

Digitalisierung im Notariat

I. Die Entwicklung

1. 1997 wurde das erste Signaturgesetz in Deutschland erlassen. Europa zog bald nach und verabschiedete die Signatur-Richtlinie, die später durch die eIDAS-VO 2014 (Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste) ersetzt wurde, und die E-Commerce-Richtlinie. Eines der Kernstücke der Umsetzung ist § 126a BGB, der die elektronische Form regelt. Obwohl die Norm in der Praxis keine große Rolle spielt, werden angesichts ihrer Regelung eine Reihe von Problemen erörtert, die in anderen Vorschriften Bedeutung haben. Die mangelnde Bedeutung von § 126a BGB beruht vor allem darauf, dass die Norm nach Art. 24 eIDAS aus Sicherheitsgründen eine qualifizierte elektronische Signatur voraussetzt, deren Generierung einen Aufwand erfordert, den die Praxis ganz offensichtlich scheut.¹ Das prozessuale Gegenstück ist § 371a ZPO.
2. 2019 wurde die Digitalisierungsrichtlinie (EU) erlassen.²
3. Einen gewaltigen Schub erhielt die Möglichkeit der Digitalisierung durch die Krise infolge der COVID-19-Pandemie, die Treffen in Präsenz wegen der staatlichen Maßnahmen unmöglich machte oder doch erheblich erschwerte. In Art. 2 COVMG wurden Sonderregelungen vorwiegend für das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der Wohnungseigentümergeinschaften erlassen.
4. Am 31. 8. 2022 fielen diese Möglichkeiten weg. Der Gesetzgeber hat jedoch die Möglichkeit der virtuellen Versammlung in die jeweiligen Spezialgesetze übernommen. An erster Stelle stehen die §§ 16a – 16e BeurkG; auf sie wird etwa in § 2 Abs. 3 GmbHG verwiesen. Die virtuelle Hauptversammlung in der AG ist in § 118a AktG, die virtuelle Gesellschafterversammlung in der GmbH in § 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG geregelt. Das Vereinsrecht und das Wohnungseigentümergebot (WEG) kennen nach § 32 Abs. 2 S. 2 BGB und § 23 Abs. 1 S. 2 WEG die Mitgliederversammlung im Wege der elektronischen Kommunikation.
5. Es gibt seit kurzem einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Einführung einer elektronischen Präsenzbeurkundung.³ Er will in § 129 Abs. 3 BGB das digitale Dokument

¹ Staudinger/Hertel, BGB, 2023 § 126a Rn. 50.

² RL (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6 2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186/80 mit Wirkung ab 31. 7. 2019.

³ Entwurf vom 23. 2. 2024. Er soll der Erreichung der Ziele der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 25. 9. 2015 dienen, namentlich des Nachhaltigkeitsziels 16 der UN-Agenda 2030.

als öffentlich beglaubigte Erklärung anerkennen, wenn die Namensunterschrift u. a. in einer notariell beglaubigten eigenhändigen Namensunterschrift versehen ist. Ferner soll im Beurkundungsgesetz in § 13a die Möglichkeit einer elektronischen Niederschrift eröffnet werden.

II. Beispielhafte Regelungen

1. §§ 126a BGB, 371a ZPO
 - a. Was die Funktion des Erfordernisses der Schriftform angeht, so sieht schon der Gesetzgeber selbst einen Unterschied in der Warnfunktion.⁴ Er hat daraus in § 766 S. 2 BGB für die Bürgschaft, in § 780 S. 2 BGB für das abstrakte Schuldversprechen und in § 781 S. 2 BGB die Konsequenz gezogen. Die Erteilung einer Bürgschaft in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Die Vorschrift bestimmt damit etwas „anderes“ im Sinne des § 126 Abs. 3 BGB. Diese Ausnahmen sind durch Art. 9 Abs. 2 lit. c der E-Commerce-Richtlinie ausdrücklich zugelassen.⁵
 - b. An sich läge es nahe, für die notarielle Beurkundung etwa eines Kaufvertrags über ein Grundstück den Erst-recht-Schluss zu ziehen. Doch ist die Problematik in den §§ 16a ff. BeurkG speziell geregelt; die dort vorgesehenen Sicherheitsvorkehrungen geben eine erhöhte Richtigkeitsgarantie.
 - c. Das prozessuale Gegenstück ist § 371a ZPO. Etwas unsystematisch ist in § 371a Abs. 3 ZPO die Beweiskraft geregelt; sie hätte ihren Platz eigentlich in den §§ 415 ff. ZPO.
2. §§ 16a – 16e BeurkG
 - a. § 2 Abs. 3 GmbHG sei als Beispiel genannt; die Norm nimmt ausdrücklich Bezug auf diese Normen. Die Rechtsgrundlage ist § 78p BNotO, auf den § 16a BeurkG verweist. Das Videokommunikationssystem muss sämtliche der dort genannten Voraussetzungen erfüllen. Namentlich ist nach § 78p Abs. 2 Nr. 2 BNotO in Verbindung mit § 16c S. 1 Halbs. 1, S. 2 BeurkG ein Lichtbild elektronisch zu übermitteln. Nach § 78p BNotO in Verbindung mit 16c S. 1 Nr. 1 BeurkG ist der elektronische Identitätsnachweis bzw. nach § 16c S. 1 Nr. 2 BeurkG das elektronische Identifizierungsmittel zu erbringen. Die Regelung ist abschließend;

⁴ BT-Drucks. 14/4987 S. 17 (Schriftform dürfte im Moment jedenfalls aus subjektiver Sicht einen größeren Schutz vor Übereilung gewährleisten); zustimmend das Schrifttum; z.B. MünchKomm-BGB/Einsele, Münchener Kommentar zu BGB, 9. Aufl. 2021, § 126a Rn. 26; Staudinger/Hertel § 126a Rn. 49.

⁵ Marly, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 12.

ein deutscher Reisepass genügt z. B. nicht, da er die elektronischen Funktionen nicht aufweist.⁶ Wenn der Betroffene dem Notar persönlich bekannt ist, ist die elektronische Übermittlung eines Lichtbildes nach § 16c S. 3 BeurkG nicht notwendig. Fehlen dagegen der Identitätsnachweis bzw. die genannten Identifizierungsmittel, steht das Verfahren der Online-Beurkundung nicht zur Verfügung.⁷ Das soll auch dann gelten, wenn der Betroffene dem Notar persönlich bekannt ist.⁸ Das ist eine merkwürdige Diskrepanz zum Normalfall des § 10 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BeurkG, der sich mit der Kenntnis des Notars von der Person der Beteiligten begnügt.⁹ Allerdings sind der Wortlaut und der Wille des Gesetzgebers so klar, dass sich eine Entscheidung gegen den Wortlaut verbietet, zumal die Konsequenzen wenig ins Gewicht fallen.

- b. Das Betreiben des Videokommunikationssystems nach § 78p BNotO hat hoheitlichen Charakter.¹⁰ Das ist deswegen eine Besonderheit, als nach der Konzeption des Gesetzes das Amt des Notars an die Person gebunden ist.¹¹ Die Aufgaben und die Verantwortung kann der Notar nicht übertragen.¹² Die Landesnotarkammern haben zwar nach § 67 Abs. 1 S. 2 BNotO für eine rechtmäßige und gewissenhafte Berufsausübung der Notare und Notarassessoren zu sorgen.¹³ Darauf ist die Landesnotarkammer aber beschränkt.¹⁴ Die Bundesnotarkammer hat nach § 78 Abs. 1 Nr. 10 BNotO zwar die Aufgabe, das Videokommunikationssystem zu betreiben. Das ist eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers,¹⁵ die auch durchaus vernünftig klingt, die jedoch eine entscheidende Frage offenlässt. Sollte es zu einem Fehler im System kommen, geht es um die Haftung. Eine direkte Verantwortlichkeit der Bundesnotarkammer scheidet aus, wenn und soweit es um eine primäre Vermögensbeeinträchtigung geht. Es verbleibt damit bei der Haftung des beurkundenden Notars nach § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO. Ein Pflichtverstoß und ein Verschulden der Bundesnotarkammer sind dem Notar zuzurechnen. Das folgt schon daraus, dass er die Beurkundung allein verantwortet. Nach dem Grundgedanken des § 278 BGB muss sich der Notar

⁶ BeckOGK BeurkG/Rachlitz, § 16c Rn 16.

⁷ BeckOGK BeurkG/Rachlitz, § 16c Rn. 17.

⁸ Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 19/28177 S. 122; BeckOGK BeurkG/Rachlitz, § 16c Rn. 17.

⁹ BeckOGK BeurkG/Bord, Stand 1. 1. 2024, § 10 Rn. 21.

¹⁰ BeckOK BNotO/Hushahn, Stand 1. 2. 2024, § 78p Rn 2.

¹¹ BeckOK BNotO/Eschwey, Stand 1. 2. 2024, § 1 Rn. 19.

¹² BeckOK BNotO/Eschwey, § 1 Rn. 20.

¹³ BeckOK BNotO/von Strahlendorff, Stand 1. 2. 2024, § 67 Rn. 3.

¹⁴ BeckOK BNotO/von Strahlendorff, § 67 Rn. 9.

¹⁵ BT-Drucks. 19/28177 S. 110.

das Verschulden seiner Hilfspersonen wie eigenes Verschulden zurechnen lassen.¹⁶ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schuldner, der den Vorteil der Arbeitsteilung in Anspruch nimmt, auch den Nachteil tragen soll, nämlich das Risiko, dass der an seiner Stelle handelnde Gehilfe schuldhaft rechtlich geschützte Interessen des Gläubigers verletzt.¹⁷ Dass der Notar sich des Systems bedienen muss,¹⁸ ändert daran nichts, jedenfalls solange eine Präsenzbeurkundung möglich ist.

- c. § 10 BNotO weist dem Notar einen Amtssitz zu; Grund ist die angemessene gleichmäßige Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen.¹⁹ Nach § 10a Abs. 1 S. 1 BNotO ist der Amtsbereich der Bezirk des Amtsgerichts, in dem der Notar seinen Amtssitz hat. § 10a Abs. 3 BNotO bringt eine Präzisierung für den Fall der Videokommunikation. Im Prinzip müssen die Klienten ihren Sitz im Amtsbereich des Notars haben.
- d. Das ist ein entscheidendes Argument für die Reichweite der Beurkundung mittels Videokommunikation. In § 10a Abs. 3 BNotO werden nur juristische Personen, rechtsfähige Personengesellschaften, Einzelkaufleute, bei ausländischen Beteiligten solche, die ihre Zweigniederlassung im Bezirk des Notars haben genannt. Dasselbe gilt für organschaftliche Vertreter und für Gesellschafter. Zweck ist auch hier, eine überregionale Konzentration von Urkundstätigkeiten mittels Videokommunikation bei einzelnen Notaren zu verhindern.²⁰ Es würde diesem Ziel diametral widersprechen, wenn die Beurkundung von Willenserklärungen von Einzelpersonen amtsbezirksübergreifend möglich wäre. Natürlich ließe sich eine Analogie in Betracht ziehen. Der Schluss, der Gesetzgeber habe mit § 10a Abs. 3 BeurkG eine abschließende Regelung konzipiert, liegt aber wesentlich näher. Beurkundungen etwa nach § 311b Abs. 1 BGB sind von der Videobeurkundung ausgenommen. Es besteht daher Einigkeit darüber, dass das Online-Verfahren für weitere Rechtsgebiete nicht eröffnet ist; dazu zählen etwa § 311b BGB – Kaufverträge über ein Grundstück -, § 925 BGB – Auflassungen -, § 1410 BGB – Eheverträge -, § 2033 BGB – Erbteilsübertragungen -, § 2232 BGB – notarielle Testamente -, § 2276 BGB – Erbverträge -, § 2348 BGB – Erbverzicht –

¹⁶ BGH NJW 1996, 464, 465; 2003, 578.

¹⁷ BGH NJW 1996, 464, 465.

¹⁸ BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16a Rn. 136.

¹⁹ BGH NJW 2004, 2974, 2975; BeckOK BNotO/Regler, Stand 1. 2. 2024, § 10 Rn. 4.

²⁰ BT-Drucks. 19/28117 S. 107; BeckOK BeurkG/Regler § 10a Rn. 36.

und § 2371 BGB – Erbschaftskaufvertrag.²¹ Ein Gutteil der notariellen Tätigkeit ist also nach wie vor nur im traditionellen Verfahren möglich.

- e. Besonders kompliziert ist die Vollmacht. Die Rechtsscheinwirkung etwa des § 172 BGB kann nur an eine Fassung aus Papier geknüpft werden. Da elektronische Dokumente beliebig vervielfältigt werden können, ist eine Rückgabe an den Auftragsgeber nicht möglich. Es fehlt dem elektronischen Dokument damit die Unikatsfunktion als Anknüpfungspunkt zur Legitimationswirkung des § 172 BGB.²² Daran ändert auch § 16d BeurkG nichts, da die Norm nur die Vorlage der Vollmachten durch die elektronische Form ersetzt. Umgekehrt sieht § 2 Abs. 3 S. 2 GmbHG die Möglichkeit der Erteilung einer Vollmacht im Rahmen der Errichtung einer GmbH nach den §§ 16a ff. BeurkG vor. Auf diesen Fall ist die Möglichkeit auch zu beschränken, will man nicht das System der §§ 170 ff. BGB sprengen.²³
- f. Nach § 16a Abs. 2 BeurkG soll der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn er Zweifel an der Rechtsfähigkeit eines Beteiligten hat. Bei Beteiligung deutscher Klienten ist der Fall schwer vorstellbar. Natürliche Personen sind nach § 1 BGB immer rechtsfähig. Auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist als Außengesellschaft nach § 705 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB rechtsfähig; § 705 Abs. 3 BGB stellt zudem eine unwiderlegliche Vermutung für die Rechtsfähigkeit auf.²⁴ Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die einen Notar bemüht, wird diese Voraussetzung stets erfüllen. Auch ausländische natürliche Personen haben nach Art. 6 AEMR (Allgemeine Erklärung der Menschenrechte)²⁵ den Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson. Es kann also allenfalls um ausländische Gesellschaften gehen; deren Rechtsfähigkeit kann hier nicht global abgehandelt werden.
- g. Dagegen zeigt § 16a Abs. 2 BeurkG im Gegensatz zum Präsenzverfahren einen signifikanten Unterschied, was die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten angeht. Hier genügen Zweifel, während nach § 11 Abs. 1 BeurkG dem Notar die Ablehnung der Beurkundung nur möglich ist, wenn nach seiner Überzeugung einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Der Notar muss die Beurkundung mittels Videokommunikation ablehnen; eine Präsenzbeurkundung

²¹ Böhlinger GmbH 2022, 1007 Rn. 15.

²² Kienzle DNotZ 2021, 600; Stelmasczyk/Kienzle ZIP 2021, 773.

²³ Armbrüster/Preuß/Gomille, BeurkG, im Erscheinen, § 16a Rn. 16.

²⁴ BeckOK BGB/Schöne, Stand 1. 1. 2024, § 705 Rn. 47.

²⁵ 10. 12. 1948, UN-Doc A/RES/217 A (III).

ist damit nicht ausgeschlossen.²⁶ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll der Notar gehalten sein, die Beurkundung gleichwohl vorzunehmen, wenn die Beteiligten das verlangen; das soll insbesondere in Betracht kommen, wenn der Notar zu der Überzeugung gelangt, auch im Präsenzverfahren würden sich Zweifel nicht ausräumen lassen.²⁷ Das ist in sich un schlüssig; die Unterschiede im Wortlaut des § 16a Abs. 2 BeurkG und des § 11 Abs. 1 S. 2 BeurkG werden damit eingeebnet. Die Sonderregelung des § 16a Abs. 2 BeurkG hat dann keinen Stellenwert mehr. Dass der Fall in der Praxis kaum auftreten werde,²⁸ löst den Widerspruch nicht. Die Hauptschwierigkeit im Rahmen des § 11 BeurkG besteht darin, dass der Notar sich ein Bild darüber machen muss, ob der Beteiligte geschäftsfähig ist.²⁹ Das ist schon bei einer Präsenzbeurkundung schwierig genug. Die Probleme nehmen bei einer Beurkundung im Wege der Videoschaltung zu, da der Eindruck über die Geschäftsfähigkeit noch schwerer zu gewinnen ist. Auf der anderen Seite darf der Notar nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO seine Tätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern, hat er doch eine entsprechende Amtspflicht.³⁰ Eine unberechtigte Ablehnung kann wegen eines Verstoßes gegen die Urkundsgewährungspflicht³¹ eine Haftung nach § 19 Abs. 1 BNotO auslösen. Allerdings kann der Notar vorbeugen, indem er es dem Betroffenen aufgibt, ein ärztliches Gutachten vorzulegen.

- h. § 16b Abs. 4 BeurkG beseitigt ein faktisches Hindernis, unter dem § 126a BGB leidet; die qualifizierte Unterschrift wird erstellt – wenn auch mit Hilfe der Bundesnotarkammer. Den Unterschied zwischen S. 3 und S. 4 hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen.³²
- i. Die Identifikation geschieht nach § 16c BeurkG durch elektronische Ausweise. Bleiben Zweifel, ist auch hier das Präsenzverfahren angezeigt.³³ Die Aufnahme von Zweifeln in die Urkunde³⁴ führt auch hier nicht weiter, da dann die Identität unklar bleibt und nicht klar ist, ob der Genannte die Erklärung abgegeben hat.

²⁶ BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16a Rn. 154.

²⁷ BT-Drucks. 19/28177 S. 117; dem folgend BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16a Rn. 155.

²⁸ BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16a Rn. 153; umgekehrt geht Meier BB 2022, 1737 von einer Überlegenheit der Präsenzbeurkundung aus.

²⁹ BeckOGK BeurkG/Bord, Stand 1. 1. 2024, § 11 Rn. 14.

³⁰ BeckOK BNotO/Sander, Stand 1. 2. 2024, § 11 Rn. 56.

³¹ Vgl. z. B. BGH WM 2021, 1157, 1158 Rn. 11.

³² BT-Drucks. 19/28177 S. 119; Armbrüster/Preuß/Gomille § 16b Rn. 9.

³³ BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16c Rn. 24.

³⁴ So der Vorschlag von BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16c Rn 24.

- j. Bei gemischter Beurkundung nach § 16e BeurkG wird insbesondere problematisiert, welche der beiden Urkunden vorzulesen ist.³⁵ Die Urschrift aus Papier kann auch nach dem Vorlesen erstellt werden.³⁶
3. Die virtuelle Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung
- § 118a AktG erlaubt nunmehr eine virtuelle Hauptversammlung. Er wird durch §§ 131 Abs. 1a - § 131 f AktG ergänzt; dort ist das Fragerecht im Vorfeld der Hauptversammlung geregelt. Obwohl § 48 Abs. 1. S. 2 GmbHG auch eine virtuelle Gesellschafterversammlung ermöglicht, stellen sich die hier interessierenden Fragen nicht, da dort keine notarielle Beurkundung erforderlich ist. Die folgenden Überlegungen beschränken sich daher auf die Aktiengesellschaft.
- a. Eines der Hauptprobleme der virtuellen Hauptversammlung ist die Feststellung der Anwesenheit.³⁷ Da diese bei einer virtuellen Hauptversammlung nicht möglich ist, kann nur das Additionsverfahren, nicht das Subtraktionsverfahren bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses angewandt werden. Bei der Additionsmethode werden Ja- und Nein-Stimmen gesondert erfasst und die Zahl der abgegebenen Stimmen durch Addition ermittelt.³⁸ Bei der Subtraktionsmethode werden nur die Nein-Stimmen und Enthaltungen gezählt.³⁹ Dies ist bei einer virtuellen Hauptversammlung aber nicht zuverlässig möglich, da Zu- und Abgänge während der Versammlung nicht zu kontrollieren sind.
- b. Nach einem obiter dictum des BGH erfordert die Beurkundung durch den Notar, dass er mit dem Versammlungsleiter und einer weiteren Person aus dem Vorstand anwesend war.⁴⁰ Das würde die Möglichkeit der virtuellen Hauptversammlung weitgehend entwerfen. Nach § 37 Abs. 2 BeurkG genügt es vielmehr, wenn der Notar Ort und Tag der Wahrnehmung sowie Ort und Zeit der Errichtung der Urkunde angibt.⁴¹
- c. Hat der Notar Anhaltspunkte dafür, dass der Beteiligte Bestätigung durch eine dritte, von der Kamera nicht erfassten Person sucht, kann er die Beurkundung ablehnen. Doch kann im Gegensatz zur Präsenzbeurkundung dem Notar möglicherweise die Einflussnahme verborgen bleiben. Ferner ist die Kommunikation bei Videoschaltungen bedeutend schwieriger als in

³⁵ BeckOGK BeurkG/Rachlitz § 16e Rn. 6.

³⁶ Staudinger/Hertel, BeurkG, 2023, Rn. 4451.

³⁷ Koch, Aktiengesetz, 18. Aufl. 2024, § 118a Rn. 27.

³⁸ Koch § 133 Rn. 23.

³⁹ Koch § 133 Rn. 24.

⁴⁰ BGH NJW-RR 2021, 1556, 1557 f. Rn. 20.

⁴¹ BeckOGK BeurkG/Meier, Stand 1. 2. 2024, § 37 Rn. 7.

Präsenzbeurkundungen. Darauf muss der Notar besonders achten, indem er deutliche Hinweise gibt. Das gebietet schon das rechtliche Gehör, an das auch der Notar als Organ der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gebunden ist. Eine Schranke bildet aber die Selbstverantwortung der Betroffenen. Von dem, der als Aktionär an einer virtuellen Hauptversammlung teilnimmt, obwohl er auch in der Präsenzsitzung erscheinen könnte, kann erwartet werden, dass er seine Belange auch unter den gegenüber einer Präsenzsitzung erschwerten Bedingungen wahrnimmt.

4. Der (Reform-)Entwurf des BeurkG

Der – wenn auch nur fakultative – Übergang von der Papier in die elektronische Form wirft eine Reihe von Problemen auf, die jedenfalls bis jetzt nicht umfassend bedacht zu sein scheinen.

- a. Es beginnt mit der Pflicht des Notars nach § 17 Abs. 2a BeurkG, bei Verbraucherverträgen, die dem Formerfordernis des § 311b BGB unterliegen, dem Verbraucher in der Regel zwei Wochen vor Vertragsschluss den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung zu stellen. Diese Regelung war die Reaktion auf Missstände. Käufe wurden bereits kurz nach der Besichtigung des Objekts beurkundet, womit den Käufern oft keine hinreichende Zeit zur Überlegung blieb. Wenn man die Übersendung per E-Mail oder auf einem Datenträger bei einem Einverständnis des Verbrauchers für möglich hält,⁴² bleiben Probleme. Es ist gerade die Frage, ob sich dies mit dem Schutz des Verbrauchers verträgt. Ein elektronisches Dokument wird nach der Erfahrung nicht mit derselben Aufmerksamkeit gelesen wie ein Dokument in Papierform. Auch § 130d ZPO, der die Nutzungspflicht der elektronischen Dokumente im Prozess auf Rechtsanwälte und ähnliche Personen beschränkt, gilt eben gerade nicht für Verbraucher.
- b. Nicht recht klar ist auch die Frage der Erstellung von Ausfertigungen. Bisher erhielten die Vertragsparteien, aber auch etwa kreditierende Banken ein Exemplar. Soweit ersichtlich, geht der Entwurf dieser Frage nicht nach. Doch ist auch keine Alternative genannt, wenn etwa ein Kreditgeber eine Ausfertigung für seine Entscheidung über die Einräumung eines Darlehens fordert. Diese Ausfertigung gibt es entweder auf Papier oder in elektronischer Form. Die Erwartung, es solle eine „medienbruchfreie“ Weiterverarbeitung der im Beurkundungsverfahren errichteten Dokumente geschaffen werden,⁴³ ist somit durchaus problematisch.

⁴² BeckOGK BeurkG/Regler, Stand 1. 10. 2023, § 17 Rn. 221.

⁴³ Referentenentwurf vom 23. 2. 2024 S. 14.

- c. Bei Weitergabe in elektronischer Form entsteht erneut – und diesmal in erhöhtem Maße – das Problem der beliebigen Reproduzierbarkeit. Das spielt eine Rolle bei Urkunden mit der sogenannten Unikatsfunktion, etwa Vollmachtsurkunden. Der Weg, die Vollmacht auf gewisse Geschäfte zu beschränken, ist zwar nach wie vor möglich, doch stellen sich weitere Fragen. Es geht zunächst darum, auf welche Spezialvollmachten beschränkt werden soll, vor allem aber darum, dass sich eine Generalvollmacht nicht mehr ohne das schwer beherrschbare Risiko ausstellen ließe, dass auch nach einem Widerruf der Bevollmächtigte weiterhin jedenfalls gegenüber Gutgläubigen sich auf eine Urkunde stützen kann, die vom Vollmachtgeber nicht wirksam zurückgefordert werden könnte. Es ist daher nach geltendem Recht weitgehend anerkannt, dass die Schriftform nicht durch die elektronische Form ersetzt werden kann, da die §§ 172, 174-176 BGB entgegenstehen. Sie regeln die Rückgabe und Kraftloserklärung, die nur bei Schriftstücken in Betracht kommen.⁴⁴ Denn der Rückgabeanspruch nach § 175 BGB liefe leer, da die elektronische Signatur, auch wenn sie als qualifizierte elektronische Signatur erteilt wäre, beliebig vermehrbar ist.⁴⁵ Eine Kraftloserklärung nach § 176 BGB wäre nur in einem aufwändigen Verfahren möglich und würde auch erst nach einem Monat wirksam.⁴⁶ Eine technisch gangbare Lösung zeigt der Referentenentwurf nicht auf. Ob es eine solche gibt, kann hier mangels technischer Sachkompetenz nicht beurteilt werden. Man könnte vielleicht an eine automatische Information der Grundbuchämter denken. Abgesehen davon, dass der Entwurf keinerlei Regelungen in dieser Richtung trifft, sind auch andere Fälle denkbar, in denen der Verkäufer eine Vollmacht erteilt und möglicherweise nicht wirksam widerrufen kann. Sollte eine Lösung jedoch nicht zu finden sein, so droht der Entwurf die Lösung der §§ 170 ff. BGB zu sprengen.
- d. Damit entsteht eine Reihe von Schwierigkeiten. Selbst wenn sich die Probleme auf die Vollmacht beschränken, müsste zumindest sie in Papierform erteilt werden. Der Gewinn der Möglichkeit der elektronischen Beurkundung verringert sich damit erheblich. Gerade bei Kaufverträgen über Grundstücke werden regelmäßig Vollmachten erteilt, etwa an Angestellte des Notars zur Auflassung, aber auch an den Käufer zur Belastung der Grundstücke mit Grundschulden, um die Darlehen dinglich zu sichern, die der Kaufpreisfinanzierung dienen. Der Vorteil der

⁴⁴ BeckOK BGB/Schäfer, Stand 1. 2. 2024, § 172 Rn. 4a; MünchKomm-BGB/Schubert § 172 Rn. 14.

⁴⁵ Bormann/Steimasczyk NZG 2021, 605; Danninger RDt 2021, 112 Rn. 28.

⁴⁶ Danninger RDt 2021, 112 Rn. 29.

elektronischen Beurkundung würde sich doch erheblich relativieren, wenn zusätzlich zumindest eine Urkunde auf Papier ausgestellt werden muss. Denn die Alternative, es bei der Ausstellung nur der elektronischen Urkunde zu belassen, bedeutet für den Verkäufer ein nicht geringes Risiko – weit höher, als er es bei der Erteilung einer Vollmacht zur Anmeldung einer Handelsregistereintragung läuft. Der Käufer könnte aufgrund dieser Vollmacht gestützt auf § 172 BGB das Grundstück auch dann belasten, wenn der Vertrag gescheitert und die Vollmacht widerrufen sein sollte. Über dieses Risiko muss der Notar den Verkäufer aufklären. Es ist allerdings kaum zu erwarten, dass der Verkäufer sich darauf einlässt.

- e. Noch schwieriger kann sich die Lage darstellen, wenn es um Vollmachten im Rahmen umfassender Treuhandverträge geht. Dieser Treuhandvertrag kann mit einem Baubetreuungsvertrag gekoppelt sein;⁴⁷ die in seinem Rahmen erteilte Vollmacht ist ebenfalls beurkundungspflichtig, wenn sie mit den sonstigen beurkundungspflichtigen Verträgen eine rechtliche Einheit bildet.⁴⁸ Diese Vollmachten werden für eine Reihe geplanter Verträge erteilt, soweit die Vorbereitung, Durchführung und Finanzierung, sogar die Rückabwicklung des Vorhabens betroffen sind.⁴⁹ Dann ist das Schicksal der Vollmachten für den Vollmachtgeber nicht mehr beherrschbar. Er weiß nicht, mit wem der Bevollmächtigte in Kontakt steht. Selbst wenn er es wüsste, wäre ihm die Information dieser potentiellen Partner ebenso unzumutbar wie eine Kraftloserklärung. Wird er vom Notar darüber belehrt – was der Notar zur Vermeidung eines Haftungsrisikos tun muss – so wird er sinnvollerweise die notariell beurkundete Vollmacht nicht erteilen.
- f. Es bliebe theoretisch der umgekehrte Weg, nämlich die elektronische Form für die Rechtsscheinwirkung des § 172 BGB nicht ausreichen zu lassen.⁵⁰ Damit allerdings wäre die notarielle Beurkundung entwertet, und zwar selbst gegenüber einer Vollmachtserteilung in privatschriftlicher Form. Was im Rahmen der §§ 16a ff. BeurkG noch eine relativ kleine Ausnahme bildet, erweist sich hier als systemsprengend.

⁴⁷ BGH NJW 2021, 2310 Rn. 6; Staudinger/Meier, BGB, 2023, § 311b Rn. 271.

⁴⁸ BGH NJW 2021, 2310 Rn. 6; Staudinger/Meier § 311b Rn. 271.

⁴⁹ Vgl. den Sachverhalt von BGHZ 161, 15.

⁵⁰ Z. B. Jauernig/Mansel, BGB 19. Aufl. 2023, §§ 170 – 173 Rn. 8; Erman/Finkenauer, BGB, 17. Aufl. 2023, § 168 Rn. 4; BeckOK BGB/Schäfer, Stand 1. 2. 2024, § 172 Rn. 4a; MünchKomm-BGB/Schubert § 172 Rn. 14; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 665; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 773; Danninger RDt 2021, 110 Rn. 10; Lieder ZIP 2023, 1932.

g. Daher wird der Entwurf, auch wenn er Gesetz werden sollte, kaum Relevanz entfalten.