

Laura Rothmann

Beurkundung und Bezugnahme

Zum verfahrensrechtlichen Umgang
mit komplexen Vertragswerken



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 932

Laura Rothmann

Beurkundung und Bezugnahme

Zum verfahrensrechtlichen Umgang mit
komplexen Vertragswerken



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4726-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8992-2 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School im Herbsttrimester 2017 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 19. Dezember 2017 in Hamburg statt. Literatur und Rechtsprechung sind bis August 2017 berücksichtigt.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Peter Rawert, LL.M. (Exeter) für das Anregen des Dissertationsthemas, die fachliche und persönliche Betreuung des Vorhabens und die überaus zügige Erstellung des Erstgutachtens. Die Erfahrungen, die ich während der promotionsbegleitenden Tätigkeit im Notariat Ballindamm in Hamburg sammeln konnte, haben mir bei der Erstellung dieser Arbeit sehr wertvolle Impulse gegeben. Für die Übernahme und sehr zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens gebührt Frau Professorin Dr. Anne Röthel mein Dank.

Besonders danken möchte ich zudem Frau Wiebke Thurm für die schöne gemeinsame Promotionszeit, ihre stete Diskussionsbereitschaft sowie ihre nützlichen Hinweise nach der Durchsicht des Manuskripts. Für ihre Unterstützung beim Korrekturlesen möchte ich zudem Frau Katharina Gefken danken.

Meinen Eltern gilt mein ganz besonderer Dank dafür, dass sie meine akademische Ausbildung stets unterstützt haben und mein Leben begleiten. Von Herzen dankbar bin ich schließlich meinem Mann Christian Rothmann für seine liebevolle Unterstützung.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Teil 1: Problemstellung, Zielsetzung und Gang der Untersuchung	21
Teil 2: Grundlagen zum Recht der notariellen Beurkundung	25
A. Die Vorgaben des materiellen Rechts	25
I. Anordnung der Beurkundungspflicht	26
II. Umfang der Beurkundungspflicht	27
1. Grundsatz der Gesamtbeurkundung	27
2. Ausnahmen vom Grundsatz der Gesamtbeurkundung	29
3. Gewillkürte Formerfordernisse	30
4. Zusammenfassung	31
III. Zwecke der notariellen Beurkundung	31
1. Allgemeine Formwirkungen	32
a) Warnfunktion	32
b) Klarstellungsfunktion	33
c) Beweisfunktion	33
d) Spezielle Relevanz der Warn-, Klarstellungs- und Beweisfunktionen bei notarieller Beurkundung	34
2. Besondere Formwirkungen der notariellen Beurkundung	35
a) Notarielle Beratung und Belehrung	35
b) Gültigkeits- und Richtigkeitsgewähr	35
c) Entlastung der Justiz	36
d) Ermöglichung behördlicher Kontrolle	38
IV. Zwingender Charakter der Formvorschriften	38
B. Das Beurkundungsverfahren	39
I. Überblick über das Verfahren bei der notariellen Beurkundung von Willenserklärungen	40
1. Beurkundungsverhandlung	40
2. Aufnahme der Erklärungen in Niederschrift und Anlagen	40
3. Verlesung, Genehmigung und Unterschrift	43
II. Der Vorlesezwang	43
1. Historische Herkunft der Verlesungspflicht	44

2. Zwecke der Verlesungspflicht	49
III. Verstöße gegen Vorschriften des Beurkundungsverfahrensrechts	50
Teil 3: Die Bezugnahme auf Anlagen	54
A. Hintergründe	54
I. Der Umfang moderner Vertragswerke	54
II. Herausforderungen für das Beurkundungsverfahren	58
B. Formen der Bezugnahme	60
I. Unklare Begrifflichkeiten	60
II. Verweisung	63
1. Verfahren	63
2. Rechtsfolgen	65
3. Zulässigkeit	66
a) Keine Beschränkung auf nebensächliche Vertragsbedingungen	66
b) Keine Beschränkung auf beurkundungspflichtige Erklärungen	67
c) Auslagerung von verfahrensrechtlichen Feststellungen	69
III. Hinweis	70
IV. Verhältnis von Verweisung und Hinweis	72
C. Beweiswirkungen der Bezugnahme	73
I. Formelle Beweiskraft	75
II. Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde	77
1. Inhalt der Vermutung	78
2. Begrenzung auf rechtsgeschäftliche Vereinbarungen?	78
a) Auffassung der Rechtsprechung und großer Teile des Schrifttums	79
b) Kritik im Schrifttum	80
c) Eigene Auffassung	80
aa) Vollständigkeitsvermutung	81
bb) Richtigkeitsvermutung	81
cc) Ergebnis: Begrenzung nur der Vollständigkeitsvermutung auf rechtsgeschäftliche Erklärungen	82
3. Folgen für die Beweiswirkungen der Bezugnahme	83

D. Bezugnahme auf Daten oder Datenträger	83
I. Keine Möglichkeit der Verweisung	84
II. Bezugnahmemodalitäten bei Hinweisen	86
1. Datenträger als unechte Anlage zur Niederschrift	87
2. Datenträger in notarieller Verwahrung	90
3. Übermittlung von Daten als elektronisch beglaubigte Abschriften	93
4. Besondere Eignung der notariellen Verwahrung	96
III. Zusammenfassung	98
Teil 4: Das Erfordernis der Verweisung	99
A. Meinungsbild	100
I. Auffassung der Rechtsprechung	101
II. Auffassungen im Schrifttum	103
1. Kroschel und Thiele (1902)	103
2. Crusius (1966)	107
3. Schippel (1979)	108
4. Brambring (1980)	109
5. Hauschild/Zimmermann (2012)	110
6. Kommentarliteratur	111
B. Eigene Auffassung: Pflicht zur Verweisung bei Beurkundungszwang	113
I. Grundlage der die Verweisung erzwingenden Beurkundungspflicht	113
II. Kriterien für und gegen die Annahme einer Verweisungspflicht	116
1. Anlagen mit Rechtswirkungen erzeugenden Erklärungen	117
2. Anlagen ohne Rechtswirkungen erzeugende Erklärungen	118
a) Beschreibende oder erläuternde Erklärungen	118
b) Erklärungen ohne Kausalität für den Eintritt der Rechtswirkungen	120
c) Wiedergabe des dem Rechtsgeschäft zugrunde liegenden Tatbestands	121
III. Fallgruppen	123
1. Vertragsschluss	123
a) Getrennte Abgabe von Angebot und Annahme	124
b) Genehmigung eines vollmachtlos abgeschlossenen Geschäfts	128

c) Vertragsänderungen und –aufhebungen	129
d) Neuvernahme und Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts	129
aa) Neuvernahme	130
bb) Bestätigung	130
cc) Zusammenfassung	132
2. Übernahme von Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen	133
a) Gesetzlicher Übergang von Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen	133
b) Rechtsgeschäftliche Übernahme von Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen	134
c) Übernahme dinglicher Rechte	139
d) Besonderheiten im Wohnungseigentumsrecht	141
aa) Meinungsstand	142
bb) Eigene Auffassung	143
(1) Bezeichnung des Kaufgegenstandes	143
(2) Rechte und Pflichten der Gemeinschaftsordnung	145
(3) Zusammenfassung	149
3. Einzelne vertragliche Vereinbarungen	149
a) Vereinbarungen zum Kaufpreis	150
b) Garantievereinbarungen	151
c) Bezugnahme auf den Inhalt von Datenräumen	154
d) Definitionskataloge	156
e) Verpflichtung zum Abschluss eines weiteren Vertrags	158
f) Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit von Vertragsregelungen	159
4. Rechtsnormen	160
a) Deklaratorische Bezugnahme	161
b) Konstitutive Bezugnahme	162
c) Sonderfälle: Ungültige oder ausländische Rechtsnormen	162
5. Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen	163
6. Private Regelwerke	166
a) Meinungsstand	167
b) Kritik	169

c) Eigene Auffassung	171
aa) Differenzierung nach statischen und dynamischen Verweisungen	171
bb) Verweisungspflicht bei dynamischer Verweisung?	172
(1) Zulässigkeit dynamischer Verweisungen	173
(2) Eingeschränkte Beurkundungspflicht bei dynamischen Verweisungen	177
cc) Verweisungspflicht bei statischer Verweisung?	178
(1) Nach allgemeinen Grundsätzen bestehende Verweisungspflicht	179
(2) Teleologische Reduktion der Formvorschriften	180
dd) Ergebnis	185
d) Einzelne private Regelwerke	186
aa) Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)	186
bb) DIN-Vorschriften	188
cc) Deutscher Corporate Governance Kodex	189
dd) Gerichtliche Tabellen und Richtlinien	191
ee) Tabellen zur Festlegung der Testamentsvollstreckervergütung	193
ff) Indices über Lebenshaltungskosten	193
gg) Nicht amtlich veröffentlichte oder archivierte Regelwerke	194
hh) Sonderfall: Schiedsgerichtsordnungen	195
7. Auszüge aus öffentlichen Registern	200
IV. Ergebnis: Die Abgrenzung von verweisungspflichtigen zu nicht verweisungspflichtigen Anlagen	203
Teil 5: Verfahrensprivilegien für besondere Formen der Bezugnahme	205
A. Verweisung auf Bezugsurkunden (§ 13a BeurkG)	206
I. Historischer Kontext	206
II. Privilegierte Verweisungsgegenstände	209
III. Verfahren	210
1. Errichtung der Bezugsurkunde	211

2. Verweisung auf die Bezugsurkunde (§ 13a BeurkG)	212
a) Keine zwingende Beteiligtenidentität	212
b) Verzicht auf das Vorlesen und/oder Beifügen der Bezugsurkunde	213
c) Erklärung über die Kenntnis vom Inhalt der Bezugsurkunde	214
d) Sonderfälle	216
aa) Verweisung auf unwirksame Urkunden	216
(1) Materiell-rechtliche Mängel	216
(2) Verfahrensrechtliche Mängel	217
bb) Verweisung auf Urkunden eines ausländischen Notars	218
cc) Verweisung auf fremdsprachige Urkunden	222
B. Verweisung auf Anlagen mit Bestandsverzeichnissen sowie im Zusammenhang mit Grundpfandrechtsbestellungen (§ 14 BeurkG)	223
I. Privilegierte Verweisungsgegenstände	224
1. Bestandsverzeichnisse	225
a) Ausdrücklich aufgeführte Verzeichnisse	225
aa) Bilanzen	225
bb) Inventare	227
cc) Nachlassverzeichnisse	228
b) Sonstige Bestandsverzeichnisse	228
c) Weitere Erklärungen in Bestandsverzeichnissen	233
2. Erklärungen zur Grundpfandrechtsbestellung (§ 14 Abs. 1 S. 2 BeurkG)	236
II. Verweisungsverfahren	237
1. Verzicht auf das Vorlesen	237
2. Pflicht zur Unterzeichnung aller Seiten	238
a) Art der Unterzeichnung	238
b) Zeitpunkt der Unterzeichnung	239
c) Kritik	240
C. Verweisung auf Anlagen mit wortgleichen Bestandteilen (§ 13 Abs. 2 BeurkG analog)	242

Teil 6: Die Bezugsurkunde und ihre Alternativen	246
A. Bezugsurkunden bei umfangreichen Vertragswerken	247
I. Anlagenkonvolute	247
II. Errichtung von Bezugsurkunden unter Beteiligung Dritter	248
III. Verzicht auf das Vorlesen und Beifügen der Bezugsurkunde	251
IV. Berufsrechtliche Grenzen	252
V. Gefahren für Formzwecke	254
B. Alternativen de lege lata	258
I. Effizientere Vertragsgestaltung am Beispiel von Forward Purchase Agreements	259
1. Forward Purchase Agreements	260
2. Detaillierte Leistungsbeschreibungen	261
3. Funktionale Leistungsbeschreibungen als Alternative?	262
a) Merkmale einer funktionalen Leistungsbeschreibung	263
b) Beurkundungsfragen	264
c) Anwendungsbereich	265
4. Ergebnis: Adäquater Ersatz detaillierter durch funktionale Leistungsbeschreibungen nur in Einzelfällen	267
II. Zielgerichteter Einsatz von Heilungsvorschriften	268
1. Heilungsvorschriften	268
2. Gestaltungsmöglichkeiten	269
a) Ausgeschlossene Konstellationen	269
aa) Gerichtliche oder behördliche Überprüfung der Formwirksamkeit	269
bb) Fälle beschränkter Heilungswirkung	270
cc) Entstehen nicht einseitig zu beendender Schwebezustände	270
b) Potentielle Konstellationen	271
3. Ergebnis: Gestaltungsalternative nur im Einzelfall	274
III. Abschluss von Rechtsgeschäften im Ausland	274
IV. Zusammenfassung zur Situation de lege lata	278
C. Alternativen de lege ferenda	279
I. Vorschläge im Schrifttum	279
1. Einschränkung der Verlesungspflicht bei ausschließlicher Beteiligung von Kaufleuten oder der öffentlichen Hand	279

2. Ersatz der Verlesungspflicht durch eine allgemeine Vorlagepflicht	281
3. Erweiterung der Verlesungserleichterung des § 14 BeurkG	282
4. Einschränkung des Umfangs der Verlesungspflicht	284
II. Eigener Vorschlag: Erweiterung des § 14 BeurkG bei gleichzeitiger Einführung einer bei der Errichtung von Bezugsurkunden eingreifenden Amtspflicht	285
1. Grundsatz: Festhalten an der Verlesungspflicht	286
2. Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 14 BeurkG unter gleichzeitiger Einschränkung der Unterzeichnungspflicht	286
a) Einschränkung der Verlesungspflicht	287
aa) Leistungsbeschreibungen	288
bb) Teilungserklärungen nebst Gemeinschaftsordnungen	289
cc) Nicht für einen Einzelfall konzipierte private Regelwerke mit abstrakt-generellem Inhalt	289
b) Einschränkung der Unterzeichnungspflicht	290
c) Klarstellungen und redaktionelle Anpassungen	291
d) Formulierungsvorschlag	292
3. Einführung einer bei der Errichtung von Bezugsurkunden eingreifenden Amtspflicht	293
a) Hintergrund	293
b) Inhalt der Amtspflicht	294
c) Verankerung der Amtspflicht	295
d) Formulierungsvorschlag	297
Teil 7: Zusammenfassung der Ergebnisse	298
Literaturverzeichnis	303

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz AT	Bundesanzeiger Amtlicher Teil
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckMH-Hdb	Beck'sches Mandats-Handbuch Unternehmenskauf
BeckNH-Hdb	Beck'sches Notar-Handbuch
BeckOGK	Beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BeckRA-Hdb	Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge
BLAH	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann. ZPO
BNotO	Bundesnotarordnung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CFL	Corporate Finance Law
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
DNBG	Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DONot	Dienstordnung für Notarinnen und Notare
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
ESTdV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
etc.	et cetera

EU	Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote(n)
Form.	Formular
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GBV	Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie
KG	Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GNotKG	Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk-BGB	Handkommentar BGB
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
HRV.	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters
Hs.	Halbsatz
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne der/des

Abkürzungsverzeichnis

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
jur.	juristische(n)
juris-PK	juris-Praxiskommentar BGB
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KV	Kostenverzeichnis
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
LM	Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MünchKomm	Münchener Kommentar
MünchVHdb	Münchener Vertragshandbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK-BGB	NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch
NK-StGB	NomosKommentar Strafgesetzbuch
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Vorname
OVG	Oberverwaltungsgericht
PG	Prütting/Gehrlein. ZPO. Kommentar
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich. BGB. Kommentar
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RLE/BNotK	Richtlinien-Empfehlungen der Bundesnotarkammer
Rn.	Randnummer
RNO	Reichsnotariatsordnung
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rz.	Randziffer
S.	Satz; Seite(n)
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SigG	Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen
sog.	sogenannte(n/r)
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	und andere; unter anderem
Überbl.	Überblick
UmwG	Umwandlungsgesetz
UR-Nr.	Urkundenrollennummer
Urt.	Urteil
v.	vom/von
Var.	Variante
Verf.	Verfasserin
VermG	Vermögensgesetz

Abkürzungsverzeichnis

VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil C
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRV	Vereinsregisterverordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Teil 1: Problemstellung, Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Der Umfang vieler moderner Verträge stellt das notarielle Beurkundungsverfahren vor Herausforderungen. Das Vertragswerk muss den Beteiligten in der Beurkundungsverhandlung in seiner Gänze vorgelesen werden. Bei Verträgen von mehreren hundert Seiten Länge kann dies Stunden, wenn nicht Tage dauern. Die Praxis behilft sich mit der Auslagerung von Teilen des Vertragstextes in Anlagen, welche in einer sog. Bezugsurkunde gebündelt werden. Eine solche Bezugsurkunde kann im Einzelfall ganze Ordner füllen.¹ Gebräuchlich ist es etwa, in einem Unternehmenskaufvertrag auf Jahresabschlüsse, auf die Dokumentation zu übernehmender Rechtsverhältnisse, auf Listen mit Angaben zu Kundenbeziehungen oder im Rahmen eines sog. *Portfolio-Deals* auf Grundbesitzdaten und Baubeschreibungen Bezug zu nehmen.

Das Beurkundungsverfahren sieht die Möglichkeit der „*Verweisung*“ auf Anlagen vor (§ 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG). Grundsätzlich erlaubt es ein solches *Procedere* allerdings nur, wenn sämtliche Beurkundungsvorschriften auch hinsichtlich der Anlage, auf die verwiesen wird, eingehalten werden. Das bringt die mitunter mühsame Pflicht mit sich, die Anlagen gemeinsam mit der notariellen Niederschrift vorzulesen. Für bestimmte Anlagen gilt die strenge Verlesungspflicht allerdings nur eingeschränkt. So kann beispielsweise auf in Anlagen enthaltene Bestandsverzeichnisse verwiesen werden, ohne dass diese vorzulesen sind. Besonders hervorzuheben ist zudem die Möglichkeit, auf andere notarielle Niederschriften zu verweisen, ohne diese vorlesen zu müssen.

Aufgrund der Privilegierung von Anlagen in Form notarieller Niederschriften hat sich in den letzten Jahrzehnten die Verwendung von Bezugsurkunden eingebürgert. Dabei werden Teile eines Vertrags vorab zu dem Zweck notariell beurkundet, bei der anschließenden Beurkundung des Vertrags auf die so errichtete notarielle Niederschrift – die Bezugsurkunde –

1 Zum Umfang mancher Vertragswerke und ihrer Anlagen siehe *Bohrer*, DStR 2012, 1232 (1233): „*in Regalmetern zu messen*“; MünchVHdb Bd. 2/von *Hoyenberg*, Form. I.4 Anm. 1; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Burmeister*, § 23 Rn. 3, 42; *Binz/Mayer*, NJW 2002, 3054 (3055).

verweisen zu können, ohne sie dort vorlesen zu müssen. Regelmäßig sind an der Errichtung der Bezugsurkunde nicht die Vertragsparteien, sondern Dritte beteiligt, oft Mitarbeiter des Notars. So können Bezugsurkunden besonders effizient erstellt werden. Mittels der sich anschließenden Verweisung lassen sich selbst sehr umfangreiche Vertragswerke unter vertretbarem Zeitaufwand beurkunden. Doch erscheint zweifelhaft, ob diese Verfahrensgestaltung den Zwecken der notariellen Beurkundung gerecht wird. Wie kann dabei sichergestellt werden, dass der Inhalt der Bezugsurkunde den Vertragsparteien im Detail bekannt ist und tatsächlich ihrem Willen entspricht? Auf welchem Wege kann eine notarielle Beratung und Belehrung stattfinden? Und überdies drängt sich die Frage auf, welchen Mehrwert es hat, die Bezugsurkunde mit einem beliebigen Dritten zu beurkunden und sie ihm hierbei vorzulesen.

Tatsächlich stellt die Wahl der richtigen Bezugnahmeform eine der wesentlichen Fehlerquellen notarieller Tätigkeit dar.² Die falsche Einschätzung des Notars in diesem Kontext kann die Formnichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge haben. Die statthafte Form der Bezugnahme richtet sich nämlich jeweils danach, ob die Anlage zum Zweck der Wahrung von Formerfordernissen zum Gegenstand der notariellen Niederschrift gemacht werden muss. Diese Thematik wird meist unter dem Stichwort der Abgrenzung der Verweisung vom Hinweis diskutiert. Vor der Kulisse des formellen Beurkundungsrechts geht es dabei im Hintergrund um Themen des materiellen Rechts, namentlich um die Frage nach dem Umfang der Beurkundungspflicht.

Angesichts der Formnichtigkeit, die bei Beurkundungsfehlern droht, wird der vorsichtige Notar häufig dem Rat folgen, „*lieber einen Punkt zu viel zu beurkunden als einen zu wenig*“.³ Gleichwohl ist es nicht generell ratsam, aus Unsicherheit kurzerhand auf sämtliche Anlagen zu verweisen. Das kann das Beurkundungsverfahren unnötig überfrachten. In einer Beurkundungsverhandlung sollen die wesentlichen Parteivereinbarungen im Mittelpunkt stehen und ist es Aufgabe des Notars, die Beteiligten zu beraten und zu belehren. Das ist nicht gewährleistet, wenn der Notar eine große Vielzahl von Seiten mit zuweilen monotonen Listen vorzulesen hat.

2 Zu Recht hebt *Lange*, NJW 2017, 137 (138), die Bezugnahme auf Anlagen als „*vielleicht wichtigste Fehlerquelle*“ hervor. Siehe auch *Wicke*, MittBayNot 2014, 13 (14 f.); *Hauschild/Kallrath/Wachter/Burmeister*, § 23 Rn. 43.

3 Rat von *Crusius*, DNotZ 1966, 657 (664). Siehe dazu auch *Hauschild/Zimmermann*, FS Brambring, S. 113 (121).

Unter solchen – alle Mitwirkenden ermüdenden – Gegebenheiten können weder der Notar noch die Beteiligten dem eigentlich bedeutsamen Vertragsinhalt hinreichende Aufmerksamkeit schenken und ist das Erreichen der mit der notariellen Beurkundung und dem Vorlesen der Niederschrift verbundenen Ziele gefährdet.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob es sich bei der Bezugnahme auf Anlagen tatsächlich um ein „*beurkundungsrechtliches Buch mit sieben Siegeln*“⁴ handelt. Das Thema der Untersuchung ist die Notwendigkeit, Sinnhaftigkeit und Praktikabilität der Einbeziehung von Anlagen in notarielle Urkunden sowie die Beschäftigung mit Alternativen *de lege lata* und *de lege ferenda*.

Zunächst werden die Grundlagen des Rechts der notariellen Beurkundung beschrieben (Teil 2). Dazu wird das Verhältnis von Beurkundungserfordernissen einerseits und Beurkundungsverfahrensrecht andererseits aufgezeigt. Dargestellt wird, unter welchen Voraussetzungen es der notariellen Beurkundung bedarf und welchen Zwecken diese Form dient. Es folgt ein Überblick über das Beurkundungsverfahrensrecht, wobei dargelegt wird, woher der das Beurkundungsverfahren prägende Zwang zum Verlesen der notariellen Niederschrift stammt.

Im dritten Teil der Arbeit wird die Bezugnahme auf Anlagen in ihren verschiedenen Spielarten erörtert. Zunächst werden die Gründe herausgearbeitet, auf die der zunehmende Umfang von Vertragswerken zurückzuführen ist. Anschließend werden die beiden Bezugnahmeformen, die Verweisung und der Hinweis, mit ihren Verfahrensanforderungen und Rechtsfolgen dargestellt. Angesichts der fortschreitenden Digitalisierung ist auch die Möglichkeit der Bezugnahme auf Daten und Datenträger Teil der Betrachtung.

Anschließend wird analysiert, unter welchen Voraussetzungen eine Verweisung erforderlich ist und wann ein Hinweis ausreicht (Teil 4). Hierzu werden zunächst die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansätze dargestellt und gewürdigt. Aufbauend darauf wird die Abgrenzung von beurkundungspflichtigen zu nicht beurkundungspflichtigen Anlagen anhand einer Vielzahl von Fallgruppen konkretisiert.

Im fünften Teil der Arbeit werden die besonderen Formen der Bezugnahme betrachtet. Zunächst werden die privilegierten Verweisungstatbe-

4 Hauschild/Zimmermann, FS Brambring, S. 113: „Anlagen zum Unternehmenskaufvertrag – ein beurkundungsrechtliches Buch mit sieben Siegeln?“.

stände, namentlich § 13a BeurkG und § 14 BeurkG, mit ihren Besonderheiten dargestellt. Schließlich wird auf die analoge Anwendung von § 13 Abs. 2 BeurkG eingegangen.

Der sechste Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Bezugsurkunde und ihren Alternativen. Zunächst wird beschrieben, welche Gestaltungsspielräume die notarielle Praxis im Rahmen der Verweisung nach § 13a BeurkG hat und wie sie aufgrund des großen Umfangs vieler Vertragswerke und der grundsätzlich bestehenden Verlesungspflicht vielfach wahrgenommen werden. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass die gebräuchlich gewordene Errichtung von Bezugsurkunden unter alleiniger Beteiligung Dritter zum Zweck der späteren Verweisung zwar *de lege lata* zulässig ist, vor dem Hintergrund der mit der notariellen Beurkundung verfolgten Zwecke jedoch problematisch erscheint. Auf der Grundlage dieses Befunds wird untersucht, ob das Beurkundungsverfahren durch alternative Vertragsgestaltungen ohne die Verweisung auf eigens errichtete Bezugsurkunden auskommen kann. Ausgehend von dem Ergebnis, dass hinreichende Gestaltungsalternativen nicht großflächig zur Verfügung stehen, werden verschiedene Alternativen *de lege ferenda* diskutiert. Der Teil schließt mit einem Reformvorschlag.

Teil 2: Grundlagen zum Recht der notariellen Beurkundung

Das BGB enthält in Form des § 128 BGB eine mit „*notarielle Beurkundung*“ überschriebene Norm. Auch schreiben eine Reihe weiterer Bestimmungen des BGB die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften vor. Doch trifft keine dieser Vorschriften eine Aussage darüber, wie die notarielle Beurkundung zu erfolgen hat. Stattdessen ist das Beurkundungsverfahren im BeurkG geregelt. Dessen Normen bestimmen die Voraussetzungen und den Ablauf der notariellen Beurkundung, regeln aber ihrerseits nicht, welche Gegenstände der notariellen Beurkundung bedürfen. Sie können weder einen Beurkundungszwang begründen noch eine bestehende Beurkundungspflicht einschränken oder erweitern.⁵ Das Beurkundungsverfahren bestimmt somit allein, *wie* zu beurkunden ist, während Formvorschriften vorgeben, *was* zu beurkunden ist.⁶

A. Die Vorgaben des materiellen Rechts

Das BGB unterscheidet in seinem Allgemeinen Teil zwischen fünf verschiedenen, zueinander in einem Stufenverhältnis stehenden Formen, nämlich der Textform (§ 126b BGB), der Schriftform (§ 126 BGB), der elektronischen Form (§ 126a BGB), der öffentlichen Beglaubigung (§ 129 BGB) und der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB).⁷ Dabei stellt die notarielle Beurkundung die höchste Form dar, welche alle anderen Formen zu ersetzen vermag.⁸

5 BGH, Urt. v. 06.04.1979 – V ZR 72/74, juris Rz. 23 = BGHZ 74, 346 = NJW 1979, 1496; *Winkler*, § 9 Rn. 27.

6 *Brambring*, DNotZ 1980, 281 (283 f.); *Lichtenberger*, NJW 1980, 864 (866); *Hauschild/Zimmermann*, FS *Brambring*, S. 113 (116); *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, § 9 BeurkG Rn. 20; *Winkler*, § 9 Rn. 26.

7 In den weiteren Büchern des BGB finden sich auch Modifizierungen dieser Formen, vgl. MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 125 Rn. 2. So schreibt das Gesetz mitunter die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien (§§ 925, 1410, 2276 BGB) oder die eigenhändige Abfassung des Testaments (§ 2247 BGB) vor.

8 Vgl. §§ 126 Abs. 4, 129 Abs. 2 BGB. Siehe auch *Staudinger/Hertel*, § 125 Rn. 19; *NK-BGB/Noack/Kremer*, § 125 Rn. 3.

I. Anordnung der Beurkundungspflicht

Das deutsche Zivilrecht kennt den Grundsatz der Formfreiheit.⁹ Die Beobachtung einer Form ist daher im Grunde nur erforderlich, wenn das Gesetz für den wirksamen Abschluss eines Rechtsgeschäfts ausdrücklich die Pflicht zur Einhaltung einer Form statuiert. Das materielle Recht enthält eine Vielzahl an Formvorschriften. Sie finden sich im Schuld- wie im Sachenrecht und im Familien- wie im Erbrecht. Die Form der notariellen Beurkundung wird dabei vergleichsweise selten angeordnet. Sie ist allerdings insbesondere im Immobiliarsachenrecht sowie im Gesellschaftsrecht anzutreffen.¹⁰

Wird eine materiell-rechtliche Formvorschrift nicht eingehalten, ist das Rechtsgeschäft gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Die Beobachtung eines materiell-rechtlichen Formerfordernisses ist folglich Wirksamkeitsvoraussetzung des formbedürftigen Geschäfts. Zwar kennt auch das formelle Recht Formerfordernisse, wie z.B. § 29 GBO oder § 12 HGB zeigen, doch handelt es sich bei solchen Normen um bloße Ordnungsvorschriften, deren Missachtung nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt.

Neben einem gesetzlich begründeten Formbedürfnis kommen gewillkürte Formerfordernisse in Betracht. Es steht den Parteien frei, einen Formzwang rechtsgeschäftlich zu begründen oder zu verschärfen. Das ist Teil ihrer Vertragsfreiheit.¹¹ Die Parteien können bei gewillkürten Formerfordernissen darüber entscheiden, welche Form einzuhalten ist und welche Abreden von der Form erfasst sein sollen.¹² Auch können sie die Rechtsfolgen eines Verstoßes festlegen und bestimmen, ob das Formerfordernis konstitutiv oder deklaratorisch wirken soll. Nur im Zweifel führt ein Verstoß gegen ein gewillkürtes Formerfordernis gemäß § 125 S. 2 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Praktisch ist es jedoch selten, dass die kostenintensive notarielle Beurkundung rechtsgeschäftlich vereinbart wird. Im Folgenden sollen daher die gesetzlichen Formerfordernisse im Vordergrund stehen.

9 MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 125 Rn. 1; Staudinger/*Hertel*, § 125 Rn. 3.

10 Z.B. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB; § 2 Abs. 1 GmbHG; § 15 Abs. 3, 4 GmbHG; § 23 Abs. 1 AktG, § 6 UmwG.

11 Staudinger/*Hertel*, § 125 Rn. 121; NK-BGB/*Noack/Kremer* Rn. 54.

12 Grenzen können sich bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben (§ 307 BGB, § 309 Nr. 13 lit. a, b BGB). Siehe dazu Staudinger/*Hertel*, § 125 Rn. 122 sowie NK-BGB/*Noack/Kremer* Rn. 59 ff.

II. Umfang der Beurkundungspflicht

§ 125 S. 1 BGB ordnet an, dass ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig ist. Daraus lässt sich ableiten, dass Formerfordernisse sich grundsätzlich auf das gesamte Rechtsgeschäft erstrecken.¹³ Einige Formvorschriften heben diesen Grundsatz der Gesamtbeurkundung ausdrücklich hervor. So schreibt etwa § 311b Abs. 1 S. 1 BGB für Grundstückskaufverträge vor, dass der „*Vertrag*“ schlechthin beurkundet werden muss. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ist durch § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG festgelegt, dass die „*Vereinbarung*“ der Form der notariellen Beurkundung unterliegt. So einfach dies auf den ersten Blick erscheint, so schwierig gestaltet sich aber im Einzelfall die Festlegung des Umfangs der Beurkundungspflicht. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung den Grundsatz der Gesamtbeurkundung an mancher Stelle aufgeweicht, an anderer Stelle verschärft hat.

1. Grundsatz der Gesamtbeurkundung

Die Anordnung der Form der notariellen Beurkundung hat wegen des Grundsatzes der Gesamtbeurkundung im Allgemeinen zur Folge, dass das gesamte Rechtsgeschäft der notariellen Beurkundung bedarf.¹⁴ Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist aufgrund der Vorschrift des § 125 S. 1 BGB der maßgebliche Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Umfangs der Beurkundungspflicht. Er bezeichnet den Tatbestand, der sich aus den von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen sowie etwaigen weiteren Tatbestandsmerkmalen zusammensetzt, an welchen die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolgs knüpft.¹⁵ Allerdings beziehen sich die im Allgemeinen Teil des BGB genannten Formen ihrer Natur nach lediglich auf Erklärungen und passen nicht zu sonstigen Tatbestandsmerk-

13 Zum Grundsatz der Gesamtbeurkundung siehe Staudinger/*Hertel*, § 125 Rn. 58; NK-BGB/*Noack/Kremer*, § 125 Rn. 11; PWW/*Ahrens*, § 125 Rn. 17; Münch-Komm-BGB/*Einsele*, § 125 Rn. 32; Palandt/*Ellenberger*, § 125 Rn. 9.

14 Staudinger/*Hertel*, § 125 Rn. 58; NK-BGB/*Noack/Kremer*, § 125 Rn. 11; PWW/*Ahrens*, § 125 Rn. 17; Palandt/*Ellenberger*, § 125 Rn. 9; Hk-BGB/*Dörner*, § 125 Rn. 5; *Wolf/Neuner*, § 44 Rn. 20.

15 Palandt/*Ellenberger*, Überbl. v § 104 Rn. 2; *Brox/Walker*, § 4 Rn. 96; *Leipold*, § 10 Rn. 6.

malen, aus denen sich ein Rechtsgeschäft zusammensetzen kann. Man denke nur an die Eigentumsübertragung von Grundstücken, die neben der dinglichen Einigung noch die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erfordert (§ 873 Abs. 1 S. 1 BGB).¹⁶ Das lässt sich freilich vor dem Hintergrund erklären, dass der historische Gesetzgeber nicht trennscharf zwischen dem Terminus des Rechtsgeschäfts und den zu seinem Abschluss erforderlichen Willenserklärungen unterschieden hat. Ausdrücklich heißt es in den Motiven zum BGB, dass die Begriffe der Willenserklärung und des Rechtsgeschäfts in der Regel gleichbedeutend gebraucht werden.¹⁷ Im Kontext des § 125 S. 1 BGB bedeutet dies, dass zwar ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form erman gelt, nichtig ist, hieraus aber nicht zu folgern ist, dass das gesamte Rechtsgeschäft dieser Form bedarf. Vielmehr unterliegen dem Formzwang lediglich die Willenserklärungen, aus denen sich das Rechtsgeschäft zusammensetzt.

Unter einen angeordneten Beurkundungszwang fallen dementsprechend grundsätzlich sämtliche Willenserklärungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das beurkundungspflichtige Rechtsgeschäft zusammensetzen soll.¹⁸ Zwischen wichtigen und weniger wichtigen Erklärungen wird dabei nicht unterschieden. Die Auffassung, dass der Formzwang nur für die wesentlichen Teile eines Vertrags gelte,¹⁹ konnte sich nicht durchsetzen.²⁰ Die Beurkundungspflicht gilt daher sowohl für wesentliche Vereinbarungen (*essentialia negotii*) als auch für alle Nebenabreden (*acciden-*

16 Hk-BGB/Staudinger, § 873 Rn. 8.

17 Siehe Motive zum allgemeinen Theile des BGB, S. 126, zitiert nach *Mugdan I*, S. 421. Tatsächlich decken sich die Begriffe des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung nur beim einseitigen Rechtsgeschäft, da sich lediglich dort der Inhalt eines Rechtsgeschäfts auf eine Willenserklärung beschränkt; siehe *Bork*, § 12 Rn. 399; Palandt/*Ellenberger*, Überbl. v § 104 Rn. 2.

18 BGH, Urt. v. 23.09.1977 – V ZR 90/75, juris Rz. 13 = BGHZ 69, 266 = NJW 1978, 102; BGH, Urt. v. 23.02.1979 – V ZR 99/77, juris Rz. 11 = NJW 1979, 1495; Palandt/*Ellenberger*, § 125 Rn. 9; MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 125 Rn. 32.

19 Siehe dazu *Häsemeyer*, S. 216 m.w.N.

20 Gegen eine Beschränkung auf wesentliche Vereinbarungen sprechen die Formzwecke der notariellen Beurkundung. Während man der Warnfunktion durch die bloße Beurkundung der *essentialia negotii* gerecht werden könnte, erfordern die Klarstellungs- und Beweisfunktionen die Fixierung des gesamten Rechtsgeschäfts. Auch der Zweck der notariellen Beratung und Belehrung erfordert die umfassende Kenntnis des Notars vom zu beurkundenden Rechtsgeschäft. Zudem ist die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abreden fließend und daher

talia negotii).²¹ Auch spätere Änderungen und Ergänzungen des Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich formbedürftig.²² Im Gegenzug lässt sich aber auch feststellen, dass sich der Beurkundungszwang auf Willenserklärungen beschränkt. Sonstige Erklärungen, wie beispielsweise Wissenserklärungen, werden von der Beurkundungspflicht nicht erfasst.

Um ein Formproblem handelt es sich auch nicht, wenn die notarielle Urkunde keine Angaben zu einem regelungsbedürftigen Punkt enthält, über den sich die Vertragsparteien noch nicht endgültig geeinigt haben.²³ In einem solchen Fall kann ein Dissens (§ 154 BGB) vorliegen, nicht aber die Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts angenommen werden. Das Beurkundungserfordernis als solches soll nämlich nur die Dokumentation des tatsächlich Vereinbarten sicherstellen, nicht dagegen auch eine inhaltlich vollständige und ausreichend bestimmte Einigung der Parteien gewährleisten.²⁴

2. Ausnahmen vom Grundsatz der Gesamtbeurkundung

Der Grundsatz der Gesamtbeurkundung gilt nicht ausnahmslos. Mitunter wird der Umfang der Beurkundungspflicht im Rahmen der Anordnung des Formzwangs ausdrücklich beschränkt. So bedarf es bei einer Schenkung nach § 518 Abs. 1 BGB nicht der notariellen Beurkundung des zweiseitigen Schenkungsvertrags, sondern allein des Schenkungsversprechens.²⁵ Auch behandelt die Rechtsprechung Beurkundungsvorschriften in einigen Fallgruppen restriktiv. So sind etwa Änderungen zu Grundstückskaufverträgen formfrei möglich, sofern sie der Behebung von Abwicklungs-

gerade vor dem Hintergrund der drohenden Formnichtigkeit unzureichend trennscharf. Siehe hierzu ausführlich *Wolf/Neuner*, § 44 Rn. 20.

21 Vgl. MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 125 Rn. 32; *Soergel/Hefermehl*, § 125 BGB Rn. 4.

22 *Palandt/Ellenberger*, § 125 Rn. 10 m.w.N.; zu den Ausnahmen siehe unten, S. 29 f.

23 BGH, Urt. v. 30.06.2006 – V ZR 148/05, juris Rz. 12 = NJW-RR 2006, 1292.

24 BGH, Urt. v. 30.06.2006 – V ZR 148/05, juris Rz. 12 = NJW-RR 2006, 1292. Eine davon zu unterscheidende Frage ist, inwieweit das Beurkundungsverfahren sicherstellen soll, dass der Wille der Beteiligten vollständig erfasst wird. Zu den Beratungs- und Belehrungspflichten gemäß § 17 BeurkG siehe unten, S. 35.

25 Abweichungen vom Grundsatz der Gesamtbeurkundung sehen z.B. auch § 766 S. 1 BGB für die Bürgschaftserklärung sowie §§ 780, 781 BGB für das abstrakte Schuldanerkenntnis vor.

schwierigkeiten dienen oder nach erklärter Auflassung erfolgen.²⁶ An anderer Stelle dehnt die Rechtsprechung den Umfang der Beurkundungspflicht aus. Dies gilt gerade im Hinblick auf an sich nicht beurkundungspflichtige Geschäfte, welche mit einem Grundstückskaufvertrag derartig rechtlich zusammenhängen, dass sie nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen und deshalb eine rechtliche Einheit bilden.²⁷ Danach kann beispielsweise auch ein Bauvertrag dem Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegen.²⁸

3. Gewillkürte Formerfordernisse

Im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit können die Parteien den Umfang des von ihnen vereinbarten Formzwangs festlegen. Treffen sie keine ausdrücklichen Regelungen, gilt im Zweifel auch für gewillkürte Formerfordernisse der Grundsatz der Gesamtbeurkundung, sodass sämtliche von den Parteien im Zusammenhang mit dem Rechtsgeschäft abgegebenen Willenserklärungen der Beurkundung bedürfen.²⁹ Die Parteien können aber auch bestimmen, dass nur einzelne Abreden der vereinbarten Form bedürfen, beispielsweise solche, die die Änderung oder Beendigung eines Vertrags be-

26 Zu Änderungen zur Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten siehe RG, Urt. v. 03.02.1922 – II 640/21 = RGZ 103, 328; BGH, Urt. v. 02.10.1957 – V ZR 212/55 = WM 1957, 1458; BGH, Urt. v. 27.10.1972 – V ZR 37/71, juris Rz. 14 = NJW 1973, 37; BGH, Urt. v. 08.04.1988 – V ZR 260/86, juris Rz. 16 = NJW 1988, 3263; BGH, Urt. v. 05.04.2001 – VII ZR 119/99, juris Rz. 20 = NJW 2001, 1932. Zu Änderungen nach erklärter Auflassung siehe BGH, Urt. v. 14.05.1971 – V ZR 25/69, juris Rz. 13 = MDR 1971, 737; BGH, Urt. v. 28.09.1984 – V ZR 43/83, juris Rz. 14 f. = NJW 1985, 266. Kritisch jeweils MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 311b Rn. 58.

27 BGH, Urt. v. 06.12.1979 – VII ZR 313/78, juris Rz. 20 = BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829; BGH, Urt. v. 24.09.1987 – VII ZR 306/86, juris Rz. 13 = BGHZ 101, 393 = NJW 1988, 132; BGH, Urt. v. 16.07.2004 – V ZR 222/03, juris Rz. 7 = NJW 2004, 3330; BGH, Urt. v. 22.07.2010 – VII ZR 246/08, juris Rz. 8, 10 = BGHZ 186, 345 = WM 2010, 1817; Palandt/*Grüneberg*, § 311b Rn. 32; Staudinger/*Schumacher*, § 311b Abs. 1 Rn. 173 ff.; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 311b Rn. 53 ff.; Erman/*Grziwotz*, § 311b Rn. 51 ff. Kritisch *Freitag*, AcP 207 (2007), 287 (296).

28 BGH, Urt. v. 06.12.1979 – VII ZR 313/78, juris Rz. 20 = BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829; BGH, Urt. v. 22.07.2010 – VII ZR 246/08, juris Rz. 8, 10 = BGHZ 186, 345 = WM 2010, 1817.

29 Palandt/*Ellenberger*, § 125 Rn. 18; BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 125 Rn. 13.