Anbahnung und der Abschluss von Verträgen über Internet-Angebote, die mit entsprechenden Bestellformularen ausgestattet sind, oder über den Austausch von E-Mails werden grundsätzlich von der Formfreiheit des Privatrechts gedeckt.

Vorschriften, die für bestimmte Rechtsgeschäfte die Einhaltung einer Form verlangen, also eine Durchbrechung der Formfreiheit darstellen, ergeben sich zumeist aus dem Gesetz. Sie können aber auch auf einer von den Parteien aus freien Stücken getroffenen Vereinbarung beruhen.

Die verschiedenen Formtypen (siehe Tabelle Seite 5)

Für beide Fälle, also den gesetzlichen und den vereinbarten Formzwang, stellt das Gesetz nun folgende Formen für den Rechtsverkehr zur Verfügung:

- **Schriftform**, § 126 BGB
- **Elektronische Form**, § 126 a BGB; sie kann nach § 126 Abs. 3 die Schriftform ersetzen, vorbehaltlich einer anderen gesetzlichen Regelung (so z.B. § 623 BGB)
- **Textform**, § 126 b BGB
- **Öffentliche Beglaubigung der Unterschrift**, § 129 BGB
- **Notarielle Beurkundung**, § 128 BGB
- **Bestimmte exotische Sonderformen**, z.B. § 2247 BGB

Die Rechtsfolgen der Nichteinhaltung einer Form

Der Verstoß gegen eine vorgeschriebene gesetzliche Form

Ist eine dieser Formen durch das Gesetz vorgeschrieben, so muss sie eingehalten werden, sonst ist das Rechtsgeschäft – jedenfalls grundsätzlich – nichtig gem. § 125 S. 1. Bitte mach Dir diesen Inhalt der Vorschrift, ihr WENN-DANN-Konditionalprogramm, durch sorgfältiges Lesen bewusst!

WENN:

- „durch Gesetz vorgeschriebene Form“ (heißt also: „falls eine Form durch Gesetz vorgeschrieben ist“) und
- „Rechtsgeschäft ermangelt dieser Form“

DANN: Rechtsfolge: „nichtig“.

Beispiel: Im Fall a. ist der Bürgschaftsvertrag gem. § 125 S. 1 nichtig, weil die in § 766 S. 1 für die Bürgschaftserklärung des Bürgen vorgeschriebene Schriftform nicht eingehalten worden ist.

Findet sich im Gesetz keine auf das betreffende Rechtsgeschäft anwendbare Vorschrift, die ein bestimmtes Formerfordernis enthält, so ist das Rechtsgeschäft formfrei wirksam, d.h. keinem bestimmten Formzwang unterworfen, falls die Parteien nicht von sich aus die Einhaltung einer bestimmten Form vereinbart haben. Dies bedeutet, dass das Rechtsgeschäft schon durch mündliche Erklärung, durch Gesten, durch konkludentes Handeln und in Ausnahmefällen auch durch Schweigen zustande kommen kann. Im Fall e) bewirkt auch nicht der unbegrenzte Zeitraum der „Dauerbestellung“ des T, dass der Vertrag auch nur schriftlich abgeschlossen werden müsste, weil eine entsprechende Formvorschrift für lebenslange Dauerlieferungen im Gesetz nicht existiert.

Der Verstoß gegen einen vereinbarten Formzwang

Haben die Parteien demgegenüber bei oder auch schon vor Vertragsschluss vereinbart, dass ein bestimmtes, nach dem Gesetz formfreies Rechtsgeschäft erst durch Abschluss in einer bestimmten Form wirksam werden soll, so muss diese Form eingehalten werden. Auch in diesen Fällen führt die Nichteinhaltung der Form regelmäßig zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 2).

Für den Fall c. schreibt das Gesetz in der allein in Frage kommenden Vorschrift des § 550 S. 1 die Einhaltung der Schriftform nicht vor, weil der Vertrag nicht für einen längeren Zeitraum als ein Jahr geschlossen wird. Dennoch ist der Mietvertrag „im Zweifel“ gem. § 125 S. 2 nichtig, weil die Parteien die Schriftform zwar vereinbart, aber (noch) nicht eingehalten haben. Streng genommen ist in diesem Fall der nur mündlich vereinbarte Mietvertrag gem. § 154 Abs. 2 sogar noch nicht einmal als geschlossen anzusehen. Der Unterschied dieser Regelung zu derjenigen des § 125 S. 2 ist aber nur theoretischer Natur und so minimal, dass er hier vernachlässigt werden soll.

Im Gegensatz zu dem soeben gefundenen Ergebnis ist es allerdings auch möglich, dass beide Parteien trotz der Schriftformabrede die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht von der Einhaltung der Form abhängig machen wollten. Auch solche Abreden sind wegen des Prinzips der Vertragsfreiheit zulässig und kommen z.B. vor, wenn es den Parteien mit der Formabrede ausschließlich um Beweissicherungszwecke (dazu sogleich Näheres) geht.

Privatautonomie

Grundsatz: Formfreiheit

Grundsätzlich sind alle Rechtsgeschäfte ohne Beachtung einer besonderen Form wirksam, bis auf jene, für die eine Form – in aller Regel ausdrücklich – vorgeschrieben ist

Ausnahme: Form

Gesetzlich vorgeschrieben

Freiwillig übernommen

Schriftform
§ 126 oder
Elektronische Form
§ 126 a

Öffentliche Beglaubigung
§ 129

Notarielle Beurkundung
§ 128 und BeurkG

Sonderformen

Textform
§ 126 b

- z.B.
- § 550 S. 1 – MietV über 1 Jahr hinaus
 - § 766 S. 2 – Bürgschaftserklärung
 - § 623 – Kündigung im Arbeitsrecht (nur Schriftform)

- z.B.:
- § 77 – Anmeldung eines Vereins ins Vereinsregister
 - § 655b – Darlehnsvermittlungsvertrag
 - § 1154 – Übertragung einer briefhypothekarisch gesicherten Forderung
 - § 1945 – Ausschlagung einer Erbschaft

- z.B.:
- § 311 I b – Verträge über Grundstücke
 - § 518 I – Schenkungssprechen
 - § 2276 – Erbvertrag
 - § 1410 – Ehevertrag

- z.B.
- Eigenhändigkeit des gesamten Textes (z.B. eigenhändiges Testament § 2247)
 - Ausschluss der Stellvertretung (z.B. Eheschließung § 1311)
 - gleichzeitige Anwesenheit bei einer zuständigen Stelle (z.B. Erklärung der Auflassung § 925)

- z.B.
- Lesbare, aber unterschriftslose Erklärung,
z.B.:
- § 556a II – Betriebskostenabrechnung
 - § 410 HGB – Mitteilung ü. Gefahrguttransport

Von den Parteien, ohne gesetzliche Notwendigkeit, selbst vereinbarte Formvorschrift

Die „Im Zweifel“-Regel des § 125 S. 2 BGB

Durch die Formulierung „im Zweifel“ in § 125 S. 2 wird deutlich, dass nicht jede Vereinbarung der Parteien über eine einzuhaltende Form eine Wirksamkeitsvoraussetzung für das Rechtsgeschäft darstellen muss.

Die Gesetzesformulierung „im Zweifel“ gibt gerade Juraanfängern sehr häufig Anlass zu Missverständnissen. Du wirst diese Formulierung noch an sehr vielen Stellen des Gesetzes antreffen. Es ist Dir daher dringend anempfohlen, Dir den Regelungsgehalt solcher Formulierungen gut einzuprägen.

Durch die Formulierung „im Zweifel“ stellt das Gesetz eine sog. Auslegungsregel auf. Diese betrifft in unserem Fall die Frage, ob die Parteien tatsächlich die Wirksamkeit des Vertrages von der Einhaltung der Form abhängig machen wollten oder nicht. Diese Frage ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 zu klären. Ist diese Frage z.B. in einem späteren Prozess zwischen den Parteien streitig, so sind zwei Ergebnisse einer evtl. Beweisaufnahme zu diesem Thema denkbar: Es kann nämlich entweder zur Überzeugung des Gerichts – nach Auslegung anhand der §§ 133, 157 – feststehen, dass eine Wirksamkeitsvoraussetzung oder das Gegenteil gemeint war. Sehr häufig sind aber auch die Fälle, in denen diese Frage auch durch die dem Gericht zur Verfügung stehenden Aufklärungsmethoden nicht abschließend geklärt werden kann, aus der Sicht des Richters also beide Möglichkeiten gemeint gewesen sein können, mithin „Zweifel“ bleiben. Für diesen Fall, dass die Auslegung der Formvereinbarung zu keinem Ergebnis führt, nur für diesen Fall ordnet die „im Zweifel“-Regel an, was gelten soll, – in unserem Fall also, dass dann von einer vereinbarten Wirksamkeitsvoraussetzung für das vereinbarte Rechtsgeschäft auszugehen ist.

Man spricht in den Fällen des § 125 S. 2 von der gewillkürten – aus dem freien Willen gekorenen – Form in Abgrenzung von der gesetzlichen, also der gesetzlich vorgeschriebenen, Form.

Einhaltung einer Form auch ohne Verpflichtung

Der Vollständigkeit halber zu erwähnen bleibt, dass es den Parteien in allen Fällen – also auch dann, wenn weder das Gesetz die Einhaltung einer bestimmten Form vorschreibt, noch eine entsprechende Parteivereinbarung bisher vorliegt – immer freisteht, jede beliebige Formvorschrift einzuhalten, was schon aus Beweisgründen in der Praxis sehr häufig – zum Teil auch erst nach Vertragsschluss – geschieht.

So werden in der Regel Kaufverträge über Sachen von gewissem Wert in schriftlicher Form geschlossen, obwohl sie auch formlos wirksam wären. Dies geschieht, damit bei späteren Auseinandersetzungen, z.B. über evtl. Ansprüche wegen der Beschaffenheit der Sache, die hierzu getroffenen Vereinbarungen im Einzelnen nachgewiesen werden können.

Einige wichtige Fälle gesetzlich vorgeschriebener Form

Der Gesetzgeber hat insbesondere in solchen Fällen den Formzwang angeordnet, in denen er Anlass sah, zumindest einen der Beteiligten auf die weitreichenden Folgen des Rechtsgeschäfts hinzuweisen und ihm so dessen besondere Bedeutung bewusst zu machen („Warnfunktion“). Außerdem dient der Formzwang regelmäßig auch der schon angesprochenen Beweisfunktion: Durch die bei allen Formtypen notwendige schriftliche Fixierung der abzugebenden Willenserklärungen wird sichergestellt, dass auf den Wortlaut der Vereinbarungen jederzeit zurückgegriffen werden kann. Weitere Funktionen des Formzwanges sind die Aufklärungs- und Beratungsfunktion.

- *„Hab ich nie gesagt“* – *dagegen hilft die **Beweisfunktion***
- *„Hab ich nicht gewollt“* – *dagegen hilft die **Warnfunktion***
- *„Hab ich nicht gewusst“* – *dagegen hilft die **Aufklärungsfunktion***
- *„Hab ich nicht bedacht“* – *dagegen hilft die **Beratungsfunktion***

Fälle der gesetzlich vorgeschriebenen notariellen Beurkundung

Alle soeben angesprochenen Funktionen des Formzwanges werden am besten erfüllt bei der Beurkundung des Rechtsgeschäftes durch einen Notar, weil dieser die Parteien gem. § 17 Abs. 1 BeurkG über die rechtliche Tragweite des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes zu belehren, die Parteien zu beraten und über Tücken aufzuklären hat. Die notarielle Beurkundung ist deswegen auch bei besonders bedeutsamen, rechtlich oder wirtschaftlich weitreichenden Rechtsgeschäften durch das Gesetz vorgeschrieben.

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang für Dich der sich aus § 311 b Abs. 1 S. 1 ergebende Beurkundungszwang bei Grundstücksgeschäften. Er betrifft nach dem weitreichenden Wortlaut des § 311 b Abs. 1 S. 1 nicht etwa nur Kaufverträge, die in der Rechtspraxis allerdings im Vordergrund stehen, sondern jede Art von Verträgen, in denen eine Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück begründet wird. Erfasst sind daher z.B. auch Tauschverträge (Fall b) und Schenkungen. Der Beurkun-

dungszwang gilt im Übrigen auch für die Übereignung von bloßen Teilflächen (Fall b), weil diese im Rechtssinne ebenfalls Grundstücke darstellen.

Ebenfalls der notariellen Beurkundung bedürfen Schenkungsversprechen (§ 518 Abs. 1 S. 1, Fall d).

Andere bedeutsame Fälle wirst Du später – insbesondere im Nachlassrecht und im Familienrecht – kennen lernen. Dabei wird es sich immer um Rechtsgeschäfte von weitreichender rechtlicher, persönlicher oder wirtschaftlicher Tragweite handeln.

Ist die öffentliche Beurkundung einer Willenserklärung vorgeschrieben, so ist die Erklärung nach förmlichen Regeln von einer Urkundsperson in einer schriftlichen Urkunde niederzulegen. Die Einzelheiten hierzu ergeben sich aus dem Beurkundungsgesetz (BeurkG), das wegen seines spezifischen Inhalts aus dem BGB zu seiner „Entlastung“ herausgelöst worden ist.

Die Urkundspersonen

Zuständige Urkundsperson ist gem. § 20 Abs. 1 BNotO in erster Linie der Notar. Der Notar wird als unabhängiger (also nicht beamteter!) Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen durch die Landesjustizverwaltung bestellt (§ 1 BNotO). Einzelheiten über die Stellung des Notars und seine Amtspflichten ergeben sich aus den weiteren Bestimmungen der Bundesnotarordnung, auf die hier nur hingewiesen werden soll. Abweichendes gilt aus historischen Gründen in Baden-Württemberg, wo die Notare als Bezirksnotare Beamte sind. Sie üben dort zusätzlich auch bestimmte Funktionen aus, die im übrigen Bundesgebiet den Amtsgerichten zugewiesen sind.

Neben dem Notar sind für die Beurkundung bestimmter Vorgänge auch andere Stellen zuständig, so das Amtsgericht (§ 62 BeurkG), bestimmte Beamte und Angestellte des Jugendamtes (§ 59 SGB VIII – KJHG) und der Konsularbeamte (§ 10 KonsG). Auch diese Stellen haben – die Konsularbeamten mit gewissen Erleichterungen aus §§ 10 Abs. 3 KonsG – ebenso wie der Notar selbst (§ 1 Abs. 1 BeurkG) die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes einzuhalten (§ 1 Abs. 2 BeurkG).

Die Beteiligten können grundsätzlich frei wählen, von welchem Notar sie die Beurkundung vornehmen lassen wollen. Der Notar darf jedoch nur innerhalb seines Amtsbezirks tätig werden (§ 11 Abs. 1 und 2 BNotO, vgl. aber § 2 BeurkG). Der Notar ist an der Beurkundung gehindert, wenn er, sein Ehegatte oder ein Verwandter der geraden Linie (§ 1589 S. 1) an der Beurkundung beteiligt sind (§ 6 BeurkG). Ebenso sind Beurkundungen unwirksam, die darauf

gerichtet sind, dem Notar, seinem Ehegatten oder bestimmten Verwandten einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen (§ 7 BeurkG).

Beispiel: Der Notar kann das Angebot eines Interessenten nicht wirksam beurkunden, der ein Hausgrundstück von ihm kaufen will. Der Notar würde nämlich den rechtlichen Vorteil erlangen, durch die Annahme des Angebotes den Kaufvertrag schließen zu können.

Einzelheiten der notariellen Beurkundung

Die Beurkundung erfolgt in Form einer Verhandlung, über die der Notar eine Niederschrift aufzunehmen hat (§ 8 BeurkG).

- **Anforderungen an die Niederschrift des Notars**

Die Niederschrift muss die Bezeichnung des Notars und der Beteiligten enthalten (§ 9 Abs. 1 Ziff. 1 BeurkG). Dabei sollen die Beteiligten so genau bezeichnet werden, dass Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind und ersichtlich ist, ob der Notar die Beteiligten kennt oder wie er sich Gewissheit über ihre Person verschafft hat (§ 10 Abs. 1 und 2 BeurkG). Der Notar muss außerdem – allerdings nur, wenn Anhaltspunkte hierfür bestehen – vor der Beurkundung prüfen, ob einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Ist dies der Fall, soll die Beurkundung unterbleiben. Ist eine Klärung dieser Frage nicht möglich, nimmt der Notar die Beurkundung vor, soll seine Zweifel jedoch in die Niederschrift aufnehmen. Das gilt auch, wenn ein Beteiligter während der Beurkundung schwer krank ist (§ 11 Abs. 1 und 2 BeurkG). Weiter soll der Notar die Vertretungsmacht eines Beteiligten überprüfen, wenn dieser Erklärungen in fremdem Namen abgeben will. Eine ihm vorgelegte Vollmacht soll er in Urschrift oder beglaubigter Abschrift der Niederschrift beifügen (§ 12 S. 1 BeurkG).

Bei der Regelung des § 12 S. 1 BeurkG handelt es sich um eine sog. Sollvorschrift, wie sie Dir noch häufig begegnen wird. Die Verwendung des Wortes „soll“ in diesen Vorschriften ist häufig Anlass zu Missverständnissen: Es ist nämlich nicht etwa so, dass der betreffende Normadressat, hier also der Notar oder die sonstige Urkundsperson, nicht verpflichtet wäre, die Bestimmung einzuhalten. Die „Sollvorschrift“ ist vielmehr uneingeschränkt ebenso verbindlich wie jede „Mussvorschrift“. Unterschiede bestehen lediglich bei der Rechtsfolge: Während das Nichteinhalten einer Mussvorschrift regelmäßig die Unwirksamkeit der Rechtshandlung nach sich zieht (vgl. z.B. § 125), steht der Ver-

stoß gegen eine Sollvorschrift der Wirksamkeit nicht entgegen. Gleichwohl muss z.B. der Notar bei Verstößen gegen Sollvorschriften mit Maßnahmen der Dienstaufsicht rechnen. Verlangt das Gesetz wie in § 12 BeurkG die Beglaubigung einer Abschrift, so ist wie bei der öffentlichen Beglaubigung einer Unterschrift § 39 BeurkG anwendbar: Es genügt die Aufnahme eines Vermerks, aus dem hervorgeht, dass Urschrift und Abschrift der Urkunde übereinstimmen (zu den weiteren Einzelheiten vgl. § 42 BeurkG und die anschließenden Ausführungen).

Schließlich soll die Niederschrift Ort und Datum der Verhandlung enthalten (§ 9 Abs. 2 BeurkG).

- **Zum Inhalt der Erklärungen**

Neben diesen eher formalen Bestandteilen der Niederschrift hat der Notar die Erklärungen des oder der Beteiligten in die Niederschrift aufzunehmen (§ 9 Abs. 1 Ziff. 2 BeurkG). Hierzu wäre es falsch, anzunehmen, dass die Beteiligten dem Notar den fertigen Text etwa eines Kaufvertrages präsentierten, den dieser nur noch aufzuschreiben hätte. Tatsächlich ist es in der Praxis regelmäßig gerade umgekehrt so, dass der Notar den Parteien einen Vertragstext vorlegt, den er – häufig nach einem Vorgespräch – zuvor entsprechend den Wünschen der Beteiligten entworfen hat.

Die Beteiligten wären in den Fällen, in denen Beurkundungszwang besteht, zumeist auch gar nicht in der Lage, selbst einen geeigneten Vertragstext zu erstellen. Kaufverträge über Grundstücke z.B. beschränken sich nämlich regelmäßig nicht auf die bloße Erklärung von Angebot und Annahme, sondern enthalten üblicherweise zusätzlich eine Vielzahl von Erklärungen und Regelungen, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Vertrages erforderlich und juristischen Laien nicht geläufig sind (u.a. Finanzierungs-, Grundpfandrechts- und Vormerkungsfragen).

Darüber hinaus können die Parteien aufgrund der Vertragsfreiheit von sich aus auch Zusatzvereinbarungen treffen, die zwar zum Abschluss eines Kaufvertrages nicht notwendig sind, von ihnen aber für den konkret abzuschließenden Vertrag für sinnvoll erachtet werden. Auch solche Zusatzvereinbarungen müssen mit beurkundet werden, weil der Formzwang „alle Vereinbarungen erfasst, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zusammensetzt“ (BGH NJW 73, 37). Dieser Grundsatz beruht auf dem Gesichtspunkt, dass die von dem Beurkundungszwang in erster Linie angestrebte Warnfunktion vor den weitreichenden Folgen des Vertrages nur erreicht wer-

den kann, wenn die Beurkundung auch tatsächlich den Vertrag mit allen Vereinbarungen erfasst.

***Beispiel:** Während des Vorgesprüches stellt sich heraus, dass a) der Kaufpreis für das Grundstück in Raten gezahlt werden, und b) der Verkäufer noch zwei Jahre ein Wohnrecht in der Dachgeschosswohnung des Hauses haben soll. Beide Zusatzvereinbarungen muss der Notar in die Urkunde aufnehmen, weil sonst das Beurkundungserfordernis nicht eingehalten wäre.*

Vor dem Hintergrund, dass aus den vorgenannten Gründen häufig umfangreiche Vertragstexte zu beurkunden sind, die in aller Regel auch eine Anzahl abstrakter juristischer Begriffe enthalten, wird die weitere, schon angesprochene wichtige Funktion des Beurkundungszwanges deutlich: Der Notar soll durch die juristische Formulierung der Erklärungen sicherstellen, dass dasjenige, was die Parteien erklären wollen, auch tatsächlich Inhalt ihrer Erklärungen wird, eben die Aufklärungs- und Belehrungsfunktion.

Diese wichtige Aufgabe des Notars kommt auch in der zentralen Vorschrift des § 17 BeurkG zum Ausdruck. Nach dessen Abs. 1 S. 1 soll (= muss) der Notar:

- den Willen der Beteiligten erforschen,
- den Sachverhalt klären,
- die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und
- ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben.

- **Der Abschluss der Beurkundung**

Nach Erstellung der Niederschrift muss diese den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden (§ 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Dass dies geschehen ist, soll in der Niederschrift – vor den Unterschriften – niedergelegt werden (§ 13 Abs. 1 S. 2 BeurkG).

Zuletzt unterschreibt der Notar, der seiner Unterschrift seine Amtsbezeichnung beifügen soll (§ 13 Abs. 3 BeurkG).

Beispiel für eine notarielle Beurkundung (Gerüst einer Niederschrift) § 128 BGB, § 8 ff. BeurkG:

Kaufvertrag über ein Grundstück
UR-Nr./20..

Verhandelt
zu Bad Münstereifel am 18.10.20..

Vor mir, Dr. Georg Mustermann, Notar in Bad Münstereifel
erschieden:

1. Herr Markus Müller, geboren am 11.04.1950, wohnhaft Marktstraße 27 in 53902 Bad Münstereifel, hier handelnd nicht im eigenen Namen, sondern als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der im Handelsregister des Amtsgerichts Euskirchen unter HRB 4104 eingetragenen Müller Wohnungs- und Industriebau GmbH mit dem Sitz in Satzvey (Geschäftsanschrift).

– die Gesellschaft im Folgenden als „**Verkäuferin**“ bezeichnet –

2. Frau Marion Metzger, geb. am 20.09.1954, wohnhaft Dorfstraße 3 in 53902 Bad Münstereifel hier handelnd nicht im eigenen Namen, sondern aufgrund mündlich erteilter Vollmacht für ihren Ehemann Herrn Hans Metzger, geboren am 16. Juni 1951, wohnhaft ebenda, die Erschienene versprach, die Vollmachtsbestätigung in grundbuchmäßiger Form unverzüglich nach Beurkundung nachzureichen.

– der Vertretene Herr Hans Metzger im Folgenden als „**Käufer**“ bezeichnet –

Der Erschienene zu 1. ist mir von Person bekannt. Die Erschienene zu 2. wies sich aus durch Vorlage ihres Bundespersonalausweises.

Die Erschienenen, handelnd wie angegeben, erklärten:

Wir schließen nachstehenden

Kaufvertrag

§ 1 - Kaufgegenstand ...

§ 2 - Kaufpreis ...

§ 3 - Kaufpreisfälligkeit ... etc.

Diese Niederschrift wurde den Beteiligten vom Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig wie folgt unterschrieben:

.....
Metzger als „Käufer“

.....
Müller als „Verkäuferin“

.....
Dr. Mustermann, Notar

Zur Behandlung der Urkunden nach ihrer Errichtung

- **Die Verbindung mehrerer Urkundsblätter**

Besteht eine Urkunde aus mehreren Blättern, so sind diese mit Schnur und Prägesiegel zu verbinden (§ 44 S. 1 BeurkG). Dabei wird eine Kordel – in den Landesfarben – durch die Heftlöcher der Blättern gezogen und ihr Ende mit einem Prägesiegel des Notars auf einem der Blätter befestigt. Auf diese Weise wird ein unbemerkbares Austauschen einzelner Blätter verhindert.

- **Urschrift und Ausfertigung der Urkunde**

Obwohl die Urkunde anschließend im Rechtsverkehr häufig benötigt wird (etwa als Beweismittel vor Gericht oder zur Vorlage bei bestimmten Ämtern), verbleibt die **U r s c h r i f t** der Urkunde grundsätzlich in amtlicher Verwahrung, also im Regelfall in der Urkundensammlung des Notars. Dies ist deswegen notwendig, weil von den einzelnen Beurkundungsvorgängen immer – auch bei mehreren Beteiligten – nur eine einzige Niederschrift aufgenommen, also nur eine Urkunde errichtet wird. Die Urschrift dieser Urkunde muss zum Schutz vor Verlust, Verfälschung, Beschädigung und ähnlichem in amtlicher Verwahrung verbleiben. Dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs wird demgegenüber dadurch Genüge getan, dass jedem Beteiligten (zu den sonstigen Berechtigten vgl. § 51 BeurkG) eine **A u s f e r t i g u n g** der Urkunde zu erteilen ist. Die Ausfertigung ist eine Abschrift (oder Ablichtung) der Urkunde, die mit einem Ausfertigungsvermerk überschrieben sein soll (§ 49 Abs. 1 BeurkG). Sie vertritt im Rechtsverkehr die Urschrift der Urkunde (§ 47 BeurkG), ist also anstelle der Urschrift Behörden, Gerichten oder sonstigen Stellen vorzulegen.

Zuständig für die Erteilung ist die Stelle, die die Urschrift verwahrt, also regelmäßig der Notar selbst (§ 48 BeurkG).

Zu den weiteren Förmlichkeiten bei der Erteilung der Ausfertigung vgl. § 49 Abs. 1 bis 5 BeurkG.

Abweichend von dem soeben Ausgeführten ist die Aushändigung der Urschrift ausschließlich unter den engen Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 BeurkG möglich, auf den hier nur hingewiesen sei.

Die weitere Ausnahme des § 45 Abs. 2 BeurkG betrifft keine Beurkundungen im hier verwendeten Sinne, sondern Beglaubigungen (dazu sogleich), und ist nur deswegen im Gesetz aufgeführt, weil das Beurkundungsgesetz – abweichend von der auch unseren

Briefen zugrunde liegenden Terminologie des BGB – auch Beglaubigungen als Beurkundungen bezeichnet. § 45 Abs. 2 BeurkG besagt, dass bei Beglaubigungen, die gem. § 39 BeurkG in Form der Niederlegung eines Vermerks erfolgen, die Urschrift des Vermerks grundsätzlich dem Erklärenden auszuhändigen sei.

- **Verfahren bei Abhandenkommen von Urkunden**

Kommt die Urschrift einer Urkunde trotz der Pflicht zu amtlicher Verwahrung abhanden oder wird sie ganz oder teilweise zerstört, so ist die Urkunde bei bestehendem Anlass nach den Regeln des § 46 BeurkG mit Hilfe noch vorhandener Ausfertigungen oder Abschriften zu ersetzen.

- **Die Behandlung gerichtlicher Entscheidungen**

Die Ausführungen zur Behandlung der Urkunde nach ihrer Errichtung gelten mit geringen Abweichungen auch für gerichtliche Entscheidungen.

Die Beurkundung von Distanzgeschäften

Im BGB findet sich zum notariellen Beurkundungsverfahren lediglich die Bestimmung des § 128, die das sogenannte Distanzgeschäft regelt, sonst nichts. Ist im Gesetz Beurkundungszwang für beide Willenserklärungen eines Vertrages (Angebot und Annahme) vorgesehen, wie z.B. durch § 311 b Abs. 1 S. 1, so genügt es gem. § 128, wenn – jeweils ohne Anwesenheit des anderen Beteiligten – zuerst das Angebot und später, auch von einem anderen Notar, die Annahme beurkundet wird. Diese Bestimmung ermöglicht mithin den Abschluss von beurkundungspflichtigen Geschäften zwischen Vertragsparteien, die sich nicht am selben Ort aufhalten.

Wird auf diese Weise verfahren, so bestimmt § 152, dass der Vertrag – abweichend von § 130 Abs. 1 – schon mit der Beurkundung der Annahme und nicht erst mit deren Wirksamwerden durch Zugang bei dem Anbietenden wirksam wird.

***Beispiel:** Käufer K aus Köln möchte ein Grundstück des in Hamburg lebenden Verkäufers V kaufen. Er kann gem. § 128 in Abwesenheit des V von einem Notar in Köln das Vertragsangebot beurkunden lassen. Lässt V daraufhin in Hamburg die Annahme beurkunden, so kommt der Vertrag gem. § 152 mit dieser Beurkundung zustande, obwohl K als Zugangsadressat nicht anwesend ist.*

Fälle der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform

In anderen Fällen hat der Gesetzgeber die Wahrung der **S c h r i f t f o r m** für ausreichend erachtet, um den Parteien die Bedeutung des Rechtsgeschäftes vor Augen zu führen. So

ist der Bürge zur Zahlung nur verpflichtet, wenn er die Bürgschaftserklärung schriftlich abgegeben hat (§ 766 S. 1, Fall a). Ebenso kommt ein Mietvertrag, der Wohnraum betrifft, über einen bestimmten längeren Zeitraum als ein Jahr nur in schriftlicher Form wirksam zustande (§ 550). Eine der wichtigsten Vorschriften in diesem Zusammenhang ist § 623 für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen (Beweis-, Schutz- und Warnfunktion).

Die Anforderungen an die Schriftform sind unterschiedlich, je nachdem ob das Schriftformerfordernis auf dem Gesetz oder auf einer Vereinbarung der Parteien beruht (§§ 126, 127). Beiden Fällen ist jedoch gemeinsam, dass der Erklärende einen schriftlichen Text eigenhändig unterzeichnen muss (§§ 126 Abs. 1, 127 S. 1). Das so entstandene Schriftstück bezeichnet das Gesetz im § 126 Abs. 1 als *U r k u n d e*, den Erklärenden als *A u s - s t e l l e r* (der Urkunde). Ein Schriftstück wird also – entgegen landläufiger Vorstellung – nicht erst dadurch zur Urkunde, dass ein Notar an seiner Errichtung mitwirkt. In jenem Falle spricht man daher von einer „notariellen“ Urkunde.

Aus der Formulierung des § 126 Abs. 1 wird weiter deutlich, dass nicht etwa der ganze Text einer Urkunde handschriftlich abgefasst sein muss. Wo diese – strengere – Art der Schriftform ausnahmsweise verlangt wird, ordnet das Gesetz sie ausdrücklich an, so für den Fall des eigenhändigen Testaments im § 2247 Abs. 1.

- **Anforderungen an die Erstellung des Textes**

Es ist sogar so, dass der Text nicht von dem Aussteller selbst geschrieben sein muss. Die Schriftform ist also auch dann eingehalten, wenn der Aussteller einen Text nur unterzeichnet, den ein anderer (z.B. ein Sekretär) geschrieben hat.

Als Träger von Text und Unterschrift kommt auch außer Papier jedes andere Material in Betracht, das in der Lage ist, den Text dauerhaft festzuhalten (z.B. eine Schiefertafel, weil auch auf ihr der Text nur durch Auslöschung verloren geht). Schließlich ist es dem Aussteller auch gestattet, für den Text der Urkunde jede Schreibhilfe wie Schreibmaschine, Schreibautomaten oder Computerausdrucke, Fotokopien oder ähnliches zu verwenden.

- **Die Anforderung an die Unterzeichnung der Urkunde**

Die im § 126 Abs. 1 für beide Fälle vorgesehene Unterzeichnung des Schriftstückes erfolgt regelmäßig durch Namensunterschrift, d.h., dass der Aussteller die Unterschrift mit seinem ausgeschriebenen Familiennamen leisten muss. Die Hinzufügung von Vornamen ist nicht erforderlich, aber zulässig. Die Unterschrift muss handschriftlich erfolgen. Dies

bedeutet, dass der Aussteller nur solche Schreibhilfen verwenden darf, die seine individuellen Schriftzüge erkennen lassen und bei jeder Unterschriftsleistung den Namenszug neu formen (Füllfederhalter, Kugelschreiber, Bleistift oder Ähnliches).

Zu der anderen Möglichkeit der Unterzeichnung, nämlich durch notariell beglaubigtes Handzeichen, sogleich.

- **Besondere Anforderungen an die gesetzliche Schriftform**

Im Falle der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform ist für das Zustandekommen eines Vertrages gem. § 126 Abs. 2 S. 1 erforderlich, dass beide Parteien den Text auf derselben Urkunde unterzeichnen. Im Fall f) ist daher ein Mietvertrag über zwei Jahre nicht zustande gekommen, § 550.

Soll – was häufig geschieht – für jede Partei eine gleichlautende Urkunde aufgenommen werden, so genügt es jedoch, wenn jeder Vertragspartner die Urkunde des anderen unterzeichnet (§ 126 Abs. 2 S. 2).

Die strengere Form des § 126 Abs. 2 gilt allerdings nur für die Fälle, in denen die Willenserklärungen beider Vertragspartner dem Schriftformzwang unterliegen. Das ist jedoch nicht immer der Fall. Oft hat der Gesetzgeber es nämlich für ausreichend angesehen, nur die Erklärung eines Vertragspartners dem Formzwang zu unterwerfen.

***Beispiel:** Das in § 766 festgeschriebene Schriftformerfordernis bei der Bürgschaft besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nur für die Willenserklärung des Bürgen, die „Bürgschaftserklärung“. Zur Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung ist zwar – wie bei allen Verträgen – auch eine Willenserklärung des Vertragspartners, hier also des Gläubigers der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung, erforderlich (vgl. § 765 Abs. 1), diese ist jedoch nicht formbedürftig. Ein vergleichbares Schutzbedürfnis wie für den Bürgen besteht für den Gläubiger ja auch nicht. Ein Bürgschaftsvertrag kommt daher auch durch mündliche Annahme einer schriftlichen Bürgschaftserklärung wirksam zustande.*

Lies bitte einmal die Parallelvorschrift des § 518 S. 1; das eben Gesagte gilt entsprechend! Oder die des § 1154 I für den Abtretungsvertrag einer briefhypothekarisch gesicherten Forderung.

- **Besondere Anforderungen an die gewillkürte Schriftform**

Für den Fall der „gewillkürten“, d.h. im Gesetz nicht vorgesehenen, aber von den Parteien vereinbarten Schriftform genügt die telekommunikative Übermittlung der Erklärung und bei einem Vertrag der Austausch von schriftlichen Erklärungen („Briefwechsel“). Vergleiche zu diesen Erleichterungen, die jedoch nur gelten, wenn nicht ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist, § 127 Abs. 2.

***Beispiel:** Hätten im Falle f. die Parteien bei einer vorgesehenen Mietdauer von nur einem Jahr – also ohne gesetzlichen Formzwang aus § 550, 566 S. 1 – von sich aus Schriftform vereinbart, so hätte der vorgenommene Briefwechsel zur Einhaltung der Form genügt.*

- **Elektronische Form**

Nach § 127 Abs. 3 kann die vereinbarte Schriftform ebenfalls durch die sog. elektronische Form ersetzt werden, es sei denn, dies ist wie in § 623 BGB gesetzlich ausgeschlossen.

Erforderlich sind hier:

- die Abgabe der Erklärung in elektronischer Form
- der (hinzugefügte) Name des Ausstellers
- eine „andere“ als die in § 126 a bestimmte elektronische Signatur, d.h., dass sowohl die einfache wie die fortgeschrittene Signatur i.S.d. Signaturgesetzes verwendet werden können

Fälle der gesetzlich vorgeschriebenen öffentlichen Beglaubigung

Die **öffentliche Beglaubigung** ist insbesondere dann vorgeschrieben, wenn die Bedeutung des Rechtsgeschäfts Gewissheit darüber verlangt, dass eine bestimmte schriftliche Willenserklärung auch tatsächlich von demjenigen stammt, den die schriftliche Urkunde als Aussteller ausweist.

Ein praktisch sehr bedeutsames Anwendungsbeispiel findet sich im Grundbuchrecht: Gem. § 29 Abs. 1 GBO müssen die für Eintragungen in das Grundbuch erforderlichen Willenserklärungen zumindest in öffentlich beglaubigter Form dem Grundbuchamt nachgewiesen werden.

Allgemeines

Verlangt das Gesetz für die Wirksamkeit einer Erklärung deren öffentliche Beglaubigung, so bedeutet dies gem. § 129 Abs. 1 S. 1, dass

- a. die Erklärung in schriftlicher Form abgegeben und
- b. die im Hinblick auf das Schriftformerfordernis von dem Aussteller der Urkunde im Regelfall zu leistende Namensunterschrift von einem Notar beglaubigt werden muss.

Zu a. bestehen keine Abweichungen zu den eben erörterten allgemeinen Anforderungen an die Schriftform.

Zu b.: Durch die Beglaubigung bescheinigt der Notar, dass die Unterschrift in seiner Gegenwart und zu dem angegebenen Zeitpunkt von dem Erklärenden geleistet oder anerkannt worden sei.

Neben dem Notar können genau wie bei der öffentlichen Beurkundung auch andere Amtsträger zur Beglaubigung berufen sein. Diese Erklärung der Urkundsperson verschafft dem Rechtsverkehr Gewissheit darüber, dass die Urkunde tatsächlich von demjenigen ausgestellt worden ist, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.

Beispiel für öffentliche Beglaubigung (Vermerk) §§ 39, 40 BeurkG

UR-NR. 15/20..

Hiermit beglaubige ich die vorstehende, vor mir vollzogene Unterschrift von
Herrn Jupp Schmitz, geboren am 07.07.19.., wohnhaft in Köln-Fühligen ...
Herr Schmitz wies sich aus durch Vorlage seines Bundespersonalausweises.

Ort, Datum

Siegel

Unterschrift Notar

Die Bedeutung des § 129 mag folgendes **Beispiel** verdeutlichen:

Kunstfreund Jupp Schmitz erhält auf seine Zeitungsannonce hin ein schriftliches Kaufangebot über 2.000 € für das Bild: „Röhrender Hirsch am Bergsee“. Das Schreiben ist mit „Klaus Künstlich“ unterschrieben. Jupp schreibt sofort zurück, dass er das Angebot annehme. Später behauptet Künstlich, das Angebotsschreiben sei eine Fälschung und stamme nicht von ihm.

Ein Vertrag ist in diesem Falle mit Künstlich nur zustande gekommen, wenn das Angebot tatsächlich von diesem stammt, was im Prozess auf Kaufpreiszahlung Jupp beweisen müsste, da grundsätzlich „jeder das beweisen muss, was ihm günstig ist“ – das ist hier der Vertragsschluss. Zweifel hieran wären nicht möglich, wenn das Angebot öffentlich beglaubigt worden wäre. Denn dann läge nach dem zuvor Dargelegten eine Erklärung eines Notars vor, wonach

das Schriftstück, das die Unterschrift Klaus Künstlich aufweist, auch von diesem unterschrieben oder anerkannt worden ist.

Trotz dieses erheblichen Vorteils, nämlich der Vergrößerung der Rechtssicherheit, verlangt der Gesetzgeber für Rechtsgeschäfte zwischen Privatpersonen die öffentliche Beglaubigung nur in seltenen Ausnahmefällen.

Häufig besteht demgegenüber ein Zwang zur Beglaubigung in solchen Fällen, in denen aufgrund eines Antrages Eintragungen in öffentliche Register vorgenommen werden (z.B. §§ 77 BGB, 12 HGB, 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Dies hat seinen Grund darin, dass der Einzelne auf die inhaltliche Richtigkeit solcher öffentlichen Register (Vereinsregister, Handelsregister, Grundbuchregister) vertrauen können soll und daher eine Unrichtigkeit dieser Register weitestmöglich ausgeschlossen werden muss.

Man spricht bei der durch die öffentliche Beglaubigung gewährleisteten Übereinstimmung von urkundlich ausgewiesenem und tatsächlichem Aussteller von der **Echtheit der Urkunde**.

Merke Dir bitte: Die öffentliche Beglaubigung bestätigt ausschließlich die Echtheit der Urkunde, nicht etwa auch die Richtigkeit von deren Inhalt. Die Richtigkeit des Inhalts wird – und dies wird oft falsch verstanden – auch bei einer öffentlichen Beglaubigung nicht bestätigt.

Das Verfahren bei der Beglaubigung

Das von dem Notar bei der Beglaubigung einzuhaltende Verfahren ist in den §§ 39 und 40 BeurkG geregelt.

Die erwähnte Erklärung über den Aussteller (= Beglaubigung) kann der Notar in einer förmlichen Niederschrift (§ 8 ff. BeurkG), wie sie für Beurkundungen zwingend vorgeschrieben ist oder gem. § 39 BeurkG in der weniger aufwendigen Fassung eines „Vermerks“ schriftlich niederlegen. Die Praxis macht ganz überwiegend von der Möglichkeit des § 39 BeurkG Gebrauch. In diesem Fall muss der Notar gemäß §§ 39, 40, 10 BeurkG eine Urkunde ausstellen, die folgende Bestandteile enthalten muss:

- a.** die Erklärung des Notars, aus der sich ergibt, dass die Unterschrift in seiner Gegenwart vollzogen oder anerkannt worden sei (das „Zeugnis“ i.S. des § 39 a.E.)
- b.** die Angabe über die Person dessen, der die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat (§ 40 Abs. 3 S. 1 BeurkG)

c. die Unterschrift des Notars (§ 39 a.E.)

d. einen Abdruck des Siegels des Notars (§ 39 a.E.)

Die Urkunde soll weiter die Angabe darüber enthalten, ob der Notar den Aussteller kannte, oder wie er sich Gewissheit über seine Identität verschafft hat (§§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 2 S. 1 BeurkG) und schließlich Ort und Tag ihrer Ausstellung angeben (§ 39 BeurkG).

Der **Text eines Beglaubigungsvermerks** gem. § 39 BeurkG kann dementsprechend beispielsweise lauten:

„Köln-Fühlingen, den ...

Vorstehende Unterschrift hat der Kunsthändler Klaus Künstlich, Kölnstr. 3, Köln-Fühlingen, mir ausgewiesen durch Bundespersonalausweis Nr. ..., heute eigenhändig vollzogen.

Dienstsiegel

Ernst Honorig, Notar“

Nicht selten wird auch formuliert: „Vorstehende Unterschrift des ... beglaubige ich hiermit.“ Dieser Vermerk ist auf demselben Stück Papier, das die zu beglaubigende Unterschrift enthält, oder auf einem gesonderten Blatt niederzulegen, das dann durch Heftung untrennbar mit dem anderen Blatt verbunden werden muss.

Das Gesetz lässt es ausreichen, dass der Erklärende vor dem Notar die Unterschrift „anerkennt“ (§ 40 Abs. 1, 2. Alt. BeurkG), also sinngemäß erklärt, er habe die schon vorhandene Unterschrift geleistet. Dies genügt deswegen, weil auch aufgrund dieser von dem Notar bezeugten Anerkennung der Erklärende in gleicher Weise wie durch die tatsächliche Unterzeichnung zum Ausdruck bringt, dass er sich den Inhalt der Erklärung zurechnen lassen will.

Ob der Erklärende die Unterschrift vor dem Notar vollzogen oder anerkannt hat, soll in dem gem. § 39 BeurkG zu errichtenden Vermerk angegeben sein (§ 40 Abs. 3 S. 2 BeurkG). Diesen Anforderungen entspricht das zweite der beiden obigen Formulierungsbeispiele nicht. Es wird dennoch sehr häufig in der Praxis verwendet, weil der Fall der Anerkennung kaum vorkommt. Trotz dieses Verstoßes gegen § 40 Abs. 3 S. 2 BeurkG ist die Beglaubigung in diesen Fällen wirksam, weil die Bestimmung als „Soll-Vorschrift“ eine bloße Ordnungsvorschrift ist.

Die Beglaubigung als Sonderfall der Schriftform

Die notarielle Beglaubigung ist in seltenen Fällen auch bei der Schriftform notwendig, nämlich dann, wenn die schriftliche Erklärung lediglich mit einem Handzeichen unterzeichnet ist (§ 126 Abs. 1 S. 1). Will z.B. ein Schreibunkundiger eine Erklärung verfassen, für die die Schriftform vorgeschrieben ist, so kann er einen von einem Dritten geschriebenen Text durch Handzeichen (z.B. Initialen, Paraphe, Kreuze) unterzeichnen und die Erklärung sodann in der soeben beschriebenen Weise beglaubigen lassen. Handelt es sich dabei um eine Erklärung, die ohnehin öffentlich beglaubigt werden muss, so genügt die einmalige Beglaubigung (§ 129 Abs. 1 S. 2).

Fälle der gesetzlich vorgeschriebenen Textform

Die Textform des § 126 b ist eine lesbare aber unterschriftslose Erklärung. Sie ist für Erklärungen und Mitteilungen vorgesehen, in denen die klassischen Formfunktionen (Warn-, Beweis-, Identitätsfunktion) keine Rolle spielen, eine nur mündliche Äußerung aber zur Dokumentation und Information als nicht ausreichend erscheint. Zum Anwendungsbereich schaue bitte in §§ 554 Abs. 3, 556 a Abs. 2 BGB, § 24 Abs. 4 WEG oder in § 410 HGB.

Für die Textform wird vorausgesetzt:

- eine Erklärung, die durch Urkunde oder anderen dauerhaften Datenträger fixiert wird,
- der Name des Erklärenden,
- die Kennzeichnung des Abschlusses der Erklärung (z.B. durch Nachbildung der Namensunterschriften oder den Zusatz: „Ende des Textes“ oder „Diese Erklärung ist gültig ohne Unterschrift“).

Die ersetzende Wirkung notarieller Beurkundung und öffentlicher Beglaubigung

Die öffentliche Beurkundung enthält mit der schriftlichen Fixierung der Erklärung und der Unterschrift des Erklärenden sowie mit der Bestätigung des Notars über die Identität des Erklärenden auch sämtliche Elemente sowohl der Schriftform als auch der öffentlichen Beglaubigung. Aus diesem Grunde steht es dem Erklärenden frei, wenn für seine Erklärung die Schriftform oder die öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben ist, stattdessen eine öffentliche Beurkundung vornehmen zu lassen (§§ 126 Abs. 4, 129 Abs. 2).

Dieselbe ersetzende Wirkung geht von der öffentlichen Beglaubigung für die Schriftform aus. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet, ergibt sich aber ohne ausdrückli-

che gesetzliche Regelung daraus, dass die öffentliche Beglaubigung gem. § 129 das Vorliegen einer Erklärung in schriftlicher Form voraussetzt.

Die stärkere Form ersetzt also die schwächere, weil eben ein Mehr an Formwahrung vorhanden ist: § 126 Abs. 4 → § 129 Abs. 1 → § 129 Abs. 2, § 126 Abs. 4 → § 127a.

Besondere Formen

Abgesehen von den vier vorstehend erläuterten Formtypen (Schriftform, Textform, öffentliche Beglaubigung, öffentliche Beurkundung) verlangt das Gesetz in Einzelfällen die Einhaltung ganz besonderer Formen.

- **Die Eigenhändigkeit des gesamten Textes**

So muss der gesamte Text des eigenhändigen Testaments in Abweichung von § 126 Abs. 1 handschriftlich von dem Testierenden niedergelegt werden (§ 2247 Abs. 1).

- **Der Ausschluss der Stellvertretung**

Weiter müssen bei der Eheschließung die Verlobten bei gleichzeitiger Anwesenheit persönlich erklären, dass sie die Ehe miteinander eingehen wollen (§ 1311). Dies bedeutet, dass die notwendigen Willenserklärungen nicht durch einen Stellvertreter wirksam abgegeben werden können.

- **Die gleichzeitige Anwesenheit bei einer zuständigen Stelle**

Ein weiteres Beispiel bildet die im Rahmen der Übereignung von Grundstücken näher zu erörternde Auffassung (Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang). Diese muss

a. bei gleichzeitiger Anwesenheit und

b. vor einer zuständigen Stelle erklärt werden (§ 925 Abs. 1).

Zu a.: Gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten bedeutet nicht, dass beide (wie bei der Eheschließung) persönlich erscheinen müssen. Vielmehr können sich die Beteiligten auch vertreten lassen. Ausgeschlossen ist lediglich das oben beschriebene Distanzgeschäft: Beide Erklärungen müssen bei derselben Gelegenheit vor derselben zuständigen Stelle abgegeben werden.

Einen weiteren Beispielsfall für die vom Gesetz verlangte gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten bei Abgabe ihrer Willenserklärung stellt die Formvorschrift des § 2276 Abs. 1 für den Erbvertrag dar.

Zu b.: Zuständige Stelle ist in erster Linie jeder Notar (§ 925 Abs. 1 S. 2). Außerdem bei Prozessvergleichen oder Insolvenzplänen das Prozessgericht oder das Insolvenzgericht (§ 925

Abs. 1 S. 3) und im Übrigen gem. §§ 12 Nr. 1, 24 KonsG jeder hierzu gem. § 19 KonsG besonders ermächtigte Konsularbeamte.

Die Entgegennahme der Auflassungserklärungen durch – meist – den Notar stellt keine förmliche Beurkundung im obigen Sinne dar, obwohl der Notar ebenfalls die mündlichen Erklärungen der Beteiligten schriftlich niederzulegen hat. Dies bewirkt, dass Fehler bei der Niederschrift oder sogar deren gänzlichliches Fehlen keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Auflassung haben.

Obwohl also aus materiell-rechtlichen Gründen (Wirksamkeit der Auflassung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1) deren Beurkundung nicht erforderlich ist, wird in der Praxis die Auflassung doch immer förmlich beurkundet. Dies ist auch notwendig und hat seinen Grund in der GBO, und zwar in § 29 Abs. 1 GBO.

Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist es zwar ausreichend, die „sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen“ (das ist gem. § 20 GBO die Auflassung) durch eine Urkunde nachzuweisen, die lediglich öffentlich beglaubigt ist. Der darüber hinaus bestehende Zwang sogar zu öffentlicher Beurkundung ergibt sich aber aus Satz 2 dieser Vorschrift: Danach müssen nämlich andere Voraussetzungen grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Zu diesen anderen Voraussetzungen gehört die gem. § 925 Abs. 1 S. 1 notwendige „Gleichzeitigkeit“ der Anwesenheit der die Auflassung Erklärenden bei der zuständigen Stelle. Dass die gleichzeitige Anwesenheit beider Erklärenden bei der zuständigen Stelle nämlich durch die nach § 29 Abs. 1 GBO sonst ausreichende öffentliche Beglaubigung nicht nachgewiesen werden kann, sollte sich Dir aus den obigen Ausführungen zur öffentlichen Beglaubigung erschließen.

Sehr häufig wird die Auflassung im Übrigen in der Weise notariell beurkundet, dass sie schon bei der Beurkundung des Kaufvertrages (§§ 433, 311 b Abs. 1 S. 1) erklärt und in die Kaufvertragsurkunde mit aufgenommen wird.

Formzwang und Stellvertretung

Der – durch Gesetz oder Vereinbarung – für bestimmte Rechtsgeschäfte vorgeschriebene Formzwang verbietet den Beteiligten nicht, die zum Abschluss des Rechtsgeschäfts erforderlichen Willenserklärungen auch durch Stellvertreter abgeben zu lassen. Ein Verbot der Stellvertretung besteht – unabhängig von einem etwaigen Formzwang – nur in den seltenen Fällen,

in denen das Gesetz die Vornahme des Rechtsgeschäftes durch die Parteien persönlich verlangt (z.B. §§ 1311, 2064).

Wird für den Geschäftsherrn ein Stellvertreter tätig, so muss bei bestehendem Formzwang ganz einfach dieser Stellvertreter die vorgeschriebene Form einhalten, weil er anstelle des Geschäftsherrn handelt, also denselben Beschränkungen unterliegt wie jener.

***Beispiel:** Erklärt der hierzu bevollmächtigte Vertreter, dass der Geschäftsherr für eine bestimmte Schuld eines Dritten bürgt, so wird der Geschäftsherr aus dieser Erklärung nur dann verpflichtet, wenn der Vertreter sie in schriftlicher Form abgegeben hat (§ 766 S. 1).*

Zu erörtern bleibt, ob auch eine für die Verpflichtung des Geschäftsherrn erforderliche Vollmacht dem Formzwang unterliegt.

***Beispiel:** Der geschäftsunerfahrene G möchte ein Grundstück erwerben. Er beauftragt und bevollmächtigt den M, den Kauf vorzunehmen. M schließt mit dem Verkäufer im Namen des G einen notariell beurkundeten Kaufvertrag.*

Variante 1: M ist von Beruf Makler. Er möchte sichergehen, dass ihm G den Auftrag nicht wieder entzieht. Deswegen lässt er sich von G eine unwiderrufliche Vollmacht erteilen.

Variante 2: M ist selber Eigentümer eines Grundstücks. G ist auch am Erwerb dieses Grundstückes interessiert. Er gestattet dem M daher ausdrücklich, für ihn auch jenes Grundstück zu kaufen.

Ist dem Vertreter eine Vollmacht erteilt worden, so kann er ohne weiteres Zutun des Geschäftsherrn für diesen Willenserklärungen abgeben und damit bei Mitwirkung des Vertragspartners Verträge mit Wirkung für den Geschäftsherrn abschließen (§ 164 Abs. 1, 3).

Wegen dieser weitreichenden Folgen könnte man annehmen, dass die bei dem Formzwang im Vordergrund stehende Warnfunktion auf die Erteilung der Vollmacht „vorverlagert“ werden müsste, weil sie die einzige Willenserklärung ist, die der betroffene Geschäftsherr zum Zustandekommen des Vertrages abgeben muss. Der Gesetzgeber hat sich dennoch für eine grundsätzliche **Formfreiheit** bei der Erteilung der **Vollmacht** entschieden (§ 167 Abs. 2). Diese Regelung beruht auf der Tatsache, dass die Vollmacht jederzeit widerrufen werden kann (§ 168 S. 2). Der Geschäftsherr, der den Abschluss des nicht mehr gewollten Vertrages durch Widerruf der Vollmacht verhindern kann, ist nicht so gebunden wie derjenige, der ein Vertragsangebot abgegeben hat, weil im letzteren Falle die Entscheidung, ob ein Vertrag zustande kommt, nicht mehr in seinen, sondern nur noch in den Händen des Vertragspartners liegt.

Im Ausgangsbeispielsfall ist daher auch bei formloser Bevollmächtigung des M ein Kaufvertrag mit Wirkung für G zustande gekommen.

Aus der soeben zu §§ 167 Abs. 2, 168 S. 2 angestellten Überlegung ergibt sich, dass die Formfreiheit für die Erteilung der Vollmacht nicht gelten kann, wenn der Geschäftsherr durch die Bevollmächtigung schon genauso gebunden ist, wie wenn er das Angebot oder die Annahme zu dem Vertrag erklärt hätte. Das ist ausnahmsweise dann der Fall, wenn die Vollmacht – was gem. § 168 S. 2 unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist – unwiderruflich erteilt worden ist (Variante 1). Dann liegt zwar noch keine Vertragserklärung (Angebot oder Annahme) vor, G kann aber anders als im Ausgangsfall den Vertragsschluss nicht mehr verhindern. Aus diesem Grunde legt die Rechtsprechung seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 79, 212, 215 § 167 Abs. 2 einschränkend dahin aus, dass die Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Geschäftes ebenfalls in der für dieses Geschäft vorgeschriebenen Form vorgenommen werden muss, wenn sie unwiderruflich sein soll.

Allgemein gesagt erstreckt sich der Formzwang entgegen dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 ausnahmsweise dann auf die Erteilung der Vollmacht, wenn diese in Wahrheit bereits eine Verpflichtung des Geschäftsherrn darstellt, den späteren Vertragsschluss zu akzeptieren, die Anwendung des § 167 Abs. 2 nach seinem Wortlaut also zu einer Umgehung des Formzwanges führen würde. Ein Indiz für eine solche Gebundenheit kann auch die in einer Vollmacht enthaltene Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens gem. § 181 sein (Variante 2 des obigen Beispiels). Denn der Geschäftsherr kann in diesen Fällen – anders als sonst – nicht mehr damit rechnen, dass der Vertreter allein seine Interessen wahrnehmen wird, weil er als potentieller Geschäftspartner auch ein eigenes Interesse an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts hat. Allerdings reicht dieses Indiz nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 79, 2306, 2307) für die Annahme eines Formzwanges bei der Bevollmächtigung allein nicht aus, vielmehr ist entscheidend, ob nach den näheren Umständen des Einzelfalles die Bindungswirkung tatsächlich bereits eingetreten ist oder nicht.

Folgen der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form

Wird bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes eine vorgeschriebene Form nicht eingehalten, so ist das Rechtsgeschäft regelmäßig nichtig. Dies ergibt sich für die gesetzlich vorgeschriebene Form aus § 125 S. 1 und für die gewillkürte Form – abgesehen von Ausnahmen, die sich dann aus der Vereinbarung ergeben müssen – aus § 125 S. 2.

In Einzelfällen ordnet das Gesetz ausnahmsweise eine mildere Rechtsfolge an, weil auch durch sie der Schutzzweck der betreffenden Formvorschrift erreicht wird: So ist im Ausgangsfall f) der Vertrag trotz fehlender Einhaltung der durch § 550 vorgeschriebenen Schriftform nicht nichtig, sondern wirksam, allerdings nur dergestalt, dass beide Parteien gem. §§ 550, 542, 573 c kündigen können. Auf diese Weise wird das gesetzgeberische Ziel, formlose Mietverträge zu verhindern, unter Verzicht auf den massiven Eingriff der Nichtigkeit erreicht.

Die sich aus § 125 im Regelfall ergebende Nichtigkeit ist jedoch nicht in allen Fällen endgültig, vielmehr kann das betreffende Rechtsgeschäft später doch noch wirksam werden.

Das hängt mit dem in den meisten Fällen vorherrschenden Sinn des Formzwanges zusammen: Der Betroffene soll davor geschützt werden, übereilt Verpflichtungen einzugehen. Tut er dies unter Missachtung der Formvorschrift aber doch, so braucht er die „Verpflichtung“ nicht zu erfüllen, weil sie tatsächlich gar nicht zustande gekommen ist. Erfüllt der Betroffene nun gleichwohl die vermeintliche Verpflichtung auf Verfügungsebene, so kann der Gesetzeszweck „Warnung vor übereilten Verpflichtungen“ nicht mehr erreicht werden und es besteht kein Anlass mehr, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes weiter aufrecht zu erhalten. Das Gesetz erklärt daher in den wichtigsten Fällen des Formzwanges den sich aus der Nichteinhaltung der Form ergebenden Mangel für geheilt, wenn die – bis dahin unwirksame – Verpflichtung erfüllt worden ist (vgl. §§ 311 b Abs. 1 S. 2, 518 Abs. 2, 766 S. 2).

Der Heilung kommt aber (im Gegensatz z.B. zum Fall der Genehmigung, vgl. § 184 Abs. 1) keine Rückwirkung zu. Dies bedeutet, dass das Rechtsgeschäft erst vom Zeitpunkt der Heilung ab (ex nunc) wirksam wird. Diese Rechtsfolge ist in bestimmten Fällen von großer Bedeutung, ohne dass dies hier breit dargestellt werden soll.

Zwei kleine Beispiele sollen Dir das knapp verdeutlichen.

Beispiel 1: *Im Fall d. braucht O das im Überschwang abgegebene Versprechen selbst dann nicht einzuhalten, wenn R ihr Examen mit „sehr gut“ bestanden hat (§§ 125 S. 1, 518 Abs. 1 S. 1). Tut er es aber dennoch, so wird die Schenkung in vollem Umfang wirksam (§ 518 Abs. 2) und es besteht eine Causa für die abstrakte Vermögensverschiebung (kein § 812 Abs. 1 S. 1 I. Alt).*

Beispiel 2: *Haben V und K eine vereinbarte Ratenzahlungsverpflichtung nicht in den beurkundeten Grundstücksverkauf aufgenommen, so ist dieser gem. §§ 125 S. 1, 311 b Abs. 1 S. 1 nichtig, weil alle Vereinbarungen beurkundet werden müssen, aus denen sich nach dem Willen von V und K der Kaufvertrag zusammensetzt (vgl. Ziff. 3.2.2). Der Kaufvertrag wird jedoch in vollem Umfang wirksam, wenn V und K wirksam die Auflassung erklären und K als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird (§ 311 b Abs. 1 S. 2).*

Zusammenfassung:

- a. Der wirksame Abschluss eines Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich formfrei möglich.
- b. Abweichend hiervon ist die Einhaltung einer Form in bestimmten Fällen durch das Gesetz vorgeschrieben.
- c. Zusätzlich können auch die Parteien von sich aus Formerfordernisse vereinbaren.
- d. Das Gesetz kennt die Schriftform (kann ersetzt werden durch die elektronische Form), die Textform, die öffentliche Beglaubigung, die öffentliche Beurkundung und Sonderformen.
- e. Der Formzwang gilt im Falle der Stellvertretung für den Vertreter, dabei ist die Einhaltung der Formvorschrift für die Vollmachtserteilung nur in Ausnahmefällen erforderlich.
- f. Die Nichteinhaltung von vorgeschriebenen Formen führt regelmäßig zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Diese kann jedoch in den meisten Fällen durch Vollzug des Rechtsgeschäftes geheilt werden.

Der Form ist nun Genüge getan!

Herzlichst, Dein Patenonkel