

Die Digitalisierung der gesetzlichen Formen

Eine Abhandlung über die Entwicklung der gesetzlichen Formen des
deutschen Rechtssystems im Zuge der Digitalisierung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades der Rechtswissenschaft
durch die Juristische Fakultät der Universität Passau

vorgelegt von
Moritz W. Schmitz

2021

Erstgutachter: Prof. Dr. Sebastian Martens
Zweitgutachter: Prof. Dr. Thomas Riehm
Tag der Disputation: 25. April 2022

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Sommersemester 2021 angenommen. Der Erstgutachter war Professor Dr. Sebastian Martens, der Zweitgutachter Professor Dr. Thomas Riehm. Die mündliche Prüfung fand am 25. April 2022 in Passau statt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Sebastian Martens, für seine hervorragende Betreuung. Durch die hilfreichen Anregungen und konstruktiven Hinweise, seine kontinuierliche Unterstützung bei sämtlichen Fragen und Anliegen sowie die sorgfältige und zügige Korrektur der Manuskripte hat er in erheblichem Maße zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ich hätte mir keine bessere Betreuung vorstellen können.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei Herrn Professor Dr. Thomas Riehm, der in dem Promotionsverfahren als Zweitgutachter fungierte, für die Durchsicht der Dissertation und seine wertvollen Hinweise.

Zudem möchte ich mich bei meiner Freundin, Anika Zuschke, bedanken, die sich meine Gedanken und mein Leid trotz ihres mangelnden Interesses für die Digitalisierung der gesetzlichen Formen in jeder Lage geduldig und verständnisvoll angehört hat. Für ihre Unterstützung und die Zuversicht sowie den Rückhalt, den sie mir in dieser Zeit gab, bin ich unendlich dankbar. Ferner bedanke ich mich bei ihr für die gewissenhafte Korrektur der Manuskripte.

Zuletzt gilt mein Dank meinem ehemaligen Mitbewohner und Freund, Julius Hildebrandt, mit dem ich einen Großteil der Dissertationszeit verbracht und trotz Corona-Pandemie eine produktive, aber vor allem lebenswerte Zeit verlebt habe. Diese wird mir immer in positiver Erinnerung bleiben.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern, Susanne und Frank Schmitz. Sie haben mir durch ihre grenzenlose Unterstützung, ihr Vertrauen in mich sowie zahlreiche verständnisvolle Ermutigungen die Kraft gegeben, diese Arbeit fertigzustellen.

INHALTSÜBERSICHT

A.	EINFÜHRUNG	1
I.	RELEVANZ DER ARBEIT	2
II.	METHODE	5
III.	GANG DER DARSTELLUNG	6
B.	STRUKTUR DER FORMEN	8
I.	GRUNDSATZ DER FORMFREIHEIT	8
II.	AUSNAHME DES FORMZWANGS	14
III.	GRUNDKONZEPTION DER FORMEN	35
C.	TRADITIONELLE FORMEN	44
I.	SCHRIFTFORM	46
II.	ÖFFENTLICHE BEGLAUBIGUNG	53
III.	NOTARIELLE BEURKUNDUNG	58
D.	ALLGEMEINES ZUR DIGITALISIERUNG DER FORMEN	70
I.	WAS BEDEUTET DIGITALISIERUNG?	70
II.	POTENZIAL DIGITALER FORMEN	73
III.	HERAUSFORDERUNGEN DIGITALER FORMEN	78
IV.	ZUSAMMENFASSUNG	91
E.	DIGITALE FORMEN DE LEGE LATA	93
I.	TEXTFORM	93
II.	ELEKTRONISCHE FORM	100
F.	DIGITALE FORMEN DE LEGE FERENDA	117
I.	DIGITALE NOTARIELLE BEURKUNDUNG	117
II.	DIGITALE ÖFFENTLICHE BEGLAUBIGUNG	176
G.	FAZIT	186
H.	LITERATURVERZEICHNIS	189

INHALTSVERZEICHNIS

A.	EINFÜHRUNG	1
I.	RELEVANZ DER ARBEIT	2
II.	METHODE	5
III.	GANG DER DARSTELLUNG	6
B.	STRUKTUR DER FORMEN	8
I.	GRUNDSATZ DER FORMFREIHEIT	8
II.	AUSNAHME DES FORMZWANGS	14
1.	Rechtfertigung eines Formzwangs	14
2.	Formwirkungen	15
a)	Zugunsten der Beteiligten wirkende Formwirkungen	16
aa)	Warnwirkung	18
bb)	Belehrungs- und Beratungswirkung	19
b)	Ebenfalls zugunsten des Rechtsverkehrs wirkende Formwirkungen	22
aa)	Klarstellungswirkung	22
bb)	Beweiswirkung	25
cc)	Kontrollwirkung	28
(i)	Besondere Bedeutung der Notare	29
(ii)	Direkte Kontrolle	31
(iii)	Indirekte Kontrolle - Abschlusserschwerungswirkung	34
3.	Zusammenfassung	35
III.	GRUNDKONZEPTION DER FORMEN	35
1.	Reichweite eines Formzwangs	36
2.	Rechtsfolge eines Formverstößes	39
3.	Zusammenfassung	43
C.	TRADITIONELLE FORMEN	44
I.	SCHRIFTFORM	46

1.	Anforderungen	46
2.	Warnfunktion	48
	a) Wirkung der Schriftform	48
	b) Anwendungsbereich	49
3.	Beweiswirkung	51
4.	Kontrollfunktion	52
	a) Wirkung der Schriftform	52
	b) Anwendungsbereich	52
II.	ÖFFENTLICHE BEGLAUBIGUNG	53
1.	Anforderungen	53
2.	Warnwirkung	55
3.	Beweiswirkung	55
4.	Kontrollfunktion	56
	a) Wirkung der öffentlichen Beglaubigung	56
	b) Anwendungsbereich	57
III.	NOTARIELLE BEURKUNDUNG	58
1.	Anforderungen	58
2.	Warnfunktion	61
	a) Wirkung der notariellen Beurkundung	61
	b) Anwendungsbereich	63
3.	Beweiswirkung	66
4.	Kontrollfunktion	67
	a) Wirkung der notariellen Beurkundung	67
	b) Anwendungsbereich	67
D.	ALLGEMEINES ZUR DIGITALISIERUNG DER FORMEN	70
I.	WAS BEDEUTET DIGITALISIERUNG?	70
II.	POTENZIAL DIGITALER FORMEN	73
1.	Effizienzsteigerung	73
2.	Kostensparnis	75
3.	Ökologische Vorteile	75

III.	HERAUSFORDERUNGEN DIGITALER FORMEN	78
1.	Datensicherheit	78
a)	Grundzüge des Datenrechts	79
aa)	Datenbegriff	79
bb)	Datenzuordnung	81
cc)	Zusammenfassung	83
b)	Datenverarbeitung	83
c)	Datenmissbrauch	85
d)	Schutzmaßnahmen	87
2.	Vertrauen	89
3.	Ökologische Nachteile	89
4.	Auslegungsprobleme	90
IV.	ZUSAMMENFASSUNG	91
E.	DIGITALE FORMEN DE LEGE LATA	93
I.	TEXTFORM	93
1.	Anforderungen	94
2.	Warnfunktion	96
a)	Wirkung der Textform	96
b)	Anwendungsbereich	97
3.	Beweiswirkung	97
4.	Kontrollwirkung	98
5.	Besonderes Verhältnis der Textform zum Klarstellungszweck	98
II.	ELEKTRONISCHE FORM	100
1.	Anforderungen	100
2.	Technisches Verfahren der qualifizierten elektronischen Signatur	103
3.	Erfüllung der Formfunktionen	105
a)	Einschränkung des Anwendungsbereichs	105
aa)	Sonderfall: Rechtssicherheit und Praktikabilität	106
bb)	Grundsatz: Verminderte Warnwirkung	107
(i)	Bürgschaft	108

	(ii) Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitnehmer	109
	(iii) Abstraktes Schuldversprechen und abstraktes Schuldanerkennntnis	109
	cc) Schlussfolgerung	111
b)	Warnwirkung	112
c)	Beweiswirkung	114
d)	Kontrollwirkung	115
F.	DIGITALE FORMEN DE LEGE FERENDA	117
I.	DIGITALE NOTARIELLE BEURKUNDUNG	117
1.	Ausgestaltung	118
a)	Digitalisierungsrichtlinie	120
aa)	Richtlinie im Sinne von Art. 288 AEUV	121
bb)	Vorgaben	121
cc)	Konsequenzen für den deutschen Gesetzgeber	123
b)	Estnisches Modell	124
c)	Österreichisches Modell	127
aa)	Elektronische (Video-) Kommunikation	127
bb)	Ablauf des digitalen Notariatsakts	128
cc)	Anwendungsbereich	128
	(i) Elektronische Notariatsform-Gründungsgesetz	128
	(ii) 4. COVID-19-Gesetz	129
	(iii) Gesetzesänderung vom 23. Dezember 2020	130
dd)	Bewertung	130
d)	Deutsches Modell	131
aa)	Online-Videokommunikationssystem	132
bb)	Ablauf der digitalen notariellen Beurkundung	133
cc)	Anwendungsbereich	134
dd)	Bewertung	134
2.	Gleichwertigkeit einer digitalen notariellen Beurkundung	136

a)	Objektive Kommunikationsäquivalenz	137
b)	Subjektive Kommunikationsäquivalenz	138
c)	Wirkungsäquivalenz	142
aa)	Warnwirkung	142
bb)	Belehrungs- und Beratungswirkung	144
cc)	Klarstellungswirkung	146
dd)	Beweiswirkung	146
ee)	Kontrollwirkung	146
d)	Zusammenfassung	150
3.	Anwendungsbereich de lege ferenda	151
a)	Kleine zivilrechtliche Erweiterung	152
aa)	Umsetzung	153
(i)	Erste Alternative	153
(ii)	Zweite Alternative	154
(iii)	Dritte Alternative	154
bb)	Ausschluss der Ersetzbarkeit	155
(i)	Keine Differenzierung	156
(ii)	Differenzierung nach der Wirkung des Rechtsgeschäfts	156
(iii)	Differenzierung nach der Schutzbedürftigkeit der Beteiligten	157
cc)	Bewertung	160
b)	Große zivilrechtliche Erweiterung	161
aa)	Umsetzung	161
bb)	Bewertung	162
c)	Gesellschaftsrechtliche Erweiterungen	165
aa)	Gründe für eine Sonderbehandlung des Gesellschaftsrechts	165
(i)	Persönlicher Anwendungsbereich	165
(ii)	Interessen innerhalb des Gesellschaftsrechts	166

	(iii) Interessenausgleich im Rahmen des kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts	168
	(iv) Zusammenfassung	168
	bb) Kleine gesellschaftsrechtliche Erweiterung	169
	cc) Große gesellschaftsrechtliche Erweiterung	169
	dd) Umsetzung	174
	d) Zusammenfassung	175
II.	DIGITALE ÖFFENTLICHE BEGLAUBIGUNG	176
1.	Aktueller Stand der Digitalisierung	176
2.	DiRUG	177
	a) Allgemeines	178
	b) Ablauf der digitalen öffentlichen Beglaubigung	178
	c) Anwendungsbereich	179
3.	Rechtliche Würdigung	180
	a) Systematik und Wortlaut	180
	b) Wirkungsäquivalenz	181
	aa) Warnwirkung	181
	bb) Belehrungswirkung	182
	cc) Klarstellungswirkung	182
	dd) Beweiswirkung	182
	ee) Kontrollwirkung	183
	c) Zusammenfassung	183
G.	FAZIT	186
H.	LITERATURVERZEICHNIS	189

A. Einführung

„Seit 100 Jahren gilt im Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz der Formfreiheit, durchbrochen von einzelnen zwingenden Formtatbeständen, für die grundsätzlich auf das Medium ‚Papier‘ fixierte Formen vorgesehen sind: die Schriftform, notarielle Beurkundung und öffentliche Beglaubigung. Diese Formvorschriften tragen den Entwicklungen des modernen Rechtsgeschäftsverkehrs nicht ausreichend Rechnung. Insbesondere geht es um die Anpassung des Privatrechts an die Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien [...]“¹

Mit diesen Worten wird die Zielsetzung in dem "Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr" beschrieben, der die Einführung der ersten digitalen Formen, der Textform und der elektronischen Form vorsieht und auf dessen Grundlage beide Formen am 01. August 2001 in das deutsche Rechtssystem aufgenommen wurden.²

Dieses Datum markiert den endgültigen Startschuss für die Digitalisierung der Formen des deutschen Rechtssystems.³ Im Laufe der letzten zwanzig Jahre haben sich die Textform und die elektronische Form zu festen Bestandteilen unseres Rechtssystems entwickelt.⁴ Die Digitalisierung wurde jedoch auch über den Bereich der gesetzlichen Formen hinaus immer weiter vorangetrieben. Bereits seit dem 01. April 2005⁵ ist es gemäß § 39a BeurkG möglich, elektronische Abschriften von Beglaubigungen und sonstigen Zeugnissen im Sinne des § 39 BeurkG zu erstellen. Zudem wird das Handelsregister seit dem 01. Januar 2007⁶ gemäß § 8 Abs. 1 HGB elektronisch geführt, wobei jegliche Anmeldungen und Dokumente nach § 12 HGB elektronisch eingereicht werden müssen.

¹ BT-Drs. 14/4987, S. 1.

² Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001, BGBl. I S. 1542.

³ Zum damaligen Reformbedarf: *Boente/Riehm*, Jura 2001, 793 (794).

⁴ Siehe Kapitel E. zum aktuellen Anwendungsbereich der Textform und elektronischen Form.

⁵ Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz - JKomG) vom 22. März 2005, BGBl. I S. 837.

⁶ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10. November 2006, BGBl. I S. 2553.

Oftmals waren die Organe der Europäischen Union die treibende Kraft hinter vergangenen Digitalisierungsbemühungen des deutschen Gesetzgebers.⁷ Mit Blick auf die Richtlinie (EU) 2019/1151 ("Digitalisierungsrichtlinie")⁸ und das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie ("DiRUG")⁹ steht eine weitergehende Digitalisierung der Formen des deutschen Rechtssystems bevor, weswegen eine strukturierte Aufarbeitung der Digitalisierung in diesem Sachbereich sinnvoll erscheint. Aus diesem Grund werden im Rahmen dieser Arbeit die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Formen, die auf das Medium "Papier" angewiesen sind (im Folgenden: Die "traditionellen Formen"), aufgezeigt. Dabei werden die traditionellen und digitalen Formen in einem einheitlichen Rahmen untersucht, wobei Formzwecke und -wirkungen eine herausragende Rolle einnehmen. Im Mittelpunkt der Arbeit steht folgende Forschungsfrage:

Wie haben sich die gesetzlichen Formen des deutschen Rechtssystems im Zuge der Digitalisierung entwickelt?

Diese Forschungsfrage kann folgendermaßen unterteilt werden: Wie hat sich die Digitalisierung bisher auf die Formen des deutschen Rechtssystems ausgewirkt? Wie könnte die Digitalisierung die Formen des deutschen Rechtssystems zukünftig beeinflussen? Und: Inwieweit kann eine Wirkungsäquivalenz zwischen einer digitalen Form und ihrem jeweiligen traditionellen Pendant gewährleistet werden und in welchen Fällen finden digitale Formen (noch) ihre Grenzen?

I. Relevanz der Arbeit

Die Digitalisierung der Formen hat bereits begonnen und wird den deutschen Gesetzgeber und Rechtsanwender¹⁰ vermutlich auf nicht absehbare Zeit beschäftigen. Dennoch wird über Formen

⁷ Siehe zu den verschiedenen europäischen Richtlinien, die im Rahmen der Textform und der elektronischen Form umgesetzt wurden: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 1; siehe zu den europarechtlichen Einflüssen in Bezug auf das Handelsregister: *Krafka*, in: MüKo HGB, § 8 Rn. 3.

⁸ Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (im Folgenden: "Digitalisierungsrichtlinie"), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1151&from=DE> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁹ Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 05. Juli 2021, BGBl. I S. 3338; hierzu mehr in Kapitel F.I.1.d.

¹⁰ In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

und Formvorschriften vergleichsweise wenig diskutiert.¹¹ Der Gesetzgeber setzt die Formbedürftigkeit für ein Rechtsgeschäft fest und folglich ist die vorgeschriebene Form einzuhalten. Die Frage, ob eine Formbedürftigkeit überhaupt notwendig ist, wird häufig genauso wenig diskutiert, wie die Frage, ob die passendste Form gewählt wurde. Dabei sind beide Fragen in der Theorie, aber vor allem auch in der Praxis überaus wichtig.¹² Eine Form ist schließlich auch dann einzuhalten, wenn der damit verfolgte Zweck ebenso anderweitig erreicht werden könnte.¹³ Ob und inwieweit die Formzwecke einer Formvorschrift ebenfalls durch eine digitale Form erfüllt werden können, könnte insofern für die Entscheidung des Gesetzgebers, welche Form im Einzelfall die passendste darstellt, von Bedeutung sein. Darüber hinaus könnte eine strukturierte Darstellung der Entwicklung von traditionellen Formen hin zu digitalen Formen zukünftige Diskussionen fördern, in denen sich mit digitalen Formen und/oder der Veränderung von Formvorschriften beschäftigt wird.

Obwohl grundsätzlich im Bereich der Formen bisher wenig Diskussion bestand, wird der digitale Wandel vornehmlich im Rahmen des Gesellschaftsrechts mittlerweile rege diskutiert.¹⁴ Beispielfhaft seien hier etwa die vorübergehenden verfahrensrechtlichen Erleichterungen¹⁵ gemäß § 2 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG)¹⁶ genannt.¹⁷

¹¹ Siehe beispielhaft zuletzt die umfassende Aufarbeitung der Formen zum Anfang des 21. Jahrhunderts: *Plewe*, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts, S. 1 ff.

¹² *Petersen*, Jura 2005, 168; *Wais*, JuS 2020, 7.

¹³ BGH, Urteil vom 6. Februar 1970 - V ZR 158/66 -, BGHZ 53, 189 (195); auch *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 501: „Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und die Parthei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relevirt nichts; der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem guten Willen der Parthei überlassen wollen, sondern selbst in die Hand genommen; der von ihm vorgezeichnete Weg zur Erreichung derselben ist zum ausschließlichen zum nothwendigen gemacht.“; siehe zu Einschränkungen auch Kapitel B.III.2.

¹⁴ Siehe hierzu die Zusammenfassung der Tagung des Instituts für das Recht der Digitalisierung in Marburg am 07. Juni 2019 in: *Vilgertshofer*, MittBayNot 2019, 529 ff.

¹⁵ Näheres zur virtuellen Hauptversammlung in: *Wicke*, DStR 2020, 885 ff.; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811 ff.

¹⁶ Teil des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020, BGBl. I S. 569.

¹⁷ Siehe etwa zu den Auswirkungen auf die notarielle Praxis: *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285 ff.

Die Relevanz der Arbeit zeigt sich aber insbesondere an der Verabschiedung der Digitalisierungsrichtlinie durch das Europäische Parlament am 18. April 2019.¹⁸ Die Digitalisierungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten unter anderem gemäß Art. 13g der Gesellschaftsrechtsrichtlinie ("GesRRL")¹⁹ zur Implementierung einer Möglichkeit, gewisse Gesellschaftsformen vollständig online gründen zu können. In Deutschland handelt es sich dabei gemäß Anhang IIa GesRRL um die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gründungsvertrag gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG notariell beurkundet werden muss. Zusätzlich muss gemäß Art. 13j GesRRL ermöglicht werden, dass gewisse Urkunden und Informationen vollständig digital beim Register eingereicht werden können. Anmeldungen zum Handelsregister müssen gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HGB öffentlich beglaubigt werden.

Da das deutsche Rechtssystem bislang weder eine digitale notarielle Beurkundung noch eine digitale öffentliche Beglaubigung anerkennt, müssen die bestehenden Formanforderungen der betroffenen Rechtsgeschäfte entweder herabgesetzt werden oder eine Möglichkeit gefunden werden, eine notarielle Beurkundung und eine öffentliche Beglaubigung vollständig digital vorzunehmen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit Blick auf das DiRUG für eine Digitalisierung der notariellen Beurkundung und öffentlichen Beglaubigung und somit gegen die Herabsetzung der Formanforderungen entschieden.²⁰

Die Sinnhaftigkeit dieser Entscheidung hängt maßgeblich von der Frage ab, ob und inwieweit eine Wirkungsäquivalenz zwischen der digitalen notariellen Beurkundung und der digitalen öffentlichen Beglaubigung und ihrem jeweiligen traditionellen Pendant angenommen werden kann. Obwohl sich in der Literatur bereits vereinzelt mit den Wirkungen der beiden digitalen Formen auseinandergesetzt wurde,²¹ fehlt es bisher an einer ausführlichen Aufarbeitung der Wirkungsäquivalenz. Eine entsprechende Untersuchung des Gesetzgebers, wie sie bei der elektronischen Form

¹⁸ Siehe Fußnote 8.

¹⁹ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (L 169/46) (im Folgenden: "Gesellschaftsrechtsrichtlinie" oder "GesRRL"), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1132&from=DE> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021). Diese wird gemäß Art. 1 der Digitalisierungsrichtlinie verändert.

²⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 2.

²¹ Siehe etwa: *Bock*, RNotZ 2021, 326 ff.; *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573 ff.; *Knaier*, GmbHR 2021, 169 ff.; *Linke*, NZG 2021, 309 ff.; *Schmidt*, NZG 2021, 849 ff.; *Schmidt*, ZIP 2021, 112 ff.; *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765 ff.

vorgenommen wurde,²² hat ebenfalls noch nicht stattgefunden. Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, sich umfassend mit den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Formen des deutschen Rechtssystems auseinanderzusetzen und dabei die digitale notarielle Beurkundung und die digitale öffentliche Beglaubigung näher zu betrachten.

II. Methode

Die Forschungsfragen sollen vornehmlich im Zuge einer Gegenüberstellung der traditionellen und digitalen Formen beantwortet werden. Um die Entwicklung der Digitalisierung im Bereich der Formen aufzuzeigen, werden die Formen des deutschen Rechtssystems chronologisch geordnet dargestellt. Damit Gemeinsamkeiten und Unterschiede besser erkannt werden können, werden die jeweiligen Anforderungen, Formwirkungen und Anwendungsbereiche einer Form so weit wie möglich in der gleichen Reihenfolge unter den gleichen inhaltlichen Aspekten untersucht. Mit Ausnahme der Textform, die kein digitales Pendant zu einer traditionellen Form darstellt,²³ werden bei den Ausführungen zu den Formwirkungen einer digitalen Form oftmals Parallelen zu den Formwirkungen des jeweiligen traditionellen Pendants aufgezeigt. Die Sinnhaftigkeit einer digitalen Form wird insofern maßgeblich anhand ihrer Gleichwertigkeit zur jeweiligen traditionellen Form, die sie ersetzen soll, begutachtet.

Sowohl traditionelle Formen als auch digitale Formen werden im Rahmen der Struktur der Formen mit denselben Maßstäben untersucht. Um die Grundkonzeption der Formen des deutschen Rechtssystems und die Intention der Väter des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Einführung der traditionellen Formen, einer grundsätzlichen Formfreiheit und den ausnahmsweise bestehenden Formzwängen nachvollziehen zu können, werden die überlieferten Motive aufgearbeitet und zum Teil in den historischen Kontext gesetzt.²⁴

Da die Digitalisierung der Formen maßgeblich durch den Wandel von Kommunikationstechnologien vorangetrieben wurde,²⁵ wird sich auch mit den entsprechenden gesellschaftlichen Veränderungen beschäftigt. Dabei soll ermittelt werden, in welchem Verhältnis deutsche Bürger zu den für

²² BT-Drs. 14/4987, S. 16 f.

²³ Näheres hierzu in Kapitel E.I.

²⁴ Motive I Rn. 178 ff. = *Mugdan* 1. Band, S. 450 ff.

²⁵ Siehe etwa Zitat in: Fußnote 1.

die digitalen Formen relevanten Telekommunikationsmitteln stehen. Hierfür müssen unter anderem die ökonomischen, psychologischen und soziologischen Auswirkungen der Digitalisierung von Formen untersucht werden.

III. Gang der Darstellung

Im Zuge dieser Arbeit wird als erstes die Struktur der Formen des deutschen Rechtssystems in Kapitel B. dargestellt. Hierbei wird aufgezeigt, in welche Struktur sich digitale Formen grundsätzlich einfügen müssen. Es wird erörtert, welche Wirkungen Formen typischerweise haben können, um festzustellen, welche Wirkungen eine konkrete digitale Form nach sich ziehen kann.

Nachdem die Anforderungen der drei traditionellen Formen in Kapitel C. dargestellt wurden, wird analysiert, ob und aus welchem Grund bestimmte traditionelle Formen gewisse Formwirkungen nach sich ziehen können. Die Untersuchung der Wirkungsäquivalenz digitaler Formen wird erleichtert, indem die Wirkungen der traditionellen Formen, die sie in gewissen Fällen ersetzen sollen, zunächst isoliert dargestellt werden. Anschließend werden im Rahmen jeder Formwirkung die Rechtsgeschäfte gesammelt, bei denen die jeweilige Form und die jeweilige Formwirkung eine maßgebliche Rolle spielen. Im Zuge dessen soll die Struktur hinter den einzelnen traditionellen Formen und Formvorschriften aufgezeigt werden, damit diese auf die digitalen Formen übertragen werden kann.

Kapitel D. widmet sich der Digitalisierung der Formen im Allgemeinen. Dabei wird unter anderem der Begriff der Digitalisierung definiert und auf Formen übertragen. Bevor das Potenzial und die Herausforderungen bestimmter digitaler Formen bewertet werden, werden die Vor- und Nachteile digitaler Formen generell dargestellt. Bei dieser Bewertung wird sich insbesondere mit der Effizienzsteigerung, den ökologischen Auswirkungen und dem Problem der Datensicherheit näher beschäftigt.

Die digitalen Formen, die bereits in das deutsche Rechtssystem integriert wurden – namentlich die Textform und die elektronische Form – werden in Kapitel E. vorgestellt. Nach einer kurzen Erklärung ihrer jeweiligen Anforderungen wird der Frage nachgegangen, wie die beiden Formen sich bisher hinsichtlich ihrer Formwirkungen in die Struktur der Formen einfügen. Die Erläuterung des

gegenwärtigen Anwendungsbereichs der beiden digitalen Formen de lege lata soll Aufschluss im Hinblick auf die Einstellung des deutschen Gesetzgebers zu gewissen Aspekten digitaler Formen geben. Die entsprechende Einschätzung des Gesetzgebers wird dabei teilweise in Frage gestellt, kann jedoch gleichzeitig die zukünftige Handhabung der digitalen Formen de lege ferenda in gewisser Weise prognostizieren.

In Kapitel F. wird sich abschließend mit den digitalen Formen befasst, die im Zuge des DiRUG zukünftig in das deutsche Rechtssystem integriert werden.

Zuerst wird sich dabei der digitalen notariellen Beurkundung gewidmet. Rechtsvergleichend wird die Digitalisierung der Formen in Bezug auf die notarielle Beurkundung in zwei Mitgliedstaaten betrachtet.²⁶ Zum einen sollen dadurch alternative Digitalisierungswege aufgezeigt werden. Zum anderen können entsprechende Erfahrungen der Mitgliedstaaten zur Weiterentwicklung des deutschen Modells künftig herangezogen werden. Anschließend werden die Anforderungen der digitalen notariellen Beurkundung im Sinne des DiRUG dargestellt und Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu den Modellen der beiden Mitgliedstaaten aufgezeigt. Nachdem die Kommunikations- und Wirkungsäquivalenz der digitalen notariellen Beurkundung im Vergleich zur traditionellen notariellen Beurkundung untersucht wurde, werden verschiedene mögliche Erweiterungen des Anwendungsbereichs der digitalen notariellen Beurkundung de lege ferenda entwickelt.

Neben der Darstellung der Anforderungen der digitalen öffentlichen Beglaubigung im Sinne des DiRUG wird auch für diese erörtert, inwiefern sie das Potenzial besitzt, eine umfassende Alternative zur traditionellen öffentlichen Beglaubigung darzustellen.

Zum Abschluss der Arbeit werden die wichtigsten Erkenntnisse in Kapitel G. zusammengefasst und es wird ein Fazit gezogen.

²⁶ Hierbei handelt es sich um Estland und Österreich, siehe Kapitel F.I.1.

B. Struktur der Formen

Eines der grundlegenden Ziele dieser Arbeit ist es, zu erörtern, inwiefern sich digitale Formen in die Struktur der Formen des deutschen Rechtssystems einfügen (können). Um dieser Frage nachzugehen, muss die Struktur vorerst dargestellt werden.²⁷

Erst wenn die Entscheidung der Väter des BGB nachvollzogen wurde, können die Formen und ausgewählte Formvorschriften zutreffend im Lichte der Struktur beurteilt werden. Dabei ist ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, wie eine Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit gerechtfertigt werden kann. In einem ersten Schritt wird hierfür der allgemeine Abwägungsprozess dargestellt. In einem zweiten Schritt werden die Formzwecke und Formwirkungen losgelöst von den Formen betrachtet, die maßgeblich in die genannte Abwägung einfließen. Abschließend wird erläutert, welche Reichweite ein Formzwang entfalten und wie sich eine Nichtbeachtung auf das Rechtsgeschäft auswirken kann.

I. Grundsatz der Formfreiheit

In der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland gilt der Grundsatz der Formfreiheit.²⁸ Daraus folgend kann ein Rechtsgeschäft ohne Beachtung einer bestimmten Form abgeschlossen werden, soweit keine gesetzliche Ausnahme für das jeweilige Rechtsgeschäft einschlägig ist.²⁹ Die Formfreiheit ist als Teil der Vertragsfreiheit beziehungsweise der Privatautonomie verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG verankert.³⁰

Die Frage, ob im deutschen Rechtssystem grundsätzliche Formfreiheit oder grundsätzlicher Formzwang herrschen sollte, wurde bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches ausführlich diskutiert, wobei in Bezug auf den Formzwang nur ein grundsätzliches Gebot der Schriftlichkeit angedacht wurde.³¹ Bei dem Vergleich der damaligen Rechtsordnungen (zum Beispiel preußisches

²⁷ Siehe die Aufarbeitung der Form im Recht in: *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (343 ff.).

²⁸ Motive I Rn. 178 ff. = *Mugdan* 1. Band, S. 450 ff.; *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 1; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 125 Rn. 1; *Musielak*, JuS 2017, 949 (952).

²⁹ *Dörner*, in: Schulze BGB, § 125 Rn. 1.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1958 - 2 BvL 4/56 -, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 204 ff.; BVerfG, Urteil vom 08. April 1997 - 1 BvR 48/94 -, BVerfGE 95, 267-322, Rn. 142 ff.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 m.w.N.; *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 2; *Reul*, DNotZ 2007, 184 (185 ff.) m.w.N.; zur Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 GG: *Dehler*, JZ 1960, 727 ff.; *Neuner*, BGB AT, § 10 Rn. 39.

³¹ Motive I Rn. 178 ff. = *Mugdan* 1. Band, S. 450 f.

und französisches Recht) gab es solche, die sich für, und auch solche, die sich gegen eine grundsätzliche Formfreiheit entschieden haben.³² Es ging bei dieser wegweisenden Entscheidung um eine Grundsatzfrage,³³ die große Teile des Rechtsverkehrs nachhaltig beeinflussen sollte.³⁴

Die Gründe, die für einen grundsätzlichen Formzwang sprechen, werden in den Motiven zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches folgendermaßen beschrieben:

„[D]ie Nothwendigkeit der Beobachtung einer Form ruft bei den Beteiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das jur. Bewußtsein, fordert zur besonnenen Überlegung heraus und gewährleistet die Ernstlichkeit der gefaßten Entschließung. Die beobachtete Form ferner stellt den rechtlichen Charakter der Handlung klar, dient, gleich dem Gepräge einer Münze, als Stempel des fertigen jur. Willens und setzt die Vollendung des Rechtsaktes außer Zweifel. Die beobachtete Form sichert endlich den Beweis des Rechtsgeschäftes seinem Bestande und Inhalte nach für alle Zeit; sie führt auch zur Verminderung oder doch zur Abkürzung und Vereinfachung der Prozesse.“³⁵

Aus diesen Überlegungen lässt sich erkennen, dass Formen nicht nur Vorteile für die Beteiligten, sondern auch für den Rechtsverkehr haben können. Durch einen Formzwang werden die Beteiligten vor Übereilung geschützt, indem die Erklärung ernster genommen wird.³⁶ Die Beteiligten profitieren ebenfalls von der Klarstellungswirkung, die eine zwingende Folge der Formeinhaltung darstellt und in ihrer Natur liegt.³⁷ Darüber hinaus gibt es keinen Zweifel mehr an dem rechtlichen beziehungsweise bindenden Charakter der Erklärungen, da die vorbereitenden Verhandlungen im Zuge der Beachtung einer Form von dem letztendlich bindenden Rechtsgeschäft abgegrenzt werden. Mit der Klarstellungswirkung zusammenhängend erleichtert die Formeinhaltung auch den

³² Vergleiche die Zusammenfassung der damaligen Rechtsordnungen in: Motive I Rn. 178 = *Mugdan* 1. Band, S. 450 f.

³³ Auch als „[...] Lebensfrage für den Verkehr [...]“ bezeichnet: Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

³⁴ Zur Entwicklung des Formalismus: *Hofmeister*, DNotZ 1993, 32* ff.

³⁵ Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

³⁶ Dazu mehr in Kapitel B.II.2.a.aa.

³⁷ Dazu mehr in Kapitel B.II.2.b.aa.

Beweis.³⁸ Dies kommt einerseits den Beteiligten zugute, da diese sich bereits bei einer persönlichen Klärung etwaiger Probleme auf die eindeutig festgehaltenen Erklärungen stützen können. Andererseits kann die Beweiswirkung zukünftige Prozesse erleichtern und damit die Justiz in erheblichem Maße entlasten.³⁹

Die Vorteile eines Formzwangs sind nicht zu verkennen und wurden im Vorfeld der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht kleingeredet. Die Väter des BGB waren dennoch der Meinung, dass die Formfreiheit zumindest als Grundsatz bedeutend mehr Vorteile mit sich bringt als ein allgemeiner Formzwang.⁴⁰

Das wichtigste Argument gegen einen grundsätzlichen Formzwang war schon damals die mit einem Formzwang verbundene Erschwerung und Verlangsamung des Rechtsverkehrs.⁴¹ Die Einhaltung einer Form ist schließlich nicht einfach, da sie – je nach Form und Umständen des Einzelfalls – einen gewissen zeitlichen und finanziellen Aufwand erfordert.⁴² Je unwichtiger ein Rechtsgeschäft ist, als umso lästiger könnte die Einhaltung einer Form von den Beteiligten empfunden werden. Umgekehrt begünstigt der Grundsatz der Formfreiheit die Leichtigkeit des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts; den Beteiligten sollen grundsätzlich keine Steine in den Weg gelegt werden.⁴³

Aufgrund der mit einem Formzwang zusammenhängenden Unbequemlichkeit wurde erwartet, dass die jeweiligen Formanforderungen nicht bei allen Rechtsgeschäften beachtet werden würden.⁴⁴ Diese Missachtungen würden den Rechtsverkehr mit einer Masse an formnichtigen Rechtsgeschäften belasten und der mit dem Formzwang primär verfolgten Rechtssicherheit zuwiderlaufen.⁴⁵ Im Ergebnis wurde argumentiert, dass ein grundsätzlicher Formzwang nicht zu mehr, sondern zu weniger Rechtssicherheit führen könnte. Diese Sorgen wurden in zweierlei Hinsicht begründet. Einerseits stelle sich ein logistisches Problem, da es den Menschen nicht immer möglich

³⁸ Dazu mehr in Kapitel B.II.2.b.bb.

³⁹ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 50.

⁴⁰ Motive I Rn. 179 f. = *Mugdan* 1. Band, S. 451 f.

⁴¹ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

⁴² Siehe zu den Anforderungen der einzelnen Formen de lege lata Kapitel C. und Kapitel E.

⁴³ Die Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“: BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 05. August 1994 - 1 BvR 1402/89 -, NJW 1994, 2749 (2750).

⁴⁴ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

⁴⁵ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

sei, in jeder Situation zu Feder und Papier zu greifen.⁴⁶ Andererseits würde ein genereller Formzwang auch aus Vertrauensgründen nicht immer eingehalten werden, da das schriftliche Festhalten eines Rechtsgeschäfts nicht der damaligen Sitte entsprach und deswegen von der Gegenpartei als fehlendes Vertrauen ausgelegt werden könnte.⁴⁷ Personen, die sich auf Treu und Glauben berufen, würden hierdurch bestraft werden.

Neben der Gefahr der Missachtung eines Formzwangs, die in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch herausgearbeitet wurde, birgt jeder Formzwang auch eine Gefahr des Fehlers. Es kann sich hierbei um einen formalen oder inhaltlichen Fehler handeln. Ein formaler Fehler ist ein Fehler in der Form selbst, welcher trotz Beachtung einer Form zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, wie bei vollständiger Missachtung.⁴⁸ Für die Vermeidung eines formalen Fehlers ist somit eine genaue Kenntnis der Formanforderungen unabdingbar. Durch die eindeutige Formulierung des Gesetzes können solche Fehler jedoch bei eingängiger Beschäftigung mit der Materie verhältnismäßig einfach umgangen werden, auch für den juristischen Laien.

Gravierender können die inhaltlichen Fehler eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts sein. Ein inhaltlicher Fehler ist ein Irrtum oder eine Lüge, also eine Erklärung, bei der der Wille der Beteiligten nicht mit dem letztlichen Festgehaltenem übereinstimmt. Davon ist keine beidseitige Falschbezeichnung umfasst, da die Grundsätze der *falsa demonstratio non nocet* auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften anwendbar sind, solange der innere Wille der Parteien übereinstimmt.⁴⁹ Da ein formbedürftiges Rechtsgeschäft aber meist ausführlicher geregelt wird als ein formfrei geschlossenes, kann gerade diese Vielzahl an Regelungen für den juristisch und/oder wirtschaftlich Unerfahrenen eine Gefahr darstellen. Indem sich auf eine festgehaltene Erklärung gestützt werden kann, bleibt weniger Raum für Interpretation und Auslegung; das umfassende Festhalten der Erklärung kann dadurch ein „zweischneidiges Schwert“⁵⁰ darstellen.

Um keinen Nachteil aus der Dokumentation eines Rechtsgeschäfts zu ziehen, muss sich der Erklärende sicher sein, dass das Festgehaltene auch exakt dem eigenen Willen entspricht. Hierfür

⁴⁶ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

⁴⁷ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451: „Mitunter liegt auch in der Sitte und dem Anstande ein Hinderniß, die als eine Mißtrauensäußerung aufgefaßte Errichtung einer Urkunde zu verlangen.“

⁴⁸ Siehe Kapitel B.III.2.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 25. März 1983 - V ZR 268/81 -, NJW 1983, 1610 f.

⁵⁰ Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

braucht es – vor allem in der heutigen Zeit, in der das Recht über Jahrzehnte ausgebaut und um zahlreiche nationale und supranationale Bestimmungen erweitert wurde – das Wissen, was die niedergelegte Erklärung für rechtliche Folgen hat und haben kann. Kenntnis von Gesetzen, Zusammenhängen zwischen diesen, allgemeinen Begriffen und Prinzipien, höchstrichterlichen Entscheidungen und herrschenden Meinungen ist für eine zutreffende Einschätzung oftmals unabdingbar. Die Kostentragung einer juristischen Beratung, die die Aneignung des Wissens entbehrllich machen würde, kann nicht für jedes Rechtsgeschäft abverlangt werden. Eines von beiden ist jedoch notwendig, um das Risiko zu minimieren, dass das subjektiv Gewollte und das objektiv Festgehaltene auseinanderfallen.⁵¹

Einseitige Fehler, die meist durch rechtliches und wirtschaftliches Geschick auf der einen und Fehlen eben dieses auf der anderen Seite hervorgerufen werden, sind deswegen eine erhebliche Gefahr eines Formzwangs.⁵² Ein förmlich festgehaltenes Rechtsgeschäft stellt schließlich nur den dokumentierten Inhalt klar, nicht aber, dass das Geschriebene auch tatsächlich dem Willen beider Beteiligten entspricht. Wenn ein Beteiligter involviert ist, der nicht davor zurückscheut, seine Überlegenheit zu seinem Vorteil auszunutzen, kann dieser Umstand den Nachteil des anderen Beteiligten verstärken.⁵³ Fehlende Kenntnis und Aufmerksamkeit, fehlendes Geschick und Leichtsinns können dadurch bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäft härter bestraft werden als bei einem formlosen Rechtsgeschäft.⁵⁴

Aus der Erfahrung der Väter des BGB ergab sich ebenso, dass die verbesserte Beweisbarkeit eines Rechtsgeschäfts nicht in jedem Fall zu einer Entlastung der Gerichte führt. Indem die Beteiligten eine Urkunde haben, auf die der Prozess beziehungsweise ihre Ansprüche gestützt werden können, haben sie mehr Zuversicht, dass ein Prozess für sie positiv ausgeht.⁵⁵ Schriftlich festgehaltene

⁵¹ In diesem Zusammenhang wird teilweise argumentiert, dass es im Laufe des letzten Jahrhunderts zu einer Materialisierung des Vertragsrechts gekommen sei, wobei die unterlegenen Parteien durch Gesetz und durch entsprechende Auslegung auf Seiten der Gerichte vermehrt geschützt werden sollen: *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (646 ff.); *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (345 ff.).

⁵² Zur Aufgabe des Gesetzgebers und der Gerichte in diesem Zusammenhang: BVerfG, Urteil vom 06. Februar 2001 - 1 BvR 12/92 -, NJW 2001, 957 (958).

⁵³ Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

⁵⁴ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 506.

⁵⁵ Die Schriftlichkeit wurde insofern als „[...] Quelle von Prozessen [...]“ angesehen: Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

Erklärungen wurden dadurch nicht seltener, sondern häufiger als Grundlage eines Prozesses herangezogen; auch zur Schikane.⁵⁶

Des Weiteren hätte sich bei einem grundsätzlichen Formzwang ein Abgrenzungsproblem zwischen gewöhnlichem Rechtsverkehr und dem Handelsverkehr ergeben.⁵⁷ Zum Zeitpunkt der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches hatten sich die Väter des HGB bereits für den Grundsatz der Formfreiheit entschieden. Ein klares Auseinanderhalten von gewöhnlichen Geschäften und Geschäften im Handelsverkehr hätte, auch durch Globalisierung und gesteigerte Komplexität, immer größere Schwierigkeiten bereitet.

Daneben sind Formen auch mit teilweise hohen Kosten verbunden. Relevante direkte Kosten entstehen nur bei bestimmten Formen, wie der öffentlichen Beglaubigung und der notariellen Beurkundung, bei denen ein Notar für seine Dienstleistungen bezahlt werden muss, siehe Gerichts- und Notarkostengesetz.⁵⁸ Indirekte Kosten können aber durch den erhöhten zeitlichen Aufwand bei jeder Form entstehen. Es dauert eine gewisse Zeit, bis ein schriftliches (oder elektronisches) Dokument verfasst oder eine Beurkundung abgeschlossen ist und es somit zum Abschluss des formbedürftigen Rechtsgeschäfts kommen kann. Diese Zeit zwischen der Entscheidung, dass ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, und dem endgültigen Abschluss ist ein rechtlicher Schwebezustand, der für die Beteiligten ein hohes Maß an Unsicherheit mitbringen kann. In der Zwischenzeit können beispielsweise Zinsen gezahlt werden müssen, die ohne die Verzögerung des Abschlusses nicht anfallen würden.⁵⁹

Aus den genannten Gründen haben sich die Väter des BGB gegen einen grundsätzlichen Formzwang und für den Grundsatz der Formfreiheit entschieden. Dieser Grundsatz ist heutzutage aus der deutschen Rechtsordnung nicht mehr wegzudenken. Es hätte bereits zum Zeitpunkt der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine zu gravierende Belastung bedeutet, wenn jedes Rechtsgeschäft einer bestimmten Form bedürfte, insbesondere bei alltäglichen Geschäften. Dieses Argument gegen einen grundsätzlichen Formzwang kann damals wie heute vorgebracht werden.

⁵⁶ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

⁵⁷ Motive I Rn. 180 = *Mugdan* 1. Band, S. 452.

⁵⁸ Siehe hierzu Kapitel C.II. und C.III.

⁵⁹ *Mankowski*, JZ 2010, 662.

Obwohl sich für den Grundsatz der Formfreiheit entschieden wurde, waren die Väter des BGB der Meinung, dass ein Formzwang in gewissen Fallkonstellationen einen gerechtfertigten Sinn und Zweck erfüllen kann und die Formfreiheit dafür weichen muss.⁶⁰ Nichtsdestotrotz müssen die gesetzlichen Formzwänge stets im Lichte des Grundsatzes der Formfreiheit betrachtet werden.⁶¹ Vom Grundsatz ausgehend muss argumentiert werden, inwiefern und inwieweit eine gesetzliche Ausnahme gerechtfertigt werden kann.

II. Ausnahme des Formzwangs

Nicht alle Willenserklärungen können formfrei abgegeben werden. In manchen Fällen sprechen gute Gründe dafür, dass eine bestimmte Form gesetzlich vorgeschrieben wird; bereits in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück beispielhaft aufgeführt.⁶²

1. Rechtfertigung eines Formzwangs

Um die Privatautonomie im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG einzuschränken, müssen Gründe bestehen, die einen Eingriff rechtfertigen.⁶³ Der Gesetzgeber, der gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, muss sich im Ergebnis gegen die Formfreiheit und für den Formzwang, mitsamt seinen Vor- und Nachteilen, entscheiden.⁶⁴ Mit einem Formzwang muss also ein legitimer Zweck verfolgt werden und der Formzwang muss erforderlich und angemessen sein.⁶⁵ Legitime Zwecke können zum Beispiel der Schutz der Beteiligten und der Schutz Dritter beziehungsweise des Rechtsverkehrs sein.⁶⁶ Dabei sollte das Ziel verfolgt werden, dass der „[...] Rechtsverkehr [...] durch die Form eine Steigerung des Gesamtnutzens [...]“⁶⁷ erfährt.

⁶⁰ Motive I Rn. 180 f. = *Mugdan* 1. Band, S. 452.

⁶¹ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (345): „Dahinter steht immer der Gedanke, dass die Privatautonomie durch Eingriff in die Privatautonomie geschützt werden soll.“

⁶² Motive I Rn. 181 = *Mugdan* 1. Band, S. 452.

⁶³ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 105 ff.

⁶⁴ *Mertens*, JZ 2004, 431 (439); siehe bereits zu den Vor- und Nachteilen eines Formzwangs Kapitel B.I.; tiefergehend zu den möglichen Vorteilen einer Form, siehe Kapitel B.II.2.

⁶⁵ Siehe zu den Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit: *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 37 ff.; siehe allgemein zur Grundrechtsprüfung: *Kielmansegg*, JuS 2008, 23 ff.

⁶⁶ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663); *Jandt*, in: Roßnagel Telemediendienste, BGB Einl. Form Rn. 15 f.; siehe hierzu Kapitel B.II.2.

⁶⁷ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663); siehe auch: *Häsemeyer*, JuS 1980, 1 (2).

Bei Ausnahmen von der Formfreiheit handelt es sich insofern um solche Fälle, bei denen die Privatautonomie beziehungsweise die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs einem anderen, bedeutenderen Ziel weichen muss.⁶⁸ Vereinfacht gesagt:

Ziel des Formzwangs > Ziel der Formfreiheit

Wenn eine Form gesetzlich vorgeschrieben wird, kommt es bei der Frage des Grundes für einen Formzwang und bei der Frage der Wahl der Form auf das damit verfolgte Ziel an: „Nicht das äußere Gepränge, sondern der innere Charakter der Form d.h. ihre rechtliche Nothwendigkeit entscheidet.“⁶⁹ oder: „Sich mit Formfragen zu befassen muss daher in erster Linie heißen, sich mit dem Zweck vorgeschriebener Formen zu befassen.“⁷⁰

Die Zwecke, die eine Form im Rahmen einer bestimmten Formvorschrift erfüllen soll, und die Wirkungen, die eine Formvorschrift nach sich ziehen kann, nehmen insofern bei der Abwägung, ob ein Rechtsgeschäft formfrei abgeschlossen werden kann oder formbedürftig sein soll, eine maßgebliche Rolle ein und sollen im Folgenden näher betrachtet werden.

2. Formwirkungen

Zu unterscheiden ist zwischen der Wirkung und dem Zweck eines Formzwangs.⁷¹ Die Formwirkung ist die Wirkung, die ein bestimmter Formzwang letztendlich entfaltet, wobei sich diese Wirkung in der Praxis und nicht in der Theorie zeigt. Der Formzweck ist der Zweck, den der Gesetzgeber einer Form im Rahmen einer bestimmten Formvorschrift zuteilt.⁷² Die Erfüllung des Formzwecks wird vom Gesetzgeber auf einer theoretischen Grundlage prognostiziert.

Der Gesetzgeber kann dabei nicht alle Formwirkungen bei Einführung einer Formvorschrift absehen oder bezwecken.⁷³ Neben den Formwirkungen, die vom Gesetzgeber als Formzwecke verfolgt werden, gibt es somit weitere Formwirkungen, die eine Formvorschrift nach sich ziehen kann.

⁶⁸ *Mankowski*, JZ 2010, 662; in Bezug auf Beurkundungsbedürfnisse: *Kanzleiter*, in: Festschrift Horst Hagen, 309 (310);

⁶⁹ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 501.

⁷⁰ *Mankowski*, JZ 2010, 662.

⁷¹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 34.

⁷² Auch "gesetzgeberische Motive" genannt: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 11.

⁷³ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 34.

Aufgrund von Veränderungen in Gesellschaft, Wirtschaft und Politik wird für manche Formvorschriften sogar diskutiert, ob sich die Formwirkung und/oder der Formzweck vollständig geändert haben könnten.⁷⁴

Formwirkung und Formzweck werden im Folgenden, soweit notwendig, unter dem Begriff der "Formfunktion" zusammengefasst. Die Darstellung richtet sich nach der jeweiligen Wirkungsweise, wobei Formwirkungen, die ihre Wirkung primär gegenüber den Beteiligten entfalten, von solchen unterschieden werden, die auch zugunsten des Rechtsverkehrs oder Dritter wirken.⁷⁵

a) **Zugunsten der Beteiligten wirkende Formwirkungen**

Manche Formwirkungen wirken vorwiegend zugunsten und somit zum Schutz der Beteiligten. Zu dieser Kategorie sind die Warnwirkung und die Belehrungs- und Beratungswirkung zu zählen.⁷⁶ Verfolgt der Gesetzgeber einen Warnzweck, sollen die Beteiligten insbesondere vor Übereilung geschützt werden;⁷⁷ verfolgt der Gesetzgeber einen Belehrungs- und Beratungszweck, sollen die Beteiligten, wie der Name bereits klarstellt, belehrt und beraten werden.⁷⁸

Bei einem Teil der gesetzlichen Formerfordernisse soll der Bürger entgegen seiner grundsätzlichen Freiheit⁷⁹ vor sich selbst und seiner Unkenntnis geschützt werden (staatlicher Paternalismus)^{80, 81}. Dafür bestimmt der Gesetzgeber, in welchen Fällen ein solcher Schutz erforderlich ist. Je wichtiger die Erklärung ist, desto eher scheint es gerechtfertigt, die grundsätzliche Freiheit einzuschränken. Dabei wird von der Möglichkeit ausgegangen, dass der Mensch Fehler macht, sich der Tragweite gewisser Entscheidungen nicht bewusst ist und insofern der Hilfestellung des Gesetzes bedarf.⁸² Letzteres wird dadurch verdeutlicht, dass gewisse Formvorschriften, durch die primär ein Warnzweck erfüllt werden soll, wie zum Beispiel das Schriftformerfordernis bei der Erteilung einer

⁷⁴ Für den Fall des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG etwa: *Kanzleiter*, ZIP 2001, 2105 (2106 ff.).

⁷⁵ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (668); eine Verbindung zwischen objektiven und subjektiven Zielrichtungen: *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 166 ff.

⁷⁶ Siehe Tabelle in: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 36.

⁷⁷ Näheres zur Warnwirkung in Kapitel B.II.2.a.aa.

⁷⁸ Näheres zur Belehrungs- und Beratungswirkung in Kapitel B.II.2.a.bb.

⁷⁹ Zur grundsätzlichen Selbstverantwortung der Person: *Neuner*, BGB AT, § 10 Rn. 10 ff.

⁸⁰ Zum Begriff: *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (815).

⁸¹ *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 172; *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (345).

⁸² *Eidenmüller*, JZ 2011, 814.

Bürgschaft nach § 766 BGB,⁸³ gemäß § 350 HGB nicht für Kaufleute gelten, die wegen ihrer Geschäftserfahrung nicht gewarnt werden müssen.⁸⁴

Keine staatliche Bevormundung liegt dagegen bei einer rechtsgeschäftlichen Formvereinbarung im Sinne von § 127 BGB vor, bei der nicht der Gesetzgeber, sondern die Beteiligten eine Form festlegen. Dabei wird die Freiheit nicht beschränkt, sondern drückt sich gerade dadurch aus, indem die Parteien nicht nur den Inhalt, sondern auch die Anforderungen an die Form und die Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung dieser frei bestimmen.

Vor der Darstellung der beiden einschlägigen Formwirkungen wird festgestellt, dass eine Form, die eine Warnwirkung und/oder eine Belehrungs- und Beratungswirkung entfaltet, den Schutz der Beteiligten nicht gezwungenermaßen zur Folge hat.⁸⁵ Der individuelle Schutz hängt in gewissen Maßen von der Vernunft der Beteiligten ab. Letztendlich liegt es also an den Beteiligten, inwieweit sie Warnungen sowie Belehrung und Beratung ernst- und annehmen. Beispielweise wird ein Beteiligter, der sich die schriftliche Erklärung vor dem Unterschreiben durchliest, in höherem Maße geschützt als derjenige, der sie sich nicht durchliest.

Zudem kann der individuelle Schutz auch aus anderen Umständen ausgehöhlt werden. Wenn bei einer notariellen Beurkundung nicht derjenige erscheint, für und gegen den das Rechtsgeschäft wirkt, sondern ein Vertreter, wird der Erschienene die Belehrung und Beratung in der Regel nicht in gleichem Maße ernstnehmen wie der Vertretene.

Es ist also im Folgenden stets zu beachten, dass die Formwirkungen in einem idealen Szenario betrachtet werden; die Wirkungen, die ein Formzwang letztendlich entfaltet, hängen dagegen vom Einzelfall ab.

⁸³ *Habersack*, in: MüKo BGB, § 766 Rn. 1.

⁸⁴ *Maultzsch*, in: MüKo HGB, § 350 Rn. 1.

⁸⁵ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (666).

aa) Warnwirkung

Für viele Formvorschriften war der Warnzweck ein entscheidendes Motiv des Gesetzgebers,⁸⁶ wie beispielsweise in den Fällen des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB⁸⁷ und § 766 S. 1 BGB⁸⁸.

In personeller Hinsicht wirken die Warnungen lediglich zugunsten der Beteiligten und nicht zugunsten des Rechtsverkehrs oder Dritter.⁸⁹ In sachlicher Hinsicht sollen die Beteiligten vor Über-eilung geschützt werden. Zusätzlich soll sichergestellt werden, dass alle Beteiligten sich des rechtlichen Charakters und der Tragweite ihrer Erklärungen bewusst sind.⁹⁰ Da ein mündliches Angebot in der Regel wesentlich schneller angenommen wird als ein formbedürftiges, wird eine Form aufgrund ihrer Warnwirkung bei besonders risikoreichen und/oder weitreichenden Erklärungen vorgeschrieben.⁹¹

Es kann zwischen folgenden Ausprägungen der Warnwirkung unterschieden werden: Die Warnung vor einer übereilten Entscheidung (Übereilungsschutz); die Warnung, dass es sich für den jeweiligen Beteiligten bei dem Rechtsgeschäft um eine rechtlich bindende Erklärung handelt und die Warnung, dass es sich für den jeweiligen Beteiligten bei dem Rechtsgeschäft um eine Erklärung mit womöglich riskanten und weitreichenden Folgen handelt.⁹²

Allein aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber eine gewisse Form vorschreibt, wird bei einem Menschen eine geschäftsmäßige Stimmung hervorgerufen.⁹³ Indem der Staat die formalen Anforderungen an den Abschluss eines Rechtsgeschäfts vorschreibt und die grundsätzliche Formfreiheit einschränkt, werden die Beteiligten bereits gewarnt. Ihnen sollte bewusst werden, dass ein Formzwang nicht ohne einen sachlichen Grund vorgeschrieben wird, sondern zum Schutz der Beteiligten oder zum Schutz des Rechtsverkehrs notwendig ist. Eine Form hat insofern immer eine gewisse

⁸⁶ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 37.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 19. September 1989 - XI ZR 10/89 -, NJW 1990, 390 (391); *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, § 311b Rn. 1.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95 -, NJW 1996, 1467 (1468); *Rohe*, in: BeckOK BGB, § 766 Rn. 2.

⁸⁹ Siehe Tabelle in: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 36.

⁹⁰ Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

⁹¹ Siehe Aufzählung in: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 17 ff.

⁹² Es kann auch von einer "Seriösitätsfunktion" gesprochen werden: *Mankowski*, JZ 2010, 662 (665) m.w.N.

⁹³ Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

Warnwirkung.⁹⁴ Die Intensität der Warnung richtet sich nach den Anforderungen der jeweiligen Form. Je größer das zeitliche und finanzielle Hindernis ist, desto wahrscheinlicher wird noch einmal reflektiert, ob es sich lohnt, dieses Hindernis zu nehmen.⁹⁵ Das Ziel bei der Verfolgung eines Warnzwecks ist, dass die Beteiligten vor dem Abschluss des Rechtsgeschäfts noch einmal innehalten.⁹⁶ Die Einhaltung einer gewissen Form schreckt die Beteiligten folglich erst einmal ab und sollte im Idealfall eine übereilte Entscheidung verhindern.⁹⁷ Die unterschiedlichen Formanforderungen der Formen führen dabei zu einer erheblichen Abstufung der Warnwirkung.

Im Rahmen der Warnwirkung kommt dem Merkmal der Unterschrift eine besondere Rolle zu. Sie wird als eine Art rechtliches Siegel betrachtet und bringt zum Ausdruck, dass sich der Unterschreibende mit dem Inhalt des vorausgehenden Textes auseinandergesetzt hat und ihn für zutreffend erklärt. Im Idealfall wird der Text vor Abgabe der Unterschrift noch einmal durchgelesen. Im Zuge dessen setzt sich der Unterschreibende mit dem Inhalt intensiver auseinander als es ohne das Erfordernis einer Unterschrift der Fall gewesen wäre.⁹⁸ Der Unterschreibende überdenkt das Geschriebene und vergewissert sich, dass er die Erklärung und ihre Folgen erkennt und richtig einschätzt; bei Zweifeln kann rechtlicher Rat eingeholt werden.

bb) Belehrungs- und Beratungswirkung

Der Belehrungs- und Beratungszweck stellt den Hauptzweck der notariellen Beurkundungspflichten dar, da jegliche Formwirkungen, die eine notarielle Beurkundung nach sich zieht,⁹⁹ von der Belehrung und Beratung durch einen Notar bedungen werden.¹⁰⁰ Nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG soll der Notar den Sachverhalt aufklären, den wahren Willen der Parteien erforschen, mögliche Regelungsmöglichkeiten aufzeigen und die Erklärungen klar und unzweideutig wiedergeben.¹⁰¹

⁹⁴ Kritisch hinsichtlich der Textform: *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 5; siehe aber Kapitel E.I.2.

⁹⁵ Ein sogenannter "Abschreckungseffekt": *Mankowski*, JZ 2010, 662 (665 f.) m.w.N.

⁹⁶ BT-Drs. 14/4987, S. 17; *Mankowski*, JZ 2010, 662 (665).

⁹⁷ Spiegelbildlich handelt es sich hierbei um eine Verhinderung von Marktstörungen im Sinne des Verkehrsschutzes: *Harke*, WM 2004, 357 (358); *Mankowski*, JZ 2010, 662 (667); Kapitel B.II.2.b.cc.iii.

⁹⁸ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 37.

⁹⁹ Zu den Formwirkungen der notariellen Beurkundung: Kapitel C.III.

¹⁰⁰ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 11.

¹⁰¹ Zum Problem der Eindeutigkeit und Klarheit der Erklärungen: *Ritter*, NJW 2004, 2137 (2138 f.).

Der Notar weist auf Wirksamkeitsvoraussetzungen, Rechtsfolgen, Haftungsprobleme und in Ausnahmefällen auch auf nicht erkannte wirtschaftliche oder steuerliche Probleme hin.¹⁰²

Indem der Sachverhalt, der Wille der Beteiligten und die letztendlichen Erklärungen vollumfänglich mit dem Notar besprochen werden, führt die Belehrung und Beratung durch den unparteiischen Dritten zu einer Verstärkung der Warnwirkung.¹⁰³ Während die Formen, die keine Beteiligung eines Notars vorsehen, eine Warnwirkung durch ihre Anforderungen entfalten, belehrt und berät der Notar ausdrücklich und stellt die rechtliche Tragweite der Erklärungen klar.¹⁰⁴ Zudem soll den Beteiligten damit die Möglichkeit gegeben werden, ihre Erklärungen so abzugeben, wie sie von jedem Einzelnen beabsichtigt werden. Irrtümer und Zweifel der Beteiligten sollen nach § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG vermieden werden. Die Belehrung und Beratung bewirkt also nicht nur, dass der Abschluss und der Inhalt des Rechtsgeschäfts durch den verstärkten Übereilungsschutz gründlich überdacht werden, sondern gewährleistet zusätzlich, dass die Erklärungen dem Willen der Beteiligten entsprechen.

Die Gültigkeit und Richtigkeit (Gültigkeits- und Richtigkeitsgewähr)¹⁰⁵ des Rechtsgeschäfts wird durch den Umstand gesichert, dass den Notar bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts oder an dem Willen der Beteiligten eine Erörterungspflicht nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG trifft;¹⁰⁶ ein unwirksames Rechtsgeschäft muss der Notar ablehnen, § 4 BeurkG.¹⁰⁷ Als Folge dieser Pflicht werden unseriöse Beteiligte psychologisch davor abgeschreckt, unlautere beziehungsweise unsittliche Rechtsgeschäfte beurkunden zu lassen.¹⁰⁸

Darüber hinaus hat der Notar innerhalb der Belehrung und Beratung eine Pflicht, die Vertragsgestaltung zu beeinflussen. Der Notar soll den Beteiligten „[...] den richtigen Weg des Rechts [...]“

¹⁰² Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 12; zum Begriff der erweiterten Belehrungspflicht: Litzenburger, in: BeckOK BGB, § 17 BeurkG Rn. 6 ff.

¹⁰³ Wolfsteiner, DNotZ 1993, 21* (24* ff.); Mankowski, JZ 2010, 662 (666).

¹⁰⁴ Den Notar trifft eine sog. Warnpflicht: Regler, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 94 ff.

¹⁰⁵ Keim, MittBayNot 1994, 2 (5); Kaufhold, DNotZ 1998, 254 (269).

¹⁰⁶ Siehe zum Belehrungsvermerk: Regler, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 112 ff.

¹⁰⁷ Siehe zu den zwingenden Ablehnungsgründen: Schaller, in: BeckOGK BeurkG, § 4 Rn. 20 ff.

¹⁰⁸ Sogenanntes „[...] retardierendes Moment [...]“: Wagner, AcP 172 (1972), 452, (464); Mankowski, JZ 2010, 662 (666); aufgrund der Beteiligung eines Notars im Fall der öffentlichen Beglaubigung: Malzer, DNotZ 2000, 169 (178 f.).

weisen [...]“.¹⁰⁹ Solche Einwirkungen auf die Vertragsgestaltung sollen ausgeglichen sein, das heißt niemanden bevorzugen,¹¹⁰ und dem aktuellen Stand der Rechtswissenschaft entsprechen. Die Ungleichheit, die durch einen wirtschaftlich stärkeren Vertragspartner, einen Vertragspartner mit einem kompetenteren Berater oder einen Vertragspartner mit mehr Wissen und/oder Erfahrung auf diesem Rechtsgebiet bestehen kann, soll infolge der Beratung durch den unparteiischen Notar beseitigt werden, § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG. Durch diesen Einfluss des Notars auf die Ausarbeitung des Vertrags soll der schwächere Vertragspartner geschützt werden und der Notar für eine Parität zwischen den Vertragspartnern sorgen.¹¹¹ Die Folge eines ungleichen Vertrags besteht allerdings nicht wie bei einem unwirksamen Vertrag darin, dass der Notar diesen ablehnen muss. Ein schwächerer Vertragspartner kann einen ungleichen Vertrag wissentlich jederzeit abschließen, solange er nicht unwirksam ist.

Es handelt sich bei dieser Wirkung um eine Art des Verbraucher-¹¹² beziehungsweise Beteiligten-schutzes. Zwar knüpfen die allgemeinen Beurkundungspflichten nicht an die formelle Voraussetzung des Verbrauchermerkmals an,¹¹³ allerdings sind Verbraucher oftmals unterlegen gegenüber Unternehmern und insofern schutzbedürftig.¹¹⁴ Letzteres wird auch durch die besonderen notariellen Pflichten nach § 17 Abs. 2a S. 2 und 3 BeurkG verdeutlicht.¹¹⁵

Der Beteiligtenschutz spielt bei den meisten beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften eine entscheidende Rolle, wie zum Beispiel bei der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. In diesem Fall stehen sich stets der Immobilienverkäufer und -käufer gegenüber. Dabei wird der Verkäufer auf einem Markt mit wenigen Angeboten und hoher Nachfrage in der Regel stärker aufgestellt sein als der Käufer. Auf einem Markt mit vielen Angeboten und geringer Nachfrage befindet sich der Käufer typischerweise in einer besseren Position. Es wird aber selten Fälle geben, in denen absolute Vertragsparität herrscht. Falls die Stärke der Beteiligten ausgeglichen ist, wird die Belehrung und Beratung weniger Zeit beanspruchen. Falls ungleiche Kräfteverhältnisse bestehen, hat der

¹⁰⁹ *Wolfsteiner* nennt sie die „Gestaltungsaufgabe des Notars“: *Wolfsteiner*, DNotZ 1993, 21* (25*); man könnte auch von einer „Lotsenfunktion“ des Notars reden: *van Randenborgh/Kallmeyer*, GmbHR 1996, 908 (909).

¹¹⁰ Siehe zur Pflichtenkollision bei einem Verbrauchervertrag: *Regler*, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 17.

¹¹¹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 16; *Keim*, MittBayNot 1994, 2 (5); *Krafka*, DNotZ 2002, 677 (679 ff.); *Mankowski*, JZ 2010, 662 (666).

¹¹² Zu diesem Themenfeld auch: *Terner*, NJW 2013, 1404 ff.

¹¹³ Der Verbrauchervertrag ist in § 310 Abs. 3 BGB legaldefiniert; etwas anderes gilt hinsichtlich besonderer Pflichten im Rahmen von § 17 Abs. 2a S. 2, 3 BeurkG.

¹¹⁴ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 17.

¹¹⁵ Näheres hierzu in: *Regler*, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 152 ff.

Notar die Beteiligten darauf hinzuweisen und ist verpflichtet, anderweitige Vertragsgestaltungen aufzuzeigen.¹¹⁶

Unter anderem das Berufsrecht der Notare¹¹⁷ und die der notariellen Beurkundung immanenten Belehrung und Beratung haben dazu geführt, dass Deutschland im internationalen Vergleich der Rechtsstaatlichkeit stets sehr gut abschnitt.¹¹⁸

b) Ebenfalls zugunsten des Rechtsverkehrs wirkende Formwirkungen

Neben Formwirkungen, die zugunsten der Beteiligten wirken, gibt es solche, die ausschließlich oder zumindest auch zugunsten Dritter beziehungsweise des Rechtsverkehrs wirken. Hierunter fallen die Klarstellungs-, die Beweis- und die Kontrollwirkung.

aa) Klarstellungswirkung

Mit einer Form kann eine Klarstellung in zweierlei Hinsicht in gewissem Maße dauerhaft (Perpetuierung) für die Zukunft gewährleistet werden. Einerseits wird der grundsätzliche Rechtsbindungswille der Beteiligten, das heißt der Wille, dass ein Rechtsgeschäft willentlich abgeschlossen wird, klargestellt (Abschlussklarstellung).¹¹⁹ Andererseits wird der konkrete Wille, der in den dokumentierten Erklärungen seinen Ausdruck findet, festgehalten (Inhaltsklarstellung). Beide Aspekte fehlen in formaler Hinsicht bei einer konkludenten oder einer nicht aufgenommenen mündlichen Erklärung und können im Nachhinein von den Beteiligten oder einem Richter nur schwierig nachvollzogen werden.¹²⁰

Durch die Abschlussklarstellung können vorbereitende Vertragsverhandlungen und der letztendliche Vertragsschluss voneinander abgegrenzt werden.¹²¹ Erst durch eine Unterschrift, durch die

¹¹⁶ Diese Belehrungspflicht hat allerdings auch ihre Grenzen, unter anderem muss der Notar nicht die ökonomische Sinnhaftigkeit beurteilen: *Regler*, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 80 ff.

¹¹⁷ Siehe Kapitel B.II.2.b.cc.i.

¹¹⁸ Deutschland belegt aktuell den 6. Platz im World Justice Project Rule of Law Index 2020, abrufbar unter: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2020> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 12 m.w.N.

¹¹⁹ Auch "Abgrenzungs- oder Finalisierungszweck" genannt: *Mankowski*, JZ 2010, 662 (665).

¹²⁰ Siehe zu Vorbehalten gegenüber dem gesprochenen Wort: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 20.

¹²¹ *Wolfsteiner*, DNotZ 1993, 21* (22*); *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 42.

der Rechtsbindungswille der Beteiligten klargestellt wird, kann eine solche Abgrenzung erfolgen. Gleichzeitig wissen die Parteien, dass alle vorherigen Entwürfe, Absichtserklärungen und Verhandlungen im Zweifel nicht verbindlich sind.¹²²

Die Unterschrift hat indes eine weitere positive Auswirkung auf die Klarstellung der Erklärung, indem der Vertragstext räumlich abgeschlossen wird.¹²³ Durch die Unterschrift soll verdeutlicht werden, wo die Erklärung räumlich ihr Ende findet. Alle Erklärungen, die nach der Unterschrift folgen, gehören grundsätzlich nicht mehr zur unterschriebenen Erklärung. Relativiert wird die Abschlussfunktion der Unterschrift, wenn sich eine Erklärung oberhalb der Unterschrift auf Erklärungen bezieht, die nach der Unterschrift folgen, wie im Fall eines Anhangs.¹²⁴ Die Abschlussfunktion und Reichweite der Unterschrift wird nach den Gesamtumständen beurteilt¹²⁵ und kann im Einzelfall weit ausgelegt werden, wie beispielsweise bei privatschriftlichen Testamenten im Sinne des § 2247 BGB.¹²⁶

Sowohl die Abschlussklarstellung als auch der räumliche Abschluss der Erklärung führen im Ergebnis dazu, dass es für Beteiligte und Richter unkomplizierter ist, das Rechtsgeschäft auszulegen.

Durch die Inhaltsklarstellung ergibt sich für die Beteiligten der Vorteil, dass diese sich zu einem späteren Zeitpunkt von der genauen Ausarbeitung ihrer Rechte und Pflichten durch bloßes Nachlesen vergewissern können.¹²⁷ Bei einem Fehlverhalten des Vertragspartners kann sich auf unkomplizierte Art und Weise auf die niedergeschriebenen Regelungen des Rechtsgeschäfts berufen werden. Auch Dritte können von der Nachlesbarkeit profitieren, wie im Fall des § 550 S. 1 BGB, der den zukünftigen Erwerber eines Grundstücks schützen soll.¹²⁸ Und auch Richter werden durch die Nachlesbarkeit entlastet, indem die Erklärungen eindeutig nachvollzogen werden können.

¹²² Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 42.

¹²³ Siehe Kapitel C.I.1. zur Möglichkeit einer "Ober- oder Nebenschrift" im Fall der Schriftform.

¹²⁴ Einsele, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 8 f.

¹²⁵ Wendtland, in: BeckOK BGB, § 126 Rn. 6.

¹²⁶ Etwa: BayOblG, Beschluss vom 01. Juli 1988 - BReg 1 a Z 1/88 -, juris; Hecht, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 25 ff. m.w.N.

¹²⁷ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 41.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 07. Mai 2008 - XII ZR 69/06 -, NJW 2008, 2178 m.w.N.; Herrmann, in: BeckOK BGB, § 550 Rn. 1 m.w.N.; Mankowski, JZ 2010, 662 (664 f.).

Die Klarstellungswirkung kann die Freiheit der Beteiligten durch die Abschluss- und Inhaltsklarstellung auch in hohem Maße stärken.¹²⁹ *Rudolf von Jhering* sagte über die Wechselwirkung von Form und Freiheit: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit.“¹³⁰ Formen seien seiner Meinung nach von so elementarer Bedeutung, dass sie sich länger als jedes andere Element des alten Rechts erhalten hätten.¹³¹ Die Form soll, damals wie heute, dem ungezügelteren Rechtssubjekt Einhalt gebieten,¹³² die Beweisbarkeit fördern und eine willkürliche Auslegung eines formlos geschlossenen Rechtsgeschäfts durch den Richter verhindern. In letzterem Sinn ist die Form auch die "Zwillingschwester der Freiheit", da sie zu mehr Klarheit führen soll. Ein eindeutig niedergelegter Rechtswille ist im Idealfall klar verständlich, kann im Nachhinein von den Beteiligten und einem Richter nachgelesen werden, ist somit rechtsicher und stärkt die Freiheit der Beteiligten.¹³³ Der Vorteil der Abschluss- und Inhaltsklarstellung kommt dabei zum Preis der Leichtigkeit des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts.¹³⁴ Die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit der Beteiligten wird insofern durch Freiheit in Form der Willensautonomie eingeschränkt.¹³⁵

Das Problem einer willensfremden richterlichen Interpretation im Sinne einer sozial-ethischen Billigkeitsauslegung wurde auch für die heutige Zeit von *Claus-Wilhelm Canaris*¹³⁶ aufgegriffen und thematisiert. Dabei wird von einer "Materialisierung"¹³⁷ des Rechts gesprochen, die auf die zunehmende Involvierung und den weiten Beurteilungsspielraum der Richter in Deutschland zurückzuführen ist (zum Beispiel aufgrund von unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensspielräumen und

¹²⁹ Daher wird die Klarstellungswirkung teilweise als "mittelbar freiheitssichernde/-schützende Funktion" kategorisiert, siehe etwa: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 5 ff.

¹³⁰ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 497.

¹³¹ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 496; zur historischen Entwicklung der Formbedürftigkeit: *Neuner*, BGB AT, § 44 Rn. 2.

¹³² *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 497.

¹³³ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (350): „Was beim Vertragsschluss insofern geklärt war, bedarf regelmäßig keiner späteren Inhaltskontrolle.“

¹³⁴ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (344): „Die Form erscheint vielen nicht wie für den großen *Jhering* als Feindin der Willkür, sondern eher als Antipode der Freiheit.“; siehe dazu bereits Kapitel B.I.

¹³⁵ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (345 ff.), siehe auch das Zitat auf S. 345: „Aber warum eigentlich mit der Form die Freiheit im Rechts- und Geschäftsverkehr beschränken? Die Antwort lautet: um der Freiheit willen.“

¹³⁶ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (282) m.w.N.

¹³⁷ *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (646 f.).

Ähnlichem).¹³⁸ Bei einem formell festgehaltenen Rechtsgeschäft kann detaillierter und für die Zukunft genauer bestimmbar dokumentiert werden, was der rechtsgeschäftliche Wille und die einzelnen Beweggründe der Parteien waren und welche Rechtsfolge dadurch bewirkt werden sollte. Eine aufgrund eines Formzwangs dokumentierte Erklärung kann besser nachvollzogen werden und lässt weniger Raum für eine Auslegung nach Billigkeit zu, die *Rudolf von Jhering* mit der Willkür in Verbindung bringt.¹³⁹ Wegen der geringeren nachträglichen Einflussmöglichkeit kann ein Formzwang somit zu mehr Rechtssicherheit und im Ergebnis zu mehr Freiheit führen; andererseits kann die Formfreiheit zu einer gesteigerten Rechtsunsicherheit und im Ergebnis zu weniger Freiheit führen.¹⁴⁰

Wie in Kapitel B.I. bereits erwähnt, birgt die Einhaltung einer Form auch immer die Gefahr eines formalen oder inhaltlichen Fehlers, der zur Nichtigkeit der Erklärung oder zu inhaltlichen Problemen führen kann. Durch die Klarstellung kann allerdings auch ein hohes Maß an Rechtssicherheit herbeigeführt werden. Wenn die Parteien wissen, wie sie eine Erklärung formulieren müssen, damit die bezweckte Rechtsfolge tatsächlich eintritt, gewährt jede Form ein hohes Maß an Rechtssicherheit. Diese wird insbesondere bei einer notariellen Beurkundung sichergestellt, die neben der Klarstellung gemäß § 17 BeurkG auch eine rechtliche und tatsächliche Beratung mit sich zieht.¹⁴¹

bb) Beweiswirkung

Die Beweiswirkung ist mit der Klarstellungswirkung eng verbunden und wird von dieser nicht immer klar abgegrenzt.¹⁴² Zwar entfalten beide ihre Wirkungen durch die Perpetuierung und Nachlesbarkeit der Erklärungen, allerdings gegenüber einem unterschiedlichen Personenkreis in unterschiedlichen Situationen.

¹³⁸ Siehe hierzu vor allem die Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1993 - 1 BvR 567/89 u.a. -, NJW 1994, 36 ff.; kritisch hierzu etwa: *Adomeit*, NJW 1994, 2467 ff.; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff.

¹³⁹ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 497; *Hagen*, DNotZ 2010, 644 f.

¹⁴⁰ *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (647).

¹⁴¹ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (350); siehe Kapitel B.II.2.a.bb. und C.III.1.

¹⁴² In manchen Kommentaren werden die Klarstellungs- und Beweisfunktion nicht getrennt dargestellt, da die Zwecke und Wirkungen schwierig voneinander zu unterscheiden sind: *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 125 Rn. 1; *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 9; *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 20 ff.; eindeutig hierzu: *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663).

Die Klarstellungswirkung entfaltet sich zu jedem Zeitpunkt, in dem die Erklärung von einer Person wahrgenommen werden kann und gegenüber jeder Person, die die Erklärung wahrnehmen kann. Es braucht insofern keinen besonderen Umstand. Die Beweiswirkung ist dagegen wesentlich enger gefasst. Sie entfaltet sich lediglich innerhalb eines Prozesses gegenüber den an dem Prozess Beteiligten. Die Beweiswirkung kann sich dabei auf den Beweis, die Beweislast und die Vollstreckbarkeit auswirken.

Innerhalb der Beweiswirkung kann zwischen der Identifikations-, Echtheits-, Verifikations- und Wahrheitswirkung unterschieden werden.¹⁴³ Die Identifikationswirkung ist erfüllt, wenn die Urkunde die Identität des Ausstellers¹⁴⁴ erkennen lässt.¹⁴⁵ Die Echtheitswirkung einer Urkunde ist erfüllt, wenn die Urkunde auch tatsächlich vom Aussteller stammt. Die Verifikationswirkung ist erfüllt, wenn es jedem, der die Urkunde liest, möglich ist, sich von ihrer Echtheit zu überzeugen. Die Wahrheitswirkung ist erfüllt, wenn für das formbedürftige Rechtsgeschäft vermutet wird, dass es inhaltlich der Wahrheit entspricht.¹⁴⁶

Um die Auswirkungen auf die Beweislast nachvollziehen zu können, muss vorerst geklärt werden, wie die grundsätzliche Beweislastregel ausgestaltet ist. In ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁴⁷ muss jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm beweisen. Den Anspruchsteller trifft also die Beweislast für rechtsbegründende Tatsachen, den Anspruchsgegner die Beweislast für rechtshemmende, -hindernde oder -vernichtende Tatsachen.

Indem die Parteien ihre Erklärungen festhalten, kann sich später in einer rechtlichen Auseinandersetzung auf das Festgehaltene gestützt werden. Ein solches Beweismittel ist in der Regel objektiver

¹⁴³ So auch mit anderer Terminologie in: BT-Drs. 14/4987, S. 16; *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 43; *Ellenberger*, in: Palandt, § 125 Rn. 3.

¹⁴⁴ Siehe zum Begriff des Ausstellers: Kapitel C.I.1. und E.II.1.

¹⁴⁵ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (664).

¹⁴⁶ *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 26 ff.

¹⁴⁷ BGH, Urteil vom 14. Januar 1991 - II ZR 190/89 -, NJW 1991, 1052 (1053) m.w.N.

und verlässlicher als ein Augenzeuge, der sich lediglich auf seine Erinnerung beruft.¹⁴⁸ Die Qualität des Beweises durch einen Augenzeugen kann – je nach Länge des Zeitraums zwischen Abgabe der Erklärung und späterer Auseinandersetzung – aufgrund menschlicher Vergesslichkeit abgeschwächt werden. Durch die Inhaltsklarstellung kann insofern der Beweis für den Inhalt erleichtert werden.

Als direkte Folge ist es für die Beteiligten unkomplizierter, ihre Ansprüche in einem Prozess geltend zu machen. Sie können auf ein körperlich oder digital vorliegendes Dokument verweisen, wodurch eine möglicherweise zeitintensive Beweisaufnahme vermieden werden kann. Als indirekte Folge wird durch die Beweiskraft die Justiz entlastet.¹⁴⁹ Vordergründig kann ein Formzwang die Dauer einer Gerichtsverhandlung verkürzen, indem die Beweisaufnahme weniger Zeit in Anspruch nimmt, da durch den Formzwang der Abschluss und Inhalt leichter bewiesen werden kann.¹⁵⁰ Zusätzlich kann ein Formzwang nicht nur zu kürzeren, sondern auch zu weniger Prozessen führen.¹⁵¹ Diese Auswirkung kommt durch ein Zusammenspiel der Warn-, Belehrungs- und Beratungs-, Klarstellungs- sowie Beweiskraft zustande.

Einerseits werden die Beteiligten durch die Warnwirkung vor der Reichweite ihrer Entscheidung gewarnt und vor Übereilung geschützt, was im Ergebnis zu einer möglichst gewissenhaften, zutreffenden Erklärung führen kann. Dies ist bei der notariellen Beurkundung durch ihre Belehrungs- und Beratungswirkung in höherem Maße der Fall. Durch beide Wirkungen sollten die Beteiligten mit ihren Erklärungen zufriedener sein und insofern weniger Gründe für einen Prozess sehen. Andererseits können die Beteiligten und Dritte durch die Klarstellungswirkung sowohl den Abschluss als auch den Inhalt der Erklärungen außerhalb eines Prozesses nachvollziehen. Rechte und Pflichten, die eindeutig aus den festgehaltenen Erklärungen hervorgehen, werden dadurch seltener zu einem Prozess führen als bei konkludenten oder mündlichen Erklärungen, bei denen die Details in der Regel nicht festgelegt oder zumindest nicht dauerhaft klargestellt wurden. Da die Beteiligten um die Beweiskraft ihrer Erklärungen wissen, könnten sie auch aus diesem Grund weniger

¹⁴⁸ Das Dreizeugentestament gemäß § 2250 BGB kann durch seine Existenz als Gegenargument betrachtet werden, allerdings ist die Gültigkeitsdauer gemäß § 2252 BGB begrenzt aufgrund der Herabsetzung der Formanforderungen: *Litzenburger*, in: BeckOK BGB, § 2252 Rn. 1 ff.

¹⁴⁹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 50.

¹⁵⁰ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663).

¹⁵¹ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663 f.); teilweise andere Erfahrung der Väter des BGB: Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S.451.

Sinn darin sehen, sich über die eindeutigen Rechte und Pflichten vor Gericht zu streiten, denn nicht nur ihnen, sondern auch ihrem Gegner wird der Beweis erleichtert.¹⁵²

Doch zwei Konsequenzen scheinen sich dabei zu widersprechen. Während die Beweiswirkung durch die einfachere Geltendmachung von Ansprüchen eine Prozessführung erleichtern kann und somit zu mehr Prozessen führen sollte, können die Warn-, Belehrungs- und Beratungs-, Klarstellungs- sowie Beweiswirkung bewirken, dass es zu weniger Prozessen kommt. Zu welchem Ergebnis beide Konsequenzen führen, lässt sich nicht grundsätzlich und losgelöst vom Einzelfall beantworten. Die beiden Konsequenzen des Zusammenspiels der Formwirkungen entfalten sich jedoch auf zwei unterschiedlichen zeitlichen und inhaltlichen Ebenen. Die Warn-, Belehrungs- und Beratungs-, Klarstellungs- sowie Beweiswirkung können vor einem Prozess dazu führen, dass dieser gar nicht erst entsteht. Insbesondere wird es sich bei den umgangenen Prozessen regelmäßig um solche handeln, die von Anfang an nicht sonderlich komplex waren und deswegen einfach zu entscheiden gewesen wären, aber dennoch die Zeit der Justiz in Anspruch genommen hätten. Wenn sich einer der Beteiligten nach diesem ersten Schritt auf der zweiten zeitlichen Ebene für einen Prozess entscheidet, hilft die Beweiswirkung bei der Beweisführung und kann nicht nur die Beteiligten, sondern auch die Justiz entlasten.¹⁵³ Es ist allerdings zu erwarten, dass es sich hierbei um komplexere Fallkonstellationen handelt und insofern ein Prozess und die Belastung der Justiz in der Regel gerechtfertigt sein wird.

Zwischen den einzelnen Formen bestehen erhebliche Abstufungen in der Beweiswirkung. Manche Formen wirken sich positiv auf Beweis, Beweislast und Vollstreckbarkeit aus, während andere sich nur in geringem Maße oder sogar gar nicht zugunsten des Beweisantretenden auswirken.

cc) Kontrollwirkung

Rechtsgeschäfte können auf verschiedene Weise kontrolliert werden. Dabei kann sowohl die Abschluss-, als auch die Gestaltungsfreiheit der Beteiligten eingeschränkt werden.

¹⁵² *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663 f.).

¹⁵³ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 43 ff.

Ein Rechtsgeschäft kann präventiv kontrolliert werden, indem für den wirksamen Abschluss des Rechtsgeschäfts eine staatliche Genehmigung erforderlich gemacht wird. Ein Genehmigungsvorbehalt besteht beispielsweise für die Veräußerung von land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücken gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GrdstVG.

Eine meist mildere Form der Kontrolle eines Rechtsgeschäfts stellt die Festlegung eines Formzwangs und somit die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit dar. Dabei können der Abschluss und der Inhalt des Rechtsgeschäfts durch Formen, die keine Beteiligung einer dritten unabhängigen Person erfordern, nachträglich kontrolliert werden. Für die Kontrolle weitaus bedeutender sind diejenigen Formen, die die Beteiligung einer dritten unabhängigen Person, insbesondere eines Notars, vorsehen.

(i) Besondere Bedeutung der Notare

Im Rahmen der Kontrolle von Rechtsgeschäften nehmen Notare¹⁵⁴ hoheitliche Aufgaben wahr, die mit den Aufgaben eines Richters in Verbindung gebracht werden können.¹⁵⁵ Um zu verstehen, wieso Notaren solche Aufgaben anvertraut werden (können), muss sich mit dem Berufsstand und -recht der Notare beschäftigt werden.

Notare sind nach § 1 BNotO unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes¹⁵⁶ und werden für Beurkundungen und andere Aufgaben zur vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern bestellt.¹⁵⁷ „Die vorsorgende Rechtspflegewalt ist im Rahmen seiner Zuständigkeit dem Notar anvertraut.“¹⁵⁸ Notare nehmen insofern als Teil der Justiz eine hoheitliche Aufgabe wahr.¹⁵⁹ Dieses System der präventiven Kontrolle kann als Teil der rechtsstaatlichen Fürsorge betrachtet werden.¹⁶⁰ Um die Stellung der Notare zu verdeutlichen,¹⁶¹ führen sie gemäß § 2 S. 2 BNotO eine Amtsbezeichnung und ein Amtssiegel.

¹⁵⁴ Laut Notarstatistik 2021 gibt es in Deutschland 6.860 Notare, abrufbar unter: <https://www.notar.de/der-notar/statistik> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

¹⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 - 1 BvR 3017/09 -, DNotZ 2012, 945 (950) m.w.N.

¹⁵⁶ Zum Begriff und den Besonderheiten des öffentlichen Amtes: *Bracker*, in: BeckOK BNotO, § 1 Rn. 13 ff.

¹⁵⁷ Dieser Begriff des Notars gilt auch für das Beurkundungsgesetz: *Gößl*, in: BeckOGK BeurkG, § 1 Rn. 5.

¹⁵⁸ *Löwer*, MittRhNotK 1998, 310 (311).

¹⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 - 1 BvR 3017/09 -, DNotZ 2012, 945 (950); *Bracker*, in: BeckOK BNotO, § 1 Rn. 17.

¹⁶⁰ *Preuß*, RNotZ 2009, 529; *Preuß*, DNotZ 2008, 258 ff.

¹⁶¹ BGH, Beschluss vom 14. Juli 2003 - NotZ 42/02 -, DNotZ 2004, 230.

Der Beruf eines Notars kann in gewissen Ländern ausschließlich hauptberuflich ausgeübt werden gemäß § 3 Abs. 1 BNotO (Nurnotar), während er in manchen Ländern neben einer Anwaltstätigkeit ausgeübt werden kann gemäß § 3 Abs. 2 BNotO (Anwaltsnotar).¹⁶² Anwaltsnotare stehen dabei in einem Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Amt und freiem Beruf.¹⁶³ Grenzen zum freien Beruf wurden durch ein umfassendes Berufsrecht und Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gezogen.¹⁶⁴

Der Notar ist verpflichtet, die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren und entsprechend der Rechtsordnung auszuüben, §§ 14 Abs. 1 S. 1, 13 Abs. 1 S. 1 BNotO. Tätigkeiten, die mit dieser Amtspflicht unvereinbar sind, muss er gemäß § 14 Abs. 2 BNotO ablehnen. Er ist unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, wobei auch die anwaltlichen Tätigkeiten des Anwaltsnotars vom Anwendungsbereich dieser Norm erfasst werden.¹⁶⁵ Darüber hinaus muss der Notar nach § 14 Abs. 3 BNotO die Würde des Notarstandes wahren und sich sowohl bei der Ausübung des Notarberufs als auch außerhalb seiner beruflichen Tätigkeiten entsprechend verhalten. All diese Grundregeln sollen das Vertrauen in den einheitlichen Berufsstand¹⁶⁶ der Notare stärken. Dabei werden Notare gemäß § 92 ff. BNotO direkt durch die Aufsichtsbehörden im Sinne von § 92 BNotO und gemäß § 19 BNotO indirekt durch einen speziellen Amtshaftungsanspruch und diverse Strafgesetze¹⁶⁷ kontrolliert.

Die persönliche und fachliche Qualität der Notare wird durch das Auswahlverfahren nach §§ 4 ff. BNotO sichergestellt, siehe insbesondere § 6 Abs. 1 S. 1 BNotO. In persönlicher Hinsicht

¹⁶² Hauptberuflich: Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, rheinische Teile Nordrhein-Westfalens; nebenberuflich: Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, gewisse Teile Nordrhein-Westfalens.

¹⁶³ *Armbrüster/Preuß/Renner*, in: *Armbrüster BeurkG*, Einleitung Rn. 4; Richtung freier Beruf: *Kleine-Cosack*, DNotZ 2004, 327 ff.; Richtung öffentliches Amt: *Limmer*, DNotZ 2004, 334.

¹⁶⁴ Bezüglich der Besetzung von Notarstellen, dem Auswahlverfahren und der Einschränkung des Art. 12 I GG: BVerfG, Beschluß vom 1. Juli 2002 - 1 BvR 152/02 -, DNotZ 2002, 889 ff.; BVerfG, Beschluß vom 20. September - 1 BvR 819/01 und 1 BvR 826/01 -, DNotZ 2002, 891 ff.; BVerfG, Beschluß vom 28. Juni 2005 - 1 BvR 1506/04 -, DNotZ 2005, 939 ff.

¹⁶⁵ *Sander*, in: BeckOK BNotO, § 14 Rn. 74 ff.

¹⁶⁶ Zur Einheitlichkeit des Berufsstands: *Sander*, in: BeckOK BNotO, § 14 Rn. 16 m.w.N.

¹⁶⁷ Strafbarkeit zum Beispiel bei einer Gebührenüberhebung nach § 352 StGB oder sogar nach § 266 StGB, bei einer Gebührenunterhebung nach § 332 StGB, bei einer Amtsausübung trotz Amtsenthebung nach § 132 StGB, inkl. weiterer Strafgesetze: *Sander*, in: BeckOK BNotO, § 14 Rn. 113.

muss der Notar charakterlich für den Notarberuf geeignet sein, wobei die gleichen hohen Anforderungen wie an den Charakter eines Richters gestellt werden.¹⁶⁸ In fachlicher Hinsicht wird auf die Ergebnisse des juristischen Staatsexamens und die Leistungen innerhalb der Vorbereitung auf den Notarberuf abgestellt, wobei auch hierbei sehr hohe Anforderungen bestehen.¹⁶⁹ Die Auswahl wird nach § 6 Abs. 3 BNotO maßgeblich von diesen beiden Faktoren abhängig gemacht, sodass ein hohes Maß an persönlicher und fachlicher Kompetenz gewährleistet werden kann. Innerhalb dieses Auswahlprozesses sollen nur diejenigen Bewerber als Notare zugelassen werden, denen die Ausübung hoheitlicher Aufgaben zugetraut werden kann.¹⁷⁰

Aus dem Zusammenspiel von umfassend geregelten Tätigkeitsfeldern und Pflichten, der damit zusammenhängenden Kontrolle und dem Auswahlverfahren ergibt sich ein hohes Vertrauen der Gesellschaft,¹⁷¹ das dem Berufsstand der Notare entgegengebracht wird. Dadurch wird ein Abwälzen hoheitlicher Aufgaben ermöglicht. Durch die Amtspflichten können insbesondere die Formfunktionen der notariellen Beurkundung und öffentlichen Beglaubigung gewährleistet und die Beteiligten geschützt werden.¹⁷²

(ii) Direkte Kontrolle

Im Rahmen der öffentlichen Beglaubigung und der notariellen Beurkundung kontrolliert der Notar gewisse rechtliche und tatsächliche Umstände in Bezug auf die Beteiligten und das Rechtsgeschäft in direkter Hinsicht. Die vorsorgende Kontrolle des Notars soll eine nachträgliche Kontrolle durch die Gerichte vermeiden und somit zu weniger Prozessen führen.¹⁷³ Die Kontrolle eines Rechtsgeschäfts durch einen persönlich und fachlich qualifizierten Notar führt dabei zu einem hohen Maß an Rechtssicherheit.

¹⁶⁸ Görk, in: BeckOK BNotO, § 6 Rn. 6 ff.; auch ein früheres Fehlverhalten kann zu einer Amtsverweigerung führen: BGH, Beschluß vom 1. Dezember 1969 - NotZ 4/69 -, NJW 1970, 427.

¹⁶⁹ Görk, in: BeckOK BNotO, § 6 Rn. 13 ff.

¹⁷⁰ Görk, in: BeckOK BNotO, § 6 Rn. 1.

¹⁷¹ Siehe hierzu eine Studie zum Image der Notare in Bayern aus dem Jahre 1999: *Plaikner*, MittBayNot 2002, 485 ff.

¹⁷² Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 231.

¹⁷³ Notar als "Richter im Vorfeld", zitiert aus: *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1 (19 f.).

Die Kontrolle eines Rechtsgeschäfts kommt zum einen den Beteiligten zugute, die sich auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts verlassen können. Dies ist allerdings vorrangig eine Konsequenz der Belehrungs- und Beratungswirkung selbst.¹⁷⁴

Die Kontrolle soll vielmehr den Rechtsverkehr und die Interessen Dritter schützen.¹⁷⁵ Der Notar hat eine öffentliche Beglaubigung oder eine notarielle Beurkundung gemäß § 4 BeurkG abzulehnen, wenn er durch die Mitwirkung gegen seine Amtspflichten verstoßen würde, § 14 Abs. 2 BNotO.¹⁷⁶ Dieser Fall ist insbesondere dann gegeben, wenn für den Notar erkennbar ist, dass mit dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ein unerlaubter oder unredlicher Zweck verfolgt wird.¹⁷⁷ Eine wichtige Aufgabe erfüllt der Notar zum Beispiel im Hinblick auf die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.¹⁷⁸ Dritte können sich somit auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts verlassen, soweit dieses von einem Notar kontrolliert wurde. Bei der notariellen Beurkundung wird die Richtigkeit und Gültigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts sichergestellt (Richtigkeits- und Gültigkeitsgewähr),¹⁷⁹ bei der öffentlichen Beglaubigung wird die Richtigkeit der Identität der Beteiligten überprüft.¹⁸⁰ Der Schutz Dritter steht besonders bei gesellschaftsrechtlichen Rechtsgeschäften, bei denen nicht nur die Gesellschafter, sondern auch Gläubiger, Schuldner und zukünftige Gesellschafter schutzbedürftig sein können, im Vordergrund (Rechtspflegefunktion).¹⁸¹

¹⁷⁴ Siehe Kapitel B.II.2.a.bb.

¹⁷⁵ Die direkte Kontrolle kann daher auch als "Überwachung im Sinne des Gemeinschaftsinteresses" bezeichnet werden: *Heldrich*, AcP 147 (1941), 89 (92).

¹⁷⁶ Zu den Folgen eines Verstoßes gegen diese Pflicht: *Schaller*, in: BeckOGK BeurkG, § 4 Rn. 43.

¹⁷⁷ BGH, Beschluss vom 23. November 2015 - NotSt(Brfg) 4/15 -, DNotZ 2016, 227.

¹⁷⁸ *Schaller*, in: BeckOGK BeurkG, § 4 Rn. 25 ff.

¹⁷⁹ *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 21; zur konfliktverhütenden Wirkung der öffentlichen Urkunde: *Keim*, Mitt-BayNot 1994, 2 (4 ff.).

¹⁸⁰ Mehr zu den Wirkungen der öffentlichen Beglaubigung und der notariellen Beurkundung in Kapitel C.II. und C.III.

¹⁸¹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 24; *Mankowski*, JZ 2010, 662 (665).

Des Weiteren hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, manche Informationen vor der Eintragung in ein öffentliches Register von einem Notar kontrollieren zu lassen, wie etwa eintragungspflichtige Informationen in das Handelsregister nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB.¹⁸² Der notariellen Beurkundung und der öffentlichen Beglaubigung kommen damit auch eine Filterfunktion zu.¹⁸³ Insofern übernimmt der Notar eine Aufgabe, für die sonst allein die registerführenden Gerichte¹⁸⁴ zuständig wären und entlastet sie dadurch. Ein vergleichbares Maß an Kontrolle und damit öffentlichem Glauben könnte bei den Registern ohne diese Einbindung nur erreicht werden, wenn (1) die Gerichte selbst oder (2) Dritte die Informationen prüfen würden.¹⁸⁵ Die erste Alternative würde entweder zu einem maßgeblichen Ausbau oder einer Überforderung der registerführenden Gerichte führen.¹⁸⁶ Die zweite Alternative ist im Vergleich zu der Kontrolle durch einen Notar eine minderwertige Lösung, da Notare im Vergleich zu Dritten in der Regel eine hohe fachliche und charakterliche Eignung besitzen und durch ihr Berufsrecht zu Unparteilichkeit verpflichtet sind. Die Entscheidung, dass die betroffenen Register mit öffentlichem Glauben ausgestattet sind und in diesem Zuge von den Notaren kontrolliert werden, ist eine Systementscheidung, die der Gesetzgeber getroffen hat und seitdem stringent fortführt.¹⁸⁷

Falls eine Inhaberschaft nicht aus einem Register entnommen werden kann oder in dieses falsch eingetragen wurde, kann sie auch durch eine Kette von zusammenhängenden öffentlichen Urkunden oder öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen nachgewiesen werden (Legitimationswirkung),¹⁸⁸ beispielsweise im Bereich der Hypothek und Grundschuld gemäß § 1155 BGB (in Verbindung mit § 1192 Abs. 1 BGB) oder im Bereich von notariell beurkundeten Abtretungsverträgen von GmbH-Geschäftsanteilen.¹⁸⁹

¹⁸² *Müther*, in: BeckOK HGB, § 12 Rn. 9; zu den Möglichkeiten und Vor- und Nachteilen einer vollständigen Übertragung des Registers auf die Notare: *Wagner*, RNotZ 2010, 316 ff.

¹⁸³ *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 21.

¹⁸⁴ In Deutschland sind für viele Register gemäß § 376 Abs. 1 FamFG die Amtsgerichte zuständig, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, für dieses Landgericht: *Otto*, in: BeckOK FamFG, § 376 Rn. 2 ff.

¹⁸⁵ Zu den Vorteilen dieser zweistufigen Kontrolle durch Notare und Gerichte: *Preuß*, RNotZ 2009, 529 ff.

¹⁸⁶ So auch: *Bormann*, ZGR 2017, 621 (634): „Eine grundlegende Reform der Registergerichte wäre unausweislich.“

¹⁸⁷ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 29.

¹⁸⁸ Siehe etwa: *Lieder*, in: MüKo BGB, § 1155 Rn. 20 ff.

¹⁸⁹ *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1 (19).

(iii) Indirekte Kontrolle - Abschlussschwerungswirkung

Neben den Fällen, in denen ein Formzwang zu einer direkten Prüfung des Rechtsgeschäfts durch den Notar führt, gibt es auch Formzwänge, durch die Rechtsgeschäfte nicht direkt, sondern indirekt in ihrer Häufigkeit kontrolliert werden sollen.

Die notarielle Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG soll nach dem Willen des Gesetzgebers¹⁹⁰ beispielsweise unter anderem den Formzweck erfüllen, den spekulativen Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu erschweren.¹⁹¹ Der Handel soll in seiner Häufigkeit mithilfe der hohen Anforderungen der notariellen Beurkundung auf ein Minimum begrenzt und insofern indirekt kontrolliert werden.¹⁹² Aus dem Grund, dass sich die verringerte Häufigkeit des spekulativen Handels aus den hohen Anforderungen der notariellen Beurkundung und der damit zusammenhängenden hohen psychologischen Hürde ableitet,¹⁹³ sollte jede notarielle Beurkundung im Vergleich zu milderer Formen oder einer Formfreiheit eine solche Wirkung haben. Abgesehen von der Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen wird die Abschlussschwerung bei anderen notariellen Beurkundungsvorschriften allerdings nicht explizit als gesetzgeberisches Ziel in den jeweiligen Gesetzesbegründungen oder Protokollen aufgeführt.

Die Erschwerung eines Rechtsgeschäfts kann neben der indirekten Kontrolle auch als eigenständige Wirkung oder als Teil eines erhöhten Übereilungsschutzes gesehen werden.¹⁹⁴ Während die Beteiligten durch die Warnwirkung einer Form zu ihren Gunsten dazu gebracht werden sollen, über den Abschluss und den Inhalt des Rechtsgeschäfts gründlich nachzudenken, kann die Wir-

¹⁹⁰ Hinsichtlich des gesetzgeberischen Ziels im Rahmen des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG: Reichstagsprotokolle 1890/92, 8. Legislaturperiode, Anlage Nr. 660 (Gesetzentwurf, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung), S. 3729: „[...] die formalen Voraussetzungen der Uebertragung müssen in erster Linie Gewähr dafür bieten, daß die Antheilsrechte der neuen Gesellschaften nicht zu einem Gegenstande des Handelsverkehrs werden.“; bestätigend: BT-Drs. 7/253, S. 113; hierzu auch: *Altmeyen*, in: Festschrift Westermann, 771 (774).

¹⁹¹ BGH, Urteil vom 10. März 2008 - II ZR 312/06 -, NZG 2008, 377 Rn. 14; BGH, Urteil vom 25. September 1996 - VIII ZR 172/95 -, NJW 1996, 3338 (3339); *Altmeyen*, in: *Altmeyen GmbHG*, § 15 Rn. 66; *Wicke*, ZIP 2006, 977 (979 ff.).

¹⁹² Die indirekte Kontrolle kann daher auch als "Erschwerung des Vertragsschlusses im Interesse der Gemeinschaft" bezeichnet werden: *Heldrich*, AcP 147 (1941), 89 (93).

¹⁹³ *Heinze*, in: *MüKo GmbHG*, § 2 Rn. 21.

¹⁹⁴ So etwa: *Harke*, WM 2004, 357 (358); *Walz/Fembacher*, NZG 2003, 1134 (1139 f.).

kung auch so ausgelegt werden, dass der Abschluss des Rechtsgeschäfts im Sinne einer Marktregulierung erschwert werden soll.¹⁹⁵ Die Warnwirkung soll dann nicht zu einem qualitativ besseren und rechtssicheren Rechtsgeschäft zum Wohle der Beteiligten führen, sondern das Ausbleiben des Rechtsgeschäfts zum Wohle des Rechtsverkehrs nach sich ziehen. Im Rahmen dieser Zuordnung handelt es sich um „[...] den gleichen Zweck nur aus zwei verschiedenen Perspektiven [...]“¹⁹⁶ mit unterschiedlichen Schutzzwecken.

Obwohl die Zuordnung der Abschlussschwerung als Teil der Warnwirkung gut begründet werden kann, entfaltet sie ihre Wirkung nicht zugunsten der Beteiligten, sodass die Kategorisierung als indirekte Kontrollwirkung in dieser Arbeit passender erscheint.

3. Zusammenfassung

Abschließend kann festgehalten werden, dass eine Form nicht nur die Beteiligten, sondern auch den Rechtsverkehr schützen kann. Bei jedem Formzwang muss zwischen den Vor- und Nachteilen abgewogen und für den Einzelfall entschieden werden, inwiefern die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs dem Zweck der jeweiligen Formvorschrift weichen muss.¹⁹⁷ Der Gesetzgeber verfolgt dabei verschiedene Ziele und bedient sich der vorhandenen Formen des Rechtssystems. Sowohl das "ob"¹⁹⁸ als auch das "wie"¹⁹⁹ des Formzwangs sollten stets neu evaluiert werden. Die Veränderung einer Form oder die Aufnahme einer neuen Form könnte hinsichtlich der passendsten Form zu einem anderen Ergebnis führen. Eine neue Form muss hierbei eine alte Form nicht ersetzen, sondern kann auch lediglich eine Alternative zur alten Form darstellen, wie im Fall der Schriftform und elektronischen Form gemäß §§ 126 Abs. 3, 126a I BGB.²⁰⁰

III. Grundkonzeption der Formen

Wenn sich der Gesetzgeber nach der Abwägung aus Kapitel B.II. gegen den Grundsatz der Formfreiheit entscheidet, ist fraglich, welche Folgen diese Entscheidung nach sich zieht. Unmittelbare

¹⁹⁵ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (667).

¹⁹⁶ *Harke*, WM 2004, 357 (358).

¹⁹⁷ *Mankowski*, JZ 2010, 662 f.

¹⁹⁸ Ob ein Formzwang vorgeschrieben wird.

¹⁹⁹ Wie ein Formzwang ausgestaltet ist, insbesondere welche Form von den Beteiligten zu beachten ist.

²⁰⁰ Siehe Kapitel E.II.3.a. zum Verhältnis der Schriftform und elektronischen Form.

Konsequenz ist, dass die Beteiligten die Anforderungen der vorgeschriebenen Form beim Abschluss eines entsprechenden Rechtsgeschäfts grundsätzlich einhalten müssen.²⁰¹ Es bleibt allerdings zu erörtern, wie weit ein Formzwang reichen kann und welche Rechtsfolgen mit einer Nichtbeachtung einhergehen können. Für die Beantwortung beider Fragen sind die Formzwecke entscheidend.²⁰²

1. Reichweite eines Formzwangs

Der Formzwang bezieht sich grundsätzlich auf das gesamte Rechtsgeschäft und insofern auf jegliche Erklärungen der Beteiligten, die nach ihrem Willen²⁰³ relevant für das Rechtsgeschäft sind.²⁰⁴ Wenn die Formvorschrift nur im Rahmen einer bestimmten Erklärung innerhalb des Rechtsgeschäfts ihren Schutzzweck erfüllen soll, bestimmt das Gesetz in gewissen Fällen, dass nur diese Erklärung formbedürftig ist; beim Bürgschaftsvertrag muss beispielsweise gemäß § 766 S. 1 BGB nur die Bürgschaftserklärung des Bürgen und nicht die Erklärung des Gläubigers schriftlich erteilt werden, da nur der Bürge und nicht der Gläubiger gewarnt werden muss.²⁰⁵

Abgesehen von solchen Sonderregelungen muss ein Formzwang beachtet werden, soweit die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke auch in einem damit zusammenhängenden Rechtsgeschäft erfüllt werden sollen.²⁰⁶ Wenn die Beteiligten zum Beispiel durch die Beachtung einer Form vor Übereilung geschützt werden sollen, wie im Fall des notariell zu beurkundenden Grundstückskaufvertrags nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB,²⁰⁷ ist der vorgelagerte Vertrag,²⁰⁸ einen solchen Grundstückskaufvertrag in Zukunft abzuschließen, in gleichem Maße formbedürftig wie der

²⁰¹ Genaueres zu den Anforderungen der Formen de lege lata in Kapitel C. und Kapitel E.

²⁰² Zitat aus *Musielak*, JuS 2017, 949 (952): „Die Feststellung, welchen Zweck eine Formvorschrift verfolgt, geschieht keineswegs nur aus rechtstheoretischen Gründen, sondern hilft dabei, über die Rechtsfolgen einer Formverletzung zu entscheiden.“; Zitat bezüglich der Aufgabe des Richters bei der Auslegung einer Formvorschrift aus *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (649): „Deshalb muss der Richter zunächst das Gesetz im Kontext des Rechtssystems teleologisch ausloten, um die Tragweite des jeweiligen Formgebots festzustellen.“; in Bezug auf die Anforderungen der Schriftform: *Regenfus*, JA 2008, 161.

²⁰³ BGH, Urteil vom 22. September 2016 - III ZR 427/15 -, NJW 2016, 3525 (3526).

²⁰⁴ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 32.

²⁰⁵ *Habersack*, in: MüKo BGB, § 766 Rn. 1 ff.

²⁰⁶ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 125 Rn. 11.

²⁰⁷ *Ruhwinkel*, in: MüKo BGB, § 311b Rn. 2.

²⁰⁸ Siehe allgemein zum Anwendungsbereich auf Vorverträge: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 13.

Grundstückskaufvertrag selbst. Die Beteiligten müssen schließlich auch vor einem solchen Vorvertrag gewarnt und vor Übereilung geschützt werden.²⁰⁹ Wenn die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nur den Inhalt des Rechtsgeschäfts klarstellen und den Beweis erleichtern sollte, wäre ein Vorvertrag nicht formbedürftig, da dieser noch nicht den Inhalt des Grundstückskaufvertrags klarstellen und beweisen kann.

Eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs besteht nicht nur für Vorverträge, aus denen sich unmittelbar eine Pflicht zum Abschluss des Hauptvertrags ergibt, sondern auch für sonstige Verträge, aus denen sich mittelbar eine solche Pflicht ergeben kann.²¹⁰

Der Formzwang kann sich sowohl auf die *essentialia negotii* des Rechtsgeschäfts als auch auf Nebenabreden oder weitere grundsätzlich unabhängige Rechtsgeschäfte (zusammen: Nebenabreden) erstrecken. Der Bundesgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung²¹¹ die Auffassung, dass der Zweck der Formvorschrift des Rechtsgeschäfts darüber entscheidet, ob eine Nebenabrede auch formbedürftig ist. Wird eine Nebenabrede derart mit dem formbedürftigen Rechtsgeschäft verbunden, dass beide miteinander stehen und fallen sollen, ist auch die Nebenabrede formbedürftig.²¹² Wenn also eine Nebenabrede nach dem objektiven Willen der Beteiligten zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gehören soll und die eine Erklärung nicht ohne die andere Erklärung abgegeben worden wäre, besteht der geforderte rechtliche Zusammenhang. Da die Grenzen des rechtlichen Zusammenhangs nicht klar abgesteckt sind und die Reichweite des Formzwangs somit nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, kann die Auslegung der Reichweite eines Formzwangs Probleme bereiten.²¹³

Auch auf nachträgliche Änderungen eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts erstreckt sich der Formzwang in der Regel.²¹⁴ Die Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts ist dagegen

²⁰⁹ Siehe zu diesem Beispiel und zum Beispiel anhand der Formvorschrift des § 550 S. 1 BGB, die einen Klarstellungs- und Beweiszweck erfüllen soll: *Musielak*, JuS 2017, 949 (952).

²¹⁰ So ist zum Beispiel eine Erklärung formbedürftig nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, durch die die Pflicht begründet wird, bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein Gebot abzugeben: OLG Celle, Urteil vom 29. Juni 1976 - 4 U 2/76 -, NJW 1977, 52.

²¹¹ BGH, Urteil vom 02. Februar 1989 - IX ZR 99/88 -, NJW 1989, 1484 m.w.N.

²¹² BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - VII ZR 230/07 -, NJW-RR 2009, 953 (954) m.w.N.

²¹³ Problematisch könnte zudem sein, dass eine Tendenz festzustellen ist, zu vorschnell einen Zusammenhang zwischen grundsätzlich unabhängigen Rechtsgeschäften anzunehmen: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 33.

²¹⁴ *Ellenberger*, in: Palandt, § 125 Rn. 10; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 125 Rn. 7; Ausnahmen: BGH, Urteil vom 05. April 2001 - VII ZR 119/99 -, NJW 2001, 1932 (1933); *Maier-Reimer*, NJW 2004, 3741 (3743 f.) jeweils m.w.N.

grundsätzlich formfrei, insofern dadurch keine Pflichten für die Beteiligten entstehen, die ihrerseits formbedürftig sind, oder die Formbedürftigkeit gesetzlich bestimmt ist.²¹⁵

Über die Reichweite eines Formzwangs bei mehraktigen Rechtsgeschäften wird in Rechtsprechung und Literatur diskutiert.²¹⁶ Mehraktige Rechtsgeschäfte sind solche, die zu ihrer Wirksamkeit ein weiteres Rechtsgeschäft, wie eine Vollmacht, eine Einwilligung oder eine Genehmigung benötigen.²¹⁷

Für Vollmachten wurde gesetzlich geregelt, dass sie gemäß § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht der Form des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bedürfen. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings sowohl gesetzliche Ausnahmen, wie beispielsweise § 492 Abs. 4 S. 1 BGB,²¹⁸ als auch Ausnahmen, die von Literatur und Rechtsprechung entwickelt wurden. Dabei handelt es sich um solche Fälle, in denen die Formzwecke des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts die Erweiterung des Formzwangs auf die Vollmacht selbst notwendig machen.²¹⁹ Zum einen geht es um Fallkonstellationen, in denen die Bindungswirkung der Vollmacht gleichzusetzen ist mit der Bindungswirkung des Rechtsgeschäfts, auf das sich die Vollmacht bezieht, wie beispielsweise bei einer unwiderruflichen Vollmacht zum Grundstückskauf oder -verkauf.²²⁰ Zum anderen kann die Aushöhlung des Warnzwecks einer Formvorschrift bei Formfreiheit der Vollmacht die Formbedürftigkeit der Vollmacht nach sich ziehen, wie beispielsweise bei der Vollmacht zur Erteilung einer Bürgschaft.²²¹ Für die Zustimmung gilt gemäß § 182 Abs. 2 BGB gesetzlich das Gleiche wie für die Vollmacht. Auch hier hat der Gesetzgeber diverse Ausnahmen von der Formfreiheit festgelegt, wie beispielsweise § 1516 Abs. 2 BGB.²²² Der Bundesgerichtshof unterscheidet jedoch hinsichtlich der Reichweite eines Formzwangs zwischen Einwilligung und Genehmigung.²²³ Während auf eine Einwilligung die Grundsätze der Vollmacht anzuwenden sind, soll eine Genehmigung stets formfrei abgegeben werden können.²²⁴ Dies wird vom Bundesgerichtshof unter anderem mit dem Wortlaut

²¹⁵ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 125 Rn. 12.

²¹⁶ Allgemein zu Formerfordernissen bei mehraktiven Rechtsgeschäften: *Einsele*, DNotZ 1996, 835 ff.

²¹⁷ *Einsele*, DNotZ 1996, 835.

²¹⁸ Zu weiteren gesetzlichen Ausnahmen von § 167 Abs. 2 BGB: *Schubert*, in: MüKo BGB, § 167 Rn. 15 ff.

²¹⁹ *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 65 ff.

²²⁰ BGH, Urteil vom 23. Februar 1979 - V ZR 171/77 -, NJW 1979, 2306 f.; Kritik am Merkmal der Unwiderruflichkeit: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 21 ff.

²²¹ BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95 -, NJW 1996, 1467 (1468 f.).

²²² Zu weiteren gesetzlichen Ausnahmen von § 182 Abs. 2 BGB: *Bayreuther*, in: MüKo BGB, § 182 Rn. 24.

²²³ Allgemein zum Streit: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 25.

²²⁴ BGH, Urteil vom 23. Januar 1998 - V ZR 272-96 -, NJW 1998, 1482 (1484).

des § 182 Abs. 2 BGB begründet, dessen Anwendungsbereich bezogen auf die Genehmigung aufgrund der (rückwirkenden) Bindungswirkung im Sinne von § 184 Abs. 1 BGB auf Null reduziert werden würde.²²⁵ Wieso die gleichen Grundsätze im Hinblick auf den Warnzweck der Formvorschrift des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts nicht auch für die Genehmigung anwendbar sein sollen, ist nicht ersichtlich.²²⁶

Letztendlich könnte hier eine Klärung de lege ferenda Klarheit schaffen.²²⁷

2. Rechtsfolge eines Formverstößes

Wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Form gänzlich oder teilweise missachtet wird, ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich von Anfang an (ex tunc) nichtig gemäß § 125 S. 1 BGB, ohne dass es einer Erklärung bedarf; es handelt sich dabei um eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung.²²⁸ Grundsätzlich ist die Einhaltung der Form somit zwingend erforderlich, um die angestrebten Folgen eines zugrundeliegenden formbedürftigen Rechtsgeschäfts wirksam herbeizuführen.²²⁹ Die Beweislast für die Erfüllung der Formanforderungen trägt der Gläubiger.²³⁰ Die Rechtsfolge der Nichtigkeit kann nicht abbedungen werden, das Rechtsgeschäft ist von Amts wegen nichtig.²³¹ Ob die Rechtsfolge nur den formnichtigen Teil oder das ganze Rechtsgeschäft betrifft, bemisst sich nach § 139 BGB; in Zweifelsfällen ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig.²³² Die Konsequenzen einer (vorschnellen) Annahme eines rechtlichen Zusammenhangs können somit äußerst gravierend sein, da bei Missachtung des Formzwangs bei einer Nebenabrede nicht nur die Nebenabrede selbst gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig ist, sondern regelmäßig auch das Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB.²³³

²²⁵ BGH, Urteil vom 25. Februar 1994 - V ZR 63/93 -, NJW 1994, 1344 (1345 f.) m.w.N.

²²⁶ So auch und ausführlich hierzu: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 25 f.

²²⁷ Ebenso: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 69.

²²⁸ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 42; zur Frage, ob es sich bei § 125 BGB um eine rechtshindernde Einwendung oder ein rechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal handelt: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 114.

²²⁹ Hierzu und zum Verständnis der Form: *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 21 ff.; so auch: *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (344).

²³⁰ *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 114; siehe Kapitel B.II.2.b.bb. zur allgemeinen Beweislastregel.

²³¹ *Wendtiland*, in: BeckOK BGB, § 125 Rn. 16.

²³² *Ellenberger*, in: Palandt, § 139 Rn. 14.

²³³ Zu diesem Problem, siehe: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 33 f.

Ausnahmen von der Rechtsfolge nach § 125 S. 1 BGB sind für Miet-, Pacht- und Verbraucherdarlehensverträge gesetzlich geregelt, wobei die Rechtsfolge des § 125 S. 1 BGB durch eine eigenständige Rechtsfolgenregelung vollständig ersetzt wird. Sowohl bei Miet- und Pachtverträgen als auch bei Verbraucherdarlehensverträgen entspricht die drastische Rechtsfolgenregelung nach § 125 S. 1 BGB regelmäßig nicht dem Interesse der Personen, die vom Schutzbereich der jeweiligen Ausnahme erfasst werden.²³⁴

Bei Miet- und Pachtverträgen führt die Missachtung der Schriftform nicht zur Nichtigkeit, sondern das Miet- beziehungsweise Pachtverhältnis gilt als für unbestimmte Zeit geschlossen. Daraus folgt, dass das Vertragsverhältnis nach den gesetzlichen Fristen, jedoch frühestens nach einem Jahr, gekündigt werden kann.²³⁵ Dies gilt für Mietverträge über Wohnräume gemäß § 550 S. 1 BGB, für Mietverträge über Grundstücke gemäß §§ 550 S. 1, 578 Abs. 1 BGB, für Mietverträge über sonstige Räume gemäß §§ 550 S. 1, 578 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1 BGB und für Pachtverträge gemäß §§ 550 S. 1, 581 Abs. 2 BGB gleichermaßen.²³⁶

Die Nichtbeachtung der Schriftform bei einem Verbraucherdarlehensvertrag hat nach § 494 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch in verschiedenen Fallkonstellationen Ausnahmen, die nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führen, sondern diese entweder nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB heilen oder die Darlehenskonditionen abhängig von den fehlenden Informationen nach § 494 Abs. 2-4 BGB abändern.²³⁷

Zudem können Ausnahmen von der ex tunc Wirkung des § 125 S. 1 BGB, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, aufgrund von besonderen Wertungsentscheidungen gerechtfertigt sein. Für bereits in Vollzug gesetzte (form-)nichtige Arbeits- und Gesellschaftsverträge wurden entsprechende Wertungsentscheidungen von der Rechtsprechung getroffen.²³⁸ Vollzug bedeutet den Beginn der

²³⁴ Für § 550 S. 1 BGB: *Dittert*, in: BeckOGK BGB, § 550 Rn. 188 ff.; für § 494 BGB: *Schürnbrand/Weber*, in: MüKo BGB, § 494 Rn. 1 f.

²³⁵ *Dittert*, in: BeckOGK BGB, § 550 Rn. 153.

²³⁶ Durch diese alternative Rechtsfolge soll es einem Grundstückserwerber möglich gemacht werden, sich über die bestehenden längerfristigen Miet- oder Pachtverträge zu informieren: *Bieber*, in: MüKo BGB, § 550 Rn. 1 ff.

²³⁷ Durch dieses System von Nichtigkeit, Heilung und Vertragsänderung wird dem Interesse des Darlehensnehmers, das Darlehen zu erhalten, und dem Interesse des Darlehensgebers, die Zinsen zu erhalten, Rechnung getragen: *Schürnbrand/Weber*, in: MüKo BGB, § 494 Rn. 1 f.

²³⁸ Für den Gesellschaftsvertrag: BGH, Urteil vom 24. September 1979 - II ZR 95/78 -, NJW 1980, 638 (639); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 136 ff. m.w.N.; für den Arbeitsvertrag: BAG (1. Senat), Urteil vom 15. November 1957 - 1 AZR 189/57 -, BAGE 5, 58.

Durchführung des Vertrags.²³⁹ Die Geltendmachung der Nichtigkeit dieser in Vollzug gesetzten Verträge führt nicht zu einer Nichtigkeit ex tunc gemäß § 125 S. 1 BGB, sondern lediglich zu einer Nichtigkeit für die Zukunft (ex nunc).²⁴⁰ Neben den Rückabwicklungsschwierigkeiten dieser bereits in Vollzug gesetzten Verträge sprechen auch die Rechtssicherheit zugunsten des Rechtsverkehrs und der Vertrauens- beziehungsweise Bestandsschutz zugunsten der Beteiligten für eine ex nunc Wirkung.²⁴¹

Mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung können Formverstöße geheilt werden. Wichtige Beispiele hierfür sind die Erfüllung eines Grundstückskaufvertrags gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB, die Erfüllung einer Bürgschaft gemäß § 766 S. 3 BGB und die Bewirkung des Schenkungsversprechens gemäß § 518 Abs. 2 BGB. Auch die Eintragung in ein Register kann die Heilung eines Formverstößes zur Folge haben, siehe zum Beispiel § 242 Abs. 1 AktG und § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG. Der Grund für die Heilungsmöglichkeit ist oftmals die damit zusammenhängende Rechtssicherheit²⁴² oder der Wegfall des Bedürfnisses, einen bestimmten Zweck zu erfüllen^{243, 244}.

Obwohl eine Vielzahl an gesetzlichen Heilungsmöglichkeiten geregelt ist, kann daraus kein allgemeiner ungeschriebener Grundsatz dahingehend abgeleitet werden, dass die Nichtbeachtung einer Form stets durch Erfüllung der Pflichten, Eintragung oder Erreichung des Formzwecks geheilt werden kann.²⁴⁵ Die gesetzlich geregelten Heilungsmöglichkeiten heilen ausschließlich die Formnichtigkeit, andere Nichtigkeitsgründe bleiben dagegen unberührt.²⁴⁶

²³⁹ Für den Gesellschaftsvertrag: *Schäfer*, in: MüKo BGB, § 705 Rn. 342; für den Arbeitsvertrag: *Joussen*, NZA 2006, 963 (964).

²⁴⁰ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 45 f.

²⁴¹ Allgemeines zur Begründung der fehlerhaften Gesellschaft: *Maultzsch*, JuS 2003, 544 ff.

²⁴² Beispielsweise im Fall des Grundstückskaufvertrags: *Ruhwinkel*, in: MüKo BGB, § 311b Rn. 81.

²⁴³ Beispielsweise im Fall der Bürgschaft in Bezug auf den Warnzweck: *Habersack*, in: MüKo BGB, § 766 Rn. 28.

²⁴⁴ Zur dogmatischen Einordnung der Heilungsmöglichkeiten und zur analogen Anwendung: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 48 ff.

²⁴⁵ BGH, Urteil vom 2. Februar 1967 - III ZR 193/64 -, NJW 1967, 1128 (1131); so auch bereits in: Motive I Rn. 183 = *Mugdan* 1. Band S. 453.

²⁴⁶ Auch im Hinblick auf die Heilung anderer Nichtigkeitsgründe kann kein allgemeingültiger Grundsatz abgeleitet werden: BGH, Urteil vom 13. Mai 2016 - V ZR 265/14 -, NJW-RR 2017, 114 Rn. 29 f. m.w.N.

Obwohl es den Beteiligten grundsätzlich möglich ist, sich auf die Formnichtigkeit zu berufen,²⁴⁷ kann der Richter ausnahmsweise dazu verpflichtet sein, abzuwägen, ob und inwieweit ein Formverstoß die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben soll. Falls eine solche Ausnahme besteht, ist die Berufung auf die Formnichtigkeit gemäß § 242 BGB ausgeschlossen und das Rechtsgeschäft als wirksam zu behandeln.²⁴⁸

Bei der Gesamtwürdigung aller Umstände könnte die Formnichtigkeit schlechthin untragbar sein und somit gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen.²⁴⁹ Von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen sind die Existenzgefährdung²⁵⁰ und die besonders schwere Treuepflichtverletzung²⁵¹.²⁵² Obwohl ein Großteil der Literatur²⁵³ zustimmt, dass es Fälle geben muss, in denen eine Berufung auf die Formnichtigkeit nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen sollte, werden die Fallgruppen unterschiedlich gebildet. Arglist, eine willentliche Verhinderung der Einhaltung der Form durch einen der Beteiligten und ein Handeln *venire contra factum proprium* sind anerkannte Fallgruppen der Literatur.²⁵⁴

Auch der Formzweck der nicht beachteten Formvorschrift kann nach Einschätzung der Rechtsprechung dazu führen, dass sich ein Beteiligter gemäß § 242 BGB nicht auf die Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts berufen kann.²⁵⁵ Wenn durch die Formvorschrift maßgeblich nur eine Seite des Rechtsgeschäfts geschützt werden soll, soll es der Seite, die nicht von dem Schutzzweck der Formvorschrift erfasst wird, nicht möglich sein, die Formnichtigkeit geltend zu machen;²⁵⁶ die Nichtigkeit wirkt also in diesem Fall nur relativ. Bei einem Auftrag zum Erwerb eines Grundstücks kann sich der Auftragnehmer nicht auf die Formnichtigkeit des Auftrags berufen, da der Formzwang

²⁴⁷ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 56.

²⁴⁸ BGH, Urteil vom 10. Oktober 1986 - V ZR 247/85 -, NJW 1987, 1069 (1070) m.w.N.

²⁴⁹ BGH, Urteil vom 14. Juni 1996 - V ZR 85/95 -, NJW 1996, 2503 (2504).

²⁵⁰ Siehe etwa: BGH, Urteil vom 21. April 1972 - V ZR 42/70 -, NJW 1972, 1189 (1190); *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 58 m.w.N.; hierzu ausführlich: *Hagen*, in: Festschrift Rainer Kanzleiter, 185 ff.

²⁵¹ Siehe etwa: BGH, Urteil vom 19. November 1982 - V ZR 161/81 -, NJW 1983, 563 f.; *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 59 ff. m.w.N.

²⁵² Zum Verhältnis von § 125 BGB und § 242 BGB und den von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen, siehe: *Armbrüster*, NJW 2007, 3317 ff.

²⁵³ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 62 m.w.N.

²⁵⁴ Zu den Fallgruppen und Gegenstimmen zu den genannten Ausnahmen: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 62 m.w.N.

²⁵⁵ Zu einer allgemeinen Herleitung aller Ausnahmen von der Formnichtigkeit, die auf § 242 BGB gestützt werden, siehe: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 67.

²⁵⁶ BGH, Urteil vom 02. Mai 1996 - III ZR 50/95 -, NJW 1996, 1960; BGH, Urteil vom 07. Oktober 1994 - V ZR 102/93 -, NJW 1994, 3346 (3347).

nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB den Auftraggeber und nicht den Auftragnehmer warnen soll.²⁵⁷ Gleiches sollte für das Recht des Gläubigers einer Bürgschaft gelten, der sich auf die Formnichtigkeit der Bürgschaftserklärung berufen will.²⁵⁸ Folgerichtig kann eine entsprechende Ausnahme vom Grundsatz der Formnichtigkeit bei Formvorschriften, durch die die Allgemeinheit beziehungsweise Dritte geschützt werden sollen, nicht hergeleitet werden.²⁵⁹

3. Zusammenfassung

Die Reichweite eines Formzwangs hängt maßgeblich von den Formzwecken der jeweiligen Formvorschrift ab. Wenn die Erreichung der Formzwecke bei Formfreiheit eines anderen Rechtsgeschäfts, einer Nebenabrede, einer Vollmacht oder Ähnlichem unterlaufen werden würde, muss der Formzwang auch bei diesen grundsätzlich formfreien Rechtsgeschäften beachtet werden, um dem Formzweck der Formvorschrift Geltung zu verleihen. In welchen Fällen der Formzwang erweitert werden sollte, muss durch Auslegung bestimmt werden.

Die Rechtsfolgen eines Formverstößes gehen grundsätzlich aus dem Gesetz hervor und müssen nur ausnahmsweise eingeschränkt werden. Ein Formverstoß führt dabei regelmäßig zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ex tunc, § 125 S. 1 BGB, wobei diese Rechtsfolge für gewisse Formvorschriften durch eine eigenständige Rechtsfolgenregelung, wie zum Beispiel § 550 S. 1 BGB, ersetzt wurde. Für in Vollzug gesetzte Arbeits- und Gesellschaftsverträge muss die ex tunc Wirkung des § 125 S. 1 BGB in eine ex nunc Wirkung umgedeutet werden, angesichts des dort bestehenden hohen Bedürfnisses nach Rechtssicherheit, Bestands- und Vertrauensschutz. Darüber hinaus bestehen gesetzlich geregelte Heilungsmöglichkeiten, durch die die Formnichtigkeit im Nachhinein, zum Beispiel durch Erfüllung oder Eintragung in ein Register, beseitigt werden kann. Auch wenn keine veränderte Rechtsfolge oder Heilungsmöglichkeit in Frage kommt, kann die Berufung auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts letztendlich verwehrt werden, wenn dabei gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen werden würde.

²⁵⁷ BGH, Urteil vom 5. November 1982 - V ZR 228/80 -, NJW 1983, 566.

²⁵⁸ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 64.

²⁵⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 05. Juli 1994 - 2 U 16/94 -, NJW-RR 1994, 1535 (1536); *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 66.

C. Traditionelle Formen

Eine Form bestimmt die Anforderungen an den Abschluss eines Rechtsgeschäfts und schränkt damit die formale Gestaltungsfreiheit der Beteiligten ein.²⁶⁰ Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches kennt aktuell fünf gesetzliche Formen: Die Textform, die elektronische Form, die Schriftform, die öffentliche Beglaubigung und die notarielle Beurkundung.²⁶¹ Diese fünf Formen werden für bestimmte Rechtsgeschäfte abgewandelt.²⁶² So müssen beispielsweise beide Beteiligten bei der Auflassung nach § 925 Abs. 1 S. 1 BGB und dem Ehevertrag nach § 1410 BGB gleichzeitig anwesend sein; im Fall der Eheschließung ist die Beteiligung eines Standesbeamten gemäß § 1310 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich.

Um die Veränderungen darzustellen, die digitale Formen nach sich ziehen, werden in diesem Kapitel zunächst die traditionellen Formen näher betrachtet. Dabei handelt es sich um die Schriftform, die öffentliche Beglaubigung und die notarielle Beurkundung. Die Darstellungsreihenfolge orientiert sich an der Strenge der Anforderungen der Formen, die in aufsteigender Weise vorgestellt werden.

Nachdem die Anforderungen der jeweiligen Form abgebildet wurden, wird erörtert, inwiefern und inwieweit die in Kapitel B.II.2. behandelten Formwirkungen durch die jeweilige Form erfüllt werden können. Dabei werden repräsentative Formvorschriften unter der jeweiligen Form und der jeweiligen Formwirkung gesammelt, um zu erkennen, zu welchem Zweck und in welchen Fällen eine bestimmte Form in der Regel vorgeschrieben wird.

Wie bereits in Kapitel B.II.1., erörtert wird für jedes Rechtsgeschäft neu abgewogen, ob und inwiefern das Rechtsgeschäft einem Formzwang unterliegen sollte oder formfrei abgeschlossen werden kann. Die Notwendigkeit der Formbedürftigkeit wird auf Basis der Fallkonstellationen beurteilt, die im Rahmen des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts vorkommen können. Hierbei handelt es sich um eine gesetzgeberische Einzelfallentscheidung, bei der der Gesetzgeber keinem feststehendem System folgt. Nichtsdestotrotz werden manche Formwirkungen ausschließlich durch gewisse Formen ausgelöst. Daneben kann eine Form manche Formwirkungen in einem höheren

²⁶⁰ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 1 ff.; Emmerich, in: MüKo BGB, § 311 Rn. 1.

²⁶¹ Einsele, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 2 ff.

²⁶² Siehe zu den Fällen, in denen die gesetzlichen Formen abgewandelt werden: Einsele, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 2.

Maße nach sich ziehen als eine andere. Es ist insofern möglich, dass sich aus den einzelnen gesetzgeberischen Entscheidungen nachträglich eine dahinterliegende Struktur erkennen lässt.

Folgendes muss vorab betont werden: Die Wirkungen der Formen sind differenziert zu betrachten. Eine Form wird nie nur eine bestimmte Wirkung haben.²⁶³ Es wird von der These ausgegangen, dass es unter den Formwirkungen solche gibt, die der Gesetzgeber bei der Festlegung einer Formvorschrift als primären Zweck angedacht hat und solche, die lediglich eine mehr oder minder stark ausgeprägte Folge der Formen darstellen und insofern den Anforderungen der jeweiligen Form geschuldet sind.²⁶⁴

Für zwei Formwirkungen kann vorab bereits Folgendes festgestellt werden:

- **Belehrungs- und Beratungswirkung**

Da die Belehrungs- und Beratungswirkung ganz vorwiegend²⁶⁵ von der notariellen Beurkundung erfüllt wird, besteht die eindeutigste Verbindung zwischen der notariellen Beurkundung und der Belehrung und Beratung. Wenn der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, die Beteiligten von einem Notar belehren und beraten zu lassen, wird sich nicht die Frage stellen, welche Form festgelegt wird, da primär die notarielle Beurkundung diesen Zweck erfüllt.²⁶⁶

- **Klarstellungswirkung**

Da der Wille der Beteiligten stets bei Einhaltung einer gesetzlichen Form in gewisser Weise für die Zukunft festgehalten wird, gibt es hinsichtlich der Klarstellungswirkung keine große Abstufung zwischen den einzelnen Formen. Letztendlich kommt es bei der Klarstellung primär auf den Umfang, die Stichhaltigkeit und Genauigkeit der niedergelegten Regelungen an.

²⁶³ So auch in BT-Drs. 14/4987, S. 18: „Da die Form meist mehreren Zwecken zugleich dient, hat jeweils im Einzelfall eine Abwägung stattzufinden, welcher Zweck letztlich überwiegt.“

²⁶⁴ So auch in BT-Drs. 14/4987, S. 18; andere Auffassung: *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 164 ff.; verneinend hinsichtlich der Auffassung von *Häsemeyer*: *Plewe*, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts, S. 6 f.

²⁶⁵ Eine öffentliche Beglaubigung kann eine Belehrung in sehr eingeschränktem Maße nach sich ziehen. Hierzu mehr in Kapitel C.II.1. und F.II.3.b.

²⁶⁶ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 38.

Abstufungen können sich aus der Dauerhaftigkeit der verwendeten Materialien/Medien ergeben.²⁶⁷ Eine weitere Abstufung ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Erklärung räumlich mit einer Unterschrift abzuschließen.²⁶⁸

I. Schriftform

Die Schriftform nach § 126 BGB hatte bis zum 01. August 2001 die mildesten Anforderungen als das "Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr"²⁶⁹ in Kraft trat und die elektronische Form gemäß § 126a BGB und die Textform gemäß § 126b BGB eingeführt wurden.²⁷⁰ Mit Ausnahme des eingefügten § 126 Abs. 3 BGB hat sich § 126 BGB seit Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht verändert.²⁷¹

1. Anforderungen

Die Schriftform ist gemäß § 126 Abs. 1 BGB gewahrt, wenn eine Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird.

Eine Urkunde²⁷² setzt eine durch Schriftzeichen verkörperte Willenserklärung voraus, die geeignet und bestimmt ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen und den Aussteller erkennen lässt.²⁷³ Sowohl die Art und Weise der Abfassung (hand-, maschinenschriftlich oder gedruckt) als auch das Material sind nicht vorgeschrieben und können insofern unter gewissen Voraussetzungen beliebig gewählt werden.²⁷⁴ Zwar muss das Material eine gewisse Dauerhaftigkeit gewährleisten

²⁶⁷ Hierzu mehr in Kapitel E.I.5. im Rahmen der Textform.

²⁶⁸ Dies wird in den Kapiteln C., E. und F. für die jeweilige Form, falls zutreffend, klargestellt.

²⁶⁹ Fußnote 2.

²⁷⁰ *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 616; mehr zur Textform und elektronischen Form in Kapitel E.

²⁷¹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126 Rn. 1.

²⁷² Innerhalb des deutschen Rechtssystems gibt es keinen einheitlichen Urkundenbegriff: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 13.

²⁷³ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126 Rn. 3.

²⁷⁴ *Dörner*, in: Schulze BGB, § 126 Rn. 3.

können, doch wurde dieses Merkmal in der Vergangenheit oftmals weit ausgelegt.²⁷⁵ Für das Vorliegen einer Urkunde ist der Zeitpunkt der Unterzeichnung maßgeblich.²⁷⁶ Grundsätzlich muss der gesamte Inhalt des Rechtsgeschäft in einer einheitlichen und vollständigen Urkunde enthalten sein.²⁷⁷

Die Urkunde muss eigenhändig von dem Aussteller, das heißt demjenigen, der die Erklärung in eigener Verantwortung abgibt,²⁷⁸ unterzeichnet werden. Um die Erklärung räumlich abzuschließen,²⁷⁹ muss die Unterschrift am Ende der Urkunde angebracht werden;²⁸⁰ nicht ausreichend sind sogenannte "Oberschriften"²⁸¹ oder "Nebenschriften"²⁸². Das Merkmal der Eigenhändigkeit betrifft nur die Unterschrift und nicht die Urkunde selbst;²⁸³ gemeint ist eine handschriftliche Unterzeichnung.²⁸⁴ Vervielfältigungen sind nur im Fall von gesetzlichen Sonderregelungen wie § 13 AktG ausreichend. Durch die Namensunterschrift soll der Erklärende hinreichend individualisiert werden.²⁸⁵ Eine wortwörtliche Unterschrift mit dem vollen Namen ist in der Regel nicht notwendig.²⁸⁶ Vielmehr muss mithilfe der Unterschrift die Identität des Ausstellers bestimmt werden können, sodass in gewissen Fällen Vor-, Nachname, Pseudonym oder Künstlername für sich genommen ausreichend sein können.²⁸⁷ Ein Handzeichen oder eine Paraphe genügt den Anforderungen der Schriftform nur, wenn es/sie öffentlich beglaubigt wurde, §§ 126 Abs. 1 Alt. 2, 129 Abs. 1 S. 2 BGB.²⁸⁸

²⁷⁵ Die Dauerhaftigkeit wurde bereits für ein Testament auf einer Schiefertafel bejaht: RG, Urteil vom 17. Februar 1910 - IV. 241/09 -, DJZ 15 (1910), 594 f.; hingegen reicht eine Unterzeichnung auf einem elektronischen Schreibtablett nicht aus: OLG München, Schlussurteil vom 4. Juni 2012 - 19 U 771/12 -, NJW 2012, 3584.

²⁷⁶ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126 Rn. 3.

²⁷⁷ Siehe hierzu die Auflockerungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs: BGH, Urteil vom 24. September 1997 - XII ZR 234/95 -, NJW 1998, 58 m.w.N.

²⁷⁸ RG, Urteil vom 4. Mai 1911 - VI. 143/10 -, RGZ 76, 191 (193 f.).

²⁷⁹ Siehe Kapitel B.II.2.b.aa.

²⁸⁰ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126 Rn. 6.

²⁸¹ BGH, Urteil vom 20. November 1990 - XI ZR 107/89 -, NJW 1991, 487.

²⁸² BGH, Urteil vom 21. Januar 1992 - XI ZR 71/91 -, NJW 1992, 829 (830).

²⁸³ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 14.

²⁸⁴ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126 Rn. 8.

²⁸⁵ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 10; siehe zur Identifikationswirkung Kapitel B.II.2.b.bb.

²⁸⁶ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 16 f.

²⁸⁷ *Noack/Kremer*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, § 126 Rn. 27 ff.

²⁸⁸ Näheres hierzu: BAG, Urteil vom 20. August 2014 - 7 AZR 924/12 -, NZA-RR 2015, 9 (11).

Bei Verträgen muss grundsätzlich auf derselben Urkunde unterschrieben werden, § 126 Abs. 2 S. 1 BGB. Bei gleichlautenden²⁸⁹ Urkunden reicht es gemäß § 126 Abs. 2 S. 2 BGB aus, wenn nur diejenige Urkunde unterzeichnet wird, die für die andere Vertragspartei bestimmt ist.

Die Schriftform kann gemäß § 126 Abs. 3 BGB durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt.²⁹⁰ Darüber hinaus kann die schriftliche Form gemäß § 126 Abs. 4 BGB durch die notarielle Beurkundung ersetzt werden.

2. Warnfunktion

a) Wirkung der Schriftform

Die Formanforderungen der Schriftform können in der Regel ohne beträchtlichen finanziellen Aufwand erfüllt werden. Nur Papier oder eine andere, in gewisser Weise dauerhafte haptische Oberfläche, ein Schreibutensil sowie die Fähigkeit zu schreiben, werden benötigt.

Der zeitliche Aufwand, der für die Erfüllung der Formanforderungen benötigt wird, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Erhebliche zeitliche Differenzen können darauf zurückgeführt werden, dass die Beteiligten die Erklärungen entweder selbst schriftlich verfassen oder eine vorgeschriebene Urkunde lediglich zu unterschreiben ist.

Regelmäßig entfaltet die Schriftform eine Warnwirkung nur sekundär durch den damit zusammenhängenden finanziellen und zeitlichen Aufwand. Primär wird eine Warnwirkung durch die geforderte Unterschrift erzielt, durch die eine geschäftsmäßige und ernsthafte Stimmung der Beteiligten hervorgerufen wird.²⁹¹ Aus diesem Grund führt eine sogenannte "Blankounterschrift"²⁹² bei Form-

²⁸⁹ Schreibfehler, die sich nicht auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts auswirken, sind unerheblich: *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126 Rn. 15.

²⁹⁰ Siehe hierzu mehr in Kapitel E.II.

²⁹¹ Motive I Rn. 179 = *Mugdan* 1. Band, S. 451.

²⁹² Bei einer Blankounterschrift wird zeitlich zuerst die Unterschrift abgegeben und anschließend die Erklärung eingefügt: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 11.

vorschriften, durch die primär ein Warnzweck erfüllt werden soll, nach Einschätzung der Rechtsprechung²⁹³ zur Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sofern keine formwirksame Ermächtigung zur nachträglichen Ergänzung der Erklärung erteilt wurde.²⁹⁴

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Bedeutung einer eigenhändigen Unterschrift den Beteiligten in der Regel bekannt ist, da diese seit langer Zeit den formwirksamen Abschluss eines Rechtsgeschäfts kennzeichnet.²⁹⁵ Aufgrund der weit zurückliegenden Tradition der eigenhändigen Unterschrift wird die Warnwirkung insofern erhöht.²⁹⁶

b) Anwendungsbereich

Die Einhaltung der Schriftform wird oftmals angeordnet, um primär einen Warnzweck zu erfüllen. Die zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte lassen sich in drei Kategorien unterteilen: Einseitig verpflichtende Verträge, die Kündigung wichtiger Verträge und gewisse Verbraucherverträge.²⁹⁷ Hinsichtlich einer einheitlichen Natur der zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte lässt sich keine Regelmäßigkeit feststellen, da es sich sowohl um ein- als auch mehrseitige Rechtsgeschäfte handelt.

Beispiele für einseitig verpflichtende Verträge sind das Leibrentenversprechen, das nach § 761 S. 1 BGB²⁹⁸ der Schriftform bedarf, die Bürgschaftserteilung, die nach § 766 S. 1 BGB²⁹⁹ der Schriftform bedarf, das abstrakte Schuldversprechen, das nach § 780 S. 1 BGB³⁰⁰ der Schriftform bedarf und das abstrakte Schuldanerkennnis, das nach § 781 S. 1 BGB³⁰¹ der Schriftform bedarf.³⁰²

Je nach Art und Höhe der Verpflichtung und den außervertraglichen Umständen können diese Verträge mit einem großen wirtschaftlichen Risiko für den Betroffenen einhergehen, vor dem dieser gewarnt werden muss.

²⁹³ BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95 -, NJW 1996, 1467 (1468 f.); BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 - III ZR 240/04 -, NJW-RR 2005, 1141 (1142).

²⁹⁴ Ausführlich zu diesem Problemfeld: *Binder*, AcP 207 (2007), 155 ff.

²⁹⁵ Siehe dagegen zur Skepsis gegenüber dem mündlichen oder konkludenten Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Deutschland: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 125 Rn. 20.

²⁹⁶ BT-Drs. 14/4987, S. 17.

²⁹⁷ So auch bei: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126 Rn. 67 f.

²⁹⁸ *Raude*, in: MüKo BGB, § 761 Rn. 1.

²⁹⁹ *Habersack*, in: MüKo BGB, § 766 Rn. 1.

³⁰⁰ Strittig: *Habersack*, in: MüKo BGB, § 780 Rn. 21 f. m.w.N.

³⁰¹ Strittig: *Habersack*, in: MüKo BGB, § 781 Rn. 1; Fußnote 300.

³⁰² Siehe Näheres zu diesen Rechtsgeschäften in Kapitel E.II.3.a.bb.

Beispiele für die Kündigung wichtiger Verträge zur Erfüllung eines Warnzwecks sind die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 623 Hs. 1 BGB³⁰³ und die Kündigung des Wohnraummietvertrags nach § 568 Abs. 1 BGB³⁰⁴. In beiden Fällen soll die Schriftform nur dann einen Warnzweck erfüllen, wenn der Arbeitnehmer beziehungsweise der Mieter kündigt; falls der Arbeitgeber beziehungsweise der Vermieter kündigt, soll die Schriftform einen Klarstellungs- und Beweis-zweck erfüllen.³⁰⁵ Während § 623 Hs. 1 BGB für manche³⁰⁶ eine Art des Arbeitnehmerschutzes darstellt, erfüllt § 568 Abs. 1 BGB nach überwiegender Meinung³⁰⁷ einen mieterschützenden Zweck.

Beim Arbeitsvertrag handelt es sich um einen synallagmatischen und somit nicht einseitig wirkenden Vertrag.³⁰⁸ Die Arbeitsanstellung stellt – unabhängig von der Höhe des Gehalts – für den Großteil der Arbeitnehmer die einzige Einnahmequelle dar und bildet regelmäßig die Existenzgrundlage der jeweiligen Person.³⁰⁹ Sowohl in persönlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht kann die Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitnehmer³¹⁰ somit eine signifikante Veränderung in dem Leben des Kündigenden zur Folge haben. Nach Einschätzung des Gesetzgebers kommt erschwerend für den Arbeitnehmer als Kündigenden und erleichternd für den Arbeitgeber als Empfänger der Kündigung hinzu, dass sich der Arbeitgeber in der Regel in einer stärkeren Position befindet als der Arbeitnehmer und somit weniger Probleme haben wird, Ersatz zu finden.³¹¹ Für den kündigenden Arbeitnehmer sei die Rechtsfolge regelmäßig gravierender als für den Arbeitgeber als Empfänger der Kündigung.³¹² Die Beziehungen innerhalb der Arbeitswelt

³⁰³ Henssler, in: MüKo BGB, § 623 Rn. 2.

³⁰⁴ Häublein, in: MüKo BGB, § 568 Rn. 1.

³⁰⁵ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126 Rn. 68; anders bezüglich der Wirkung des § 623 BGB: LG Hamm, Urteil vom 13. Juni 2007 - 3 Sa 514/07 -, juris Rn. 53.

³⁰⁶ Richardi/Annuf, NJW 2000, 1231 (1232).

³⁰⁷ OLG Hamm, Rechtsentscheid vom 23. November 1981 - 4 ReMiet 8/81 -, NJW 1982, 452 (453); Blank, in: Schmidt-Futterer BGB, § 568 Rn. 3; Häublein, in: MüKo BGB, § 568 Rn. 1 m.w.N.

³⁰⁸ Spinner, in: MüKo BGB, § 611a Rn. 73.

³⁰⁹ BT-Drs. 14/4987, S. 22.

³¹⁰ Verneinend zur Anwendung auf eine Teilkündigung und bejahend zur Anwendung auf eine Änderungskündigung: Richardi, NZA 2001, 57 (60 f.).

³¹¹ Das wird mit Blick auf den ausgeprägten Arbeitnehmerschutz, zum Beispiel in Form des Kündigungsschutzgesetzes, deutlich: Hergenröder, in: MüKo BGB, Einleitung (Einl. KSchG) Rn. 11; vgl. auch Ausführungen in: BT-Drs. 14/4987, S. 22.

³¹² Auf dieser Grundlage wird von manchen auch für eine Gesetzesänderung plädiert, wonach eine Kündigung durch den Arbeitnehmer der Schriftform und eine Kündigung durch den Arbeitgeber der Textform bedarf: Vielmeier, DB 2018, 3051 (3055 f.).

werden jedoch zunehmend komplexer, wodurch das Bedürfnis nach Differenzierung steigen könnte. Eine anderweitige Kräfteverteilung könnte sich unter anderem aus dem demografischen Wandel und dem daraus folgenden Fachkräftemangel ergeben.³¹³

Der Wohnraummietvertrag stellt zwar nicht die Existenzgrundlage für den Mieter dar, jedoch ist der Wohnraum der private Lebensraum und der hauptsächliche Rückzugsort, an dem sich ein Mieter der Öffentlichkeit entziehen und seine Privatsphäre genießen kann.³¹⁴ Das Bedürfnis, vor einer übereilten Entscheidung geschützt zu werden, besteht somit auch bei der Kündigung des Wohnraummietvertrags.

Ein Schriftformerfordernis, bei dem der Verbraucherschutz neben dem Warnzweck, der insoweit einen Teil des Verbraucherschutzes darstellen kann,³¹⁵ zusätzlich eine Rolle spielt, ist vor allem § 492 Abs. 1 BGB, der insbesondere in Kombination mit dem Widerrufsrecht³¹⁶ nach § 495 BGB seine volle Wirkung entfaltet.³¹⁷

3. Beweiswirkung

Die Unterschrift im Rahmen der Schriftform setzt voraus, dass es sich um einen individuellen Schriftzug handelt, der den Namen des Ausstellers wiedergibt und als Unterschriftsabgabe beabsichtigt wurde.³¹⁸ Hierdurch werden die Identifikations-, Echtheits- und Verifikationsfunktion innerhalb der Beweisfunktion erfüllt.

Eine Erklärung, bei der die Schriftform beachtet wurde, führt zu einer Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO und gibt, wenn die Urkunde von den Ausstellern unterschrieben wurde, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind, das heißt

³¹³ In Deutschland spüren bereits 43,2 % der Unternehmen einen Fachkräftemangel nach eigener Einschätzung, Statistiken zum Fachkräftemangel abrufbar unter: <https://de.statista.com/themen/887/fachkraeftemangel/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

³¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 03. Oktober 1989 - 1 BvR 558/89 -, NJW 1990, 309; BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 - 1 BvR 208/93 -, NJW 1993, 2035 f.; *H. Schmidt*, in: BeckOGK BGB, § 549 Rn. 9.

³¹⁵ *Berger*, in: Jauernig BGB, § 492 Rn. 1 f.

³¹⁶ Ein Widerrufsrecht wird von *Mankowski* als ein weitaus effizienterer Übereilungsschutz angesehen im Vergleich zu einem Formzwang: *Mankowski*, JZ 2010, 662 (666).

³¹⁷ *Schürnbrand/Weber*, in: MüKo BGB, § 492 Rn. 1.

³¹⁸ BGH, Urteil vom 10. Juli 1997 - IX ZR 24/97 -, NJW 1997, 3380 (3381).

Beweis für die Echtheit der Urkunde. Im Fall einer formgerechten, schriftlichen Erklärung entfaltet die Urkunde gemäß § 416 ZPO Beweiskraft bezüglich der Erklärung, allerdings nicht bezüglich der zeitlichen und geografischen Umstände.³¹⁹ Wenn die Echtheit der Unterschrift strittig ist, muss diese von demjenigen gemäß § 440 Abs. 1 ZPO bewiesen werden, der sich auf die Privaturkunde beruft.

Die Beweiswirkung der Schriftform wird für Verträge durch den Grundsatz nach § 126 Abs. 2 S. 1 BGB verstärkt.³²⁰

4. Kontrollfunktion

a) Wirkung der Schriftform

Da im Rahmen der Schriftform keine vorgelagerte Instanz vorgesehen ist, die die Identität der Beteiligten, den Abschluss oder den Inhalt des Rechtsgeschäfts kontrolliert, wird das Rechtsgeschäft nicht präventiv kontrolliert. Durch die in gewisser Maßen beweissichere Klarstellung des Abschlusses und des Inhalts des Rechtsgeschäfts wird jedoch eine nachträgliche Kontrolle ermöglicht.³²¹

b) Anwendungsbereich

Damit der Staat Preisbindungsvereinbarungen kontrollieren kann, müssen sie gemäß § 30 Abs. 2 S. 1 GWB der Schriftform genügen.³²² Um unter anderem das Informationsinteresse des Rechtsverkehrs zu schützen, müssen auch die Satzung einer Genossenschaft gemäß § 5, 11 Abs. 2 Nr. 1 GenG und der Partnerschaftsvertrag einer Partnerschaftsgesellschaft gemäß § 3 Abs. 1 PartGG schriftlich abgeschlossen werden.³²³

³¹⁹ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126 Rn. 174 m.w.N.

³²⁰ Hecht, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 58.

³²¹ Mankowski, JZ 2010, 662 (667 f.).

³²² Hennemann, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 30 GWB Rn. 26.

³²³ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126 Rn. 58.

II. Öffentliche Beglaubigung

§ 129 BGB enthält allgemeine Regelungen zur öffentlichen Beglaubigung, in denen die Formanforderungen und das Verhältnis zu anderen Formen bestimmt werden. Das Verfahren einer öffentlichen Beglaubigung ist in §§ 39 ff. BeurkG näher geregelt.

1. Anforderungen

Um die Anforderungen einer öffentlichen Beglaubigung zu erfüllen, muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden, § 129 Abs. 1 S. 1 BGB.

Gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO sind inländische Notare für öffentliche Beglaubigungen in Deutschland grundsätzlich zuständig, wobei die Länder gemäß § 68 BeurkG in Ausnahmefällen³²⁴ auch anderen Personen oder Stellen die Befugnis übertragen können.³²⁵ Eine Unterschrift, die von einem ausländischen Notar beglaubigt wird, erfüllt nur dann die Formanforderungen einer öffentlichen Beglaubigung, wenn aufgrund der Ähnlichkeiten des jeweiligen Beglaubigungsverfahrens eine Gleichwertigkeit (Substituierbarkeit) anzunehmen ist.³²⁶

Eine schriftlich abgefasste Erklärung fordert eine dauerhafte Verkörperung von Schriftzeichen, obgleich die strengen Anforderungen an die Urkunde im Sinne von § 126 Abs. 1 BGB nicht zwingend erfüllt sein müssen.³²⁷ Damit werden vor allem Erklärungen in einem elektronischen Dokument ausgeschlossen.³²⁸ Die schriftlich abgefasste Erklärung muss dem Notar persönlich vorliegen.³²⁹

Die Anforderungen an die Beglaubigung einer Unterschrift und das entsprechende Verfahren werden in §§ 39, 40 BeurkG näher erläutert. Zunächst muss sich der Notar gemäß §§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 1 BeurkG von der Identität der Beteiligten überzeugen. Falls der Notar die

³²⁴ Zum Ausnahmecharakter: *Franken*, in: BeckOGK BeurkG, § 68 Rn. 2.

³²⁵ Siehe zu den Sonderzuständigkeiten: *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 32 ff.

³²⁶ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 30.

³²⁷ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 17 f.; anderer Ansicht: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 129 Rn. 54.

³²⁸ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 18.

³²⁹ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 26; zu den Ausnahmen gemäß § 40 Abs. 5 BeurkG, in denen eine Blanko-Unterschrift zulässig sein kann: *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 45 ff.

Beteiligten nicht kennt, muss er sich anderweitig Gewissheit über die Person verschaffen, wobei die Wahl des Mittels im Ermessen des Notars liegt.³³⁰ Die inhaltliche Prüfungspflicht des Notars beschränkt sich auf eine reine Evidenzkontrolle gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG. Eine weitergehende Prüf- und Belehrungspflicht trifft den Notar etwa, wenn er die zugrundeliegende Urkunde selbst entworfen hat.³³¹ Auch im Fall von Handelsregisteranmeldungen trifft den Notar eine umfassendere Belehrungspflicht.³³² Ist der Notar sich nicht sicher, ob amtsversagende Gründe vorliegen, kann er seine Zweifel im Beglaubigungsvermerk festhalten.

Nach § 40 Abs. 1 BeurkG muss die Unterschrift in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt werden, wobei lediglich die Tatsache beglaubigt wird, dass die Unterschrift von einer gewissen Person stammt und diese persönlich vor einem Notar abgegeben oder anerkannt wurde.³³³ Die Unterschrift muss eigenhändig abgegeben werden und sollte den Unterschreibenden erkennen lassen.³³⁴ Im Fall einer Fernbeglaubigung handelt der Notar amtspflichtwidrig und kann sich einer Falschbeurkundung im Amt strafbar machen.³³⁵

Am Ende der öffentlichen Beglaubigung stellt der Notar einen Beglaubigungsvermerk aus, der gemäß § 39 BeurkG die Beglaubigung und das Siegel des Notars, gemäß §§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 2 BeurkG die Bezeichnung der Person und gemäß § 40 Abs. 3 S. 1 BeurkG die Bezeichnung der Person, die die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, enthalten muss. Darüber hinaus soll der Beglaubigungsvermerk gemäß §§ 39, 40 Abs. 3 S. 2 BeurkG Angaben zu Ort und Tag der Beglaubigung und dem Umstand enthalten, ob eine Unterschrift vollzogen oder anerkannt worden ist. Idealerweise befindet sich der Beglaubigungsvermerk in der Nähe der Unterschrift.³³⁶

Von diesem Beglaubigungsvermerk kann nach § 39a Abs. 1 S. 1 BeurkG auch eine elektronische Abschrift errichtet werden.³³⁷

³³⁰ *Bord*, in: BeckOGK BeurkG, § 10 Rn. 19 ff.

³³¹ In diesem Fall trifft ihn die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG: BGH, Urteil vom 18. Januar 1996 - IX ZR 81/95 -, DNotZ 1997, 51 (52); siehe zu weitergehenden Belehrungspflichten: *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 26 ff.

³³² *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 28.

³³³ *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 7.

³³⁴ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 21.

³³⁵ BGH, Beschluss vom 10. August 1987 - NotZ 6/87 -, juris; mehr zur zukünftigen Möglichkeit einer Fernbeglaubigung in Kapitel F.II.

³³⁶ *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 39.

³³⁷ Näheres hierzu in Kapitel F.II.1.

Von der öffentlichen Beglaubigung ist die amtliche Beglaubigung durch Verwaltungsbehörden zu unterscheiden, die keine öffentliche Beglaubigung im Sinne des § 129 BGB ist und diese auch nicht ersetzen kann.³³⁸ Die öffentliche Beglaubigung kann durch die notarielle Beurkundung gemäß § 129 Abs. 2 BGB ersetzt werden.

2. Warnwirkung

Die öffentliche Beglaubigung entfaltet durch ihren zeitlichen und finanziellen Aufwand eine individualschützende Wirkung im Sinne eines Übereilungsschutzes.³³⁹

Die Kosten einer Unterschriftsbeglaubigung belaufen sich auf mindestens EUR 20,00 und maximal EUR 70,00 gemäß Nr. 25100 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG.

Der zeitliche Aufwand hängt maßgeblich von dem Termin beim Notar ab. Wie lange die Wartezeit beträgt, hängt insbesondere von der Auslastung des jeweiligen Notars ab. Der eigentliche Termin sollte wenig Zeit in Anspruch nehmen, vorausgesetzt der Notar wurde nicht zusätzlich für den Entwurf der Erklärung, sondern nur für die Unterschriftsbeglaubigung beauftragt. Zuerst wird die Identität des Erklärenden festgestellt, meist durch einen amtlichen Lichtbildausweis.³⁴⁰ Anschließend wird der Notar prüfen, ob Gründe vorliegen, seine Amtstätigkeit zu versagen gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG; sollte dies nicht der Fall sein, wird der Notar die Unterschrift beglaubigen.

Trotz der entfalteten Warnwirkung stellt diese bei keiner Formvorschrift, die eine öffentliche Beglaubigung vorschreibt, den primär verfolgten Zweck dar.³⁴¹

3. Beweiswirkung

Die Unterschrift des Ausstellers wird im Rahmen der öffentlichen Beglaubigung vor einem Notar vollzogen oder anerkannt und daraufhin von dem Notar beglaubigt. Da der Notar die Identität der Beteiligten mit besonderer Sorgfalt gemäß § 26 Abs. 1 DONot feststellen soll, kann die Unterschrift dem Aussteller zuverlässig zugeordnet werden. Die Identifikationsfunktion wird durch den

³³⁸ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 129 Rn. 4 m.w.N.; dagegen beispielsweise: BGH, Beschluss vom 7. April 2011 - V ZB 207/10 -, NJW-RR 2011, 953 Rn. 13 ff.

³³⁹ *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 5.

³⁴⁰ *Bord*, in: BeckOGK BeurkG, § 10 Rn. 25.

³⁴¹ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 6.

Umstand verstärkt, dass der Beglaubigungsvermerk den Vor- und Nachnamen, Geburtsnamen, Wohnort und die Wohnung gemäß §§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 2 S. 1 BeurkG enthalten soll.³⁴²

Bei der öffentlichen Beglaubigung ist nur der notarielle Beglaubigungsvermerk eine öffentliche Urkunde gemäß § 418 ZPO, die Erklärung ist eine Privaturkunde gemäß § 416 ZPO.³⁴³ Die öffentliche Urkunde erbringt vollen Beweis für die beglaubigte Identität des Ausstellers beziehungsweise für die Echtheit der Unterschrift, § 418 Abs. 1 ZPO. Umstritten ist, ob dies auch die Umstände der Unterschrift einschließt.³⁴⁴

Hinsichtlich der Privaturkunde kann grundsätzlich auf Kapitel C.I.3. verwiesen werden. Während bei einer nicht beglaubigten Privaturkunde die Echtheit im Streitfall gemäß § 440 Abs. 1 ZPO zu beweisen ist, wird die Echtheit einer unterschriftsbeglaubigten Erklärung nach § 440 Abs. 2 ZPO vermutet, solange diese Vermutung nicht erschüttert wird.

4. Kontrollfunktion

a) Wirkung der öffentlichen Beglaubigung

Durch die Einschaltung eines Notars wird bei der öffentlichen Beglaubigung die Identität der Beteiligten kontrolliert, rechtssicher festgestellt und somit die Echtheit der Unterschrift gewährleistet. Bei Erklärungen, für die die Feststellung der Identität des Ausstellers an oberster Stelle steht, wird die öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben. Es soll einen beweissicheren Beleg dafür geben, dass die Erklärung dem Aussteller zugeordnet werden kann.³⁴⁵ Eine solche Zuordnung ist insbesondere dann von entscheidender Bedeutung, wenn die Erklärung gegenüber einer Behörde abgegeben werden muss.³⁴⁶

³⁴² Scheller, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 6.

³⁴³ BGH, Urteil vom 16. November 1979 - V ZR 93/77 -, NJW 1980, 1047 (1048).

³⁴⁴ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 129 Rn. 113 m.w.N.; jedenfalls bezieht sich die Beweiskraft auch auf den Ort und die Zeit, falls dies aufgenommen wurde: Scheller, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 47.

³⁴⁵ Malzer, DNotZ 2000, 169 (172).

³⁴⁶ Einsele, in: MüKo BGB, § 129 Rn. 1.

Neben der Identitätskontrolle nimmt der Notar gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG hinsichtlich der Erklärung mindestens eine Evidenzkontrolle vor, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen.³⁴⁷ Falls der Notar die Urkunde, auf die sich die zu beglaubigende Unterschrift bezieht, selbst entworfen hat, treffen ihn die gleichen Kontrollpflichten wie bei einer notariellen Beurkundung.³⁴⁸

b) Anwendungsbereich

Hauptanwendungsbereich, in dem die öffentliche Beglaubigung primär einen Kontrollzweck erfüllen soll, sind Anmeldungen zum Handelsregister gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HGB,³⁴⁹ die Vollmacht für die GmbH-Gründung gemäß § 2 Abs. 2 GmbHG³⁵⁰ und die Eintragungsbewilligungen im Grundbuchverfahren gemäß §§ 29, 31 GBO^{351, 352}

Am Beispiel der Eintragungen in das Handelsregister oder Anmeldungen in das Grundbuch lässt sich eine Struktur erkennen, wann eine Verbindung zwischen Erklärung und erklärender Person zutreffend festgestellt werden muss. Sowohl das Handelsregister nach § 15 HGB³⁵³ als auch das Grundbuch nach §§ 891 ff. BGB³⁵⁴ sind mit öffentlichem Glauben ausgestattet. Der Rechtsverkehr verlässt sich auf die Integrität dieser Register. Die Fehlerfreiheit der Informationen muss so weit es geht gewährleistet sein. Missbrauchsmöglichkeiten werden minimiert, indem nur legitimierte Personen Eintragungen in die jeweiligen Register veranlassen können und die Identität der Erklärenden kontrolliert wird. Im Rahmen des Registerrechts erfüllt die Kontrollfunktion der öffentlichen Beglaubigung auch eine wichtige Aufgabe zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.³⁵⁵

Nachrangig entlastet die öffentliche Beglaubigung in den oben genannten wichtigsten Fällen die Gerichte. Die Amtsgerichte führen sowohl das Handelsregister gemäß § 8 Abs. 1 HGB in Verbindung mit § 23a Abs. 2 Nr. 3 und 4 GVG³⁵⁶ als auch das Grundbuch gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 GBO.

³⁴⁷ Näheres zur Evidenzkontrolle: *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 26 ff.

³⁴⁸ *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 27; siehe Kapitel C.III.

³⁴⁹ *Krafka*, in: MüKo HGB, § 12 Rn. 13 ff.

³⁵⁰ *Altmeyen*, in: Altmeyen GmbHG, § 2 Rn. 30.

³⁵¹ Zur Systematik: *Otto*, in: BeckOK GBO, § 29 Rn. 132.

³⁵² Für weitere Anwendungsfälle siehe Aufzählung in: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 129 Rn. 2.

³⁵³ *Krafka*, in: MüKo HGB, § 15 Rn. 4 ff.

³⁵⁴ *Otto*, in: BeckOK GBO, § 29 Rn. 1 f.; *Kohler*, in: MüKo BGB, § 892 Rn. 2.

³⁵⁵ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 8.

³⁵⁶ *Krafka*, in: MüKo HGB, § 8 Rn. 18 ff.

Wenn das jeweilige Gericht bei allen Anmeldungen zum Handelsregister oder bei jeder Eintragungsbewilligung im Grundbuchverfahren die Identität des Erklärenden nachprüfen müsste, würde das zu einer Überlastung oder einem erheblichen Ausbau der Gerichte führen.³⁵⁷

Auch bei einer Erbschaftsausschlagung sieht der Gesetzgeber gemäß § 1945 Abs. 1 Hs. 2 BGB die Notwendigkeit, die Identität des Erklärenden von einem Notar kontrollieren zu lassen.³⁵⁸

III. Notarielle Beurkundung

Die notarielle Beurkundung hat die strengsten Anforderungen aller Formen des deutschen Rechtssystems und erfüllt die meisten Formfunktionen in höchstem Maße.³⁵⁹ Dies wird unter anderem dadurch deutlich, dass eine notarielle Beurkundung die Schriftform gemäß § 126 Abs. 4 BGB und die öffentliche Beglaubigung gemäß § 129 Abs. 2 BGB ersetzen kann. Das Verfahren und die Anforderungen der notariellen Beurkundung sind in §§ 6 ff. BeurkG geregelt. § 128 BGB regelt die Möglichkeit einer schrittweisen Beurkundung.

1. Anforderungen

Inländische³⁶⁰ Notare sind gemäß § 1 Abs. 1 BeurkG grundsätzlich zuständig für Beurkundungen in Deutschland, wobei ausnahmsweise auch Behörden berechtigt sein können, Beurkundungen vorzunehmen, wie beispielsweise nach §§ 41 ff. PStG. Ein Notar darf innerhalb seines Amtsbezirks im Sinne von § 11 Abs. 1 BNotO frei ausgewählt werden; außerhalb seines Amtsbezirks darf ein Notar gemäß § 11 Abs. 2 BNotO nur bei Gefahr in Verzug oder bei Genehmigung der Aufsichtsbehörde³⁶¹ Beurkundungen vornehmen. Eine Beurkundung innerhalb Deutschlands, aber außerhalb des Amtsbezirks des Notars, hat nach § 11 Abs. 3 BNotO jedoch nicht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.³⁶²

Eine Beurkundung im Ausland kann in gewissen Fällen von deutschen Konsularbeamten gemäß § 10 KonsularG vorgenommen werden. Auch ausländische Notare können für eine in Deutschland

³⁵⁷ Siehe Ausführungen in Kapitel B.II.2.b.cc.ii.

³⁵⁸ Scheller, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 8.

³⁵⁹ Wolfsteiner, DNotZ 1993, 21* (24* ff.).

³⁶⁰ Es gilt der Notarbegriff nach § 1 BNotO: Gößl, in: BeckOGK BeurkG, § 1 Rn. 5.

³⁶¹ Entsprechende Genehmigungen werden nur selten gegeben: Görk, in: BeckOK BNotO, § 11 Rn. 4 ff.

³⁶² Görk, in: BeckOK BNotO, § 11 Rn. 11.

vorgeschriebene und im Ausland durchgeführte notarielle Beurkundung herangezogen werden, wenn die Notare und das Verfahren im jeweiligen Land gleichwertig sind und insofern der Schutzzweck der notariellen Beurkundung in gleichem Maße erfüllt werden kann; eine Gleichwertigkeit bejahte der Bundesgerichtshof zum Beispiel für die Notare der Schweiz.³⁶³ Eine Gleichwertigkeit erscheint allerdings im Hinblick auf die der notariellen Beurkundung inhärenten Belehrung und Beratung grundsätzlich fraglich, da hierfür eine genaue Kenntnis des deutschen Rechtssystems unabdingbar ist.³⁶⁴

Da Notare ihre Befugnisse von der Staatsgewalt ableiten, können notarielle Beurkundungen nach ausländischem Recht von deutschen Notaren und umgekehrt nicht wirksam vorgenommen werden (Territorialprinzip).³⁶⁵ Zwar wird die Beurkundungstätigkeit der Notare „als solche“ laut EuGH nicht von der Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV (in Verbindung mit Art. 62 AEUV) erfasst,³⁶⁶ doch soll sich diese Rechtsprechung laut Bundesverfassungsgericht³⁶⁷ und Bundesgerichtshof³⁶⁸ nicht auf das Territorialprinzip des deutschen Notarrechts auswirken.³⁶⁹

Vor einer notariellen Beurkundung muss ein Notar beauftragt und ein Termin ausgemacht werden. Am Beurkundungstermin erscheinen die Beteiligten oder ein Vertreter persönlich vor dem Notar.³⁷⁰ Sodann prüft der Notar gemäß §§ 10 ff. BeurkG die Identität, Geschäftsfähigkeit und gegebenenfalls die Vertretungsberechtigung der Erschienenen. Anschließend nimmt der Notar die Erklärungen der Beteiligten gemäß § 8 BeurkG auf, falls dies nicht im Vorhinein bereits abschließend geschehen ist.³⁷¹ Gemäß § 17 BeurkG soll der Notar die Beteiligten über ihre Rechte und

³⁶³ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - II ZB 6/13 -, NJW 2014, 2026 Rn. 13 ff. m.w.N. auch für die Zeit vor der Einführung des MoMiG; kritisch zu diesem Beschluss: *Müller*, NJW 2014, 1994 ff.

³⁶⁴ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 128 Rn. 4 m.w.N.

³⁶⁵ *Görk*, in: BeckOK BNotO, § 11a Rn. 1.

³⁶⁶ EuGH, Urteil vom 24. Mai 2011 - C-54/08 -, NJW 2011, 2941 ff.; EuGH, Urteil vom 10. September 2015 - C-151/14 -, EuZW 2015, 764 Rn. 59; *Müller-Graff*, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 51 Rn. 6 ff.

³⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 - 1 BvR 3017/09 -, NJW 2012, 2639 (2640 f.).

³⁶⁸ BGH, Urteil vom 04. März 2013 - NotZ (Brfg) 9/12 -, NJW 2013, 1605 (1606 ff.) m.w.N.

³⁶⁹ Zum Streit mit weiteren Nachweisen: *Jürgen Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 51 AEUV Rn. 19.

³⁷⁰ Sowohl die Beteiligten als auch der Notar müssen durchgehend anwesend sein: *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 195.

³⁷¹ Meist wird ein (finaler) Entwurf des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts vor dem Beurkundungstermin ausgefertigt und an die Beteiligten und den Notar geschickt: *Bord*, in: BeckOGK BeurkG, § 8 Rn. 24.

Pflichten und die Tragweite des Rechtsgeschäfts belehren, den Willen der Beteiligten erforschen und den Sachverhalt klären, um die Erklärungen der Beteiligten unzweideutig wiederzugeben.³⁷² Es wird eine Niederschrift aufgenommen, die nach § 9 Abs. 1 BeurkG die Bezeichnung des Notars und der Beteiligten sowie die Erklärungen der Beteiligten enthalten muss. Zudem soll die Niederschrift den Ort und Tag der Verhandlung nennen, § 9 Abs. 2 BeurkG. Die Niederschrift wird den Beteiligten gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG in Anwesenheit des Notars³⁷³ vorgelesen; Karten, Zeichnungen oder Abbildungen werden den Beteiligten nach § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BeurkG zur Durchsicht vorgelegt. Inhaltliche Änderungen können vor Beendigung der Beurkundung beliebig vorgenommen werden.³⁷⁴ Während des Vorlesens kommt der Notar typischerweise seiner Belehrungs- und Beratungspflicht nach.³⁷⁵ Auf das Vorlesen der Niederschrift in dem Umfang des § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG können weder die Beteiligten noch der Notar verzichten,³⁷⁶ allerdings sind gewisse Ausnahmen und Einschränkungen von der Verlesungspflicht nach §§ 14, 23 BeurkG gesetzlich geregelt.³⁷⁷ Eine notarielle Beurkundung, bei der die Niederschrift nicht verlesen wurde, ist formell unwirksam, wodurch das zugrundeliegende beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäft regelmäßig gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig ist.³⁷⁸ Nachdem die Niederschrift verlesen wurde und der Notar dies nach § 13 Abs. 1 S. 2 BeurkG festgestellt hat, genehmigen und unterschreiben die Beteiligten die Niederschrift gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG, wobei die Genehmigung durch die Unterschrift gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 BeurkG vermutet wird. Der Notar unterschreibt die Niederschrift in der Regel nach den Beteiligten und schließt die Beurkundung damit ab, § 13 Abs. 3 BeurkG.

§ 128 BGB stellt die grundsätzliche Zulässigkeit einer schrittweisen Beurkundung klar.³⁷⁹ Dafür ist ausreichend, dass zunächst der Antrag und anschließend die Annahme des Antrags notariell

³⁷² Die Pflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG werden auch als "notarielle Kardinalpflichten" bezeichnet: *Regler*, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 22.

³⁷³ Das Vorlesen durch einen Dritten ist zulässig: *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 38 ff.

³⁷⁴ *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 55.

³⁷⁵ *Regler*, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 15.

³⁷⁶ *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 63.

³⁷⁷ *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 61 f.

³⁷⁸ Siehe zum Verhältnis von formeller und materieller Unwirksamkeit: *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 10 ff.; siehe zu den Ausnahmen von der formellen Unwirksamkeit: *Seebach/Rachlitz*, in: BeckOGK BeurkG, § 13 Rn. 66 ff.

³⁷⁹ Vertieft zur Sukzessivbeurkundung: *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 128 Rn. 16 ff.

beurkundet werden. Die Vorschrift ist nur auf Verträge und folglich nicht auf einseitige Willenserklärungen oder auf Rechtsgeschäfte, die die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien fordern, anwendbar.³⁸⁰ Die beurkundete Annahme des Antrags ist nicht empfangsbedürftig, § 152 S. 1 BGB.³⁸¹ Eine empfangsbedürftige Erklärung unter Abwesenden wird erst mit der Aushängung der notariellen Urkunde an den Empfänger wirksam.³⁸²

Gemäß § 127a BGB kann eine notarielle Beurkundung durch einen gerichtlichen Vergleich ersetzt werden.

2. Warnfunktion

a) Wirkung der notariellen Beurkundung

Wie aufwendig eine notarielle Beurkundung ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Hierbei kann der zeitliche und finanzielle Aufwand erheblich variieren.

Die Kosten für eine notarielle Beurkundung hängen von dem Geschäftswert und Gebührensatz ab. Falls Beratungsleistungen im Vorfeld der Beurkundung in Anspruch genommen werden, etwa für die Mitwirkung des Notars bei der Erstellung eines Entwurfs, können diese Kosten wesentlich höher ausfallen und hängen von dem Stundensatz des jeweiligen Notars ab.

Aufgrund der vorstehend beschriebenen Formanforderungen, die bei einer Beurkundung erfüllt werden müssen, kann ein Beurkundungstermin sehr viel Zeit in Anspruch nehmen. Je nach Vorbereitung eines Entwurfs kann der zeitliche Aufwand dabei stark variieren.³⁸³ Die Verlesung³⁸⁴ der Niederschrift und die dazugehörige Beratungsleistung bilden den zeitlichen Hauptfaktor. Auf diese Verlesung können weder die Beteiligten noch der Notar selbst verzichten;³⁸⁵ das gleiche gilt für die Belehrung und Beratung nach § 17 BeurkG.³⁸⁶ Anlagen zu einem Rechtsgeschäft werden

³⁸⁰ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 128 Rn. 2.

³⁸¹ § 152 BGB ist abdingbar: *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 128 Rn. 38.

³⁸² BGH, Urteil vom 07. Juni 1995 - VIII ZR 125/94 -, NJW 1995, 2217.

³⁸³ Im Gegensatz zum früheren Prozedere einer notariellen Beurkundung, bei dem die Beteiligten mit einem Begehren auf einen Notar zukommen und dieser anschließend einen Vertrag formuliert, liegt heutzutage in der Regel ein Entwurf vor: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 228.

³⁸⁴ Umfassend zum Sinn und Zweck der Verlesung des Vertragstexts: *Kanzleiter*, DNotZ 1997, 261 ff.

³⁸⁵ OLG Celle, Urteil vom 17. Juli 2001 - 9 U 172/00 -, WM 2001, 2444; *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 357.

³⁸⁶ *Regler*, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 14.

gemäß §§ 13 f. BeurkG mitverlesen oder in bestimmten Fällen den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt.³⁸⁷ Falls der Entwurf in seiner vorliegenden Fassung aufgrund von inhaltlichen oder sprachlichen Unstimmigkeiten verändert werden muss, kann die Korrektur dieser Fehler ebenfalls durch mehrmalige Kontrolle der verschiedenen Versionen die Prozedur verlängern.³⁸⁸ Die Beratungsleistung beinhaltet insbesondere die Erklärung von Bestimmungen, die für Nichtjuristen nicht eindeutig oder irreführend sein können; abhängig von den juristischen Kenntnissen der Beteiligten wird diese Leistung mehr oder weniger Zeit beanspruchen.³⁸⁹ Auch wenn über die Länge des einzelnen Termins keine pauschale Aussage getroffen werden kann, handelt es sich bei der notariellen Beurkundung um die (zeit-)aufwendigste Form, die es im deutschen Rechtssystem gibt.

Zusätzlich wird der Inhalt des Rechtsgeschäfts mit einem fachkundigen unbeteiligten Dritten besprochen und in seiner Gegenwart verlesen.³⁹⁰ Bei der Belehrung und Beratung wird selbst der juristisch gänzlich Unerfahrene vor einer übereilten Entscheidung oder einer Überrumpelung durch den stärkeren Vertragspartner geschützt.³⁹¹ Durch die Verlesung der gesamten Niederschrift sollen die Beteiligten die ganze Erklärung wenigstens ein Mal gehört haben; zudem soll die endgültige Zustimmung der Beteiligten eingeholt werden.³⁹² Der Notar ist gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG explizit dazu verpflichtet, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts aufzuklären. Die Beteiligten müssen sich die Tragweite des Rechtsgeschäfts also nicht eigenhändig bewusst machen,³⁹³ mit dem Notar ist vielmehr eine Person in die notarielle Beurkundung involviert, die darauf achtet, dass die Beteiligten sich hierüber im Klaren sind. Dieser Schutz wird neuerdings auch durch die besonderen Anforderungen der Belehrung für Verbraucherverträge gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG intensiviert.

³⁸⁷ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 406.

³⁸⁸ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 377 ff.

³⁸⁹ Mit dieser Belehrung und Beratung wird in der Regel die vertragsgestaltende Aufgabe des Notars umschrieben:
Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 229.

³⁹⁰ Eine Zusammenfassung des Beurkundungsverfahrens findet sich in: Einsele, in: MüKo BGB, § 128 Rn. 5.

³⁹¹ Kritisch zur Erfüllung des Beteiligtschutzes: Mankowski, JZ 2010, 662 (667).

³⁹² BT-Drs. V/3282, S. 30.

³⁹³ Etwa indem sich die Beteiligten den hohen finanziellen und/oder zeitlichen Aufwand einer Form vor Augen halten.

b) Anwendungsbereich

Die Formvorschriften, in denen eine notarielle Beurkundungspflicht primär zu einem Warnzweck vorgeschrieben wird, sind schwierig von den Formvorschriften zu unterscheiden, in denen eine solche Pflicht wegen der Belehrung und Beratung festgelegt wird.³⁹⁴ Eine genaue Abgrenzung wird dadurch erschwert, dass die Warnwirkung oftmals zumindest auch als entscheidender Formzweck genannt wird,³⁹⁵ da diese stets eine logische Folge der Belehrung und Beratung und der hohen Anforderungen der notariellen Beurkundung ist.

Die notarielle Beurkundung wird bei einem Rechtsgeschäft vorgeschrieben, um primär einen Warnzweck zu erfüllen, wenn es sich um ein besonders bedeutendes Rechtsgeschäft handelt.³⁹⁶ Aufgrund der Komplexität mancher Rechtsgeschäfte und/oder der hohen Bedeutung für die wirtschaftliche Freiheit der Beteiligten, sollen die Beteiligten in höchstem Maße durch eine Beurkundungspflicht gewarnt werden.

Durch die folgende Erörterung ausgewählter beurkundungspflichtiger Rechtsgeschäfte soll die Schwelle verdeutlicht werden, ab der der Gesetzgeber ein Rechtsgeschäft für besonders bedeutend erachtet.

Unter anderem handelt es sich bei der Grundstücksveräußerung nach §§ 311b Abs. 1 S. 1, 925 BGB³⁹⁷ um ein solches besonders bedeutendes Rechtsgeschäft. Ein Grundstückskaufvertrag ist in vielerlei Hinsicht ein bedeutendes Geschäft, sowohl für den Käufer als auch für den Verkäufer,³⁹⁸ wobei keine Aussage über eine damit zusammenhängende Verschlechterung oder Verbesserung, sondern lediglich über das regelmäßig damit zusammenhängende Risiko und die Komplexität des Rechtsgeschäfts getroffen wird. Die Väter des BGB kannten

³⁹⁴ Siehe zur Unterscheidung der Belehrung und Beratung und der Warnwirkung: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 8; siehe auch: *Kanzleiter*, DNotZ 1994, 275 (278 ff.).

³⁹⁵ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 8.

³⁹⁶ Oder besonders gefährlich: *Kanzleiter*, DNotZ 1994, 275 (278 ff.).

³⁹⁷ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 44.

³⁹⁸ Zur Veränderung des § 311b I BGB von Veräußerungspflichten zu Veräußerungs- und Erwerbspflichten: *Schumacher*, in: Staudinger §§ 311-311c, § 311b Rn. 2.

bereits die Bedeutung der Grundstücksveräußerung.³⁹⁹ Neben der privaten Bedeutung des Grundstücks kommt dem Grundstück nach wie vor eine große finanzielle beziehungsweise wirtschaftliche Bedeutung zu. Nicht nur der Wert, der für ein Grundstück auf dem Immobilienmarkt (Verkehrswert) oder im Zuge der Vermietung (Ertragswert) erzielt werden kann, sondern auch der Wert der Rohstoffe (der Real- oder Bauwert) des Hauses⁴⁰⁰ und des Grundstücks müssen für eine zutreffende Risikoanalyse einkalkuliert werden. Desweiteren sind mit einer Grundstücksveräußerung oft weitere Rechte und Verpflichtungen der Beteiligten oder Dritter verbunden, die nicht missachtet werden sollten und für das Rechtsgeschäft von Bedeutung sein können; beispielsweise die das Grundstück belastenden dinglichen Rechte Dritter oder ein eventuell vom Käufer abgeschlossener Finanzierungsvertrag.⁴⁰¹

Besonders bedeutende Rechtsgeschäfte stellen auch gewisse familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte dar. Beispiele hierfür sind die Verfügung eines Miterben gemäß § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB,⁴⁰² der Kaufvertrag über eine Erbschaft gemäß § 2371 BGB,⁴⁰³ der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten gemäß § 311b Abs. 3 BGB⁴⁰⁴ und der Ehevertrag, der gemäß § 1410 BGB⁴⁰⁵ bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden muss.

Durch eine Verfügung von Todes wegen werden Anordnungen darüber getroffen, was mit dem Vermögen des Erblassers geschehen soll. Es ist davon auszugehen, dass diese Anordnungen für den Erblasser in der Regel von großer Bedeutung sind, da es sich um die Gegenstände handelt, die

³⁹⁹ Darin wird die - aufgrund der Anlagemöglichkeit in Wertpapiere - zugegebenermaßen verminderte wirtschaftliche Bedeutung und die gleich gebliebene soziale Bedeutung des Grundstücks hervorgehoben: Motive II Rn. 189 f. = *Mugdan* 2. Band, S. 104; siehe auch die Zitate in derselben Quelle zur sozialen Bedeutung: „Der Grundbesitz ist die natürliche Grundlage für die Selbsthaftigkeit der Bevölkerung und verdient schon deshalb die ihm zu Theil werdende besondere Rücksicht auch in der Beziehung, dass die Veräußerung nicht leicht zu nehmen ist.“ und zur wirtschaftlichen Bedeutung: „Er [Der Grundbesitz] ist außerdem für die Lebensstellung und den Beruf des Eigenthümers in der Weise von Bedeutung, dass die Veräußerung, selbst wenn sie unter günstigen Bedingungen erfolgt, mit dem Umtausche anderer Vermögensgegenstände nicht auf eine Linie gestellt werden kann.“

⁴⁰⁰ Das Gebäude auf einem Grundstück ist gemäß §§ 93, 94 Abs. 1 BGB mit dem Grundstück fest verbunden. Der Eigentümer des Grundstücks ist grundsätzlich auch automatisch Eigentümer des Hauses.

⁴⁰¹ Motive II Rn. 190 = *Mugdan* 2. Band, S. 104 f.

⁴⁰² *Gergen*, in: MüKo BGB, § 2033 Rn. 2.

⁴⁰³ *Musielak*, in: MüKo BGB, § 2371 Rn. 1.

⁴⁰⁴ *Ruhwinkel*, in: MüKo BGB, § 311b Rn. 116.

⁴⁰⁵ *Münch*, in: MüKo BGB, § 1410 Rn. 1 f.

er sich im Laufe seines Lebens angeeignet hat.⁴⁰⁶ Dabei kann sich der Wert des Vermögensgegenstands für den Erblasser aus seiner finanziellen, aber auch aus seiner persönlichen und emotionalen Bedeutung herleiten.

Ein Testament kann gemäß § 2231 BGB eigenhändig nach § 2247 BGB oder zur Niederschrift eines Notars in einem öffentlichen Testament nach § 2232 BGB errichtet werden. Beide Formen des Testaments sind trotz ihrer unterschiedlichen Warnwirkung gleichgestellt; insbesondere hat das öffentliche Testament keinen höheren Wert als das eigenhändige Testament.⁴⁰⁷ Aus dieser Gleichstellung folgt, dass die Beteiligten durch das öffentliche Testament nicht in einem höheren Maße gewarnt werden sollen als bei einem eigenhändigen Testament,⁴⁰⁸ wenn der Gesetzgeber die Intensität der Warnung einer notariellen Beurkundung für nötig halten würde, müsste jedes Testament notariell beurkundet werden.

Anders ist die Situation beim Erbvertrag, der nach § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich notariell beurkundet werden muss. Eine Ausnahme stellt der Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten gemäß § 2276 Abs. 2 BGB dar, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird. Der entscheidende Unterschied besteht in der Wirkung der beiden Verfügungen.⁴⁰⁹ Während das öffentliche Testament die Testierfreiheit des Erblassers unberührt lässt, siehe § 2253 BGB, wird diese durch den Erbvertrag grundsätzlich eingeschränkt gemäß § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB.⁴¹⁰ Vor dieser über den Grundsatz hinausgehenden Bindungswirkung und der damit zusammenhängenden Gefahr des Erbvertrags muss der Erblasser in hohem Maße gewarnt werden.⁴¹¹

Auch das Schenkungsversprechen muss nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB notariell beurkundet werden. Der Gesetzgeber hatte beim Schenkungsversprechen im Vergleich zur sofort vollzogenen oder

⁴⁰⁶ Unabhängig von der Bedeutung für den Erblasser, ist ein Testament gemäß § 2064 BGB höchstpersönlich zu errichten, was einen Teil der Privatautonomie darstellt: *Gomille*, in: BeckOGK BGB, § 2064 Rn. 4 ff.

⁴⁰⁷ *Sicherling*, in: MüKo BGB, § 2231 Rn. 1 f.

⁴⁰⁸ Anders: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 44; *Lauck*, in: Burandt/Rojahn, § 2232 Rn. 2.

⁴⁰⁹ *Burandt*, in: Burandt/Rojahn, Vorbemerkungen zu den §§ 2274-2302 Rn. 3.

⁴¹⁰ Siehe umfassend zur Wirkung eines Erbvertrags: *Müller-Engels*, in: BeckOGK BGB, § 2289 Rn. 28 ff.

⁴¹¹ *Thomas Hoeren*, in: Schulze BGB, § 2276 Rn. 1.

bereits vollzogenen Handschenkung gemäß § 516 BGB die Befürchtung, dass eine einseitige Verpflichtung, die erst in Zukunft erfüllt werden soll, für den Zuwendenden schwierig einzuschätzen sei und dieser somit schützenswert ist und gewarnt werden muss.⁴¹²

3. Beweiswirkung

Eine notarielle Urkunde ist das qualitativ stärkste Beweismittel, das durch die Einhaltung einer Form erlangt werden kann. Der Notar stellt eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 Abs. 1 ZPO aus, die nach §§ 415, 417 f. ZPO vollen Beweis der Erklärungen selbst und der Tatsachen und eigenen Wahrnehmungen des Notars erbringt, die von dem beurkundenden Notar festgestellt wurden.⁴¹³ Der Gegenbeweis kann gemäß §§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2 ZPO angetreten werden, allerdings reicht hierbei ein bloßes Anzweifeln der Richtigkeit nicht aus, sondern der volle Gegenbeweis muss erbracht werden.⁴¹⁴ Die Vollständigkeit der Vereinbarungen wird vermutet.⁴¹⁵ Weitere Regelungen zum Beweis durch öffentliche Urkunden finden sich in §§ 415 ff. ZPO.

Die notarielle Beurkundung kann als einzige gesetzliche Form auch die Vollstreckung eines Rechtsgeschäfts erleichtern.⁴¹⁶ Wenn sich der Schuldner in der notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, kann gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aus der Urkunde selbst vollstreckt werden. Aus einer öffentlichen Urkunde, die von einem deutschen Notar ausgestellt wurde, kann unter den Voraussetzungen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO auch in einem Mitgliedstaat vollstreckt werden.⁴¹⁷

⁴¹² Koch, in: MüKo BGB, § 518 Rn. 1; siehe auch das Zitat in: Motive II Rn. 293 = *Mugdan* 2. Band, S. 162: „Erforderlich ist die Form aber nur für das Schenkungsversprechen, besonders zur Verhütung übereilter Schenkungsversprechen [...]“

⁴¹³ Zur Reichweite der Beweiskraft der notariellen Urkunde: Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 700 ff.

⁴¹⁴ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 705; insbesondere kann der Gegenbeweis nicht durch Parteivernehmung geführt werden, § 445 Abs. 2 ZPO.

⁴¹⁵ Siehe zur Vollständigkeitsvermutung im engeren und weiteren Sinne: *Cziupka/Hübner*, DNotZ 2016, 323 (330 ff.).

⁴¹⁶ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 22.

⁴¹⁷ Wolfsteiner, in: MüKo ZPO, § 794 Rn. 135.

4. Kontrollfunktion

a) Wirkung der notariellen Beurkundung

Im Rahmen einer notariellen Beurkundung prüft der Notar die Identität, Geschäftsfähigkeit, Rechtsfähigkeit und gegebenenfalls die Vertretungsbefugnis der Beteiligten, §§ 10 f. BeurkG. Zudem prüft er die Gültigkeit und Rechtmäßigkeit des Rechtsgeschäfts und stellt sie fest.⁴¹⁸ Der Notar muss die Beurkundung ablehnen, wenn er im Zuge der notariellen Beurkundung gegen seine Amtspflichten verstoßen würde; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn mit dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ein unerlaubter oder unredlicher Zweck im Sinne von § 4 BeurkG verfolgt wird.⁴¹⁹ Die mit der notariellen Beurkundung verbundene Gültigkeits- und Richtigkeitsgewähr kommt dabei nicht nur den Beteiligten, sondern auch der Allgemeinheit zugute. Durch sie kann Rechtssicherheit zum Wohle des Rechtsverkehrs im Allgemeinen und bestimmter Dritter im Besonderen gewährleistet werden. Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann der Notar schließlich auch verpflichtet sein, die Interessen bestimmter Dritter, zum Beispiel der Gläubiger einer Gesellschaft, zu beachten.⁴²⁰

Durch die präventive Kontrolle des Notars erfüllt die notarielle Beurkundung auch eine Filterfunktion vor der Eintragung in bestimmte Register, wodurch die registerführenden Gerichte entlastet werden. Die zweistufige Kontrolle durch den Notar und das Registergericht verstärkt die rechtssichernde Wirkung der notariellen Beurkundung in diesen Fällen. Wohlgermerkt spielt die Filterfunktion als gesetzgeberisches Motiv jedoch im Rahmen der öffentlichen Beglaubigungen eine größere Rolle.⁴²¹

b) Anwendungsbereich

Der Formzweck, Rechtssicherheit zu schaffen, ist bei manchen Formvorschriften, die eine notarielle Beurkundung vorschreiben, der primär verfolgte Zweck. Hierzu zählen die GmbH-Gründung

⁴¹⁸ *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 21.

⁴¹⁹ Zu zwingenden Ablehnungsgründen siehe: *Schaller*, in: BeckOGK BeurkG, § 4 Rn. 20 ff.; Kapitel B.II.2.b.cc.ii.

⁴²⁰ Für den Fall der GmbH-Gründung: *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 23.

⁴²¹ Siehe Kapitel C.II.4.

nach § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG,⁴²² die AG-Gründung nach § 23 Abs. 1 S. 1 AktG,⁴²³ der Verschmelzungsvertrag nach § 6 UmwG⁴²⁴ und der Antrag auf Adoption nach § 1752 Abs. 2 S. 2 BGB⁴²⁵. Diese Rechtsgeschäfte nehmen eine so überragende Rolle ein, dass der Rechtsverkehr im Allgemeinen und/oder Dritte⁴²⁶ im Besonderen durch die Kontrolle des Notars vor ungültigen oder rechtswidrigen Rechtsgeschäften geschützt werden sollen.

Hinzu kommen etliche Formvorschriften, bei denen die Kontrolle zwar nicht als primärer, aber als sekundärer Zweck angesehen werden kann. In diese Kategorie fallen beispielsweise der Grundstückskaufvertrag nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB⁴²⁷ oder die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1597 Abs. 1 BGB⁴²⁸.

Nachrangig können auch die steuerlichen Meldepflichten des Notars einen Kontrollzweck erfüllen.⁴²⁹ Obwohl der notariellen Kontrolle im Rahmen von Meldepflichten in anderen Rechtssystemen eine größere Bedeutung beigemessen wird,⁴³⁰ spielt sie bei einer Grundstücksveräußerung nach § 18 GrEStG⁴³¹ und bei einer Schenkung oder einer Erbauseinandersetzung nach § 34 ErbStG⁴³² auch im deutschen Rechtssystem eine Rolle.

Ebenso wird die indirekte Kontrolle der Abschlusshäufigkeit durch eine größtmögliche Erschwerung des Abschlusses vereinzelt durch eine notarielle Beurkundung verfolgt. Ein typisches Beispiel hierfür ist § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG.⁴³³ Demnach bedarf es gemäß Absatz 3 sowohl für das dingliche Rechtsgeschäft als auch gemäß Absatz 4 für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft eines

⁴²² *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 22 m.w.N.

⁴²³ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 6.

⁴²⁴ *Böttcher*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte Umwandlungsrecht, § 6 Rn. 2.

⁴²⁵ *Maurer*, in: MüKo BGB, § 1752 Rn. 2.

⁴²⁶ Zum Beispiel Gläubiger und zukünftige Gesellschafter im Fall der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse oder das Kind im Fall des Adoptionsantrags.

⁴²⁷ *Ruhwinkel*, in: MüKo BGB, § 311b Rn. 4.

⁴²⁸ *Wellenhofer*, in: MüKo BGB, § 1597 Rn. 1.

⁴²⁹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, Beurkundungsgesetz Rn. 27.

⁴³⁰ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 52.

⁴³¹ *Loose*, in: Boruttau GrEStG, § 18 Rn. 11.

⁴³² *Gibhardt*, in: BeckOK ErbStG, § 34 Rn. 1 f.

⁴³³ BGH, Urteil vom 10. März 2008 - II ZR 312/06 -, NZG 2008, 377 Rn. 14; BGH, Urteil vom 19. April 1999 - II ZR 365-97 -, NJW 1999, 2594 (2595); BGH, Urteil vom 21. September 1994 - VIII ZR 257/93 -, NJW 1994 3227 (3229).

in notarieller Form abgeschlossenen Vertrages. Der Gesetzgeber will die Umlauf- und Verkehrsfähigkeit der GmbH-Anteile verglichen mit Anteilen an Aktiengesellschaften verkomplizieren, um spekulativen Handel zu verhindern.⁴³⁴ Hierdurch soll der personalistische Aufbau der GmbH und die Zusammenarbeit der Gesellschafter gewährleistet werden;⁴³⁵ mithin soll die Formvorschrift den Charakter der GmbH untermauern.⁴³⁶ Es handelt sich insofern um eine Grundsatzentscheidung des historischen Gesetzgebers. Obwohl keine Einigkeit hinsichtlich des primären Ziels⁴³⁷ und der Sinnhaftigkeit⁴³⁸ dieser Formvorschrift besteht, ist § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG eine Norm, die den Umgang mit der verbreitetsten deutschen Gesellschaftsform⁴³⁹ und somit das deutsche Gesellschaftsrecht nachhaltig geprägt hat.

Der Gesetzgeber verfolgt das Ziel, den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zu behindern, im vorgenannten Fall aus grundsätzlichen Motiven. Diese Motive basieren nicht auf einer negativen Einstellung des Gesetzgebers zu einem bestimmten Rechtsgeschäft, sondern sollen die Häufigkeit eines bestimmten Rechtsgeschäfts in eine gewisse Richtung lenken.⁴⁴⁰ Eine Formvorschrift, mit der dieser Zweck erfüllt werden soll, wird aus strukturerhaltenden Motiven festgelegt.⁴⁴¹ Damit die Vorschrift aber tatsächlich eine solche Wirkung entfaltet, muss das Rechtsgeschäft in größtmöglichem Maße erschwert werden. Insofern ist die Form, mit der dies bestmöglich erreicht werden kann, gleichzeitig die Form mit den höchsten Anforderungen; in Deutschland die notarielle Beurkundung.

⁴³⁴ *Altmeyen*, in: *Altmeyen GmbHG*, § 15 Rn. 66.

⁴³⁵ Vgl. *Altmeyen*, in: *Altmeyen GmbHG*, Allgemeine Einleitung Rn. 1.

⁴³⁶ Siehe Zitat aus der Begründung. zum Gesetzentwurf betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Reichstag, Aktenstück 1890/92, Nr. 660, Bd. 125, S. 3724, 3729 in: *Grossfeld/Bendt*, RIW 1996, 625 (629).

⁴³⁷ *Görner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG*, § 15 Rn. 2.

⁴³⁸ Siehe zu erfolglosen Bestrebungen i.R.d. MoMiG: *Heidenhain*, NJW 1999, 3073; *Heidenhain*, ZIP 2001, 2113 f.; danach: *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 311 (316).

⁴³⁹ Vgl. die allgemeine Entwicklung der GmbH in Zahlen in: *Altmeyen*, in: *Altmeyen GmbHG*, Allgemeine Einleitung Rn. 5 ff.

⁴⁴⁰ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (667).

⁴⁴¹ *Grossfeld/Bendt*, RIW 1996, 625 (630).

D. Allgemeines zur Digitalisierung der Formen

„Alles, was digitalisiert werden kann, wird digitalisiert.“⁴⁴²

Dieses Zitat der ehemaligen Hewlett-Packard-Chefin *Carly Fiorina* beschreibt die vergangenen und aktuellen Entwicklungen im Bereich der Formen sehr zutreffend. In der Vergangenheit und in der Zukunft hat und wird sich der deutsche Gesetzgeber mit der Digitalisierung der Formen beschäftigen. Dabei wurden die traditionellen Formen zum Teil bereits um eine digitale Alternative ergänzt oder sollen in Zukunft um eine solche ergänzt werden.⁴⁴³

Die Vor- und Nachteile einer digitalen Form können nur anhand ihrer finalen Ausgestaltung und nach einer gewissen Zeit der Nutzung abschließend beurteilt werden, da die Sinnhaftigkeit von den jeweiligen Formanforderungen und den Formwirkungen abhängt. Um das Potenzial und die Herausforderungen einer bestimmten digitalen Form zu bewerten, wird jedoch zunächst das Phänomen der Digitalisierung betrachtet. Anschließend wird sich mit dem Potenzial und den Herausforderungen digitaler Formen, losgelöst von einer konkreten Form, beschäftigt.

I. Was bedeutet Digitalisierung?

Digitalisierung beschreibt in der deutschen Sprache sowohl das gesellschaftliche Phänomen der Digitalisierung als auch die dahinterstehende technische Entwicklung. Im Englischen wird der Begriff passender in "Digitalization" und "Digitization" aufgeteilt. Digitalization definiert dabei das gesellschaftliche Phänomen. Digitization meint die technische Entwicklung, also die Umwandlung von Informationen in einen Binärcode.

⁴⁴² Zitat der ehemaligen Hewlett-Packard-Chefin *Carly Fiorina*, zitiert aus: *Hecht*, MittBayNot 2020, 314.

⁴⁴³ Vgl. Kapitel E. und F.

Die digitale Revolution kann neben der neolithischen⁴⁴⁴ und industriellen⁴⁴⁵ Revolution als die dritte Revolution der Menschheit angesehen werden.⁴⁴⁶ Eine Revolution beschreibt in diesem Kontext eine Entwicklung, die so schnell und tiefgreifend das Leben der Menschen verändert, dass sie den Weg in ein neues Zeitalter ebnet.⁴⁴⁷ Den Zeitpunkt zu ermitteln, in dem die Digitalisierung begonnen hat, ist äußerst schwierig, insbesondere wegen der fließenden Übergänge zwischen den einzelnen Abschnitten; daher wird bei der Einteilung eines Zeitalters auch oftmals von einer Früh-, Hoch- und Spätphase gesprochen.⁴⁴⁸ Manche sehen in der Erfindung des Binärcodes den Startschuss für die Digitalisierung, manche in der Erfindung des Computers, wieder andere in der Erfindung des Internets.⁴⁴⁹

Im Zuge der Digitalisierung werden analoge Prozesse und Kommunikationswege in ein digitales Format umgewandelt, wodurch eine informationstechnische Verarbeitung ermöglicht wird.⁴⁵⁰ Vereinfacht gesagt werden analoge Buchstaben in einen digitalen Binärcode und somit in Zahlen umgewandelt; der Begriff der Digitalisierung basiert auch aus diesem Grund auf dem englischen Wort für Ziffer "digit".⁴⁵¹ Der Begriff der Digitalisierung umfasst sowohl die Umwandlung von analogen zu digitalen Inhalten, als auch die originäre Digitalisierung eines Prozesses, ohne dass dieser jemals zuvor analog abgewickelt wurde.

In Bezug auf die Formen des deutschen Rechts bedeutet Digitalisierung nicht die Umwandlung bereits bestehender analoger Daten in digitale Datensätze, da eine Form nur ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer entsprechenden Formvorschrift eingehalten werden muss. Vielmehr soll die

⁴⁴⁴ Zu den Veränderungen der neolithischen Revolution: *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 17 (19 ff.).

⁴⁴⁵ Zu den Veränderungen der industriellen Revolution: *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 17 (25 ff.).

⁴⁴⁶ So auch: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 1 ff.

⁴⁴⁷ *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 17 ff.; zu den Veränderungen, die mit der Digitalisierung einhergehen, siehe zusammenfassende Tabelle in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 239 (240 f.).

⁴⁴⁸ *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 1 (4).

⁴⁴⁹ Zu den verschiedenen Ereignissen, die die Digitalisierung beeinflusst haben: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 1 (4 ff.).

⁴⁵⁰ *Schliesky*, NVwZ 2019, 693 (694).

⁴⁵¹ Zur Wortherkunft: <https://public.oed.com/blog/word-stories-digital/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

zukünftige Nutzung digitaler Kommunikationswege im Rahmen der Kommunikation der Beteiligten, etwaiger Dritter und im Rahmen der Signierung gewährleistet werden.⁴⁵² Hierfür müssen die Informationen und Dokumente des jeweiligen Rechtsgeschäfts digital vorhanden sein, um eine digitale Abwicklung zu ermöglichen.

Die Digitalisierung hat bereits etliche Branchen tiefgreifend verändert. Dabei wurden manche analogen Bereiche obsolet und andere digitale Bereiche haben sich entwickelt, ohne auf einem analogen Grundgerüst aufzubauen. Während beispielsweise die elektronische Form der Schriftform nachempfunden wurde, baut die Textform nicht auf einer analogen Form auf.⁴⁵³

Neben den bereits digitalisierten Prozessen⁴⁵⁴ gibt es einige zukunftssträchtige Bereiche, in denen sich gravierende Veränderungen durch die Digitalisierung zeigen könnten. Repräsentativ sei hier die Industrie 4.0 beziehungsweise das "Internet der Dinge" genannt. Im Zuge des Digitalisierungsprozesses sollen hierbei Menschen, Dinge und Maschinen miteinander vernetzt werden,⁴⁵⁵ um nicht nur die Kommunikation, sondern auch die Produktion zu individualisieren und an die Bedürfnisse der Nutzer anzupassen.⁴⁵⁶ Hierbei wird die zwischenmenschliche Kommunikation, die Kommunikation zwischen Mensch und Maschine und sogar die Kommunikation der Maschinen untereinander optimiert.⁴⁵⁷ Auch die Prozesse ganzer Städte können in vielerlei Hinsicht digitalisiert werden, wie am Beispiel Darmstadts⁴⁵⁸ zu sehen ist.⁴⁵⁹

Die Digitalisierung der Formen stellt etwa im Vergleich zur Industrie 4.0 keine schwerwiegende Veränderung dar. Es wird nicht über eine gänzliche Abschaffung der traditionellen Formen oder eine grundlegende Veränderung der Struktur der Formen gesprochen, sondern über die alternative Nutzung digitaler Kommunikationswege beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts. Aber auch solche

⁴⁵² So auch bereits: BT-Drs. 14/4987, S. 1.

⁴⁵³ Hierzu mehr in Kapitel E.

⁴⁵⁴ Siehe zur allgemeinen Entwicklung der Digitalisierung und repräsentativen Beispielen: *Wolff/Göbel*, in: *Wolff/Göbel*, Digitalisierung, V ff.

⁴⁵⁵ Zum Begriff der Industrie 4.0 beziehungsweise dem Internet der Dinge: *Schmiech*, in: *Wolff/Göbel*, Digitalisierung, 1 (2).

⁴⁵⁶ *Plenk/Ficker*, in: *Wolff/Göbel*, Digitalisierung, 29 (30).

⁴⁵⁷ *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 17 (40).

⁴⁵⁸ Zu ausgewählten Entwicklungen im Bereich der Digitalisierung in Darmstadt, siehe: https://www.digitalstadt-darmstadt.de/wp-content/uploads/Strategieentwurf_compressed.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁵⁹ Siehe allgemein zur Digitalisierung von Städten in den Bereichen Verkehrslärm, Beleuchtung u.v.m.: *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 223 ff.

kleinen Veränderungen und Weiterentwicklungen können das Potenzial haben, den persönlichen und geschäftlichen Alltag der Menschen in negativer oder positiver Weise zu verändern.

II. Potenzial digitaler Formen

Durch die Einführung der Textform und der elektronischen Form im Jahr 2001 verfolgte der Gesetzgeber maßgeblich das Ziel, den deutschen Rechtsverkehr in seiner Kommunikationsweise an die Entwicklungen des modernen Rechtsverkehrs anzupassen.⁴⁶⁰ Die zeitlichen, finanziellen und ökologischen Vorteile der digitalen Formen ergeben sich maßgeblich aus der Nutzung von Telekommunikationsmitteln und dem damit zusammenhängenden Verzicht auf Papier sowie die Anwesenheit der Beteiligten.⁴⁶¹

Auch wenn die im Folgenden genannten Vorteile nicht als Formwirkungen kategorisiert werden, sind ihre positiven Wirkungen dennoch hervorzuheben und bei der Abwägung für oder gegen die Digitalisierung einer Form zu berücksichtigen.

1. Effizienzsteigerung

Die Effizienzvorteile der digitalen Formen im Vergleich zu den traditionellen Formen lassen sich teilweise anhand einer vereinfachten Gegenüberstellung zweier Verträge veranschaulichen, bei denen jeweils eine traditionelle Form beziehungsweise eine digitale Form beachtet werden muss: Eine empfangsbedürftige Erklärung, die beispielsweise der Schriftform genügen muss, wird heutzutage handschriftlich oder digital verfasst und anschließend ausgedruckt. Je nachdem, ob die Parteien sich am gleichen Ort aufhalten oder nicht, wird die Erklärung vor Ort angenommen oder postalisch⁴⁶² versendet und anschließend angenommen.⁴⁶³ Eine empfangsbedürftige Erklärung, die einer digitalen Form genügen muss, wird digital verfasst, verschickt und angenommen.⁴⁶⁴

Alle Schritte, inklusive Zugang und Annahme, können dementsprechend am Computer, Telefon, Tablet oder Ähnlichem vollzogen werden. Da sich die vertragsschließenden Parteien in Zeiten der Globalisierung regelmäßig nicht in derselben Umgebung befinden, sondern sich zum Teil über mehrere Tausend Kilometer mit Hilfe von Telekommunikationsmitteln austauschen, kann der

⁴⁶⁰ BT-Drs. 14/4987, S. 1.

⁴⁶¹ Siehe allgemein zu den Chancen der Digitalisierung: *Thiel/Nazari-Khanachayi*, RD 2021, 134 ff.

⁴⁶² Zur Möglichkeit einer Übermittlung durch Telefax: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 20.

⁴⁶³ Zum Ablauf eines schriftlichen Vertragsschlusses: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 19.

⁴⁶⁴ Zum Ablauf eines elektronischen Vertragsschlusses: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 26.

vollkommen digitale Abschluss eines Rechtsgeschäfts signifikante Zeit-⁴⁶⁵ und Kostenersparnisse bedeuten, da lange Reisen und die damit zusammenhängenden Kosten entfallen.⁴⁶⁶ Und auch für Parteien, die sich nur wenige Minuten voneinander entfernt aufhalten, liefern die digitale Kommunikation und der digitale Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts einen Effizienzvorteil, wenn auch in geringerem Ausmaß.

Daneben kann die Nutzung einer digitalen Form beim Unterschreiben einen zeitlichen Vorteil mit sich bringen. Während bei schriftformbedürftigen Rechtsgeschäften oftmals jede einzelne Seite aus Schutz vor Veränderung paraphiert wird,⁴⁶⁷ schützt etwa die qualifizierte elektronische Signatur durch den für jedes Dokument einmalig erstellten Hashwert vor einer unbemerkten Veränderung, sodass dieser Schritt obsolet werden kann.⁴⁶⁸

Nicht nur der Verzicht auf Papier, sondern auch die digitale Speicherung der Dokumente birgt Effizienzvorteile. Eine papiergebundene Erklärung kann, zumindest im Original, nur an einem Ort gleichzeitig aufbewahrt und abgerufen werden. Je nachdem, auf welche Art und Weise ein elektronisches Dokument gespeichert wurde, kann von überall und zu jeder Zeit darauf zugegriffen werden. Dies verbessert nicht nur die Verfügbarkeit des Dokuments, sondern spart auch Platz am jeweiligen Ort, an dem die Erklärung in papiergebundener Form hätte abgelegt werden müssen. Darüber hinaus können die archivierten Dokumente wesentlich schneller nach dem Dokumentnamen, Verfasser, einzelnen Wörtern oder Stichpunkten durchsucht werden. Teilweise wird bei der Übermittlung und Verarbeitung von elektronischen Dokumenten im Vergleich zu analogen Dokumenten von einer Beschleunigung um Zehnerpotenzen gesprochen.⁴⁶⁹

Die Dauerhaftigkeit der Speicherung hängt schließlich vom Einzelfall ab. Da elektronische Dokumente mittlerweile regelmäßig auf den lokalen Speicherelementen der Beteiligten und in einem Cloudspeicher, zum Beispiel des E-Mail-Providers, gespeichert werden, erhöht dieser Umstand die Persistenz elektronischer Dokumente. Darüber hinaus verliert eine analoge Kopie mit jedem

⁴⁶⁵ Die Lieferung eines Briefs von Deutschland in die Vereinigten Staaten von Amerika dauert zwischen 3-7 Werktagen: <https://www.deutschepost.de/de/b/briefe-ins-ausland/laenderinformationen.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁶⁶ BT-Drs. 14/4987, S. 15.

⁴⁶⁷ Hecht, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 63 f.

⁴⁶⁸ Fisch, ZIP 2019, 1901 (1904); siehe auch Kapitel E.II.

⁴⁶⁹ Stengel, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 17 (40).

Kopiervorgang an Qualität; einen vergleichbaren Qualitätsverlust gibt es bei einer elektronischen Kopie nicht.

2. Kostenersparnis

Kosten für Papier, Stift und Versand, die zum Abschluss jedes schriftlichen Rechtsgeschäfts immer wieder neu anfallen (können), werden bei einer digitalen Kommunikation gespart. Auch Reisekosten der Beteiligten können eingespart werden. Inwiefern diese Kosten allerdings die Kosten für die Signaturkarte und -software⁴⁷⁰ und im geschäftlichen Bereich die anfängliche Einarbeitung des Personals übersteigen, kann aufgrund der unterschiedlichen Arten und Umfänge von Rechtsgeschäften nicht allgemein beantwortet werden.

Auch Computer, das benötigte Zubehör (zum Beispiel Maus, Tastatur und Headset) sowie eine Internetverbindung können kostenintensiv sein, doch fallen diese Kosten nicht direkt aufgrund eines Rechtsgeschäfts an. Zudem besitzen die meisten Privatpersonen und Unternehmen solch eine Ausstattung bereits.⁴⁷¹

3. Ökologische Vorteile

Die ökologische Frage rückt ähnlich wie die soziale Frage im Industriezeitalter immer weiter in den Vordergrund.⁴⁷² Die Bundesregierung gab in ihrer Nachhaltigkeitsstrategie das nachhaltige Wirtschaften als zentrales Ziel vor.⁴⁷³ Hierbei orientiert sich die Bundesregierung an der Agenda 2030 der Vereinten Nationen, durch die weltweit eine nachhaltige Entwicklung gefördert

⁴⁷⁰ Nach Angaben des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit belaufen sich die Kosten eines Kartenlesegeräts, einer Signaturkarte und eines Signaturzertifikats mit einer Gültigkeitsdauer von drei Jahren auf ca. EUR 120-160, abrufbar unter: <https://www.bmu.de/faq/was-kostet-eine-ausstattung-zur-qualifizierten-elektronischen-signatur/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁷¹ Siehe hierzu eine Statistik aus dem Jahr 2020 zum Ausstattungsgrad privater Haushalte in Deutschland mit ausgewählter Informations- und Kommunikationstechnik im Jahr 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2593/umfrage/ausstattungsgrad-privater-haushalte-mit-pc-kommunikationstechnik/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); siehe auch zur Entwicklung der Zahlen: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/Ausstattung-Gebrauchsgueter/Tabellen/liste-infotechnik-d.html;jsessionid=045A3D80A9BEBA14CA924D1B252932FD.live722> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁷² Allgemein zur ökologischen Frage, zum "grünen Jahrhundert" und den Fragen, die sich in diesem Bezug stellen: Stengel, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 193 ff.

⁴⁷³ "Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie - Aktualisierung 2018" der Bundesregierung, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975274/1546450/65089964ed4a2ab07ca8a4919e09e0af/2018-11-07-aktualisierung-dns-2018-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

werden soll.⁴⁷⁴ Die Nutzung der digitalen Formen kann in diesem Zusammenhang zu einer Vielzahl positiver Effekte führen.⁴⁷⁵

Bei digitaler Kommunikation wird auf Papier verzichtet. Dies kann zu weniger Waldrodungen führen, wodurch sich der Baumbestand nach den intensiven Eingriffen der letzten Jahrhunderte zumindest teilweise erholen könnte.⁴⁷⁶ Durch den Wegfall des physischen Transports, sowohl der Briefe als auch der Beteiligten, würde der Ausstoß von Stickstoffdioxid-, Schwefeldioxid- und Feinstaubemissionen sinken. Obwohl die Luftverschmutzung nicht nur auf den Transport zurückzuführen ist,⁴⁷⁷ könnte sich die Luftqualität durch die Verringerung des Kommunikationstransports weltweit verbessern. Hierdurch würde auch die durchschnittliche Lebenserwartung der Menschen steigen, die in manchen Metropolregionen inzwischen sogar gesunken ist.⁴⁷⁸ Zusätzlich kann dadurch dem Problem der Verdunklung entgegengewirkt werden,⁴⁷⁹ wobei dies auch negative Auswirkungen auf das Klima haben kann.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ Resolution der Generalversammlung, verabschiedet am 25. September 2015, in deutscher Version abrufbar unter: <https://www.un.org/Depts/german/gv-70/band1/ar70001.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); siehe hierzu den "Zukunftsvertrag für die Welt" des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, abrufbar unter: <https://www.bmz.de/resource/blob/23366/d52688f07df7a2c9aa78a3970295f5f5/materialie270-zukunftsvertrag-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁷⁵ Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Aktualisierung 2018 (Fußnote 473), S. 17.

⁴⁷⁶ *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*, 193 (199): „War das 20. Jahrhundert ein Jahrhundert der Entwaldung, könnte das 21. Jahrhundert eines der Bewaldung werden, da die Digitalisierung den Papierverbrauch immer weiter verringert und Bäume folglich nicht mehr im gleichen Maße gerodet werden müssen und Ackerflächen irgendwann wieder verwildern können.“

⁴⁷⁷ Siehe ausführlich zu den weiteren Ursachen der Luftverschmutzung: *Air quality in Europe – 2020 report*, S. 32 ff., abrufbar unter: <https://www.eea.europa.eu/publications/air-quality-in-europe-2020-report> (zuletzt abgerufen am 18 August 2021).

⁴⁷⁸ So ist zum Beispiel die durchschnittliche Lebenserwartung in Paris gesunken: *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*, 193 (201).

⁴⁷⁹ Zur Verdunklung beziehungsweise zum "Global Dimming", siehe: *Stengel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*, 193 (201 f.).

⁴⁸⁰ Für die Dauer von 3 Tage nach dem Attentat am 11. September 2001 wurde ein Flugverbot in den Vereinigten Staaten von Amerika verhängt. Hierbei stieg die Temperatur um 1 Grad Celsius an: <https://www.wissenschaft.de/astronomie-physik/flugverbot-nach-dem-11-september-sorgte-fuer-waermere-tage-in-den-usa/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

Auf Grundlage der positiven Effekte, die die COVID-19-Pandemie auf verschiedene Problemzonen der Natur hatte,⁴⁸¹ wird in Zukunft die positive ökologische Entwicklung im Zuge der Implementierung von digitalen Formen besser eingeschätzt werden können. Um die Verbreitung des COVID-19-Virus einzudämmen, mussten die Menschen ab März 2020 im geschäftlichen und privaten Bereich weitgehend auf physische Treffen mit Personen außerhalb ihres Haushaltes verzichten.⁴⁸² Die Bevölkerung ist in dieser Zeit weniger gereist und musste sowohl ihre persönliche als auch ihre geschäftliche Kommunikation primär über Telekommunikationsmittel vornehmen. Hierdurch wurden weniger Treibhausgase freigesetzt und die Luftqualität hat sich augenscheinlich verbessert.⁴⁸³ Eine ähnliche Veränderung der geschäftlichen Gepflogenheiten könnte sich auch bei einer Ausweitung der digitalen Formen einstellen.

Die genannten Effekte der COVID-19-Pandemie hielten ersten Einschätzungen zufolge allerdings nur kurzfristig an.⁴⁸⁴ Um die ökologischen Vorteile von digitalen Formen langfristig auszuweiten, müssen sich das Reisemuster und die Art und Weise, wie internationale Geschäfte vollzogen werden, grundlegend ändern.⁴⁸⁵ Eine solch langfristige Veränderung des Geschäftsalltags wird nicht durch die Einführung von digitalen Formen zu erreichen sein. Wenn allerdings der Abschluss eines Rechtsgeschäfts vollständig digital möglich ist, könnte es auch über das bereits bestehende Maß hinaus zum Normalfall werden, alle vorherigen Schritte mit Hilfe von Fernkommunikationsmitteln zu verhandeln und abzuwickeln.⁴⁸⁶ Die Digitalisierung der Formen könnte somit für Manche den Anfang eines Umdenkprozesses darstellen. Für diejenigen, bei denen bereits ein Umdenkprozess

⁴⁸¹ Hierzu mit weiterführenden Links: <https://www.umweltbundesamt.de/faq-auswirkungen-der-corona-krise-auf-die#welche-auswirkungen-hat-die-corona-krise-auf-die-luftqualitat-> (zuletzt abgerufen am 18. August 2021).

⁴⁸² Mehr zu den Auswirkungen auf die Nutzung digitaler Kommunikationswege in Kapitel F.I.2.b.

⁴⁸³ Siehe auch die Verzögerung des Erdüberlastungstages: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/umweltauswirkungen-von-covid-19-corona-pandemie-verzoegert-erdueberlastungstag/26115826.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁸⁴ <https://www.nationalgeographic.de/umwelt/2020/03/kurzfristig-positiv-corona-effekte-auf-die-umwelt> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁸⁵ Eine Studie der Universität des Saarlandes zeigt, dass Nachhaltigkeit und Umweltschutz auch in Zeiten der Coronakrise bei vielen Menschen weiterhin im Vordergrund stehen, abrufbar unter: https://www.uni-saarland.de/fileadmin/upload/lehrstuhl/popp/Nachhaltigkeit_im_Handel/HIMA_Nachhaltigkeit_Covid19_Pandemie_Zusammenfassung.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁸⁶ Hierzu mehr in Kapitel F.I.2.

stattgefunden hat, wird die Digitalisierung der Formen in Bezug auf die Umwelt eine logische Weiterentwicklung sein.⁴⁸⁷

III. Herausforderungen digitaler Formen

Die Digitalisierung der Formen in Deutschland birgt allerdings nicht nur Vorteile, weshalb die Entwicklung auch nicht überhastet, sondern behutsam und bedacht vorangetrieben wird.⁴⁸⁸

Ein Problem, das nicht die Digitalisierung eines Prozesses und die rechtliche Umsetzung selbst betrifft, sind die Rahmenbedingungen, die vor der Digitalisierung eines Prozesses geschaffen werden müssen. Diese gehen häufig mit hohen anfänglichen Investitionskosten einher, deren Erforderlichkeit bedacht werden muss.⁴⁸⁹ Wenn nach der Schaffung der Rahmenbedingungen ein Prozess digitalisiert wird, ist dieser im Vergleich zu dem vorherigen analogen Prozess oftmals mit Sicherheitsrisiken, Vertrauens- und Auslegungsproblemen verbunden.

Bei der Einschätzung, ob die Einführung einer konkreten digitalen Form wünschenswert ist, müssen diese Probleme mit den zuvor genannten Vorteilen⁴⁹⁰ und Formwirkungen⁴⁹¹ abgewogen und in Einklang gebracht werden.

1. Datensicherheit

Durch die Nutzung digitaler Formen werden Daten nicht mehr ausschließlich analog von einer Person an die nächste gegeben, sondern zumindest auch auf digitalen Kommunikationswegen übermittelt. Hierbei können die Daten nicht nur auf den lokalen Speichermodulen der Beteiligten, sondern beispielsweise auch in einem Cloudspeicher der jeweiligen E-Mail Provider abgespeichert werden. Da die Daten an unterschiedlichen digitalen Stellen gesichert werden, kann auch auf verschiedene Art und Weise beziehungsweise von unterschiedlichen digitalen Stellen aus auf diese

⁴⁸⁷ Zum Umdenkprozess innerhalb der Gesellschaft: *Stengel*, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 193 f.

⁴⁸⁸ Siehe vorsichtige Herangehensweise bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie in: BT-Drs. 19/28177, S. 113.

⁴⁸⁹ *Schmiech*, in: Wolff/Göbel, Digitalisierung, 1 (17 f.).

⁴⁹⁰ Kapitel D.II.

⁴⁹¹ Kapitel B.II.2.

zugegriffen werden.⁴⁹² Je mehr digitale Stellen vorhanden sind, von denen die Daten berechtigterweise abgerufen werden können, desto mehr Stellen müssen vor einem unberechtigten Zugriff gesichert werden. Je sensibler die Daten sind, desto höher ist die Notwendigkeit von Sicherheit.⁴⁹³ Die verschiedenen Zugriffsmöglichkeiten und die schnellen Veränderungen im Bereich der Telekommunikation machen eine vollständige Sicherung jedoch nahezu unmöglich. Deshalb stellt die Datensicherheit auch eine der besonderen Herausforderungen der Digitalisierung der Formen dar und muss stets bedacht werden.⁴⁹⁴ Auch die Datenethikkommission sprach sich für eine Verschärfung des Datenschutzes und gegen eine Deregulierung aus, wie sie von manchen bereits gefordert wurde.⁴⁹⁵

a) Grundzüge des Datenrechts

Die Daten, die während der digitalen Kommunikation im Rahmen der Nutzung von digitalen Formen ausgetauscht werden, sollten sicher sein. Bevor sich den Themen Datenverarbeitung und -missbrauch gewidmet werden kann, sollten jedoch zwei Fragen beantwortet werden: Was versteht man unter Daten und wem können diese zugeordnet werden? Mit diesen Fragen befasste sich auch die Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" in ihrem Bericht vom 15. Mai 2017.⁴⁹⁶

aa) Datenbegriff

Daten sind körperlos und können anders als Sachen beziehungsweise körperliche Gegenstände nach §§ 90 f. BGB nicht verbraucht, sondern in beliebiger Zahl kopiert und zur gleichen Zeit von mehreren Stellen verwendet werden.⁴⁹⁷

⁴⁹² „Datenschutz ist eine große Herausforderung der Informationsgesellschaft und für die Gewährleistung von deren Freiheitlichkeit zentral.“: *Masing*, NJW 2012, 2305 (2311).

⁴⁹³ Siehe etwa Ausführungen zu Art. 9 DSGVO: *Thomas Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, Art. 9 DSGVO Rn. 1 f.

⁴⁹⁴ *Gola/Klug*, NJW 2020, 2774 (2778).

⁴⁹⁵ *Kelber*, ZD 2020, 73 f.

⁴⁹⁶ Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15. Mai 2017, unter Mitwirkung der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen (Federführung), Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, abrufbar unter: https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁴⁹⁷ *Stresemann*, in: *MüKo BGB*, § 90 Rn. 25.

Daten können anhand der technischen Anordnung der Zeichen (syntaktische Information) und der damit vermittelten Information (semantische Information) unterschieden werden.⁴⁹⁸ Überblickshalber werden nachfolgend unterschiedliche Ansätze verkürzt vorgestellt.

Verschiedene deutsche und europäische Vorschriften enthalten Legaldefinitionen für Daten im weiten Sinne. Das Strafgesetzbuch knüpft an die Syntax an und definiert Daten im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB als solche, die gemäß § 202a Abs. 2 StGB elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Legaldefinition für Daten, jedoch für digitale Inhalte, bei denen es sich gemäß § 312f Abs. 3 BGB um Daten handelt, die sich nicht auf einem körperlichen Datenträger befinden und dazu in digitaler Form her- und bereitgestellt werden. Hierunter fallen beispielsweise Computerprogramme, Videos, Musik und Texte.⁴⁹⁹

Jürgen Ensthaler grenzt den Begriff negativ ab und versteht unter Daten Informationen, „[...] die nicht oder nicht ausreichend derart bearbeitet wurden, dass sie den Schutzbereich von Immaterialgüterrechten, wie insbesondere das Patent- oder Urheberrecht, erreichen.“⁵⁰⁰

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), die seit dem 25. Mai 2018 gilt,⁵⁰¹ enthält eine Definition der personenbezogenen Daten und bezieht sich somit auf die semantische Information der Daten. Gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO werden unter personenbezogenen Daten alle Informationen verstanden, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Die Definition beschränkt sich allerdings auf die Daten natürlicher Personen, die eine Identifizierung dieser möglich machen.⁵⁰² Davon zu unterscheiden wären die nicht-personenbezogenen Daten, die jedoch mittlerweile kaum mehr vorhanden sind.⁵⁰³

⁴⁹⁸ Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 7 f.

⁴⁹⁹ *Wendehorst*, in: MüKo BGB, § 312f Rn. 21.

⁵⁰⁰ *Ensthaler*, NJW 2016, 3473 f.

⁵⁰¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁰² *Gola*, in: Gola DSGVO, Art. 4 Rn. 4 ff.

⁵⁰³ *Stender-Vorwachs/Steeger*, NJOZ 2018, 1361 (1362).

Im wirtschaftlich-technischen Sinne beschreiben Daten „[z]um Zwecke der Verarbeitung zusammengefasste Zeichen, die aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen Informationen (d.h. Angaben über Sachverhalte und Vorgänge) darstellen.“⁵⁰⁴

Da das Recht keine eindeutige Definition für Daten kennt, wird im Folgenden die abstrakte technische Definition herangezogen.⁵⁰⁵ Bei Daten handelt es sich insofern um Informationen, die durch Zeichen dargestellt werden, meist durch einen binären Code.⁵⁰⁶ Auf Grundlage der Körperlichkeit sollen die Daten zu dem Speichermedium und auf Grundlage der Information zu den Immaterialgüterrechten abgegrenzt werden.⁵⁰⁷

Im Rahmen der Nutzung von digitalen Formen werden alle Informationen durch einen Binärcode dargestellt. Die weite Datendefinition umfasst insofern alle Informationen, die beim digitalen Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts zwischen den Beteiligten und gegebenenfalls einem Notar ausgetauscht werden.

bb) Datenzuordnung

Die Datenzuordnung ist zum einen relevant dafür, festzustellen, dass die Daten, die bei einem formgerechten digitalen Rechtsgeschäftsabschluss ausgetauscht werden, überhaupt einer Person zugeordnet werden können. Falls die Daten mangels Zuordnung von keiner Person berechtigterweise genutzt werden könnten, könnten sie auch nicht unberechtigterweise genutzt werden. Zum anderen ist fraglich, welche Personen im Rahmen der Nutzung von digitalen Formen bestimmte Daten inwieweit verarbeiten dürfen und welche Person die Erlaubnis zur Verarbeitung erteilen kann.

Die Zuordnung würde keine erheblichen Probleme bereiten, wenn Eigentum an Daten bestehen könnte. Es wird vorab festgestellt, dass an einem körperlichen Speichermedium Eigentum nach

⁵⁰⁴ Definition aus Gabler Wirtschaftslexikon, abrufbar unter: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/daten-30636/version-133420> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁰⁵ So auch: *Denga*, NJW 2018, 1371 (1372); *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (25).

⁵⁰⁶ Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 8.

⁵⁰⁷ Abgrenzung der Daten zum Speichermedium und zum Inhalt der Daten in: Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 30 ff.

§ 903 S. 1 BGB bestehen kann, wie an dem Inhalt der Daten Ausschließlichkeitsrechte bestehen können, beispielsweise gemäß gewerblicher Schutzrechte oder Urheberrechte.⁵⁰⁸

Fraglich ist aber, inwiefern Eigentum, das heißt ein absolutes dingliches Recht,⁵⁰⁹ an den Daten selbst bestehen kann. Da Daten keine Sachen im Sinne von §§ 90 f. BGB darstellen, kann an ihnen auch kein Eigentum gemäß § 903 S. 1 BGB oder Besitz gemäß § 854 Abs. 1 BGB bestehen.⁵¹⁰

Dass eine gewisse Zuordnung dennoch möglich sein muss, zeigt sich allein an den strafrechtlichen Vorschriften, auf deren Grundlage ein Ausspähen oder Löschen von Daten bestraft werden kann, siehe §§ 202a ff. StGB und §§ 303a ff. StGB; dennoch liefern diese Vorschriften keine allgemeine Zuordnung.⁵¹¹ Daten können Gegenstand von Verträgen sein, wodurch relative Rechte zwischen den Vertragsparteien entstehen;⁵¹² eine absolute dingliche Position ergibt sich daraus allerdings auch nicht.⁵¹³ Ein einheitliches absolutes Eigentum an Daten kennt die deutsche Rechtsordnung insofern nicht.⁵¹⁴

Daten, die bei der Nutzung einer digitalen Form ausgetauscht werden, sind aber nicht grundsätzlich schutzlos. Je nach der semantischen Information der Daten, können sie von einem Schutzgesetz erfasst werden.

Bei personenbezogenen Daten greift die DSGVO gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Im Rahmen eines formgerechten digitalen Rechtsgeschäftsabschlusses werden in der Regel personenbezogene Daten wie Name und Anschrift der Beteiligten und/oder der erschienenen Personen ausgetauscht. Da die DSGVO unmittelbar anwendbar ist,⁵¹⁵ entfaltet sie ihren Schutz somit auch bei der Nutzung digitaler Formen und ermöglicht eine Zuordnung.

⁵⁰⁸ *Stresemann*, in: MüKo BGB, § 90 Rn. 25; siehe Abgrenzung der Daten zum Speichermedium und zum Inhalt der Daten in: Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 30 ff.

⁵⁰⁹ *Büchner*, in: MüKo BGB, § 903 Rn. 2.

⁵¹⁰ BGH, Urteil vom 13. Oktober 2015 - VI ZR 271/14 -, NJW 2016, 1094 (1095); *Schäfer*, in: MüKo BGB § 854 Rn. 20; anders in Bezug auf den Besitz mit Blick auf die Ähnlichkeit zu dem Skripturakt nach § 303a StGB: *Horenen*, MMR 2019, 5 (6 ff.).

⁵¹¹ *Determann*, ZD 2018, 503 (504).

⁵¹² So beispielsweise beim M&A Prozess: *Tribess/Spitz*, GWR 2019, 261 ff.

⁵¹³ *Ensthaler*, NJW 2016, 3473 (3474).

⁵¹⁴ *Spindler*, DB 2018, 41; Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 35 f.

⁵¹⁵ Siehe Art. 288 UA. 2 AEUV

Bei Unternehmensdaten kann das Geschäftsgeheimnis-Schutzgesetz, das seit dem 26. April 2019 gilt,⁵¹⁶ anwendbar sein. Hierfür muss es sich nach § 2 Nr. 1 GeschGehG um eine Information handeln, die nicht allgemein bekannt oder zugänglich ist, die angemessen gesichert ist und bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Gemäß § 2 Nr. 2 GeschGehG ist jede natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis hat, Inhaber dieses Geheimnisses. Insbesondere bei einem formgerechten digitalen Rechtsgeschäft, das einen entsprechenden Unternehmensbezug aufweist, kann dieses Schutzgesetz Anwendung finden und die Daten zuordnen.

cc) Zusammenfassung

Eine Zuordnung der Daten zu einem bestimmten Eigentümer ist gerade wegen der fehlenden Rivalität, Exklusivität und Abnutzbarkeit äußerst schwierig;⁵¹⁷ dieses Problem liegt in der Natur der Daten. Dennoch lassen sich die meisten Probleme durch die heutzutage bestehenden rechtlichen Zuordnungen nach dem Schutzzweck lösen.⁵¹⁸ Von einschlägigen Verbänden wird ein weitergehender dinglicher Regelungsrahmen noch nicht gefordert, da dieser als nicht notwendig erachtet wird und sich negativ auf den Handel auswirken könnte.⁵¹⁹ Es bleibt allerdings abzuwarten, inwiefern eine einheitliche absolute Zuordnung, insbesondere im Hinblick auf die ökonomische Relevanz,⁵²⁰ in Zukunft erforderlich wird.⁵²¹

b) Datenverarbeitung

Falls ein Rechtsgeschäft einer digitalen Form genügen muss, werden die Daten der Beteiligten in der Regel von einer privaten oder staatlichen Stelle verarbeitet. Bei Erfüllung der elektronischen Form erfolgt die Datenverarbeitung beispielsweise durch qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter.⁵²²

⁵¹⁶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 18. April 2019, BGBl. I S. 466.

⁵¹⁷ Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 30.

⁵¹⁸ So auch grundsätzlich: *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (30).

⁵¹⁹ Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 8 ff.; *Stender-Vorwachs/Steeger*, NJOZ 2018, 1361 (1367); *Kornmeier/Baranowski*, BB 2019, 1219 (1225).

⁵²⁰ Zur ökonomischen Relevanz: *Determann*, ZD 2018, 503.

⁵²¹ Allgemein zu Regelungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda*: *Determann*, ZD 2018, 503 (505 ff.) m.w.N.; zur Schwierigkeit eines einheitlichen Eigentumsrechts: *Spindler*, DB 2018, 41 (42).

⁵²² *B.E. Brisch/K.M. Brisch*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel Multimedia-Recht, Teil 13.3 Rn. 69 ff.; siehe Kapitel E.II.2.

Der Staat benötigt im Fall einer Datenverarbeitung eine Ermächtigungsgrundlage, um den Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, die einen Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG darstellt,⁵²³ zu rechtfertigen.⁵²⁴ Privatleuten steht die Datenverarbeitung grundsätzlich frei.⁵²⁵ Der Staat hat allerdings die Pflicht, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, durch die die staatliche und private Datenverarbeitung eingegrenzt werden sollen. Mit der DSGVO wurde bereits ein großer Schritt in Richtung eines umfassenderen Datenschutzes gemacht.⁵²⁶ Weitere Gesetze, mit deren Hilfe dieses Ziel erreicht werden soll, sind beispielsweise das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu), das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG), das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das Telemediengesetz (TMG), das Urhebergesetz (UrhG) und das Telekommunikationsgesetz (TKG).⁵²⁷ Durch entsprechende Gesetze wird ebenso die Freiheit der privaten Datenverarbeiter eingegrenzt, um dem Schutz der sensiblen Daten der Beteiligten Rechnung zu tragen.

In Anlehnung an die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 5 DSGVO sollte die Datenverarbeitung im Rahmen der digitalen Formen für diejenigen, die sie berechtigterweise verarbeiten sollen, umfassend geregelt sein. Hierbei sollte die Nutzung vor allem auf das für den Prozess notwendige Maß beschränkt werden ("Zweckbindung" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO⁵²⁸ und "Datenminimierung" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO⁵²⁹). Außerdem sollte die Nutzung so transparent sein, dass jeder Beteiligte weiß, welche Daten von welcher Stelle auf welche Art und Weise und in welchem Umfang verarbeitet werden ("Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO)⁵³⁰.

⁵²³ Zur dogmatischen Einordnung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127 ff.; zum persönlichen Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, von dem sowohl natürliche als auch juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften grundsätzlich umfasst sind: *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 223 ff.

⁵²⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 173 ff.

⁵²⁵ *Masing*, NJW 2012, 2305 (2307).

⁵²⁶ Siehe hierzu den Bericht der Europäischen Kommission vom 24. Juni 2020 (COM (2020) 264), der sich mit der DSGVO zwei Jahre nach ihrer ersten Anwendung beschäftigt, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0264&from=EN> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵²⁷ *Weber*, in: Wolff/Göbel, Digitalisierung, 101 (102).

⁵²⁸ *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 5 DSGVO Rn. 63 ff.

⁵²⁹ *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 5 DSGVO Rn. 116 ff.

⁵³⁰ *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 5 DSGVO Rn. 31 ff.

Neben den staatlichen Schutzgesetzen entfaltet das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur eine unmittelbare Wirkung im Verhältnis Staat-Bürger, sondern auch eine mittelbare Drittwirkung bei der Auslegung von zivilrechtlichen Normen im Verhältnis Bürger-Bürger.⁵³¹ Zwar stellt die Verarbeitung von Daten zumindest auch eine Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG dar, doch kann diese Grundrechtsausübung selbst im Lichte der informationellen Selbstbestimmung eingeschränkt werden.⁵³² Hieraus können sich zwischen Bürgern nach Maßgabe von §§ 157, 242 BGB unter anderem gewisse Geheimhaltungsansprüche ergeben,⁵³³ die auch bei der Einhaltung digitaler Formen einschlägig sein können.

c) Datenmissbrauch

Die Daten, die im Verlauf eines Rechtsgeschäfts, das einer digitalen Form genügen muss, mit anderen Beteiligten geteilt werden, werden versendet und anschließend an unterschiedlichen digitalen Stellen gespeichert. An diesen Stellen kann eine Person mit Hilfe eines Programms oder auch ein selbstständiges Programm (im Folgenden zusammen: Ein "unberechtigter Dritter") unberechtigt auf die Daten zugreifen und diese löschen, verfälschen beziehungsweise korrumpieren und/oder ausspionieren beziehungsweise stehlen/extrahieren (im Folgenden zusammen: "Missbrauchen").

Da das Löschen von Daten als eine Fälschung bezüglich der Existenz der Daten angesehen werden kann, werden das Löschen und die Fälschung von Daten gemeinsam behandelt (im Folgenden zusammen: "Verfälschen" beziehungsweise "Fälschung"). Eine Fälschung von Daten kann als nachträgliche Veränderung beschrieben werden, wodurch die Integrität und Authentizität der Daten geschwächt wird.⁵³⁴ Daten können nicht nur von den Berechtigten zu ihren Gunsten verfälscht werden, sondern auch von unberechtigten Dritten, die möglicherweise ein Interesse an einer Fälschung haben. Als Folge einer Datenfälschung kann ein Dritter getäuscht werden, sollte der Betroffene auf die gefälschten Daten vertrauen. Indem zum Beispiel eine unzutreffende finanzielle Lage vorgetäuscht wird, können diesbezüglich zweifelhafte Erwartungen aufgebaut werden.

⁵³¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 191.

⁵³² BVerfG, Beschluss vom 11. Juni 1991 - 1 BvR 239/90 -, BVerfGE 84, 192 Rn. 12; *Wente*, NJW 1984, 1446 f.

⁵³³ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 191 m.w.N.

⁵³⁴ Siehe daran angelehnt den strafrechtlichen Begriff der Veränderung von Daten im Sinne von § 269 StGB: *Erb*, in: MüKo StGB, § 269 Rn. 37.

Für einen negativen Einfluss müssen die Daten aber nicht zwangsläufig verfälscht werden, sondern können auch gestohlen werden. Der Begriff des Diebstahls ist dabei in der Regel unzutreffend, da die Daten nicht im herkömmlichen Sinne gestohlen, sondern die semantische Information oder die Daten selbst unberechtigterweise kopiert werden; sie bleiben dem Berechtigten jedoch erhalten, wenn sie nicht zusätzlich gelöscht werden. Nichtsdestotrotz erlangt ein unberechtigter Dritter die tatsächliche Herrschaft über die Daten.⁵³⁵ Im Laufe der letzten Jahre kam es vermehrt zu kriminellen Angriffen auf Datenbanken von Privatpersonen und Gesellschaften,⁵³⁶ die oftmals auf die Spionage anderer Techniken oder die Erpressung der Berechtigten mit Hilfe der gesammelten Daten abzielten.⁵³⁷ Besonders betroffen waren dabei mittelständische Unternehmen, die sich regelmäßig nicht in gleichem Maße schützen (können) wie große Unternehmen.⁵³⁸ Ein unberechtigter Dritter kann dabei unterschiedliche Motive verfolgen. Durch den Datendiebstahl kann beispielsweise die finanzielle, politische oder technische Position eines unberechtigten Dritten verbessert werden. Der Industriespionage, die in den letzten Jahrzehnten zugenommen hat,⁵³⁹ kommt dabei eine besondere Bedeutung zu. Vornehmlich betroffen sind Unternehmen, die im Kommunikations-, Biotechnologie-, Maschinenbau-, Energie- oder im Raumfahrtsektor tätig sind.⁵⁴⁰ Durch den Verlust der Exklusivität der Daten kann der Berechtigte einen elementaren Wettbewerbsvorteil verlieren, während der unberechtigte Dritte seine Position verbessern kann. Ein unberechtigter Dritter könnte aber auch an den Daten der Kunden und Lieferanten, das heißt dem Netzwerk des Unternehmens, interessiert sein. Zudem kann ein unberechtigter Dritter auch auf Missstände aufmerksam machen wollen.⁵⁴¹ Meist sollen die gestohlenen Daten in diesen Fällen

⁵³⁵ Siehe daran angelehnt den strafrechtlichen Begriff der Verschaffung von Daten im Sinne von § 202a StGB: *Graf*, in: MüKo StGB, § 202a Rn. 56.

⁵³⁶ Siehe beispielsweise den Diebstahl der Daten von 500 Mio. Yahoo-Konten: *Schmiech*, in: Wolff/Göbel, Digitalisierung, 1 (17); ebenfalls wurden beim Equifax-Hack die Daten von 143 Millionen Amerikanerinnen und Amerikanern gestohlen: *Djeffal*, MMR 2019, 289; Anfang 2020 wurden zudem 10 Terabyte Kundendaten von Buchbinder in der Bundesrepublik Deutschland veröffentlicht: <https://www.heise.de/ct/artikel/Daten-Leak-bei-Autovermietung-Buchbinder-3-Millionen-Kundendaten-offen-im-Netz-4643015.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵³⁷ *Spindler*, ZGR 2018, 17 (20).

⁵³⁸ *Wilke*, NZWiSt 2019, 168 (169).

⁵³⁹ *Wilke*, NZWiSt 2019, 168 f.

⁵⁴⁰ *Wilke*, NZWiSt 2019, 168.

⁵⁴¹ So genannte "Whistleblower", siehe zum Schutz der Whistleblower: *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 ff.

den Strafverfolgungsbehörden zukommen und Beweise für einen Prozess liefern; trotz der unrechtmäßigen Erlangung der Daten dürfen sie in einem Prozess grundsätzlich verwertet werden.⁵⁴²

d) Schutzmaßnahmen

Um den Problemen der Datensicherheit im Rahmen digitaler Formen entgegenzuwirken, können verschiedene Maßnahmen ergriffen werden.

Die informationelle Selbstbestimmung der Beteiligten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hat einen bedeutenden Einfluss auf den Umfang der Datenverarbeitung.⁵⁴³ Ein wichtiger Bestandteil des Datenschutzes, durch den Transparenz gewährleistet werden soll, ist die Einwilligungsvoraussetzung beim Teilen von Daten, siehe etwa Art. 6 Abs. 1 UA. 1 lit. a DSGVO.⁵⁴⁴ Je bedeutender die Daten sind und je weniger sich die Einwilligung aus dem Kontakt der Beteiligten ergibt, desto höhere Anforderungen sind an die Eindeutigkeit der Einwilligung zu stellen.⁵⁴⁵ Auch bei der Nutzung digitaler Formen kann eine solche Einwilligungspflicht Abhilfe schaffen. Letztendlich bleibt allerdings fraglich, inwiefern eine Einwilligung, ähnlich wie Allgemeine Geschäftsbedingungen, von den Beteiligten gelesen und ernstgenommen wird.⁵⁴⁶

Dem Problem des Datenmissbrauchs kann heutzutage mithilfe von schützender Software entgegengewirkt werden; etwa eine Software, die eine nachträgliche Veränderung von digitalen Dokumenten entsprechend kennzeichnet, wie sie bereits bei der Nutzung der elektronischen Form zum Einsatz kommt.⁵⁴⁷

⁵⁴² Siehe hierzu: *Wilke*, NZWiSt 2019, 168 ff.

⁵⁴³ *Masing*, NJW 2012, 2305 (2308).

⁵⁴⁴ *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 6 DSGVO Rn. 3 ff.

⁵⁴⁵ *Masing*, NJW 2012, 2305 (2308 f.); zur Materialisierung im Hinblick auf die Einwilligung: *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 6 DSGVO Rn. 5.

⁵⁴⁶ Die Cisco Consumer Privacy Study aus dem Jahr 2019 zeigt allerdings, dass Privatsphäre und Datensicherheit für Menschen weltweit bereits wichtig ist und noch wichtiger wird, abrufbar unter: https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-consumer-privacy-infographic-2020.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁴⁷ Siehe zum Beispiel in Bezug auf die Sicherheit einer qualifizierten elektronischen Signatur Art. 24 Abs. 2 lit. f eIDAS-VO; *B.E. Brisch/K.M. Brisch*, in: Hoeren/Sieber/Holzner Multimedia-Recht, Teil 13.3 Rn. 3.

Außerdem wirkt eine strafrechtliche Verfolgung der Beteiligten dem Problem präventiv entgegen.⁵⁴⁸ Um bei einem Datenmissbrauch nicht schutzlos dazustehen und insbesondere keine Managerhaftung zu riskieren,⁵⁴⁹ können sich die Beteiligten mittlerweile auch durch den Abschluss einer entsprechenden Versicherung behelfen.⁵⁵⁰

Auch wenn eine vollständige Sicherung der digitalen Zugriffsmöglichkeiten wegen der schnelllebigsten Entwicklung der technischen Möglichkeiten nur begrenzt möglich ist, kann durch diverse Gesetze ein Ordnungsrahmen geschaffen werden, durch den der unberechtigte Zugriff erschwert wird.⁵⁵¹ Der Datenschutz gleicht im Zivilrecht jedoch weiterhin einer Art "Flickenteppich".⁵⁵²

Die Gesetze und Vorgaben, die die Datenverarbeitung und die Verhinderung von Datenmissbrauch bei der Nutzung digitaler Formen regeln, sollten dem Bedürfnis nach Datensicherheit gerecht werden. Dabei ist einerseits auf die technische Sicherheit und Integrität des jeweiligen digitalisierten Prozesses zu achten; auch die Anonymisierung der Daten spielt eine bedeutende Rolle.⁵⁵³ Für die Integrität der digitalen Prozesse im Rahmen einer digitalen Form könnte es zum Beispiel zweckmäßig sein, die Datenverarbeitung und die Verhinderung des Datenmissbrauchs einer öffentlichen Stelle zu überlassen.⁵⁵⁴ Andererseits muss die Transparenz für den Bürger in größtmöglichem Ausmaß gewährleistet werden, damit dieser sich der Reichweite der Datenverarbeitung bewusst sein kann.⁵⁵⁵ Im Rahmen digitaler Formen können diese Ziele etwa durch entsprechende Hinweis- und Belehrungspflichten erreicht werden.⁵⁵⁶

⁵⁴⁸ Beispiele hierfür sind: §§ 202a ff. StGB und §§ 303a ff. StGB.

⁵⁴⁹ Zu einer möglichen Managerhaftung bei Cyberangriffen: *Schmidt-Versteyl*, NJW 2019, 1637 (1639).

⁵⁵⁰ Siehe allgemein zu Cyberversicherungen: *Malek/Schütz*, r+s 2019, 421 ff.

⁵⁵¹ Zu nennen sind: Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Telemediengesetz (TMG), Urhebergesetz (UrhG) und Telekommunikationsgesetz (TKG).

⁵⁵² Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart" vom 15. Mai 2017 (siehe Fußnote 496), S. 8.

⁵⁵³ *Kelber*, ZD 2020 73 (75 f.).

⁵⁵⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 110; siehe hierzu Kapitel F.I.1.d.

⁵⁵⁵ *Kelber*, ZD 2020 73 (74).

⁵⁵⁶ Siehe die Anforderungen an die qualifizierten Vertrauensdienstleister (Kapitel E.II.) und Notare (Kapitel F.).

2. Vertrauen

Aus den Datenmissbrauchsmöglichkeiten ergeben sich Probleme hinsichtlich des Vertrauens, das der digitalen Kommunikation und insofern auch digitalen Formen entgegengebracht wird.⁵⁵⁷ Von einer subjektiven Kommunikationsäquivalenz⁵⁵⁸ ist deshalb noch nicht auszugehen. Obwohl sich das Vertrauen der Menschen in die Sicherheit von Daten über die letzten Jahre ein wenig verbessern konnte,⁵⁵⁹ bleibt weiterhin das Problem bestehen, dass ihr, insbesondere beim Austausch von sensiblen Daten, mit Skepsis begegnet wird.

Die Intensität des Misstrauens hängt dabei vor allem von den technischen Kenntnissen der jeweiligen Person ab. Im Ergebnis muss eine digitale Form in einer Art und Weise ausgestaltet sein, die das Vertrauen der Beteiligten in die neue Vorgehensweise stärkt und Bedenken so gut es geht aus dem Weg räumt.⁵⁶⁰ Dazu müssen die Beteiligten über die digitalen Möglichkeiten, die Benutzung und die getroffenen Maßnahmen hinsichtlich der Datensicherheit unterrichtet werden. Die Beteiligung einer vertrauenserweckenden Person, zum Beispiel eines Notars, kann das Vertrauen der Beteiligten in die neue Vorgehensweise zusätzlich stärken.⁵⁶¹

3. Ökologische Nachteile

Der Wechsel von analogen zu digitalen Kommunikationsmitteln im Rahmen digitaler Formen kann zu mehr Energieverbrauch führen und insofern zu mehr Emissionen durch die Energiegewinnung. Gemessen am weltweiten Stromverbrauch nimmt das Internet beispielsweise einen Anteil von 10 Prozent ein.⁵⁶² Die positiven Effekte auf den Baumbestand und die Luftqualität können nur dann ohne bemerkenswerte Nachteile prognostiziert werden, wenn in großen Teilen der Welt die Energie nicht mehr durch die Verbrennung von fossilen Energieträgern, wie Kohle oder Öl,

⁵⁵⁷ Siehe hierzu die Ergebnisse einer Studie von PWC, die das Verhältnis der befragten Menschen zur Digitalisierung darstellen soll, abrufbar unter: <https://www.pwc.de/de/digitale-transformation/pwc-digitisation-market-research-update.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁵⁸ Siehe Kapitel F.I.2.b.

⁵⁵⁹ Laut einer Umfrage aus dem Jahr 2021, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/217842/umfrage/sicherheit-von-persoenlichen-daten-im-internet/#professional> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁶⁰ Zur Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts: *Lieder*, NZG 2020, 81 ff.

⁵⁶¹ Siehe Kapitel F.I.2.

⁵⁶² <https://www.kontextwochenzeitung.de/debatte/411/digital-first-planet-second-5716.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

gewonnen wird, sondern erneuerbare Energien, wie Wind-, Wasserkraft und Solarenergie genutzt werden.⁵⁶³

In Smartphones, Computern und anderen technischen Geräten, die für die Einhaltung einer digitalen Form notwendig sind, werden Rohstoffe verbaut, bei denen die Abbaumenge von der Europäischen Kommission teilweise als kritisch eingestuft wird.⁵⁶⁴ Der Abbau dieser kritischen Rohstoffe hängt oftmals mit der hohen Nachfrage im Zuge der Digitalisierung zusammen.⁵⁶⁵

Auch die Entsorgung der technischen Geräte und das anschließende Recycling kann organisatorische und gesundheitliche Probleme bereiten,⁵⁶⁶ obwohl das Recycling wegen der Seltenheit mancher Rohstoffe von überragender Bedeutung ist.⁵⁶⁷

Die erwähnten ökologischen Vorteile⁵⁶⁸ müssen insofern mit diesen Folgeproblemen in Einklang gebracht werden. Zumindest können sie nicht ohne die genannten ökologischen Risiken betrachtet werden.

4. Auslegungsprobleme

Als weiteres mögliches Problem digitaler Formen können Auslegungsprobleme angeführt werden.⁵⁶⁹ Die meisten Vorschriften des deutschen Rechtssystems wurden zu einem Zeitpunkt eingeführt, in dem die Digitalisierung noch nicht oder nicht in vergleichbarem Maße vorangetrieben wurde. Die Auslegung der Vorschriften hinsichtlich digitaler Formen könnte in der Anfangsphase

⁵⁶³ Zu den ökologischen Folgen eines solchen Wechsels: *Stengel*, in: Stengel/van Looy/Wallaschkowski, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 193 (203 ff.).

⁵⁶⁴ Siehe Mitteilung der Europäischen Kommission vom 13. September 2017 (COM (2017) 490 final), S. 4 ff., abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-490-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁶⁵ <https://www.kontextwochenzeitung.de/debatte/411/digital-first-planet-second-5716.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁶⁶ <https://www.quarks.de/umwelt/muell/so-wenig-von-deinem-elektroschrott-wird-wirklich-verwertet/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁶⁷ <https://www.verbraucherzentrale.nrw/wissen/digitale-welt/mobilfunk-und-festnetz/smartphonerecycling-11540> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁶⁸ Kapitel D.II.3.

⁵⁶⁹ Zum Problem des Kollisionsrechts: *Spindler*, ZGR 2018, 17 (20).

Schwierigkeiten bereiten. Diese Auslegungsschwierigkeiten sollten allerdings kein unüberwindbares Hindernis darstellen.⁵⁷⁰ Dennoch können die anfänglichen Auslegungsschwierigkeiten und die damit zusammenhängende Rechtsunsicherheit für die Beteiligten als untergeordnete Herausforderung angesehen werden.

IV. Zusammenfassung

Die Digitalisierung durchzieht nahezu alle Bereiche des persönlichen und geschäftlichen Alltags. Auch wenn die Auswirkungen der Digitalisierung nicht nur positiv ausgelegt werden und aufgrund der bestehenden Risiken und Unsicherheiten⁵⁷¹ für den normalen Bürger überwältigend und unüberschaubar sein können, sollten sie vom Gesetzgeber berücksichtigt und akzeptiert werden, da sie sich nicht mehr umkehren lassen.⁵⁷² Stattdessen sollte ihr Potenzial so früh wie möglich erkannt und genutzt werden,⁵⁷³ auch im Bereich der Formen. Gleichzeitig sollte den Problemen der digitalen Formen durch eine gewissenhafte Umsetzung entgegengewirkt und mögliche Grenzen der Digitalisierung im juristischen Bereich beachtet werden.⁵⁷⁴

Digitale Formen haben gegenüber traditionellen Formen einige Produktivitäts- und Effizienzvorteile,⁵⁷⁵ die sie für bestimmte Rechtsgeschäfte äußerst attraktiv machen können.⁵⁷⁶ Darüber hinaus können digitale Formen einen positiven Effekt auf die negative ökologische Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte haben. Gegenüber der Formfreiheit haben sie die Vorteile, die mit ihren jeweiligen Formwirkungen einhergehen.⁵⁷⁷

Im Zuge der Digitalisierung der Formen wird der Gesetzgeber und Bürger dagegen auch mit gewissen Herausforderungen konfrontiert. Die Probleme der Datensicherheit schwächen das Vertrauen der Bürger. Neben den möglichen positiven ökologischen Effekten kann die Digitalisierung von Formen auch zu mehr Energieverbrauch und dem Verbrauch seltener Rohstoffe führen.

⁵⁷⁰ Bei diesen Schwierigkeiten hilft der hohe Abstraktionsgrad des Bürgerlichen Gesetzbuches. So auch, in Bezug auf die elektronische Form und Textform: *Schippel*, in: Festschrift Walter Odersky, 657 ff.

⁵⁷¹ Historikern fällt es schwer einzuschätzen, wie die Welt in 30 Jahren aussehen wird: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 1 (10 f.) m.w.N.

⁵⁷² *Thorhauer*, in: *Thorhauer/Kexel*, Facetten der Digitalisierung, 1.

⁵⁷³ *Thorhauer*, in: *Thorhauer/Kexel*, Facetten der Digitalisierung, 1.

⁵⁷⁴ Allgemein zu den Grenzen von Legal Tech: *Wagner*, notar Heft 3/2021, 89 (90).

⁵⁷⁵ So auch Erwägungsgrund (2) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁵⁷⁶ BT-Drs. 14/4987, S. 10.

⁵⁷⁷ Vgl. Kapitel B.II.2.

Falls die Vorteile der digitalen Formen die Nachteile nicht überwiegen, bleibt weiterhin der rechtspolitische "Left Behind"-Gedanke,⁵⁷⁸ auch "digitaler Darwinismus"⁵⁷⁹ genannt, der ein Zurücklassen derjenigen prognostiziert, die die digitale Entwicklung nicht mitgehen, sondern sich vor dieser verschließen.

⁵⁷⁸ Allgemeiner Gedanke in Bezug auf Unternehmen: *Schmiech*, in: Wolff/Göbel, Digitalisierung, 1 (3).

⁵⁷⁹ Allgemeiner Gedanke in Bezug auf Unternehmen: *Schmiech*, in: Wolff/Göbel, Digitalisierung, 1 (14).

E. Digitale Formen de lege lata

Im Folgenden werden die digitalen Formen de lege lata vorgestellt. Bei zwei der bereits eingeführten Formen des deutschen Rechtssystems, der Textform und der elektronischen Form, handelt es sich um digitale Formen. Beide Formen sind nicht auf das Medium "Papier" angewiesen und gehören insofern nicht zu den traditionellen Formen des deutschen Rechtssystems. Ihre Anforderungen können vollkommen digital erfüllt werden, ohne dass auf ein haptisches Medium zurückgegriffen oder die physische Anwesenheit eines Beteiligten verlangt werden muss. Sie wurden am 01. August 2001 eingeführt, als das "Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr"⁵⁸⁰ in Kraft trat.

Damit die Unterschiede zwischen den traditionellen Formen und den digitalen Formen de lege lata verdeutlicht werden, folgt die Darstellung der Textform und elektronischen Form dem gleichen Schema. Die Darstellungsreihenfolge orientiert sich somit an der Strenge der Anforderungen der Formen, die aufsteigend sortiert werden. Nach einem Abriss der Formanforderungen wird erörtert, ob und inwieweit die Textform und die elektronische Form die in Kapitel B.II.2. beschriebenen Formwirkungen nach sich ziehen, wie ihr Verhältnis zu den traditionellen Formen einzuordnen ist und worin ihr jeweiliger Hauptanwendungsbereich besteht, wenn es einen solchen gibt.

I. Textform

Die Textform ist die mildeste Form des deutschen Rechtssystems.⁵⁸¹ Ihre Formanforderungen können mit verhältnismäßig wenig Aufwand erfüllt werden; dafür sind die Formwirkungen meist nur schwach ausgeprägt. Aus diesen Gründen wurde ihre Notwendigkeit bei der Einführung teilweise bezweifelt.⁵⁸² Von der Textform sollten diejenigen bisher verstreuten Fälle erfasst werden, bei

⁵⁸⁰ Fußnote 2.

⁵⁸¹ BT-Drs. 14/4987, S. 20.

⁵⁸² Siehe etwa: BR-Drs. 535/00, S. 1 f.

denen ein förmliches Festhalten des Erklärten sinnvoll, eine Unterschrift jedoch entbehrlich und insofern hinderlich erscheint.⁵⁸³

1. Anforderungen

Um die Anforderungen der Textform zu erfüllen, muss nach § 126 S. 1 BGB eine lesbare Erklärung inklusive der Informationen zur Person des Erklärenden auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden; das Vorliegen einer Unterschrift oder Urkunde ist hingegen nicht erforderlich.⁵⁸⁴

Das wesentliche Merkmal der Textform ist die Abgabe der Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger im Sinne von § 126b S. 2 BGB. Das Medium muss dem Empfänger gemäß § 126b S. 2 Nr. 1 BGB ermöglichen, die Erklärung, die an ihn gerichtet wurde, aufbewahren oder speichern zu können, sodass sie ihm für einen angemessenen Zeitraum zugänglich ist. Des Weiteren muss eine unveränderte Wiedergabe gewährleistet werden nach § 126b S. 2 Nr. 2 BGB.

Das Merkmal der Speicherbarkeit wird unter anderem bei der Nutzung von Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten, Festplatten oder E-Mails erfüllt.⁵⁸⁵ Auf die tatsächliche Speicherung der Erklärung kommt es nicht an.⁵⁸⁶ Das Medium muss gewährleisten, dass die Erklärung dem Empfänger persönlich zugeht im Sinne von § 130 BGB und von diesem selbst gespeichert werden kann.⁵⁸⁷ Zudem muss das Medium sicherstellen, dass die Erklärung für einen angemessenen Zeitraum gespeichert oder aufbewahrt werden kann; eine endlose Verfügbarkeit muss dagegen

⁵⁸³ BT-Drs. 14/4987, S. 18: „Die Textform ist für solche bislang der strengen Schriftform unterliegenden Fälle vorgesehen, in denen das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift unangemessen und verkehrerserschwerend ist. Das ist insbesondere bei Vorgängen ohne erhebliche Beweiswirkung und bei nicht erheblichen oder leicht wieder rückgängig zu machenden Rechtsfolgen einer der Schriftform unterworfenen Erklärung der Fall, also in den Fällen, in denen der Beweis- und der Warnfunktion der Schriftform ohnehin kaum Bedeutung zukommt.“; *Jandt*, in: Roßnagel Telemediendienste, § 126b BGB Rn. 24.

⁵⁸⁴ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 9.

⁵⁸⁵ Erwägungsgrund (23) der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁸⁶ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126b Rn. 9.

⁵⁸⁷ Ein textformwirksamer Zugang einer Erklärung verlangt das Einverständnis des Empfängers, über ein bestimmtes Medium erreichbar zu sein: *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 22.

nicht garantiert werden.⁵⁸⁸ Die Angemessenheit des Zeitraums bemisst sich nach der Art und dem Zweck des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts.⁵⁸⁹ Innerhalb dieses Zeitraums muss der Empfänger in der Lage sein, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Auf die tatsächliche Wiedergabe der Erklärung durch den Empfänger kommt es nicht an.⁵⁹⁰

Die Erklärung muss lesbar sein und die Urheberschaft eindeutig erkennen lassen. Die Lesbarkeit einer Erklärung ist gegeben, wenn ihr Inhalt verstanden werden kann und sie nicht ausschließlich auf abstrakte Weise lesbar ist.⁵⁹¹ Ausreichend für die Urheberschaftserkennung ist die Namensnennung, aber auch jede andere Bezeichnung, durch die die Person des Erklärenden identifiziert werden kann. Der Erklärende im Sinne von § 126b S. 1 BGB ist trotz des unterschiedlichen Wortlauts mit dem Aussteller gemäß §§ 126 Abs. 1, 126a Abs. 1 BGB gleichzusetzen.⁵⁹²

Vor dem "Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung"⁵⁹³ wurde noch eine speicherbare Erklärung verlangt, die den Abschluss und den Absender erkennen lassen musste. Nach der Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU⁵⁹⁴ des Europäischen Parlaments und des Rates entwickelte sich die einstige Textform zu einer Art "Textform light"⁵⁹⁵. Die Kenntlichmachung des räumlichen Abschlusses der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder auf eine andere Weise ist somit seit

⁵⁸⁸ Eine Grenze wurde hier beispielsweise bei der Speicherung in einem Festplatten-Cache gezogen: OLG Stuttgart, Beschluss vom 04. Februar 2008 - 2 U 71/07 -, MMR 2008, 616.

⁵⁸⁹ *Boente/Riehm*, Jura 2001, 793 (794).

⁵⁹⁰ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126b Rn. 9.

⁵⁹¹ Ausreichend ist jede lebendige oder tote Sprache: *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126b Rn. 3.

⁵⁹² *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126b Rn. 7.

⁵⁹³ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013, BGBl. I 3642.

⁵⁹⁴ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁵⁹⁵ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 8a.

dem 12. Juni 2014 kein geschriebenes Tatbestandsmerkmal mehr.⁵⁹⁶ Mit dieser sprachlichen Änderung sollte allerdings keine inhaltliche Änderung einhergehen, sodass die Kenntlichmachung des Abschlusses nunmehr ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Textform ist.⁵⁹⁷

Obwohl die Ersetzbarkeit der Textform gesetzlich nicht geregelt ist, kann diese als die Form mit den geringsten Anforderungen durch die Schriftform, die elektronische Form, die öffentliche Beglaubigung und die notarielle Beurkundung ersetzt werden.⁵⁹⁸

2. Warnfunktion

a) Wirkung der Textform

Die Textform kann ohne nennenswerten direkten finanziellen Aufwand erfüllt werden.

Der zeitliche Aufwand hängt von dem Umfang der Erklärung und insofern vom Einzelfall ab. Die Textform kann bereits durch das Verschicken einer E-Mail erfüllt werden. Eine E-Mail ist in der heutigen Zeit, insbesondere im beruflichen Alltag, jedoch schnell verschickt.⁵⁹⁹ Ohne jegliche Art der Unterschrift – es muss schließlich nur der Absender genannt werden – gleicht die E-Mail vielmehr einer virtuellen Unterhaltung und wird insofern nicht erheblich ernster genommen als das gesprochene Wort. Das gesprochene Wort und eine Erklärung, bei der die Anforderungen der Textform erfüllt sind, unterscheiden sich abgesehen von der Dauerhaftigkeit der Verfügbarkeit schließlich kaum.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ Vgl. zur Entwicklung und den Gründen der Entwicklung von § 126b BGB: *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 126b Rn. 7 ff.

⁵⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 44.

⁵⁹⁸ Dies „[...] ergibt sich zwingend aus ihrer Art als einfachste Form [...]“: BT-Drs. 14/4987, S. 20; *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 6.

⁵⁹⁹ So auch: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG § 125 Rn. 37.

⁶⁰⁰ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126b Rn. 9.

Somit entfaltet die Textform im Vergleich zu allen anderen gesetzlichen Formen die geringste Warnwirkung.⁶⁰¹ Nichtsdestotrotz kommt ihr eine gewisse Warnwirkung zu, indem der Gesetzgeber die Form eines Rechtsgeschäfts vorgibt und die Gestaltungsfreiheit der Beteiligten einschränkt.⁶⁰²

b) Anwendungsbereich

Aus diesen Gründen wird die Textform nur sehr selten vorgeschrieben, um einen Warnzweck zu erfüllen. Beispiele hierfür sind die Kündigung oder die Vollmacht zur Kündigung eines Verbrauchervertrags gemäß § 312h BGB⁶⁰³ und die Zustimmung zur Beschlussfassung außerhalb einer Gesellschafterversammlung gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG⁶⁰⁴.

3. Beweiswirkung

Die Textform bietet den schwächsten Beweis aller gesetzlichen Formen.⁶⁰⁵

Wenn die Erklärung in Papierform abgegeben wurde, richtet sich der Beweis nach §§ 415 ff. BGB. Aufgrund der fehlenden Unterschrift besteht jedoch keine Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO mit der entsprechenden Beweiskraft. Wenn die Erklärung in elektronischer Form abgegeben wurde, kann nur ein Beweis durch Augenschein im Sinne von §§ 371, 372 ZPO angestrebt werden.⁶⁰⁶ § 371a ZPO findet grundsätzlich keine Anwendung auf die Textform;⁶⁰⁷ nur in dem Fall, dass eine E-Mail von einem DE-Mail-Konto verschickt wurde, entfaltet die Textform gemäß § 371a Abs. 2 ZPO einen Anscheinsbeweis der Echtheit.⁶⁰⁸

Die Beweislast richtet sich nach der allgemeinen Beweislastregel.⁶⁰⁹

⁶⁰¹ So auch der Gesetzgeber in: BT-Drs. 14/4987, S. 18: „Die Textform ist nur für solche Formatbestände vorgesehen, bei denen eine ausreichende Rechtssicherheit auch gegeben ist, wenn beispielsweise lediglich eine Kopie einer Erklärung (z.B. Telefax), ein nicht unterschriebenes Papierdokument herkömmlich postalisch oder die Erklärung überhaupt nur mittels telekommunikativer Einrichtungen übermittelt wird. Dies gilt vor allem für die Formatbestände, bei denen keiner der Beteiligten und auch kein Dritter ein ernsthaftes Interesse an einer Fälschung der Erklärung haben kann.“

⁶⁰² Mithin hat jede Form eine gewisse Warnwirkung: *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 37; siehe auch Kapitel B.II.2.a.aa.

⁶⁰³ *Wendehorst*, in: MüKo BGB, § 312h Rn. 2.

⁶⁰⁴ *Liebscher*, in: MüKo GmbHG, § 48 Rn. 160.

⁶⁰⁵ *Boente/Riehm*, Jura 2001, 793 (795).

⁶⁰⁶ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126b Rn. 39.

⁶⁰⁷ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 28.

⁶⁰⁸ Zu den Voraussetzungen des § 371a Abs. 2 ZPO: *Zimmermann*, in: MüKo ZPO, § 371a Rn. 6 f.

⁶⁰⁹ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126b Rn. 40.

4. Kontrollwirkung

Da bei Erfüllung der Anforderungen der Textform keine Instanz zwischengeschaltet wird, die die Identität der Beteiligten oder das Rechtsgeschäft kontrolliert, zieht die Textform selbst keine Kontrollwirkung nach sich. Ein Rechtsgeschäft, das in Textform festgehalten wurde, kann im Nachhinein jedoch besser kontrolliert werden als ein formloses Rechtsgeschäft.

Formvorschriften, bei denen die Textform primär einen Kontrollzweck erfüllen soll, sind jedoch nicht bekannt.⁶¹⁰

5. Besonderes Verhältnis der Textform zum Klarstellungszweck

Wie in Kapitel B.II.2.b.aa. bereits dargestellt wurde, lässt sich die Klarstellungswirkung in die Perpetuierung, die Abschlussklarstellung und die Inhaltsklarstellung aufteilen.

Es ist mittlerweile gängige Geschäftspraxis, vor dem Vertragsschluss im Zuge der Verhandlungen Entwürfe des Vertrags per E-Mail auszutauschen. Mangels Unterschrift bewirkt die Textform dabei keine Abschlussklarheit und kann somit keine klare Abgrenzung zwischen Vertragsverhandlung und Vertragsabschluss gewährleisten. Aus dem gleichen Grund kann der Vertragstext auch nicht räumlich abgeschlossen werden. Dagegen wird der Inhalt mit Hilfe der Textform wie durch jede andere Form dauerhaft klargestellt; sie wird insofern oft für Dokumentations- und Informationspflichten genutzt.⁶¹¹

Während andere Formen verschiedene Zwecke erfüllen können, kommt der Textform aufgrund der geringen Anforderungen, dem geringen Aufwand und der fehlenden Kontrolle kein ernstzunehmender weiterer Zweck neben der Klarstellung und Dokumentation des Rechtsgeschäfts zu.⁶¹² Die Textform eignet sich daher am besten für Erklärungen, bei denen ein Klarstellungs- und Dokumentationsbedürfnis besteht, die Beteiligten jedoch nur in geringem Maße gewarnt und nicht belehrt werden müssen, der Erklärung keine erhöhte Beweiswirkung zukommen soll und eine

⁶¹⁰ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 5.

⁶¹¹ BT-Drs. 14/4987, S. 19; *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126b Rn. 9.

⁶¹² Kritisch zur Notwendigkeit der Textform aufgrund der mangelnden Formwirkungen: BT-Drs. 14/4987, S. 33; BR-Drs. 535/00, S. 1 f.; so auch *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 5.

Kontrolle der Identität oder der Richtigkeit und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht notwendig erscheint.⁶¹³

Während bei der Schriftform, der öffentlichen Beglaubigung und der notariellen Beurkundung die Erklärungen auf Papier niedergelegt werden, werden die Erklärungen bei der Textform in der Regel digital festgehalten. Allgemein weist ein digitales Dokument eine höhere Dauerhaftigkeit auf als ein papiergebundenes Dokument, da das digitale Dokument im Gegensatz zu dem papiergebundenen Dokument nicht verfallen, sondern nur gelöscht werden kann. Im Einzelfall kann sich ein papiergebundenes Dokument dennoch länger halten als ein digitales Dokument.

Bei den Fällen, in denen die Textform zu Informationszwecken vorgeschrieben wird, soll es dem Empfänger ermöglicht werden, sich vor oder nach dem Vertragsschluss die Erklärungen nochmals durchzulesen.⁶¹⁴ Auch bei Rechtsausübungen, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, zum Beispiel im Fall des Verbraucherwiderrufs nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB,⁶¹⁵ muss der Verbraucher nicht vor Übereilung geschützt werden. Das Recht kann damit so schnell und einfach wie möglich ohne das Hindernis eines Unterschriftserfordernisses durch die Textform ausgeübt werden.

Die Textform könnte dabei auch durch jede andere Form ersetzt werden, da der Klarstellungs- und Dokumentationszweck von jeder anderen gesetzlichen Form in mindestens gleichem Maße erfüllt werden würde. Hierbei zeigt sich die Orientierung an dem Grundsatz der Formfreiheit, denn auch wenn die Klarstellungs- und Dokumentationswirkung anderer gesetzlicher Formen gleich oder – im Hinblick auf die Abschlussklarheit – größer ist, entscheidet sich der Gesetzgeber beziehungsweise sollte sich der Gesetzgeber für die Textform entscheiden, solange der Klarstellungs- und Dokumentationszweck nicht in den Schatten eines anderen Zwecks tritt.⁶¹⁶

⁶¹³ *Ellenberger*, in: Palandt, § 126b Rn. 1.

⁶¹⁴ *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126b Rn. 13.

⁶¹⁵ *Fritsche*, in: MüKo BGB, § 355 Rn. 48.

⁶¹⁶ Siehe Zitat in BT-Drs. 14/4987, S. 19: „Im Einzelnen ist die einzelfallbezogene Zuordnung zur Textform vor allem nach folgendem Maßstab zu prüfen: Je mehr für eine Formvorschrift die ‚Informations- oder Dokumentationsfunktion‘ im Verhältnis zur ‚Beweisfunktion‘ überwiegt und je mehr die ‚Warnfunktion‘ für den Erklärenden keine oder eine untergeordnete Rolle spielt, desto mehr spricht für eine Abschtichtung in Richtung Textform.“

Beispiele für den Anwendungsbereich der Textform sind Informationserklärungen für Verbraucherverträge gemäß § 312d Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit Art. 246a EGBGB,⁶¹⁷ die Bestätigung des Vertragsinhalts bei Fernabsatzverträgen gemäß § 12f Abs. 2 S. 1 BGB,⁶¹⁸ die Inhaltsmitteilung eines Ratenlieferungsvertrags gemäß § 510 Abs. 1 S. 3 BGB,⁶¹⁹ die Geltendmachung einer Mieterhöhung gemäß § 558a Abs. 1 BGB⁶²⁰ und die Einberufung einer Wohnungseigentümersversammlung gemäß § 24 Abs. 4 WEG^{621, 622}.

II. Elektronische Form

Die elektronische Form ist in § 126a BGB geregelt. Die genauen Voraussetzungen einer qualifizierten elektronischen Signatur, dem wesentlichen Tatbestandsmerkmal der elektronischen Form, finden sich in der eIDAS-Verordnung.⁶²³

1. Anforderungen

Die elektronische Form fordert nach § 126a Abs. 1 BGB, dass der Aussteller einem elektronischen Dokument seinen Namen hinzufügt und es mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versieht.

Ein elektronisches Dokument setzt sich aus elektronischen Daten⁶²⁴ zusammen, die dauerhaft wiedergegeben werden können und ohne technische Hilfsmittel nicht lesbar sind;⁶²⁵ jedoch müssen die Daten mit technischen Hilfsmitteln in Schriftzeichen lesbar gemacht werden können.⁶²⁶ An das Merkmal der Dauerhaftigkeit sind im Einzelfall, wie bei der Schriftform, keine hohen Anforderungen zu stellen.⁶²⁷

⁶¹⁷ Wendehorst, in: MüKo BGB, § 312d Rn. 1 f.

⁶¹⁸ Wendehorst, in: MüKo BGB, § 312f Rn. 2.

⁶¹⁹ Schnürnbrand/Weber, in: MüKo BGB, § 510 Rn. 32.

⁶²⁰ Artz, in: MüKo BGB, § 558a Rn. 1.

⁶²¹ Engelhardt, in: MüKo BGB, § 24 WEG Rn. 1.

⁶²² Vgl. Aufzählung in: Einsele, in: MüKo BGB, § 126b Rn. 2.

⁶²³ Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG: ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 73-114, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/910> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁶²⁴ Zum Begriff der Daten siehe Kapitel D.III.1.a.aa.

⁶²⁵ BT-Drs. 14/4987, S. 25.

⁶²⁶ Einsele, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 3.

⁶²⁷ Einsele, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 3; vgl. auch Kapitel C.I.1.

Der Name des Ausstellers muss dem Dokument von dem Aussteller oder einem Dritten hinzugefügt werden.⁶²⁸ Aussteller ist derjenige, der die Verantwortung für die Erklärung trägt.⁶²⁹ Durch die Namensnennung soll der Aussteller identifiziert werden können, sodass in der Regel mindestens der Familienname angegeben werden muss.⁶³⁰ Eine bestimmte Stelle, insbesondere um das Dokument räumlich abzuschließen, ist dafür vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.⁶³¹

Als entscheidendes Merkmal der elektronischen Form muss das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des Ausstellers verbunden werden. Das technische Verfahren einer qualifizierten elektronischen Signatur wird in Kapitel E.II.2. dargestellt.

Die qualifizierte elektronische Signatur ist eine fortgeschrittene elektronische Signatur mit weiteren Voraussetzungen.⁶³² Früher wurden die Begrifflichkeiten im Signaturgesetz konkretisiert, welches am 01. Juli 2016 größtenteils durch die eIDAS-VO verdrängt wurde und am 29. Juli 2017 durch das Inkrafttreten des Vertrauensdienstgesetzes (VDG)⁶³³ endgültig außer Kraft trat. Elektronische Signaturen sind gemäß Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die der Aussteller zum Unterzeichnen verwendet. Fortgeschrittene elektronische Signaturen müssen gemäß Art. 3 Nr. 11 eIDAS-VO neben den Voraussetzungen einer einfachen elektronischen Signatur auch die Anforderungen des Art. 26 eIDAS-VO erfüllen. Die Signatur muss also (a) dem Unterzeichner eindeutig zuzuordnen sein, (b) die Identifizierung des Unterzeichners ermöglichen, (c) unter Verwendung elektronischer Signaturerstellungsdaten erstellt worden sein und (d) auf eine solche Weise mit den unterzeichneten Daten verbunden worden sein, dass es möglich ist, nachträgliche Veränderungen der Daten zu erkennen. Daneben muss die qualifizierte elektronische

⁶²⁸ Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 26.

⁶²⁹ Einsele, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 5.

⁶³⁰ Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 26.

⁶³¹ Einsele, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 6.

⁶³² Zum Konzept der elektronischen Signatur: *B.E. Brisch/K.M. Brisch*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel Multimedia-Recht, Teil 13.3 Rn. 1 ff.

⁶³³ Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Durchführungsgesetz) vom 18. Juli 2018, BGBl. I S. 2745.

Signatur gemäß Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO zum Zeitpunkt der Signatur auf einem qualifizierten Zertifikat gemäß Art. 3 Nr. 15 eIDAS-VO beruhen und von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit gemäß Art. 3 Nr. 23 eIDAS-VO erstellt worden sein.

Bei Verträgen müssen die Beteiligten gemäß § 126a Abs. 2 BGB gleichlautende Dokumente signieren im Sinne von § 126a Abs. 1 BGB.⁶³⁴ Beim Abschluss eines Vertrags ist auch eine Kombination aus Schriftform und elektronischer Form möglich, §§ 126 Abs. 2, 126a Abs. 2 BGB.⁶³⁵

Die elektronische Form ist der Schriftform gemäß § 126 Abs. 3 BGB grundsätzlich gleichgestellt⁶³⁶ und kann die Schriftform ersetzen, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Insofern kann die elektronische Form auch nur als ein Unterfall der Schriftform angesehen werden.⁶³⁷ Für gewisse Rechtsgeschäfte schließt der Gesetzgeber die Ersetzbarkeit der Schriftform durch die elektronische Form aus, um die Erfüllung der mit der Schriftform verfolgten Formzwecke der jeweiligen Formvorschrift zu gewährleisten. Ein gesetzlicher Ausschluss wird meistens ausdrücklich geregelt, wie im Fall des § 623 Hs. 2 BGB, kann aber auch aus der Verwendung bestimmter Begriffe, wie etwa Urkunde, Schriftstück oder Aushändigung, konkludent abgeleitet werden.⁶³⁸

Laut Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr⁶³⁹ und nach wohl herrschender Meinung⁶⁴⁰ kann die Schriftform nur dann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn die Beteiligten einer Ersetzung ausdrücklich oder konkludent zustimmen.

Die elektronische Form kann, wie auch die Schriftform, durch eine notarielle Beurkundung ersetzt werden.⁶⁴¹

⁶³⁴ Es muss sich hingegen nicht um die gleiche Dokumentart handeln (z.B. Word, PDF etc.): *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 31.

⁶³⁵ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 32.

⁶³⁶ Vgl. die Darstellung der Wirkungen der Schriftform mit denen der elektronischen Form: BT-Drs. 14/4987, S. 16 f.

⁶³⁷ *Ellenberger*, in: Palandt, § 126a Rn. 1 f.

⁶³⁸ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 25; hierzu mehr in Kapitel E.II.3.a.aa.

⁶³⁹ BT-Drs. 14/4987, S. 15.

⁶⁴⁰ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 20 m.w.N.

⁶⁴¹ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 36.

2. Technisches Verfahren der qualifizierten elektronischen Signatur

Das technische Verfahren einer qualifizierten elektronischen Signatur kann wie folgt zusammengefasst werden:⁶⁴²

Vor dem Signieren registrieren beziehungsweise loggen sich die Beteiligten bei einem von der Bundesnetzagentur verifizierten Vertrauensdiensteanbieter⁶⁴³ im Sinne von Art. 3 Nr. 19 eIDAS-VO ein und beantragen eine qualifizierte elektronische Signierung, indem sie ein qualifiziertes Signaturzertifikat⁶⁴⁴ im Sinne von Art. 3 Nr. 15 eIDAS-VO erwerben. Meist werden die Beteiligten nach der Angabe der Signierungsbereitschaft beziehungsweise nach einem Klick auf das entsprechende Feld auf die Seite eines Vertrauensdiensteanbieters weitergeleitet, auf der anschließend die Zugangsdaten anzugeben sind.⁶⁴⁵

Mittels eines Algorithmus werden im Verschlüsselungsverfahren zwei verschiedene Schlüssel generiert, wobei die Informationen nur durch die Verwendung der zueinander passenden Schlüssel entschlüsselt werden können.⁶⁴⁶ Der erste Schlüssel (die Signaturerstellungsdaten) ist privat und wird dem Signierenden durch den Vertrauensdiensteanbieter zu einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit zugeordnet;⁶⁴⁷ der private Schlüssel sollte nur dem Signierenden bekannt sein.⁶⁴⁸ Der zweite Schlüssel (die Signaturvalidierungsdaten) ist öffentlich und wird dem Signierenden im Rahmen des Signaturzertifikats zugänglich gemacht. Für jeden privaten Schlüssel gibt es einen passenden öffentlichen Schlüssel,⁶⁴⁹ wobei jeder Signierende ein Schlüsselpaar besitzt.

Der Signierende verschlüsselt das Dokument mit Hilfe des Vertrauensdiensteanbieters, wobei die zu signierende Datei von dem Vertrauensdiensteanbieter mit einem sogenannten "Hash-Wert"⁶⁵⁰

⁶⁴² Siehe Grafik der Bundesnetzagentur, abrufbar unter: <https://www.bundesnetzagentur.de/EVD/DE/Verbraucher/Vertrauensdienste/Vertrauensdienste-start.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁶⁴³ Die bekanntesten Vertrauensdiensteanbieter in Deutschland sind DocuSign und Adobe Sign: *Fisch*, ZIP 2019, 1901 (1903).

⁶⁴⁴ Die Gültigkeitsdauer eines qualifizierten Zertifikats ist gemäß § 14 Abs. 3 SigV auf zehn Jahre begrenzt.

⁶⁴⁵ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 14.

⁶⁴⁶ Vgl. zum asymmetrischen Kryptoverfahren: *B.E. Brisch/K.M. Brisch*, in: Hoeren/Sieber/Holzner Multimedia-Recht, Teil 13.3 Rn. 25 ff.

⁶⁴⁷ *Fisch*, ZIP 2019, 1901 (1904).

⁶⁴⁸ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 10.

⁶⁴⁹ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 10.

⁶⁵⁰ Der Hash-Wert besteht aus einer Zahlenabfolge: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 10.

verschlüsselt wird. Die Informationen der Datei werden in eine mathematische Funktion umgewandelt, wobei jede Veränderung der Datei in einer Veränderung des Hash-Werts resultiert.⁶⁵¹ Der Hash-Wert gibt nicht die Informationen des elektronischen Dokuments wieder.⁶⁵² Die Sicherheit dieses Verfahrens wird dadurch bedungen, dass vom Hash-Wert nicht auf die Informationen und von den Informationen nicht auf den Hash-Wert zurückgeschlossen werden kann; es handelt sich insofern um einen digitalen Fingerabdruck.⁶⁵³ Am Ende wird der Hash-Wert des elektronischen Dokuments durch den privaten Schlüssel verschlüsselt; dieser verschlüsselte Hash-Wert stellt die qualifizierte elektronische Signatur dar.⁶⁵⁴

Nach dem Verschlüsselungsverfahren wird das elektronische Dokument mit dem Hash-Wert und dem Signaturzertifikat an den Empfänger geschickt. Mithilfe einer Prüfsoftware wird das Dokument verifiziert, wodurch sichergestellt wird, dass dieses vom Absender stammt und unverändert geblieben ist. Anhand des öffentlichen Schlüssels, der entweder vom Vertrauensdienstanbieter oder vom Absender übermittelt wird,⁶⁵⁵ wird der verschlüsselte Hash-Wert entschlüsselt.

Dieses Verfahren muss für jede qualifizierte elektronische Signatur wiederholt werden.⁶⁵⁶

Was technisch anspruchsvoll klingt, funktioniert in der Praxis regelmäßig schnell und unkompliziert.⁶⁵⁷ Im Bereich von Zivilprozessen und einfachen elektronischen Zeugnissen nach § 39a BeurkG gehört die qualifizierte elektronische Signatur schon lange zum Alltag.⁶⁵⁸ Verglichen mit der grundsätzlich gleichgestellten Schriftform beschränkt sich der Anwenderkreis der elektronischen Form allerdings vorwiegend auf Wirtschaftsunternehmen⁶⁵⁹ und Juristen⁶⁶⁰. In anderen Bereichen wird die elektronische Form in der Regel noch nicht umfassend akzeptiert.⁶⁶¹ Es wird argumentiert, dass sich an der geringen Zahl an Gerichtsentscheidungen⁶⁶² eine geringe

⁶⁵¹ Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 17.

⁶⁵² Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 17.

⁶⁵³ B.E. Brisch/K.M. Brisch, in: Hoeren/Sieber/Holznapel Multimedia-Recht, Teil 13.3 Rn. 24.

⁶⁵⁴ Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 18.

⁶⁵⁵ Einsele, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 10.

⁶⁵⁶ Fisch, ZIP 2019, 1901 (1904).

⁶⁵⁷ Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 14; anders: Noack/Kremer, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, § 126a Rn. 7.

⁶⁵⁸ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126a Rn. 38 f.

⁶⁵⁹ Mansel, in: Jauernig BGB, § 126a Rn. 2.

⁶⁶⁰ Primaczenko/Frohn, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 15.

⁶⁶¹ Jandt, in: Roßnagel Telemediendienste, § 126a BGB Rn. 45.

⁶⁶² Siehe etwa: OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 30. April 2012 - 4 U 269/11 -, MMR 2013, 133 f.; BAG, Beschluss vom 15. Dezember - 7 ABR 40/10 -, NZA-RR 2012, 413 ff.

Nutzung der elektronischen Form ableiten lässt.⁶⁶³ Die geringe Zahl an Gerichtsentscheidungen könnte aber auch mit der Sicherheit der elektronischen Form zusammenhängen, durch die Rechtsstreitigkeiten verhindert werden können.

3. Erfüllung der Formfunktionen

Eine qualifizierte elektronische Signatur hat gemäß Art. 25 Abs. 2 eIDAS-VO die gleiche Wirkung wie eine handschriftliche Unterschrift.⁶⁶⁴ Die Schriftform und die elektronische Form sollten also grundsätzlich die gleiche Wirkung haben ("Funktionsäquivalenz").⁶⁶⁵ Insofern werden bei der Darstellung der Formwirkungen der elektronischen Form oftmals Parallelen zu den Formwirkungen der Schriftform gezogen,⁶⁶⁶ zumal der Anwendungsbereich der elektronischen Form grundsätzlich dem Anwendungsbereich der Schriftform entspricht.

Dass allerdings nach Ansicht des Gesetzgebers Unterschiede in der Formwirkung bestehen, zeigen vor allem die Fälle, in denen eine Ersetzbarkeit der Schriftform durch die elektronische Form ausgeschlossen wird.⁶⁶⁷ Zunächst werden die Fälle gesammelt, in denen eine Wirkungsäquivalenz nach Einschätzung des Gesetzgebers nicht gegeben ist und insofern nur die Schriftform ausreicht. Dabei wird erörtert, ob Regelmäßigkeiten hinsichtlich der Rechtsnatur oder Wirkung der schriftformbedürftigen Rechtsgeschäfte zu erkennen sind.

Anschließend wird erläutert, ob die Einschätzung des Gesetzgebers zutrifft beziehungsweise inwieweit die elektronische Form eine Warn-, Beweis- und Kontrollwirkung nach sich zieht.

a) Einschränkung des Anwendungsbereichs

Wegen ihrer vermeintlich verringerten Warnwirkung wird die Ersetzbarkeit der Schriftform durch die elektronische Form für manche Rechtsgeschäfte ausgeschlossen.⁶⁶⁸ Aus diesem Grund lassen

⁶⁶³ Hertel, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 126a Rn. 37; zum Problem der geringen Akzeptanz: *Hähnchen*, NJW 2001, 2831 (2834).

⁶⁶⁴ B.E. Brisch/K.M. Brisch, in: Hoeren/Sieber/Holznapel Multimedia-Recht, Teil 13.3 Rn. 86 ff.

⁶⁶⁵ BT-Drs. 14/4987, S. 15; statt dem Begriff "Funktionsäquivalenz" wird der Begriff "Wirkungsäquivalenz" verwendet.

⁶⁶⁶ Vgl. Kapitel C.I.

⁶⁶⁷ *Hähnchen*, NJW 2001, 2831 (2832).

⁶⁶⁸ Einsele, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 23.

sich Erkenntnisse zur skeptischen Einstellung⁶⁶⁹ des Gesetzgebers gegenüber der elektronischen Form aus den gesetzlich geregelten Ausschlüssen der Ersetzbarkeit erlangen.

Die elektronische Form wird unter anderem für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 623 Hs. 2 BGB, für die Erteilung einer Bürgschaft gemäß § 766 S. 2 BGB, für die Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens gemäß § 780 S. 2 BGB und für die Erteilung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses gemäß § 781 S. 2 BGB ausdrücklich ausgeschlossen.

Auch durch die Verwendung bestimmter Begriffe wie "Urkunde"⁶⁷⁰ oder "Aushändigung" wird die elektronische Form konkludent ausgeschlossen. Beispiele hierfür sind die Schuldverschreibung auf den Inhaber gemäß § 793 Abs. 1 S. 1 BGB, die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde gemäß § 172 Abs. 1 BGB, die Erteilung der Anweisung gemäß § 785 BGB, die Übertragung der Anweisung gemäß § 792 Abs. 1 S. 3 BGB und die Beschlussfassung durch abwesende Aufsichtsratsmitglieder in der Aktiengesellschaft gemäß § 108 Abs. 3 S. 1 AktG.

aa) Sonderfall: Rechtssicherheit und Praktikabilität

Bei Rechtsgeschäften, die eine Urkunde oder eine Aushändigung verlangen, wird die elektronische Form nicht aus Gründen der verminderten Warnwirkung ausgeschlossen.⁶⁷¹ Mit der Aushändigung eines verkörperten Dokuments lässt sich für den Rechtsverkehr leichter bestimmen, wann das Rechtsgeschäft vollzogen wurde; die Ersetzbarkeit wird in diesen Fällen aus Gründen der Rechtssicherheit und kraft Natur der Sache ausgeschlossen.⁶⁷²

⁶⁶⁹ So auch: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 74.

⁶⁷⁰ Diese Unterscheidung zeigt sich auch im Rückschluss aus § 371a Abs. 1 S. 1 ZPO, der für die Beweiskraft elektronischer Dokumente die entsprechende Anwendung der Regelungen zur Beweiskraft von privaten Urkunden regelt; zum fehlenden Merkmal der Verkörperung und einer dementsprechenden Abgrenzung von Urkunde und elektronischem Dokument: BT-Drs. 14/4987, S. 25.

⁶⁷¹ Für § 172 Abs. 1 BGB: *Schubert*, in: MüKo BGB, § 172 Rn. 13 ff.; für § 108 Abs. 3 S. 1 AktG insbesondere, um den Akt der Stimmabgabe öffentlich zu machen und vor einer Verfälschung der Stimme zu schützen: *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 49 ff.; für § 785 BGB und § 792 Abs. 1 S. 3 BGB besteht keine Einigkeit bezüglich der Ersetzbarkeit und dem Grund eines eventuellen Ausschlusses: *Habersack*, in: MüKo BGB, § 785 Rn. 1 ff.; *Habersack*, in: MüKo BGB, § 792 Rn. 3 ff.

⁶⁷² *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 78.

Neben Praktikabilitätsabwägungen⁶⁷³ stehen die gleichen Beweggründe bei dem ausdrücklichen Ausschluss der elektronischen Form bei der Erteilung eines Arbeitszeugnisses gemäß § 630 S. 3 BGB und § 16 Abs. 1 S. 2 BBiG im Vordergrund.⁶⁷⁴

bb) Grundsatz: Verminderte Warnwirkung

Bei den Ausschlüssen nach §§ 623 Hs. 2,⁶⁷⁵ 766 S. 2,⁶⁷⁶ 780 S. 2,⁶⁷⁷ 781 S. 2 BGB⁶⁷⁸ ist die elektronische Form aufgrund ihrer verminderten Warnwirkung ausgeschlossen worden. Die vorhandene „[...] Tradition und Verankerung im Bewusstsein der Menschen [...]“⁶⁷⁹ würden laut der Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr dazu führen, dass der Schriftform weiterhin eine stärkere Warnwirkung zukommt als der elektronischen Form.⁶⁸⁰ Diese Ansicht hat sich seit Einführung der elektronischen Form im Jahr 2001 mangels entsprechender Gesetzesänderungen nicht geändert.

Die Darstellung der Fälle, in denen die elektronische Form wegen einer verminderten Warnwirkung ausgeschlossen wurde, kann wichtige Erkenntnisse für die elektronische Form, aber auch für jede weitere Form liefern, bei der mit einer qualifizierten elektronischen Signatur unterzeichnet werden soll. Relevant können die Erkenntnisse beispielsweise für die digitale notarielle Beurkundung und die digitale öffentliche Beglaubigung sein, die nach dem DiRUG eine Unterzeichnung mittels qualifizierter elektronischer Signatur vorsehen werden.⁶⁸¹

In Bezug auf die Rechtsnatur der schriftformbedürftigen Rechtsgeschäfte, die die Ersetzbarkeit der Schriftform durch die elektronische Form ausschließen, kann bereits Folgendes festgehalten

⁶⁷³ Jandt, in: Roßnagel Telemediendienste, § 126 BGB Rn. 30.

⁶⁷⁴ Einsele, in: MüKo BGB, § 126 Rn. 24; besonders für § 630 S. 3 BGB: BT-Drs. 14/4987, S. 22.

⁶⁷⁵ Nur im Fall der Kündigung durch den Arbeitnehmer erfüllt die Schriftform gemäß § 623 Hs. 2 BGB einen Warnzweck: Henssler, in: MüKo BGB, § 623 Rn. 2.

⁶⁷⁶ Habersack, in: MüKo BGB, § 766 Rn. 1; BT-Drs. 14/4987, S. 22.

⁶⁷⁷ Strittig, siehe: Habersack, in: MüKo BGB, § 780 Rn. 21 f. m.w.N.

⁶⁷⁸ Strittig, siehe: Habersack, in: MüKo BGB, § 781 Rn. 1; Fußnote 677.

⁶⁷⁹ BT-Drs. 14/4987, S. 22.

⁶⁸⁰ So auch: Malzer, DNotZ 1998, 96 (107 ff.).

⁶⁸¹ Siehe etwa Ausführungen zur digitalen notariellen Beurkundung und digitalen öffentlichen Beglaubigung, die beide eine qualifizierte elektronische Signatur fordern: Kapitel F.

werden: Bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung,⁶⁸² während es sich bei der Bürgschaft im Sinne des § 766 BGB um einen zweiseitigen Vertrag handelt.⁶⁸³ Eine Gemeinsamkeit in Bezug auf die Rechtsnatur und das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts kann zumindest nicht festgestellt werden.

Es lassen sich jedoch Erkenntnisse aus der Wirkung der jeweiligen Rechtsgeschäfte gewinnen.

(i) Bürgschaft

Der Bürgschaftsvertrag hat eine einseitig verpflichtende Wirkung zulasten des Bürgen.⁶⁸⁴ Der Bürge sichert mit seiner Verpflichtung die Verbindlichkeit eines Dritten, zu der sich die Bürgschaft gemäß §§ 765, 767 ff. BGB akzessorisch verhält.⁶⁸⁵ Abhängig von der Höhe der zu sichernden Verbindlichkeit und der Bonität des Hauptschuldners⁶⁸⁶ kann eine Bürgschaft ein hohes Risiko für den Bürgen darstellen, vor dem dieser gewarnt werden muss.⁶⁸⁷

Wie bei den meisten Sicherungsmitteln sind auch bei der Bürgschaft diejenigen Fälle besonders problematisch, in denen Privatpersonen einen Bürgschaftsvertrag abschließen sollen.⁶⁸⁸ Bei Fallkonstellationen, in denen der Bürge die Verbindlichkeit eines engen Vertrauten (zum Beispiel ein Ehepartner⁶⁸⁹ oder ein sonstiger Verwandter⁶⁹⁰) sichern soll und hierdurch in erheblichem Maße finanziell überfordert wird, wird vermutet, dass der Hauptschuldner die emotionale Verbundenheit sittenwidrig ausnutzt.⁶⁹¹ Es wird davon ausgegangen, dass der Bürge sich in diesen Fällen vorwiegend von der emotionalen Nähe leiten lässt und das Risiko der Bürgschaft nicht rational einschätzt.⁶⁹²

⁶⁸² Henssler, in: MüKo BGB, § 623 Rn. 14 ff.

⁶⁸³ Habersack, in: MüKo BGB, § 765 Rn. 9.

⁶⁸⁴ Rohe, in: BeckOK BGB, § 765 Rn. 91.

⁶⁸⁵ Habersack, in: MüKo BGB, Vorbemerkung (Vor § 765) Rn. 5.

⁶⁸⁶ Hauptschuldner ist beim Bürgschaftsvertrag derjenige, dessen Verbindlichkeit durch die Bürgschaft gesichert werden soll. Der Hauptschuldner ist mithin keine Partei des Bürgschaftsvertrags: Habersack, in: MüKo BGB, § 765 Rn. 9.

⁶⁸⁷ Motive II Rn. 2499 f. = *Mugdan* 2. Band, S. 1019.

⁶⁸⁸ Allgemein zu problematischen Fällen und zur Anwendung auf den Schuldbeitritt: Habersack, in: MüKo BGB, § 765 Rn. 16 ff.; keine Anwendung finden diese Grundsätze beispielsweise auf die Sicherungsgrundschuld: BGH, Urteil vom 19. Juni 2002 - IV ZR 168/01 -, NJW 2002, 2633.

⁶⁸⁹ BGH, Urteil vom 15. November 2016 - XI ZR 32/16 -, NJW-RR 2017, 241 (243).

⁶⁹⁰ Abkömmlinge: BGH, Urteil vom 24. Februar 1994 - IX ZR 93/93 -, NJW 1994, 1278; Geschwister: BGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 - IX ZR 271/96 -, NJW 1998, 597.

⁶⁹¹ BGH, Urteil vom 19. Februar 2013 - XI ZR 82/11 -, NJW 2013, 1534; zur Schwelle der Sittenwidrigkeit solcher ruinösen Bürgschaften naher Angehöriger: Habersack, in: MüKo BGB, § 765 Rn. 23 ff.

⁶⁹² Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 5 (7).

Aufgrund der Geschäftserfahrenheit von Kaufleuten wird davon ausgegangen, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 350 HGB der Warnzweck des § 766 S. 2 BGB nicht erfüllt werden muss.⁶⁹³ Kaufleuten fehlt in diesem Zusammenhang die Schutzbedürftigkeit.⁶⁹⁴

(ii) Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitnehmer

Zur Bedeutung des Arbeitsvertrags und der nach Einschätzung des Gesetzgebers wirtschaftlich ungleichen Wirkung einer Kündigung, siehe Kapitel C.I.2.b.

(iii) Abstraktes Schuldversprechen und abstraktes Schuldanerkennnis

Bei dem abstrakten Schuldversprechen und dem abstrakten Schuldanerkennnis⁶⁹⁵ sind der Zweck des Schriftformerfordernisses und der Grund des Ausschlusses der elektronischen Form strittig.⁶⁹⁶ Im Fall des § 780 BGB begründet der Gesetzgeber den Ausschluss mit der verminderten Warnwirkung der elektronischen Form.⁶⁹⁷ Der Bundesgerichtshof⁶⁹⁸ und Teile der Literatur⁶⁹⁹ vertreten, dass die Schriftform der verbesserten Klarstellung und Beweisbarkeit und somit der Rechtssicherheit dient, der Ausschluss müsste sich somit aus einer verminderten Klarstellung und Beweisbarkeit herleiten lassen.⁷⁰⁰

Das abstrakte Schuldversprechen ist ein zweiseitiger Vertrag zwischen demjenigen, der eine Leistung verspricht und demjenigen, der dieses Versprechen annimmt. Allerdings wird dadurch nur der Leistungsversprechende verpflichtet; wie bei der Bürgschaft handelt es sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag.⁷⁰¹ Je nach Art und Höhe des Leistungsversprechens kann der Schuldner in gleicher Weise wie bei der Bürgschaft beeinträchtigt sein. Insofern scheint es naheliegend, dass

⁶⁹³ *Maultzsch*, in: MüKo HGB, § 350 Rn. 1.

⁶⁹⁴ *Baumann*, ZBB 1993, 171 (173 f.).

⁶⁹⁵ Der Unterschied zwischen einem abstrakten und kausalen Rechtsgeschäft liegt in der bestehenden oder nicht bestehenden Verbindung zu seinem Rechtsgrund. Während beispielsweise beim kausalen Schuldversprechen der Grund des Versprechens mit dem Schuldversprechen verbunden wird, wird der Grund des Versprechens beim abstrakten Schuldversprechen von diesem losgelöst: *Habersack*, in: MüKo BGB, § 780 Rn. 1 f.

⁶⁹⁶ *Habersack*, in: MüKo BGB, § 780 Rn. 21 f. m.w.N.

⁶⁹⁷ BT-Drs. 14/4987, S. 22.

⁶⁹⁸ BGH, Urteil vom 08. Dezember 1992 - XI ZR 96/92 -, NJW 1993, 584.

⁶⁹⁹ *Plewe*, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts, S. 9 ff.; *Marburger*, in: Staudinger §§ 779-811, § 780 Rn. 7 m.w.N.; *Habersack*, in: MüKo BGB, § 780 Rn. 21 m.w.N.

⁷⁰⁰ Siehe hierzu auch: Motive II Rn. 689 f. = *Mugdan* 2. Band, S. 384 f.

⁷⁰¹ *Marburger*, in: Staudinger §§ 779-811, § 780 Rn. 1.

das Schriftformerfordernis nach § 780 S. 2 BGB primär einen Warnzweck erfüllt. Dafür sprechen mehrere Gründe.

Die Klarstellungs- und Beweiswirkung der elektronischen Form ist verglichen mit der Schriftform gleich oder in gewissen Bereichen sogar größer.⁷⁰² Im Umkehrschluss lässt sich aus dem Ausschluss der Ersetzbarkeit insofern ein bekräftigendes Argument für den Warnzweck als primäres gesetzgeberisches Motiv des § 780 S. 2 BGB herleiten.

Darüber hinaus spricht die Anwendbarkeit des § 350 HGB für einen primären Warnzweck. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 350 HGB kann das Rechtsgeschäft auch formfrei abgeschlossen werden. Ein Kaufmann ist erfahrener und kann die Risiken eines abstrakten Schuldversprechens besser abschätzen.⁷⁰³ Aus der Kaufmannseigenschaft folgt allerdings kein vermindertes Bedürfnis nach Rechtssicherheit, vielmehr muss der Kaufmann nicht vor der rechtlichen Natur und den Risiken des Rechtsgeschäfts gewarnt werden.⁷⁰⁴

Ferner wird die Annahme dadurch bestätigt, dass nur die Erklärung des Schuldners der Schriftform bedarf und nicht die des Gläubigers.⁷⁰⁵ Für einen primären Klarstellungs- und Beweiszweck ergibt eine lediglich einseitige Verpflichtung zur Schriftform auf Seiten des Schuldners nur bedingt Sinn, da der Vertrag ausschließlich leichter bewiesen werden kann, wenn sowohl das Angebot als auch die Annahme der Schriftform bedürften. Ein vermindertes Bedürfnis des Gläubigers nach Klarstellung und Beweisbarkeit ist nicht ersichtlich.

Aus den genannten Gründen erfüllt das Schriftformerfordernis nach § 780 S. 2 BGB primär einen Warnzweck.⁷⁰⁶ Die Ersetzbarkeit der Schriftform durch die elektronische Form wurde somit wegen ihrer verminderten Warnwirkung vom Gesetzgeber konsequent ausgeschlossen.⁷⁰⁷

Aufgrund der gleichen anwendbaren Vorschriften, wie zum Beispiel § 350 HGB,⁷⁰⁸ und der einseitig verpflichtenden Natur⁷⁰⁹ des abstrakten Schuldanerkenntnisses nach § 781 BGB, kann der

⁷⁰² Vgl. Kapitel E.II.3.c.; BT-Drs. 14/4987, S. 16 f.

⁷⁰³ *Maultzsch*, in: MüKo HGB, § 350 Rn. 1.

⁷⁰⁴ Zum rechtspolitischen Problem der Aushöhlung der Dokumentationsfunktion der Schriftform: *Maultzsch*, in: MüKo HGB, § 350 Rn. 2.

⁷⁰⁵ *Marburger*, in: Staudinger §§ 779-811, § 780 Rn. 9.

⁷⁰⁶ So auch: *Baumann*, ZBB 1993, 171 (172 f.); *Dehn*, WM 1993, 2115 (2116 ff.).

⁷⁰⁷ *Wais*, JuS 2020, 7 (11); *Stadler*, in: Jauernig BGB, § 781 Rn. 8.

⁷⁰⁸ *Maultzsch*, in: MüKo HGB, § 350 Rn. 5.

⁷⁰⁹ *Marburger*, in: Staudinger §§ 779-811, § 781 Rn. 3.

Zweck der Schriftform und der Grund für den Ausschluss der elektronischen Form auch auf das abstrakte Schuldanerkenntnis übertragen werden.

cc) Schlussfolgerung

Die elektronische Form kann den außenwirksamen Akt der Aushändigung nicht ersetzen, der für Rechtsklarheit und -sicherheit sorgt. Sowohl objektiv als auch im subjektiven Bewusstsein der Menschen können das elektronische Verschicken eines Dokuments und die Aushändigung einer verkörperten Erklärung nicht gleichgesetzt werden. Das Verschicken eines elektronischen Dokuments sorgt in den Augen des Rechtsverkehrs nicht für die nötige Rechtsklarheit. Für Rechtsgeschäfte, in denen ein entsprechender Realakt notwendig ist, ist die elektronische Form ungenügend.

Zudem kann die elektronische Form nach Einschätzung des Gesetzgebers nicht dieselbe Warnwirkung wie die Schriftform entfalten. Hierbei lässt sich eine Regelmäßigkeit hinsichtlich der einseitigen Wirkung der betroffenen Rechtsgeschäfte erkennen.

Bei den behandelten Formvorschriften wirken die zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte primär zu lasten einer Seite; diese einseitige Wirkung ist eindeutiger bei der Bürgschaftserteilung als bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu erkennen. Bei einem Rechtsgeschäft, das alle Beteiligten durch Rechte und Pflichten beeinflusst, führt die synallagmatische Verbindung und das "Geben und Nehmen" der Vertragsparteien zu einem Ausgleich der Interessen⁷¹⁰ und somit zu einer tiefergehenden Überlegung beziehungsweise zu einem Innehalten der Beteiligten. Im Fall eines weitreichenden einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäfts, das primär einseitig wirkt, muss die vorgeschriebene Form zum Schutz der belasteten Seite eine große Warnwirkung haben, während die nicht belastete Seite die einseitige Erklärung entgegennimmt oder beim zweiseitigen Rechtsgeschäft das Angebot annimmt.

Eine allgemeine Aussage für die gesetzgeberische Handhabung der Fälle, in denen die Schriftform nicht durch die elektronische Form ersetzt werden kann, lässt sich somit dahingehend treffen:

⁷¹⁰ BVerfG, Urteil vom 06. Februar 2001 - BvR 12/92 -, NJW 2001, 957 (958).

Für Rechtsgeschäfte, bei denen die Rechtssicherheit zumindest auch durch einen Realakt gewährleistet werden soll, wird die elektronische Form ausgeschlossen. Für Rechtsgeschäfte, die ausschließlich oder zumindest vorwiegend einseitig wirken, muss der Schuldner in hohem Maße gewarnt werden; auch in diesen Fällen wird die Ersetzbarkeit der Schriftform durch die elektronische Form ausgeschlossen.

b) Warnwirkung

Fraglich ist, ob die Einschätzung des Gesetzgebers hinsichtlich der Warnwirkung der elektronischen Form zutrifft.

Der finanzielle Aufwand einer elektronischen Signatur ist abhängig von den Kosten des Signaturzertifikats sowie der Soft- und Hardware. Nach Angaben des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit betragen die Kosten eines Kartenlesegeräts, einer Signaturkarte und eines Signaturzertifikats mit einer Gültigkeitsdauer von drei Jahren ca. EUR 120-160.⁷¹¹ Ob dies den mit der Schriftform verbundenen finanziellen Aufwand⁷¹² übersteigt, hängt von der Anzahl und dem Umfang der Rechtsgeschäfte ab, die in einer Zeitspanne von drei Jahre abgeschlossen werden.

Wie bei der Schriftform ist der zeitliche Aufwand von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Erhebliche zeitliche Differenzen können auch bei der elektronischen Form auf den Umstand zurückgeführt werden, dass die Beteiligten die Erklärung selbst elektronisch verfassen oder ein vorbereitetes elektronisches Dokument lediglich unterschreiben müssen. Der zeitliche Aufwand, der mit dem technischen Verfahren einer qualifizierten elektronischen Signatur verbunden ist,⁷¹³ wird in der Regel einige Minuten in Anspruch nehmen und hängt von den Kenntnissen des Signierenden ab. Da eine eigenhändige Unterschrift innerhalb weniger Sekunden abgegeben werden kann, nimmt eine qualifizierte elektronische Signatur mehr Zeit in Anspruch.

⁷¹¹ <https://www.bmu.de/faq/was-kostet-eine-ausstattung-zur-qualifizierten-elektronischen-signatur/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷¹² Siehe Kapitel C.I.2.a.

⁷¹³ Siehe Kapitel E.II.2.

In der Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr wird das Argument vorgebracht, dass die Schriftform vorwiegend aus alter Tradition und nicht durch ihre vermeintlich hohen Anforderungen eine Warnwirkung entfaltet;⁷¹⁴ die elektronische Form sei dagegen verhältnismäßig neu und genieße insofern keine große Tradition, wodurch die Warnwirkung der elektronischen Form vermindert werde. Dass die Schriftform eine langjährigere Tradition als die elektronische Form hat, ist nicht von der Hand zu weisen. Hieraus könnte sich eine höhere Warnwirkung der Schriftform im Vergleich zur elektronischen Form ergeben. Trotz der Tradition könnte allerdings auch die eigenhändige Unterschrift mit der Zeit und Häufigkeit der Nutzung ihre Bedeutung verlieren;⁷¹⁵ aus der langjährigen Nutzung der Schriftform könnte die Warnwirkung somit abgeschwächt werden. Mittlerweile werden rechtserhebliche Rechtsgeschäfte auch häufig mit einem Mausklick abgeschlossen. Während dies bei Einführung der elektronischen Form noch nicht der Norm entsprach, könnte mittlerweile für das Bestehen einer Tradition der Abgabe einer rechtserheblichen Willenserklärung durch Mausklick argumentiert werden.

Die Einhaltung der elektronischen Form ist zusätzlich für denjenigen, der mit dem technischen Ablauf nicht vertraut ist, ungewohnt. Dadurch könnten die Beteiligten dazu bewegt werden, sich nicht nur mit den Anforderungen der elektronischen Form, sondern auch mit der Geschäftsmäßigkeit und Tragweite ihrer Erklärungen näher zu beschäftigen. Aufgrund der unbekanntenen Anforderungen könnte der Hinweis des qualifizierten Vertrauensdienstleisters nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 VDG, zumindest in der Anfangsphase der Nutzung, von den Beteiligten gelesen werden, wodurch die Warnwirkung gestärkt werden könnte.⁷¹⁶

Im Gegensatz zur eigenhändigen Unterschrift erfordert die qualifizierte elektronische Signatur keinen Akt des Schreibens, denn ein elektronisches Dokument kann mit wenigen Mausklicks signiert werden.⁷¹⁷ Die Beteiligten führen ihre Chipkarte in ein Kartenlesegerät und geben ihren Pin ein.

⁷¹⁴ BT-Drs. 14/4987, S. 17.

⁷¹⁵ So auch: *Steinbeck*, DStR 2003, 644 (648 f.).

⁷¹⁶ *Noack/Kremer*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, § 126a Rn. 12.

⁷¹⁷ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 25.

Mausklicks und die Bestätigung auf einem Kartenlesegerät könnten von den Beteiligten als weniger geschäftsmäßig eingeschätzt werden.⁷¹⁸ Der Ablauf der Abgabe einer qualifizierten elektronischen Signatur erinnert jedoch auch an den Ablauf einer Kartenzahlung, die für den Bürger oftmals den Rechtsgeschäftsabschluss kennzeichnet und somit in der Regel eine geschäftsmäßige Stimmung hervorrufen sollte.⁷¹⁹ Bei der Einführung einer Karte und der Eingabe eines Pins ist aus diesem Grund davon auszugehen, dass der Signierende sich in der Regel, ähnlich wie bei der Abgabe einer eigenhändigen Unterschrift, der Geschäftsmäßigkeit und der Tragweite der Erklärung bewusst ist.

Ob die elektronische Form verglichen mit der Schriftform eine gleichwertige Warnwirkung nach sich zieht, kann nicht abschließend geklärt werden und hängt von verschiedenen Faktoren ab. Abgesehen von dem (fragwürdigen) Argument der fehlenden Tradition der elektronischen Form, legen der finanzielle und zeitliche Aufwand, der mit der Erfüllung der Anforderungen der elektronischen Form verbunden ist, und die Einzelheiten des technischen Ablaufs der qualifizierten elektronischen Signatur eine Gleichwertigkeit der Warnwirkung nahe.

Doch selbst wenn dies zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht angenommen wird, ist zu erwarten, dass im Zuge eines Ausbaus der elektronischen Kommunikation im Rechtsverkehr⁷²⁰ auch die Tradition der elektronischen Form wachsen wird, sodass die Anwendungsbereichseinschränkungen der elektronischen Form überflüssig werden könnten.⁷²¹

c) **Beweiswirkung**

Im Rahmen der Namensnennung und der qualifizierten elektronischen Signatur hat die elektronische Form eine Identifikations-, Echtheits- und Verifikationswirkung.⁷²² Die Identifikations- und

⁷¹⁸ *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 25.

⁷¹⁹ Das Argument des "Innehaltens" vor der Pin-Eingabe wurde bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr genannt: BT-Drs. 14/4987, S. 17.

⁷²⁰ Siehe etwa Ausführungen zur digitalen notariellen Beurkundung und digitalen öffentlichen Beglaubigung, die beide eine qualifizierte elektronische Signatur fordern: Kapitel F.

⁷²¹ So auch: *Jandt*, in: Roßnagel Telemediendienste, § 126a BGB Rn. 29; manche halten diese Unterscheidung im Zuge der Digitalen Revolution bereits jetzt für überflüssig: *Hecht*, in: BeckOGK BGB, § 126 Rn. 77.

⁷²² BT-Drs. 14/4987, S. 16 f.

Echtheitswirkung wird durch den qualifizierten Vertrauensdienstleister gesichert.⁷²³ Die unberechtigte Nutzung der Zugangsdaten ist genauso wahrscheinlich und schwierig zu erkennen wie die Fälschung einer eigenhändigen Unterschrift, sodass sich hieraus keine qualitativen Unterschiede ergeben sollten.⁷²⁴

Die Beweiswirkung der elektronischen Form ist in § 371a Abs. 1 ZPO geregelt.⁷²⁵ Elektronischen Dokumenten kommt nach § 371a Abs. 1 S. 1 ZPO dieselbe Beweiskraft wie Privaturkunden nach §§ 416 ff. ZPO zu.⁷²⁶ Gemäß § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO kann „[d]er Anschein der Echtheit [...] nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung von der verantwortenden Person abgegeben worden ist.“⁷²⁷ Für die Echtheit der Erklärung besteht demnach ein Anscheinsbeweis.⁷²⁸ Was für Anforderungen an die erschütternden Tatsachen zu stellen sind, werden vor allem zukünftige Entscheidungen der Rechtsprechung zeigen.⁷²⁹

Der Anscheinsbeweis stellt einen qualitativen Vorteil im Vergleich zur Schriftform dar und ist eine Ausnahme der Wirkungsäquivalenz zugunsten der elektronischen Form.⁷³⁰ Durch die Beweiserleichterung sollten auch das Vertrauen in die elektronische Form und ihre Verkehrsfähigkeit gestärkt werden.⁷³¹

d) Kontrollwirkung

Im Grundsatz kann für die Kontrollwirkung der elektronischen Form auf die Kontrollwirkung der Schriftform verwiesen werden.⁷³²

⁷²³ Siehe Kapitel E.II.2.

⁷²⁴ BT-Drs. 14/4987, S. 17; Näheres zur unberechtigten Nutzung der Signaturerstellungseinheit: *Einsele*, in: MüKo BGB, § 126a Rn. 21.

⁷²⁵ Allgemein zum § 371a ZPO: *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, NJW 2006, 806 ff.

⁷²⁶ Siehe Kapitel C.I.3.

⁷²⁷ Der Bundesrat kritisch hierzu und zur gestrichenen inhaltsgleichen Vorschrift § 292a ZPO: BT-Drs. 14/4987, S. 36 f.; ebenfalls: *Roßnagel*, NJW 2001, 1817 (1826).

⁷²⁸ *Zimmermann*, in: MüKo ZPO, § 371a Rn. 4.

⁷²⁹ Dazu: *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 371a Rn. 10; *Zimmermann*, in: MüKo ZPO, § 371a Rn. 4 f.

⁷³⁰ BT-Drs. 14/4987, S. 17; *Hertel*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG, § 125 Rn. 47.

⁷³¹ BT-Drs. 15/4067, S. 34.

⁷³² Siehe Kapitel C.I.4.

Anders als bei der Schriftform ist jedoch eine kontrollierende Zwischenstelle in das Verfahren der elektronischen Form integriert, da qualifizierte elektronische Signaturen mithilfe von qualifizierten Vertrauensdiensteanbietern erstellt, überprüft und validiert werden.⁷³³ Qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter gewährleisten die Identifikations- und Echtheitswirkung.⁷³⁴ In diesem Zusammenhang treffen Vertrauensdiensteanbieter besondere Sorgfaltspflichten gemäß Art. 19, 24, 32 eIDAS-VO und §§ 9 ff. VDG. Zusätzlich werden sie gemäß Art. 17 eIDAS-VO von einer Aufsichtsstelle, in Deutschland gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 VDG von der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, kontrolliert. Mindestens alle 24 Monate werden qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter gemäß Art. 20 eIDAS-VO von einer sogenannten "Konformitätsbewertungsstelle" überprüft.

Diese Vorgaben sollen die Integrität der digitalen Kommunikation stärken und eine rechtmäßige Datenverarbeitung gewährleisten.⁷³⁵

⁷³³ Aus diesem Grund könnte die Frage nach der Vergleichbarkeit der elektronischen Form mit der öffentlichen Beglaubigung, durch die primär die Identität der Beteiligten rechtssicher festgestellt werden soll, gestellt werden:
Plewe, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts, S. 174 ff.

⁷³⁴ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 6.

⁷³⁵ Siehe Ausführungen in: Kapitel D.III.1.b.

F. Digitale Formen de lege ferenda

Im Folgenden werden digitale Formen de lege ferenda vorgestellt. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Beurkundung mittels Videokommunikation⁷³⁶ (im Folgenden: "Digitale notarielle Beurkundung") und die Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur⁷³⁷ mittels Videokommunikation (im Folgenden: "Digitale öffentliche Beglaubigung"). Dabei werden verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten, ihr Potenzial und die mit ihnen verbundenen Herausforderungen betrachtet. Obwohl die Bewertung einer digitalen notariellen Beurkundung und digitalen öffentlichen Beglaubigung auf theoretischer Basis erfolgt, wird teilweise Bezug auf konkrete Regelungen des DiRUG genommen.

I. Digitale notarielle Beurkundung

Die Einführung einer digitalen notariellen Beurkundung könnte eine weitreichende Veränderung in Bezug auf die Formen des deutschen Rechtssystems mit sich bringen.⁷³⁸ Bereits im "EU-eGovernment-Aktionsplan 2016-2020: Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung"⁷³⁹ wiesen die Mitgliedstaaten die Ausweitung des Einsatzes digitaler Werkzeuge im Gesellschaftsrecht als ein grundlegendes Ziel aus.

Den endgültigen Startschuss für eine digitale notarielle Beurkundung in Deutschland gab die Digitalisierungsrichtlinie⁷⁴⁰, wodurch laut *Jan Lieder* „[...] die Digitalisierung des Europäischen Gesellschaftsrechts [...] in ein neues Zeitalter eingetreten ist.“⁷⁴¹ Die Digitalisierungsrichtlinie verpflichtet die europäischen Mitgliedstaaten dazu, für gewisse Gesellschaftsformen eine vollständig digitale Gründung zu ermöglichen. In Deutschland besteht diese Pflicht gemäß Anhang IIa GesRRL⁷⁴² für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Da die Gründung einer deutschen GmbH gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG beurkundungspflichtig ist, bestehen bei der

⁷³⁶ So wird der Unterabschnitt 3 des Abschnitts 2 des Beurkundungsgesetzes heißen: BT-Drs. 19/28177, S. 20.

⁷³⁷ So wird § 40a BeurkG heißen: BT-Drs. 19/28177, S. 22.

⁷³⁸ *Limmer* spricht von verschiedenen Stufen der Dematerialisierung: *Limmer*, DNotZ 2020, 419 ff.

⁷³⁹ EU-eGovernment-Aktionsplan 2016-2020: Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung vom 19. April 2016 (COM (2016) 179), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0179> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁴⁰ Siehe Fußnote 8.

⁷⁴¹ *Lieder*, NZG 2020, 81 f.

⁷⁴² Fußnote 19.

Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie zwei Möglichkeiten: Entweder das System der GmbH-Gründung wird grundlegend neu geregelt, wobei die Formanforderungen abgemildert werden müssten,⁷⁴³ oder der deutsche Gesetzgeber nimmt eine Form der digitalen notariellen Beurkundung in das deutsche Rechtssystem auf. Mit Blick auf das DiRUG hat sich der deutsche Gesetzgeber für die zweite Möglichkeit entschieden.⁷⁴⁴

Bevor das deutsche Modell einer digitalen notariellen Beurkundung dargestellt wird, werden die Vorgaben der Digitalisierungsrichtlinie und die Handhabung zwei weiterer Mitgliedstaaten, Estland und Österreich, betrachtet. Anschließend wird erörtert, inwieweit eine digitale notarielle Beurkundung und eine notarielle Beurkundung, bei der die Beteiligten physisch anwesend sind (im Folgenden: "Traditionelle notarielle Beurkundung"), als gleichwertig angesehen werden können. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Wirkungsäquivalenz der beiden Formen gelegt.⁷⁴⁵ Basierend auf diesen Erkenntnissen werden unterschiedliche Anwendungsbereichserweiterungen für die digitale notarielle Beurkundung vorgestellt.

1. Ausgestaltung

Als erstes wird sich in diesem Kapitel mit den Vorgaben der Digitalisierungsrichtlinie und den daraus resultierenden Konsequenzen für den deutschen Gesetzgeber befasst. Obwohl die Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie nicht das Thema dieser Arbeit darstellt, bildet sie dennoch den primären Aufhänger für die Implementierung einer digitalen notariellen Beurkundung in Deutschland. Das zukünftige deutsche Modell einer digitalen notariellen Beurkundung muss insofern mindestens die Vorgaben der Digitalisierungsrichtlinie erfüllen. Aus diesem Grund werden die Entwicklung hin zu der Digitalisierungsrichtlinie und ihre Anforderungen in gebotener Kürze vorgestellt.

Anschließend werden drei mögliche Ausgestaltungsmodelle erläutert, wobei zwei der drei Modelle auf ausgewählten Rechtssystemen vergleichbarer Mitgliedstaaten basieren. Abhängig von

⁷⁴³ Zum Beispiel könnte von einer notariellen Beurkundung gänzlich abgesehen und auf die Schriftform (und elektronische Form) zurückgegriffen werden.

⁷⁴⁴ Siehe Fußnote 9; hierzu mehr in Kapitel F.I.1.d.

⁷⁴⁵ Siehe Kapitel C.III. zu den Wirkungen einer traditionellen notariellen Beurkundung; siehe Kapitel F.I.2.c. zur Wirkungsäquivalenz.

den bereits bestehenden digitalen Möglichkeiten im Verwaltungsbereich, der digitalen Infrastruktur und dem Umgang der Bevölkerung mit neuen Technologien können die europäischen Mitgliedstaaten vor derselben Aufgabe wie der deutsche Gesetzgeber stehen. Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, die Situation in vergleichbaren Staaten zu betrachten. Wenn diese bereits vor der Digitalisierungsrichtlinie eine digitale Gesellschaftsgründung oder sogar eine digitale notarielle Beurkundung gewährleisten konnten, können die Erfahrungswerte der letzten Jahre Erkenntnisse liefern hinsichtlich der Frage, welches System am sichersten und effizientesten ist. Aus diesen Erkenntnissen könnte und sollte der deutsche Gesetzgeber eigene Rückschlüsse für die nationale Umsetzung und die zukünftige Handhabung ziehen.

Bei der Rechtsvergleichung wird sich auf Mitgliedstaaten beschränkt, deren Rechtssysteme, insbesondere in Bezug auf die Rolle des Notars, dem deutschen Rechtssystem ähnlich sind.⁷⁴⁶ Zudem werden lediglich Staaten herangezogen, die in Bezug auf die Digitalisierung und Rechtsstaatlichkeit mit der Bundesrepublik Deutschland vergleichbar oder besser sind. Die ersten beiden der hier vorgestellten Modelle der Umsetzung basieren auf dem estnischen und dem österreichischen Modell. Anschließend wird das deutsche Modell auf Basis des DiRUG betrachtet. Ausgehend von den Anforderungen der einzelnen Modelle werden sie in aufsteigender Reihenfolge dargestellt.

Mit Ausnahme des estnischen Modells beinhalten alle Modelle eine Form der digitalen notariellen Beurkundung. Nur das estnische Modell bedient sich bei der vollständig digitalen Gründung einer "estnischen GmbH" nicht der Hilfe eines Notars, sondern eines Portals, in das der zukünftige Gründer die entsprechenden Informationen eintragen muss.⁷⁴⁷ Dennoch gilt Estland als europäischer Vorreiter der Digitalisierung im Gesellschaftsrecht,⁷⁴⁸ sodass eine Abhandlung dieses Modells zwar für sinnvoll erachtet, allerdings in gebotener Kürze vorgenommen wird; aufgrund der Tatsache, dass das Modell keine Variante einer umfassenden digitalen notariellen Beurkundung, sondern einen gänzlich alternativen Weg darstellt.

⁷⁴⁶ Hierbei handelt es sich um Länder des lateinischen Notariats, während Länder, die das angelsächsische Modell verfolgen, nicht herangezogen werden aufgrund der fehlenden vorsorgenden Rechtspflege durch einen Notar: *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (3 ff.).

⁷⁴⁷ Näheres hierzu in: Kapitel F.I.1.b.

⁷⁴⁸ *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601 (604).

a) Digitalisierungsrichtlinie

Die Digitalisierungsrichtlinie vom 20. Juni 2019 ist ein Teil des europäischen Company Law Package⁷⁴⁹ und wurde als abändernder Teil der Gesellschaftsrechtsrichtlinie am 25. April 2018 vorgelegt.⁷⁵⁰ Die Digitalisierungsrichtlinie trat am 31. Juli 2019 in Kraft.⁷⁵¹

Mithilfe des Company Law Package sollen zwei gesellschaftsrechtliche Felder in den Mitgliedstaaten harmonisiert werden. Zum einen soll die Handhabung grenzüberschreitender Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen angepasst werden ("Mobilitätsrichtlinie").⁷⁵² Hierdurch soll Unternehmen die Möglichkeit genommen beziehungsweise erschwert werden, die Rechtsform und/oder den Sitz einer Gesellschaft zu wechseln, wenn das aktuelle Rechtssystem die Unternehmen mit finanziellen oder mitbestimmungsrechtlichen Problemen konfrontiert; mithin sollen die relevanten Interessensgruppen wie Gläubiger oder Arbeitnehmer geschützt werden.⁷⁵³

Das zweite und für diese Arbeit relevante Feld betrifft die Digitalisierung gewisser gesellschaftsrechtlicher Prozesse, insbesondere die vollständig digitale Gründung bestimmter Gesellschaftsformen und die Online-Einreichung von Unterlagen bei den Registern ("Digitalisierungsrichtlinie").⁷⁵⁴

Der Digitalisierungsrichtlinie ging eine Studie⁷⁵⁵ voraus, in der die Auswirkungen der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht begutachtet werden sollten. Limitiert auf vier Stadien im Leben

⁷⁴⁹ Das Company Law Package besteht aus der Richtlinie (EU) 2019/1151 (Fußnote 8 (Digitalisierungsrichtlinie)) und der Richtlinie (EU) 2019/2121 (Fußnote 752 (Mobilitätsrichtlinie)): *Döge*, EuZW 2019, 395.

⁷⁵⁰ Siehe COM(2018) 239 final (digitale Werkzeuge) und COM(2018) 241 final (u.a. grenzüberschreitende Umwandlungen).

⁷⁵¹ Vgl. Art. 4 der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁵² Siehe Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2121&from=EN> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); Näheres hierzu: *Teichmann*, NZG 2019, 241 ff.; *Luy*, NJW 2019, 1905 ff.

⁷⁵³ Vgl. Erwägungsgründe 4-6, 12, 22-25 der Umwandlungsrichtlinie.

⁷⁵⁴ Fußnote 8.

⁷⁵⁵ Report der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2017: Assessment of the impacts of using digital tools in the context of cross-border company operations, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/impact_of_use_of_digital_tools_final_report.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); zur Einschätzung dieser Studie siehe: *Omlor*, DStR 2019, 2544.

einer Gesellschaft wurden die Auswirkungen der Digitalisierung im Hinblick auf Sozio-Ökonomie, Rechtssicherheit und Missbrauch untersucht.⁷⁵⁶

aa) Richtlinie im Sinne von Art. 288 AEUV

Die Richtlinie ist eine europäische Handlungsform,⁷⁵⁷ die trotz ihrer großen Aufmerksamkeit in der Literatur einen verhältnismäßig geringen Anteil der europäischen Rechtsakte ausmacht.⁷⁵⁸ Gemäß Art. 288 UA. 3 AEUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel. Das Rechtssubjekt kann seine Rechte in der Regel nicht auf die Richtlinie, sondern lediglich auf die jeweilige sie umsetzende nationale Regelung stützen.⁷⁵⁹

Jedem Mitgliedstaat ist es somit selbst überlassen, wie die Änderungen der Digitalisierungsrichtlinie umgesetzt werden, solange das Ziel, die Implementierung vollständiger Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht, erreicht wird.

bb) Vorgaben

Zentrales Ziel der Digitalisierungsrichtlinie ist, dass jeder Mitgliedstaat die vollständig digitale Gründungsmöglichkeit bestimmter Gesellschaftsformen⁷⁶⁰, die Nutzung von entsprechenden Mustern für diese Gründung sowie eine digitale Übermittlung von Urkunden und Informationen im Lebenszyklus einer Gesellschaft gewährleistet, Art. 13g, 13j GesRRL. Der Fokus in diesem Kapitel liegt auf den Vorgaben hinsichtlich der digitalen Gründungsmöglichkeit.⁷⁶¹

Eine digitale Gesellschaftsgründung soll sowohl natürlichen als auch juristischen Personen ermöglicht werden.⁷⁶² Der Anwendungsbereich umfasst nicht nur die Einpersonengründung, sondern

⁷⁵⁶ Siehe die Executive Summary des Reports der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2017 (Fußnote 755), S. 9 ff.

⁷⁵⁷ Vgl. die weiteren Handlungsformen in Art. 288 AEUV.

⁷⁵⁸ Ca. 10 % aller europäischer Rechtsakte sind Richtlinien: *W. Schroeder*, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 52.

⁷⁵⁹ Zu den Ausnahmen, in denen eine direkte Anwendung einer Richtlinie möglich ist, siehe: *W. Schroeder*, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 86 ff.

⁷⁶⁰ In Deutschland die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß Anhang IIa GesRRL.

⁷⁶¹ Zur Online-Einreichung von Unterlagen bei den Registern, siehe Kapitel F.II.

⁷⁶² *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601 (603 f.).

auch die Mehrpersonengründung.⁷⁶³ Die Digitalisierungsrichtlinie enthält jedoch Einschränkungen in Bezug auf Vollmachts- und Sachgründungen.⁷⁶⁴ Dafür müssen detaillierte Regelungen von den Mitgliedstaaten festgelegt werden.⁷⁶⁵ Die Digitalisierungsrichtlinie lässt die nationalen Vorschriften gemäß Art. 13c Abs. 1 GesRRL und die gesellschaftsrechtlichen Traditionen grundsätzlich unberührt, sodass den Mitgliedstaaten kein neues System, sondern lediglich eine Erweiterung des bestehenden Systems auferlegt wird.⁷⁶⁶ Die damit verbundene Möglichkeit, weiterhin einen Notar in den Prozess einer GmbH-Gründung als Teil der vorsorgenden Rechtspflege gemäß Art. 13g Abs. 4 lit. c GesRRL zu involvieren, ist für das deutsche Rechtssystem von besonderer Bedeutung.

Die digitale Gesellschaftsgründung muss auf Grundlage der Digitalisierungsrichtlinie nicht verpflichtend sein, sondern kann auch nur als Möglichkeit gewährleistet werden; die Mitgliedstaaten können die Online-Verfahren jedoch auch verpflichtend vorschreiben.⁷⁶⁷

Um Betrugs- und Missbrauchsmöglichkeiten zu verhindern, müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 13b Abs. 1 GesRRL dafür sorgen, dass elektronische Identifizierungsmittel im Sinne von Art. 13a Nr. 1 GesRRL des jeweiligen Mitgliedstaates oder eines anderen Mitgliedstaates verwendet werden (können). Diese Identifizierungsmittel müssen ein Sicherheitsniveau aufweisen, das den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014⁷⁶⁸ entspricht.⁷⁶⁹ Wenn diese Anforderungen nicht erfüllt werden, soll das Identifizierungsmittel gemäß Art. 13b Abs. 2 GesRRL abgelehnt werden können. Aus Gründen des öffentlichen Interesses kann die physische Anwesenheit eines Antragstellers gemäß Art. 13b Abs. 4 GesRRL verlangt werden, um Identitätsmissbrauch oder Identitätsänderung zu verhindern.⁷⁷⁰

⁷⁶³ Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (603); kritisch hierzu: Teichmann/Götz, ZEuP 2019, 260 (284).

⁷⁶⁴ Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (605 f.); siehe in Bezug auf Sachgründungen Art. 13g Abs. 4 lit. d GesRRL.

⁷⁶⁵ Erwägungsgrund (15) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁶⁶ Erwägungsgrund (19) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁶⁷ Erwägungsgrund (8) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁶⁸ Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=EN> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁶⁹ Erwägungsgrund (10) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁷⁰ Erwägungsgrund (21) der Digitalisierungsrichtlinie.

Jeder Mitgliedstaat muss für die Online-Gründung der genannten Gesellschaftsformen Muster im Sinne von Art. 13a Nr. 6 GesRRL erstellen, durch die die Gründung beschleunigt und erleichtert werden kann.⁷⁷¹ Solche Muster müssen gemäß Art. 13h GesRRL allgemein zugänglich und verständlich sein.⁷⁷² Die Muster müssen in der Amtssprache des Mitgliedstaates und einer weiteren Sprache im Sinne von Art. 13h Abs. 3 S. 1 GesRRL zur Verfügung gestellt werden.⁷⁷³

Die Gebühren müssen nach Art. 13d Abs. 1 GesRRL transparent und diskriminierungsfrei sein, während sie die Vertragsfreiheit der Beteiligten so weit wie möglich unberührt lassen.⁷⁷⁴ Die Gebühren, die von den Registern erhoben werden, dürfen die angefallenen Kosten gemäß Art. 13d Abs. 2 GesRRL nicht überschreiten. Zudem müssen etwaige Zahlungen auch online abgewickelt werden können, Art. 13e GesRRL.⁷⁷⁵

Um die Effizienz der digitalen Gesellschaftsgründung auch in Zukunft gewährleisten und etwaige Umsetzungsfehler oder -schwierigkeiten beseitigen zu können, müssen die Mitgliedstaaten Daten über die Funktionsweise erheben und diese der Kommission zweimal innerhalb von zwei Jahren nach der Umsetzung mitteilen, Art. 3 Abs. 4 der Digitalisierungsrichtlinie.⁷⁷⁶

cc) Konsequenzen für den deutschen Gesetzgeber

Die Digitalisierungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, eine Möglichkeit der digitalen notariellen Beurkundung zu gewährleisten. Durch sie soll lediglich eine vollständig digitale Gründung der Gesellschaftsformen nach Anhang IIa GesRRL ermöglicht werden. Die Rechts Traditionen der Mitgliedstaaten sollen bei der Umsetzung berücksichtigt werden können, was auch die Beteiligung eines Notars gemäß Art. 13g Abs. 4 lit. c GesRRL beinhaltet. Die Mitgliedstaaten, die wie die Bundesrepublik Deutschland für die Gründung der jeweiligen Gesellschaftsform nach Anhang IIa GesRRL die Beteiligung eines Notars vorsehen, können also weiterhin an dem System

⁷⁷¹ Hiermit soll vor allem Start-Ups geholfen werden, vgl. Erwägungsgrund (18) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁷² Erwägungsgrund (9) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁷³ Bei einer der Sprachen wird es sich in der Regel um die englische Sprache handeln: *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601 (611).

⁷⁷⁴ Erwägungsgrund (12) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁷⁵ Erwägungsgrund (13) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁷⁶ Eine solche Bewertung sollte „[...] auf den fünf Kriterien der Effizienz, der Effektivität, der Relevanz, der Kohärenz und des Mehrwerts beruhen und die Grundlage für die Abschätzung der Folgen möglicher weiterer Maßnahmen bilden.“: Erwägungsgrund (43) der Digitalisierungsrichtlinie.

der vorsorgenden Rechtspflege im Bereich der Gesellschaftsgründung festhalten.⁷⁷⁷ Insofern kann die vollständig digitale Gründungsmöglichkeit einer GmbH durch die Gewährleistung einer digitalen notariellen Beurkundung umgesetzt werden.

Die Leichtigkeit der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie wird im Wesentlichen von zwei Komponenten beeinflusst. Zum einen sind die bereits digitalisierten Abläufe und insofern die vorhandene Infrastruktur im öffentlichen und vornehmlich im gesellschaftsrechtlichen Bereich zu betrachten.⁷⁷⁸ Zum anderen hängt die Leichtigkeit der Umsetzung von dem technischen Wissensstand und der Akzeptanz digitaler Technologien innerhalb der Bevölkerung ab.⁷⁷⁹

Die Digitalisierungsrichtlinie ist gemäß Art. 2 Abs. 1 der Digitalisierungsrichtlinie grundsätzlich bis zum 01. August 2021 umzusetzen. Diese Frist kann um bis zu ein Jahr verlängert werden durch eine Erklärung im Sinne von Art. 2 Abs. 3 der Digitalisierungsrichtlinie. Eine solche Erklärung hat die Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission mit Schreiben vom 27. Oktober 2020 abgegeben.⁷⁸⁰ Die Digitalisierungsrichtlinie ist somit bis zum 01. August 2022 vom deutschen Gesetzgeber umzusetzen.⁷⁸¹

b) Estnisches Modell

Estland gilt als einer der Vorreiter der Digitalisierung im Gesellschaftsrecht.⁷⁸² Das estnische Gesellschaftsrecht orientiert sich maßgeblich am deutschen System und kann daher ideal als Vergleich herangezogen werden.⁷⁸³

⁷⁷⁷ Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (608 ff.).

⁷⁷⁸ Hier sind insbesondere Finnland, Estland und Litauen führend, siehe: The Digital Economy and Society Index (DESI) 2020, diverse Studien hierzu abrufbar unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-economy-and-society-index-desi-2020> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); zu den digitalen Regelungsmodellen im Bereich der Gesellschaftsgründung von Frankreich, Dänemark und Estland, siehe: Teichmann, GmbHR 2018, 1 (5 ff.); auch in Österreich ist eine digitale notarielle Beurkundung im Rahmen der Gesellschaftsgründung möglich seit 2018: Kalss/Nicolussi, EuZW 2020, 41 (42); siehe hierzu auch Erwägungsgrund (4) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁷⁷⁹ Kalss/Nicolussi, EuZW 2020, 41 f.

⁷⁸⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 1.

⁷⁸¹ Am 01. August 2022 tritt das DiRUG gemäß Art. 31 DiRUG in Kraft.

⁷⁸² Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (604); siehe allgemein zur Bedeutung des estnischen Modells folgende Diskussionszusammenfassung: Knaier/Pfleger, ZGR 2017, 583 ff.

⁷⁸³ Sein, GPR 2013, 13 f.; Teichmann, ZGR 2017, 543 (578).

Die estnische GmbH (*osaiühing*, im Folgenden: "OÜ") ist in §§ 135 ff. des estnischen Handelsgesetzbuches⁷⁸⁴ (*äriseadustik*, im Folgenden: "CC") geregelt.⁷⁸⁵ Die Gründung kann entweder im Präsenzverfahren vor einem Notar gemäß § 138 Abs. 4 S. 1 CC vollzogen werden oder seit dem Jahr 2014 alternativ in einem digitalen Verfahren ohne die Beteiligung eines Notars gemäß § 139¹ CC gegründet werden. Im Rahmen des digitalen Verfahrens ist der Inhalt der Satzung gemäß § 139¹ Abs. 1 CC und § 139¹ Abs. 2 S. 3 CC fest vorgeschrieben. Sie muss von den Beteiligten nach § 139¹ Abs. 4 CC digital signiert werden. Das digitale Verfahren ohne Notar wird über das Portal "e-Business Register" abgewickelt.⁷⁸⁶ Im Jahr 2018 wurden 93 Prozent der OÜ-Gründungen über das digitale Verfahren abgewickelt, während nur noch sieben Prozent den Gang zum Notar antreten.⁷⁸⁷ Ausländische Staatsbürger können gegen ein Entgelt von EUR 100-120 im Rahmen des E-Residency-Programms Dienstleistungen von estnischen Behörden in Anspruch nehmen.⁷⁸⁸ Derzeit gibt es rund 80.000 E-Residents.⁷⁸⁹ Bereits 5.031 deutsche Bürger haben sich für eine E-Residency beworben.⁷⁹⁰

Die unkomplizierte und schnelle digitale Gründungsvariante könnte in- und ausländische Investoren anziehen und insofern den vergleichbaren Gesellschaftsformen der Mitgliedstaaten, die höhere Anforderungen an die Gründung stellen, Konkurrenz machen.⁷⁹¹ Das Verfahren kann als sicher und benutzerfreundlich angesehen werden,⁷⁹² wobei finnische Behörden die Sicherheit anzweifeln.⁷⁹³ Personen, denen eine Gesellschaftsgründung in Finnland untersagt wurde, konnten problemlos eine estnische Gesellschaft gründen.⁷⁹⁴ Zusätzlich weisen finnische Gesellschaften, die ihren Sitz nach Estland verlegt haben, häufiger Steuerschulden und Probleme im Insolvenzfall auf.⁷⁹⁵

⁷⁸⁴ Abrufbar unter: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/511012021004/consolide/current> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁸⁵ Allgemein zur OÜ: *Driesen*, GmbHR 2003, 342 (343 ff.).

⁷⁸⁶ Abrufbar unter: <https://ettevotjaportaal.rik.ee/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); detailliert zum Verfahren: *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (9 f.).

⁷⁸⁷ *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (8 ff.).

⁷⁸⁸ Näheres zur E-Residency auf: <https://e-resident.gov.ee/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁸⁹ Siehe hierzu diverse Statistiken auf: <https://e-resident.gov.ee/dashboard/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁹⁰ Siehe hierzu eine einschlägige Statistik auf: <https://e-resident.gov.ee/dashboard/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁹¹ *Knaier/Pfleger*, ZGR 2017, 583 (585 f.).

⁷⁹² *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (10).

⁷⁹³ Problem der "grey economy": *Bormann*, ZGR 2017, 621 (644 f.).

⁷⁹⁴ 6.026 E-Residents kommen aus Finnland: <https://e-resident.gov.ee/dashboard/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁷⁹⁵ *Wolf*, MittBayNot 2018, 510 (522).

Um eine Strafverfolgung im Fall der Implementierung des estnischen Modells zu erleichtern, müsste ein Informationsaustausch zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten ermöglicht werden, wie dies zwischen Estland und Finnland bereits praktiziert wird.⁷⁹⁶

Ein großes Problem kann auch die fehlende juristische Beratung zugunsten der Beteiligten darstellen, da bereits die Mustersatzung des estnischen Gründungsportals teilweise als zu komplex und nicht verständlich eingeschätzt wird.⁷⁹⁷

Zusätzlich ist es Hackern leichter möglich, sich ohne die Involvierung einer natürlichen Person in den Prozess der Gesellschaftsgründung Zugang zu gewissen Systemen zu verschaffen.⁷⁹⁸

Da es in dieser Arbeit nicht um die digitale GmbH-Gründung per se geht, sondern dies nur den Aufhänger für die Implementierung einer digitalen notariellen Beurkundung darstellt, eignet sich das estnische Modell in Bezug auf eine digitale notarielle Beurkundung nicht. Dennoch handelt es sich um einen alternativen Weg, den der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie ebenfalls wählen könnte. Aufgrund der dargestellten Probleme, die auf die fehlende Involvierung eines Notars zurückgeführt werden können, und der Vorteile, die sich aus seiner Beteiligung ergeben,⁷⁹⁹ erscheint das estnische Modell zwar ein interessantes, aber kein auf das deutsche Rechtssystem übertragbares System zu sein. Bei fehlender notarieller Beteiligung an der Gesellschaftsgründung und somit fehlender Erfüllung der Formzwecke ist davon auszugehen, dass die Qualität und die Rechtssicherheit des deutschen Rechtssystems leiden würden.⁸⁰⁰ Um das bestehende Maß an Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr und an rechtlicher Betreuung für die Beteiligten weiterhin gewährleisten zu können, erscheint die Beteiligung eines Notars unentbehrlich.⁸⁰¹

⁷⁹⁶ Teichmann, ZIP 2018, 2451 (2454).

⁷⁹⁷ Teichmann, GmbHR 2018, 1 (10); anders: Halder, NJOZ 2020, 1505 (1511 f.) m.w.N.

⁷⁹⁸ Siehe hierzu die Meldung der estnischen "Information System Authority": <https://www.ria.ee/en/news/possible-security-vulnerability-detected-estonian-id-card-chip.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); siehe auch: Wachter, GmbH-StB 2018, 214 (222).

⁷⁹⁹ Siehe Kapitel B.II.2. und C.III.

⁸⁰⁰ So auch: Bormann/Stelmaszczyk, ZIP 2018, 764 (771 f.).

⁸⁰¹ Lieder, NZG 2020, 81 (83 f.); Schurr, EuZW 2019, 772 (777 f.); Lieder, NZG 2018, 1081 (1087 f.); Teichmann, GmbHR 2018, 1 f.

c) Österreichisches Modell

Am 01. Januar 2019 trat das Elektronische Notariatsform-Gründungsgesetz⁸⁰² in Kraft, wodurch unter anderem die österreichische Notariatsordnung (im Folgenden: "öNO") und das österreichische GmbH-Gesetz (im Folgenden: "öGmbHG") geändert wurden.⁸⁰³

Das österreichische Rechtssystem und insbesondere das österreichische GmbH- und Notarrecht ähneln dem deutschen Rechtssystem in hohem Maße, weswegen Digitalisierungen innerhalb des österreichischen Rechtssystems als guter Vergleich herangezogen werden können.⁸⁰⁴

aa) Elektronische (Video-) Kommunikation

Kernelement des österreichischen Modells ist, dass die Beteiligten⁸⁰⁵ nicht physisch anwesend sein müssen, sondern gemäß § 69b Abs. 1 S. 1 öNO über ein Echtzeit-Videokommunikationssystem miteinander und mit dem Notar kommunizieren können (im Folgenden: "Digitaler Notariatsakt").⁸⁰⁶ Die Einzelheiten der technischen Anforderungen des Videokommunikationsmittels werden in Verordnungen und Richtlinien näher geregelt, siehe etwa §§ 1 ff. Notar-E-Identifikations-Verordnung (NEIV)⁸⁰⁷.⁸⁰⁸

⁸⁰² Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz und die Notariatsordnung geändert werden (Elektronische Notariatsform-Gründungsgesetz – ENG) vom 25. Oktober 2018, öBGBI. I Nr. 71/2018.

⁸⁰³ Hierbei handelte es sich nicht um die Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, sondern um eine unabhängige Entwicklung: *Wachter*, GmbHR 2019, R68 (R69).

⁸⁰⁴ *Wachter*, GmbHR 2019, R68; siehe genauer zum Vergleich deutscher und österreichischer Notare in Bezug auf ihre Stellung und das Beurkundungsverfahren: *Becht/Stephan-Wimmer*, GmbHR 2019, 45 (51 f.).

⁸⁰⁵ Zur Frage, ob sich die Beteiligten in Österreich befinden müssen (Territorialitätsprinzip): *Stöger*, NZ 2019/2, 10 ff.

⁸⁰⁶ Siehe Allgemein zu den Anforderungen: *Felzl/Aicher*, in: Wiener Kommentar GmbHG, § 4 Rn. 58; *Rauter*, JAP 2018/2019/11, 106 ff.

⁸⁰⁷ Verordnung der Bundesministerin für Justiz über Maßnahmen zur Sicherstellung der Integrität von im notariellen Bereich verwendeten elektronisch unterstützten Identifikationsverfahren (Notar-E-Identifikations-Verordnung –NEIV) vom 02. Januar 2019, öBGBI. II Nr. 1/2019.

⁸⁰⁸ 253 der Beilagen XXVI. GP, S. 3 f., abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/II_00253/fname_701817.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); kritisch zu den näheren technischen Anforderungen: *Hecht*, Die Presse 2019/03/08.

bb) Ablauf des digitalen Notariatsakts

Der Notar identifiziert die Beteiligten gemäß § 69b Abs. 2 öNO entweder über ein videogestütztes elektronisches Verfahren ("Videoidentverfahren") oder mittels elektronischen Ausweises ("Bürgerkarte").⁸⁰⁹ Gemäß § 5 NEIV kann sich der Notar hierbei eines externen Anbieters für Videoidentverfahren bedienen, wobei gewisse Anforderungen an die Sicherheit des Verfahrens gemäß §§ 3 ff. Online-Identifikationsverordnung⁸¹⁰ erfüllt werden müssen.

Die Belehrung und Beratung sowie die Kontrolle der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts erfolgen im Rahmen der Kommunikation über ein elektronisches Videokommunikationsmittel.

Die Beteiligten unterschreiben gemäß § 69b Abs. 4 öNO durch elektronische Signatur im Sinne von Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO.

Die Beglaubigung einer elektronischen Signatur einer nicht physisch anwesenden Partei orientiert sich gemäß § 79 Abs. 9 öNO an den Regelungen des digitalen Notariatsakts.⁸¹¹

cc) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des digitalen Notariatsakts und der Beglaubigung einer elektronischen Signatur einer nicht physisch anwesenden Partei hat sich seit der Einführung im Jahre 2019 erheblich verändert und wird im Folgenden näher betrachtet.

(i) Elektronische Notariatsform-Gründungsgesetz

Der Wortlaut des digitalen Notariatsakts nach § 69b Abs. 1 S. 1 öNO a.F. war im Rahmen des Elektronischen Notariatsform-Gründungsgesetzes in der österreichischen Notariatsordnung weit gefasst und gestattete eine Beurkundung mittels elektronischer Kommunikationsmittel, „[s]oweit dies gesetzlich vorgesehen ist [...]“.⁸¹² Es war lediglich eine Anwendungsbereichseröffnung in

⁸⁰⁹ Siehe zu dem Ablauf der Identifikation und dem spezifischen Ablauf: *Wachter*, GmbHR 2019, R68 (R69); laut Gesetzesbegründung kann bisher allerdings lediglich die Online-Identifikation genutzt werden, vgl. 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 3.

⁸¹⁰ Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die videogestützte Online-Identifikation von Kunden (Online-Identifikationsverordnung –Online-IDV) vom 02. Januar 2017, öBGBI. II Nr. 5/2017.

⁸¹¹ Näheres hierzu in: 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 5.

⁸¹² Siehe vollständigen Wortlaut der alten Fassung in Fußnote 802.

einem einschlägigen Gesetz erforderlich, die vorerst nur für die GmbH-Gründung gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 öGmbHG vorgesehen war.

(ii) 4. COVID-19-Gesetz

Mit dem 4. COVID-19-Gesetz⁸¹³ wurde der Anwendungsbereich des digitalen Notariatsakts erweitert, sodass gemäß § 90a öNO nicht nur der Notariatsakt der GmbH-Gründung, sondern auch jeder andere Notariatsakt und jede Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen unter Nutzung der elektronischen Kommunikationsmöglichkeit gemäß § 69b öNO vorgenommen werden konnte.⁸¹⁴ Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs war anfangs befristet und sollte am 31. Dezember 2020 gemäß § 189 Abs. 8 öNO außer Kraft treten.

Hierdurch sollte vor allem die Verbreitung von COVID-19 verhindert werden, indem auf die (überflüssige) physische Anwesenheit der Beteiligten verzichtet werden konnte.⁸¹⁵ Wie bei § 4 Abs. 3 S. 1 öGmbHG handelte es sich auch bei § 90a öNO um eine fakultative Möglichkeit für die Beteiligten und keine vorgeschriebene Pflicht.⁸¹⁶

Die (vorerst befristete) Ausweitung des Anwendungsbereichs der digitalen notariellen Formen zeigte nicht nur die generelle Linie, die der österreichische Gesetzgeber in Zukunft bezüglich des Notariatsakts und der Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen verfolgen könnte, sondern auch, dass der digitale Notariatsakt und die Beglaubigung einer elektronischen Signatur einer nicht physisch anwesenden Partei nach Einschätzung des österreichischen Gesetzgebers über die bis dato geregelten Fälle hinaus geeignet ist, das analoge Pendant umfassend zu ersetzen.⁸¹⁷

⁸¹³ 4. COVID-19-Gesetz (Kurztitel) vom 04. April 2020, öBGBI. I Nr. 24/2020.

⁸¹⁴ Siehe zu den Änderungen und Auslegungsfragen in Bezug auf § 90a öNO: *Zib*, NZ 2020/104, 361 ff.

⁸¹⁵ 403/A vom 02.04.2020, XXVII. GP, S. 35 f., abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A/A_00403/index.shtml (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸¹⁶ Zu Auslegungsfragen, die die Beteiligten von einer Wahrnehmung des digitalen Notariatsakts abhalten könnten: *Zib*, NZ 2020/104, 361 ff.

⁸¹⁷ 403/A vom 02.04.2020, XXVII. GP (Fußnote 815), S. 35 f.

(iii) Gesetzesänderung vom 23. Dezember 2020

Diese positive Einschätzung des österreichischen Gesetzgebers wurde durch die dauerhafte Erweiterung des Anwendungsbereichs mit Gesetz vom 23. Dezember 2020 untermauert.⁸¹⁸ Seit dem 01. Januar 2021 kann gemäß § 69b Abs. 1 S. 1 öNO jeder Notariatsakt und jede Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen durch ihr digitales Pendant ersetzt werden. Anstatt: „Soweit dies gesetzlich vorgesehen ist, kann ein Notariatsakt [...]“ lautet der Wortlaut des § 69b Abs. 1 S. 1 öNO nunmehr: „Ein Notariatsakt kann nach Maßgabe der verfügbaren technischen Voraussetzungen auch elektronisch unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit errichtet werden.“

Diese Anwendungsbereichserweiterung der digitalen Alternative zum Notariatsakt gemäß § 69b Abs. 1 S. 1 öNO und zur Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen gemäß §§ 79 Abs. 9, 90a öNO wurde zwar durch die COVID-19-Krise angestoßen, unterliegt jedoch mittlerweile keiner Befristung mehr.

dd) Bewertung

Mit der Einführung des digitalen Notariatsakts sollten vor allem zeitliche und finanzielle Probleme im Zusammenhang mit der physischen Anwesenheit der Beteiligten aus dem Weg geräumt werden.⁸¹⁹ Insgesamt sollten die Vorteile der Digitalisierung mit den Vorteilen des Notariatsakts und der Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen verbunden und in einen Rahmen eingebettet werden, der die „[...] ein hohes Maß an Sicherheit gewährleistenden elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten [...]“⁸²⁰ nutzt. Dies scheint dem österreichischen Gesetzgeber gelungen zu sein,⁸²¹ wodurch der Anwendungsbereich des digitalen Notariatsakts und der Beglaubigung einer elektronischen Signatur einer nicht physisch anwesenden Partei vorerst befristet und anschließend dauerhaft erweitert wurde.

⁸¹⁸ Änderung der Notariatsordnung, des GmbH-Gesetzes, des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes und des EIRAG vom 23. Dezember 2020, öBGBI. I Nr. 157/2020.

⁸¹⁹ 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 1.

⁸²⁰ 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 2 f.

⁸²¹ So auch: *Zib*, NZ 2020/104, 361 (364); „Flexibilisierung und Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten“: *Kalss/Hollaus*, GesRZ 2020, 84 (95); hinsichtlich der Auswirkungen auf die vereinfachte öGmbH-Gründung gemäß § 9a öGmbHG: *Robertson*, eolex 2021/235, 328 (330); *Wachter*, GmbHR 2019, R68 (R69 f.).

Der österreichische Gesetzgeber hat sich entgegen dem Ansatz anderer Mitgliedstaaten⁸²² für eine gleichbleibende Involvierung des Notars im Zuge der Digitalisierung der Formen und Formvorschriften entschieden. Somit können die Vorteile der Digitalisierung mit den Vorteilen der Belehrung und Beratung zugunsten der Beteiligten und der Kontrolle zugunsten des Rechtsverkehrs verbunden werden.⁸²³ Den Notar treffen beim digitalen Notariatsakt dieselben Pflichten, insbesondere in Bezug auf die Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, wie beim Notariatsakt.⁸²⁴ Der Notar kann insofern weiterhin seine "Gatekeeper"-Funktion erfüllen.⁸²⁵ Begrüßenswert erscheint auch die Systematik aus Gesetz-Verordnung-Richtlinie, wodurch eine schnelle und flexible Anpassung an neue Techniken und Umstände möglich ist.⁸²⁶

Aufgrund der positiven Resonanz innerhalb der österreichischen Regierung⁸²⁷ sollte der deutsche Gesetzgeber die technischen Anforderungen des österreichischen Modells genau analysieren und aus den mittlerweile gesammelten Erfahrungen seine Lehren ziehen. Insbesondere für eine mögliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der digitalen notariellen Beurkundung und der digitalen öffentlichen Beglaubigung könnte die Zeit ab April 2020 interessant sein.⁸²⁸

d) Deutsches Modell

Mit der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie wird sich seit ihrer Verabschiedung in verschiedenen Teilen der deutschen Politik beschäftigt. Ein erster Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-

⁸²² Siehe etwa das estnische Modell in Kapitel F.I.1.b.

⁸²³ Siehe die gleichbleibenden Pflichten der Notare in: 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 1; so auch: *Wachter*, GmbHR 2019, R68 (R69).

⁸²⁴ 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 1.

⁸²⁵ 253 der Beilagen XXVI. GP (Fußnote 808), S. 2.

⁸²⁶ So auch: *Wachter*, GmbHR 2019, R68 (R69 f.).

⁸²⁷ Siehe "Bericht und Antrag des Justizausschusses über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Notariatsordnung, das GmbH-Gesetz, das 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz und das EIRAG geändert werden" (588 der Beilagen XXVII. GP), S. 1, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00588/index.shtml (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸²⁸ Siehe Kapitel F.I.3. zu möglichen Anwendungsbereichserweiterungen der digitalen notariellen Beurkundung in Deutschland.

Westfalen vom 13. November 2019 wurde über den Bundesrat eingebracht.⁸²⁹ Am 18. Dezember 2020 folgte der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz,⁸³⁰ welcher am 19. Februar 2021 vom Bundeskabinett beschlossen wurde.⁸³¹ Am 10. Juni 2021 wurde das DiRUG in der Fassung der Beschlussempfehlung⁸³² des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz angenommen.⁸³³ Der Bundesrat stellte keinen Antrag gemäß Art. 77 Abs. 2 GG.⁸³⁴ Das Gesetz wurde am 13. August 2021 verkündet.⁸³⁵

Das DiRUG tritt gemäß Art. 31 Abs. 1 des DiRUG am 01. August 2022 in Kraft.⁸³⁶ Ab Inkrafttreten soll eine traditionelle notarielle Beurkundung bei gewissen Rechtsgeschäften durch eine digitale notarielle Beurkundung ersetzt werden können.

aa) Online-Videokommunikationssystem

Kernelement des deutschen Modells ist ein gemäß § 78 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 BNotO z.F.⁸³⁷ von der Bundesnotarkammer betriebenes Online-Videokommunikationssystem, über das digitale notarielle Beurkundungen abgewickelt werden können.⁸³⁸ Gemäß § 78p Abs. 2 BNotO z.F. wird mithilfe des Videokommunikationssystems die technische Abwicklung der Videokommunikation

⁸²⁹ Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, BR-Drs. 611/19, abrufbar unter: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/Drs.n/2019/0601-0700/611-19.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸³⁰ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_DiRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸³¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 31. März 2021, BT-Drs. 19/28177, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/281/1928177.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸³² BT-Drs. 19/30523.

⁸³³ Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN haben den Gesetzentwurf angenommen. Die Fraktionen AFD, FDP und DIE LINKE haben sich enthalten: BT-Drs. 19/30523, S. 2; vgl. zum Gesetzesbeschluss: BR-Drs. 524/21.

⁸³⁴ BR-Drs. 542/21 (Beschluss).

⁸³⁵ Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 05. Juli 2021, BGBl. I S. 3338.

⁸³⁶ Lediglich § 78p Abs. 3 des DiRUG und § 78q Abs. 2 des DiRUG treten gemäß Art. 31 Abs. 2 des DiRUG am Tag nach der Verkündung in Kraft, um die entsprechenden Verordnungen bereits vor Inkrafttreten des DiRUG verabschieden zu können: BT-Drs. 19/30523, S. 115.

⁸³⁷ Mit "z.F." ist im Folgenden die zukünftige Fassung der einzelnen Vorschriften ab Inkrafttreten des DiRUG am 01. August 2022 gemeint.

⁸³⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 1 f.

zwischen den Notaren und den Beteiligten (Nr. 1); die technische Durchführung eines elektronischen Identitätsnachweises (Nr. 2); das Auslesen eines elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmediums (Nr. 3) und das Erstellen einer qualifizierten elektronischen Signatur sowie das Versehen der elektronischen Urkunde mit dieser (Nr. 4) ermöglicht.

Nähere Bestimmungen zu technischen Anforderungen, Datensicherheit und Signaturherstellung werden in einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat geregelt nach § 78p Abs. 3 BNotO z.F.

Das Videokommunikationssystem wird gemäß § 78q BNotO z.F. durch Gebühren finanziert, die von den Notaren zu zahlen sind und auf die Beteiligten umgelegt werden.⁸³⁹

bb) Ablauf der digitalen notariellen Beurkundung

Der Ablauf einer digitalen notariellen Beurkundung orientiert sich an dem Ablauf einer traditionellen notariellen Beurkundung.⁸⁴⁰ Formanforderungen, die kraft Natur der Sache bei der digitalen notariellen Beurkundung nicht erfüllt werden können, werden in §§ 16a ff. BeurkG z.F. modifiziert.

Zu Beginn identifiziert der Notar die Beteiligten gemäß § 16c BeurkG z.F. anhand eines elektronisch übermittelten Lichtbildes und anhand eines weiteren Nachweises oder Mittels. Bei dem weiteren Nachweis oder Mittel kann es sich unter anderem um einen elektronischen Identitätsnachweis nach § 18 des Personalausweisgesetzes, nach § 12 des eID-Karte-Gesetzes oder nach § 78 Abs. 5 des Aufenthaltsgesetzes oder ein vergleichbar sicheres Identifizierungsmittel, das von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgestellt wurde, handeln.⁸⁴¹ Gemäß § 16c S. 2 BeurkG z.F. wird das elektronisch übermittelte Lichtbild der Beteiligten mit deren Einverständnis aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium des jeweiligen Identifizierungsmittels erlangt. Bei Zweifeln an der Identität oder der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit einer Person kann der Notar die digitale notarielle Beurkundung ablehnen, § 16a Abs. 2 BeurkG z.F. Die Identifizierung mittels Videoidentverfahren ist nicht zulässig.⁸⁴²

⁸³⁹ Ein privatrechtliches Vergütungssystem kommt nicht in Betracht: BT-Drs. 19/28177, S. 111.

⁸⁴⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 112 f.; siehe zum Ablauf einer traditionellen notariellen Beurkundung: Kapitel C.III.1.

⁸⁴¹ Näheres zur Sicherheit der Identifizierungsmittel in: Kapitel F.I.2.c. ee.

⁸⁴² Linke, NZG 2021, 309 (311).

Die Belehrung und Beratung sowie Kontrolle der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts erfolgt im Rahmen der Kommunikation über das Videokommunikationssystem.⁸⁴³ Statt einer Niederschrift wird eine elektronische Niederschrift nach den näheren Bestimmungen des § 16b BeurkG z.F. aufgenommen.⁸⁴⁴

Die Beteiligten signieren das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur gemäß § 16b Abs. 4 BeurkG z.F.⁸⁴⁵

Gemäß § 16e BeurkG z.F. ist es möglich, dass ein Teil der Beteiligten das Rechtsgeschäft traditionell beurkunden lässt, während ein anderer Teil das Rechtsgeschäft digital beurkunden lässt (gemischte Beurkundung).⁸⁴⁶

cc) Anwendungsbereich

Gemäß § 78p Abs. 1 BNotO z.F. in Verbindung mit § 16a Abs. 1 BeurkG z.F. beschränkt sich der Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung auf die GmbH-Gründung nach § 2 Abs. 3 GmbHG z.F.⁸⁴⁷ Hierbei steht es den Beteiligten frei, ob sie eine traditionelle oder eine digitale notarielle Beurkundung wählen.⁸⁴⁸ Ein entsprechendes Wahlrecht steht dem Notar nicht zu.⁸⁴⁹

dd) Bewertung

Das deutsche Modell im Sinne des DiRUG erfährt großen Zuspruch.⁸⁵⁰ Ohne dass auf das österreichische Modell beziehungsweise den digitalen Notariatsakt verwiesen wird, sind klare Parallelen zu erkennen.⁸⁵¹ Für den estnischen Weg, in dessen Rahmen auf die Beteiligung eines Notars

⁸⁴³ BT-Drs. 19/28177, S. 115.

⁸⁴⁴ Siehe § 16e BeurkG z.F. zu den Besonderheiten einer gemischten Beurkundung, bei der mindestens einer der Beteiligten körperlich anwesend ist und mindestens ein Weiterer das Videokommunikationssystem nutzt.

⁸⁴⁵ Zum technischen Verfahren einer qualifizierten elektronischen Signatur, siehe Kapitel E.II.2.

⁸⁴⁶ Näheres zu den besonderen Anforderungen: BT-Drs. 19/28177, S. 124 f.

⁸⁴⁷ Siehe Kapitel F.I.3. zu möglichen Anwendungsbereichserweiterungen.

⁸⁴⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 115.

⁸⁴⁹ BT-Drs. 19/28177, S. 115.

⁸⁵⁰ Siehe Stellungnahmen des deutschen Industrie- und Handelskammertages vom 15. Januar 2021, des deutschen Notarvereins vom 15. Januar 2021, des BDI vom 13. Januar 2021, der Wohnungswirtschaft Deutschland vom 14. Januar 2021, des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien vom 15. Januar 2021, des deutschen Notarvereins vom 15. Januar 2021 und der Bundesnotarkammer vom 11. Januar 2021, diese und andere Stellungnahmen abrufbar unter: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Digitalisierungsrichtlinie.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁵¹ So auch in Bezug auf den Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen: *Lieder*, NZG 2020, 81 (85).

bei einer digitalen GmbH-Gründung verzichtet wird, wurde sich bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie nicht entschieden. Hierdurch kann das hohe Maß an Rechtssicherheit, das mit der Beteiligung eines Notars einhergeht, aufrechterhalten werden.⁸⁵²

Hinsichtlich der Bewertung kann grundsätzlich auf die Ausführungen zum österreichischen Modell verwiesen werden.⁸⁵³

Dennoch unterscheiden sich das österreichische und deutsche Modell in zwei wesentlichen Punkten. Im Rahmen des österreichischen Modells kann für die allgemeine Kommunikation auf jegliche elektronische Kommunikationsmöglichkeiten, mithin auch Systeme privater Dritter, zurückgegriffen werden. Im Rahmen des deutschen Modells ist nur die Nutzung des von der Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystems zulässig. Der Betrieb durch die Bundesnotarkammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts verspricht ein höheres Maß an „[...] Sicherheit, Manipulationsresistenz und Zuverlässigkeit [...]“⁸⁵⁴, verlangt aber auch eine hohe Kompetenz und technische Expertise der Mitarbeiter der Bundesnotarkammer. Die Integrität der digitalen Prozesse im Hinblick auf die Datenverarbeitung und die Verhinderung des Datenmissbrauchs kann jedoch durch diese grundsätzliche Entscheidung des deutschen Gesetzgebers in höherem Maße gewährleistet werden als bei der Übertragung an einen privaten Dienstleister.⁸⁵⁵

Zudem erfolgt die Identifizierung beim digitalen Notariatsakt meist über Videoidentverfahren von Drittanbietern. Die Zuverlässigkeit solcher Videoidentverfahren wird teilweise in Frage gestellt.⁸⁵⁶ Auch datenschutzrechtlich kann die Involvierung eines Dritten zu Problemen führen;⁸⁵⁷ die Handhabung der Daten müsste zumindest umfassend geregelt werden. Eine Identifizierung durch einen Notar über zuverlässige und sichere elektronische Identifizierungsmittel bietet durch die hohe Eignung⁸⁵⁸ der Notare ein höheres Maß an Sicherheit.⁸⁵⁹ Eine Identifizierung über eine Drittanwendung oder durch eine dritte Person wäre mit Blick auf die Anforderungen der

⁸⁵² *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (113).

⁸⁵³ Kapitel F.I.1.c.dd.

⁸⁵⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 110; der Betrieb durch einen privaten Drittanbieter wird zutreffend als nicht sachgerecht eingeschätzt: BT-Drs. 19/28177, S. 116.

⁸⁵⁵ Siehe Ausführungen zu Schutzmaßnahmen: Kapitel D.III.1.d.

⁸⁵⁶ *Bormann*, ZGR 2017, 621 (642 f.); *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601 (609).

⁸⁵⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 116.

⁸⁵⁸ Siehe Näheres zur Eignung der Notare in: Kapitel B.II.2.b.cc.i.

⁸⁵⁹ Hierzu mehr in: Kapitel F.I.2.c.ee.

§ 10 Abs. 2 und 3 BeurkG, § 26 Abs. 1 DONot und die Vorgaben des Bundesgerichtshofs⁸⁶⁰ ohnehin nur schwierig mit dem Bedürfnis nach Sicherheit und Zuverlässigkeit zu vereinbaren.

Die beiden wesentlichen Unterschiede zwischen dem österreichischen und deutschen Modell legen eine höhere Sicherheit und Integrität des deutschen Modells nahe.

2. Gleichwertigkeit einer digitalen notariellen Beurkundung

Unabhängig von der genauen Ausgestaltung kann eine digitale notarielle Beurkundung wie jede Digitalisierung einer Form unter anderem Effizienz-⁸⁶¹, Kostenvorteile⁸⁶² und ökologische Vorteile⁸⁶³ mit sich bringen.⁸⁶⁴ Allerdings bestehen auch allgemeine Bedenken.⁸⁶⁵ Es bleibt zu diskutieren, inwieweit eine traditionelle und eine digitale notarielle Beurkundung als gleichwertig angesehen werden können.⁸⁶⁶

Zuerst wird dafür erörtert, inwieweit sich die Kommunikation im Präsenzverfahren von der Kommunikation mittels Videokommunikationsmitteln objektiv und subjektiv, das heißt im Bewusstsein der Bürger, unterscheidet. Die Bewertung ist dabei nicht von der genauen Ausgestaltung der digitalen notariellen Beurkundung abhängig.

Darauf aufbauend wird untersucht, inwieweit der digitalen notariellen Beurkundung die gleichen Formwirkungen zukommen können wie ihrem traditionellen Pendant; mithin wird der Frage nachgegangen, inwieweit von einer Wirkungsäquivalenz gesprochen werden kann. Hinsichtlich der bereits absehbaren Anforderungen der digitalen notariellen Beurkundung in Deutschland wird hierbei ein konkreter Bezug zu den Bestimmungen des DiRUG aufgebaut.

⁸⁶⁰ BGH, Urteil vom 20. März 1956 - III ZR 11/55 -, juris: Danach hat der Notar die Beteiligten mit äußerster Sorgfalt zu identifizieren.

⁸⁶¹ BT-Drs. 19/28177, S. 65; kritisch zur verbesserten zeitlichen Effizienz, da die Verzögerung von Gründungen auch durch andere Umstände bedingt werden kann: *Wolf*, MittBayNot 2018, 510 (524).

⁸⁶² BT-Drs. 19/28177, S. 72 ff.

⁸⁶³ BT-Drs. 19/28177, S. 72.

⁸⁶⁴ Vgl. Kapitel D.II.

⁸⁶⁵ Siehe Kapitel D.III.

⁸⁶⁶ *Bormann*, notar Heft 3/2021, 77: „Es ist daher Chance und Herausforderung zugleich, die bewährten Stärken des notariellen Verfahrens mit den neuen Möglichkeiten der digitalen Welt zu kombinieren.“

a) Objektive Kommunikationsäquivalenz

In der Begründung des Regierungsentwurfs zum DiRUG wird das Argument vorgebracht, dass eine Kommunikation mittels Videokommunikationsmitteln zwischen dem Notar und den Beteiligten nicht vergleichbar ist mit einer Kommunikation, bei der alle Beteiligten physisch anwesend sind.⁸⁶⁷ Ein Problem der digitalen notariellen Beurkundung könnte also sein, dass ein objektiver qualitativer Unterschied zwischen den beiden Kommunikationswegen besteht. Unterschiede können sich aus den Zugangsmöglichkeiten zu den beiden Kommunikationswegen und der Qualität der Kommunikation ergeben, die eine minderwertige Belehrung und Beratung nach sich ziehen könnte.⁸⁶⁸

Für eine digitale notarielle Beurkundung wird ein technisches Kommunikationsmittel benötigt, zum Beispiel ein Computer, Tablet oder Mobiltelefon, der beziehungsweise das mit einem Mikrofon, einem Lautsprecher und einer Kamera ausgestattet ist. Personen, denen ein solches Gerät nicht zur Verfügung steht,⁸⁶⁹ könnten Schwierigkeiten haben, eine digitale notarielle Beurkundung in Anspruch zu nehmen. Hinsichtlich dieser Bedenken ist jedoch festzustellen, dass die traditionelle notarielle Beurkundung durch die digitale notarielle Beurkundung nicht ersetzt werden muss, sondern nur ersetzt werden kann.⁸⁷⁰ Ihre Zugänglichkeit ist somit im Zusammenspiel mit der traditionellen notariellen Beurkundung zu betrachten.⁸⁷¹

Desweiteren begünstigt und benachteiligt jede Kommunikationsart gewisse Personengruppen. Auch die Kommunikation im Präsenzverfahren ist im Vergleich zur Videokommunikation für manche Personen mit einem größeren Aufwand verbunden. Hierzu zählen beispielsweise Personen, denen es nicht möglich ist, ohne einen unverhältnismäßig großen Aufwand zum Amtssitz des

⁸⁶⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 113 und 128; siehe auch BR-Drs. 611/19, S. 15 f.

⁸⁶⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 113 und 128; Näheres zur Belehrungs- und Beratungsfunktion in: Kapitel F.I.2.c.bb.

⁸⁶⁹ Siehe hierzu eine Statistik aus dem Jahr 2020 zum Ausstattungsgrad privater Haushalte in Deutschland mit ausgewählter Informations- und Kommunikationstechnik im Jahr 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2593/umfrage/ausstattungsgrad-privater-haushalte-mit-pc-kommunikationstechnik/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); siehe auch zur Entwicklung der Zahlen: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/Ausstattung-Gebrauchsgueter/Tabellen/liste-infotechnik-d.html;jsessionid=045A3D80A9BEBA14CA924D1B252932FD.live722> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁷⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 115.

⁸⁷¹ Zur Bedeutung der Verfügbarkeit einer Form: Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 209 ff.

Notars zu gelangen, zum Beispiel Personen, die im entfernten Ausland leben oder Personen mit einer körperlichen Behinderung.⁸⁷²

Nicht nur die Zugangsmöglichkeiten mancher Personen, sondern auch die Abläufe der beiden Kommunikationswege unterscheiden sich objektiv.⁸⁷³ Bei beiden Arten der notariellen Beurkundung bedienen sich die Beteiligten Kommunikationsarten/-mitteln, bei denen sie sich in Echtzeit hören und sehen. Da alle Beteiligten sich audiovisuell wahrnehmen können, kommunizieren sie bei beiden Arten der notariellen Beurkundung primär über Sprache und sekundär über Zeichen- und Körpersprache. Abhängig von der Stabilität der Internetverbindung und der Qualität der technischen Kommunikationsmittel kann die Wahrnehmung von Mimik, Gestik oder Tonfall bei der Videokommunikation jedoch Schwierigkeiten bereiten.⁸⁷⁴

Bei einer stabilen Internetverbindung und einer hinreichenden Qualität der technischen Kommunikationsmittel ist trotz dieser Bedenken davon auszugehen, dass einer gleichwertigen Kommunikation zumindest in der Theorie nichts im Wege steht. Die Bedenken hinsichtlich der Kommunikationsäquivalenz betreffen vielmehr die subjektive Wahrnehmung der Beteiligten und insofern die subjektive Kommunikationsäquivalenz.

b) Subjektive Kommunikationsäquivalenz

Soweit die Videokommunikation von den Bürgern als minderwertig empfunden wird, schwächt dies das Vertrauen in die digitale notarielle Beurkundung.⁸⁷⁵ Wie bereits im Arbeitsprogramm der Kommission 2017 erkannt wurde, ist die Digitalisierung auf das Vertrauen der Bürger angewiesen.⁸⁷⁶ Anders gesagt: Die Digitalisierung eines Bereichs ist nur so stark wie das Vertrauen in sie.

⁸⁷² Laut einer Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 24. Juni 2020 sind 9,5 % der deutschen Bevölkerung schwerbehindert. Von diesen 9,5 % haben 58 % körperliche Behinderungen, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/06/PD20_230_227.html;jsessionid=9414FD6DD46DB6A73EAC77FEF4B340E1.live722 (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁷³ Vgl. etwa Kapitel C.III.1. mit Kapitel F.I.1.d.

⁸⁷⁴ Siehe Näheres zu den damit zusammenhängenden Herausforderungen in Kapitel F.I.2.c.

⁸⁷⁵ Allgemein zur Bedeutung des Vertrauens in die digitale Kommunikation: Projektbericht des Deutschen Instituts für Vertrauen und Sicherheit im Internet, November 2017, mit dem Titel: „Vertrauen in Kommunikation im digitalen Zeitalter“, S. 29 ff., abrufbar unter: <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2017/12/DIVSI-Vertrauen2018.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁷⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 25. Oktober 2016 (COM(2016) 710 final, S. 7, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/COM-2016-710-F1-DE-MAIN.PDF> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

Ohne Vertrauen könnte die digitale notarielle Beurkundung nicht die gleichen Formwirkungen⁸⁷⁷ entfalten wie eine traditionelle notarielle Beurkundung. Sie würde nicht genutzt werden und somit keinen Vorteil bringen.

Während die teilweise negative Einschätzung der Videokommunikation und das damit verbundene fehlende Vertrauen vor wenigen Jahren noch ein starkes Argument gegen eine digitale notarielle Beurkundung hätte sein können,⁸⁷⁸ hat sich das Verhältnis der Bürger zur Videokommunikation durch den technischen Fortschritt der letzten Jahre und speziell im Jahr 2020 durch die COVID-19-Pandemie erheblich verändert.⁸⁷⁹

Die Fernkommunikation hat sich vom gesprochenen Wort weiterentwickelt und kann nunmehr wesentlich vielseitiger eingesetzt werden. Zum einen kann nicht nur das gesprochene Wort, sondern mit diversen Programmen auch ein Echtzeitvideo an den Empfänger übertragen werden. Dies führt im Gegensatz zu einem Telefonat oder einer E-Mail zu einer gesteigerten Intimität. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass eine Videokonferenz ernster genommen wird und mehr Aufmerksamkeit der Beteiligten erfordert. Zum anderen kann über viele Programme heutzutage nicht nur kommuniziert werden, sondern den Beteiligten wird beispielsweise ebenfalls ermöglicht, Dokumente gleichzeitig zu bearbeiten.⁸⁸⁰ In diesem Zusammenhang haben Unternehmen bereits positive Erfahrungen hinsichtlich der Produktivität und Zufriedenheit der Arbeitnehmer gemacht.⁸⁸¹ Ob das Potenzial der Videokommunikation jedoch weitgehend genutzt werden kann, hängt oftmals von der Komplexität des Einzelfalls ab.

⁸⁷⁷ Insbesondere die Warnwirkung hängt mit dem Aspekt der subjektiven Kommunikationsäquivalenz zusammen: Kapitel F.I.2.c.aa.

⁸⁷⁸ Siehe hierzu die Einschätzung in dem Projektbericht des Deutschen Instituts für Vertrauen und Sicherheit im Internet (Fußnote 875) aus dem Jahr 2017, S. 28 ff.

⁸⁷⁹ Siehe hierzu das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) vom 12. März 2021 mit dem Titel: „Digitalisierung in Deutschland – Lehren aus der Corona-Krise“, S. 6 ff. m.w.N., abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Ministerium/Veroeffentlichung-Wissenschaftlicher-Beirat/gutachten-digitalisierung-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); so auch Thiel/Nazari-Khanachayi, RD 2021, 134.

⁸⁸⁰ Hierzu auch: Keller/Schümmer, NZG 2021, 573 (576); mit Microsoft Teams können beispielsweise Bildschirme und Dokumente geteilt und somit effizienter in Absprache mit allen Beteiligten bearbeitet werden. <https://news.microsoft.com/de-de/microsoft-teams-funktionen/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁸¹ Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (siehe Fußnote 879), S. 8.

Im Zuge der Weiterentwicklung diverser Technologien und der Verbesserung der digitalen Infrastruktur⁸⁸² konnte die Benutzerfreundlichkeit von Videokommunikationsmitteln erhöht werden, wodurch diese häufiger genutzt wurden; eine Stärkung des Vertrauens liegt nahe.⁸⁸³

Zusätzlich könnte die Nutzung neuer Techniken die Gleichwertigkeit der Kommunikationsmittel in Zukunft verstärken. Insbesondere VR-Brillen,⁸⁸⁴ durch die die Beteiligten das Gefühl vermittelt bekommen können, sich in demselben Raum zu befinden, können durch eine gesteigerte Intimität eine Stärkung der subjektiven Gleichwertigkeit herbeiführen.

Die Nutzung⁸⁸⁵ und der Anwendungsbereich⁸⁸⁶ von Videokommunikationsmitteln wurden durch die COVID-19-Pandemie zusätzlich beschleunigt. Aufgrund der langfristigen Ausgangs- und Kontakteinschränkungen⁸⁸⁷ mussten sich die Bürger nicht nur im persönlichen, sondern auch im geschäftlichen Bereich durch die Nutzung von Videokommunikationsmitteln anderweitig behelfen. Da sich die Menschen im privaten Bereich nicht wie gewohnt und seltener sehen konnten, wurden persönliche Gespräche teilweise ausschließlich über Videokommunikationsmittel geführt, wodurch das Vertrauen in sie gestiegen sein könnte.⁸⁸⁸

⁸⁸² Siehe zum Breitbandausbau der letzten Jahre eine Statistik, die im Mai 2021 veröffentlicht wurde, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/71531/umfrage/anzahl-der-direkt-geschalteten-breitbandanschluesse-in-deutschland-seit-2001/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁸³ Zur Bedeutung bedienerfreundlicher Produkte auf das Vertrauen der Bürger: Projektbericht des Deutschen Instituts für Vertrauen und Sicherheit im Internet (Fußnote 875), S. 70 ff.; in einer Umfrage vom 21. April 2020 gaben 35 % der Befragten an, dass sich ihr Umgang mit Videokommunikationsmitteln durch die COVID-19-Pandemie nachhaltig verändern wird, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1130885/umfrage/kuenftige-nutzung-bestimmter-medien-durch-die-corona-pandemie-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); nach einer Studie von EY und dem Wuppertal Institut vom 20. Juni 2020 mit dem Titel: „Zwischenbilanz COVID-19: Umweltpolitik und Digitalisierung“ wird in der Digitalisierung der Kommunikationswege, insbesondere im geschäftlichen Bereich, vermehrt eine Chance und Potenzial gesehen, vgl. S. 4 ff., abrufbar unter: https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Digitalisierung/zwischenbilanz_covid19_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁸⁴ Siehe zu Umsetzungsmöglichkeiten: <https://www.handelsblatt.com/technik/digitale-revolution/digitale-revolution-meeting-in-3d-diese-chancen-bietet-virtual-reality-in-corona-zeiten/25861046.html?ticket=ST-1197882-oxrdOtuatAvge9HYusxy-ap4> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁸⁵ Siehe Studie von EY und dem Wuppertal Institut (Fußnote 883), S. 8.

⁸⁸⁶ Siehe etwa die COVID-bedingene Entwicklung des digitalen Notariatsakts in Österreich: Kapitel F.I.1.c.

⁸⁸⁷ Eine detaillierte Darstellung der Chronik der COVID-19-Pandemie: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁸⁸ Privates wird nicht mehr ausschließlich im analogen Bereich geteilt: *Eichenhofer*, in: Behrendt/Loh/Matzner/Misselhorn, *Privatsphäre* 4.0, 155 (165 ff.).

Zusätzlich mussten sich ein Großteil der Unternehmen und insofern ihre Arbeitnehmer bei der bundesweit verhängten mehrere Monate andauernden Quarantäne an die Umstellung vom Arbeiten im Büro an das Arbeiten von zu Hause aus gewöhnen. In dieser sowieso wirtschaftlich schwierigen Zeit war es für das Überleben vieler Unternehmen von essenzieller Bedeutung, dass die Umgewöhnung von "Office" zu "Homeoffice" so schnell wie möglich vorstättenging und von den Arbeitnehmern akzeptiert wurde. Die Folge daraus war, dass sich mit den Kollegen nicht bei physischer Anwesenheit ausgetauscht werden konnte, sondern diverse Fernkommunikationsmittel eingesetzt werden mussten. Dies galt nicht nur für den gesellschaftsinternen Austausch unter Kollegen, sondern auch für Termine mit Geschäftspartnern. Die Umstellung musste in dieser Zeit zwangsläufig geschehen und es ist zu erwarten, dass insbesondere Videokommunikationsmittel im Geschäftsalltag nach Abflachen der Pandemie im Vergleich zu der Zeit vor der Pandemie mehr genutzt werden.⁸⁸⁹ Wenn aber die unternehmensinternen Besprechungen, Termine und Verhandlungen im Vorfeld einer notariellen Beurkundung vermehrt digital abgehalten werden, wäre es konsequent, wenn auch der formwirksame Abschluss des Rechtsgeschäfts digital möglich wäre.

Sowohl wegen des technologischen Fortschritts und der damit verbundenen qualitativen Verbesserung der Technologien als auch wegen der COVID-19-Pandemie, in der die Menschen für mehrere Monate im privaten und geschäftlichen Bereich größtenteils darauf angewiesen waren, mit Fernkommunikationsmitteln zu kommunizieren, kann davon ausgegangen werden, dass sich der Unterschied zwischen analoger und digitaler Kommunikation im Bewusstsein der Menschen in den vergangenen Jahren stetig minimierte.⁸⁹⁰

Sollte weiterhin von einem ernstzunehmenden Unterschied ausgegangen werden, liegt es nahe, dass sich dieser in der näheren Zukunft weiter verringern wird. Diese Aussage wird sicherlich nicht auf jeden Menschen zutreffen und hängt von technischen Kenntnissen und Interessen ab.⁸⁹¹ Eine allgemeine gegenteilige Aussage lässt sich allerdings ebenfalls schwierig rechtfertigen und

⁸⁸⁹ In Bezug auf das Arbeiten aus dem Homeoffice: Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (siehe Fußnote 879), S. 6; siehe auch diverse Prognosen zum Reiseverhalten: <https://www.vdr-service.de/corona> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁸⁹⁰ Studie von EY und dem Wuppertal Institut (Fußnote 883), S. 8; kritisch hierzu, insbesondere für den Fall der Beurkundung der notariellen Niederschrift der Gesellschafts- beziehungsweise Hauptversammlung: *Lieder*, ZIP 2020, 837 (840).

⁸⁹¹ Siehe etwa zu den Herausforderungen älterer Menschen in der digitalen Gesellschaft: BT-Drs. 19/21650, S. 9 ff.

ist insofern entgegen der Begründung des Regierungsentwurfs zum DiRUG⁸⁹² äußerst kritisch zu bewerten.

c) **Wirkungsäquivalenz**

Das Ziel der Bundesregierung bei der Ausarbeitung des deutschen Modells wurde wie folgt beschrieben: „Die Umsetzung der Vorgaben der GesRRL soll unter möglichst weitgehender Wahrung der etablierten Grundsätze und Prinzipien des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts erfolgen. Insbesondere soll auch die Funktionsfähigkeit und Verlässlichkeit der Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister gewahrt werden und zugleich ihrer Rolle und Bedeutung für den Rechts- und Geschäftsverkehr Rechnung getragen werden.“⁸⁹³ Die Erreichung dieses Ziels steht und fällt mit der Frage, ob eine digitale notarielle Beurkundung die gleichen Formwirkungen wie eine traditionelle notarielle Beurkundung haben kann. Laut Begründung des Regierungsentwurfs zum DiRUG „[...] lassen sich die Formzwecke der Beurkundungspflicht auch in einem digitalen Beurkundungsverfahren ohne körperliche Anwesenheit der Beteiligten weitgehend funktionsäquivalent abbilden.“⁸⁹⁴ Ob und inwieweit jedoch eine Wirkungsäquivalenz zwischen der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung tatsächlich angenommen werden kann, wird im Folgenden erörtert.

aa) **Warnwirkung**

Inwieweit eine digitale notarielle Beurkundung eine Warnwirkung entfalten kann, hängt maßgeblich von den Formanforderungen und dem Aufwand ab, der mit der Erfüllung der digitalen notariellen Beurkundung verbunden ist, sowie mit der Frage, inwiefern eine Videokommunikation von den Beteiligten ernstgenommen wird.

⁸⁹² BT-Drs. 19/28177, S. 113 und 128; siehe auch BR-Drs. 611/19, S. 15 f.

⁸⁹³ BT-Drs. 19/28177, S. 2.

⁸⁹⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 115; statt dem Begriff "Funktionsäquivalenz" wird der Begriff "Wirkungsäquivalenz" verwendet.

Da Videokommunikationsmittel mittlerweile ein fester Bestandteil des privaten und beruflichen Alltags vieler Bürger sind und davon auszugehen ist, dass eine subjektive Kommunikationsäquivalenz⁸⁹⁵ bereits in hohem Maße besteht, ist zu erwarten, dass die Beteiligten eine digitale notarielle Beurkundung nicht wegen des Kommunikationsmittels nicht ernstnehmen werden.

Hinsichtlich des finanziellen Aufwands kann grundsätzlich auf den finanziellen Aufwand einer traditionellen notariellen Beurkundung verwiesen werden.⁸⁹⁶ Im Zuge der Videokommunikation entfällt die Anreise zum Amtssitz des Notars und somit ein Teil der aufzubringenden Kosten. Für die Nutzung des Videokommunikationssystems der Bundesnotarkammer fällt eine Pauschale in Höhe von EUR 25,00 gemäß Nr. 32016 des Kostenverzeichnisses der GNotKG z.F. an. Ob diese Pauschalkosten höher sind als die Kosten der Anreise, ist abhängig vom Einzelfall.

Da der Ablauf und die Pflichten des Notars bei einer digitalen notariellen Beurkundung im Vergleich zu einer traditionellen notariellen Beurkundung grundsätzlich gleichbleiben, ist kein erheblicher zeitlicher Unterschied zu erwarten.⁸⁹⁷ Die Anreise der Beteiligten entfällt jedoch auch in zeitlicher Hinsicht.⁸⁹⁸

Der sonstige Ablauf der Beurkundung, wodurch die Warnwirkung bedungen wird, ändert sich nur unwesentlich. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts wird auch bei der digitalen notariellen Beurkundung mit einem unparteiischen Dritten in der Person des Notars besprochen. Dieser weist die Beteiligten auf die rechtliche Tragweite und jegliche Risiken ihrer Erklärungen hin. Die Beteiligten müssen im Rahmen der digitalen notariellen Beurkundung nicht indirekt durch hohe Formanforderungen gewarnt werden beziehungsweise sich die Reichweite und Ernsthaftigkeit des Rechtsgeschäfts selbst vor Augen halten.⁸⁹⁹ Vielmehr ist mit dem Notar weiterhin eine Person in den Prozess des Rechtsgeschäftsabschlusses involviert, die die Beteiligten warnt und vor Übereilung und der Abgabe einer ungewollten Erklärung schützt, § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG.

⁸⁹⁵ Siehe Kapitel F.I.2.b.

⁸⁹⁶ Kapitel C.III.2.a.

⁸⁹⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 68; zum zeitlichen Aufwand einer traditionellen notariellen Beurkundung, siehe Kapitel C.III.2.a.

⁸⁹⁸ Zur Bedeutung der Entfernung bei der Gründung einer GmbH oder einer UG, siehe eine rechtsvergleichende empirische Datenerhebung aus dem Jahr 2014: *Teichmann/Knaier*, GesRZ 2014, 285 (292 ff.).

⁸⁹⁹ Wie auch bei einer traditionellen notariellen Beurkundung: Kapitel C.III.2.a.

Aufgrund des zeitlichen Aufwands und diverser Hinweise im Rahmen des technischen Ablaufs der Abgabe einer qualifizierten elektronischen Signatur⁹⁰⁰ ist davon auszugehen, dass einer qualifizierten elektronischen Signatur eine hinreichend gleichwertige Warnwirkung wie einer eigenhändigen Unterschrift zukommt.⁹⁰¹ Nach Einschätzung des deutschen Gesetzgebers bleibt jedoch das Problem bestehen, dass der qualifizierten elektronischen Signatur im Gegensatz zur eigenhändigen Unterschrift die Tradition fehlt, wodurch die Warnwirkung abgeschwächt werde.⁹⁰²

Obwohl nicht bei allen Beteiligten von einer subjektiven Kommunikationsäquivalenz ausgegangen werden kann, der qualifizierten elektronischen Signatur nach Einschätzung des deutschen Gesetzgebers die Tradition fehlt und die Anreise zum Amtssitz des Notars und somit ein Teil des finanziellen und zeitlichen Aufwands entfällt, hat die digitale notarielle Beurkundung durch den weiterhin hohen Aufwand und die gleichbleibende Involvierung eines Notars eine hohe Warnwirkung. Ob die Warnwirkung einer digitalen notariellen Beurkundung jedoch mit der Warnwirkung einer traditionellen notariellen Beurkundung gleichgestellt werden kann, ist fraglich und lässt sich nicht abstrakt beantworten.

bb) Belehrungs- und Beratungswirkung

Die Gleichwertigkeit der Belehrung und Beratung hängt maßgeblich von der Fähigkeit des Notars ab, mit den Beteiligten zu kommunizieren. Aufgrund der hinreichenden objektiven Kommunikationsäquivalenz⁹⁰³ ist es dem Notar möglich, mit den Beteiligten bei einer stabilen Internetverbindung eine Konversation ohne Unterbrechungen zu führen. Dabei kann er den Sachverhalt und den Willen der Beteiligten erforschen, die Beteiligten hinsichtlich der Folgen ihrer Erklärungen belehren und beraten sowie die Vertragsgestaltung beeinflussen. Die neuen Techniken machen es schließlich auch möglich, dass der Notar die Beteiligten nicht nur belehrt und berät, sondern mit ihnen das zu beurkundende Dokument gleichzeitig durchgehen und bearbeiten kann, sodass in der Theorie kein qualitativer Unterschied zu erwarten ist.⁹⁰⁴ Im Gegenteil, die Beteiligten könnten auf

⁹⁰⁰ Siehe Kapitel E.II.2.

⁹⁰¹ Siehe Kapitel E.II.3.b.

⁹⁰² BT-Drs. 14/4987, S. 17; siehe Kapitel E.II.3.a.

⁹⁰³ Siehe Kapitel F.I.2.a.

⁹⁰⁴ *Bormann*, ZGR 2017, 621 (646).

diese Weise in Echtzeit genau nachvollziehen, was der Notar im Dokument ändert, ohne dabei in ihrem eigenen haptischen Dokument selbst "Protokoll führen zu müssen".⁹⁰⁵

Dass die Beteiligten sich nicht physisch gegenüber sitzen, könnte sie sogar weniger emotional und somit rationaler während der Beurkundung agieren lassen. Hierdurch könnte die Belehrung und Beratung und insbesondere die Vermittlungsaufgabe des Notars vereinfacht und die Effizienz der digitalen notariellen Beurkundung gesteigert werden.

Eine Herausforderung der digitalen notariellen Beurkundung könnte sein, dass Formen der non-verbale Kommunikation, zum Beispiel Mimik, Gestik und Tonfall, schwieriger zu erkennen sind. Ob eine Aussage ernstgemeint ist oder beispielsweise als Witz verstanden werden sollte, wird häufig erst durch Mimik und Tonfall deutlich. Sowohl die Aussagen der Beteiligten als auch die Aussagen des Notars könnten während der Videokommunikation missverstanden werden. In diesem Zusammenhang steigen die Anforderungen an die Integrität und Ernsthaftigkeit des Notars, der sich nicht darauf verlassen kann, dass die Beteiligten verstehen, wie eine Aussage gemeint ist. Es sollte insofern bei der Belehrung und Beratung des Notars nicht auf den Subtext ankommen. Auch wenn dies den Notar vor eine schwierige Aufgabe stellen kann, ist aufgrund der hohen fachlichen und persönlichen Kompetenz⁹⁰⁶ davon auszugehen, dass dieser den Anforderungen gerecht werden kann.

Um eine gleichwertige Belehrung und Beratung gewährleisten zu können, müssen die Notare mit dem Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer einwandfrei umgehen können. Zudem müssen die gesteigerten Anforderungen an die Ernsthaftigkeit der Belehrung und Beratung verdeutlicht werden. Es erscheint insofern sinnvoll, die Notare hinsichtlich der technischen und persönlichen Anforderungen an eine digitale notarielle Beurkundung zu schulen.⁹⁰⁷

⁹⁰⁵ So auch: *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573 (576).

⁹⁰⁶ Siehe Kapitel B.II.2.b.cc.i.

⁹⁰⁷ So auch: *Knaier*, GmbHR 2021, 169 (175).

cc) Klarstellungswirkung

Hinsichtlich der Klarstellungswirkung einer digitalen notariellen Beurkundung wird auf Kapitel B.II.2.b.aa. und Kapitel C. verwiesen. Der Abschluss und Inhalt des Rechtsgeschäfts werden durch eine digitale notarielle Beurkundung dauerhaft klargestellt.

dd) Beweiswirkung

Als Ergebnis einer digitalen notariellen Beurkundung erhalten die Beteiligten ein (öffentliches) elektronisches Dokument, das von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form erstellt worden ist, worauf die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden gemäß § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO entsprechende Anwendung finden.⁹⁰⁸ Für die Beweiswirkung einer digitalen notariellen Beurkundung kann somit auf die Ausführungen zur Beweiswirkung einer traditionellen notariellen Beurkundung in Kapitel C.III.3. verwiesen werden. Eine öffentliche elektronische Urkunde erbringt gemäß §§ 371a Abs. 3 S. 1, 415 Abs. 1 ZPO vollen Beweis im Rechtsverkehr. Ihre Echtheit wird gemäß §§ 371a Abs. 3 S. 2, 437 Abs. 1 ZPO vermutet.⁹⁰⁹

Da sich die Beweiskraft einer traditionellen und einer digitalen notariellen Beurkundung qualitativ nicht unterscheidet, ist davon auszugehen, dass § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO für den Fall, dass der Schuldner sich der sofortigen Vollstreckung unterwirft, auch auf das im Rahmen der digitalen notariellen Beurkundung ausgestellte öffentliche elektronische Dokument anwendbar ist. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum DiRUG enthält hierzu jedoch keine Angaben.

ee) Kontrollwirkung

Da sich der Ablauf einer digitalen notariellen Beurkundung nicht maßgeblich vom Ablauf einer traditionellen notariellen Beurkundung unterscheidet und die notariellen Pflichten des Notars gleichbleiben, muss die Identität, Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und gegebenenfalls Vertretungsbefugnis der Beteiligten sowie die Rechtmäßigkeit des Rechtsgeschäfts in gleichem Maße

⁹⁰⁸ Siehe hierzu auch die Legaldefinition in § 45 Abs. 3 BeurkG z.F., die allerdings nur im Rahmen des Beurkundungsgesetzes gilt, siehe BT-Drs. 19/28177, S. 130.

⁹⁰⁹ Siehe zu den Konsequenzen: *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, NJW 2006, 806 (807 f.).

kontrolliert werden wie bei einer traditionellen notariellen Beurkundung.⁹¹⁰ Die digitale notarielle Beurkundung hat eine Identifikations-, Echtheits- und Verifikationswirkung. Während die Prüfgegenstände und das Maß der Kontrolle gleichbleiben, unterscheidet sich jedoch zum Teil die Art und Weise der Kontrolle.

Das zu beurkundende Dokument liegt dem Notar in digitaler Form vor. Der Notar ist verpflichtet, jegliche Umstände und Informationen zu prüfen, um sicherzustellen, dass das Rechtsgeschäft rechtmäßig ist; hierbei stellt die Videokommunikation kein Hindernis dar.

Besondere Aufmerksamkeit im Rahmen der Kontrollwirkung verdient die Prüfung der Identität, Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und gegebenenfalls der Vertretungsbefugnis der Beteiligten. Im Rahmen der Videokommunikation identifiziert der Notar die Beteiligten anhand eines elektronisch übermittelten Lichtbildes, das mit dem Erscheinungsbild der Beteiligten während der Videokommunikation abgeglichen wird und anhand eines weiteren Identitätsnachweises.⁹¹¹ Der Verzicht auf die Möglichkeit, die Beteiligten über ein Videoidentverfahren und/oder über einen Drittanbieter zu identifizieren, erscheint begründet.⁹¹² Die Digitalisierungsrichtlinie räumt den Mitgliedstaaten gemäß Art. 13b Abs. 2 GesRRL die Möglichkeit ein, für das Verfahren ausschließlich elektronische Identifizierungsmittel anzuerkennen, die den Anforderungen in Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 entsprechen. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber gemäß § 16c BeurkG z.F. Gebrauch gemacht. Neben den deutschen Identifizierungsmitteln im Sinne von § 16c S. 1 Nr. 1 BeurkG z.F., deren Sicherheitsniveau von der Bundesrepublik Deutschland als "hoch" notifiziert wurde,⁹¹³ werden lediglich Identifizierungsmittel von Mitgliedstaaten anerkannt, die ebenfalls dem Sicherheitsniveau "hoch" entsprechen.⁹¹⁴ Durch die strengen Anforderungen an die Identifizierung der Beteiligten ist diese in qualitativ

⁹¹⁰ Siehe Kapitel C.III.4.

⁹¹¹ BT-Drs. 19/28177, S. 122 f.

⁹¹² Linke, NZG 2021, 309 (311); Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (609); siehe auch Kapitel F.I.1.d.

⁹¹³ Siehe ABl. C 319 vom 26.9.2017, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:319:FULL&from=PT> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁹¹⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c der Verordnung (EU) Nr. 910/2014; lediglich 15 weitere Mitgliedstaaten haben elektronische Identifizierungsmittel notifiziert, wobei nicht alle dem Sicherheitsniveau "hoch" entsprechen: Schmidt, ZIP 2021, 112 (114).

gleicher Weise möglich wie bei einer traditionellen notariellen Beurkundung, bei der der Notar keinen gesetzlichen Beweisregeln unterworfen ist, siehe § 10 Abs. 1 BeurkG.⁹¹⁵

Während der Videokommunikation hat der Notar sich von der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu überzeugen. Dabei kann sich der Notar jedoch lediglich audiovisuell vergewissern und nicht wie bei der traditionellen notariellen Beurkundung zusätzlich mit weiteren Sinnen.⁹¹⁶

Auch eine Beobachtung der Körpersprache der Beteiligten ist nur bedingt möglich,⁹¹⁷ sodass der Notar hieraus keine Schlüsse ziehen kann. Bei Zweifeln kann die digitale notarielle Beurkundung daher abgelehnt und es kann auf eine traditionelle notarielle Beurkundung verwiesen werden, § 16a Abs. 2 BeurkG z.F.⁹¹⁸ Dabei handelt es sich insbesondere um Fälle, in denen die persönliche Präsenz eines Beteiligten aus Gründen des öffentlichen Interesses erforderlich ist, um die Richtigkeit der notariellen Beurkundung zu gewährleisten.⁹¹⁹ Alternativ besteht die Möglichkeit, einen Zweifelsvermerk nach §§ 10 Abs. 3 S. 2, 11 Abs. 1 S. 2 BeurkG in Verbindung mit § 16b Abs. 1 S. 2 BeurkG z.F. in der elektronischen Niederschrift anzubringen,⁹²⁰ wodurch Probleme, die erst später bemerkt werden, im Nachhinein besser nachvollzogen werden können.

Von der gegebenenfalls zu prüfenden Vertretungsbefugnis der Beteiligten überzeugt sich der Notar mangels digitaler Alternative⁹²¹ anhand der Urschrift der Vollmacht in Papierform. Diese wird anhand einer elektronisch beglaubigten Abschrift der Vollmacht gemäß § 16d BeurkG z.F.

⁹¹⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 120 ff.

⁹¹⁶ Die olfaktorische Wahrnehmung kann beispielsweise bei starken Alkoholisierungen oder starker Schweißbildung (Nervosität) hilfreich sein. Auch die haptische Wahrnehmung (Händedruck) kann dem Notar helfen, einen umfassenden Eindruck von den Beteiligten zu erlangen.

⁹¹⁷ Wolf, MittBayNot 2018, 510 (522).

⁹¹⁸ Zur Bedeutung für die Sicherheit der digitalen notariellen Beurkundung: Kindler/Jobst, DB 2019, 1550 (1555); vgl. hier auch die Erwägungsgründe (15) und (21) der Digitalisierungsrichtlinie.

⁹¹⁹ Lieder, NZG 2020, 81 (83); kritisch hierzu: Schurr, EuZW 2019, 772 (777). Laut Schurr wird zu erwarten sein, dass von den bestehenden Ausnahmetatbeständen zumindest am Anfang häufig Gebrauch gemacht werden wird und somit der Erfolg geschwächt werden könnte. Er befürchtet, dass die Ausnahmen mit der Zeit zur Regel werden könnten beziehungsweise das Präsenzverfahren die Regel bleiben könnte.

⁹²⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 117.

⁹²¹ Ausführlich zu dem Problem: Bock, RNotZ 2021, 326 (331 f.); von elektronischen Dokumenten gibt es kraft Natur der Sache keine Urschrift: BT-Drs. 19/28177, S. 124; als Urschrift im Sinne des Beurkundungsgesetzes gilt (Fiktion) allerdings die Urschrift in der elektronischen Urkundensammlung gemäß § 45 Abs. 3 BeurkG z.F.; hierzu und zur Parallele zum Anwendungsbereich der elektronischen Form: Kapitel F.II.3.c.

der elektronischen öffentlichen Urkunde angehängt.⁹²² Für die Prüfung der Urschrift der Vollmacht müssen die Beteiligten nicht anwesend sein, sodass auch eine postalische Übersendung möglich ist.⁹²³

Durch die hohen Anforderungen an die Kontrolle der Identität der Beteiligten und die Anforderungen an die qualifizierte elektronische Signatur⁹²⁴ kann hinreichend sichergestellt werden, dass die qualifizierte elektronische Signatur eigenhändig von den Beteiligten abgegeben wurde; ein gewisses Restrisiko bleibt dennoch bestehen.⁹²⁵

Durch eine gewissenhafte Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie sollte die mit der traditionellen notariellen Beurkundung verbundene Rechtssicherheit auch bei der digitalen notariellen Beurkundung gewährleistet werden können,⁹²⁶ sodass die digitale notarielle Beurkundung keine „[...] Beurkundung ‚zweiter Klasse‘ [...]“⁹²⁷ darstellt. Mithilfe strenger Anforderungen an die Kontrolle der Identität, Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und gegebenenfalls Vertretungsbefugnis der Beteiligten sowie der Rechtmäßigkeit des Rechtsgeschäfts sollte eine Kontrolle in gleichbleibendem Maße möglich sein. Eine unveränderte Erfüllung der notariellen Pflichten ist auch notwendig, um das „[...] in Deutschland bestehende hohe Niveau der Registerwahrheit und Registerverlässlichkeit beizubehalten, welches maßgeblich auf der materiellen Richtigkeitskontrolle durch Notare, auf dem System der vorsorgenden Rechtspflege insgesamt und auf dem Prinzip der Vier-Augen-Kontrolle durch Notare und Registergericht beruht.“⁹²⁸

⁹²² Diese Regelung ist laut *Schmidt* nicht zufriedenstellend und ein regelrechtes „Armutzeugnis“: *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (116); ausführlich hierzu, insbesondere zur Problematik der Gründung durch eine ausländische Gesellschaft: *Kienzle*, DNotZ 2021, 590 (599 f.).

⁹²³ BT-Drs. 19/28177, S. 123 f.

⁹²⁴ Vgl. Kapitel E.II.

⁹²⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 119.

⁹²⁶ Die fehlende Absicherung der Rechtssicherheit führte zum Scheitern eines Projekts der Kommission, bei der eine "Ein-Personen-GmbH" vollständig online gegründet werden konnte: *Omlor*, DStR 2019, 2544 (2545).

⁹²⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 116.

⁹²⁸ BR-Drs. 611/19, S. 14.

d) Zusammenfassung

Dem Berufsstand der Notare wird in Deutschland großes Vertrauen entgegengebracht.⁹²⁹ Durch die Involvierung eines Notars wird das Vertrauen in die digitale Ersetzungsmöglichkeit gestärkt.⁹³⁰ Nur wegen der gleichbleibenden Beteiligung eines Notars kann eine digitale notarielle Beurkundung die Formwirkungen einer traditionellen notariellen Beurkundung in hinreichendem Maße entfalten und die Formzwecke der jeweiligen Beurkundungserfordernisse erfüllen.⁹³¹ Mit Blick auf die vorsorgende Rechtspflege, die Notare im Bereich des Gesellschaftsrechts, insbesondere des Registerrechts, übernehmen, erscheint die Beteiligung eines Notars in gewohntem Maße unabdingbar und ist insofern zu begrüßen.⁹³²

Es ist davon auszugehen, dass die Vorteile einer digitalen notariellen Beurkundung die Nachteile überwiegen und ihre Implementierung zu einer Verbesserung des Rechtssystems führt, da den Beteiligten eine gleichwertige Alternative zur Verfügung gestellt wird.⁹³³ Die Probleme einer digitalen notariellen Beurkundung können durch strenge Anforderungen an Sicherheit und Datenschutz weitestgehend aus dem Weg geräumt werden.⁹³⁴ Die Anforderungen der Digitalisierungsrichtlinie und des DiRUG an die Sicherheit der Identifizierungsmittel bilden bereits den ersten Schritt, wobei hier die näheren Bestimmungen im Sinne von § 78p Abs. 3 BNotO z.F. abzuwarten sind, in denen die genauen Anforderungen des Videokommunikationssystems näher geregelt werden.

Darüber hinaus hat sich das Verhältnis der Bürger zur Videokommunikation durch den technologischen Fortschritt der letzten Jahre und durch die COVID-19-Pandemie erheblich verändert und könnte in vielen Gesellschaftsschichten mittlerweile als hinreichend gleichwertig angesehen werden. Wenn sich das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer an den aktuellen technologischen Standards orientiert, könnte eine Belehrung und Beratung sogar effizienter und für die Beteiligten nachvollziehbarer vorgenommen werden.

⁹²⁹ So auch: *Lieder*, NZG 2020, 81 (92); siehe Kapitel B.II.2.b.cc.i.

⁹³⁰ „Insbesondere der Gedanke einer Videokonferenz mit einem Notar bringt Rechtssicherheit und technische Innovation angemessen zusammen: Innovation und Tradition im Einklang.“: *Omlor*, DStR 2019, 2544 (2549).

⁹³¹ *Wolfsteiner*, DNotZ 1993, 21* (30* ff.).

⁹³² *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 f.; *Lieder*, NZG 2020, 81 (83 f.); *Schurr*, EuZW 2019, 772 (777 f.); *Lieder*, NZG 2018, 1081 (1087 f.).

⁹³³ Anders noch in Bezug auf den Richtlinienvorschlag zur SUP: *Eickelberg*, NZG 2015, 81 (86).

⁹³⁴ Siehe Bewertung in Kapitel F.I.2; kritisch hierzu: *Wolf*, MittBayNot 2018, 510 (522).

Bei jeglicher Euphorie darf allerdings nicht missachtet werden, dass die Frage der Kommunikations- und Wirkungsäquivalenz zum jetzigen Zeitpunkt nur auf abstrakter Ebene erörtert werden kann. Die letztendliche Gleichwertigkeit wird sich erst nach einer gewissen Zeit der Nutzung zu treffend und zweifelsfrei einschätzen lassen. Eine behutsame Umsetzung und Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers erscheint aus diesem Grund sinnvoll, da ein „[...] zu rascher Abbau bisheriger Schutzmechanismen ohne Erprobung der neuen Mechanismen mögliche Defizite fördert und zu volkswirtschaftlichen Verlusten führen kann.“⁹³⁵

Falls sich die digitale notarielle Beurkundung bewährt, könnte über weitere Ersetzungsmöglichkeiten bei anderen gesellschaftsrechtlichen Rechtsgeschäften und eventuell auch über den gesellschaftsrechtlichen Bereich hinaus nachgedacht werden.⁹³⁶ Bei einer solchen Erweiterung des Anwendungsbereichs könnte eine Art Kettenreaktion losgetreten werden, die den Bereich der (gesellschaftsrechtlichen) Formvorschriften weit übersteigen könnte.⁹³⁷

Die größte Unsicherheit einer Anwendungsbereichserweiterung stellt die (möglicherweise) verminderte Warnwirkung dar.

3. Anwendungsbereich de lege ferenda

Auf Grundlage der Digitalisierungsrichtlinie soll die GmbH-Gründung beziehungsweise die Gründung des jeweiligen Pendantes der Mitgliedstaaten vollständig digital erfolgen können. Der Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung in der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sich (vorerst)⁹³⁸ auf dieses Mindestmaß der Digitalisierungsrichtlinie.

Obwohl eine behutsame Umsetzung sinnvoll erscheint,⁹³⁹ könnte die digitale notarielle Beurkundung in Zukunft auch über das Mindestmaß hinaus Anwendung finden. Laut Begründung des Re-

⁹³⁵ Hier im Hinblick auf das eGovernance-System in Estland: *Kalss/Nicolussi*, EuZW 2020, 41 (42).

⁹³⁶ So auch: *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (117); siehe hierzu Kapitel F.I.3.

⁹³⁷ "Anstoßwirkung" der Digitalisierungsrichtlinie laut: *Kalss/Nicolussi*, EuZW 2020, 41; so auch *Sattler*, BB 2018, 2243 (2253); *Drygala/Grobe*, GmbHR 2020, 985 (991).

⁹³⁸ Siehe hierzu die geplante spätere Evaluierung einer Erweiterung: BT-Drs. 19/28177, S. 85.

⁹³⁹ *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922 (1923); *Linke*, NZG 2021, 309 (310); *Teichmann/Götz*, ZEuP 2019, 260 (284).

gierungsentwurfs zum DiRUG erscheint die Beschränkung des Anwendungsbereichs gerechtfertigt, da „[...] das Online-Verfahren für die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung besonders geeignet ist. Für eine Vielzahl anderer Beurkundungsgegenstände, bei denen – wie etwa im Familien-, Erb- oder Immobilienrecht – andere Formzwecke im Vordergrund stehen, ist das Online-Verfahren jedoch weniger geeignet.“⁹⁴⁰

Aufgrund der weitgehend hinreichenden Wirkungsäquivalenz⁹⁴¹ wird sich entgegen dieser Auffassung im Folgenden mit der Frage beschäftigt, wie eine zukünftige Erweiterung des Anwendungsbereichs aussehen könnte. Dabei werden zwei allgemeine Anwendungsbereichserweiterungen dargestellt, die sich jeweils auf das gesamte deutsche Rechtssystem auswirken würden und zwei besondere Anwendungsbereichserweiterungen, die sich lediglich auf das Gesellschaftsrecht auswirken würden.

Diese Anwendungsbereichserweiterungen können dem deutschen Gesetzgeber als Hilfestellung dienen, der sich mit Blick auf die Entwicklung in Österreich⁹⁴² und auf vereinzelte Stimmen in der Literatur⁹⁴³ mit der Möglichkeit einer Anwendungsbereichserweiterung zukünftig auseinandersetzen könnte.

a) Kleine zivilrechtliche Erweiterung

Den ersten Vorschlag für eine Anwendungsbereichserweiterung bildet die "kleine zivilrechtliche Erweiterung". Im Zuge dieser Erweiterung könnte die traditionelle notarielle Beurkundung grundsätzlich von der digitalen notariellen Beurkundung ersetzt werden, soweit dies durch Gesetz nicht ausgeschlossen ist. Hierdurch würde das Verhältnis der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung im deutschen Rechtssystem neu und einheitlich geregelt werden. Die traditionelle notarielle Beurkundung könnte grundsätzlich durch die digitale notarielle Beurkundung ersetzt werden, außer in den Fällen, in denen die Ersetzbarkeit dem deutschen Gesetzgeber nicht zweckmäßig erscheint.

⁹⁴⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 115.

⁹⁴¹ Siehe hierzu die Ausführungen zur Gleichwertigkeit der digitalen notariellen Beurkundung: Kapitel F.I.2.

⁹⁴² Siehe Kapitel F.I.1.c.

⁹⁴³ *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (117); *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573 (576 ff.)

Wie bereits dargelegt, sind deutliche Parallelen zwischen der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung sowie der Schriftform und elektronischen Form zu erkennen,⁹⁴⁴ sodass sich im Folgenden bei der Ausarbeitung der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung an dem System der §§ 126 f. BGB orientiert wird.⁹⁴⁵

aa) Umsetzung

Es gibt mehrere Möglichkeiten, wie die kleine zivilrechtliche Erweiterung in das deutsche Rechtssystem eingebettet werden könnte, wobei im Folgenden drei Alternativen aufgezeigt werden.

Da die kleine zivilrechtliche Erweiterung auf der Systematik der Schriftform und elektronischen Form aufbaut, könnte auch die Ausgestaltung auf dieser basieren. Die Klarstellung des Verhältnisses könnte somit systematisch im zweiten Titel (Willenserklärung) des dritten Abschnitts (Rechtsgeschäfte) des ersten Buches (Allgemeiner Teil) des Bürgerlichen Gesetzbuches bei § 128 BGB ansetzen und entweder innerhalb des § 128 BGB oder nachgelagert in einem neu einzuführenden § 128a BGB das Verhältnis der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung regeln. Alternativ könnte der Anwendungsbereich auch im Beurkundungsgesetz geregelt werden.

(i) Erste Alternative

Eine Alternative wäre, einen neuen § 128a BGB einzufügen, der sich an dem Wortlaut des § 126 Abs. 3 BGB orientieren und wie folgt lauten könnte:

"Die [traditionelle] notarielle Beurkundung kann durch die Beurkundung mittels Videokommunikation ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

Der Vorteil dieser ersten Alternative wäre, dass so wenig wie möglich in die bestehenden Vorschriften eingegriffen und lediglich das Notwendigste eingefügt werden würde. Durch die Kombination einer vorgelagerten Vorschrift, die die traditionelle Form regelt, und einer nachgelagerten

⁹⁴⁴ Vergleiche Ausführungen in Kapitel E.II.3. und F.I.2.

⁹⁴⁵ Sieber/Nöding, ZUM 2001, 199 (205 f.); vgl. das beschriebene System in Kapitel E.II.3.a., bei dem die elektronische Form oftmals in den Fällen die Schriftform nicht ersetzen kann, in denen die Formvorschrift primär einen Warnzweck erfüllen soll.

Vorschrift, die die digitale Form regelt, wird einerseits die Trennung der beiden Formen und andererseits, aufgrund der systematischen Nähe, die Zusammengehörigkeit deutlich, ähnlich wie bei dem System der Schriftform und elektronischen Form.

(ii) Zweite Alternative

Als zweite Alternative könnte der § 128 BGB vollständig umgeschrieben werden, ohne dabei einen nachgelagerten § 128a BGB einfügen zu müssen, wobei sich hierbei an dem Aufbau und dem Wortlaut des § 126 BGB orientiert werden könnte:

Abs. 1:

"Ist durch Gesetz notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet wird."

Abs. 2:

"Die [traditionelle] notarielle Beurkundung kann durch die Beurkundung mittels Videokommunikation ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Soll die gesetzlich vorgeschriebene [traditionelle] notarielle Beurkundung durch die Beurkundung mittels Videokommunikation ersetzt werden, so müssen die Anforderungen der §§ 16a ff. BeurkG erfüllt werden."

Abs. 3:

"Die notarielle Beurkundung wird bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll ersetzt."

Der Vorteil der zweiten Alternative wäre, dass das Verhältnis einheitlich in einem Paragraphen geregelt werden würde. Da die Formanforderungen der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung in das Beurkundungsgesetz ausgelagert sind beziehungsweise sein werden, könnte sich bei der Bestimmung, die den generellen Umgang mit der traditionellen und der digitalen notariellen Beurkundung (hier § 128 BGB) regelt, auf das Wesentliche konzentriert und auf eine einheitliche Bestimmung zurückgegriffen werden.

(iii) Dritte Alternative

Als eine dritte Alternative könnten die Bestimmungen zum Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung wie auch die Bestimmungen zu den Formanforderungen systematisch im

Beurkundungsgesetz verortet werden. Unabhängig davon, wo und wie genau die digitale notarielle Beurkundung in das Beurkundungsgesetz aufgenommen wird, könnte ein entsprechender Paragraph eingefügt oder ein Absatz in einer allgemeinen Bestimmung zur digitalen notariellen Beurkundung eingeschoben werden. Der Wortlaut dieses Paragraphs beziehungsweise Absatzes könnte sich hierbei an dem Wortlaut der ersten und zweiten Alternative orientieren:

"Die [traditionelle] notarielle Beurkundung kann durch die Beurkundung mittels Videokommunikation ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

Während die Orientierung an dem Grundsatz-Ausnahme-System der Schriftform und der elektronischen Form zweckmäßig sein könnte, könnte es geboten sein, an dem altbekannten System der notariellen Beurkundung anzuknüpfen.

In den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches finden sich nur wenige Regelungen zur notariellen Beurkundung; nahezu alle Bestimmungen wurden in das Beurkundungsgesetz und die Bundesnotarordnung "ausgelagert". Insofern könnte es sinnvoll sein, auch die Bestimmung(en) zum Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung in das Beurkundungsgesetz zu verschieben. Dadurch wären alle wesentlichen Bestimmungen zur traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung gebündelt im Beurkundungsgesetz zu finden.

Dagegen spricht, dass es sich bei der Regelung zum Anwendungsbereich beziehungsweise zur Ersetzbarkeit der traditionellen notariellen Beurkundung um eine materiell-rechtliche Regelung handeln würde, die thematisch nicht dem Beurkundungsgesetz zuzuordnen wäre.⁹⁴⁶

bb) Ausschluss der Ersetzbarkeit

Fraglich ist, für welche beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte die grundsätzliche Ersetzbarkeit durch die digitale notarielle Beurkundung ausgeschlossen werden könnte. Ein solcher Ausschluss ist nur dann sinnvoll, wenn zu erwarten ist, dass der digitalen notariellen Beurkundung nicht die gleiche Wirkung wie einer traditionellen notariellen Beurkundung im Rahmen einer bestimmten Formvorschrift zukommt.

⁹⁴⁶ Das Beurkundungsrecht enthält Verfahrensvorschriften (formelle Regelungen) für die öffentliche Beglaubigung und die notarielle Beurkundung: *Preuß*, in: Armbrüster BeurkG, § 1 BeurkG Rn. 1.

Da sich die kleine zivilrechtliche Erweiterung an dem System⁹⁴⁷ der Schriftform und elektronischen Form orientiert und die Gleichwertigkeit der Warnwirkung der digitalen notariellen Beurkundung zumindest zweifelhaft erscheint,⁹⁴⁸ könnte es zweckmäßig sein, für solche Beurkundungserfordernisse die Ersetzbarkeit auszuschließen, durch die primär ein Warnzweck erfüllt werden soll. Hierbei handelt es sich um besonders bedeutende Rechtsgeschäfte.⁹⁴⁹

(i) Keine Differenzierung

Es wäre eine Lösungsmöglichkeit, für jedes besonders bedeutende Rechtsgeschäft eine Ausnahme von der grundsätzlichen Ersetzbarkeit festzulegen. Hierdurch würde der Ungewissheit hinsichtlich der Warnwirkung Rechnung getragen werden, indem (vorerst) alle Beurkundungserfordernisse, durch die primär ein Warnzweck erfüllt werden soll, von der Ersetzbarkeit ausgeschlossen werden. Wie bei der elektronischen Form könnte sich auch bei der eventuell verminderten Warnwirkung der digitalen notariellen Beurkundung auf die fehlende Tradition der digitalen notariellen Beurkundung beziehungsweise spiegelbildlich auf die alte Tradition der traditionellen notariellen Beurkundung berufen werden.⁹⁵⁰

Bei den entsprechenden beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften müsste eine Regelung – entweder als angefügter Satz oder als neuer Absatz – verabschiedet werden, die die Ausnahme vom Grundsatz klarstellt. Eine solche Bestimmung könnte wie folgt lauten:

"Eine Beurkundung mittels Videokommunikation ist ausgeschlossen."

(ii) Differenzierung nach der Wirkung des Rechtsgeschäfts

In Anlehnung an das System der Schriftform und elektronischen Form könnte nach der Wirkung der einzelnen Rechtsgeschäfte differenziert werden. Die elektronische Form kann die Schriftform nicht bei solchen Rechtsgeschäften ersetzen, die (primär) einseitig wirken.⁹⁵¹ Insofern könnte innerhalb der Beurkundungserfordernisse, durch die primär ein Warnzweck erfüllt werden soll, nach

⁹⁴⁷ Siehe Kapitel E.II.3.a.

⁹⁴⁸ Siehe Kapitel F.I.2.c.aa.

⁹⁴⁹ Siehe Kapitel C.III.2.b.

⁹⁵⁰ BT-Drs. 14/4987, S. 17.

⁹⁵¹ Siehe Schlussfolgerung in Kapitel E.II.3.a.cc.

der ein- oder mehrseitigen Wirkung der Rechtsgeschäfte differenziert werden. Von den besonders bedeutenden Rechtsgeschäften wirken der Erbvertrag⁹⁵² und das Schenkungsversprechen⁹⁵³ als unentgeltliche Verträge einseitig.

Hierdurch könnte dem besonderen Warnbedürfnis im Rahmen von einseitig wirkenden Rechtsgeschäften Rechnung getragen werden, das unter anderem auf der fehlenden synallagmatischen Verbindung von Leistung und Gegenleistung beruht.⁹⁵⁴

Fraglich ist jedoch, ob der Notar durch seine Verpflichtung, die Beteiligten vor den Folgen und der Tragweite des Rechtsgeschäfts gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG zu warnen, dem besonderen Warnbedürfnis nicht auch im Rahmen einer digitalen notariellen Beurkundung gerecht werden kann.

(iii) Differenzierung nach der Schutzbedürftigkeit der Beteiligten

Da ein Formerfordernis mit einem primären Warnzweck zugunsten der Beteiligten vorgeschrieben wird, könnte es sinnvoll sein, danach zu differenzieren, inwiefern die Beteiligten gewarnt werden müssen. Grundsätzlich werden Formerfordernisse zwar für bestimmte Rechtsgeschäfte und nicht relativ für nur einen Teil der Beteiligten festgelegt.⁹⁵⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat allerdings mit § 16e BeurkG z.F. bereits die Anforderungen einer gemischten Beurkundung geregelt. Obwohl § 16e BeurkG z.F. mangels entsprechender Angaben nicht mit der Intention verabschiedet wurde, eine relative Anwendungsbereichserweiterung der digitalen notariellen Beurkundung zu ermöglichen,⁹⁵⁶ können die Fälle, in denen die digitale notarielle Beurkundung für einen Teil der Beteiligten ausgeschlossen und für einen anderen Teil zulässig ist, von der Regelung des § 16e BeurkG z.F. sachgerecht erfasst werden.

Die Differenzierung könnte somit an die am Rechtsgeschäft Beteiligten anknüpfen. Eine weniger schutzbedürftige Person bedürfte schließlich nicht des Schutzes einer traditionellen notariellen Beurkundung, da sie nicht in gleichem Maße gewarnt werden müsste. Die Schutzbedürftigkeit der

⁹⁵² Röhl, in: BeckOGK BGB, § 2274 Rn. 6 ff.

⁹⁵³ Koch, in: MüKo BGB, § 516 Rn. 1 f.

⁹⁵⁴ Kapitel E.II.3.a.cc.

⁹⁵⁵ Einsele, in: MüKo BGB, § 125 Rn. 12.

⁹⁵⁶ Siehe fehlende Angaben in: BT-Drs. 19/28177, S. 124 f.

Beteiligten würde grundsätzlich angenommen werden und könnte nur in gewissen Fällen entfallen. Aus Gründen der Rechtssicherheit müsste ein objektiv überprüfbares Kriterium erfüllt sein, um eine solche Ausnahme zu rechtfertigen.

Als relevantes Kriterium könnte die persönliche Eigenschaft als Kaufmann herangezogen werden, der das Rechtsgeschäft zum Betrieb seines Handelsgewerbes abschließt (Handelsgeschäft im Sinne von § 343 Abs. 1 HGB). Sobald ein besonders bedeutendes Rechtsgeschäft für einen oder mehrere der Beteiligten ein Handelsgeschäft darstellt, könnte die traditionelle notarielle Beurkundung durch die digitale notarielle Beurkundung auch bei besonders bedeutenden Rechtsgeschäften ersetzt werden. Dieses Kriterium könnte darauf gestützt werden, dass Kaufleute geschäftserfahren sind und daher nicht in gleichem Maße gewarnt werden müssen wie Nicht-Kaufleute.⁹⁵⁷ Zudem sind sie besonders daran interessiert, dass ein Rechtsgeschäft schnell und effizient abgeschlossen werden kann.⁹⁵⁸ Beides wird durch § 350 HGB bestätigt.⁹⁵⁹ Aufgrund der Parallele zwischen traditioneller und digitaler notarieller Beurkundung sowie Schriftform und elektronischer Form könnte ohnehin davon ausgegangen werden, dass die digitale notarielle Beurkundung vorwiegend von (in der Regel weniger schutzbedürftigen) Wirtschaftsunternehmen genutzt werden wird, wie dies bei der elektronischen Form zu beobachten ist.⁹⁶⁰

Diese Ausnahme hätte nur für manche besonders bedeutende Rechtsgeschäfte Relevanz. Insbesondere Rechtsgeschäfte nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB sowie § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG können für die Beteiligten Handelsgeschäfte darstellen, wodurch eine digitale notarielle Beurkundung in Betracht kommen könnte. Aufgrund der privaten Natur der aufgeführten familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäfte können diese keine Handelsgeschäfte sein.⁹⁶¹ Ein Schenkungsversprechen kann, wird aber regelmäßig kein Handelsgeschäft sein.⁹⁶²

⁹⁵⁷ Pamp, in: Oetker HGB, § 350 Rn. 1.

⁹⁵⁸ BGH, Urteil vom 08. Dezember 1992 - XI ZR 96/92 -, NJW 1993, 584 (585).

⁹⁵⁹ Maultzsch, in: MüKo HGB, § 350 Rn. 1; vgl. hierzu auch Kapitel E.II.3.a.bb.i.

⁹⁶⁰ Mansel, in: Jauernig BGB, § 126a Rn. 2.

⁹⁶¹ Maultzsch, in: MüKo HGB, § 343 Rn. 20 f.

⁹⁶² Es wird auf den objektiven Zweck des Rechtsgeschäfts im Sinne des objektiven Empfängerhorizonts gemäß §§ 133, 157 BGB abgestellt: Maultzsch, in: MüKo HGB, § 343 Rn. 21.

Ganz vorwiegend würde die Ausnahme somit bei Grundstückskaufverträgen und Anteilsveräußerungen einer GmbH einschlägig sein.⁹⁶³ Insbesondere im Rahmen der Grundstückskaufverträge wurde bereits ein umfassender Bürokratieabbau und ein Aufbau digitaler Prozesse von mehreren Seiten gefordert.⁹⁶⁴

Diese Differenzierungsvariante könnte umgesetzt werden, indem für jedes der relevanten Rechtsgeschäfte in einem ersten Schritt ein grundsätzlicher Ausschluss von der Ersetzbarkeit festgelegt werden würde.⁹⁶⁵ In einem zweiten Schritt könnte an § 350 HGB ein Absatz angefügt oder ein neuer § 350a HGB verabschiedet werden, der bestimmt, dass die jeweiligen Normen, die eine Ersetzbarkeit der traditionellen notariellen Beurkundung durch die digitale notarielle Beurkundung ausschließen, für den Fall, dass es sich für einen Beteiligten oder für mehrere Beteiligte um ein Handelsgeschäft handelt, keine Anwendung finden. Eine solche Norm könnte wie folgt lauten:

"Für einen Beteiligten, der ein beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft abschließt, das auf Seiten des Beteiligten ein Handelsgeschäft ist und für das die Möglichkeit der Beurkundung mittels Videokommunikation ausgeschlossen ist, findet der Ausschluss keine Anwendung. § 16e BeurkG z.F. findet Anwendung."

Es müsste sich also (1) um ein beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft handeln, (2) für dieses Rechtsgeschäft müsste die Möglichkeit der digitalen notariellen Beurkundung ausgeschlossen sein und (3) das Rechtsgeschäft müsste für den jeweiligen Beteiligten ein Handelsgeschäft im Sinne von § 343 Abs. 1 HGB darstellen. Die Rechtsfolge dieser Norm wäre in sachlicher Hinsicht, dass der jeweilige Ausschluss keine Anwendung finden würde und das Rechtsgeschäft somit (auch) digital notariell beurkundet werden könnte. Persönlich wären von dieser Ausnahmeregelung diejenigen Beteiligten betroffen, für die das Rechtsgeschäft ein Handelsgeschäft darstellt. In dem Fall,

⁹⁶³ Dies erscheint auch sinnvoll, siehe *Drygala/Grobe*, GmbHR 2020, 985 (990 f.).

⁹⁶⁴ Siehe den Projektbericht des Statistischen Bundesamts vom Dezember 2019 zur digitalen Abwicklung von Immobilienkaufverträgen, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Buerokratiekosten/Publikationen/Downloads-Buerokratiekosten/abwicklung-immobilienkaufvertraege.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁹⁶⁵ Wie in Kapitel F.I.3.a.bb.i. beschrieben.

dass die Voraussetzungen nur für einen Teil der Beteiligten vorliegen, müssten die Anforderungen einer gemischten Beurkundung gemäß § 16e BeurkG z.F. beachtet werden.⁹⁶⁶

cc) Bewertung

Ein Vorteil der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung wäre, dass der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des Grundsatz-Ausnahme-Verhältnisses wesentlich restriktiver vorgehen könnte, das heißt mehr Ausnahmen von dem Grundsatz der Ersetzbarkeit einführen könnte als bei der elektronischen Form, da dem deutschen Gesetzgeber über das Mindestmaß der Digitalisierungsrichtlinie hinaus keine weiteren Vorgaben hinsichtlich des Anwendungsbereichs gemacht wurden. Die elektronische Form und insbesondere der Grundsatz nach § 126 Abs. 3 BGB wurden hingegen nicht aus eigener Initiative des Gesetzgebers eingeführt, sondern auf Grundlage des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG;⁹⁶⁷ auch die Ausnahmen von diesem Grundsatz konnten nur in einem engen Rahmen festgelegt werden.⁹⁶⁸ Wenn also eine behutsame und vorsichtige Implementierung der digitalen notariellen Beurkundung angestrebt wird, ist es dem deutschen Gesetzgeber im Rahmen der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung möglich, eine Erweiterung der digitalen notariellen Beurkundung aus eigenen Stücken und mit eigenen Vorgaben vorzunehmen, ohne dabei die Anforderungen einer Richtlinie der Europäischen Union erfüllen zu müssen. Dies könnte dem Verhältnis zwischen der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung die notwendige Flexibilität geben. In denjenigen Fällen, in denen der deutsche Gesetzgeber dies für notwendig erachtet, könnte der Bürger in größerem Maße vor sich selbst geschützt werden,⁹⁶⁹ indem er für die notarielle Beurkundung die Anreise und den physischen Termin bei einem Notar auf sich nehmen oder zumindest einen Vertreter beauftragen müsste.

⁹⁶⁶ Näheres zu den besonderen Anforderungen: BT-Drs. 19/28177, S. 124 f.

⁹⁶⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32000L0031> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); auch die Anforderungen an die elektronische Form und die qualifizierte elektronische Signatur wurden in Richtlinien festgelegt (Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31999L0093> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021)) und Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), siehe: BT-Drs. 14/4987, S. 10 ff.

⁹⁶⁸ Vgl. Art. 9 II der Richtlinie 2000/31/EG (Fußnote 967).

⁹⁶⁹ Vgl. Ausführungen zum staatlichen Paternalismus in Kapitel B.II.2.a.

Da die digitale notarielle Beurkundung nicht wahrgenommen werden muss, sondern nur die grundsätzliche Möglichkeit der Ersetzung besteht, könnte ein sachgerechter Ausgleich zwischen Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten und staatlichem Paternalismus geschaffen werden. Die Beteiligten könnten grundsätzlich eigenverantwortlich entscheiden, welche Art der notariellen Beurkundung sie wahrnehmen, soweit der Staat nicht befürchtet, dass die Eigenverantwortlichkeit den Beteiligten schaden könnte.

Darüber hinaus könnte es Sinn ergeben, aufgrund der Parallelen zu dem System der Schriftform und elektronischen Form die prinzipiell gleichen Einschränkungen hinsichtlich solcher Formerfordernisse, durch die primär ein Warnzweck erfüllt werden soll, festzulegen. Durch die gleiche Behandlung und die gleiche Begründung könnte sich das System der deutschen Formen und Formvorschriften für den Bürger als ein System ohne Widersprüche darstellen.

b) Große zivilrechtliche Erweiterung

Neben der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung bietet sich die "große zivilrechtliche Erweiterung" als zweite Möglichkeit einer Anwendungsbereichserweiterung an. Im Rahmen der großen zivilrechtlichen Erweiterung könnte die traditionelle notarielle Beurkundung stets durch die digitale notarielle Beurkundung ersetzt werden; Ausnahmen von dieser Ersetzbarkeit, wie sie bei der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung vorgesehen wären, würden nicht bestehen.

Die große zivilrechtliche Erweiterung orientiert sich dabei an dem österreichischen Modell, das mit der digitalen Gründung einer österreichischen GmbH im Jahr 2019 begann und nunmehr eine digitale Ersetzung aller Notariatsakte ermöglicht.⁹⁷⁰

aa) Umsetzung

Da die große zivilrechtliche Erweiterung, abgesehen von den Ausnahmen der Ersetzbarkeit, keine Unterschiede zu der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung aufweist, wird sich in Bezug auf die Systematik und den Wortlaut grundsätzlich auf die bereits dargestellten Umsetzungsmöglichkeiten⁹⁷¹ berufen. Dieselben sind auch bei der großen zivilrechtlichen Erweiterung denkbar mit der

⁹⁷⁰ Siehe Kapitel F.I.1.c.

⁹⁷¹ Siehe Kapitel F.I.3.a.aa.

Modifikation, dass jeweils keine Einschränkung des Anwendungsbereichs vorgesehen ist. Auch die Argumente für und gegen die jeweiligen Alternativen können übernommen werden.

bb) Bewertung

Mit Bezug auf die kleine zivilrechtliche Erweiterung ist zu erörtern, ob es sinnvoll ist, das Grundsatz-Ausnahme System der Schriftform und elektronischen Form für die traditionelle und digitale notarielle Beurkundung zu übernehmen. Schließlich könnten sich das Verhältnis der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung sowie der Schriftform und elektronischen Form in gewisser Hinsicht auch unterscheiden.

Die Anlehnung der kleinen zivilrechtlichen Erweiterung an das System der Schriftform und elektronischen Form basiert auf der Annahme, dass die Warnwirkung der digitalen notariellen Beurkundung im Verhältnis gesehen gleichermaßen niedrig ist. Fraglich ist somit, aus welchen Gründen sie entgegen dieser Annahme eine im Verhältnis gesehen größere Warnwirkung haben könnte.

Da die Anforderungen der digitalen notariellen Beurkundung nicht allein durch die Beteiligten erfüllt werden (können), könnte das Verhältnis der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung in Bezug auf die Warnwirkung gleichwertiger sein als das der Schriftform und elektronischen Form. Jede Form hat durch den mit der Erfüllung ihrer Anforderungen verbundenen Aufwand eine gewisse Warnwirkung.⁹⁷²

Damit jedoch im Fall der Schriftform und der elektronischen Form ein Warnzweck erfüllt werden kann, müssen sich die Beteiligten des Aufwandes und somit indirekt der Warnwirkung bewusst sein. Es gibt – abgesehen von den Hinweispflichten des Vertrauensdienstleisters bei der elektronischen Form – nichts und niemanden, das beziehungsweise der der Warnwirkung der Schriftform oder der elektronischen Form Geltung verschafft und die Beteiligten ausdrücklich auf die Folgen und die Geschäftsmäßigkeit der Handlung aufmerksam macht.

Anders stellt sich die Situation bei der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung dar; hierbei wird ein Notar an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts beteiligt. Ein Notar ist ein unabhängiger Dritter, der die Beteiligten über die Rechte, Verpflichtungen und allgemein über die Risiken des Rechtsgeschäfts belehrt und berät.⁹⁷³ Im Rahmen der Belehrung und Beratung ist der Notar

⁹⁷² Siehe Kapitel B.II.2.a.aa.

⁹⁷³ Siehe Kapitel B.II.2.a.bb. und C.III.

gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG ausdrücklich verpflichtet, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Dementsprechend erscheint es möglich, dass die Warnwirkung der digitalen notariellen Beurkundung in einem gleichwertigeren Maße als bei der Schriftform und elektronischen Form kontrolliert und gewährleistet werden kann. Mit dem Notar ist nämlich eine Person an dem Prozess beteiligt, die im Rahmen der Belehrung und Beratung auf eine gleichbleibende Qualität der notariellen Beurkundung und einen gleichbleibenden Schutz der Beteiligten achtet.⁹⁷⁴

Zudem soll der (vorerst) einzige Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung die GmbH-Gründung sein. Um die Gleichwertigkeit der digitalen notariellen Beurkundung im Allgemeinen zu beurteilen, könnte die Betrachtung der Formzwecke des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG aufschlussreich sein, da davon auszugehen ist, dass zumindest diese durch die Formanforderungen der digitalen notariellen Beurkundung erfüllt werden können. Neben einem Kontrollzweck soll die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG sekundär einen Warnzweck erfüllen.⁹⁷⁵ Selbstredend liegt der Grund für die Gewährleistung einer digitalen GmbH-Gründungsmöglichkeit in der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und spiegelt nicht zwangsläufig den Willen des deutschen Gesetzgebers wider. Durch die Freiheit, die jeder Mitgliedstaat bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie hat, ist aber zu erwarten, dass der deutsche Gesetzgeber die digitale notarielle Beurkundung so ausgestaltet, dass der Warnzweck des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG in größtmöglichem Ausmaß erfüllt werden kann.⁹⁷⁶

Bei einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der digitalen notariellen Beurkundung im Sinne der großen zivilrechtlichen Erweiterung könnte es also im Einzelfall geboten sein, keine Ausnahmenvorschriften festzulegen und sich somit von dem System der Schriftform und elektronischen Form abzuwenden. Für die große zivilrechtliche Erweiterung könnte demzufolge sprechen, dass Ausnahmen von der grundsätzlichen Ersetzbarkeit nicht erforderlich sein könnten.

⁹⁷⁴ Siehe hierzu Kapitel F.I.2.c.aa.

⁹⁷⁵ *Ulmer/Löbke*, in: Habersack/Casper/Löbke GmbHG, § 2 Rn. 13; *C.Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 2 Rn. 8; *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 22; *Altmeppen*, in: Altmeppen GmbHG, § 2 Rn. 16.

⁹⁷⁶ Vgl. Ausführungen in Kapitel F.I.2.

Während die kleine zivilrechtliche Erweiterung auf die positiven Erfahrungen mit dem System der Schriftform und der elektronischen Form gestützt werden könnte, könnte sich die große zivilrechtliche Erweiterung auf die positiven Erfahrungen des österreichischen Gesetzgebers berufen. Die Möglichkeit, jegliche Notariatsakte digital vornehmen zu können, hat sich nach Einschätzung des österreichischen Gesetzgebers⁹⁷⁷ bewährt,⁹⁷⁸ weswegen die Möglichkeit der digitalen Ersetzung dauerhaft in das österreichische Rechtssystem aufgenommen wurde.⁹⁷⁹ Die Erfahrungen des österreichischen Gesetzgebers können zwar nicht undifferenziert für die Begründung einer deutschen Anwendungsbereichserweiterung herangezogen werden, jedoch sind sie aufgrund der Ähnlichkeiten des deutschen und österreichischen Rechts- und Notarsystems⁹⁸⁰ auch nicht irrelevant.

Darüber hinaus handelt es sich bei der digitalen notariellen Beurkundung nur um eine Möglichkeit, die den Beteiligten zur Verfügung steht. Beteiligte, die zu wenig Vertrauen in die digitale notarielle Beurkundung haben, können sich ebenso persönlich zum Amtssitz des Notars begeben und das Rechtsgeschäft traditionell notariell beurkunden (lassen). Da gemäß DiRUG eine gemischte Beurkundung gemäß § 16e BeurkG z.F. zulässig ist, kann jeder Beteiligte diese Entscheidung unabhängig von den anderen Beteiligten treffen.

Im Zuge einer Anwendungsbereichserweiterung im Sinne der großen zivilrechtlichen Erweiterung könnte die Bundesrepublik Deutschland zudem gemeinsam mit einigen wenigen Mitgliedstaaten eine Vorreiterstellung innerhalb der Europäischen Union einnehmen, wodurch Investoren angelockt werden könnten und Deutschland als Wirtschaftsstandort flexibler und insofern attraktiver werden könnte.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ Siehe "Bericht und Antrag des Justizausschusses über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Notariatsordnung, das GmbH-Gesetz, das 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz und das EIRAG geändert werden" (588 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP), S. 1, abrufbar unter: <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/II/00588/index.shtml> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

⁹⁷⁸ So auch: *Zib*, NZ 2020/104, 361 (364); „Flexibilisierung und Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten“: *Kalss/Hollaus*, GesRZ 2020, 84 (95); hinsichtlich der Auswirkungen auf die vereinfachte öGmbH-Gründung gemäß § 9a öGmbHG: *Robertson*, *ecolex* 2021/235, 328 (330); *Wachter*, GmbHR 2019, R68 (R69 f.).

⁹⁷⁹ Siehe Kapitel F.I.1.c.

⁹⁸⁰ *Wachter*, GmbHR 2019, R68; siehe genauer den Vergleich deutscher und österreichischer Notare in Bezug auf ihre Stellung und das Beurkundungsverfahren: *Becht/Stephan-Wimmer*, GmbHR 2019, 45 (51 f.).

⁹⁸¹ So auch zum möglichen positiven Wettbewerbsfaktor der digitalen notariellen Beurkundung: *Knaier*, GmbHR 2021, 169 (176).

c) Gesellschaftsrechtliche Erweiterungen

Wenn der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit einer digitalen notariellen Beurkundung nicht auf das (nahezu) ganze Zivilrecht ausweiten will, könnte er sich auch auf einen Teilbereich des Rechts beschränken. Hierbei käme aus verschiedenen Gründen das Gesellschaftsrecht in Frage.⁹⁸²

Der Gesetzgeber könnte die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse um eine digitale Ersetzungsmöglichkeit erweitern ("kleine gesellschaftsrechtliche Erweiterung")⁹⁸³ oder darüber nachdenken, ob es sinnvoll sein könnte, die gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse aufgrund der in manchen Fallkonstellationen zu erwartenden Effizienzvorteile der digitalen notariellen Beurkundung über die bestehenden Beurkundungserfordernisse hinaus auszuweiten ("große gesellschaftsrechtliche Erweiterung")⁹⁸⁴.

aa) Gründe für eine Sonderbehandlung des Gesellschaftsrechts

Es gibt verschiedene Gründe, die dafür sprechen, den Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung auf das Gesellschaftsrecht zu beschränken.

(i) Persönlicher Anwendungsbereich

Durch den vergleichbar hohen eigenen Aufwand, der mit der qualifizierten elektronischen Signatur verbunden ist,⁹⁸⁵ könnte sich der Anwenderkreis, wie bei der elektronischen Form,⁹⁸⁶ ohnehin maßgeblich auf Wirtschaftsunternehmen beschränken. Diese werden regelmäßig rechtlich beraten

⁹⁸² So auch BT-Drs. 19/28177, S. 85: „Zusätzlich zum nationalen Beitrag zur Evaluierung der Vorgaben der DigRL soll eine Überprüfung der Frage durchgeführt werden, ob das notarielle Online-Verfahren über die verpflichtenden Richtlinienvorgaben hinaus für weitere Rechtsformen und geeignete Sachverhalte des Gesellschafts- und Registerrechts geöffnet werden sollte; dabei ist auch zu untersuchen, ob sich die technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen für das notarielle Online-Verfahren bewährt haben.“; vgl. auch *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (117): „Im Interesse eines modernen, serviceorientierten Notariats erschiene es indessen weitaus besser, selbst proaktiv voranzugehen und die Beurkundung mittels Videokommunikation von Anfang an insbesondere auch auf die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen zu erstrecken. Zumindest perspektivisch sollten – wenn hinreichend Erfahrung gewonnen und die Systeme optimiert worden sind – auch andere gesellschaftsrechtliche Beurkundungen mittels Videokommunikation ermöglicht werden.“

⁹⁸³ Kapitel F.I.3.c.bb.

⁹⁸⁴ Kapitel F.I.3.c.cc.

⁹⁸⁵ Siehe Kapitel E.II.2.

⁹⁸⁶ *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 126a Rn. 2.

und insofern bereits von einem Anwalt auf die Risiken des jeweiligen Rechtsgeschäfts hingewiesen. Dadurch könnten das Bedürfnis nach einer umfassenden Belehrung und Beratung durch einen Notar sowie gleichzeitig das Risiko einer zu weitgehenden Anwendungsbereichserweiterung minimiert werden. Das Argument der womöglich verringerten Warnwirkung der digitalen notariellen Beurkundung im Vergleich zur traditionellen notariellen Beurkundung könnte im Gesellschaftsrecht aus diesen Gründen schwächer ausfallen.

(ii) Interessen innerhalb des Gesellschaftsrechts

Um die Zweckmäßigkeit einer gesellschaftsrechtlichen Erweiterung zutreffend zu beurteilen, müssen die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts, vor allem die zusammenfließenden Interessen der Gläubiger und Gesellschafter, betrachtet werden.

Der Gläubigerschutz ist für viele gesellschaftsrechtliche Regelungen und Regelungen, die einen gesellschaftsrechtlichen Bezug haben, ein oder mitunter das entscheidende Motiv des Gesetzgebers.⁹⁸⁷ Unter anderem haben die Regelungen zum Mindestkapital gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG und §§ 6 f. AktG,⁹⁸⁸ zur Firmierung gemäß § 4 S. 1 GmbHG und § 4 AktG,⁹⁸⁹ zur Antragspflicht gemäß § 15a InsO,⁹⁹⁰ zur Rechnungslegung gemäß §§ 238 ff. HGB⁹⁹¹ und diverse Strafgesetze⁹⁹² (zumindest auch) eine gläubigerschützende Wirkung. Der Gläubigerschutz durchzieht das Gesellschaftsrecht wie der Arbeitnehmerschutz das Arbeitsrecht und der Mieterschutz das Mietrecht.

Die Gläubiger einer Gesellschaft sind in erster Linie daran interessiert, dass ihr Geschäftspartner zahlungsfähig ist und im Laufe der Geschäftsbeziehung nicht insolvent wird; die Gläubiger tragen

⁹⁸⁷ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (667).

⁹⁸⁸ *Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 5 Rn. 1; *Drescher*, in: BeckOGK AktG, § 6 Rn. 2.

⁹⁸⁹ Gemäß § 17 Abs. 1 HGB ist die Firma der Name, unter dem ein Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt; zur gläubigerschützenden Wirkung des Rechtsformzusatzes bei GmbH und AG: *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 4 Rn. 1; *Drescher*, in: BeckOGK AktG, § 4 Rn. 2.

⁹⁹⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 55; zum präventiven Gläubigerschutz der Vorschrift und zur rechtspolitischen Nähe zu den "wrongful trading"-Regeln der Section 214 des englischen Insolvency Act: *K. Schmidt/Herchen*, in: Karsten Schmidt InsO, § 15a Rn. 1.

⁹⁹¹ *Graf*, in: MüKo Bilanzrecht, § 238 Rn. 24; daneben bestehen allerdings noch weitere Motive hinter den Rechnungslegungsvorschriften, zum Beispiel die Rechenschaftsablegung gegenüber den Gesellschaftern beziehungsweise die Ermittlung des zu verteilenden Gewinns: *Regierer*, in: BeckOK HGB, § 238 Rn. 1.

⁹⁹² Zum Beispiel Betrugsdelikte gemäß §§ 263 ff. StGB, Untreue gemäß § 266 StGB und Insolvenzdelikte gemäß §§ 283 ff. StGB.

das Insolvenzrisiko einer Gesellschaft.⁹⁹³ In diesem Zusammenhang besteht ein Interesse daran, zu wissen, wie es um die Gesellschaft beziehungsweise den Schuldner steht. Das Informationsinteresse wird durch die damit zusammenhängende einfachere Organisation eines Geschäfts und die zutreffende Einschätzung des Risikos einer geschäftlichen Beziehung bedungen.⁹⁹⁴ Da die Informationen zu den Beteiligten und dem Inhalt des Rechtsgeschäfts im Zuge einer notariellen Beurkundung nicht nur klargestellt, sondern auch überprüft werden, gewährleisten die gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse Transparenz und Sicherheit zugunsten der Gläubiger: „Die Daten in einem Register können immer nur so gut sein wie das Verfahren, das zu ihrer Eintragung führt.“⁹⁹⁵ Selbst in dem Fall, dass kein Gläubiger am Rechtsgeschäft beteiligt ist, muss der Gläubigerschutz vom Notar beachtet werden.⁹⁹⁶

Neben den Gläubigern sind die Interessen der Gesellschafter zu beachten, die je nach Zweck der Gesellschaft, den wirtschaftlichen, politischen, sozialen und gesellschaftlichen Umständen des Staates, in dem die Gesellschaft tätig ist, und dem Charakter der jeweiligen Gesellschafter variieren können. Unabhängig davon, ob der Zweck der Gesellschaft monetärer oder ideeller⁹⁹⁷ Natur ist, werden die Gesellschafter in der Regel von der Verwirklichung des gemeinsamen Ziels bewegt; bei Personengesellschaften besteht sogar eine Förderungspflicht.⁹⁹⁸ Gesellschafter sind ebenfalls an der Möglichkeit interessiert, sich innerhalb der deutschen Wirtschaft und des Gesellschaftsrechts frei zu entfalten.⁹⁹⁹ Durch eine in gewissen Fallkonstellationen unkompliziertere,

⁹⁹³ So fallen die Gläubiger einer Gesellschaft maßgeblich in den persönlichen Schutzbereich der Antragspflicht zum Insolvenzverfahren nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO: *Klöhn*, in: MüKo InsO, § 15a Rn. 8.

⁹⁹⁴ Formen, die einen rechtssicheren Ablauf gewährleisten, machen „[...] rechtliche Beziehungen vorhersehbar [...]“: *Wolf*, MittBayNot 2018, 510 (520 f.).

⁹⁹⁵ *Eickelberg*, NZG 2015, 81 (85).

⁹⁹⁶ Zu dieser Pflicht und den Auswirkungen in verschiedenen Fallkonstellationen: *Ganter*, DNotZ 2004, 421.

⁹⁹⁷ Ein solcher Zweck ist nur bei der GmbH gemäß § 1 GmbHG, der AG und der GbR möglich. Siehe für die GbR: *Schäfer*, in: MüKo BGB, § 705 Rn. 148 ff.; für die AG: *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 69; eine OHG setzt gemäß § 105 Abs. 1 HGB und eine KG gemäß §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB ein Gewerbe voraus.

⁹⁹⁸ *Schäfer*, in: MüKo BGB, § 705 Rn. 157 f.

⁹⁹⁹ Zitat von *Ludwig Erhard* zum Bild der sozialen Marktwirtschaft auf dem Titelblatt einer Schullektüre von *Zeitbild* und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie: „Das mir vorschwebende Ideal beruht auf der Stärke, dass der Einzelne sagen kann: ‚Ich will mich aus eigener Kraft bewähren, ich will das Risiko des Lebens selbst ragen, will für mein Schicksal selbstverantwortlich sein. Sorge du, Staat, dafür, dass ich dazu in der Lage bin.‘“, zitiert aus und abrufbar unter: <https://www.zeitbild.de/wp-content/uploads/2009/02/2LFA4NeuMappeMarkt1209.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

günstigere und schnellere Abwicklung von Rechtsgeschäften kann das Interesse der Gesellschafter befriedigt werden.¹⁰⁰⁰

(iii) Interessensausgleich im Rahmen des kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts

Das kontinentaleuropäische Gesellschaftsrecht soll vor allem einen „[...] sachgerechten Ausgleich der im Unternehmen zusammenlaufenden Interessen aller Bezugsgruppen [...]“¹⁰⁰¹ schaffen.¹⁰⁰²

Im Zuge einer gesellschaftsrechtlichen Anwendungsbereichserweiterung der digitalen notariellen Beurkundung könnte ein sachgerechter Ausgleich zwischen Leichtigkeit zugunsten der Gesellschafter und Rechtssicherheit zugunsten der Gläubiger geschaffen werden. Eine Erweiterung der digitalen notariellen Beurkundung könnte sich somit in die Struktur des kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts einfügen. Es könnte insofern sinnvoll sein, die Formanforderungen gesellschaftsrechtlicher Rechtsgeschäfte nicht im Namen der Effizienzsteigerung abzumildern,¹⁰⁰³ sondern das bestehende System zu digitalisieren und damit weiterzuentwickeln. Dieser sachgerechte Ausgleich könnte dem deutschen Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen¹⁰⁰⁴ einen Vorteil verschaffen.¹⁰⁰⁵

(iv) Zusammenfassung

Im Gesellschaftsrecht scheint es aktuell brisanter denn je, einen Ausgleich zwischen Vertrauensschutz und Effizienz zu schaffen, was sich nicht zuletzt an der Digitalisierungsrichtlinie und dem DiRUG zeigt.¹⁰⁰⁶ Für diesen Ausgleich könnte die digitale notarielle Beurkundung einen guten Kompromiss zwischen dem Kontrollbedürfnis des Rechtsverkehrs und der Ermöglichung eines effizienten Rechtsgeschäftsabschlusses im Gesellschaftsrecht darstellen. Da der Warnzweck im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse meist nicht den primär verfolgten Zweck darstellt und Wirtschaftsunternehmen in der Regel bereits von Anwälten auf die Reich-

¹⁰⁰⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 113: „[...] legitime Eilbedürftigkeit [...]“.

¹⁰⁰¹ *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2018, 764 (765).

¹⁰⁰² Zum Vergleich des angloamerikanischen und kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts: *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2018, 764 (765 ff.).

¹⁰⁰³ Wie dies beispielsweise in Estland geschehen ist, siehe Kapitel F.I.1.b.

¹⁰⁰⁴ *Teichmann*, ZGR 2017, 543 (545 ff.); *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2018, 764 ff.

¹⁰⁰⁵ *Knaier*, GmbHR 2021, 169 (176).

¹⁰⁰⁶ Siehe hierzu auch den Aufsatz zum Vertrauensschutz im Gesellschaftsrecht: *Lieder*, NZG 2020, 81 ff.

weite eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts hingewiesen werden, fällt die möglicherweise verminderte Warnwirkung der digitalen notariellen Beurkundung weniger stark ins Gewicht. Gleichzeitig kann der Kontrollzweck der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse schneller und effizienter erfüllt und somit das Informationsinteresse der Gläubiger befriedigt werden.

bb) Kleine gesellschaftsrechtliche Erweiterung

Aus den aufgeführten Gründen könnte eine logische Erweiterung sein, dass alle bereits bestehenden Beurkundungserfordernisse des Gesellschaftsrechts auch im Wege einer digitalen notariellen Beurkundung abgeschlossen werden können. Insgesamt wären der Personenkreis, den die kleine gesellschaftsrechtliche Erweiterung betreffen würde, und somit auch das Risiko wesentlich kleiner als bei beiden zivilrechtlichen Erweiterungen. Zudem handelt es sich bei dem Personenkreis in der Regel um weniger schutzbedürftige Personen, die eine kostengünstige, schnelle und flexible Abwicklung der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte wertschätzen.¹⁰⁰⁷ Da es bei gesellschaftsrechtlichen Formerfordernissen primär auf die Kontrolle im Sinne des Gläubigerschutzes (Informationsinteresse) ankommt und eine digitale notarielle Beurkundung diese in einem hinreichend gleichwertigen Maße gewährleisten kann,¹⁰⁰⁸ könnte dies zu einer Verbesserung des Rechtsverkehrs führen. Da den Beteiligten lediglich eine weitere hinreichend gleichwertige Möglichkeit zur Verfügung gestellt werden würde,¹⁰⁰⁹ könnten die Flexibilität und Effizienz des Gesellschaftsrechts erhöht werden.

cc) Große gesellschaftsrechtliche Erweiterung

Als längerfristige Entwicklung könnte auch eine Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse angestrebt werden.

Die Abwägung hinsichtlich der Formfreiheit oder Formbedürftigkeit ist immer nur eine Momentaufnahme und muss regelmäßig auf ihre Sinnhaftigkeit kontrolliert werden. Bei dieser Kontrolle gibt es drei Möglichkeiten: (1) Die Abwägung legt keine Veränderung nahe; (2) die Abwägung

¹⁰⁰⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 113.

¹⁰⁰⁸ Siehe Kapitel F.I.2.c.ee.

¹⁰⁰⁹ So auch in Bezug auf diverse Rechtsgeschäfte im GmbH-Recht: *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (117); *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573 (576 ff.); weitergehend: *Drygala/Grobe*, GmbHR 2020, 985 (990 f.).

spricht für weniger Formstrenge oder (3) die Abwägung spricht für mehr Formstrenge. Das negative Argument der Behinderung des Rechtsverkehrs wird mit jeder Verminderung der Formanforderungen geschwächt. Wenn also die Anforderungen der digitalen notariellen Beurkundung in gewissen Fällen einfacher, schneller und kostengünstiger erfüllt werden können, könnte dies einen Ausbau der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse nahelegen. Wegen der hohen Verzahnung der gesellschaftsrechtlichen Interessen und der Schutzbedürftigkeit, die weit über den Personenkreis der Gesellschafter hinausgeht, könnte es sinnvoll sein, bei einer Flexibilisierung der notariellen Beurkundung das deutsche Gesellschaftsrecht mit mehr und nicht weniger Schutz auszustatten.

Da die gläubigerrelevanten Rechtsgeschäfte des Kapitalgesellschaftsrechts bereits beurkundungspflichtig sind,¹⁰¹⁰ könnten die entsprechenden Rechtsgeschäfte des Personengesellschaftsrechts beurkundungspflichtig werden; repräsentativ werden hierbei die Auswirkungen einer beurkundungspflichtigen Personengesellschaftsgründung betrachtet.

Für eine Ausweitung der Beurkundungserfordernisse spricht, dass auch die Gläubiger einer Personengesellschaft in der Regel ein schützenswertes Informationsinteresse besitzen.¹⁰¹¹ Dieses Interesse kann anhand der wirtschaftlichen Relevanz von Personengesellschaften untermauert werden, die im Jahr 2019 rund 30 Prozent der Umsätze deutscher Gesellschaften verzeichneten.¹⁰¹² Während der Gläubigerschutz in möglichst hohem Maße ausgeprägt sein sollte, sollte darauf geachtet werden, dass das Rechtsgebiet klar, überschaubar und damit brauchbar bleibt.¹⁰¹³ Für diesen

¹⁰¹⁰ Indirekter Gläubigerschutz beziehungsweise Schutz des Informationsinteresses der Gläubiger, indem die materielle Richtigkeit und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts für den Rechtsverkehr sichergestellt wird, beispielsweise für § 2 GmbHG: *Heinze*, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 22 m.w.N.; für § 23 AktG: *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 26; für § 53 GmbHG: *Harbarth*, in: MüKo GmbHG, § 53 Rn. 68; für § 130 AktG: *Kubis*, in: MüKo AktG, § 130 Rn. 1.

¹⁰¹¹ Siehe generell zur Angleichung der Personen- und Kapitalgesellschaften: *Timm*, NJW 1995, 3209 (3214); *Timm*, ZGR 1996, 247 (251 f.); *Raiser*, AcP 194 (1994), 495 (499 ff.); *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38 (62 ff.).

¹⁰¹² Die Zahlen wurden einer Statistik des Statistischen Bundesamtes zur Zahlung der Umsatzsteuer deutscher Gesellschaften entnommen, die die Lieferungen und Leistungen der Gesellschaften im Jahr 2019 zeigt. Hierbei wurden nur Gesellschaften mit Lieferungen und Leistungen über EUR 17.500 berücksichtigt, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/voranmeldungen-rechtsformen.html> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

¹⁰¹³ „Optimierung des Gläubigerschutzes bedeutet nicht Maximierung, sondern die Suche nach dem besten Ausgleich zwischen konfligierenden Zielen.“: *Fastrich*, DStR 2006, 656 (663).

Ausgleich könnte eine Ausweitung der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungserfordernisse, einerseits mit Blick auf die Effizienzvorteile der digitalen Formen¹⁰¹⁴ und andererseits mit Blick auf die gravierenden Einschränkungen anderer Lösungsmöglichkeiten (zum Beispiel verschärfte Haftungsregelungen), eine milde und gleichzeitig zielführende Lösungsmöglichkeit sein.¹⁰¹⁵

Auch die Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter könnte für eine Ausweitung sprechen.¹⁰¹⁶ Die unterschiedlichen Interessen der Gesellschafter werden im deutschen Gesellschaftsrecht nicht in außergesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen geregelt, sondern im Gesellschaftsvertrag selbst.¹⁰¹⁷ „Damit erweist sich die Gestaltung eines auf die spezifischen Bedürfnisse der Gesellschafter zugeschnittenen Gesellschaftsvertrags als eine anspruchsvolle Aufgabe.“¹⁰¹⁸ Diese Aufgabe ist aber nicht nur bei Kapitalgesellschaften schwierig, sondern auch bei Personengesellschaften, denen insbesondere in den häufig gewählten Mischformen¹⁰¹⁹ ein hohes Maß an Komplexität immanent ist. Auch hinsichtlich der Warn- sowie der Belehrungs- und Beratungswirkung der notariellen Beurkundung könnte infrage gestellt werden, aus welchem Grund die Gesellschafter einer haftungsbeschränkten Gesellschaft im höchsten Maße geschützt werden, während die Gesellschafter einer Personengesellschaft, bei der mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt persönlich haftet,¹⁰²⁰ in keiner Weise gewarnt werden.¹⁰²¹

¹⁰¹⁴ Hier sollte allerdings die endgültige Umsetzung, inklusive der entsprechenden Verordnungen, der digitalen notariellen Beurkundung abgewartet werden; so auch: *Schmidt*, EuZW 2019, 801 (802).

¹⁰¹⁵ „Wenn man dagegen effektiv den Gläubigerschutz verbessern will, muss man die Voraussetzungen des Selbstschutzes der schwachen Vertragsgläubiger stärken, und dies geht nur durch bessere und das heißt unmittelbar greifbare Information über den Stand der Gesellschaft.“: *Fastrich*, DStR 2006, 656 (663); siehe hierzu auch im Vergleich zur Vertragskorrektur durch den Richter: *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (350).

¹⁰¹⁶ BT-Drs. 19/31105, S. 3; generell zur Reformbedürftigkeit des Personengesellschaftsrechts und zur Notwendigkeit einer "Personengesellschaft mit beschränkter Haftung": *Henssler*, in: Festschrift Karsten Schmidt, 449 ff.

¹⁰¹⁷ Anders im angloamerikanischen System: *Bormann*, ZGR 2017, 621 (631 ff.).

¹⁰¹⁸ *Bormann*, ZGR 2017, 621 (630). Hierbei geht es insbesondere um die Vertretungsberechtigung, die Regelungen zur Gesellschafts- beziehungsweise Hauptversammlung, die Vinkulierung von Geschäftsanteilen, Kündigungs- und Abfindungsklauseln etc.

¹⁰¹⁹ Zum Beispiel in der Form der GmbH & Co. KG.

¹⁰²⁰ Kommanditisten haften grundsätzlich nur bis zur Höhe ihrer Einlage, vgl. § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB.

¹⁰²¹ *Hofmeister*, DNotZ 1993, 32* (44*); so auch: *Röder*, ZHR 184 (2020), 457 (499). *Röder* kommt allerdings zu dem Ergebnis, dass die Gründung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung nicht der notariellen Form bedarf. Insofern könnte hier die Bedeutung der notariellen Beurkundung für die Beteiligten und den Rechtsverkehr verkannt werden.

Die notarielle Beurkundung der Gründungsverträge einer Personengesellschaft könnte im Ergebnis nicht nur für die Gläubiger beziehungsweise den Rechtsverkehr, sondern auch für die Gesellschafter selbst einen nicht zu unterschätzenden Vorteil bringen, denn „[w]enn Flexibilität und attraktive Gründungsmodalitäten tatsächlich wichtige Faktoren im Wettbewerb der Rechtsordnungen darstellen, kann der Einsatz eines Notars bei der Gründung und die individuelle Beratung zur Erstellung einer maßgeschneiderten Satzung auch ein Wettbewerbsvorteil sein.“¹⁰²²

Neben diesen Gründen nimmt die Involvierung des Notars auch im Personengesellschaftsrecht ab dem 01. Januar 2023 gemäß Art. 135 MoPeG¹⁰²³ zu, siehe § 707b Nr. 2 BGB (in der Fassung des MoPeG) in Verbindung mit § 12 HGB, der bei der Anmeldung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Gesellschaftsregister¹⁰²⁴ die Beteiligung eines Notars zum Zwecke der Identitätsprüfung und Entlastung der Gerichte vorsieht.¹⁰²⁵

Die große gesellschaftsrechtliche Erweiterung würde aber auch mit einer Behinderung und Verlangsamung des Rechtsverkehrs und einer Einschränkung der Privatautonomie einhergehen.¹⁰²⁶ Bei einer Ausweitung der Beurkundungserfordernisse auf gewisse Rechtsgeschäfte des Personengesellschaftsrechts gibt es eine Vielzahl negativer Folgen, die eintreten könnten.

Wenn die Gründung einer Personengesellschaft beurkundungsbedürftig wäre, könnten viele Personengesellschaften zumindest in der Anfangszeit formunwirksam gegründet werden. Der dadurch geschaffene rechtsunsichere Schwebezustand könnte zwar mit der Figur der fehlerhaft wirksamen Gesellschaft¹⁰²⁷ überbrückt werden, doch stellt dies kein dauerhaft zufriedenstellendes

¹⁰²² Hier allerdings in Bezug auf die Unternehmergeellschaft: *Knaier*, GmbHR 2018, 1181 (1189); *Knaier*, GmbHR 2021, 169 (176).

¹⁰²³ Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 17. März 2021, BT-Drs. 19/27635, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/831456/62305a8d5ffe92415f7ba0f17b1d4a2/gesetzentwurf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021); der Entwurf wurde am 24. Juni 2021 vom Bundestag angenommen, siehe: BR-Drs. 567/21; der Bundesrat stellte keinen Antrag gemäß Art. 77 Abs. 2 GG: BR-Drs. 567/21 (Beschluss).

¹⁰²⁴ Umfassend zum Gesellschaftsregister: *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 ff.

¹⁰²⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 134; siehe allgemein zu den Veränderungen des MoPeG und zu kritischen Anmerkungen unter anderem: *Habersack*, ZGR 2020, 539 ff.; *Altmeyden*, NZG 2020, 822 f.; *Martens*, AcP 221 (2021), 68 ff.; *Lieder*, ZRP 2021, 34 ff.; *Bochmann/Bron*, NZG 2021, 613 ff.; *Schulteis*, GWR 2021, 112 ff.

¹⁰²⁶ Siehe Kapitel B.I.

¹⁰²⁷ Zur ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: BGH, Urteil vom 30. September 1982 - III ZR 58/81 -, NJW 1983, 748 m.w.N.

System dar. Eine weitere Herausforderung wäre es, zu ermitteln, wie mit den bereits bestehenden formlos gegründeten Personengesellschaften umgegangen wird.

Die formlose und damit schnelle und kostenlose Gründung von Personengesellschaften macht sie für Gründer attraktiv.¹⁰²⁸ Ein Beurkundungserfordernis würde die Gründung langsamer und teurer machen und somit einen elementaren Vorteil der Personengesellschaft gegenüber einer Kapitalgesellschaft beseitigen. Falls die Gründung einer Personengesellschaft im Fall eines höheren Gründungsaufwandes gänzlich unwahrscheinlich beziehungsweise unrentabel schiene, wäre dies mit Blick auf den zu wahrenen Numerus Clausus des Gesellschaftsrechts äußerst negativ zu gewichten. Nicht nur die Relevanz der Personengesellschaften, sondern auch der deutschen Wirtschaft könnte darunter leiden, da eine große Auswahl an unterschiedlichen und attraktiven Gesellschaftsformen einen wesentlichen Wettbewerbsfaktor darstellt.¹⁰²⁹

Die formlose Gründung einer Personengesellschaft bildet jedoch nicht den einzigen Vorteil gegenüber einer Kapitalgesellschaft. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft müssen kein gesetzliches Mindestkapital aufbringen und aufrechterhalten,¹⁰³⁰ sodass die finanzielle Zusammensetzung wesentlich freier gestaltet werden kann; auf der anderen Seite haftet mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt und persönlich.¹⁰³¹ Die Besteuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften stellt ein weiteres Merkmal dar, das Personen- und Kapitalgesellschaften grundlegend unterscheidet und insofern bei der Auswahl der passenden Rechtsform von Bedeutung ist.¹⁰³² Die personalistische Struktur kann die Zusammenarbeit stärken.¹⁰³³ Aus Sicht der Gesellschafter haben Personengesellschaften darüber hinaus einen mitbestimmungsrechtlichen Vorteil¹⁰³⁴ und unterliegen bei der Rechnungslegung weniger strengen Vorschriften¹⁰³⁵.

¹⁰²⁸ *Knaier*, GmbHR 2018, 1181 (1187 ff.).

¹⁰²⁹ *Knaier*, GmbHR 2018, 1181 (1187 f.).

¹⁰³⁰ Kritisch zur Bedeutung des Mindestkapitals als Wettbewerbsfaktor der Rechtsordnungen und Gesellschaftsformen: *Knaier*, GmbHR 2018, 1181 (1187).

¹⁰³¹ So sieht *Westermann* das Mindestkapital als Substitut der Haftungsbeschränkung an: *Westermann*, ZRP 1972, 93 (96).

¹⁰³² Siehe zur Relevanz bei der Rechtsformwahl: *Kußmaul/Schwarz*, StB 2012, 385 ff.; siehe zum Trennungsprinzip: *Teufel*, in: Lüdicke/Sistermann Unternehmensteuerrecht, § 2 Rn. 1 ff.

¹⁰³³ Speziell zur Relevanz der GmbH & Co. KG für Familienunternehmen: *Binz/Sorg*, GmbHR 2011, 281 ff.; zur Frage eines besonderen Rechts für Familienpersonengesellschaften: *Holler*, BB 2012, 719 ff.; *Ulmer*, ZIP 2010, 549 ff.; hierzu auch: *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169 (176 f.).

¹⁰³⁴ Siehe Anwendungsbereich des MitbestG gemäß § 1 Abs. 1 MitbestG.

¹⁰³⁵ Siehe zusätzliche Verpflichtungen für Kapitalgesellschaften gemäß §§ 264 ff. HGB.

Personen- und Kapitalgesellschaften unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht grundlegend voneinander. Daher ist naheliegend, dass es auch bei Angleichung der Gründungsmodalitäten weiterhin Fallkonstellationen geben wird, in denen eine Personengesellschaft die passende Gesellschaftsform darstellt. Ob die Beurkundungsbedürftigkeit der Personengesellschaftsgründung zu einem signifikanten negativen Rückgang der Personengesellschaften führt, ist insofern fraglich. Überdies könnten die negativen Auswirkungen einer Beurkundungspflicht durch die damit verbundenen allgemeinen Vorteile der notariellen Beurkundung und die konkreten Vorteile der digitalen Ersetzungsmöglichkeit ausgeglichen werden.

Wenn die Entwicklung der Anzahl von Personengesellschaften im Jahr 2020¹⁰³⁶ mit der Anzahl der Notare in Deutschland¹⁰³⁷ verglichen wird, erscheint auch eine Überforderung der Notare unwahrscheinlich. Es handelt sich bei der Zahl der Personengesellschaften im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften, insbesondere der GmbH, um eine Anzahl, von der ausgegangen werden kann, dass das deutsche Notarsystem den Mehraufwand stemmen kann, ohne dabei grundlegend verändert werden zu müssen.¹⁰³⁸

dd) Umsetzung

Fraglich ist, wie eine gesellschaftsrechtliche Erweiterung gesetzlich umgesetzt werden könnte. Im Rahmen der großen gesellschaftsrechtlichen Erweiterung müssten zunächst Beurkundungserfordernisse für die gläubigerrelevanten Rechtsgeschäfte des Personengesellschaftsrechts verabschiedet werden. Hierzu zählt unter anderem die Gründung einer Personengesellschaft. Anschließend könnte das Verhältnis der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung geregelt werden.

¹⁰³⁶ Zu Personengesellschaften werden hierbei nur die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG), inklusive ihrer jeweiligen Mischformen, gezählt. Zwischen dem 01. Januar 2020 und dem 01. Januar 2021 stieg die Anzahl der Personengesellschaften um 5.649. Die Daten werden aus Tabelle 1 des folgenden Beitrags entnommen: *Kornblum, GmbH 2021*, 681 (682).

¹⁰³⁷ Laut Notarstatistik 2021 gibt es in Deutschland 6.860 Notare, abrufbar unter: <https://www.notar.de/der-notar/statistik> (zuletzt abgerufen am 09. August 2021).

¹⁰³⁸ Angenommen, die Personengesellschaftsgründungen verteilen sich gleichmäßig auf die Notare in Deutschland, hätte jeder Notar zwischen dem 01. Januar 2020 und dem 01. Januar 2021 ca. 0,8 zusätzliche Gründungsverträge notariell beurkunden müssen.

Es erscheint zweckmäßig, die Zulässigkeit des § 16a Abs. 1 BeurkG z.F. im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Erweiterung weiter zu fassen. Statt „[...] soweit dies nach § 2 Absatz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung zugelassen ist.“ könnte der Wortlaut zu „[...] soweit dies gesetzlich zugelassen ist.“ geändert werden. Anschließend müssten Anwendungsbereichseröffnungen innerhalb der einschlägigen Formvorschriften eingefügt werden. Diese könnten sich an dem Wortlaut des § 2 Abs. 3 GmbHG z.F. orientieren. Entsprechende Regelungen könnten unter anderem für § 2 GmbHG, § 23 AktG sowie § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG verabschiedet werden.

d) Zusammenfassung

Anfangs sollten die Funktionsfähigkeit der digitalen notariellen Beurkundung und ihre Auswirkungen auf die GmbH-Gründung beobachtet werden.¹⁰³⁹ Der deutsche Gesetzgeber muss darauf achten, dass der Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung nicht zu früh und/oder zu weitgehend erweitert wird; je weitergehend die Anwendungsbereichserweiterung ist, desto größer können die potenziellen negativen Auswirkungen sein.¹⁰⁴⁰ Die Komplikationen und Rechtsunsicherheiten, die mit einer zu frühen und/oder zu weitgehenden Anwendungsbereichserweiterung einhergehen, könnten das Vertrauen in das deutsche Rechtssystem und in die deutschen Notare nachhaltig schwächen.

Falls im Rahmen der digitalen GmbH-Gründung jedoch keine Komplikationen auftreten, könnte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs sinnvoll sein. Aufgrund der hinreichenden Kommunikations- und Wirkungsäquivalenz und der gesteigerten Effizienz in bestimmten Fallkonstellationen könnte eine Anwendungsbereichserweiterung innerhalb des Gesellschaftsrechts oder über das Gesellschaftsrecht hinaus in Zukunft angestrebt werden. Ob und wie weit der Anwendungsbereich der digitalen notariellen Beurkundung erweitert wird, hängt auch maßgeblich mit rechtspolitischen Erwägungen zusammen. Eine der entscheidenden Fragen, die sich der deutsche Gesetzgeber stellen muss, ist, wieviel Eigenverantwortlichkeit und wieviel staatlicher Paternalismus im Rahmen der traditionellen und digitalen notariellen Beurkundung, insbesondere im Hinblick auf die Involvierung eines Notars, notwendig sind.

¹⁰³⁹ *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (117); *Bock*, RNotZ 2021, 326 (328).

¹⁰⁴⁰ *Stelmaszczyk*, EuZW 2021, 513 (514).

II. Digitale öffentliche Beglaubigung

Neben einer vollständig digitalen GmbH-Gründung muss die digitale Einreichung von Urkunden und Informationen gemäß Art. 13j GesRRL für gewisse Rechtsformen¹⁰⁴¹ ermöglicht werden. Das zentrale Anliegen ist hierbei die Digitalisierung des gesamten Lebenszyklus bestimmter Gesellschaftsformen.¹⁰⁴² Gemäß §§ 39a, 40a BeurkG z.F. und § 129 BGB z.F. will der Gesetzgeber dieses Ziel durch die Möglichkeit erreichen, eine qualifizierte elektronische Signatur mittels des von der Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystems beglaubigen zu können (Fernbeglaubigung).¹⁰⁴³ Die digitale öffentliche Beglaubigung wird die öffentliche Beglaubigung im Präsenzverfahren (im Folgenden: "Traditionelle öffentliche Beglaubigung") in gewissen Fällen ersetzen können.

Um die Sinnhaftigkeit einer digitalen öffentlichen Beglaubigung begutachten zu können, wird sich zunächst mit dem aktuellen Stand der Digitalisierung im Bereich der öffentlichen Beglaubigung beschäftigt. Anschließend wird die digitale öffentliche Beglaubigung nach dem DiRUG vorgestellt und es wird beurteilt, inwiefern die Wirkungen einer traditionellen öffentlichen Beglaubigung und die Wirkungen einer digitalen öffentlichen Beglaubigung als gleichwertig angesehen werden können.

1. Aktueller Stand der Digitalisierung

Die Fernbeglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur ist im deutschen Rechtssystem zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht zulässig, siehe § 40 Abs. 1 BeurkG.¹⁰⁴⁴ Der Notar kann lediglich eine vor ihm abgegebene qualifizierte elektronische Signatur gemäß § 39a Abs. 3 BeurkG beglaubigen, auch wenn diese Art der öffentlichen Beglaubigung in der Praxis kaum Relevanz besitzt.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴¹ In Deutschland handelt es sich gemäß Anhang II GesRRL um die AG, GmbH und KGaA.

¹⁰⁴² Erwägungsgründe (4) und (26) der Digitalisierungsrichtlinie.

¹⁰⁴³ Siehe BT-Drs. 19/28177, S. 95 ff., 127 ff. und 149 f.

¹⁰⁴⁴ *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 40 Rn. 22 ff.; siehe auch Kapitel C.II.1.

¹⁰⁴⁵ Die geringe praktische Relevanz beruht auf der bisherigen Annahme der herrschenden Lehre, dass in diesem Fall die Formanforderungen des § 129 BGB nicht erfüllt werden: *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 19 m.w.N.; hierzu auch ausführlich: *Malzer*, DNotZ 2006, 9 (20 ff.).

Praktisch bedeutender ist die Möglichkeit, ein einfaches elektronisches Zeugnis nach § 39a BeurkG auszustellen. Hierbei kann der Notar beispielsweise von einem Dokument und einer Unterschrift, die gemäß § 40 BeurkG in Gegenwart des Notars beglaubigt wurde, ein einfaches elektronisches Zeugnis ausstellen, wobei er das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur und der (elektronischen) Bestätigung der Notareigenschaft versieht.¹⁰⁴⁶ Hauptanwendungsbereich des einfachen elektronischen Zeugnisses ist die Einreichung von Anmeldungen und Dokumenten zum Handelsregister gemäß § 12 HGB.¹⁰⁴⁷ Da das Handelsregister gemäß § 8 Abs. 1 HGB elektronisch geführt wird, müssen Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HGB in öffentlich beglaubigter Form elektronisch eingereicht werden, während Dokumente gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 HGB elektronisch einzureichen sind. Die Führung der Register und die Einreichung der Anmeldungen und Dokumente erfolgen also bereits elektronisch, für die öffentliche Beglaubigung müssen die Antragsteller allerdings weiterhin den Weg zum Notar auf sich nehmen.¹⁰⁴⁸ Dabei ist ein System entstanden, in dem die Anmeldungen und Dokumente zwar elektronisch an das registerführende Gericht übermittelt werden, die Erklärungen jedoch vorab in papiergebundener Form beim Notar beglaubigt werden müssen.¹⁰⁴⁹ Gerade diese umständliche Mischung aus digitaler Kommunikation und Präsenzverfahren könnte durch eine digitale öffentliche Beglaubigung abgeschafft und durch einen vollständig digitalen Prozess ersetzt werden.¹⁰⁵⁰

2. DiRUG

Um die vollständig digitale Einreichung von Anmeldungen und Dokumenten zum Handelsregister zu ermöglichen, wurde im DiRUG gemäß §§ 39a, 40a BeurkG z.F. eine Möglichkeit der digitalen öffentlichen Beglaubigung aufgenommen. Die digitale öffentliche Beglaubigung ist der traditionellen öffentlichen Beglaubigung, soweit gesetzlich zulässig, gemäß § 129 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB z.F. gleichgestellt.

¹⁰⁴⁶ Die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt die eigenhändige Unterschrift des Notars und die Bestätigung der Notareigenschaft ersetzt das notarielle Siegel: *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 39a Rn. 3.

¹⁰⁴⁷ *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 39a Rn. 4 ff.

¹⁰⁴⁸ *Krafka*, in: MüKo HGB, § 12 Rn. 18.

¹⁰⁴⁹ BT-Drs. 19/28177, S. 149; siehe zur Entstehung eines einfachen elektronischen Zeugnisses: *Theilig*, in: BeckOGK BeurkG, § 39a Rn. 9 ff.

¹⁰⁵⁰ *Kindler*, DB 2021, M4-M6.

a) Allgemeines

Nach § 40a Abs. 1 S. 1 BeurkG z.F. können erstmalig auch qualifizierte elektronische Signaturen beglaubigt werden, wobei diese entweder in Gegenwart des Notars (erste Alternative) oder unter Nutzung des von der Bundesnotarkammer nach § 78p BNotO z.F. betriebenen Videokommunikationssystems (zweite Alternative) anerkannt werden können. Da die Beglaubigung im Rahmen der ersten Alternative in Gegenwart des Notars erfolgt, stellt diese keine vollständig digitalisierte Form dar und wird im Folgenden nicht weiter behandelt. Unter den Begriff der digitalen öffentlichen Beglaubigung fällt somit ausschließlich die zweite Alternative.

Die allgemeinen Voraussetzungen einer digitalen öffentlichen Beglaubigung sind das Vorliegen einer Erklärung in elektronischer Form im Sinne von § 126a BGB¹⁰⁵¹ und eine öffentliche Beglaubigung der qualifizierten elektronischen Signatur gemäß §§ 39a, 40a BeurkG z.F. unter Nutzung des von der Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystems nach § 40a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BeurkG z.F.¹⁰⁵²

b) Ablauf der digitalen öffentlichen Beglaubigung

Der Ablauf und die Anforderungen einer digitalen öffentlichen Beglaubigung orientieren sich an dem Ablauf und den Anforderungen einer traditionellen öffentlichen Beglaubigung.

Die Beteiligten und der Notar nutzen das Videokommunikationssystem im Sinne von § 78p BNotO z.F., das von der Bundesnotarkammer betrieben wird.¹⁰⁵³

Zuerst muss sich der Notar gemäß § 40a Abs. 4 BeurkG z.F. in Verbindung mit § 10 Abs. 1 BeurkG Gewissheit über die Person der Beteiligten verschaffen. Der gravierende Unterschied zwischen einer digitalen und einer traditionellen öffentlichen Beglaubigung ist wie bei der digitalen notariellen Beurkundung die Nutzung von Videokommunikationsmitteln. Im Gegensatz zur digitalen notariellen Beurkundung wird das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer bei einer digitalen öffentlichen Beglaubigung vorwiegend zur Identifizierung der Beteiligten nach § 40a Abs. 4 BeurkG z.F. in Verbindung mit § 16c BeurkG z.F. herangezogen. Auch bei der digitalen öffentlichen Beglaubigung besteht gemäß

¹⁰⁵¹ Siehe Anforderungen hierfür in Kapitel E.II.1.

¹⁰⁵² BT-Drs. 19/28177, S. 149 f.

¹⁰⁵³ Siehe Kapitel F.I.1.d.aa.

§ 40a Abs. 5 BeurkG z.F. die Möglichkeit, bei Schwierigkeiten hinsichtlich der Erfüllung der notariellen Amtspflichten, die digitale öffentliche Beglaubigung abzulehnen und auf das Präsenzverfahren zu verweisen.

Nachdem der Notar die Beteiligten identifiziert hat, prüft er gemäß § 40a Abs. 4 BeurkG z.F. in Verbindung mit § 40 Abs. 2 BeurkG, dass keine Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen. Notwendige Belehrungen nimmt der Notar im Rahmen der Videokommunikation vor.¹⁰⁵⁴ Abschließend wird der Notar die qualifizierte elektronische Signatur beglaubigen. Dafür ist das elektronische Dokument gemäß § 40a Abs. 2 BeurkG z.F. mit einem elektronischen Beglaubigungsvermerk zu versehen, der unter anderem die Person des Notars bezeichnet, der außerdem feststellt, dass die qualifizierte elektronische Signatur im Rahmen einer digitalen öffentlichen Beglaubigung anerkannt wurde, und der die qualifizierte elektronische Signatur des Notars gemäß § 39a Abs. 3 S. 2 BeurkG z.F. enthält.¹⁰⁵⁵ Das elektronische Dokument und der elektronische Beglaubigungsvermerk sind gemäß § 39a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG z.F. elektronisch zu errichten. Der Bezug zwischen Dokument und Beglaubigungsvermerk wird gemäß § 39a Abs. 4 BeurkG z.F. durch kryptografische Verfahren hergestellt.¹⁰⁵⁶

c) Anwendungsbereich

Gemäß § 40a Abs. 1 S. 2 BeurkG z.F. in Verbindung mit § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. wird sich der Anwendungsbereich der digitalen öffentlichen Beglaubigung auf bestimmte Anmeldungen zum Handelsregister beschränken. Hierbei handelt es sich gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. um Anmeldungen durch Einzelkaufleute (Nr. 1), für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Nr. 2) und für Zweigniederlassungen von den in Nr. 2 genannten Rechtsformen oder von Kapitalgesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegen (Nr. 3).¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ Siehe Kapitel C.II.1. zu notwendigen Belehrungen im Rahmen einer öffentlichen Beglaubigung.

¹⁰⁵⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 125 f.

¹⁰⁵⁶ Mehr zu den kryptografischen Verfahren in: BT-Drs. 19/28177, S. 127.

¹⁰⁵⁷ Im Regierungsentwurf zum DiRUG erstreckte sich der Anwendungsbereich der digitalen öffentlichen Beglaubigung zusätzlich noch auf § 157 GenG: BT-Drs. 19/28177, S. 22. Die angenommene Fassung enthält lediglich eine Anwendungsbereichseröffnung für § 12 HGB: BT-Drs. 19/30523, S. 37.

3. Rechtliche Würdigung

a) Systematik und Wortlaut

Die Systematik der digitalen öffentlichen Beglaubigung im Sinne des DiRUG basiert auf einem Zusammenspiel des Bürgerlichen Gesetzbuches, des Beurkundungsgesetzes, der Bundesnotarordnung und der jeweils einschlägigen Gesetze. § 129 Abs. 1 S. 1 BGB z.F. stellt klar, dass die Beglaubigung einer Unterschrift und die Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur grundsätzlich gleichgestellt sind.¹⁰⁵⁸ In dem Gesetz, das die öffentliche Beglaubigung für ein Rechtsgeschäft vorschreibt, kann gemäß § 129 Abs. 1 S. 2 BGB z.F. angeordnet werden, dass die Erklärung nur nach § 129 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB z.F. oder nach § 129 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB z.F. öffentlich beglaubigt werden kann. In §§ 39a, 40a BeurkG z.F. werden die Anforderungen an eine Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur geregelt, wobei in § 40a Abs. 1 S. 2 BeurkG z.F. auf die Anwendungsbereichseröffnung des § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. verwiesen wird. Die Zulässigkeit einer digitalen öffentlichen Beglaubigung wird in § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. statuiert.

Die systematische Einordnung der einzelnen Neuerungen, insbesondere des § 40a BeurkG z.F. im zweiten Unterabschnitt (Vermerke) des dritten Abschnitts (sonstige Beurkundungen) des Beurkundungsgesetzes, erscheint sachgerecht.

Gleichwohl könnte der Verweis nach § 40a Abs. 1 S. 2 BeurkG z.F. auf die Anwendungsbereichseröffnung gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. überflüssig sein. Alternativ könnte im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in § 129 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB z.F. oder in einem einzufügenden § 129 Abs. 1 S. 3 BGB-E geregelt werden, dass die Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur mittels Videokommunikation nur erfolgen kann, soweit dies gesetzlich zugelassen ist. Eine entsprechende Anwendungsbereichseröffnung wäre nur für die Fälle des § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. zu finden. Da sich der Anwendungsbereich der digitalen öffentlichen Beglaubigung auf § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. beschränken wird, erscheint es hingegen nicht sinn-

¹⁰⁵⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 149.

voll, eine digitale öffentliche Beglaubigung grundsätzlich zuzulassen und die Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Ersetzbarkeit speziell zu regeln,¹⁰⁵⁹ sondern eine digitale öffentliche Beglaubigung grundsätzlich nicht zuzulassen und die Anwendungsbereichseröffnung speziell zu regeln.

Durch diese Änderung könnte der Regelungsinhalt der einzelnen Gesetze und Normen klarer abgegrenzt werden. Das Verhältnis der traditionellen öffentlichen Beglaubigung zur Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur im Allgemeinen und zu einer digitalen öffentlichen Beglaubigung im Besonderen wäre im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches sachgerecht geregelt. Die Regelungen zum Betrieb des Videokommunikationssystems, den Anforderungen an eine digitale öffentliche Beglaubigung und den Pflichten des Notars wären im Beurkundungsgesetz und in der Bundesnotarordnung zu finden. Für die Fälle, in denen der Gesetzgeber eine digitale öffentliche Beglaubigung für zweckmäßig erachtet, würden die jeweils einschlägigen Vorschriften entsprechende Anwendungsbereichseröffnungen enthalten.

b) Wirkungsäquivalenz

Hinsichtlich der objektiven und subjektiven Kommunikationsäquivalenz kann auf die Ausführungen zur digitalen notariellen Beurkundung verwiesen werden.¹⁰⁶⁰

Eine traditionelle öffentliche Beglaubigung hat durch ihre Anforderungen eine Warn-, Klarstellungs-, Beweis- und Kontrollwirkung.¹⁰⁶¹ Zusätzlich werden die Beteiligten in eingeschränktem Maße belehrt. Eine öffentliche Beglaubigung wird jedoch nur in solchen Fällen vom Gesetzgeber vorgeschrieben, in denen ein besonderes Interesse daran besteht, die Identität des Erklärenden beweissicher festzustellen.¹⁰⁶² Andere Formzwecke stellen dagegen kein vom Gesetzgeber primär verfolgtes Ziel von Beglaubigungserfordernissen dar.

aa) Warnwirkung

Aufgrund der Ähnlichkeit des Verfahrens und des Ablaufs kann für die Warnwirkung grundsätzlich auf die Ausführungen in Kapitel C.II.2. verwiesen werden.

¹⁰⁵⁹ Eine Anlehnung an das System der Schriftform und elektronischen Form, vgl. § 126 Abs. 3 BGB, ist aus diesem Grund nicht zweckmäßig.

¹⁰⁶⁰ Siehe Kapitel F.I.2.a. und F.I.2.b.

¹⁰⁶¹ Siehe Kapitel C.II.

¹⁰⁶² Siehe Kapitel C.II.4.

Da bei Nutzung des Videokommunikationssystems eine Pauschale in Höhe von EUR 25 anfällt, kann der finanzielle Aufwand einer digitalen öffentlichen Beglaubigung in manchen Fällen höher oder tiefer ausfallen als der finanzielle Aufwand einer traditionellen öffentlichen Beglaubigung.¹⁰⁶³

Vor und nach der öffentlichen Beglaubigung fällt die An- und Abreise zum beziehungsweise vom Amtssitz des Notars weg. Eine digitale öffentliche Beglaubigung selbst sollte ungefähr gleich viel Zeit in Anspruch nehmen wie eine traditionelle öffentliche Beglaubigung.¹⁰⁶⁴

Durch die Involvierung eines Notars wird die Warnwirkung auch bei der digitalen öffentlichen Beglaubigung verstärkt.

bb) Belehrungswirkung

Hinsichtlich der eingeschränkten Belehrung, die eine öffentliche Beglaubigung nach sich ziehen kann,¹⁰⁶⁵ wird auf Kapitel F.I.2.c.bb. verwiesen.¹⁰⁶⁶

cc) Klarstellungswirkung

Hinsichtlich der Klarstellungswirkung einer digitalen öffentlichen Beglaubigung wird auf Kapitel B.II.2.b.aa. und Kapitel C. verwiesen. Der Abschluss und Inhalt des Rechtsgeschäfts werden durch eine digitale öffentliche Beglaubigung dauerhaft klargestellt.

dd) Beweiswirkung

Das einfache elektronische Zeugnis ist ein öffentliches elektronisches Dokument im Sinne von § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO, für das die Beweisregeln für öffentliche Urkunden nach §§ 415, 417 ff. ZPO gelten. Grundsätzlich kann also auf die Beweiskraft der traditionellen öffentlichen Beglaubigung verwiesen werden.¹⁰⁶⁷ Zusätzlich wird die Echtheit der Urkunde gemäß §§ 371a Abs. 3 S. 2, 437 ZPO vermutet.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ Wie auch bei der digitalen notariellen Beurkundung, siehe Kapitel F.I.2.c.aa.

¹⁰⁶⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 69.

¹⁰⁶⁵ Siehe Kapitel C.II.1.

¹⁰⁶⁶ In der Begründung des Regierungsentwurfs zum DiRUG wird die Wirkungsäquivalenz mit Blick auf die Belehrungspflicht verneint: BT-Drs. 19/28177, S. 128.

¹⁰⁶⁷ Siehe Kapitel C.II.3.

¹⁰⁶⁸ Siehe zu den Konsequenzen: *Roßnagel/Fischer-Dieskau*, NJW 2006, 806 (807 f.).

ee) Kontrollwirkung

Die Wirkungsäquivalenz der digitalen öffentlichen Beglaubigung steht und fällt mit der Sicherheit der Identitätsfeststellung. Gemäß § 40a Abs. 4 BeurkG z.F. in Verbindung mit § 16c BeurkG z.F. werden bei der digitalen öffentlichen Beglaubigung die gleichen Anforderungen an die Identitätsfeststellung gestellt wie bei der digitalen notariellen Beurkundung.¹⁰⁶⁹ Bei Schwierigkeiten in Bezug auf die Feststellung der Identität, der Rechtsfähigkeit oder der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten besteht auch bei der digitalen öffentlichen Beglaubigung die Möglichkeit, diese abzulehnen und auf das Präsenzverfahren zu verweisen gemäß § 40a Abs. 5 BeurkG z.F. Insofern kann festgehalten werden, dass die Identität auch bei einer digitalen öffentlichen Beglaubigung gleichwertig festgestellt werden kann.¹⁰⁷⁰

Hinsichtlich der Identitätsfeststellung hat der Gesetzgeber mit Blick auf das System der Schriftform und elektronischen Form bereits die normative Entscheidung getroffen, dass diese in mindestens gleichem Maße durch eine qualifizierte elektronische Signatur ermöglicht wird, wie durch eine eigenhändige Unterschrift.¹⁰⁷¹

Der Notar führt eine unveränderte Legalitätskontrolle durch, wobei die Videokommunikation kein Hindernis darstellt. Durch die gleichbleibende Integration des Notars in gewisse Register- und Grundbucheintragungen werden die Gerichte weiterhin entlastet, sodass ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet werden kann.

c) Zusammenfassung

Um das Ziel und die Anforderungen der Digitalisierungsrichtlinie in Bezug auf die vollständig digitale Einreichung von Anmeldungen und Dokumenten mit dem jetzigen System der vorsorgenden Rechtspflege zu verbinden, bedarf es nach Einschätzung des Gesetzgebers der Möglichkeit einer Fernbeglaubigung.¹⁰⁷² Um die vorsorgende Rechtspflege durch den Notar beizubehalten und die registerführenden Gerichte weiterhin zu entlasten, muss das System vor allem die unveränderte

¹⁰⁶⁹ Siehe noch kritisch zu dem Problem unsicherer ausländischer Identifizierungsmittel: *Bormann*, ZGR 2017, 621 (642 ff.).

¹⁰⁷⁰ Siehe die Ausführungen zu Identifikationsmitteln in Kapitel F.I.2.c. ee.

¹⁰⁷¹ So auch: *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 20.

¹⁰⁷² BT-Drs. 19/28177, S. 2 und 62 f.

Beteiligung eines Notars gewährleisten.¹⁰⁷³ Nach Art. 13j Abs. 4 GesRRL in Verbindung mit Art. 13g Abs. 4 lit. c GesRRL wurde dem deutschen Gesetzgeber wie auch bei der digitalen GmbH-Gründung diese Möglichkeit eingeräumt.¹⁰⁷⁴

Die Digitalisierung der öffentlichen Beglaubigung bereitet wesentlich weniger Schwierigkeiten als die Digitalisierung der notariellen Beurkundung. Die Herausforderungen hinsichtlich der Kommunikationsäquivalenz und der Gleichwertigkeit der Warnwirkung sowie der Belehrung und Beratung spielen im Rahmen der öffentlichen Beglaubigung nur eine untergeordnete Rolle.

Die digitale öffentliche Beglaubigung kann die primär verfolgten Formzwecke einer traditionellen öffentlichen Beglaubigung in hinreichend gleichem Maße erfüllen. Der Anwendungsbereich beschränkt sich auf Anmeldungen nach § 12 Abs. 1 S. 2 HGB z.F. Da diese ohnehin den praktisch wichtigsten Anwendungsbereich der öffentlichen Beglaubigung darstellen¹⁰⁷⁵ und bereits elektronisch an das Handelsregister übermittelt werden müssen, erscheinen sie geeignet, die Funktionsfähigkeit einer digitalen öffentlichen Beglaubigung im deutschen Rechtssystem umfassend zu testen. Auch wenn der Gesetzgeber die digitale öffentliche Beglaubigung nur für Anmeldungen gewisser Rechtsformen ermöglichen muss,¹⁰⁷⁶ ist hingegen nicht ersichtlich, aus welchem Grund nur die Anmeldungen gewisser Kapitalgesellschaften digital möglich sein sollen, da die Anmeldungen der Offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft ebenfalls elektronisch an das Handelsregister übermittelt werden müssen.¹⁰⁷⁷ Unter diesem Gesichtspunkt könnte eine Ausweitung des Anwendungsbereichs sinnvoll sein.¹⁰⁷⁸

Da elektronische Dokumente beliebig vervielfältigt werden können, ohne dass dabei erkennbar ist, welches der Dokumente das originale Dokument ist, kann das Vorliegen einer beweissicheren Urschrift nicht bestimmt werden. Eine digitale öffentliche Beglaubigung kommt insofern zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Betracht für zu beglaubigende Dokumente, die in Urschrift vorzulegen sind,

¹⁰⁷³ *Freier*, NotBZ 2021, 161 (166).

¹⁰⁷⁴ Erwägungsgrund (19) der Digitalisierungsrichtlinie.

¹⁰⁷⁵ *Scheller*, in: BeckOGK BGB, § 129 Rn. 15.

¹⁰⁷⁶ In Deutschland handelt es sich gemäß Anhang II der Digitalisierungsrichtlinie um die AG, GmbH und KGaA.

¹⁰⁷⁷ Siehe für OHG: §§ 106, 12 HGB; für KG: §§ 161 Abs. 2, 106, 12 HGB.

¹⁰⁷⁸ BT-Drs. 19/30523, S. 108; so auch: *Schmidt*, ZIP 2021, 112 (118); *Kienzle*, DNotZ 2021, 590 (607); anders: *Kindler*, DB 2021, M4-M6.

wie die Vollmacht.¹⁰⁷⁹ Hierbei ist eine Parallele zu der Einschränkung des Anwendungsbereichs der elektronischen Form zu erkennen. Die elektronische Form kann die Schriftform unter anderem im Rahmen von Rechtsgeschäften nicht ersetzen, in denen beispielsweise durch den Realakt der Aushändigung Rechtssicherheit geschaffen werden soll.¹⁰⁸⁰ Der Grund für beide Anwendungsbereichseinschränkungen liegt nicht in der Ausgestaltung der jeweiligen digitalen Form, sondern in der Natur von elektronischen Dokumenten, die in gewissen Fällen (noch) nicht das gleiche Maß an Rechtssicherheit nach sich ziehen können.

Obwohl die Wirkung einer digitalen öffentlichen Beglaubigung mit der Wirkung einer traditionellen öffentlichen Beglaubigung gleichgesetzt werden kann, kann sie somit noch nicht für alle Rechtsgeschäfte als Ersetzungsmöglichkeit herangezogen werden.

¹⁰⁷⁹ Wobei die elektronische Urkunde, die in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird, als Urschrift im Beurkundungsgesetz gesetzlich fingiert wird gemäß § 45 Abs. 3 BeurkG z.F.: BT-Drs. 19/28177, S. 130.

¹⁰⁸⁰ Kapitel E.II.3.a.aa.

G. Fazit

Abschließend wird festgehalten, dass an einer digitalen Alternative zu einer traditionellen Form nichts auszusetzen ist, wenn und insoweit die Gleichwertigkeit gewährleistet werden kann. Anders gesagt: „Der Einsatz digitaler Technologien ist wünschenswert, wo er Verfahren vereinfacht, ohne die Qualität der Ergebnisse zu beeinträchtigen.“¹⁰⁸¹

Am 01. August 2001 wurden die Textform und die elektronische Form in das deutsche Rechtssystem eingeführt. Am 01. August 2022 werden die digitale notarielle Beurkundung und die digitale öffentliche Beglaubigung in die entsprechenden Gesetze gemäß Art. 31 des DiRUG aufgenommen.

Also exakt 21 Jahre nach dem Beginn der Digitalisierung der Formen wird es für jede der drei traditionellen Formen des deutschen Rechtssystems ein digitales Pendant geben. Mit Ausnahme der Textform ist jede digitale Form dabei an den Ablauf und die Formanforderungen der jeweiligen traditionellen Form angelehnt, die sie im Rahmen gewisser Rechtsgeschäfte ersetzen kann. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass die Formanforderungen der traditionellen Formen nicht eins zu eins digitalisiert werden können. Hieraus können sich geringe Unterschiede in der Wirkung mancher Formen ergeben, die sich im Anwendungsbereich, den der deutsche Gesetzgeber einer digitalen Form zuspricht, widerspiegeln. Wenn gewisse Formwirkungen in einem unterschiedlichen Maße erfüllt werden, soll damit aber noch nicht gesagt sein, dass digitale Formen diese stets schlechter erfüllen als ihr traditionelles Pendant. Einerseits kann die Nutzung von digitalen Formen über die klassischen Formwirkungen hinaus Effizienz-, Kostenvorteile und positive ökologische Auswirkungen herbeiführen. Andererseits muss sich der Gesetzgeber einigen neuen Herausforderungen, wie der Sicherheit der Daten, stellen.

Die Textform nimmt im System der Formen eine Sonderrolle ein. Sie wurde nicht als digitale Ersetzungsmöglichkeit einer traditionellen Form eingeführt, sondern sollte im Rahmen von

¹⁰⁸¹ *Wolf*, MittBayNot 2018, 510 (519).

Rechtsgeschäften Anwendung finden, bei denen lediglich eine Klarstellung notwendig erscheint.¹⁰⁸² Die Textform soll als Form mit den geringsten Anforderungen zur formlosen Erklärung abgegrenzt werden.¹⁰⁸³

Die elektronische Form kann die Schriftform bei nahezu sämtlichen schriftformbedürftigen Rechtsgeschäften ersetzen. Infolge der hohen Formanforderungen der elektronischen Form kann eine Wirkungsäquivalenz (nahezu) angenommen werden. Während die elektronische Form eine höhere Beweiswirkung hat, werden die Beteiligten nach Einschätzung des Gesetzgebers noch nicht in einem vergleichbaren Maße gewarnt.

Die digitale notarielle Beurkundung und die digitale öffentliche Beglaubigung sollen die traditionelle notarielle Beurkundung und die traditionelle öffentliche Beglaubigung in gewissen Fällen ersetzen können. Beide Formen können die Formwirkungen des jeweiligen traditionellen Äquivalents in hinreichend gleichwertigem Maße entfalten, sodass der individuelle Schutz der Beteiligten und der Schutz des Rechtsverkehrs weiterhin in höchstem Maße gewährleistet werden kann. Die digitale notarielle Beurkundung und die digitale öffentliche Beglaubigung stellen eine zu begründende Weiterentwicklung der Formen und eine logische Weiterentwicklung des Notariats dar, das in den vergangenen Jahren bereits in vielen Bereichen digitalisiert wurde.¹⁰⁸⁴ Obwohl sich der Anwendungsbereich beider digitaler Formen zumindest zu Anfang auf das Mindestmaß der Digitalisierungsrichtlinie beschränken wird, bringen sie das Potenzial mit, die jeweilige traditionelle Form zukünftig auch über diesen Anwendungsbereich hinaus ersetzen zu können.

Ein zentrales Merkmal der Digitalisierung der Formen ist die qualifizierte elektronische Signatur, die mit Ausnahme der Textform bei allen digitalen Formen Anwendung findet. Nach Einschätzung des Gesetzgebers besitzt die qualifizierte elektronische Signatur im Vergleich zur eigenhändigen Unterschrift noch nicht dieselbe Warnwirkung.¹⁰⁸⁵ Diese Ansicht kann unter anderem mit Blick auf die hohen Anforderungen der qualifizierten elektronischen Signatur und auf diverse Vorgaben

¹⁰⁸² BT-Drs. 14/4987, S. 18.

¹⁰⁸³ *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126b Rn. 6.

¹⁰⁸⁴ Siehe zum Beispiel die Einführung eines elektronischen Urkundenarchivs, die Einführung eines Datenbankgrundbuchs, ein Gültigkeitsregister für Vorsorgevollmachten und ein Gültigkeitsregister für Gerichtsurteile, siehe: *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 m.w.N.; umfassend zur historischen Entwicklung des elektronischen Rechtsverkehrs in diesem Zusammenhang: *Kruse*, in: Armbrüster BeurkG, Einleitung Rn. 42 ff.

¹⁰⁸⁵ BT-Drs. 14/4987, S. 17.

der Vertrauensdienstleister mittlerweile in Frage gestellt werden. Bei der digitalen notariellen Beurkundung ist der Notar verpflichtet, für die Gleichwertigkeit der Warnwirkung zu sorgen, wodurch die vermeintliche Schwäche der qualifizierten elektronischen Signatur egalisiert werden könnte.

Auch wenn die Digitalisierung einer Form das Rechtssystem flexibler gestaltet und in gewissen Fallkonstellationen Effizienzvorteile mit sich bringen kann,¹⁰⁸⁶ müssen ihre Auswirkungen im Einzelnen genau untersucht werden. Eine Modernisierung um des Modernisierens willen gilt es zu vermeiden.¹⁰⁸⁷

Abschließend kann jedoch behauptet werden, dass sowohl die vergangene Entwicklung der Textform und elektronischen Form als auch die aktuellen Entwicklungen im Bereich der digitalen notariellen Beurkundung und digitalen öffentlichen Beglaubigung ein Schritt in die richtige Richtung sind.¹⁰⁸⁸ Das deutsche Rechtssystem passt sich langsam und bedacht an die technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte an. Dabei ist zu hoffen, dass die qualifizierte elektronische Signatur aus dem „Dornröschenschlaf“¹⁰⁸⁹ erwacht und ihr Potenzial in Zukunft ausgeschöpft wird.¹⁰⁹⁰ In diesem Zusammenhang wäre eine Aufklärung der Bevölkerung, insbesondere der Verbraucher, wünschenswert, um diese über die aktuellen Entwicklungen und die neuen Möglichkeiten in Kenntnis zu setzen.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁶ Siehe Erwägungsgrund (2) der Digitalisierungsrichtlinie.

¹⁰⁸⁷ Keine Digitalisierung „[...] um jeden Preis mit dem Holzhammer [...]“: *Kienzle*, DNotZ 2021, 590 (607).

¹⁰⁸⁸ So auch: *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573; in Bezug auf die Neuerungen der Digitalisierungsrichtlinie: *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765; in Bezug auf die Einführung der Textform und der elektronischen Form: *Jandt*, in: Roßnagel Telemediendienste, Einl. Form BGB Rn. 8.

¹⁰⁸⁹ *Stiegler*, BB 2021, Heft 13-14, Umschlagteil, I.

¹⁰⁹⁰ Kritisch zur bisherigen Handhabung des deutschen Gesetzgebers: *Roßnagel*, in: Roßnagel Telemediendienste, Einführung Rn. 97.

¹⁰⁹¹ *Jandt*, in: Roßnagel Telemediendienste, § 126a BGB Rn. 44 f.; *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK BGB, § 126a Rn. 13.

H. Literaturverzeichnis

Stand: 17. August 2021.

Adomeit, Klaus

Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467-2469.

Altmeyden, Holger

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 10. Auflage, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Altmeyden GmbHG].

Altmeyden, Holger

Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, NZG 2020, S. 822-823.

Altmeyden, Holger

Zur Formbedürftigkeit der Veräußerung künftiger GmbH-Anteile, in: Aderhold, Lutz (Hrsg.); Grunewald, Barbara (Hrsg.); Klingberg, Dietgard (Hrsg.); Paefgen, Walter G. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 771-787.

Armbrüster, Christian

Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel, NJW 2007, S. 3317-3320.

Armbrüster, Christian (Hrsg.); Preuß, Nicola (Hrsg.); Renner, Thomas (Hrsg.)

Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Auflage, 2020

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Armbrüster BeurkG].

Artz, Markus (Hrsg.); Ball, Wolfgang (Hrsg.); Benecke, Martina (Hrsg.); Geibel, Stefan J. (Hrsg.); Gsell, Beate (Hrsg.); Hager, Johannes (Hrsg.); Harke, Jan Dirk (Hrsg.); Köndgen, Johannes (Hrsg.); Krafska, Alexander (Hrsg.); Krüger, Wolfgang (Hrsg.); Lobinger, Thomas (Hrsg.); Looschelders, Dirk (Hrsg.); Lorenz, Stephan (Hrsg.); Maurer, Hand-Ulrich (Hrsg.); Müller-Engels, Gabriele (Hrsg.); Reiter, Harald (Hrsg.); Reymann, Christoph (Hrsg.); Schindler, Wulf (Hrsg.); Schmidt, Hubert (Hrsg.); Segna, Ulrich (Hrsg.); Spickhoff, Andreas (Hrsg.); Wellenhofer, Marina (Hrsg.)

beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, Stand: 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGB].

Baumann, Wolfgang

Das Amt des Notars – Seine öffentlichen und sozialen Funktionen-, MittRhNotK 1996, S. 1-28.

Baumann, Wolfgang

Zur Form von Schuldbeitritt und Schuldanerkennnis, ZBB 1993, S. 171-178.

Bayer, Walter; Schmidt, Jessica

BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, BB 2019, S. 1922-1936.

Becht, Felix Amandus; Stephan-Wimmer, Jonas

Die rechtliche Anerkennung Österreichischer notarieller Beurkundungen über die Gründung einer GmbH, GmbHR 2019, S. 45-52.

Binder, Jens-Hinrich

Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht, AcP 207 (2007), S. 155-197.

Binz, Mark; Sorg, Martin

Hat die GmbH & Co. KG bei den Familienunternehmen immer noch die Nase vorn?, GmbHR 2011, S. 281-283.

Blank, Hubert (Hrsg.)

Schmidt-Futterer Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 14. Auflage, 2019
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Futterer BGB].

Bochmann, Christian; Bron, Jan

Die nächste Stufe der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts: Vom MoPeG zum KöMoG, NZG 2021, S. 613-620.

Bock, Lenard

Online-Gründung von GmbHs und veränderte Registerpublizität – der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, RNotZ 2021, S. 326-337.

Boente, Walter; Riehm, Thomas

Das BGB im Zeitalter digitaler Kommunikation – Neue Formvorschriften, Jura 2001, S. 793-798.

Bolkart, Johannes

Das Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), MittBayNot 2021, S. 319-331.

Bormann, Jens

Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher, notar Heft 3/2021, S. 77.

Bormann, Jens

Die digitalisierte GmbH, ZGR 2017, S. 621-647.

Bormann, Jens; Stelmaszczyk, Peter

Das kontinentaleuropäische Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, ZIP 2018, S. 764-774.

Bormann, Jens; Stelmaszczyk, Peter

Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package, NZG 2019, S. 601-612.

Boruttau, Ernst-Paul (Begr.)

Grunderwerbsteuergesetz Kommentar, 19. Auflage, 2019

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Boruttau GrEStG].

Böttcher, Lars (Hrsg.); Habighorst, Oliver (Hrsg.); Schulte, Christian (Hrsg.)

Umwandlungsrecht, 2. Auflage, 2019

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte Umwandlungsrecht].

Burandt, Wolfgang (Hrsg.); Rojahn, Dieter (Hrsg.)

Beck'sche Kurz-Kommentare Erbrecht, 3. Auflage, 2019

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Burandt/Rojahn].

Canaris, Claus-Wilhelm

Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 273-364.

Cziupka, Johannes; Hübner, Leonhard

Beschaffenheitsinformationen und Beschaffenheitsvereinbarungen beim Grundstückskaufvertrag, DNotZ 2016, S. 323-343.

Dehler, Thomas

Zur Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 1960, S. 727-730.

Dehn, Wilma

Zur Form des Schuldbeitritts zu einem Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB, WM 1993, S. 2115-2118.

Denga, Michael

Gemengelage privaten Datenrechts, NJW 2018, S. 1371-1376.

Determann, Lothar

Gegen Eigentumsrecht an Daten – Warum Gedanken und andere Informationen frei sind und es bleiben sollten, ZD 2018, S. 503-508.

Di Fabio, Udo

Form und Freiheit, DNotZ 2006, S. 342-350.

Djeffal, Christian

IT-Sicherheit 3.0: Der neue IT-Grundsatz – Grundlagen und Neuerungen unter Berücksichtigung des Internets der Dinge und Künstlicher Intelligenz, MMR 2019, S. 289-294.

Döge, Melanie

Gesellschaftsrecht: Company Law Package – Finaler Text nun verfügbar, EuZW 2019, S. 395.

Drescher, Ingo (Hrsg.); Fleischer, Holger (Hrsg.); Schmidt, Karsten (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch:

- Band 1: §§ 1-104a HGB, 5. Auflage, 2021
- Band 5: §§ 343-406 HGB, CISG, 5. Auflage, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo HGB].

Driesen, Werner

Die „GmbH“ in den baltischen Staaten im Überblick. Estland – Lettland – Litauen, GmbHR 2003, S. 342-346.

Drygala, Tim; Grobe, Tony

Die geplante Regelung der Onlinegründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung – die Hälfte einer halben Lösung, GmbHR 2020, S. 985-991.

Dzida, Boris; Granetzny, Thomas

Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, S. 1201-1207.

Eichenhofer, Johannes

Rechtswissenschaftliche Perspektiven auf Privatheit, in: Behrendt, Hauke (Hrsg.); Loh, Wulf (Hrsg.); Matzner, Tobias (Hrsg.); Misselhorn, Catrin (Hrsg.), Privatsphäre 4.0 – Eine Neuverortung des Privaten im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 155-175.

Eickelberg, Jan

SUP, EGVP, ePerso und XML – Die schöne neue (digitale) Welt der GmbH-Gründung, NZG 2015, S. 81-86.

Eidenmüller, Horst

Liberaler Paternalismus, JZ 2011, S. 814-821.

Einsele, Dorothee

Formerfordernisse bei mehraktiven Rechtsgeschäften, DNotZ 1996, S. 835-866.

Ensthaler, Jürgen

Industrie 4.0 und die Berechtigung an Daten, NJW 2016, S. 3473-3478.

Erkis, Gülsen (Hrsg.); Thonemann-Micker, Susanne (Hrsg.)

BeckOK ErbStG, 12. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK ErbStG].

Fastrich, Lorenz

Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, S. 656-663.

Fisch, Markus

Die elektronische Signatur in Theorie und Praxis, ZIP 2019, S. 1901-1905.

Fleischer, Holger (Hrsg.); Goette, Wulf (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum GmbHG:

- Band 1: §§ 1-34 GmbHG, 3. Auflage, 2018
- Band 2: §§ 35-52 GmbHG, 3. Auflage, 2019
- Band 3: §§ 53-88 GmbHG, 3. Auflage, 2018

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo GmbHG].

Fleischer, Holger; Wansleben, Till

Die GmbH & Co. KG als kautelarjuristische Erfolgsgeschichte, GmbHR 2017, S. 169-180.

Freier, Sophie

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) – Überblick über die Änderungen für die notarielle Praxis, NotBZ 2021, S. 161-166.

Ganter, Hans Gerhard

Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz, DNotZ 2004, S. 421-437.

Gersdorf, Hubertus (Hrsg.); Paal, Boris P. (Hrsg.)

BeckOK Informations- und Medienrecht, 32. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht].

Goette, Wulf (Hrsg.); Habersack, Mathias (Hrsg.); Kalss, Susanne (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz:

- Band 1: §§ 1-75 AktG, 5. Auflage, 2019
- Band 2: §§ 76-117 AktG, MitbestG, DrittelbG, 5. Auflage, 2019
- Band 3: §§ 118-178 AktG, 4. Auflage, 2018

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo AktG].

Gola, Peter (Hrsg.)

Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 Kommentar, 2. Auflage, 2018

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gola DSGVO].

Gola, Peter; Klug, Christoph

Die Entwicklung des Datenschutzrechts, NJW 2020, S. 2774-2778.

Görk, Stefan (Hrsg.)

BeckOK BNotO mit DONot und RLEmBNotK, 5. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK BNotO].

Groeben (Hrsg.), Hans von der; Schwarze, Jürgen (Hrsg.); Hatje, Armin (Hrsg.)

Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje].

Grossfeld, Bernhard; Bendt, Joachim

Die Übertragung von deutschen GmbH-Anteilen im Ausland, RIW 1996, S. 625-632.

Habersack, Mathias

Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, S. 539-568.

Habersack, Mathias (Hrsg.); Casper, Matthias (Hrsg.); Löbbe, Marc (Hrsg.)

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, Band I: Einleitung; §§ 1-28, 3. Auflage, 2019

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Habersack/Casper/Löbbe GmbHG].

Hagen, Horst

Die Form als „Schwester der Freiheit“, DNotZ 2010, S. 644-655.

Hagen, Horst

Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Bengel, Manfred (Hrsg.); Limmer, Peter (Hrsg.); Reimann, Wolfgang (Hrsg.); Deutsche Notarrechtliche Vereinigung, Festschrift für Rainer Kanzleiter zum 70. Geburtstag, 2010, S. 185-194.

Hähnchen, Susanne

Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, NJW 2001, S. 2831-2834.

Hahne, Meo-Micaela (Hrsg.); Schlögel, Jürgen (Hrsg.); Schlünder, Rolf (Hrsg.)

BeckOK FamFG, 39. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK FamFG].

Halder, Johannes

Online-Gründungen und Online-Einreichungen von Unterlagen nach dem Company Law Package sowie deren Umsetzung in deutsches Recht, NJOZ 2020, S. 1505-1513.

Harke, Jan Dirk

Formzweck und Heilungsziel, WM 2004, Heft 8, S. 357-362.

Häsemeyer, Ludwig

Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, S. 1-9.

Häsemeyer, Ludwig

Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971 (zugleich Habilitationsschrift, Göttingen).

Hau, Wolfgang (Hrsg.); Poseck, Roman (Hrsg.)

BeckOK BGB, 58. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB].

Häublein, Martin (Hrsg.); Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.)

BeckOK HGB, 33. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK HGB].

Hecht, Johannes

Notariat 4.0 und Blockchain-Technologie, MittBayNot 2020, S. 314-323.

Hecht, Judith

Tückische digitale GmbH-Gründung, Die Presse 2019/03/08.

Heidel, Thomas (Hrsg.); Hüßtege, Rainer (Hrsg.); Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.); Noack, Ulrich (Hrsg.)

Nomos Kommentar BGB Allgemeiner Teil/EGBGB, Band 1, 4. Auflage, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB].

Heidenhain, Martin

Nochmals: Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, S. 2113-2114.

Heidenhain, Martin

Zum Umfang der notariellen Beurkundung bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen, NJW 1999, S. 3073-3077.

Heldrich, Karl

Die Form des Vertrages, AcP 147 (1941), S. 89-129.

Hennrichs, Joachim (Hrsg.); Kleindiek, Detlef (Hrsg.); Watrin, Christoph (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2: §§ 238-342e HGB, 1. Auflage, 2013

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo Bilanzrecht].

Henssler, Martin

Personengesellschaften mit beschränkter Haftung – Reformbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten, in: Boele-Woelki, Katharina (Hrsg.); Faust, Florian (Hrsg.); Jacobs, Matthias (Hrsg.); Kuntz, Thilo (Hrsg.); Röthel, Anne (Hrsg.); Thorn, Karsten (Hrsg.); Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band 1, 2019, S. 449-465.

Henssler, Martin (GesamtHrsg.); Spindler, Gerald (Hrsg.); Stilz, Eberhard (Hrsg.)

beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, Stand: 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK AktG].

Herb, Anja; Merkelbach, Matthias

Die virtuelle Hauptversammlung 2020 – Vorbereitung, Durchführung und rechtliche Gestaltungsoptionen, DStR 2020, S. 811-817.

Hoeren, Thomas

Datenbesitz statt Dateneigentum – Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, S. 5-8.

Hoeren, Thomas (Hrsg.); Sieber, Ulrich (Hrsg.); Holznagel, Bernd (Hrsg.)

Handbuch Multimedia-Recht, 56. Ergänzungslieferung, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel Multimedia-Recht].

Hofmeister, Herbert

Rechtssicherheit und Verbraucherschutz – Form im nationalen und europäischen Recht – 2. Referat, DNotZ 1993, Heft 13 zum 24. Deutschen Notartag, S. 32*-49*.

Holler, Lorenz

Zur Familien-KG – Bedarf es eines Sonderrechts für Familienpersonengesellschaften?, BB 2012, S. 719-721.

Hügel, Stefan (Hrsg.)

BeckOK GBO, 43. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GBO].

Jhering, Rudolf von

Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Band 2, 1858, abrufbar unter: http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/jhering_recht0202_1858?p=212 (zuletzt abgerufen am 09. August 2021)

[zitiert als: *Jhering*, Geist des römischen Rechts].

Joecks, Wolfgang (Hrsg.); Miebach, Klaus (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum StGB:

- Band 4: §§ 185-262 StGB, 4. Auflage, 2021
- Band 5: §§ 263-358 StGB, 3. Auflage, 2019

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo StGB].

Joussen, Jacob

Der Vertrauensschutz im fehlerhaften Arbeitsverhältnis, NZA 2006, S. 963-967.

Kalss, Susanne; Hollaus, Melanie

Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – ein weitreichender Schritt durch das Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Gesetz, GesRZ 2020, S. 84-98.

Kalss, Susanne; Nicolussi, Julia

Digitalisierung im Unternehmensrecht – Verbindung von alter und neuer Welt, EuZW 2020, S. 41-42.

Kanzleiter, Rainer

Bedarf die Verpflichtung zur Genehmigung eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Beurkundung, in: Brambring, Günter (Hrsg.); Medicus, Dieter (Hrsg.); Vogt, Max (Hrsg.), Festschrift für Horst Hagen zum 65. Geburtstag, 1999, S. 309-319.

Kanzleiter, Rainer

Das Vorlesen der Niederschrift, DNotZ 1997, S. 261-269.

Kanzleiter, Rainer

Der Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit bei verbundenen Rechtsgeschäften, DNotZ 1994, S. 275-284.

Kanzleiter, Rainer

Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, S. 2105-2113.

Kaufhold, Sylvia

Verbraucherschutz durch europäisches Vertragsrecht – materielle und institutionelle Bezüge zur notariellen Praxis, DNotZ 1998, S. 254-273.

Keim, Christopher

Streitverhütung, Streitregelung – die Rolle des Notars, MittBayNot 1994, S. 2-9.

Kelber, Ulrich

"Alle meine Daten" – der Abschlussbericht der Datenethikkommission – Forderung nach einem starken Datenschutz im digitalen Zeitalter, ZD 2020, S. 73-76.

Keller, Tobias; Schümmer, Kevin

Digitale GmbH-Gründung, NZG 2021, S. 573-578.

Kielmansegg, Sebastian

Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, S. 23-29.

Kienzle, Philipp

Die Videobeurkundung nach dem DiRUG, DNotZ 2021, S. 590-607.

Kindler, Peter

Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie auf der Zielgeraden, DB 2021, S. M4-M6.

Kindler, Peter; Jobst, Simon

Die Online-Gründung nach dem Company Law Package – Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht, DB 2019, S. 1550-1555.

Kleine-Cosack, Michael

Vom Amt des Notars zum freien Beruf – Grundrechtsdefizite im notariellen Berufsrecht, DNotZ 2004, S. 327-334.

Knaier, Ralf

Die Digitalisierung des deutschen Gesellschaftsrechts durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierung-RL im Gesellschaftsrecht und Handelsregisterrecht (RefE-DiRUG), GmbHR 2021, S. 169-182.

Knaier, Ralf

Eine Rechtsformvariante bewegt Europa – 10 Jahre Unternehmergesellschaft in Deutschland und der EU, GmbHR 2018, S. 1181-1189.

Knaier, Ralf; Pfleger, Jochen

Bericht über die Diskussion, ZGR 2017, S. 583-589.

Kornblum, Udo

Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2021), GmbHR 2021, S. 681-692.

Kornmeier, Udo; Baranowski, Anne

Das Eigentum an Daten – Zugang statt Zuordnung, BB 2019, S. 1219-1225.

Krafka, Alexander

Der Umgang des Notars mit aktuellen Rechtsentwicklungen, DNotZ 2002, S. 677-693.

Kühling, Jürgen; Sackmann, Florian

Irrweg "Dateneigentum" – Neue Großkonzepte als Hemmnis für die Nutzung und Kommerzialisierung von Daten, ZD 2020, S. 24-30.

Kußmaul, Heinz; Schwarz, Christian

Rechtsform und Besteuerung – Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften: Laufende Besteuerung, StB 2012, S. 385-392.

Lieder, Jan

Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts, NZG 2020, S. 81-92.

Lieder, Jan

Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts – Online-Gründung, Online-Einreichung, Online-Zweigniederlassung, NZG 2018, S. 1081-1091.

Lieder, Jan

Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, S. 34-37.

Lieder, Jan

Unternehmensrechtliche Implikationen der Corona-Gesetzgebung, ZIP 2020, S. 837-851.

Limmer, Peter

Beurkundungsrecht im digitalen Zeitalter, DNotZ 2020, S. 419-425.

Limmer, Peter

Der Notar und sein Amt – Replik zu Kleine-Cosack, DNotZ 2004, S. 334-339.

Linke, Christian

Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), NZG 2021, S. 309-315.

Löwer, Wolfgang

Der Notar im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Amt und freiem Beruf – Aktuelle Probleme -, MittRhNotK 1998, S. 310-315.

Lüdicke, Jochen (Hrsg.); Sistermann, Christian (Hrsg.)

Unternehmensteuerrecht, 2. Auflage, 2018

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lüdicke/Sistermann Unternehmensteuerrecht].

Luy, Theo

Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, NJW 2019, S. 1905-1910.

Maier-Reimer, Georg

Die Form verbundener Verträge, NJW 2004, S. 3741-3745.

Malek, Paul; Schütz, Camilla

Cyberversicherung: Rechtliche und praktische Herausforderungen, r+s 2019, S. 421-429.

Malzer, Hans Michael

Die öffentliche Beglaubigung – Wesen, Funktion, Bedeutung und Perspektive einer zivilrechtlichen Formvorschrift –, DNotZ 2000, S. 169-184.

Malzer, Hans Michael

Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz, DNotZ 2006, S. 9-32.

Malzer, Hans Michael

Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, DNotZ 1998, S. 96-121.

Mankowski, Peter

Formzwecke, JZ 2010, S. 662-668.

Martens, Sebastian

Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum „Mauracher Entwurf“, AcP 221 (2021), S. 68-107.

Masing, Johannes

Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, S. 2305-2311.

Maultzsch, Felix

Die "fehlerhafte Gesellschaft": Rechtsnatur und Minderjährigenschutz, JuS 2003, S. 544-551.

Maunz, Theodor (Begr.); Dürig, Günter (Begr.); Herzog, Roman (Hrsg.); Scholz, Rupert (Hrsg.); Herdegen, Matthias (Hrsg.); Klein, Hans H. (Hrsg.)

Grundgesetz Kommentar, Band I (Art. 1-5), Stand: 94. Ergänzungslieferung, Januar 2021 [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig GG].

Medicus, Dieter; Petersen, Jens

Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, 2016
[zitiert als: *Medicus/Petersen*, BGB AT].

Mertens, Bernd

Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB, JZ 2004, S. 431-439.

Mugdan, Benno (Hrsg.)

Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899.

Mugdan, Benno (Hrsg.)

Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,
2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Mülbert, Peter

Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), S. 38-103.

Müller, Klaus J.

Auslandsbeurkundung von Abtretungen deutscher GmbH-Geschäftsanteile in der Schweiz,
NJW 2014, S. 1994-1999.

Müller-Engels, Gabriele (Hrsg.)

beck-online.GROSSKOMMENTAR BeurkG, Stand: 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BeurkG].

Musielak, Hans-Joachim

Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, JuS 2017, S. 949-954.

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.); Voit, Wolfgang (Hrsg.)

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 18. Auflage, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO].

Neuner, Jörg (Verfasser); Larenz, Karl (Begr.)

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, 2020

[zitiert als: *Neuner*, BGB AT].

Nobbe, Gerd; Kirchhof, Hans-Peter

Bürgschaften und Mithaftungsübernahmen finanziell überforderter Personen, BKR 2001,
S. 5-15.

Oetker, Hartmut (Hrsg.)

Handelsgesetzbuch Kommentar, 7. Auflage, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Oetker HGB].

Omlor, Sebastian

Digitalisierung im EU-Gesellschaftsrechtspaket: Online-Gründung und Registerführung
im Fokus, DStR 2019, S. 2544-2549.

Palandt, Otto (Begr.)

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 80. Auflage, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Palandt].

Petersen, Jens

Die Form des Rechtsgeschäfts, Jura 2005, S. 168-170.

Plaikner, Dietmar

Das Image der Notare in der Öffentlichkeit, MittBayNot 2002, S. 485-488.

Plenk, Valentin; Ficker, Frank

Industrie 4.0, in: Wolff, Dietmar (Hrsg.); Göbel, Richard (Hrsg.), Digitalisierung – Segen oder Fluch?, 2018, S. 29-54.

Plewe, Lutz-Ingo

Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts, 2003 (zugleich Dissertation, Bonn).

Preuß, Nicola

Der Notar als Außenstelle der Justiz – Erfüllung staatlicher Rechtspflegeaufgaben durch externe Funktionsträger, DNotZ 2008, S. 258-277.

Preuß, Nicola

Kampf der Kulturen – Die Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege im reformierten GmbH-Recht – RNotZ 2009, S. 529-536.

Raiser, Thomas

Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994), S. 495-520.

Randenborgh, Wolfgang van; Kallmeyer, Harald

Pro und Contra: Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Rechtsgeschäfte durch ausländische Notare, GmbHR 1996, S. 908-911.

Rauscher, Thomas (Hrsg.); Krüger, Wolfgang (Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: §§ 355-945b, 6. Auflage, 2020

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo ZPO].

Rauter, Roman Alexander

Elektronische Kommunikation bei Errichtung einer GmbH, JAP 2018/2019/11, S. 106-107.

Regenfus, Thomas

Gesetzliche Schriftformerfordernisse – Auswirkungen des Normzwecks auf die tatbestandlichen Anforderungen (Teil 1), JA 2008, S. 161-165.

Reul, Adolf

Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, DNotZ 2007, S. 184-210.

Richardi, Reinhard

Formzwang im Arbeitsverhältnis, NZA 2001, S. 57-63.

Richardi, Reinhard; Annuß, Georg

Der neue § 623 BGB – Eine Falle im Arbeitsrecht? –, NJW 2000, S. 1231-1235.

Ritter, Thomas

Auslegungsbedürftigkeit von Urkunden und Notarhaftung, NJW 2004, S. 2137-2139.

Robertson, Viktoria H.S.E.

Vereinfachte GmbH-Gründung, quo vadis? Impulse für eine Neuausrichtung der vereinfachten, digitalen Gründung, ecolex 2021/235, S. 328-330.

Röder, Erik

Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung: Eine Lücke im deutschen Gesellschaftsrecht, ZHR 184 (2020), S. 457-506.

Roßnagel, Alexander

Das neue Recht elektronischer Signaturen – Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO, NJW 2001, S. 1817-1826.

Roßnagel, Alexander (Hrsg.)

Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, 2013

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Roßnagel Telemediendienste].

Roßnagel, Alexander; Fischer-Dieskau, Stefanie

Elektronische Dokumente als Beweismittel - Neufassung der Beweisregelungen durch das Justizkommunikationsgesetz, NJW 2006, S. 806-808.

Rowedder, Heinz (Begr.); Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.)

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 6. Auflage, 2017

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG].

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.); Rixecker, Roland (Hrsg.); Oetker, Hartmut (Hrsg.); Limperg, Bettina (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

- Band 1: §§ 1-240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, 2018
- Band 3: §§ 311-432 BGB, 8. Auflage, 2019
- Band 4: §§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Auflage, 2019
- Band 5: §§ 535-630h BGB, BetrKV, HeiskostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 8. Auflage, 2020
- Band 7: §§ 705-852 BGB, PartGG, ProdHaftG, 8. Auflage, 2020
- Band 8: §§ 854-1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 8. Auflage, 2020
- Band 9: §§ 1297-1588 BGB, GewSchG, VersAusglG, LPartG, 8. Auflage, 2019
- Band 10: §§ 1589-1921 BGB, SGB VIII, 8. Auflage, 2020
- Band 11: §§ 1922-2385 BGB, §§ 27-35 BeurkG, 8. Auflage, 2020

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB].

Sattler, Andreas

Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht, BB 2018, S. 2243-2253.

Schippel, Helmut

Die elektronische Form, in: Böttcher, Reinhard (Hrsg.); Hueck, Götz (Hrsg.); Jähne, Burkhard (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 657-668.

Schliesky, Utz

Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat, NVwZ 2019, S. 693-701.

Schmidt, Jessica

Coming soon: „Company Law Package Part 2 – Implementation“, EuZW 2019, S. 801-802.

Schmidt, Jessica

DiRUG – Auf dem Weg in ein digitale(re)s Gesellschafts- und Registerrecht, NZG 2021, S. 849-850.

Schmidt, Jessica

DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, S. 112-123.

Schmidt, Karsten

Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2002.

Schmidt, Karsten (Hrsg.)

Beck'sche Kurz-Kommentare Insolvenzordnung InsO mit EuInsVO, 19. Auflage, 2016
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Karsten Schmidt InsO].

Schmidt-Versteyl, Sarah

Cyber Risks – neuer Brennpunkt Managerhaftung?, NJW 2019, S. 1637-1642.

Schmiech, Chris

Der Weg zur Industrie 4.0 für den Mittelstand, in: Wolff, Dietmar (Hrsg.); Göbel, Richard (Hrsg.), Digitalisierung – Segen oder Fluch?, 2018, S. 1-28.

Schulteis, Thomas

Das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Regierungsentwurf zum Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG, GWR 2021, S. 112-119.

Schulze, Reiner (Schriftleitung)

Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage, 2019
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schulze BGB].

Schurr, Francesco A.

Digitalisierung im Gesellschaftsrecht in der EU: Quo vadis?, EuZW 2019, S. 772-779.

Sein, Katrin

Estland – ein Versuchsfeld für das Europäische Privatrecht?, GPR 2013, S. 13-24.

Sieber, Stefanie; Nöding, Toralf

Die Reform der elektronischen Unterschrift, ZUM 2001, S. 199-210.

Simitis, Spiros (Hrsg.); Hornung, Gerrit (Hrsg.); Spiecker genannt Döhmann, Indra (Hrsg.)

Datenschutzrecht, 1. Auflage, 2019
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Simitis/Hornung/Spiecker].

Spindler, Gerald

Gesellschaftsrecht und Digitalisierung, ZGR 2018, S. 17-55.

Spindler, Gerald

Zukunft der Digitalisierung – Datenwirtschaft in der Unternehmenspraxis, DB 2018, S. 41-50.

Staudinger, Julius von (Begr.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 125-129; BeurkG, 2017

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger §§ 125-129; BeurkG].

Staudinger, Julius von (Begr.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a-c (Vertragsschluss), 2018

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger §§ 311-311c].

Staudinger, Julius von (Begr.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 779-811, 2015

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger §§ 779-811].

Steinbeck, Anja

Die neuen Formvorschriften im BGB, DStR 2003, S. 644-650.

Stelmaszczyk, Peter

Digitalisierung mit Augenmaß: Die Online-Gründung der GmbH kommt, EuZW 2021, S. 513-514.

Stelmaszczyk, Peter; Kienzle, Philipp

GmbH digital – Online-Gründung und Online-Verfahren für Registeranmeldungen nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum DiRUG, ZIP 2021, S. 765-776.

Stender-Vorwachs, Jutta; Steege, Hans

Wem gehören unsere Daten? Zivilrechtliche Analyse zur Notwendigkeit eines dinglichen Eigentums an Daten, der Datenzuordnung und des Datenzugangs, NJOZ 2018, S. 1361-1367.

Stengel, Oliver

Die Ökologische Frage im Digitalzeitalter: Zukunft der Natur, in: Stengel, Oliver (Hrsg.); van Looy, Alexander (Hrsg.); Wallaschkowski, Stephan (Hrsg.), Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 2017, S. 193-222.

Stengel, Oliver

Die Stadt im Digitalzeitalter, in: Stengel, Oliver (Hrsg.); van Looy, Alexander (Hrsg.); Wallaschkowski, Stephan (Hrsg.), Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 2017, S. 223-238.

Stengel, Oliver

Zeitalter und Revolutionen, in: Stengel, Oliver (Hrsg.); van Looy, Alexander (Hrsg.); Wallaschkowski, Stephan (Hrsg.), Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 2017, S. 17-50.

Stengel, Oliver; van Looy, Alexander; Wallaschkowski, Stephan

Einleitung, in: Stengel, Oliver (Hrsg.); van Looy, Alexander (Hrsg.); Wallaschkowski, Stephan (Hrsg.), Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 2017, S. 1-16.

Stengel, Oliver; van Looy, Alexander; Wallaschkowski, Stephan

Schluss, in: Stengel, Oliver (Hrsg.); van Looy, Alexander (Hrsg.); Wallaschkowski, Stephan (Hrsg.), Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft, 2017, S. 239-249.

Stiegler, Sascha

Erwacht die qualifizierte elektronische Signatur aus dem Dornröschenschlaf, BB 2021, Heft 13-14, Umschlagteil, S. I.

Stöger, Karl

Elektronischer Notariatsakt und Territorialitätsprinzip, NZ 2019/2, S. 10-15.

Straube, Manfred (Hrsg.); Ratka, Thomas (Hrsg.); Rauter, Roman Alexander (Hrsg.)

Wiener Kommentar zum GmbHG-Gesetz, 125. Lieferung, Stand: 20. Oktober 2020
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Wiener Kommentar GmbHG].

Streinz, Rudolf (Hrsg.)

Beck'sche Kurz-Kommentare EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Streinz EUV/AEUV].

Stürner, Rolf (Hrsg.)

Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und Eu-ErbVO, 18. Auflage, 2021
[zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jauernig BGB].

Stürner, Rolf (Hrsg.); Eidenmüller, Horst (Hrsg.); Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: Band 1: §§ 1-79 InsO, InsVV, 4. Auflage, 2019

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo InsO].

Teichmann, Christoph

Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften, GmbHR 2018, S. 1-15.

Teichmann, Christoph

Die GmbH im europäischen Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2017, S. 543-582.

Teichmann, Christoph

Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2018, S. 2451-2462.

Teichmann, Christoph

Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, S. 241-248.

Teichmann, Christoph; Götz, Andreas

Metamorphosen des Europäischen Gesellschaftsrechts: SUP, Company Law Package und SPE 2.0, ZEuP 2019, S. 260-286.

Teichmann, Christoph; Knaier, Ralf

Die deutsche Unternehmergesellschaft als Alternative für österreichische Gründer, GesRZ 2014, S. 285-294.

Terner, Paul

Verbraucherschutz durch Notare, NJW 2013, S. 1404-1407.

Thiel, Sandra; Nazari-Khanachayi, Arian

Digitalisierung aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive, RDt 2021, S. 134-142.

Thorhauer, Yvonne

Vorwort, in: Thorhauer, Yvonne (Hrsg.); Kexel, Christoph A. (Hrsg.), Facetten der Digitalisierung, 2020, S. 1-5.

Timm, Wolfram

Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 3209-3218.

Timm, Wolfram

Einige Zweifelsfragen zum neuen Umwandlungsrecht, ZGR 1996, S. 247-271.

Tribess, Alexander; Spitz, Marc René

Datenschutz im M&A Prozess, GWR 2019, S. 261-265.

Triebel, Volker; Otte, Sabine

20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen?, ZIP 2006, S. 311-316.

Ulmer, Peter

Die große, generationsübergreifende Familien-KG als besonderer Gesellschaftstyp, ZIP 2010, S. 549-558.

Vielmeier, Stephan

Ein Relikt aus einer längst vergangenen Zeit: das Schriftformerfordernis des § 623 BGB (§ 623 BGB), DB 2018, S. 3051-3056.

Vilgertshofer, Fabian

Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel, MittBayNot 2019, S. 529-532.

Wachter, Thomas

Digitalisierung des GmbH-Rechts in Österreich – Vorbild auch für Deutschland?, GmbHR 2019, S. R68-R70.

Wachter, Thomas

Neues zum Europäischen Gesellschaftsrecht: Digitalisierung im GmbH-Recht (I), GmbH-StB 2018, S. 214-227.

Wagner, Gerhard

Aufgabenübertragung auf Notare – Kosten und Nutzen, RNotZ 2010, S. 316-326.

Wagner, Herbert

Zum Schutzzweck des Beurkundungszwangs gemäß § 313 BGB, AcP 172 (1972), S. 452-473.

Wagner, Jens

Legal Tech und die Transformation des Rechtswesens, notar Heft 3/2021, S. 89-93.

Wais, Hannes

Zentrale Form- und Heilungsvorschriften des BGB im Überblick, JuS 2020, S. 7-12.

Walz, Robert; Fembacher, Tobias

Zweck und Umfang der Beurkundung nach § 15 GmbHG, NZG 2003, S. 1134-1143.

Wälzholz, Eckhard; Bayer, Julia

Auswirkungen des „Corona-Gesetzes“ auf die notarielle Praxis, DNotZ 2020, S. 285-309.

Weber, Beatrix

Datenschutz 4.0, in: Wolff, Dietmar (Hrsg.); Göbel, Richard (Hrsg.), Digitalisierung – Segen oder Fluch?, 2018, S. 101-124.

Wente, Jürgen

Informationelles Selbstbestimmungsrecht und absolute Drittwirkung der Grundrechte, NJW 1984, S. 1446-1447.

Westermann, Harm Peter

Zur „Handelsgesellschaft auf Einlagen“, ZRP 1972, S. 93-98.

Wicke, Hartmut

Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im GmbH-Recht, ZIP 2006, S. 977-982.

Wicke, Hartmut

Die virtuelle Hauptversammlung während der Corona-Pandemie – aktienrechtlicher Ausnahmezustand, DStR 2020, S. 885-889.

Wilke, Malte

Der strafrechtliche Schutz von Daten vor Konkurrenzausspähung und Wirtschaftsspionage, NZWiSt 2019, S. 168-174.

Wolf, Peter

Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa – Entwicklungslinien der Niederlassungsfreiheit zwischen Vale, Brexit und Digitalisierung, MittBayNot 2018, S. 510-525.

Wolff, Dietmar; Göbel, Richard

Vorwort, in: Wolff, Dietmar (Hrsg.); Göbel, Richard (Hrsg.), Digitalisierung – Segen oder Fluch?, 2018, S. V-IX.

Wolfsteiner, Hans

Rechtssicherheit und Verbraucherschutz – Form im nationalen und europäischen Recht – 1.Referat, DNotZ 1993, Heft 13 zum 24. Deutschen Notartag, S. 21*-32*.

Zib, Christian

Elektronische Beurkundung nach Corona, NZ 2020/104, S. 361-364.

Ziemons, Hildegard (Hrsg.); Jaeger, Carsten (Hrsg.); Pöschke, Moritz (Hrsg.)

BeckOK GmbHG, 48. Edition, 2021

[zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GmbHG].

Zöllner, Wolfgang

Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), S. 1-36.