

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 265

**Die Beurkundung
als materielles Formerfordernis
der Auflassung**

**Eine Untersuchung zur Form
der Rechtsgeschäfte**

Von

Frederik Pajunk



Duncker & Humblot · Berlin

FREDERIK PAJUNK

Die Beurkundung als materielles Formerfordernis
der Auflassung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 265

Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung

Eine Untersuchung zur Form
der Rechtsgeschäfte

Von

Frederik Pajunk



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Pajunk, Frederik:

Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung :
eine Untersuchung zur Form der Rechtsgeschäfte /

Frederik Pajunk. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 265)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10674-1

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10674-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die Untersuchung greift eine Frage auf, die schon kurz nach Inkrafttreten des BGB vieldiskutiert war und heute nach der ganz herrschenden Meinung gegen die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung entschieden zu sein scheint. Der auf den ersten Blick eng begrenzte Untersuchungsgegenstand gibt Gelegenheit, die ganze Breite der zivilistischen Methode zu entfalten, und führt unmittelbar zu der grundsätzlichen Problematik, wie in einem mit starren Formzwängen ausgestatteten Rechtssystem der individuellen Gerechtigkeit genügt werden kann.

Die Arbeit gab mir Gelegenheit, vieles von dem Denken anzuwenden, für dessen Vermittlung ich meinen Lehrern an dieser Stelle danken möchte. Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Othmar Jauernig weckte in mir am Beginn des Studiums mein Interesse für das Bürgerliche Recht, wobei sein Anspruch für mich eine anhaltende Quelle der Motivation und Ansporn zugleich ist. Herr Professor Dr. Ralf Dreier eröffnete mir in seinen Seminaren und an seinem Lehrstuhl den Zugang zu Rechtstheorie und Rechtsphilosophie und bestärkte mich in meinem wissenschaftlichen Interesse. Größten Dank schulde ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Uwe Diederichsen, an dessen Lehrstuhl ich dreieinhalb Jahre gearbeitet habe. Durch Professor Diederichsen habe ich auf eindrucksvolle Weise erfahren, was es heißt, sich der Wissenschaft verpflichtet zu fühlen und die Idee der Universität lebendig zu halten. Ich werde diese Zeit stets in guter Erinnerung behalten. Herr Professor Dr. Lipp erstellte das Zweitgutachten und gab darin wertvolle Hinweise.

Ferner gilt mein Dank meiner Schwester Frau Rechtsreferendarin Inken Pajunk und Herrn Wissenschaftlichen Assistenten Lorenz Kähler. Meine Schwester war nicht nur in fachlichen Fragen stets eine geduldige und überaus bereichernde Gesprächspartnerin. Lorenz Kähler hat mich in anregenden Diskussionen und durch weiterführende Ratschläge trotz all seiner Zurückhaltung im Urteil immer bekräftigt und motiviert.

Meinen Eltern Herrn Eike und Frau Monika Pajunk danke ich herzlich für das Vertrauen und die vielfältige Unterstützung, die ich durch sie erfahren habe. Sie haben es mir ermöglicht, mein Studium nach meinen Vorstellungen gestalten zu können. Meiner Mutter gilt ein besonders großer Dank für die tatkräftige Hilfe bei der Korrektur des Manuskripts und der Druckfahnen.

Schließlich danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft sowie der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung für die Übernahme des von mir zu tragenden Druckkostenzuschusses.

Die Untersuchung wurde im Sommersemester 2001 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden weitgehend bis Mitte des Jahres berücksichtigt. Die Arbeit wurde nicht an das vom Bundestag am 11. Oktober 2001 beschlossene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts angepaßt, wenngleich an einigen Stellen auf künftige Regelungen verwiesen wird. Zu einer durchgehenden Anpassung bestand keine Veranlassung, da insbesondere § 313 BGB als neuer § 311 b I BGB inhaltlich unverändert bleiben wird.

Berlin, im November 2001

Frederik Pajunk

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
-------------------------	----

Teil 1

Einführung in den Untersuchungsgegenstand	26
--	----

A. Begriff, gesetzliche Regelung und Wesen der Auflassung	26
---	----

B. Das heutige Meinungsbild zum Regelungszweck des § 925 I BGB	37
--	----

C. Das gegenwärtige Meinungsbild zur materiellen Form der Auflassung im allgemeinen und zur Beurkundungsbedürftigkeit im besonderen	41
---	----

D. Die Beurkundung der Auflassung als Erfordernis des formellen Grundstücksrechts bzw. sonstigen formellen Rechts	66
---	----

E. Das einheitliche Zusammenspiel von materiellem und formellem Recht bei der Beurkundung der Auflassung aus Sicht der herrschenden Meinung	72
---	----

Teil 2

Einwände gegen die herrschende Meinung	77
---	----

A. Zweifel an der Effizienz der Auflassungsform in Ansehung der allgemein angenommenen Funktion des § 925 I S. 1, 2 BGB	77
---	----

B. Allgemeine Einwände gegen die von der herrschenden Meinung angenommene Form der gemäß § 925 I S. 1, 2 BGB erklärten Auflassung	79
---	----

C. Bedenken gegen die zweckseinheitliche Betrachtung von materiellem und formellem Recht im Zusammenhang mit der Auslegung des § 925 I BGB	82
D. Der Rückgriff auf eine historische Kontinuität in der Begründung der herrschenden Auslegung des § 925 I BGB	93
E. Zusammenfassung und Grundsätze für die Auslegung des § 925 I BGB als Vorschrift des geltenden Rechts	98

Teil 3

Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der notariell erklärten Auflassung	102
A. Die Beurkundung als ein vom Wortlaut umfaßtes Formerfordernis	102
B. Der Zweck des § 925 I BGB als elementares Auslegungskriterium	109
C. Die Beurkundung als die geeignetste Form zur Verwirklichung des Normzwecks ...	154
D. Systematische Auslegungsargumente	199
E. Ergebnis	210

Teil 4

Rechtliche und praktische Auswirkungen des materiellen Beurkundungszwangs bei der notariellen Auflassung	211
A. Die Erklärung der Auflassung	211
B. Der Eintritt der Bindung an die Auflassung	219
C. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Beurkundungsform	219

Inhaltsübersicht 9

Teil 5

Zusammenfassung 231

Literaturverzeichnis 235

Sachwortregister 245

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
-------------------------	----

Teil 1

Einführung in den Untersuchungsgegenstand	26
--	----

A. Begriff, gesetzliche Regelung und Wesen der Auflassung	26
--	----

I. Der Begriff der Auflassung	26
--	----

II. Die gesetzliche Regelung der Auflassung im BGB	27
---	----

1. Die Entstehung der gesetzlichen Regelung	28
--	----

a) Der erste Entwurf (E I)	28
----------------------------------	----

b) Der zweite Entwurf (E II)	29
------------------------------------	----

c) Die Reichstagsvorlage (E III)	29
--	----

d) Die Diskussion in der Reichstagskommission	30
---	----

2. Die Gesetzesänderungen seit Inkrafttreten des BGB	30
---	----

III. Die Rechtsnatur der Auflassung und die Anwendbarkeit der Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Formen des BGB	32
--	----

1. Der Streit über die Rechtsnatur der Auflassung	33
--	----

a) Die Beratungen zum BGB	33
---------------------------------	----

b) Der Standpunkt der Wissenschaft	33
--	----

2. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Formen des BGB auf die Auflassung	35
--	----

B. Das heutige Meinungsbild zum Regelungszweck des § 925 I BGB	37
I. Der allgemeine Grund für den Formzwang bei der Auflassung als Ausnahme zu § 873 I BGB	37
II. Schutz des Grundbuchs / Klarheit der Rechtsverhältnisse	37
III. Weitere Formzwecke	39
IV. Zusammenfassung	40
C. Das gegenwärtige Meinungsbild zur materiellen Form der Auflassung im allgemeinen und zur Beurkundungsbedürftigkeit im besonderen	41
I. Begriffsbestimmung: Materielle Form der Auflassung	41
1. Die Unterscheidung in materielles und formelles Grundstücksrecht	42
2. Materielles und formelles Grundstücksrecht als zu unterscheidende Quellen von Formerfordernissen	44
3. Ausgestaltung materieller Formen im formellen Recht	45
II. Die materielle Form der Auflassung im allgemeinen	47
1. Einigkeit über die Formbedürftigkeit der Auflassung	47
a) § 925 I BGB als Formvorschrift	47
b) Gegenteilige Ansichten / Stellungnahme	47
2. Die Form der Auflassung im allgemeinen	49
a) § 925 I S. 1, 2 BGB	49
b) § 925 I S. 3 Alt. 1 BGB	51
c) § 925 I S. 3 Alt. 2 BGB	51
III. Das Meinungsbild zum materiellen Beurkundungserfordernis der gemäß § 925 I S. 1, 2 BGB erklärten Auflassung	52
1. Die Ansicht von Schrifttum und Rechtsprechung	52
a) Das Schrifttum zum Grundstücksrecht und die Rechtsprechung	52
b) Das Schrifttum zum Allgemeinen Teil des BGB	54
2. Die gegen eine materielle Beurkundungspflicht angeführten Argumente	56
a) RGZ 99, 65 (Urteil vom 24. April 1920)	56
aa) Wortlaut des § 925 I BGB	57

bb) Die Sonderstellung der Auflassung gegenüber anderen Vertragsschlüssen vor Gericht oder Notar	57
cc) Vergleich mit der Form der Eheschließung	58
dd) Das Argument der Formerschwerung	59
ee) Der Vergleich mit der preußischen Regelung	59
ff) § 873 II BGB	59
gg) Das Argument des Verkehrsinteresses und der Rechtssicherheit	59
b) BGHZ 22, 312 (Urteil vom 5. Dezember 1956)	60
aa) Anbindung der Begründung an die Rechtsprechung des RG	60
bb) Das Erfordernis der Rechtssicherheit	61
(1) Schutz der Rechtssicherheit durch § 925 I BGB	61
(2) Die Schranke des § 29 GBO	61
(3) Dienstpflicht zur Beachtung der §§ 170 f. FGG	62
(4) Gefahr für die Rechtssicherheit auch im Fall der Formbedürftigkeit	62
c) Argumente der herrschenden Meinung	62
aa) Der Gesetzeswortlaut	62
bb) Das Argument der Rechtssicherheit	63
(1) Rechtsfrieden zwischen den Parteien	63
(2) Der abstrakte Schutz des Grundbuchs	63
cc) Das Verhältnis zu den §§ 20, 29 GBO	64
dd) § 925 I S. 3 BGB	64
d) Der Umfang der historischen Auseinandersetzung	65
3. Zusammenfassung	65
D. Die Beurkundung der Auflassung als Erfordernis des formellen Grundstücksrechts bzw. sonstigen formellen Rechts	66
I. Beurkundungspflicht aus dem Grundbuchverfahrensrecht	66
1. §§ 20, 29 GBO	66
2. Gegenmeinung	68
3. Stellungnahme	69

II. Die Beurkundung als Resultat des Beurkundungs- und Notardienstrechts	69
1. Beurkundungspflicht	70
2. Stellungnahme	70
III. Zusammenfassung	71
E. Das einheitliche Zusammenspiel von materiellem und formellem Recht bei der Beurkundung der Auflassung aus der Sicht der herrschenden Meinung	72
I. Die sprachliche Darstellung der Auflassungserklärung und ihrer Beurkundung als einheitlicher Vorgang	72
II. Die Betonung eines faktischen Beurkundungszwangs bei der Auflassung und seines Vorteils gegenüber der materiellen Beurkundungspflicht	74
1. Der faktische Beurkundungszwang	74
2. Der Vorteil des faktischen Beurkundungszwangs	75
III. Die methodische Einheit von materiellem und formellem Grundstücksrecht nach der Auffassung Huhns	75

Teil 2

Einwände gegen die herrschende Meinung	77
A. Zweifel an der Effizienz der Auflassungsform in Ansehung der allgemein angenommenen Funktion des § 925 I S. 1, 2 BGB	77
B. Allgemeine Einwände gegen die von der herrschenden Meinung angenommene Form der gemäß § 925 I S. 1, 2 BGB erklärten Auflassung	79
I. Allgemeine Bedenken gegen den Typus der Form	79
II. Die fehlende Ausgestaltung der materiellen Auflassungsform	80
C. Bedenken gegen die zweckseinheitliche Betrachtung von materiellem und formellem Recht im Zusammenhang mit der Auslegung des § 925 I BGB	82
I. Die Auslegung des § 925 I S. 1, 2 BGB durch die herrschende Meinung	83
II. Zielsetzungen des Grundbuchverfahrensrechts	84

Inhaltsverzeichnis	15
III. Die Parallele zwischen der herrschenden Auslegung des § 925 I BGB und den Grundgedanken des Grundbuchverfahrensrechts	85
IV. Denkbare Motive für die Angleichung des § 925 I BGB an das Grundbuchverfahrensrecht	88
V. Zweifel an der herrschenden Auslegung auf Grund der nur unvollständigen „Angleichung“ des § 925 I BGB an das Grundbuchverfahrensrecht	90
VI. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	91
D. Der Rückgriff auf eine historische Kontinuität in der Begründung der herrschenden Auslegung des § 925 I BGB	93
I. RGZ 99, 65 als Ausgangspunkt	93
II. Die Übertragung von RGZ 99, 65 auf die notariell erklärte Auflassung in RG JW 1920, 1029	93
III. Die Rezeption der Rechtsprechung des RG durch den BGH	96
IV. Die Streichung des Grundbuchamts aus § 925 I BGB	97
V. Folgerungen	97
E. Zusammenfassung und Grundsätze für die Auslegung des § 925 I BGB als Vorschrift des geltenden Rechts	98
I. Zusammenfassung	98
II. Der Einwand der geringen praktischen Bedeutung	98
III. Grundsätze für die gegenwartsbezogene Auslegung des § 925 I BGB	100

Teil 3

Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der notariell erklärten Auflassung	102
A. Die Beurkundung als ein vom Wortlaut umfaßtes Formerfordernis	102
I. Der Begriff des Erklärens im Tatbestand des § 925 I S. 1 BGB	103
1. Das historische Wortlautverständnis	103

2. Der gegenwärtige Gebrauch des Begriffs	104
II. Das Fehlen der ausdrücklichen Anordnung der Beurkundung	105
III. Ergebnis	108
B. Der Zweck des § 925 I BGB als elementares Auslegungskriterium	109
I. Die Absicht des historischen Gesetzgebers	110
1. Die allgemeinen Zwecke der Auflassungsform	110
2. Die speziellen Zwecke der Auflassungsform	112
a) Warnfunktion und Übereilungsschutz	112
b) Sicherheit vor Abweichungen der Erklärungen vom Grundbuchstand ...	114
c) Schutz vor Zwischenverfügungen	114
d) Sichere Erfüllung Zug um Zug	115
e) Feststellung des ernsthaften und überlegten Willens der Parteien	116
3. Zusammenfassung	116
II. Die Auswirkungen der Gesetzesänderungen auf den Normzweck	117
1. Die Anpassung des § 925 I BGB an die allgemeine Zuständigkeit der Notare und Amtsgerichte	117
2. Das BeurkG	119
3. Zwischenergebnis	120
III. Zur Ansicht Wilhelms zur Neubestimmung des Regelungszwecks	120
1. Der Standpunkt Wilhelms	121
2. Stellungnahme	121
a) Der Verweis auf den Selbstschutz durch die zweite Kommission	121
b) Die Parallelität von grundbuchamtlicher und notarieller Auflassung	122
c) Keine exklusive Zweckzuweisung im zweiten Entwurf	123
3. Ergebnis	124
IV. Die Aktualität der ursprünglichen Regelungszwecke	124
1. Warnfunktion	125

a) Das Bedürfnis nach der Warnfunktion mit Blick auf den Veräußerer	125
aa) Die Erforderlichkeit der Warnfunktion wegen § 313 S. 2 BGB	125
bb) Die Erforderlichkeit der Warnfunktion wegen der Abstraktheit der Eigentumsübertragung	128
cc) Die Verteidigung der Warnfunktion gegen ihre Kritiker	130
(1) Die Gebotenheit der Warnfunktion bei jeder Auflassungserklärung	130
(2) Das Argument der mangelnden Effektivität der Warnfunktion ..	131
b) Die Berechtigung der Warnfunktion auch hinsichtlich des Erwerbers	133
2. Übereinstimmungsfunktion / Kenntnis des Grundbuchstands	133
3. Klarstellungsfunktion	134
4. Beweisfunktion	134
5. Der Schutz vor rechtsverleitenden Verfügungen des Veräußerers	135
6. Sicherung der Erfüllung Zug um Zug	136
7. Zusammenfassung	137
V. Der Schutz des Grundbuchs als Hauptzweck des § 925 I BGB?	137
1. Die herrschende Ansicht zur Bedeutung des Grundbuchschutzes bei der Auflassungsform	138
2. Der Schutz des Grundbuchs vor Abweichungen von der tatsächlichen Rechtslage nach der ursprünglichen Konstruktion des Gesetzes	139
a) Die Protokollierungspflicht des Grundbuchamts	139
b) Der Bewilligungsgrundsatz	141
c) Die Ausnahmenvorschrift des § 20 GBO	142
aa) Die Begründung des § 20 GBO in der Denkschrift zur GBO	142
bb) Die Kritik Güthes an der amtlichen Begründung des § 20 GBO	143
cc) Die Unerheblichkeit der unterschiedlichen Zweckbeschreibungen mit Blick auf den Grundbuchschatz	143
dd) Ergebnis/Rückschlüsse auf das Verhältnis von § 925 I BGB zu § 20 GBO	144
3. Wahrnehmung des Grundbuchschutzes durch § 925 I BGB?	145
a) Funktionsverlust des § 20 GBO?	145
b) Neue Bedürfnisse nach Grundbuchschatz als Folge der geänderten Fassung des § 925 I BGB?	146

aa)	Gesteigerte Gefahr für die Richtigkeit des Grundbuchs?	147
bb)	Konsequenzen für den Zweck des § 925 BGB	148
c)	Die Verneinung anderer Funktionen als Argument für die Schutzfunktion	148
d)	Der unzutreffende Rückgriff auf Häsemeyer	149
aa)	Der Ansatz Häsemeyers	149
bb)	Einwand I	149
cc)	Einwand II	150
dd)	Ergebnis	151
4.	Zwischenergebnis	151
a)	Der Grundbuchschutz ist kein Zweck des § 925 I BGB	151
b)	Die Relevanz des Grundbuchschatzes für die Auslegung des § 925 I BGB	152
VI.	Ergebnis	153
C.	Die Beurkundung als die geeignetste Form zur Verwirklichung des Normzwecks ...	154
I.	Die Verwirklichung des Normzwecks durch die Beurkundungsform	154
1.	Warnfunktion / Schutz vor Übereilung	155
2.	Klarstellungsfunktion / Gewährschaftsfunktion	156
3.	Beweisfunktion	156
4.	Übereinstimmung der Auffassung mit dem Grundbuchinhalt	156
5.	Schutz vor rechtsverleitenden Verfügungen des Veräußerers	157
6.	Ermöglichung der sicheren Erfüllung Zug um Zug	158
7.	Teilergebnis	160
II.	Nachteilige Auswirkungen des Beurkundungsverzichts	160
1.	Die verkürzte Verwirklichung des Normzwecks	161
a)	Beweisfunktion	162
b)	Warnfunktion	162
c)	Ergebnis	163

2. Die Nachweissituation bei einer nur materiell wirksam erklärten Auflassung ohne wirksame Beurkundung	163
a) Das Erfordernis der erneuten Auflassungserklärung	163
b) Pflicht zur erneuten Auflassungserklärung?	165
aa) Erfüllungswirkung der unbeurkundeten Auflassung	165
bb) Stellungnahme	166
c) Der Widerspruch zum Klarheitsgebot von Formzwängen	168
3. Keine Auflösung der Nachteile durch die einheitliche Betrachtung von materiellem und formellem Recht	168
4. Zusammenfassung	169
III. Verkehrsinteresse und Rechtssicherheit als Auslegungsgesichtspunkte	170
1. Die mit einem materiellen Beurkundungszwang verbundene Gefahr für die Richtigkeit des Grundbuchs	170
a) Sicherheit der Beurkundung durch das notarielle Verfahren	171
b) Sicherung des Grundbuchs durch die Kontrolle des Grundbuchamts	173
c) Differenzierung der falschen Eintragungen	174
d) Ergebnis	175
2. Die Bedeutung des Grundbuchschutzes	175
a) Kein absoluter Grundbuchschutz	176
aa) Allgemeine Ursachen für falsche Grundbucheintragungen	176
bb) Der materielle Formzwang des § 925 BGB als Ursache falscher Grundbucheintragungen	178
b) Ergebnis	179
3. Die Gefahr für den Rechtsfrieden infolge des Beurkundungszwangs	180
a) Die Möglichkeit der Ausbeutung eines Beurkundungsfehlers	180
b) Die Parallele zu anderen Formerfordernissen	180
c) Schutzwürdige Parteiinteressen hinter Beurkundungsmängeln	181
d) Reaktionsmöglichkeiten der Rechtsordnung für den Fall des Rechtsmißbrauchs	182
aa) Nichtbeachtlichkeit des Formmangels?	182
bb) Haftung der Urkundsperson	183

4. Die Entscheidung der Auslegungsfrage	183
a) Die Abwägung des RG	184
aa) Die Abwägungspositionen	184
bb) Kritik an der Abwägung des RG	184
(1) Die empirische Grundlage	184
(2) Auswahl des Abwägungsgesichtspunkts	185
(3) Das an der Häufigkeit orientierte Abwägungsergebnis	185
(4) Ergebnis	186
b) Die Rezeption der reichsgerichtlichen Abwägung	187
aa) Rechtsprechung des BGH	187
bb) Die Rezeption durch Fuchs-Wissemann	187
c) Die Entscheidung des BGH	188
aa) Der Prüfungsgesichtspunkt der Rechtssicherheit	188
bb) Der Prüfungsumfang	189
cc) Die zum Schutz der Rechtssicherheit angeführten Argumente	189
(1) Gleichzeitige Anwesenheit	189
(2) § 29 GBO	190
(3) Notardienstrecht	190
(4) Das Beurkundungsrecht als Quelle neuer Rechtsunsicherheit ...	191
dd) Ergebnis	191
d) Eigener Ansatz einer Entscheidung	191
aa) Die nachteiligen Folgen eines materiellen Beurkundungszwangs ...	191
bb) Die Vorteile des Beurkundungserfordernisses	192
cc) Systematisierung von Vor- und Nachteilen der Beurkundungsform .	192
(1) Generelle Vorteile – singuläre Nachteile	192
(2) Der Einzelfallcharakter der Grundsatzentscheidungen von RG und BGH	193
dd) Entscheidung	195
IV. Ergebnis der teleologisch-systematischen Auslegung	199

Inhaltsverzeichnis	21
D. Systematische Auslegungsargumente	199
I. Systematische Argumente für die Beurkundungsform	200
1. Der systematische Zusammenhang von § 925 I BGB und § 873 II BGB	200
a) Die aktuelle Streitfrage	200
b) Die Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des § 873 BGB	200
2. Verfahren und Kostenrecht	203
3. System der Formen des BGB	204
4. Beseitigung des Widerspruchs zu § 925 I S. 3 BGB	204
II. Die Widerlegung der Gegenargumente	205
1. Das Verhältnis zu den §§ 20, 29 GBO	205
2. Die Differenzierung in § 20 BNotO	205
3. § 925 I S. 3 BGB	206
4. Die amtliche Begründung zum BeurkG	208
5. Die Auflassung als <i>Abschluß eines Vertrags vor Gericht oder Notar</i>	209
E. Ergebnis	210

Teil 4

Rechtliche und praktische Auswirkungen des materiellen Beurkundungszwangs bei der notariellen Auflassung 211

A. Die Erklärung der Auflassung	211
I. Normalfall	211
II. Unter Einschaltung eines Dritten	213
1. Die Formbedürftigkeit von Vollmachtserteilung und Zustimmung	213
a) Vollmachtserteilung	213
b) Zustimmung	214
2. Bezug zu § 925 I BGB	214
a) Der Inhalt des Formgebots	215

b) Stellungnahme	215
c) BGH NJW-RR 1989, 1099	217
3. Unbeachtlichkeit des Grundbuchsches?	218
B. Der Eintritt der Bindung an die Auflassung	219
C. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Beurkundungsform	219
I. Bei durchsetzbarem Anspruch aus dem Grundgeschäft	220
1. Aufdeckung des Formmangels vor Eintragung im Grundbuch	220
2. Aufdeckung des Formmangels nach Eintragung im Grundbuch	220
II. Bei Fehlen eines formwirksam geschlossenen Grundgeschäfts	221
1. Ausgangslage	221
2. Aufrechterhaltung des Grundgeschäfts	221
3. Aufrechterhaltung der Auflassung	223
a) Ablehnung durch das Schrifttum	223
b) Die Rechtsprechung	225
c) Stellungnahme	226
aa) Interessen Dritter	226
bb) Kein fehlendes Bedürfnis	227
d) Ergebnis	229
III. Haftung der Urkundsperson bei bleibender Unwirksamkeit	230

Teil 5

Zusammenfassung	231
Literaturverzeichnis	235
Sachwortregister	245

Einleitung

In § 925 I S. 1 BGB definiert das Gesetz die Auflassung als die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers und ordnet an, daß sie bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden muß. Nach § 925 I S. 2 BGB ist zur Entgegennahme der Auflassung jeder Notar zuständig. Die allgemein als Formvorschrift verstandene Norm des § 925 I BGB ist in ihrer heutigen Fassung das Ergebnis einer wechselvollen Entstehungsgeschichte und zahlreicher Gesetzesänderungen. Seit Inkrafttreten des BGB gibt sie Anlaß zu Auseinandersetzungen sowohl unter dem Blickwinkel des materiellen als auch des formellen Rechts. Schon in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 war lebhaft umstritten, ob die nach der damaligen Fassung des § 925 I BGB vor dem Grundbuchamt zu erklärende Auflassung zu ihrer materiellen Wirksamkeit „notwendig beurkundungsbedürftig“ sei. Das RG vertrat im Jahre 1903 den Standpunkt, daß die Erklärung der zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück erforderlichen dinglichen Einigung zugleich eine „gehörige Protokollierung“ erfordere. Werde in dieser Hinsicht gefehlt, so das RG, ermangele die abgegebene Erklärung der Kraft, als Grundlage für die Eintragung des Eigentumsüberganges zu dienen.¹ Während im Schrifttum die Frage auch nach dieser höchstrichterlichen Entscheidung umstritten blieb, stellte sich das KG im Jahr 1918 mit einer umfangreichen Begründung auf die Seite des RG.² Dieses sprach sich im Jahre 1920 dann jedoch unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung gegen die Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung aus³ und hielt fortan an dieser Auffassung fest.⁴ Im Jahre 1956 mußte der BGH zur Frage der Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung Stellung nehmen.⁵ Er folgte der jüngeren Rechtsprechung des RG, welcher sich inzwischen auch das Schrifttum überwiegend angeschlossen hatte, und formulierte den prägnanten Leitsatz, daß die Auflassung zu ihrer Wirksamkeit keiner Beurkundung bedürfe. Huhn⁶ stellte zur Rezeption dieses höchst-

¹ RG ZBIFG 3, 789 (799). Der Abdruck der Entscheidung in RGZ 54, 195 (196) enthält eine Zusammenfassung der entsprechenden Passage mit dem Wortlaut: „Es folgt zunächst eine Darlegung, daß die Meinung des Beschwerdeführers, auch bei Annahme eines Verstoßes gegen §§ 176, 177 FGG müßten die Auflassungen als gültig angesehen werden, irrig sei . . .“

² KGJ 51, 142.

³ RGZ 99, 65.

⁴ RGZ 132, 406 (408).

⁵ BGHZ 22, 312.

⁶ Huhn, Rpfleger 1977, 199.

richterlichen Leitsatzes im Jahre 1977 fest, daß er gelegentlich so weitergegeben werde, als ob er im Gesetz stünde, und in der Tat scheint er auch heute noch für die einheitliche Meinung von Literatur und Rechtsprechung zu stehen.

Vor dem Hintergrund der früheren Auseinandersetzung ist es fast verwunderlich, mit welcher Einigkeit Literatur und Rechtsprechung sich heute gegen die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung aussprechen. Dies gilt um so mehr, als bei der Beschreibung des Regelungszwecks des § 925 I BGB nach allgemeiner Ansicht die Schaffung einwandfreier und klarer Unterlagen für die Grundbucheintragung ganz im Vordergrund stehen soll, um auf diese Weise ein Auseinanderfallen von Buchlage und tatsächlicher Rechtslage zu verhindern und so die Institution des Grundbuchs vor Falscheintragungen zu schützen. Bei einem Verzicht auf das Beurkundungserfordernis führt die in § 925 I S. 1, 2 BGB vorgeschriebene Form jedoch gerade nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – zu einer urkundlichen Verkörperung der Auflassung. Hierin scheint sich ein Widerspruch zum vermeintlichen Hauptzweck des § 925 I BGB zu offenbaren. Die herrschende Meinung überspielt dies, indem sie aus der Zusammenschau von materiellem Grundstücksrecht und formellem Grundbuchverfahrensrecht einen faktischen Beurkundungszwang konstruiert, der in seinen praktischen Auswirkungen einem materiellen Beurkundungserfordernis gleichkommen soll. Diese Zusammenschau bringt die Gefahr der Vermischung von materiellem und formellem Grundstücksrecht mit sich, die zwei getrennte Rechtsgebiete mit unterschiedlichen Aufgaben und Zielsetzungen bilden. Wie zu zeigen sein wird, spricht einiges dafür, daß der materielle Formzwang des § 925 I BGB dadurch eine Ausrichtung an der Zielsetzung des Grundbuchverfahrensrechts erfahren hat und seine ursprüngliche Funktion dadurch in Vergessenheit zu geraten droht.

Die Arbeit soll klären, welche Regelungszwecke das Gesetz mit § 925 I BGB verfolgt und ob auf die Beurkundung als Bestandteil der materiellen Auflassungsform verzichtet werden kann, ohne die Erfüllung dieser Zwecke zu gefährden. Insoweit versteht sich die Arbeit als Beitrag zum geltenden Recht, wobei ihr aktuelle Bedeutung durch die Rechtsprechung des BGH zur Formbedürftigkeit der Einwilligung des Eigentümers in die Auflassung durch Dritte zukommt.⁷ Darüber hinaus liefert der Untersuchungsgegenstand Anknüpfungspunkte zu Fragen von allgemeiner Bedeutung. Neben der Unterscheidung von materiellem Grundstücksrecht und formellem Grundstücksverfahrensrecht in zwei Rechtsgebiete mit eigenen Regelungszwecken gilt dies etwa für den Stellenwert des Grundbuchschatzes als Auslegungsgesichtspunkt, den Eintritt der Bindung an die Auflassung und die Durchbrechung des § 125 S. 1 BGB mit Blick auf Auflassungen, die nicht der Form des § 925 I BGB genügen. Ferner steht die Auflassungsform als Formvorschrift in besonderem Maße im Spannungsfeld zwischen generalisierender Bildung fester Tatbestände und der gerechten Entscheidung des Einzelfalls. An der Frage des Beurkundungszwangs der Auflassung wird erkennbar, wie das Bedürfnis nach der ge-

⁷ BGH NJW 1998, 1482.

rechten Entscheidung des Einzelfalls zu einer Modifizierung des Tatbestands sowohl mit Blick auf seinen Inhalt als auch hinsichtlich seines Zwecks führen kann und dies die Gefahr eines Funktionsverlustes mit sich bringt. Insoweit versucht die Arbeit der Systembildung und -wahrung zu dienen.

Im ersten Teil der Arbeit soll dazu eine Einführung in den Untersuchungsgegenstand gegeben werden. Neben der Entstehungsgeschichte des § 925 I BGB wird das gegenwärtige Meinungsbild zur Frage der Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung und seine Entwicklung seit Inkrafttreten des BGB aufgezeigt. Im zweiten Teil der Arbeit werden Einwände gegen die herrschende Meinung formuliert, die eine erneute Untersuchung der Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung trotz des einheitlichen Meinungsbilds in Literatur und Rechtsprechung rechtfertigen. Ferner sollen in diesem Abschnitt aus den Einwänden, die gegen die herrschende Meinung zu formulieren sind, Grundlagen für die Auslegung des § 925 I BGB herausgearbeitet werden. Im dritten Teil der Arbeit erfolgt die eigentliche Auslegung des § 925 I BGB, wobei zu zeigen sein wird, daß die Beurkundung entgegen der heute herrschenden Meinung als die durch § 925 I BGB vorgeschriebene materielle Form der notariell erklärten Auflassung anzusehen ist. Im vierten Teil werden die praktischen Auswirkungen dieses Ergebnisses insbesondere für den Fall einer unwirksamen Beurkundung aufgezeigt. Das Gesamtergebnis bildet den fünften Teil der Arbeit.