

87. Kann ein richterliches Protokoll über Errichtung einer öffentlichen Urkunde, worin die Feststellung fehlt, daß es vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben worden ist, von dem Richter durch nachträgliche Beifügung dieser Feststellung wirksam ergänzt werden?

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 177 Abs. 1 Satz 2.

II. Zivilsenat. Ur. v. 17. Mai 1912 i. S. A. W. (Rl.) und v. R. (Nebeninterv.) w. W. (Befl.). Rep. II. 50/12.

I. Landgericht Verden.

II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Die Klägerin verlangt Auflassung der dem Beklagten gehörigen „Großbrinkfiserstelle“ auf Grund eines am 6. August 1908 vor dem Amtsgericht B., das durch den Nebenintervenienten Amtsrichter v. R. vertreten war, beurkundeten „Übergabevertrags“. Die Klage ist von dem Berufungsgericht abgewiesen worden mit der Begründung, der Vertrag sei in Ermangelung der in § 313 BGB. vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nichtig, weil in dem darüber gemäß § 177 FrGG. errichteten Protokolle die in Abs. 1 Satz 2 daselbst vorgeschriebene Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben worden, nicht enthalten sei.

Die hiergegen gerichtete Revision kann keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß das Protokoll in seiner ursprünglichen Fassung, wovon der Klägerin eine Ausfertigung erteilt worden ist, so lautete, daß nach Beurkundung der Vertragserklärungen der Beteiligten und nach ihren Unterschriften lediglich der von dem Nebenintervenienten geschriebene Vermerk folgt „Begläubigt v. R.“. Das Berufungsgericht erwägt zunächst ohne Rechtsirrtum, daß in diesen Worten die von dem Gesetze verlangte dreifache Feststellung jedenfalls nicht zu finden ist. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Ausdruck „beglaubigt“ als hinreichende Feststellung, daß die Unterschriften von den Beteiligten eigenhändig vollzogen worden sind, angesehen werden kann. Auch wenn man dies annimmt, fehlt noch die weiter erforderliche Feststellung, daß das Protokoll den Beteiligten vorgelesen und von ihnen genehmigt worden ist; die letztere Feststellung kann durch die Feststellung der eigenhändigen Unterschrift nicht ersetzt werden, da das Gesetz ausdrücklich beide Feststellungen nebeneinander verlangt.

Das Berufungsgericht hat aber weiter festgestellt, daß auf Antrag der Klägerin in der Urschrift des Protokolls am 20. Juli 1911 von dem Nebenintervenienten die Worte: „Begläubigt v. R.“ gestrichen worden sind und daß folgender Zusatz gemacht worden ist: „Dieses Protokoll, in welchem heute, am 20. Juli 1911, die nach den Unterschriften der Erschienenen folgenden Worte »begl.« und »v. R.« gestrichen worden sind, wurde, wie der oben genannte Richter auf Grund klarer und vollständiger eigener Erinnerung heute, den 20. Juli 1911, bezeugt, in der Verhandlung vom 6. August 1908 den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und mit den obigen Namenszügen, des Großbrinkfißers H. W. und der Hausdchter B. W., eigenhändig unterschrieben. v. R.“ Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, wie die Sachlage zu beurteilen sein würde, wenn der Richter die Urkunde nicht alsbald nach ihrer Errichtung, sondern erst am 20. Juli 1911 durch seine Unterschrift äußerlich abgeschlossen und dabei die hier fragliche Feststellung getroffen hätte, und wenn vorher keine Ausfertigung erfolgt wäre. Es erwägt, daß, nachdem der Richter durch seine Namensunterschrift die Urkunde äußerlich abgeschlossen und durch den Vermerk: „Zu den Akten“ auch zu erkennen gegeben hatte, daß für ihn der Akt der Urkundenaufnahme

beendigt sei, nachdem ferner die Urkunde in die Gerichtsschreiberei gelangt und eine Ausfertigung davon erteilt war, der „Abschluß des Rechtsgeschäfts“ endgültig vollzogen und nichts mehr nachgeholt werden konnte, was bis dahin nicht vorgenommen war, und daß die Willenserklärungen der Parteien, sofern sie an einem wesentlichen Formmangel litten, nicht durch einseitige Handlungen der Urkundsperson, auch wenn diese im Einverständnis eines der Beteiligten erfolgten, zu formgültigen gemacht werden konnten. Das in der Urkunde beurkundete Rechtsgeschäft sei deshalb trotz des nachträglichen Vermerks nichtig, weil die Urkunde der im Gesetze vorgeschriebenen Form entbehre.

Dieser Rechtsauffassung ist im Ergebnisse jedenfalls beizutreten. Dabei ist davon auszugehen, daß, wie das Reichsgericht unter Aufgabe einer früher (in einem Urteile vom 11. Juli 1905, Jur. Wochenschr. S. 541 Nr. 83) ausgesprochenen Ansicht nunmehr wiederholt angenommen hat,

Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 62 S. 1, Bd. 63 S. 31 flg., die in § 177 Abs. 1 Satz 2 FrGG., und ebenso für die Errichtung von Testamenten in § 2242 Abs. 1 Satz 2 BGB., erforderte Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist, nicht selbst zu denjenigen Teilen des Protokolls gehört, welche nach § 177 Abs. 1 Satz 1 FrGG. und § 2242 Abs. 1 Satz 1 BGB. vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden müssen, und daß deshalb der Feststellungsvermerk den Unterschriften der Beteiligten im Protokolle nachfolgen kann. Hieraus wird aber auch weiter zu folgern sein, daß, da das Gesetz eine zeitliche Einheit der Akterrichtung (unitas actus) nicht vorschreibt, diese Feststellung nicht notwendig im Laufe der Verhandlung selbst in Gegenwart der „Beteiligten“ zu erfolgen braucht, sondern auch nachher noch in Verbindung mit der in § 177 Abs. 3 vorgeschriebenen Unterschrift der bei der Beurkundung mitwirkenden Personen, im vorliegenden Falle also des beurkundenden Richters, erfolgen kann, wobei dahingestellt werden kann, welche zeitliche Grenze einer solchen nachträglichen Vollziehung eines noch nicht durch Unterschrift des Urkundsbeamten abgeschlossenen Protokolls gezogen werden muß.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die Ergänzung

oder Berichtigung eines noch nicht vollzogenen Protokolls, sondern es ist die Frage zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein durch die Unterschrift des beurkundenden Beamten bereits vollzogenes Protokoll, dem eine wesentliche Förmlichkeit, nämlich die in § 177 Abs. 1 Satz 2 FrGG. vorgeschriebene Feststellung fehlt, durch nachträgliche Heilung dieses Mangels gültig werden kann. Diese Frage war bereits unter der Herrschaft der preussischen Notariatsordnung vom 1. Juli 1845 bestritten. Weißler (Das Notariat der preussischen Monarchie, Kap. 27 III S. 257) führt aus, der Notar könne nicht nur seine Unterschrift nachbringen, sondern auch die Teile, die er allein auszustellen und zu zeichnen hat, also namentlich das in § 14 NotD. vorgeschriebene „Schlußzeugnis“ — dessen Inhalt im wesentlichen der in § 177 Abs. 1 Satz 2 des Reichsgesetzes vorgeschriebenen Feststellung entsprach — auch allein berichtigen und ergänzen, selbst wenn er sie schon unterschrieben habe, allerdings nur in der Form selbständiger Bescheinigungen (Nachtragsatteste). Er nimmt zur Begründung seiner Ansicht Bezug auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen hinsichtlich der Berichtigung der Hauptverhandlungsprotokolle im Strafverfahren. Allein die Ansicht Weißlers ist bereits vom Reichsgericht in einer unter der Herrschaft der preussischen Notariatsordnung ergangenen Entscheidung (Zivilf. Bd. 43 S. 274) zurückgewiesen worden. Das Reichsgericht führt dabei aus, das notarielle Protokoll bilde ein Ganzes, wovon das in § 14 vorgeschriebene Schlußattest und die Unterschrift des Notars ein wesentlicher Teil sei; mit der Unterschrift des Notars sei der notarielle Akt beendet, das Protokoll geschlossen; daher bilde, wenn das Schlußattest in einem besonderen nachfolgenden Akte erteilt werde, dieser Akt keinen Teil des Protokolls, sei also keine öffentliche Urkunde. Hieraus ergebe sich, daß wesentliche Mängel des Protokolls nicht durch nachträgliche Atteste des Notars geheilt werden könnten.

Diese Rechtsauffassung muß auch unter der Herrschaft des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit als zutreffend erachtet werden. Allerdings kennt das Reichsgesetz nicht, wie die preussische Notariatsordnung, ein besonderes, als solches bezeichnetes „Schlußzeugnis“. Aber aus der Reihenfolge der in § 177 aufgestellten Formvorschriften und aus der Bedeutung der in Abs. 3 daselbst vorgeschriebenen Unterschrift der Urkundspersonen ergibt

sich, daß mit dieser Unterschrift der Akt der Protokollerrichtung als beendigt und das Protokoll als abgeschlossen zu gelten hat. Eine Wiedereröffnung des Protokolls zum Zwecke der Hinzufügung weiterer Beurkundungen, die als Teile des Protokolls sich darstellen sollen, erfordert also zunächst die Beseitigung der Unterschrift des Urkundsbeamten. Eine solche hat der Nebenintervenient durch Streichung der Worte: „Begläubigt v. R.“ versucht. Diese Streichung war aber unzulässig, da derjenige, welcher eine Unterschrift abgegeben hat, sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur so lange einseitig zurüknehmen kann, als er berechtigt ist, über die unterschriebene Urkunde zu verfügen. Im vorliegenden Falle ist festgestellt, daß der Richter durch den Vermerk: „Zu den Akten!“ zu erkennen gegeben hat, daß er den Akt der Urkundenerrichtung als beendet ansah, daß die Urkunde zur Gerichtsschreiberei gelangt ist und daß sogar der Klägerin bereits eine Ausfertigung erteilt worden war, so daß die Urkunde vor der Streichung der Unterschrift bereits in unverkennbarer Weise in der Außenwelt in Erscheinung getreten ist. Jedenfalls war spätestens von Erteilung der Ausfertigung ab die Zurüknahme der Unterschrift und damit die Wiedereröffnung des abgeschlossenen Protokolls ohne Zustimmung aller Beteiligten wirkungslos. blieb aber die Unterschrift des Richters bestehen und damit das Protokoll abgeschlossen, so kann die nachträgliche Beifügung der in § 177 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Feststellung nur als ein besonderer Beurkundungsakt aufgefaßt werden, der keinen Teil des Protokolls bildet. § 177 schreibt aber vor, daß die Feststellung „im Protokolle“ zu erfolgen hat. Durch eine Feststellung in einem besonderen Akte wird diesem Formerfordernisse nicht genügt.

Wenn die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen die nachträgliche Berichtigung eines abgeschlossenen Sitzungsprotokolls durch übereinstimmende Erklärungen des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers in gewissen Grenzen zugelassen und solche Erklärungen als Teile des Protokolls angesehen hat,

vgl. namentlich *Entsch. in Straff.* Bd. 19 S. 367, Bd. 21 S. 200, Bd. 24 S. 214; vereinigte Strafsenate Bd. 43 S. 1 fg.,

so kann daraus nichts für die Zulässigkeit des gleichen Verfahrens gefolgert werden bei Beurkundung von zivilrechtlichen Rechtsgeschäften, bei welchen ganz andere Gesichtspunkte, namentlich auch Rücksichten

der Verkehrssicherheit, in Betracht kommen müssen. Diese Rücksichten lassen es nicht zu, daß eine sich als abgeschlossen darstellende und so den Beteiligten zugänglich gemachte gerichtliche oder notarielle Urkunde, der ein wesentliches im Gesetze vorgeschriebenes Formerfordernis fehlt, dessen Mangel die Nichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts nach sich zieht, durch einseitige Feststellungen des beurkundenden Beamten, die noch dazu auf Grund einer immerhin unsicheren persönlichen Erinnerung erfolgen, nachträglich zu einer formgerechten öffentlichen Urkunde wird und daß hierdurch das bisher nichtige Rechtsgeschäft Wirksamkeit erlangt. Durch eine solche Möglichkeit würden die berechtigten Interessen sowohl der Vertragsparteien, wie auch dritter Personen, die sich auf die aus der Urkunde hervorgehende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts verlassen haben und verlassen durften, in unerträglicher Weise gefährdet werden (so auch JahrbR. Bd. 23 A. S. 171). Der Beklagte ist somit an seine Vertragserklärung, die in einer der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrenden Urkunde enthalten ist, nicht gebunden, und die Klage auf Auflassung ist unbegründet. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kann, wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat, darin nicht gefunden werden, daß der Beklagte sich auf den Formmangel beruft. Die Revision mußte aus diesen Gründen zurückgewiesen werden.“