

Für die Antikene Sammlung

1. Gesetz: BGB § 925

Rechtssatz: Die Auflassung bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner Beurkundung (Bestätigung von RGZ 99, 65; 132, 406, [408]).

2. Gesetz: BGB § 925; RNotO § 17; FGG §§ 170, 171

Rechtssatz: Ist ein Notar nach § 17 RNotO, §§ 170, 171 FGG von der Beurkundung der Auflassung ausgeschlossen, so wird dadurch seine nach § 925 BGB gegebene Zuständigkeit zur Entgegennahme der Auflassung nicht berührt.

Aktenzeichen: V ZR 61/56

Urteil des BGH vom 5. Dezember 1956

LG Bielefeld  
OLG Hamm

V ZR 61/56

Verkündet am 5. Dezember 1956  
Symalla, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinrich S [REDACTED] in H [REDACTED],  
St [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hans E [REDACTED] in H [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und  
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- Streitverkündeter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 5. Dezember 1956 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter  
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivil-  
senats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 29.  
November 1955 wird auf Kosten des Beklagten  
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte betrieb auf seinem Grundstück St. Straße in H. ein Einzelhandelsgeschäft. Da das Geschäftsgrundstück im Krieg zerstört und bei der Besetzung ausgeplündert wurde, sah er sich veranlaßt, mehrere Teilhaber aufzunehmen. Es kam zu diesem Zweck am 31. Oktober 1945 zur Unterzeichnung eines privatschriftlichen Vertrags über die Gründung einer Kommanditgesellschaft, an welcher der Beklagte und der Kaufmann P. als Komplementäre, der Kläger und der Notar Dr. sowie die von diesem vertretene Frau Dr. We. als Kommanditisten beteiligt sein sollten. In § 5 des Vertrags wurde bestimmt, daß der Beklagte in Höhe seines Kapitalanteils von 40 000 RM "laut besonderem Verträge Sachleistungen einbringt" und die übrigen Gesellschafter Geldeinlagen zu leisten haben. Zum Abschluß des mit dem Beklagten "zu schließen- den Sacheinbringungsvertrags" wurde in § 7 Nr 1 des Vertrags von der Gesellschaft der Komplementär P. bevollmächtigt. In einer weiteren Bestimmung (§ 7 Nr 8 des Vertrags) wurde vereinbart, daß die Komplementäre mit dem Ablauf des Jahres, in welchem sie 66 Jahre alt werden, aus ihrer Stellung als Komplementäre ausscheiden und Kommanditisten werden.

Der Einbringungsvertrag zwischen dem Komplementär P. und dem Beklagten wurde noch an demselben Tag von dem an der gegründeten Gesellschaft als Kommanditisten beteiligten Notar Dr. beurkundet. Er enthielt neben der Feststellung, daß das Geschäft und die Inventarstücke von der Gesellschaft übernommen wurden, die Einbringung des Geschäftsgrundstücks in die Gesellschaft und dessen Auflassung an die Gesellschaft.



Die Gesellschaft wurde anschließend als Eigentümerin des Geschäftsgrundstücks in das Grundbuch eingetragen. Sie wurde auch in das Handelsregister eingetragen und hat unter ihrer Firma den Geschäftsbetrieb des Beklagten bis Anfang 1955 fortgeführt.

Da die Gesellschaft in den letzten Jahren mit Verlust arbeitete, entstanden zwischen den Gesellschaftern Meinungsverschiedenheiten, in deren Verlauf der Beklagte unter Berufung auf eine Verletzung der §§ 313 BGB, 170 ff FGG die Nichtigkeit der beiden Verträge vom 31. Oktober 1945 geltend machte und am 27. Januar 1955 die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung der Gesellschaft als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch erwirkte. Am 31. Januar 1955 beschlossen die Gesellschafter in Abwesenheit des Beklagten, die Gesellschaft zu liquidieren. Am 1. März 1955 wurde über das Vermögen der Gesellschaft das Vergleichsverfahren eröffnet. Nach Erhebung der Klage hat der Beklagte am 7. April 1955 ebenfalls die Liquidation der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet.

Da der Beklagte die Gültigkeit der Verträge bestreitet, hat der Kläger beantragt,

festzustellen, daß der am 31. Oktober 1945 geschlossene Gesellschaftsvertrag der H. S. [REDACTED], Kommanditgesellschaft, rechtsgültig ist und das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in Bezug auf die Gesellschaft durch die Satzungen dieses Vertrages bestimmt wird.

Der Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Er beruft sich auf die Nichtigkeit beider Verträge.

Der privatschriftliche Gesellschaftsvertrag sei gemäß § 313 BGB formbedürftig gewesen, da die Parteien sich darüber einig gewesen seien, daß die in dem Vertrag genannte Sachleistung des Beklagten in dessen Grundstück bestehen sollte und sie den Vertrag nur unter dieser Voraussetzung abgeschlossen hätten.

Der notariell beurkundete Einbringungsvertrag und die in diesem enthaltene Auflassung seien nach §§ 170 ff FGG nichtig, da der beurkundende Notar Beteiligter im Sinne des § 168 Satz 2 FGG gewesen und in der Auflassung außerdem eine Verfügung zu seinen Gunsten zu erblicken sei.

Die hiernach gegebene Nichtigkeit der Auflassung habe auch die Heilung des dem Gesellschaftsvertrag anhaftenden Formmangels nach § 313 Satz 2 BGB verhindert.

Der Beklagte hält zwar für möglich, daß trotz des Formmangels des Gesellschaftsvertrags nach außen eine faktische Gesellschaft entstanden sei. Im Innenverhältnis könne er sich jedoch auf den Formmangel berufen, sodaß bei der Auseinandersetzung der Gesellschafter das Grundstück außer Betracht zu bleiben habe.

Der Kläger hält demgegenüber beide Verträge für wirksam.

Der Gesellschaftsvertrag habe nicht der Form des § 313 BGB bedurft, da der Beklagte nach dessen Abschluß zunächst frei habe wählen können, was er einbringen wolle. Der Einbringungsvertrag sei gerade zu dem Zweck geschlossen worden, um den Gesellschaftsvertrag von möglicherweise formbedürftigen Bindungen frei zu halten.

Die Vorschriften der §§ 170 ff FGG hätten den Notar Dr. W. nicht an der Beurkundung des Einbringungsvertrags gehindert, da ein Kommanditist bei der Beurkundung von Geschäften der Gesellschaft nicht als Beteiligter anzusehen sei und der Notar durch die Auflassung auch keinen unmittelbaren Vorteil erlangt habe. Die Auflassung habe nach anerkannter Rechtslehre zudem keiner Beurkundung bedurft.

Da somit eine wirksame Auflassung vorliege, sei ein etwaiger Formmangel des Gesellschaftsvertrags durch sie und die Eintragung im Grundbuch nach § 313 Satz 2 BGB auch geheilt worden.

Aber selbst wenn der Formmangel des Gesellschaftsvertrags nicht geheilt sei, könne sich der Beklagte auch im Innenverhältnis nicht mehr auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags berufen, da er neun Jahre lang als besoldeter Geschäftsführer von der Gesellschaft gelebt habe und deshalb sein Versuch, das Grundstück wieder an sich zu ziehen, eine unzulässige Rechtsausübung sei.

Das Landgericht hat die Klage mangels Rechtsschutzinteresses abgewiesen.

In der Berufungsinanz hat der Kläger beantragt, festzustellen,

1. daß der am 31. Oktober 1945 geschlossene Gesellschaftsvertrag der H. S. [REDACTED] KG rechtsgültig ist,
2. hilfsweise, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in Bezug auf die Gesellschaft in jedem Falle durch die Satzungen des Vertrages vom 31. Oktober 1945 bestimmt wird.

Das Berufungsgericht hat in Abänderung des Urteils des Landgerichts nach dem Hauptantrag erkannt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zunächst das Feststellungsinteresse, das von der Revision zur Nachprüfung gestellt wird, bejaht.

Es führt insoweit aus, es sei u.a. für den Kläger von schutzwürdigem Interesse, alsbald grundsätzlich geklärt zu wissen, ob die Vielzahl der Zweifelsfragen, welche über die Auswirkungen früherer Geschäfte und Handlungen der Gesellschafter gerade bei der Auseinandersetzung noch entstehen könnten, sich nach dem Gesellschaftsvertrag regeln oder nach

den nur auf dem Gedanken von Treu und Glauben aufgebauten, jedoch für den Einzelfall gesellschaftsinterner Streitigkeiten höchst unsicheren Grundlagen, welche in Literatur und Rechtsprechung für die faktische Gesellschaft entwickelt worden seien. So erreiche der Kläger mit seinem Antrag z.B. eine rechtskräftige Grundlage zur Entscheidung der Frage, ob der Beklagte sich durch den Gesellschaftsvertrag wirksam verpflichtet habe, in Höhe von 40 000 RM Sachleistungen einzubringen oder ob er, wie das beim Bestehen einer nur faktischen Gesellschaft denkbar wäre, anstelle nicht rechtswirksam eingebrachter Vermögenswerte, insbesondere also anstelle des Grundstücks, lediglich einen nach dem damaligen Wert zu berechnenden Geldersatz zu leisten habe.

Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum.

Die Revision kann sich deshalb nicht mit Erfolg darauf berufen, daß für die Liquidation der Gesellschaft, da der Gesellschaftsvertrag hierüber keine Bestimmungen enthalte, die gesetzlichen Bestimmungen und damit die gleichen Bestimmungen wie für die Liquidation einer nur faktischen Gesellschaft anwendbar seien. Entscheidend ist vielmehr, daß bei der Annahme der Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags das zu liquidierende Gesellschaftsvermögen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, anders und für die übrigen Gesellschafter günstiger gestaltet ist, als wenn die Gesellschaft nur als faktische anzusehen ist. Dies wird von dem Beklagten selbst nicht verkannt, wenn er vorträgt, daß er sich bei der Annahme einer nur faktischen Gesellschaft im Innenverhältnis auf den von ihm behaupteten Formmangel des Gesell-

schaftsvertrags berufen könne und das Grundstück daher bei der Auseinandersetzung der Gesellschafter außer Betracht zu bleiben habe.

II. Das Berufungsgericht hat auch die von der Revision ebenfalls zur Nachprüfung gestellte Sachbefugnis des Klägers bejaht.

Es ist der Auffassung, daß die vorliegende Klage ein Sonderfall der "actio pro socio" sei. Die Sachbefugnis des Klägers könne umso weniger bestritten werden, als jedem Gesellschafter gegen einen widersprechenden Gesellschafter nach § 133 HGB sogar das Recht zur Auflassungsklage zustehe (Weipert in RGRK § 133 HGB Anm 18). Die in jenem Fall von Amts wegen zu prüfende sachliche Übereinstimmung der übrigen Gesellschafter mit dem Kläger sei hier unwidersprochen behauptet worden und erscheine glaubhaft. Sie sei jedoch hier nicht einmal erforderlich, da die beantragte Feststellung im Gegensatz zu der Klage aus § 133 HGB nicht gestaltend auf die Rechtsbeziehungen der übrigen Gesellschafter zum Beklagten einwirke.

Die Revision meint demgegenüber, daß die einem einzelnen Gesellschafter gegebene Sachbefugnis für die Klage dazu führen könnte, daß infolge abweichender Urteile im Verhältnis zu dem einen Teil der Gesellschafter eine einwandfreie (gemeint: voll wirksame), im Verhältnis zu dem anderen Teil eine nur faktische Gesellschaft bestünde.

Diese Befürchtung der Revision ist jedoch nicht begründet. Das streitige Rechtsverhältnis, die Gültigkeit oder Nich-

tigkeit des Gesellschaftsvertrags, kann zwar nur einheitlich zwischen sämtlichen Gesellschaftern festgestellt werden. Das Berufungsgericht hat jedoch zutreffend die Übereinstimmung der übrigen Gesellschafter mit dem Kläger angenommen, da der Beklagte den dahingehenden Vortrag des Klägers nicht bestritten hat und die Übereinstimmung bei dem gegebenen Sachverhalt auch nicht zweifelhaft sein kann. Es war deshalb weder notwendig, daß die Klage auch gegen die übrigen Gesellschafter erhoben wurde, noch erforderlich, daß diese sich der Klage anschlossen. Eines Eingehens auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, daß die Übereinstimmung der übrigen Gesellschafter mit dem Kläger hier nicht einmal erforderlich ist, weil die beantragte Feststellung im Gegensatz zu der Klage aus § 133 HGB nicht gestaltend auf die Rechtsbeziehungen der übrigen Gesellschafter zum Beklagten einwirke, bedurfte es deshalb nicht mehr.

III. In der Sache selbst geht das Berufungsgericht zwar mit dem Beklagten davon aus, daß der privatschriftliche Gesellschaftsvertrag wegen Nichteinhaltung der Formvorschrift des § 313 BGB zunächst unwirksam und der Notar Dr. [REDACTED] nach den §§ 170 ff FGG von der Beurkundung des Einbringungsvertrags und der darin erklärten Auflassung ausgeschlossen war. Es ist jedoch der Auffassung, daß beide Verträge nachträglich dadurch rechtswirksam geworden sind, daß die Auflassung auch im Falle der Ungültigkeit ihrer Beurkundung rechtswirksam erklärt und daher der Formmangel der Verträge nach § 313 Satz 2 BGB mit der nachfolgenden Eintragung der Gesellschaft in das Grundbuch geheilt wurde.

Das Berufungsgericht stützt sich hierbei auf die von der Rechtsprechung im Anschluß an RGZ 99, 65 einhellig und

von der Literatur überwiegend vertretene Ansicht, daß die Auflassung zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich nicht der notariellen Beurkundung bedürfe. Dies habe zur Folge, daß eine Auflassung selbst dann wirksam erklärt sein könne, wenn ihre Beurkundung fehlerhaft und deshalb unwirksam sei.

In dem hier zu entscheidenden Falle liege zwar eine Besonderheit gegenüber den bisher in Rechtsprechung und Schrifttum behandelten Fällen darin, daß der beurkundende Notar, wie zugunsten des Beklagten unterstellt werden könne, nach den §§ 170 ff FGG von der Beurkundung ausgeschlossen gewesen sei. Dies führe jedoch zu keinem anderen Ergebnis, da auch ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften lediglich zur Folge habe, daß die Form der Beurkundung nicht gewahrt und damit die Beurkundung als solche unwirksam sei. Die Gültigkeit der nach dem Inhalt des Einbringungsvertrags von dem Beklagten und dem Komplementär P. vor dem Notar Dr. erklärt Auflassung werde davon nicht berührt. Die Vorschriften der §§ 170 ff FGG seien zudem nicht über das Gebiet der reinen Beurkundung hinaus anwendbar und umfaßten deshalb auch nicht die dem Notar im Rahmen des § 925 BGB obliegende Tätigkeit der Entgegennahme der Auflassung.

Die Frage des Ausschlusses des Notars von der Entgegennahme der Auflassung richte sich vielmehr nach der allgemeinen Vorschrift des § 17 RNotO. Diese Bestimmung spreche zwar auch von der "Beurkundungstätigkeit" des Notars. Der Begriff sei jedoch hier, wie der in die Bestimmung aufgenommene Hinweis auf die §§ 22 bis 24 RNotO zeige, auch auf die in § 22 Abs 2 RNotO ausdrücklich genannte Auflassung

anzuwenden. Ob aber der Notar Dr. [REDACTED] nach § 17 Abs 1 Nr 1 RNotO als Beteiligter von der Auflassung ausgeschlossen gewesen sei, könne ebenfalls dahingestellt bleiben, da nach Abs 2 dieser Bestimmung ein Verstoß gegen Abs 1 die Gültigkeit der Amtshandlung nicht berühre, soweit sich nicht aus den §§ 170, 171 FGG ein anderes ergebe. Daß sich aus diesen Bestimmungen die Unwirksamkeit der Auflassung nicht ergebe, sei jedoch bereits ausgeführt.

Die Auflassung sei auch nicht etwa mit Rücksicht darauf unwirksam, daß sowohl sie selbst als auch die Bevollmächtigung des Komplementärs P [REDACTED] in Verträgen erklärt worden seien, die in ihrem übrigen Inhalt zunächst unwirksam gewesen seien. Es gelte insoweit der Ausnahmefall des § 139 BGB, da unbedenklich angenommen werden müsse, daß Vollmacht und Auflassung nach dem damaligen Willen aller Beteiligten auch für den Fall einer etwaigen Formnichtigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen gelten sollten, zumindest wenn letztere dadurch geheilt werden könnten.

Das Berufungsgericht erachtet schließlich nicht für erwiesen, daß die Beteiligten die Beurkundung der Auflassung als besonderes Formerfordernis, dessen Nichterfüllung die Auflassung zumindest nach § 125 Satz 2 BGB nichtig mache, gewollt haben.

Die Rügen der Revision gegen diese Ausführungen können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts und der Revision geben zunächst Veranlassung, auf das Verhältnis der

Ausschließungsvorschriften des § 17 RNotO zu denen der §§ 170, 171 FGG einzugehen. Die §§ 170, 171 FGG beziehen sich nur auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften (Schlegelberger 7. Aufl Vorbemerkung 1. zu den §§ 170 bis 173 FGG; Keidel 6. Aufl § 170 FGG Anm 1; Seybold-Hornig-Lemmens 2. Aufl § 17 RNotO Anm II 1). § 17 RNotO bezieht sich dagegen, wie sich aus dem in Abs 1 dieser Vorschrift enthaltenen Hinweis auf die §§ 22 bis 24 RNotO ergibt, auf die gesamte in den §§ 22 bis 24 RNotO im einzelnen aufgezählte Beurkundungstätigkeit des Notars und damit nicht nur auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften, sondern auch auf die Beurkundung tatsächlicher Vorgänge einschließlich der Unterschriftsbeglaubigung. Der Anwendungsbereich des § 17 RNotO ist somit weit größer als der der §§ 170, 171 FGG. Andererseits ist es jedoch nicht so, daß der § 17 RNotO die §§ 170, 171 FGG einfach umfaßt und sie lediglich erweitert. Aus dem Vergleich des § 17 RNotO mit den §§ 170, 171 FGG ergibt sich nämlich, daß die Ausschließungstatbestände des § 17 RNotO von denen der §§ 170, 171 FGG teilweise abweichen. Die Vorschriften der §§ 170, 171 FGG sind somit durch § 17 RNotO nicht ausgeschlossen, so daß bei Beurkundungen von Rechtsgeschäften, auf die sich beide Vorschriften beziehen, § 17 RNotO neben den §§ 170, 171 FGG gilt (Seybold-Hornig-Lemmens aaO). Dies ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 17 Abs 2 RNotO, nach der zwar das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes des § 17 Abs 1 RNotO die Gültigkeit der Amtshandlung des Notars nicht berührt, die Nichtigkeit der Amtshandlung sich aber noch aus den §§ 170, 171 FGG ergeben kann.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang zunächst, daß das Berufungsgericht den Begriff der "Beurkundung" im Sinne der §§ 170, 171 FGG anders, nämlich enger ausgelegt

habe, als den Begriff der "Urkundstätigkeit" im Sinne der §§ 16, 17 RNotO. Beide Begriffe seien vielmehr praktisch identisch, da die ratio legis in beiden Fällen die gleiche sei.

Die von dem Berufungsgericht angenommene Verschiedenheit der beiden Begriffe steht jedoch mit der von der Revision behaupteten Gleichheit der beiden Begriffe nicht in Widerspruch.

Die Verschiedenheit oder die Gleichheit der beiden Begriffe hängt nämlich davon ab, in welcher Hinsicht man sie zueinander in Beziehung setzt. Geht man von dem Gegenstand der beiden Begriffe aus, auf den sie sich beziehen, so bedeuten sie etwas Verschiedenes. Denn wie bereits ausgeführt, sind Gegenstand der "Beurkundung" im Sinne der §§ 170, 171 FGG nur Rechtsgeschäfte, Gegenstand der "Urkundstätigkeit" im Sinne der §§ 16, 17 RNotO jedoch auch die weiteren in den §§ 22 bis 24 RNotO genannten Vorgänge. Die beiden Begriffe sind jedoch gleichbedeutend, wenn man unter ihnen die Aufnahme einer notariellen Urkunde versteht. In diesem Sinne ist die nach dem in den §§ 16, 17 RNotO enthaltenen Hinweis auf die §§ 22 bis 24 RNotO sich auch auf die Entgegennahme der Auflassung (§ 22 Abs 2 RNotO) erstreckende "Urkundstätigkeit" auch eine "Beurkundung" der Entgegennahme der Auflassung.

Wenn daher das Berufungsgericht die Entgegennahme der Auflassung durch den Notar Dr. [REDACTED] nur als eine dem Notar im Rahmen des § 925 BGB obliegende amtliche Tätigkeit im Sinne der §§ 22 bis 24 RNotO und damit nicht als eine

"Beurkundung" im Sinne der §§ 170, 171 FGG, sondern nur als eine "Beurkundungstätigkeit" (richtig: "Urkundstätigkeit") im Sinne der §§ 16, 17 RNotO angesehen hat, so ist es von seinem Standpunkt aus zutreffend von einer nach dem Gegenstand verschiedenen Bedeutung der beiden Begriffe ausgegangen. Seine Auffassung steht somit der von der Revision behaupteten, sich aus anderen Gründen ergebenden gleichen Bedeutung der beiden Begriffe nicht entgegen.

Das Berufungsgericht übersieht hierbei aber, daß auch die Auflassung ein Rechtsgeschäft ist und deshalb die von dem Notar über die Entgegennahme einer Auflassung aufgenommene Urkunde, worauf die Revision im Grunde mit ihrer Rüge offensichtlich hinweisen will, ebenfalls die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts darstellt. Dies hat zur Folge, daß auch die Ausschließungsgründe der §§ 170, 171 FGG zu beachten sind. Da, wie bereits ausgeführt, § 17 RNotO neben den §§ 170, 171 FGG gilt, ist der Revision deshalb zuzugeben, daß der in § 17 Abs 1 RNotO nicht genannte Ausschließungsgrund des § 171 Abs 1 Nr 1 FGG auch unmittelbar anwendbar ist.

Nicht beigetreten werden kann aber der Revision, daß der aus einem der in § 17 RNotO, §§ 170, 171 FGG genannten Gründe von der Amtstätigkeit ausgeschlossene Notar keine zuständige Stelle im Sinne des § 925 BGB mehr sei. Die Zuständigkeit des Notars wird durch das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes ebensowenig ausgeschlossen wie die Zuständigkeit eines Gerichts, dessen Richter gemäß § 41 ZPO von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen sind. In beiden Fällen richten sich die Folgen der Ausschließung für die vor-

genommenen Amtshandlungen vielmehr nach besonderen Bestimmungen. Gegen die Entscheidung des ausgeschlossenen Richters ist das zulässige Rechtsmittel und nach Rechtskraft die Nichtigkeitsklage nach § 579 Nr 2 ZPO gegeben (Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl § 41 ZPO Bem II). Für den Notar ergeben sich die Folgen der Ausschließung aus § 17 RNotO, §§ 170, 171 FGG. In den Fällen des § 17 RNotO berühren die Ausschließungsgründe nach Absatz 2 dieser Bestimmung die Gültigkeit der Amtshandlung nicht. In den Fällen der §§ 170, 171 FGG haben sie jedoch die Nichtigkeit der Amtshandlung zur Folge. Die von der Revision vertretene Auffassung würde, wenn man sie nur auf das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes des § 17 RNotO bezieht, auch zu dem unmöglichen Ergebnis führen, daß der Notar zwar zur Entgegennahme der Auflassung nicht zuständig, die von ihm beurkundete Auflassung nach § 17 Abs 2 RNotO aber trotzdem gültig wäre.

Das Berufungsgericht hat nun unterstellt, daß die von dem Beklagten behaupteten Ausschließungsgründe der §§ 170, 171 FGG vorliegen. Es ist jedoch der Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 99, 65) beigetreten, daß die Auflassung nicht der Beurkundung bedarf, und hat daraus gefolgert, daß die sich aus den §§ 170, 171 FGG ergebende Nichtigkeit der Beurkundung der Auflassung diese selbst grundsätzlich nicht berührte.

Das Reichsgericht ist in RGZ 99, 65 [67] davon ausgegangen, daß es an einer Vorschrift, die die Beurkundung der Auflassungserklärung als Erfordernis der Auflassung ausdrücklich vorsehe, im Gesetz fehle. Eine solche Bestimmung ent-

halte insbesondere weder der § 925 BGB noch der § 20 GBO, da in diesen beiden Vorschriften nur von der Erklärung der Einigung die Rede sei. Auch aus der Entstehungsgeschichte der §§ 873, 925 BGB sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Das Reichsgericht hält deshalb die vor dem Grundbuchamt erklärte Auflassung auch dann für wirksam, wenn sie nicht oder nicht formgerecht beurkundet ist. Das Reichsgericht hat diese Auffassung in einer späteren Entscheidung (RGZ 132, 406 [408]) unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht von Güthe-Triebe1 (6. Aufl § 20 GBO Anm 35) ausdrücklich bestätigt. Dieser Auffassung hat sich überwiegend auch das Schrifttum angeschlossen (BGB RGRK 10. Aufl § 925 Anm 13; Palandt 15. Aufl § 925 BGB Anm 3; Staudinger 9. Aufl § 925 BGB Anm B II 2 a; Thieme, GBO 4. Aufl § 20 Schlußabsatz von Anm 2; Hesse-Saage-Fischer, GBO 3. Aufl § 20 Bem III 2 c; Henke-Mönch-Horber GBO 4. Aufl § 20 Bem 3 B d).

In folgerichtiger Anwendung dieser von dem Reichsgericht und dem Schrifttum vertretenen Auffassung, die auch für die Erklärung der Auflassung vor dem Notar als einer nach § 925 Abs 1 BGB ebenfalls zuständigen Stelle gilt (RG JW 1920, 1029), hat deshalb das Berufungsgericht zutreffend angenommen, daß die aus den §§ 170, 171 FGG sich ergebende Nichtigkeit der Beurkundung der Auflassung durch den Notar Dr. [REDACTED], da sie überhaupt nicht erforderlich war, die Wirksamkeit der Auflassung selbst nicht berührte.

Die in dem vorliegenden Fall sich ergebende besondere Tragweite der Rechtsprechung des Reichsgerichts gab dem Senat mit Rücksicht auf das Erfordernis der Rechtssicherheit allerdings Veranlassung nachzuprüfen, ob an der Rechtspre-

chung des Reichsgerichts festgehalten werden kann oder sie nicht wenigstens einzuschränken ist. Es ist nämlich nicht zu verkennen, daß bei der Anwendung der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Vorschriften der §§ 170, 171 FGG, deren Zweck es ist, den zu eng mit einer Sache befaßten Notar von seiner Amtstätigkeit auszuschließen, für die Beurkundung der Auflassung ohne Bedeutung sind.

Die aus der Anwendung der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf Fälle der vorliegenden Art sich ergebende Möglichkeit der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit erachtet der Senat jedoch nicht für so erheblich, daß sie eine Ablehnung oder auch nur eine Einschränkung dieser Rechtsprechung erfordert. Eine wesentliche Schranke gegen eine etwaige Beeinträchtigung der Rechtssicherheit bildet schon die erschwerende Bestimmung des § 925 Abs 1 BGB, daß die Auflassungserklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden müssen. Die Möglichkeit, daß eine tatsächlich nicht erklärte Auflassung beurkundet wird, liegt deshalb sehr fern. Eine weitere Schranke bildet die Vorschrift des § 29 GBO, nach der auch die Auflassung, wenn sie nicht zur Niederschrift des Grundbuchrichters erklärt wird, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden muß. Hinzu kommt, daß der Notar die Vorschriften der §§ 170, 171 FGG, auch wenn sie im Falle der Beurkundung einer Auflassung nicht deren Unwirksamkeit zur Folge haben, keineswegs unbeachtet lassen darf, wenn er sich nicht Aufsichtsmaßnahmen oder auch einem dienststrafrechtlichen Einschreiten aussetzen will (Seybold-Hornig-Lemmens aaO § 17 RNotO Anm I 2). Schließlich darf nicht außer Betracht gelassen werden, daß auch eine Formbedürftigkeit der Auflassung zur Beeinträchtigung der

Rechtssicherheit führen würde. Das Reichsgericht (RGZ 99, 65 [70]) hat sogar die Möglichkeit, daß ein Auflassungsprotokoll fehlerhaft ist und dieser Umstand alsdann von einem der Beteiligten ausgenutzt wird, als viel näherliegend erachtet als die Möglichkeit, daß eine Eigentumseintragung ohne eine Beurkundung der Auflassung erfolgt. Im Falle der Formbedürftigkeit der Auflassung würde in Fällen der vorliegenden Art gerade der Ausschließungsgrund des § 171 Abs 1 Nr 1 FGG weitgehend dazu führen, sich auf die Nichtigkeit der Beurkundung und damit auch der Auflassung zu berufen, da die Frage, wann in einer Urkunde eine Verfügung zugunsten des Notars getroffen ist, im Einzelfall häufig streitig ist (Schlegelberger aaO § 171 FGG Anm 2 bis 11; Keidel aaO § 171 FGG Anm 2).

Der Senat hat deshalb keine Bedenken, der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 99, 65; 132, 406 [408]) zu folgen und sie auch dann anzuwenden, wenn die Beurkundung der Auflassung durch einen Notar wegen eines Ausschließungsgrundes der §§ 170, 171 FGG nichtig ist.

War hiernach die Auflassung vor dem Notar Dr. [REDACTED] wirksam erklärt, so hat das Berufungsgericht durch die nachfolgende Eintragung der Gesellschaft in das Grundbuch zutreffend gemäß § 313 Satz 2 BGB sowohl den Formmangel des Einbringungsvertrages als auch den Formmangel des Gesellschaftsvertrages als geheilt angesehen.

Das Berufungsgericht hat auch die Vorschrift des § 139 BGB nicht übersehen. Aus dieser Bestimmung hätte sich die Nichtigkeit der Auflassung deshalb ergeben können, weil so-

wohl sie selbst als auch die Bevollmächtigung des Komplementärs P. in Verträgen erklärt worden sind, die in ihrem übrigen Inhalt zunächst unwirksam waren. Das Berufungsgericht hat jedoch ausgeführt, es müsse unbedenklich angenommen werden, daß Vollmacht und Auflassung nach dem damaligen Willen aller Beteiligten auch für den Fall einer etwaigen Formnichtigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen gelten sollten. Es hat damit festgestellt, daß die Beteiligten Vollmacht und Auflassung auch ohne den zunächst nichtigen übrigen Inhalt erklärt hätten.

IV. Auch die übrigen Rügen der Revision sind unbegründet.

a) Soweit die Revision Verletzung des § 29 GBO rügt, übersieht sie, daß es sich hierbei nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit der Eintragung nicht beeinträchtigt (Güthe-Triebebel aaO § 29 GBO Anm 2).

b) Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages aus der Bestimmung des § 7 Nr 8 des Gesellschaftsvertrages herleiten will, nach der Komplementäre mit dem Ablauf des Jahres, in welchem sie 66 Jahre alt werden, aus ihrer Stellung als Komplementär ausscheiden und Kommanditisten werden. Den Ausführungen der Revision, diese Bestimmung könne dazu führen, daß die Gesellschaft überhaupt keine persönlich haftenden Gesellschafter mehr habe, eine nur aus Kommanditisten bestehende Kommanditgesellschaft aber rechtlich unmöglich sei und deshalb ein Gesellschaftsvertrag, der zu einer

rechtlich unmöglichen Gesellschaft führen könne, selbst nichtig sei, steht schon entgegen, daß die Gesellschaft rechtzeitig andere Komplementäre bestellen kann. Unterläßt sie dies, so wird die Gesellschaft ebenso aufgelöst, wie wenn die persönlich haftenden Gesellschafter durch Tod ausscheiden würden (§§ 161 Abs 2, 131 Nr 4 HGB). Es hat dann nach §§ 161 Abs 2, 145 ff HGB die Liquidation der Gesellschaft stattzufinden.

c) Soweit sich die Ausführungen der Revision mit der von dem Kläger gegen die Berufung des Beklagten auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages erhobenen Einwand der Arglist befassen, sind sie gegenstandslos, da der Senat mit dem Berufungsgericht zu einer Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages gekommen ist.

V. Die Revision des Beklagten war daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Freitag