

Rheinische Notar-Zeitschrift

Ausgewählte Aspekte der Verwaltungstreuhand an Geschäftsanteilen

(von Notarassessorin Dr. Katja Grage, LL.M. (Georgetown), Krefeld)

- A. Einleitung
- B. Begründung der Treuhandstellung
 - I. Unterscheidung von Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand
 - II. Formbedürftigkeit
 - 1. § 15 Abs. 3 GmbHG
 - 2. § 15 Abs. 4 GmbHG
 - a) Abtretungs- und Erwerbspflichten bei Begründung der Treuhand
 - b) Abtretungs- und Erwerbspflichten bei Beendigung der Treuhand
 - (1) Erwerbstreuhand
 - (2) Übertragungstreuhand
 - (3) Vereinbarungstreuhand
 - c) Heilung
 - 3. § 518 BGB
 - 4. Zusammenfassung zur Beurkundungsbedürftigkeit
 - III. Statuarische Voraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG
 - 1. Zustimmungserfordernisse
 - 2. Sonstige statuarische Voraussetzungen
 - IV. Materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen
 - 1. Gesetzesverstoß
 - 2. Sittenwidrigkeit
- C. Aspekte der Ausgestaltung des Treuhandvertrages
 - I. Schutz des Treugebers vor Verfügungen des Treuhänders
 - 1. Abtretungsverbot als vertragliche Verpflichtung im Treuhandvertrag
 - 2. Satzungsregelung oder Vereinbarung über Zustimmungsvorbehalt des Treugebers
 - 3. Vollmachtserteilung an Treugeber bzw. Abtretungsangebot
 - 4. Aufschiebend bzw. auflösend bedingte Abtretung
 - II. Schutz des Treugebers vor innergesellschaftlichem Handeln des Treuhänders
 - 1. Stimmrecht
 - a) Stimmrechtsübertragung
 - b) Legitimationszession
 - c) Vereinbarung eines originären Stimmrechts
 - d) Zustimmungsvorbehalt zur Beschlussfassung
 - e) Stimmrechtsvollmacht
 - f) Stimmbindungsvereinbarung
 - 2. Informationsrecht
 - III. Gesamt- und Einzelzwangsvollstreckung gegen Treugeber und Treuhänder
 - 1. Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder
 - 2. Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treugeber
- IV. Beendigung des Treuhandverhältnisses
- D. Haftung von Treugeber und Treuhänder
 - I. Haftung des Treuhänders
 - II. Haftung des Treugebers
- E. Übertragung der Treuhänder- bzw. Treugeberstellung
 - I. Auswechslung des Treuhänders
 - II. Auswechslung des Treugebers
- F. Mehrheit von Treugebern und Treuhändern
 - I. Mehrheit von Treugebern
 - 1. Gestaltungsmöglichkeiten
 - 2. Stimmrecht
 - a) Einheitlicher Geschäftsanteil
 - b) Mehrere Geschäftsanteile
 - c) Stimmrechtspool
 - 3. Schutz der Treugeber vor Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder
 - II. Mehrheit von Treuhändern
 - 1. Begründung der Treuhandstellung
 - 2. Stellung der Treuhänder zur Gesellschaft
 - 3. Stellung der Treuhänder zueinander
 - 4. Stellung der Treuhänder zum Treugeber
- G. Treuhandverhältnisse in Umwandlungsfällen
 - I. Einzelne Umwandlungsvorgänge
 - 1. Aufspaltung
 - 2. Abspaltung
 - 3. Ausgliederung
 - 4. Formwechsel
 - 5. Verschmelzung
 - II. Beendigung der mittelbaren Beteiligung sowie des Treuhandvertrages anlässlich der Umwandlung
 - 2. Rechte des Treugebers
 - 3. Rechte des Treuhänders
 - III. Anpassung des Treuhandverhältnisses nach Umwandlung
 - IV. Folgerungen für die Gestaltung des Treuhandvertrages
- H. Mitteilungspflichten des Notars
 - I. Anzeigepflicht nach § 34 ErbStG
 - II. Anzeigepflicht nach § 54 EStDV
 - III. Anzeigepflicht nach § 40 GmbHG

A. Einleitung

Treuhandkonstellationen an Geschäftsanteilen sind nach wie vor beliebte Gestaltungsmittel im Wirtschaftsleben zur Erreichung unterschiedlichster Zwecke. Im Mittelpunkt der notariellen Praxis stehen Treuhandverhältnisse an GmbH-Geschäftsanteilen. Dabei spielen Fallgestaltungen, bei denen der Treuhänder lediglich im Sinne von § 185 BGB ermächtigt wird, über das Treugut zu verfügen, während der Treugeber Inhaber des Treugutes bleibt (sog. „Ermächtigungstreuhand“), eine untergeordnete Rolle.¹ Die Übertragung eines Geschäftsanteils auf den Treuhänder in dessen Interesse zur Absicherung von Ansprüchen des Treuhänders gegen den Treugeber (sog. „Sicherheitstreuhand“) wird weitestgehend durch die Möglichkeit der Verpfändung des Geschäftsanteils verdrängt.² Von erheblicher Bedeutung für die notarielle Praxis ist dagegen die fremdnützige Vollrechtstreuhand (auch „Verwaltungstreuhand“; „fiduziarische“ oder „echte Treuhand“ genannt), bei der der Treuhänder fremde Interessen für den Treugeber im Hinblick auf ein bestimmtes Treugut – hier den Geschäftsanteil – wahrnimmt; der Treuhänder hat dabei im Außenverhältnis die Stellung eines Vollberechtigten, während er im Innenverhältnis zum Treugeber verpflichtet ist, sich entsprechend den schuldrechtlichen Vereinbarungen und dem Zweck der Treuhand zu verhalten.³ Der vorliegende Beitrag möchte eine *tour d'horizon* über einige mit der Verwaltungstreuhand an GmbH-Geschäftsanteilen verbundene Probleme geben und Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen.

B. Begründung der Treuhandstellung

I. Unterscheidung von Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand

Die Verwaltungstreuhand an Geschäftsanteilen setzt voraus, dass der Treuhänder Gesellschafter ist und ein Treuhandverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber besteht. Nach der Art und Weise der Begründung der Treuhand unterscheidet man zwischen der Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand. Erlangt der Treuhänder das Treugut – hier den Geschäftsanteil – unmittelbar vom Treugeber, spricht man von einer „Übertragungstreuhand“.⁴ Bei der „Erwerbstreuhand“ erwirbt der Treuhänder das Treugut – den Geschäftsanteil – im eigenen Namen, aber für Rechnung des Treugebers von einem Dritten oder durch originären Erwerbsakt, z. B. durch Beteiligung an einer GmbH-Gründung oder Kapitalerhöhung.⁵ Eine „Vereinbarungstreuhand“ liegt vor, wenn sich Treugeber und Treuhänder dahingehend einigen, dass der Treuhänder einen bereits bislang in seinem Vermögen befindlichen Vermögensgegenstand – den Geschäftsanteil – künftig als Treugut für den Treugeber halten wird.⁶ Soweit Rechtsprechung und Literatur an die einzelnen Begründungstatbestände (Übertragung, Vereinbarung, Erwerb) unterschiedliche Rechtsregeln knüpfen, wird hierauf bei der jeweiligen Problematik einzugehen sein.

II. Formbedürftigkeit

Ob die Begründung einer Treuhandstellung an einem GmbH-Geschäftsanteil nach § 15 Abs. 3 und Abs. 4

GmbHG beurkundungsbedürftig ist, hängt einerseits von der Art der Erlangung der Treuhänderstellung (Übertragung, Vereinbarung, Erwerb) und andererseits von der konkreten Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses ab. Eine Beurkundungspflicht kann sich darüber hinaus aus § 518 BGB ergeben.

1. § 15 Abs. 3 GmbHG

Die bei der Übertragungstreuhand erfolgende dingliche Abtretung des Geschäftsanteils vom Treugeber auf den Treuhänder unterliegt – ungeachtet der Tatsache, dass der Erwerb lediglich transitorischen, auf die Dauer des Treuhandverhältnisses begrenzten Charakter hat – dem Beurkundungserfordernis nach § 15 Abs. 3 GmbHG.⁷ Gleiches gilt bei der Erwerbstreuhand, wenn dem Treuhänder der Geschäftsanteil von einem Dritten abgetreten wird.⁸ Erlangt der Treuhänder den Geschäftsanteil bei der Erwerbstreuhand hingegen im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder Gründung, so sind die für die Gründung und Kapitalerhöhung einschlägigen Formvorschriften zu beachten.

Auch die schuldrechtliche Treuhandabrede zwischen Treugeber und Treuhänder kann nach § 15 Abs. 3 GmbHG notariell zu beurkunden sein. Dies ist der Fall, wenn bei der Übertragungstreuhand der Treuhandvertrag und die Abtretung des Geschäftsanteils auf den Treuhänder – wie oft üblich, aber nicht notwendig – in einer Urkunde erfolgen.⁹ Vereinbaren Treugeber und Treuhänder im Treuhandvertrag – sei es nun bei Übertragungs-, Erwerbs- oder Vereinbarungstreuhand – aufschiebend bedingt die (Rück-)Abtretung des Geschäftsanteils an den Treugeber oder gibt der Treuhänder ein Angebot zur Abtretung des Geschäftsanteils an den Treugeber oder einen Dritten ab, ist ebenfalls die Beurkundungspflichtigkeit nach § 15 Abs. 3 GmbHG ausgelöst.¹⁰ Wird – wie in der Praxis üblich – dem Treugeber im Treuhandvertrag unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Vollmacht erteilt, den vom Treuhänder gehaltenen Geschäftsanteil an sich selbst oder einen Dritten abzutreten, soll allein diese (widerrechtliche oder unwiderrufliche) Vollmacht – abweichend

1 Zur Ermächtigungstreuhand Pikart, WM 1956, 654; Palandt/Bassenge, 63. Auflage 2004, § 903 BGB Rn. 34.

2 Vgl. zur Sicherheitstreuhand Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 90 ff.; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, S. 283 ff.

3 RGZ 153, 366, 368; BGH ZIP 1999, 59, 60.

4 Schlegelberger/Schmidt, 5. Aufl. 1986, vor § 335 HGB Rn. 45 f.

5 Schlegelberger/Schmidt, 5. Aufl. 1986, vor § 335 HGB Rn. 44 f. u. 48.

6 Schlegelberger/Schmidt, 5. Aufl. 1986, vor § 335 HGB Rn. 44 u. 47.

7 Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 54; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 15; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, Anh. § 15 GmbHG Rn. 53; Roth/Thöni, Treuhand und Unterbeteiligung, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, 245, 275; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 102; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 514; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 228 f.

8 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 517; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 114; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 228 f.

9 Armbrüster, DNotZ 1997, 762, 787; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 523.

10 Vgl. Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 523 (zur aufschiebend bedingten (Rück-)Abtretung); Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 84.

von der Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit von Vollmachten im Bereich des Grundstückskaufs bzw. -verkaufs entsprechend § 311 b BGB – nicht entsprechend § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG zur Formbedürftigkeit des Treuhandvertrages führen.¹¹

2. § 15 Abs. 4 GmbHG

Die Beurkundungsbedürftigkeit des ausschließlich schuldrechtliche Erklärungen enthaltenen Treuhandvertrages kann sich aus § 15 Abs. 4 GmbHG ergeben. Danach bedürfen Vereinbarungen der notariellen Form, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. Der Treuhandvertrag kann derartige Verpflichtungen sowohl im Hinblick auf die Begründung als auch die Beendigung des Treuhandverhältnisses enthalten.

a) Abtretungs- und Erwerbspflichten bei Begründung der Treuhand

Bei der Übertragungstreuhand ist die Verpflichtung des Treugebers im Treuhandvertrag, den Geschäftsanteil auf den Treuhänder zu übertragen, nach überwiegender Auffassung notariell zu beurkunden; der Treuhandvertrag stelle insofern den Rechtsgrund für die Übertragung dar.¹² Obwohl der Wortlaut des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG lediglich die *Verpflichtung zur Abtretung*, nicht aber die *Verpflichtung zum Erwerb* eines Geschäftsanteils dem Formerfordernis unterstellt, wird nach heute nahezu einhelliger Ansicht die Norm auch auf die Eingehung (nur) einer Erwerbspflicht erstreckt¹³ und insofern die bei der Erwerbstreuhand mögliche Verpflichtung des Treuhänders zum Erwerb eines bestehenden Geschäftsanteils von einem Dritten als formbedürftig nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG angesehen.¹⁴ Eine Verpflichtung des Treuhänders, sich an einer noch zu erfolgenden Gründung einer Gesellschaft oder einer noch zu beschließenden Kapitalerhöhung für Rechnung des Treugebers zu beteiligen, ist dagegen nicht von § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG erfasst.¹⁵

b) Abtretungs- und Erwerbspflichten bei Beendigung der Treuhand

Bei Beendigung des Treuhandvertrages ist der Treuhänder in aller Regel verpflichtet, den Geschäftsanteil an den Treugeber bzw. auf Weisung des Treugebers an einen Dritten abzutreten.¹⁶ Dem steht wiederum eine Erwerbspflicht des Treugebers gegenüber.¹⁷ Ob diese Verpflichtungen die Beurkundungspflicht des Treuhandvertrages nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG auslösen, ist umstritten und wird differenziert für die Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand beurteilt.

(1) Erwerbstreuhand

Im Hinblick auf die Erwerbstreuhand wird die Formbedürftigkeit nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG überwiegend abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Rückübertragungsverpflichtung nicht um eine vertragliche Verpflichtung aus der Treuhandabrede handele, sondern um eine auf § 667 BGB basierende gesetzliche Verpflichtung, die sich allenfalls mittelbar aus dem Treuhandvertrag ergebe.¹⁸ Diese Argumentation wurde lange Zeit auch von der Rechtsprechung geteilt.¹⁹ Der BGH ist

jedoch mittlerweile zu Recht von dieser Argumentation abgerückt. In einer die Vereinbarungstreuhand betreffenden Entscheidung führt der BGH aus, dass mit der Feststellung, der Treuhänder habe die Beteiligung aus dem Treuhandverhältnis erlangt und er sei bei dessen Beendigung kraft Gesetzes (§ 677 BGB) zur Herausgabe verpflichtet, nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen ist, ob der Treuhandvertrag nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG beurkundungsbedürftig ist oder nicht. Vielmehr sei nach Sinn und Zweck der Formvorschrift zu beurteilen, ob diese auch für Rechtsgeschäfte gilt, die zwar nicht ausdrücklich, aber zwangsläufig die Verpflichtung zur Geschäftsanteilsübertragung begründen.²⁰ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hat der BGH die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bejaht (vgl. dazu unten B. II. 2. b) (3)).²¹ Zur Erwerbstreuhand liegt noch keine Entscheidung vor. Mit Blick auf die auf den Normzweck der Formvorschrift abstellende Entscheidung des BGH vertreten neuere Lite-

11 BGHZ 13, 49, 51 ff.; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 15 GmbHG Rn. 54, 92; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 46 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Auflage 2000, § 15 GmbHG Rn. 22; die Erteilung einer Blankovollmacht wird hingegen – ungeachtet der Form – als unwirksam erachtet, siehe Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Auflage 2000, § 15 GmbHG Rn. 22; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 46 m. w. N.

12 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, Anh. § 15 GmbHG Rn. 52; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Auflage 2000, § 15 GmbHG Rn. 55; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 15, Rn. 15; Schaub, DSStR 1995, 1634, 1636; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 525; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 83; a.A. Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 103 ff; ebenso Sommer/Menzel, GmbHR 2003, 917, 919; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 230, die insofern eine teleologische Reduktion des § 15 Abs. 4 GmbHG fordern, weil der Normzweck – die Verhinderung eines spekulativen Anteilshandels – nicht tangiert sei.

13 RGZ 57, 60 f.; RGZ 127, 65, 71; OLG München BB 1995, 427, 428; OLG München GmbHR 1996, 607, 608; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 15 GmbHG Rn. 36; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 32; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 56.

14 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 114; Schulz, GmbHR 2001, 282, 285; Geyrhalter, ZIP 1999, 647, 650; Beck'sches Handbuch der GmbH/Schacht, 2. Aufl. 1999, § 12 Rn. 12; a. A. Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 231 Fn. 50; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 526.

15 BGH ZNotP 1999, 290, 291; BGHZ 19, 69, 70; BGH WM 1971, 306, 307; OLG Frankfurt GmbHR 1992, 368, 369; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, 114; Schlegelberger/Schmidt, 5. Aufl. 1986, Vorb. § 335 HGB Rn. 44; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 15 GmbHG Rn. 59; Beck'sches Notarhandbuch/Spiegelberger, 3. Aufl. 2000, E II Rn. 65; Schulz, GmbHR 2001, 282, 285; Flore, GmbH-StB 1999, 258, 259; Wagner, NZG 1999, 656, 658; a. A. wohl Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 84.

16 Die Rechtsprechung geht von einer Abtretungspflicht auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im Treuhandvertrag aus, vgl. nur BGH, WM 1971, 306, 307.

17 Diese Rückerwerbspflichtung soll nach Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 107, auch ohne ausdrückliche Regelung bestehen und sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben.

18 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, Anh. § 15 GmbHG Rn. 52; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Auflage 2000, § 15 GmbHG Rn. 55; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 15 GmbHG Rn. 32 u. 59; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 57; Däubler, GmbHR 1966, 243, 244; Geyrhalter, ZIP 1999, 647, 650.

19 BGH NJW 1997, 2946, 2947; BGHZ 19, 69, 70.

20 BGH ZNotP 1999, 290; siehe zur Kritik an der auf § 667 BGB gestützten Argumentation auch Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 527; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 106.

21 BGH ZNotP 1999, 291.

raturstimmen die Auffassung, dass die Übertragungspflicht des Treuhänders bei Beendigung der Treuhand ebenso wenig wie die korrespondierende Erwerbspflicht des Treugebers das Formerfordernis auslöst. Der Zweck des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG erschöpfe sich in der Einschränkung der Verkehrsfähigkeit von Geschäftsanteilen und damit der Verhinderung eines spekulativen Anteilshandels. Dieser Zweck sei bei Abtretungs- und Erwerbspflichten des Treugebers anlässlich der Beendigung des Treuhandverhältnisses nicht tangiert, da bei Beendigung des Treuhandverhältnisses der wirtschaftlich Berechtigte sich nicht ändere und daher kein Handel mit Geschäftsanteilen vorliege; § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG sei deshalb teleologisch zu reduzieren.²²

Ob der BGH bei der Erwerbstreuhand eine teleologische Reduktion des § 15 Abs. 4 GmbHG befürwortet wird, darf jedoch bezweifelt werden. Der BGH und Teile der Literatur reduzieren den Zweck der Vorschrift nicht nur auf die Verhinderung der Spekulation und des freien Handels in Geschäftsanteilen, sondern erstrecken ihn darüber hinaus auf die Gewährleistung des Beweises der Anteilsinhaberschaft²³ und den Schutz der Beteiligten²⁴. Darüber hinaus berücksichtigen die eine teleologische Reduktion fordernden Stimmen nicht die in der Praxis übliche Gestaltung, dass der Treuhänder verpflichtet ist, nach Beendigung der Treuhand den Geschäftsanteil gegebenenfalls an einen Dritten abzutreten. Insofern greift der unbestrittene Zweck des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG – Verhinderung eines spekulativen Anteilshandels – jedenfalls ein. Im Sinne einer rechtssicheren Gestaltung kann in der notariellen Praxis auch für den Fall, dass bei der Erwerbstreuhand die Treuhandvereinbarung lediglich Abtretungs- oder Erwerbspflichtungen bei Beendigung der Treuhand begründet, nur zu einer Beurkundung geraten werden.

(2) Übertragungstreuhand

Bei der Übertragungstreuhand ergibt sich im Hinblick auf die Beurkundungsbedürftigkeit aufgrund bei Beendigung des Treuhandverhältnisses bestehender (Rück-) Übertragungs- und Erwerbspflichten ein ähnliches Bild wie bei der Erwerbstreuhand. Insofern kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

(3) Vereinbarungstreuhand

Auch bei bloßer Verpflichtung des Treuhänders zur Abtretung des Geschäftsanteils an den Treugeber oder einen Dritten bei Beendigung der Treuhand wird die Treuhandabrede bei der Vereinbarungstreuhand nach fast einhelliger Literaturmeinung – allerdings unterschiedlicher Begründung und teilweise sogar gestützt auf § 15 Abs. 3 GmbHG – als beurkundungsbedürftig angesehen²⁵. Teilweise wird argumentiert, dass bei der Vereinbarungstreuhand eine eigenständige – ggf. inzident vereinbarte – schuldrechtliche und damit § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG unterfallende Verpflichtung, den Geschäftsanteil nach Beendigung der Treuhand abzutreten, bestehe. Eine gesetzliche Herausgabeverpflichtung nach § 667 BGB obliege dem Treuhänder gerade nicht, da er den Geschäftsanteil weder zur Ausführung des Auftrags erhalten noch aus der Geschäftsbesorgung erlangt habe. Teilweise wird darauf verwiesen, dass sich durch die

Vereinbarungstreuhand die unbeschränkte Inhaberschaft in eine treuhänderisch gebundene umwandle und dies wirtschaftlich einen Gesellschafterwechsel darstelle. Der BGH hat die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit nunmehr – wie bereits oben angesprochen – in einem Fall, bei dem sich der Treuhänder nach Gründung aber vor Eintragung der GmbH dem Treugeber gegenüber verpflichtete, den künftigen Geschäftsanteil für den Treugeber zu halten, unabhängig von dem Bestehen einer gesetzlichen Herausgabeverpflichtung für die Vereinbarungstreuhand bejaht. Die Beurkundungsbedürftigkeit sei bereits aus dem Zweck des § 15 GmbHG, den Handel in GmbH-Geschäftsanteilen zu vereiteln, geboten.²⁶

Ausdrücklich hat der BGH mit dieser Entscheidung die Formbedürftigkeit auf die Vereinbarungstreuhand im Stadium der Vor-GmbH, also für den Fall, dass ein Gesellschafter sich nach Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, aber vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister verpflichtet, seinen künftigen Geschäftsanteil für einen Treugeber zu halten, erstreckt.²⁷ Bei der Formulierung der Treuhandabrede ist jedoch sorgfältig darauf zu achten, dass die Treuhandabrede den *künftigen* Geschäftsanteil betrifft. Ist die im Stadium der Vor-GmbH getroffene Treuhandabrede nämlich dahingehend zu verstehen, dass der Treugeber sofort – also noch vor Eintragung in das Handelsregister – an die Stelle des Treuhänders treten kann, so könnte es sich bei dieser Vereinbarung um einen Wechsel in der Person des Gesellschafters im Gründungsstadium handeln, die als Satzungsänderung nicht nur notarielle Beurkundung, sondern auch die Beteiligung sämtlicher Gesellschafter erfordert.²⁸ Nach Auffassung des BGH soll jedoch ein Treuhandvertrag, der bereits im Stadium der Vorgründungsgesellschaft, also vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, geschlossen wird und sich erst auf

22 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 103 ff. (zur Übertragungstreuhand) und S. 115 (zur Erwerbstreuhand); Sommer/Menzel, GmbHR 2003, 917, 918 (zur Erwerbstreuhand) und 919 (zur Übertragungstreuhand); Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 231 (zur Erwerbstreuhand); a. A. Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 525 u. 527; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, 4. Aufl. 2002, § 15 GmbHG Rn. 57; Michalski, 2002, § 15 GmbHG Rn. 208 (gestützt auf die regelmäßig bestehende Erwerbspflicht des Treugebers).

23 BGH ZNotP 1999, 291; BGH NJW 1996, 3338, 3339; BGHZ 130, 71, 74.

24 Frenz, FS Weichler, 1997, 175, 179; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 Rn. 29 i. V. m. Rn. 20.

25 Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 15 GmbHG Rn. 61; Sommer/Menzel, GmbHR 2003, 917, 919; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 122; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, 4. Aufl. 2002, § 15 GmbHG Rn. 56; Schaub, DStR 1995, 1634, 1636; Schlegelberger/Schmidt, 5. Aufl. 1986, Vorb. § 335 HGB, Rn. 44; auch Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 56; Depping, GmbHR 1994, 686, 687 und Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 84, die allerdings die Beurkundungsbedürftigkeit aus § 15 Abs. 3 GmbHG herleiten.

26 BGH ZNotP 1999, 290, 291.

27 BGH ZNotP 1999, 290, 291; so auch Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 15 GmbHG Rn. 52; Beck'sches Notarhandbuch/Spiegelberger, 3. Aufl. 2000, E II Rn. 65; Wilken, EWIR 1999, 703, 704; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 122; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 528.

28 Goette, DStR 1999, 861, 863; Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 15 GmbHG Rn. 52.

einen künftigen Geschäftsanteil erstreckt, formlos wirksam sein.²⁹

c) Heilung

Ist der Treuhandvertrag ungeachtet § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG formlos abgeschlossen worden, so wird er nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG gleichwohl gültig durch die Abtretung des Geschäftsanteils. Ergibt sich die Formbedürftigkeit des Treuhandvertrages allein aus dem Gesichtspunkt der Abtretungspflicht des Treuhänders nach Beendigung der Treuhand, so tritt erst mit dieser Abtretung Heilung ein.

3. § 518 BGB

Insbesondere bei der Vereinbarungstreuhand kann der Treuhandvertrag ein Schenkungsversprechen enthalten und somit nach § 518 Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig sein, so z. B., wenn ein Vater seinem Sohn im Wege der vorweggenommenen Erbfolge die Treugeberstellung hinsichtlich eines Geschäftsanteils mit dem Versprechen einräumt, dem Sohn zu einem bestimmten Zeitpunkt den Geschäftsanteil zu übertragen. Nach zutreffender – aber umstrittener – Ansicht ist nicht bereits in der Begründung des Treuhandverhältnisses, sondern erst mit der späteren Abtretung, ein Schenkungsvollzug zu sehen, da ansonsten die Warnfunktion des § 518 Abs. 1 BGB verfehlt würde. Dies wird auch durch § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützt, wonach ein schenkweise erteiltes Schuldversprechen gleichsam der Beurkundung bedarf.³⁰

4. Zusammenfassung zur Beurkundungsbedürftigkeit

In der Praxis empfiehlt sich – unabhängig davon, ob ein Fall der Übertragungs-, Vereinbarungs- oder Erwerbstreuhand vorliegt – eine notarielle Beurkundung des Treuhandvertrages betreffend GmbH-Geschäftsanteile. Ergibt sich diese nicht bereits aus § 15 Abs. 3 GmbHG aufgrund im Treuhandvertrag enthaltener Verfügungen über den Geschäftsanteil, so wird regelmäßig § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG aufgrund enthaltener Abtretungs- bzw. Erwerbspflichten bei Begründung oder Beendigung der Treuhand einschlägig sein. Ein Absehen von der Beurkundung aufgrund teleologischer Reduktion des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bei Übertragungs- und Erwerbstreuhand kann vor dem Hintergrund der angesichts der Zwecke des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bestehenden Zweifel an einer solchen teleologischen Reduktion sowie der fehlenden Absicherung durch höchstrichterliche Rechtsprechung sicherlich nicht Gegenstand notariellen Rates sein.

III. Statuarische Voraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG

1. Zustimmungserfordernisse

Nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Abtretung eines Geschäftsanteils an weitere Voraussetzungen geknüpft werden. Üblich ist insofern die Aufnahme von Vinkulierungsklauseln in den Gesellschaftsvertrag, wonach die Verfügung über einen Geschäftsanteil der Zustimmung der Gesellschaft oder der Gesellschafter bedarf oder einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss erfordert.

Vinkulierungsklauseln sollen den Gesellschaftern regelmäßig ermöglichen, das Eindringen unerwünschter Personen in ihren Kreis zu verhindern.³¹ Bis zur Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung ist die Abtretung schwebend unwirksam; wird die Zustimmung endgültig verweigert, ist die Abtretung endgültig unwirksam.³²

Nach überwiegender Auffassung unterliegen derartigen Zustimmungserfordernissen auch Treuhandverträge, die im Zusammenhang mit einer Übertragung eines Geschäftsanteils stehen, wie dies bei der Übertragungstreuhand³³ sowie der Erwerbstreuhand³⁴, zumindest in der Variante des Erwerbs von einem Dritten, der Fall ist. Die Literaturstimmen lassen insofern jedoch häufig eine präzise Differenzierung zwischen der Frage der Zustimmungsbedürftigkeit zu der Übertragung des Geschäftsanteils und der Zustimmungsbedürftigkeit zum Abschluss des Treuhandvertrages vermissen.³⁵ Diese Differenzierung ist jedoch auch bei der Übertragungs- und Erwerbstreuhand keineswegs unerheblich. Es macht aus Sicht des Zustimmungsberechtigten einen erheblichen Unterschied, ob lediglich die Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Dritten oder zusätzlich auch die vertragliche Regelung, kraft derer dieser Dritte den Geschäftsanteil für einen weiteren Dritten oder für den übertragenden Gesellschafter treuhänderisch hält oder erwirbt, der Zustimmung unterworfen ist. Nur im letzteren Fall wird ein etwaiger Fremdeinfluss offengelegt. Bei der Vereinbarungstreuhand kann der Frage, ob auch der Treuhandvertrag selbst einem an die Verfügung über den Geschäftsanteil geknüpften Zustimmungserfordernis unterliegt, naturgemäß nicht ausgewichen werden. Die Antworten auf diese Frage fallen uneinheitlich aus: Teilweise wird aus dem Umstand, dass bei der Vereinbarungstreuhand kein Gesellschafterwechsel stattfindet,

29 BGH ZNotP 1999, 290, 291; siehe auch Fn 15; so auch Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 15 GmbHG Rn. 52; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 15 GmbHG Rn. 61; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 55; Armbrüster, GmbHR 2001, 941, 946; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, 4. Aufl. 2002, § 15 GmbHG Rn. 56; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 530; kritisch Wilken, EWIR 1999, 703, 704.

30 BGHZ 7, 378, 380 (bei Unterbeteiligung ist Einbuchung des Anteils kein Vollzug der Schenkung); Armbrüster, GmbHR 2001, 941, 946; derselbe, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 123; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 530; a. A. Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 228.

31 BGH NJW 1965, 1376, 1377; BGHZ 48, 163, 168 f.; Lessmann, GmbHR 1985, 179, 182.

32 Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 46; Sommer/Menzel GmbHR 2003, 917, 919; Lessmann, GmbHR 1985, 179, 187 (zu Folgen bei verweigerter Zustimmung).

33 BayOBLG DB 1991, 1270, 1272; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 96 f.; Schlegelberger/Schmidt, 5. Aufl. 1986, Vor § 335 HGB Rn. 46; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 15 u. 83 a; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 46; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, 1987, § 15 GmbHG Rn. 50; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 514.

34 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 517; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 112, insoweit beschränkt auf die Variante des Erwerbs von einem Dritten.

35 Anders Sommer/Menzel, GmbHR 2003, 917, 919, und Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 36, die Verpflichtungsgeschäfte von derartigen Abtretungsbeschränkungen ausdrücklich ausnehmen, während Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 83 a, auch Treuhandverträge einem statuarischen Genehmigungserfordernis unterwirft, wenn diese nicht mit einer Anteilsübertragung verbunden sind.

det und ein Fremdeinfluss (sei es, dass ein Gesellschafter freiwillig sein innergesellschaftliches Verhalten an den Interessen eines Dritten ausrichtet oder mit einem Dritten einen Stimmbindungsvertrag abschließt) ohnehin nicht verhindert werden kann, gefolgert, dass die Treuhandabrede nicht einem an die Verfügung über den Geschäftsanteil geknüpften Zustimmungserfordernis unterliege.³⁶ Unter Berufung auf den Zweck des Zustimmungserfordernisses (Vermeidung von Fremdeinfluss) und zur Verhinderung unzulässiger Umgehungen desselben unterwirft die Gegenansicht auch die Begründung eines Treuhandverhältnisses ohne Gesellschafterwechsel einem gesellschaftsvertraglichen Zustimmungserfordernis.³⁷ Eine Ausnahme soll vorliegen, wenn das Treuhandverhältnis mit einem Treugeber begründet wird, der selbst schon Gesellschafter ist.³⁸ *Breuer* schlägt vor, generell solche Treuhandverhältnisse nicht dem Zustimmungserfordernis zu unterwerfen, bei denen der Treuhänder die Verwaltungsrechte weisungsungebunden ausübt und nicht verpflichtet ist, Informationen an den Treugeber weiterzuleiten.³⁹ Mit Hinweis auf die praktische Folgenlosigkeit eines Verstoßes hält *Bergmann* gesellschaftsvertragliche Zustimmungserfordernisse bei der verdeckten Treuhand nicht für anwendbar.⁴⁰

Meines Erachtens ist die treuhänderische Übertragung eines Geschäftsanteils im Falle einer Vinkulierungsklausel zum Zwecke der Abwehr von Fremdeinflüssen stets zustimmungsbedürftig. Die Vinkulierungsklausel soll den Gesellschaftern gerade die Möglichkeit eröffnen, das Eindringen Dritter in die Gesellschaft zu verhindern. Die Gesellschafter haben insofern ein berechtigtes Interesse daran, darüber zu entscheiden, wer als Gesellschafter aufgenommen wird, in die Interna der Gesellschaft einzuweihen ist und mit wem sie sich künftig in Gesellschafterversammlungen auseinanderzusetzen haben.⁴¹ Dies gilt unabhängig davon, wer Treugeber ist und wie das Treuhandverhältnis im Einzelfall ausgestaltet ist; das Zustimmungserfordernis ist mithin auch dann zu beachten, wenn ein Gesellschafter einen Anteil ganz oder teilweise treuhänderisch auf einen Dritten überträgt. Grundsätzlich ist jedoch stets im Einzelfall zu prüfen, ob die konkrete Vinkulierungsklausel den Fall der treuhänderischen Übertragung erfasst. So weist beispielsweise *Winter* darauf hin, dass eine Vinkulierungsklausel, die lediglich die *entgeltliche* Übertragung der Zustimmung unterwirft, auf die Verwaltungstreuhand keine Anwendung findet⁴². Dem ist für den Fall der Übertragungstreuhand zuzustimmen.

Ob auch die Treuhandabrede selbst dem Zustimmungserfordernis unterliegt, ist – mangels ausdrücklicher Regelung im Gesellschaftsvertrag – durch Auslegung des Sinn und Zwecks der Vinkulierungsklausel zu ermitteln. Würde der Zweck der Vinkulierungsklausel durch die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses untergraben, so ist zwecks Vermeidung einer gesellschaftsvertragswidrigen Umgehung der Vinkulierungsvereinbarung die Zustimmung zur Treuhandabrede selbst geboten. Bezweckt die Vinkulierungsklausel beispielsweise die Abwehr von Fremdeinflüssen, ist auch eine Treuhandvereinbarung, durch die ein Dritter Treugeber wird, dem Zustimmungserfordernis unterworfen. Dabei ist entgegen *Breuer* unerheblich, wie das konkrete Treuhandverhältnis ausgestaltet ist. Abgesehen davon, dass Treu-

handverhältnisse, in denen dem Treugeber weder Informationsrechte noch Weisungsrechte zustehen, in der Praxis unüblich sind, ist es doch etwas anderes, ob ein Gesellschafter über sein finanzielles Engagement mit dem Geschick der Gesellschaft verbunden ist oder er für fremde Rechnung handelt. Mag der Treuhänder auch kraft Gesellschaftsvertrag und gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten zu einem gesellschaftszuträglichen Handeln verpflichtet sein, unterstellt er sein Handeln doch – regelmäßig gänzlich – fremden Interessen, nämlich denen des Treugebers. Ist Zweck der Vinkulierungsklausel (auch), die bestehenden Beteiligungs- und Machtverhältnisse zu erhalten, können auch Treuhandvereinbarungen zwischen Gesellschaftern dem Zustimmungserfordernis unterstehen. Ergibt die Auslegung insofern, dass die Vinkulierungsklausel auch Treuhandabreden umfasst, kann kein verdecktes Treuhandverhältnis begründet werden. Dass die Nichteinholung der erforderlichen Zustimmung de facto erst nach Aufdeckung des Treuhandverhältnisses Folgen zeitigen kann, ist eine rechtstatsächliche Gegebenheit, die jedoch in keinem Rechtsgebiet zur Legalisierung des Vertrags- oder Gesetzesverstoßes führt. Die Auffassung von *Bergmann* geht insofern fehl. Die Auslegung von Vinkulierungsklauseln ist mit Rechtsunsicherheiten verbunden, zumal Vinkulierungsklauseln in der Praxis regelmäßig nicht die der Aufnahme der Regelung zugrunde liegenden Motive benennen. In der Praxis wird der Notar angesichts der auslegungsbedingten Rechtsunsicherheiten regelmäßig die Einholung der Zustimmung auch zum Treuhandvertrag anraten.

Eine weitere Frage ist, welche Rechtsfolgen sich an die fehlende Einholung der Zustimmung zur Treuhandabrede selbst knüpfen. Soll der Treuhandvertrag selbst in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 5 GmbHG schwebend unwirksam bzw. bei Verweigerung der Zustimmung nichtig sein oder stellt sich die fehlende Einholung der Zustimmung lediglich als Verstoß des Gesellschafters gegen vertragliche Pflichten dar, die Schadensersatzpflichten auslösen, den Ausschluss aus der Gesellschaft oder ggf. die Einziehung des Geschäftsanteils rechtfertigen? Soweit ersichtlich, schweigt die Literatur zu dieser Problematik.

Angesichts der Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Auslegung der Vinkulierungsklauseln und der Rechtsfolgen bei mangelnder Einholung der Zustimmung sollte bereits bei der Gestaltung von Vinkulierungsklauseln

36 OLG Hamm GmbHR 1993, 656, 658; Beuthien, ZGR 1974, 26, 78; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 119 ff.; ablehnend auch Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 240.

37 RGZ 159, 272, 280 ff.; OLG Hamburg DB 1993, 1081, 1082; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, Anh. § 15 GmbHG Rn 53; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 57 (ohne Begründung); Schaub, DStR 1995, 1634, 1637; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 83, 83 a, 89; Lessmann, GmbHR 1985, 179, 182; Sommer/Menzel, GmbHR 2003, 917, 919.

38 Schaub, DStR 1995, 1634, 1637; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 45.

39 Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 84; so auch für AG Lutter/Grunewald, AG 1989, 109, 114.

40 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, 4. Aufl. 2002, § 15 GmbHG Rn. 63 u. 171.

41 So auch Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 96.

42 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 89.

klargestellt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen auch Treuhandvereinbarungen dem Zustimmungserfordernis unterworfen sein sollen.⁴³ Im Gesellschaftsvertrag könnte folgende Formulierung aufgenommen werden:

„Die Verfügung über Geschäftsanteile oder Teile von Geschäftsanteilen bedarf unbeschadet der Regelung nach § 17 Abs. 1 GmbHG der Zustimmung [aller Gesellschafter/der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von xy/100 der abgegebenen Stimmen].“

Die Verfügung über Geschäftsanteile oder Teile von Geschäftsanteilen bei der Begründung, während des Bestehens und bei Beendigung von Treuhandverhältnissen und die Begründung und Aufhebung des Treuhandverhältnisses selbst bedarf ebenfalls der Zustimmung nach Satz 1.“

Ferner sollte im Gesellschaftsvertrag auch die Rechtsfolge für den Fall geregelt werden, dass die Zustimmung zur Begründung bzw. Beendigung des Treuhandverhältnisses nicht eingeholt wird. Meines Erachtens bietet es sich insofern an, eine entsprechende Einziehungsregelung vorzusehen, wonach die Einziehung des Geschäftsanteils erfolgen kann, wenn die Zustimmung nicht binnen einer bestimmten Frist eingeholt bzw. bei Verweigerung der Zustimmung das Treuhandverhältnis nicht binnen einer bestimmten Frist wieder aufgelöst bzw. wieder hergestellt wird.

2. Sonstige statuarische Voraussetzungen

Der Gesellschaftsvertrag kann die Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. Beziehen sich solche Voraussetzungen auf Eigenschaften oder die Stellung des neuen Gesellschafters, z. B. Alter, Konfessionszugehörigkeit, Verwandtschaftsverhältnis zu den bisherigen Gesellschaftern, Qualifikation etc., besteht bei Treuhandkonstellationen Einigkeit darüber, dass diese in der Person des Treuhänders erfüllt sein müssen.⁴⁴ Verbreitet wird auch – insbesondere unter Hinweis auf die Einflussmöglichkeiten des Treugebers – verlangt, dass diese Voraussetzungen auch in der Person des Treugebers vorliegen.⁴⁵

IV. Materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen

Treuhandbeteiligungen dienen vielfältigen, im Einklang mit der Rechtsordnung stehenden Zwecken, z. B. der Entlastung des kranken, auslandsabwesenden oder unerfahrenen Treugebers von den mit der Gesellschafterstellung verbundenen Tätigkeiten, der Entlastung der Gesellschaft von persönlichen Konflikten der Gesellschafter, der wirksamen Interessenwahrnehmung durch Koordinierung mehrerer Interessenträger oder der Verbergung der Beteiligung gegenüber Gesellschaftern oder Dritten.⁴⁶ Bei der Beratung und Gestaltung von Treuhandverträgen hat der Notar die Motive der Beteiligten für den Abschluss des Treuhandvertrages zu erforschen, um seinen Prüfungs- und Belehrungspflichten aus § 17 BeurkG gerecht werden zu können. Er hat die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des beabsichtigten Geschäftes und insofern auch darüber zu belehren, ob der von den Beteiligten erstrebte Erfolg mit der angestrebten Regelung überhaupt erreicht werden kann und

welche unmittelbaren Rechtswirkungen sich an ihn knüpfen.⁴⁷ Gerade bei der Beratung im Zusammenhang mit Treuhandabreden zeigt sich immer wieder, dass die Beteiligten die Wirkungen der Treuhandabrede verkennen, sei es beispielsweise, dass die Beteiligten unzutreffender Weise annehmen, dass durch die Einschaltung eines Treuhänders die Regelungen nach dem Mitbestimmungsgesetz oder die aktienrechtliche Mitteilungspflicht nach § 21 AktG nicht eingreifen oder der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf Vermögen des Treugebers (siehe hierzu unter C. III. und D. II.) gänzlich verhindert werden kann. Oftmals vermeinen die Beteiligten eines Treuhandvertrages auch – jenseits der Grenze der Sittenwidrigkeit –, dass ein gesellschaftsvertragliches Stimmverbot⁴⁸, welches in der Person des Treugebers greifen würde, oder die Sacheinlagevorschriften (siehe hierzu auch unter D. I.) durch Einschaltung eines Treuhänders vermieden werden können. Über die Beratungspflicht in Fällen der Zweckverfehlung hinaus hat der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn der zu beurkundende Treuhandvertrag erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt, § 14 BNotO. Unbestritten ist heute, dass die Teilnahme eines Treuhänders an der Gründung, sog. Strohmänngründung, oder der spätere Erwerb eines Geschäftsanteils durch einen Treuhänder regelmäßig weder als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB noch als gesetz- oder sittenwidrige Umgehung von Gründungs- oder Haftungsvorschriften nach §§ 134, 138 BGB zu bewerten sind, weil die Beteiligten – unabhängig von der Freistellung im Innenverhältnis – in der Regel ernsthaft eine echte Gesellschafterstellung des Treuhänders mit allen Rechten und Pflichten begründen wollen.⁴⁹

1. Gesetzesverstoß

Die Nichtigkeit der Treuhandvereinbarung kann sich aus Spezialgesetzen ergeben: Beabsichtigen die Beteiligten eine nach § 36 Abs. 1 GWB durch die Kartellbehörden angeordnete Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses durch eine Treuhandlösung zu umgehen⁵⁰,

43 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 89; kritisch zu einem generellen, gesellschaftsvertraglichen Verbot von Treuhandvereinbarungen Armbrüster, GmbHR 2001, 941, 947.

44 BayObLG DB 1991, 1270, 1272; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 86; Baumbach/Hueck, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 57; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 99, 113 u. 121.

45 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 86; Baumbach/Hueck, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 57; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, 4. Aufl. 2002, § 15 GmbHG Rn. 169 u. 171; a. A. Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 99 f., 113 f. u. 121.

46 Ausführlicher zu den Motiven der Treuhand: Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 49 ff.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 80 ff.

47 Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Aufl. 2003, § 17 GmbHG Rn. 224.

48 BGH NJW 1976, 713 (allgemein zum Verbot der Abtretung zwecks Umgehung eines Stimmverbotes); OLG Hamburg MittRhNotK 1993, 165, 166; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 15.

49 BGH DB 1982, 108, 109; BGH ZNotP 1999, 290; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 1 GmbH Rn. 40; Flore, GmbH-StB 1999, 258, 260; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 99; Geyrhalter, ZIP 1999, 647; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 517.

50 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 71 f.

ist die Treuhandvereinbarung als Verstoß gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 Satz 2 GWB nichtig.

Darüber hinaus kann ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm im Sinne von § 134 BGB zur Nichtigkeit der Treuhandabrede führen. Von Bedeutung sind insoweit insbesondere die Tatbestände der Steuerhinterziehung, § 370 AO, und der leichtfertigen Steuerverkürzung, § 378 AO. Das Bestehen eines Treuhandverhältnisses ist eine für die Besteuerung erhebliche Tatsache, da aufgrund der im Steuerrecht maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das Treugut und – über die zumindest bei der Verwaltungstreuhand regelmäßig gegebene Weisungsbefugnis des Treugebers – auch die aus dem Treugut fließenden Einkünfte dem Treugeber zugerechnet werden.⁵¹ Eine Treuhandabrede, deren wesentlicher Zweck es ist, unter Verdeckung des Treuhandverhältnisses gegenüber den Finanzbehörden entgegen § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO die steuerliche Zurechnung zum Treuhänder zu erreichen, ist mithin nichtig.⁵² Unredliches Motiv der Beteiligten kann beispielsweise die Ausnutzung einer günstigeren Steuerklasse des Treuhänders oder die steuermindernde Geltendmachung von Verlusten durch den Treuhänder sein. Gewisse – wenn auch lückenhafte – begrenzende Wirkung auf derartige unredliche Praktiken der Steuervermeidung durch Treuhandgestaltung hat die Anzeigepflicht des Notars nach § 54 EStDV (siehe dazu unten H. II.).

Die Nichtigkeit einer Treuhandvereinbarung kann sich ferner daraus ergeben, dass die Treuhand der Verwirklichung betrügerischer Absichten dient, §§ 134 BGB i. V. m. 263 ff. StGB. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn gegenüber Behörden zwecks Erlangung öffentlicher Subventionen oder anderer Förderleistungen ein Treuhänder vorgeschoben wird, weil der Treugeber die Voraussetzungen für die Bewilligung öffentlicher Subventionen bzw. Fördermittel nicht erfüllt, sei es weil er bereits Subventionsempfänger war – z. B. als „Ich-AG“ bereits Leistungen nach dem „2. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23. Dezember 2002 erhalten hat – oder weitere Voraussetzungen in seiner Person nicht erfüllt sind⁵³. Denkbar ist auch, dass durch die Einschaltung eines renommierten und finanzstarken Treuhänders gegenüber Kreditinstituten oder Dritten der Anschein erhöhter Rentabilität und damit Kreditfähigkeit der Gesellschaft zwecks Erlangung ansonsten nicht gewährter Finanzmitteln gezielt erweckt werden soll.

2. Sittenwidrigkeit

Im Bereich der Unwirksamkeit des Treuhandvertrages wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB bewegt man sich auf unsicherem Terrain. Höchststrichterlich bestätigt ist, dass ein Treuhandvertrag wegen übermäßiger Bindung des Treugebers sittenwidrig sein kann. So hat der BGH eine Abrede für sittenwidrig erkannt, durch die der von den Mitgesellschaftern als Störer empfundene Gesellschafter sich verpflichtete, seine mitgliedschaftlichen Rechte auf Lebenszeit durch einen nicht weisungsgebundenen und nicht jederzeit abrufbaren Treuhänder ausüben zu lassen.⁵⁴ Im umgekehrten Fall einer übermäßigen Bindung des Treuhänders durch umfassende Weisungsabhängigkeit wird man eine sittenwidrige Knebelung nicht bejahen können, da die Wei-

sungsgebundenheit typisches Wesensmerkmal der Verwaltungstreuhand als Auftrag bzw. Geschäftsbesorgung ist.⁵⁵

Zu der Frage, ob eine Treuhandabrede, die der Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift oder einer gesellschaftsvertraglichen Regelungen – z. B. eines Stimm- oder Wettbewerbsverbotes – dient, insgesamt sittenwidrig und nichtig ist, ergibt sich in der Literatur und Rechtsprechung kein einheitliches Bild. Nichtig soll eine Treuhandabrede sein, durch die einem Konkurrenten der Gesellschaft die Treugeberstellung verschafft wird.⁵⁶ Das RG hat überdies eine Treuhandabrede als sittenwidrig angesehen, die vereinbart wurde, nachdem die Veräußerung vinkulierter GmbH-Geschäftsanteile nicht genehmigt worden war.⁵⁷ Über diese Einzelaspekte hinaus wird im Schrifttum eine Orientierung an den von der Rechtsprechung und Literatur zu § 138 BGB herausgebildeten Fallgruppen des Treuebruchs und der Verleitung zum Vertragsbruch gefordert und Zurückhaltung mit dem Urteil der Sittenwidrigkeit und insbesondere der Erstreckung der Unwirksamkeit auf die gesamte Treuhandabrede angemahnt.⁵⁸ Ob gesetzliche Verbotsnorm oder vertragliche Regelung, stets sei sorgfältig zu prüfen, ob der Schutzzweck der „umgangenen“ Vorschrift durch die Treuhandabrede berührt werde.⁵⁹ Darüber hinaus sei das für die Qualifizierung als sittenwidrig erforderliche Maß der Rücksichtslosigkeit und damit das Urteil der Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung nur gerechtfertigt, wenn Treuhänder und Treugeber kollusiv und in Schädigungsabsicht zusammenwirken.⁶⁰ Diese Auffassung knüpft an die Rechtsprechung des BGH an, wonach vertragliche Regelungen – hier solche des Gesellschaftsvertrages – im Grundsatz außenstehende Dritte – hier den Treugeber – nicht interessieren müssen⁶¹ und dementsprechend die Verletzung derartiger Regelungen keine Schadensersatzpflicht wegen sittenwidriger Schädigung auslöst.⁶² Der Einbruch in fremde Vertragsbeziehungen soll nach dem BGH die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreiten, wenn nach einer Gesamtwürdigung die Vertragsparteien bewusst den Zweck verfolgen, schuldrechtliche Rechte Dritter zu vereiteln⁶³ oder die

51 Rödder, DB 1988, 195, 196; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 79.

52 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 125.

53 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 81.

54 BGHZ 44, 158, 160 f.

55 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 39 u. 126; a. A. Heining, GmbHR 1954, 98, 101.

56 Ulmer, WPg 1963, 345, 346; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 55.

57 RGZ 69, 134, 137; für Nichtigkeit der Treuhandabrede bei Umgehung einer Vinkulierungsklausel bei der AG auch Sieveking/Techau, AG 1989, 17, 19.

58 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 127 f.

59 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 128; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 54 (nur zur gesetzlichen Verbotsnorm); Schaub, DStR 1995, 1634, 1635 (nur zur vertraglichen Regelung).

60 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 128.

61 BGH NJW 1981, 2184, 2185.

62 BGHZ 12, 308, 317 f.; BGH NJW 1981, 2184, 2185.

63 BGH NJW 1988, 902, 903.

Qualität des Eingriffs ein besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit offenbart.⁶⁴

C. Aspekte der Ausgestaltung des Treuhandvertrages

Der Treuhandvertrag ist bei unentgeltlichem Tätigwerden des Treuhänders als Auftrag nach §§ 662 ff. BGB und bei entgeltlichem Tätigwerden des Treuhänders als Geschäftsbesorgung i. S. d. § 675 BGB zu qualifizieren.⁶⁵ Er ist unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall sorgfältig auszugestalten, wobei regelmäßig folgende Aspekte besonderer Regelung bedürfen: Rechtstellung des Treuhänders, Aufgaben des Treuhänders, Vergütung, Aufwendungsersatz- und Freistellungsansprüche des Treuhänders, Ansprüche des Treugebers auf Gewinn und sonstige Vorteile aus dem Treugut (§ 667 BGB), Weisungsbefugnisse des Treugebers (§ 665 BGB), Rechenschaftslegung, Berichterstattung und Auskunftserteilung durch den Treuhänder (§ 666 BGB), Dauer und Kündigung des Treuhandvertrages, Wettbewerbsverbot, Schutz des Treugebers vor Insolvenz des Treuhänders und Zwangsvollstreckung in das Treugut sowie vor treuwidrigem innergesellschaftlichen Verhalten des Treuhänders und vor treuwidriger Verfügung über das Treugut, Wechsel der Treuhandbeteiligten und schließlich Beendigung der Treuhand. Bei der Ausgestaltung des Treuhandvertrages sind die Vorgaben des Gesellschaftsvertrages zu beachten und bei der Gestaltung sowohl des Gesellschaftsvertrages als auch des Treuhandvertrages ist eine inhaltliche Abstimmung vorzunehmen, um eine Kollusion der gesellschaftsvertraglichen Pflichten und der aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsenden Treuepflichten des Treuhänders mit den Pflichten aus dem Treuhandverhältnis zu vermeiden. Im folgenden sollen einige der vorerwähnten Aspekte der Gestaltung des Treuhandvertrages aufgegriffen werden.

I. Schutz des Treugebers vor Verfügungen des Treuhänders

Der Treuhänder kann als Berechtigter im Außenverhältnis zu Dritten wirksam über den Geschäftsanteil verfügen.⁶⁶ Dies birgt für den Treugeber die Gefahr, dass der Treuhänder abredewidrig über den Geschäftsanteil verfügt und somit die wirtschaftliche Position des Treugebers an dem Geschäftsanteil beeinträchtigt bzw. endgültig aufhebt. Der Treugeber ist dann auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auf der Sekundärebene verwiesen. Etwas anderes gilt nur, wenn das abredewidrige Verfügungsgeschäft ausnahmsweise nach den §§ 134, 138 BGB nichtig ist. Hat der Dritte Kenntnis davon, dass der Treuhänder durch die Verfügung einen Treuebruch gegenüber dem Treugeber begeht, kann die Verfügung gemäß § 134 i. V. m. § 266 StGB oder nach § 138 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Kollusion bzw. der Verleitung zum Vertragsbruch nichtig sein.⁶⁷ In der Praxis dürfte der entsprechende Nachweis durch den Treugeber allerdings schwer zu führen sein. Aus der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht kann der Treugeber keinen Honig saugen. Die Anwendung dieser Lehre auf die Treuhand hätte zur Folge, dass der Erwerb des Treugutes durch Dritte bereits verhindert

würde, wenn der Dritte den Treuebruch kannte oder grob fahrlässig nicht gekannt hat.⁶⁸ Der BGH⁶⁹ und ihm folgend ein Teil der Literatur⁷⁰ hat jedoch die Übertragung der Lehre vom Vollmachtmissbrauch auf die Treuhand an Geschäftsanteilen mit dem Hinweis auf die unterschiedliche Rechtstellung von Treuhänder und Stellvertreter abgelehnt. Der Treuhänder handele gerade nicht in fremden Namen und verfüge über ein fremdes Recht, sondern im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts. Der Gefahr der treuwidrigen Verfügung durch den Treuhänder ist somit durch Gestaltung des Treuhandvertrages bzw. des Gesellschaftsvertrages zu begegnen.

1. Abtretungsverbot als vertragliche Verpflichtung im Treuhandvertrag

Verfügungshindernde Abreden im Treuhandvertrag dergestalt, dass der Treuhänder nicht oder nur mit Zustimmung des Treugebers über den Geschäftsanteil verfügen kann, entfalten aufgrund § 137 BGB lediglich schuldrechtliche Wirkung und vermögen keine unmittelbare Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Außenverhältnis zu bewirken.⁷¹

2. Satzungsregelung oder Vereinbarung über Zustimmungsvorbehalt des Treugebers

Möglicherweise kann eine treuwidrige Abtretung des Treuhänders dadurch vermieden werden, dass in den Gesellschaftsvertrag eine Vinkulierungsklausel aufgenommen wird, wonach die Abtretung über den Geschäftsanteil der Zustimmung des Treugebers bedarf. Insofern ist jedoch umstritten, ob die Abtretung eines Geschäftsanteils mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung nach § 15 Abs. 5 GmbHG von der Zustimmung eines gesellschaftsfremden Dritten – hier des Treugebers – abhängig gemacht werden kann.⁷² Die Zustimmungsbefugnis nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann aber auf einzelne oder alle Gesellschafter übertragen werden.⁷³ Für den Fall, dass der Treugeber auch noch selbst einen Geschäftsanteil hält, bietet die gesellschaftsvertragliche Einräumung der Zustimmungsbefugnis an ihn effektiven Schutz, vorausgesetzt eine solche gesellschaftsvertragliche Gestaltung

64 BGH NJW 1981, 2184, 2185.

65 Schaub, DSStR 1995, 1634, 1636; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 82.

66 RGZ 159, 272, 281; Flore, GmbH-StB 1999, 258, 260 f.; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 162.

67 Schaub, DSStR 1996, 65; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 88 f.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 82.

68 Schaub, DSStR 1996, 65; allgemein zum Missbrauch der Vertretungsmacht nur MünchKomm/Schramm, 4. Aufl. 2001, § 164 BGB Rn. 106 ff.

69 BGH NJW 1968, 1471.

70 Huber, JZ 1968, 791, 793; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 89; Schaub, DSStR 1996, 65; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 163; a.A. Kötz, NJW 1968, 1472; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 196 ff.; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 19; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 583.

71 Schaub, DSStR 1996, 65; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 82.

72 Ablehnend: Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 91; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 91; Beuthien, ZGR 1974, 26, 63 f.; Schaub, DSStR 1996, 65, 66; befürwortend: Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 37; Lessman, GmbHR 1985, 179, 185.

73 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 91.

ist im Gesellschafterkreis durchsetzbar. Die mögliche bloße schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter gegenüber dem außenstehenden Treugeber, die ihr bzw. ihnen satzungsmäßig zustehende Zustimmungsbefugnis nicht ohne Zustimmung des Treugebers auszuüben⁷⁴, bietet nur begrenzten Schutz. Erteilt die Gesellschaft bzw. erteilen die Gesellschafter ohne Konsultation des Treugebers oder trotz Verweigerung der Zustimmung durch den Treugeber die Zustimmung zur Abtretung des Geschäftsanteils vom Treuhänder auf einen Dritten, bleibt der Treugeber wiederum auf Schadensersatzansprüche verwiesen. Hier vermag eine Kopplung des vertraglichen Zustimmungsvorbehalts des Treugebers mit einer Vertragsstrafenregelung die Vertragstreue der Gesellschafter zu steigern.

3. Vollmachtserteilung an Treugeber bzw. Abtretungsangebot

Als weiteres Sicherungsinstrument kann sich der Treugeber vom Treuhänder im Treuhandvertrag eine Vollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen lassen, den Geschäftsanteil jederzeit an sich oder einen Dritten zu übertragen⁷⁵:

„Der Treuhänder erteilt dem Treugeber mit Wirkung für sich und seine Erben die unwiderrufliche Vollmacht, den Geschäftsanteil an einen Dritten oder unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB an sich selbst abzutreten“.

Ähnlicher Schutz wird erreicht, wenn der Treuhänder dem Treugeber im Treuhandvertrag ein großzügig befristetes⁷⁶ und unwiderrufliches Angebot auf Abtretung des Geschäftsanteils macht. Der Treuhänder kann im Voraus auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichten, § 151 Satz 1 BGB:

„Der Treuhänder bietet hiermit dem Treugeber unwiderruflich die Abtretung des Geschäftsanteils an. Der Treugeber kann dieses Angebot innerhalb von X Jahren ab dem heutigen Tag annehmen. Der Treuhänder verzichtet auf den Zugang der Annahmeerklärung.“

Abgesehen davon, dass statutarische Abtretungsvoraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG die Schutzwirkung derartiger Gestaltungen aufheben können – dazu sogleich unter C. I. 4. – leidet die Vollmachten- bzw. Angebotslösung grundsätzlich daran, dass sie nur greift, wenn der Treugeber rechtzeitig von einer beabsichtigten treuwidrigen Verfügung des Treuhänders erfährt und vor der treuwidrigen Verfügung die Vollmacht ausübt bzw. das Angebot annimmt und eine etwa erforderliche Zustimmung einholt.⁷⁷

4. Aufschiebend bzw. auflösend bedingte Abtretung

Der wohl effektivste – wenn auch nicht lückenlose – Schutz des Treugebers vor treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders wird erreicht, wenn der Treuhänder bereits im Treuhandvertrag den Geschäftsanteil aufschiebend bedingt durch jedwede treuwidrige Verfügung des Treugebers über den Geschäftsanteil an den Treugeber abtritt oder, wenn der Treugeber den Geschäftsanteil bei Begründung des Treuhandverhältnisses auf den Treuhänder überträgt, diese Übertragung unter der auflösende Be-

dingung erfolgt, dass der Treuhänder über den Geschäftsanteil treuwidrig verfügt. Der Treugeber ist dann durch § 161 Abs. 1 oder 2 BGB vor Verfügungen des Treuhänders geschützt.⁷⁸ Formulierungen im Treuhandvertrag könnten lauten:

„Der Treuhänder tritt den treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil an den Treugeber ab. Die Abtretung ist aufschiebend bedingt dadurch, dass der Treuhänder über den Geschäftsanteil ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Treugebers verfügt.“ (bei Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand)

„Die Abtretung des Geschäftsanteils an den Treuhänder erfolgt unter der auflösenden Bedingung, dass der Treuhänder über den Geschäftsanteil ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Treugebers verfügt.“ (bei Übertragungstreuhand)

Umfassend geschützt ist der Treugeber durch eine derartige Regelung allerdings nur, wenn der Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Geschäftsanteilen nicht von Zustimmungsvorbehalten oder sonstigen statutarischen Voraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG abhängig macht, die Zustimmung zur Abtretung an den Treugeber bereits mit Abschluss des Treuhandvertrages eingeholt wurde oder – bei der Übertragungstreuhand – die Zustimmung zur Abtretung des Geschäftsanteils vom Treugeber an den Treuhänder erteilt wurde, da in der Zustimmung zur Abtretung an den Treuhänder in Kenntnis des Treuhandverhältnisses in der Regel auch die Zustimmung zur Rückabtretung an den Treugeber gesehen wird⁷⁹ und etwaige weitere statutarische Voraussetzungen in der Person des Treugebers erfüllt sind. Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen eine Vinkulierungsklausel und handelt es sich um eine verdeckte Treuhand, wird die Abtretung an den Treugeber erst mit entsprechender Zustimmung wirksam. Wird diese verweigert, die Zustimmung zur Übertragung des Geschäftsanteils an den Dritten aber erteilt, hat der Treugeber das Nachsehen. Gleiches gilt, wenn sonstige statutarische Voraussetzungen nicht in der Person des Treugebers, aber in der Person des Dritten erfüllt sind.⁸⁰ Dem Treugeber bleiben dann nur Schadensersatzansprüche gegen den Treuhänder.

II. Schutz des Treugebers vor innergesellschaftlichem Verhalten des Treuhänders

Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten ist der Treuhänder. Er und nicht der Treugeber übt die mit der

74 Siehe nur Beuthien, ZGR 1974, 26, 107.

75 Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 82; Schaub, DStR 1996, 66; Flore, GmbH-StB 1999, 258, 261.

76 Um etwaige Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf § 147 BGB zu vermeiden, empfiehlt es sich – entgegen anders lautenden Stimmen in der Literatur und geübter Praxis – das Angebot nicht unbefristet auszugestalten.

77 Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 82; Schaub, DStR 1996, 66.

78 Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 82; Hegmanns, ZIP 1989, 900, 901 f.; Schaub, DStR 1996, 66; Flore, GmbH-StB 1999, 258, 261.

79 BGH NJW 1965, 1376, 1377; BGH NJW 1980, 2708, 2709; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 17; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 57; Schaub, DStR 1995, 1634, 1637; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 153 f.

80 Zur Problematik nachträglich eingeführter statutarischer Abtretungsvoraussetzungen Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 153 ff.

Mitgliedschaft verbundenen Verwaltungsrechte, wie z. B. das Stimmrecht, die Einsichts- und Auskunftsrechte, aus.⁸¹ Innergesellschaftlich zeitig sein Verhalten dabei Rechtswirkung, berührt also z. B. die Wirksamkeit gefasster Beschlüsse im Grundsatz auch dann nicht, wenn sein Verhalten nicht im Einklang mit den Interessen oder Weisungen des Treugebers steht.⁸² Die daraus resultierenden Gefahren für den Treugeber rufen nicht selten bei der Gestaltung von Treuhandvereinbarungen den Wunsch des Treugebers hervor, die Rechtsmacht des Treuhänders zu begrenzen bzw. seine eigene Rechtsposition zu stärken. Diesem Wunsch kann in begrenztem Maße zumindest bei der offenen Treuhand durch Vereinbarungen zwischen Treugeber und den Gesellschaftern bzw. dem Treuhänder Rechnung getragen werden.

1. Stimmrecht

Den wirksamsten Einfluss übt der Gesellschafter in der Gesellschaft über sein Stimmrecht aus. Das Interesse des Treugebers konzentriert sich insofern darauf, dieses innergesellschaftliche Mitwirkungsrecht selbst auszuüben oder zumindest auf die Ausübung – über ein bloßes Weisungsrecht nach § 665 BGB hinaus – Einfluss zu nehmen.

a. Stimmrechtsübertragung

Eine isolierte und vollständige Übertragung des Stimmrechtes auf den Treugeber mit der Folge, dass dem Treuhänder das Stimmrecht nicht mehr zusteht, sollte man in der Kautelarjurisprudenz meiden. Nach der Rechtsprechung und der wohl noch überwiegenden Literatur ist eine solche Stimmrechtsabspaltung, d. h. eine von der Mitgliedschaft losgelöste Übertragung des Stimmrechtes – sei es durch Vereinbarung oder Satzungsregelung –, unwirksam.⁸³ Eine solche unzulässige Übertragung kann aber unter bestimmten Voraussetzungen in eine zulässige Stimmrechtsvollmacht umgedeutet werden.⁸⁴ Einige Stimmen in der Literatur befürworten eine Durchbrechung des Abspaltungsverbotes insbesondere für den Treuhandfall. Insofern wird es – teilweise allerdings nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter – für möglich gehalten, dem Treugeber (zeitlich begrenzt auf das Bestehen des Treuhandverhältnisses) das Stimmrecht zu übertragen.⁸⁵

b. Legitimationszession

Die Zulässigkeit einer Legitimationszession, bei der nicht das Stimmrecht selbst, sondern lediglich die Befugnis zur Ausübung des Stimmrechtes im eigenen Namen an den Treugeber übertragen wird, ist im Recht der GmbH umstritten. Von Seiten der ablehnenden Stimmen wird vorgebracht, dass die Legitimationszession mit dem personalistischen Charakter der GmbH unvereinbar sei.⁸⁶ Von Seiten der Befürworter wird zutreffend angeführt, dass das Gesetz in § 16 Abs. 1 GmbHG ein Auseinanderfallen von Gesellschafterstellung und Befugnis zur Ausübung der Gesellschafterrechte vorsehe und somit keine zwingenden gesetzlichen Regelungen der Legitimationszession entgegenstünden.⁸⁷ Im Recht der Aktiengesellschaft ist überdies die Zulässigkeit der Legitimationszession gesetzlich anerkannt, § 129 Abs. 3 AktG.⁸⁸ Ein anerkannter Grund für eine andere Bewertung der Legitimationszession im Recht der GmbH im Vergleich

zum Recht der AG ist nicht erkennbar. Insbesondere kann vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit dem „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“⁸⁹ befördert hat, dass auch Aktiengesellschaften einen kleinen Gesellschafterkreis haben können, die personalistische Struktur der GmbH als Argument für eine Ungleichbehandlung nicht mehr angeführt werden. In Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung zu dieser Streitfrage ist gleichwohl in der notariellen Beratungspraxis Zurückhaltung im Hinblick auf die Legitimationszession geboten, mag auch die Legitimationszession zumindest in eine zulässige Stellvertretung umgedeutet werden können und somit unter bestimmten Umständen keine negativen Wirkungen auf die Beschlussfassung zeitigen.⁹⁰

c. Vereinbarung eines originären Stimmrechts

Umstritten ist auch die Frage, ob dem Treugeber im Gesellschaftsvertrag ein zusätzliches, originäres Stimmrecht neben dem Stimmrecht der Gesellschafter eingeräumt werden kann. Der VII. Zivilsenat des BGH hat die Einräumung eines zusätzlichen Stimmrechts für Nichtgesellschafter in einem Urteil zur OHG für zulässig gehalten,⁹¹ während der II. Zivilsenat des BGH es bei der Aktiengesellschaft für unzulässig erachtet hat, Inhabern von Genussscheinen vertraglich ein Stimmrecht einzuräumen.⁹² Eine richtungsweisende Entscheidung für das Recht der GmbH liegt nicht vor. In der Literatur ergibt sich ebenfalls kein einheitliches Bild: Überwiegend wird die Einräumung eines der Stellung eines Gesellschafters entsprechenden Stimmrechts an Nichtgesellschafter abgelehnt,⁹³ vereinzelt wird für den Fall der Verwaltungs-

81 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 18 u. § 51a GmbHG Rn. 12; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 538.

82 Heining, GmbHR 1954, 98, 102; Henssler, AcP 196 (1996), 37, 79; differenzierend Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 19; Tebben Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 202; Armbrüster GmbHR 2001, 1021, 1023, die ein Durchschlagen weisungswidriger Stimmrechtsausübung des Treuhänders auf die Wirksamkeit von Beschlüssen bei Gesetzes- und Sittenverstößen bzw. evidenten Pflichtverletzungen befürworten.

83 BGHZ 43, 261, 267; BGH NJW 1968, 396, 397; BGH NJW 1987, 780 (zur AG); Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 Rn. 28; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 20; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 559; Michalski, 2002, § 47 GmbHG Rn. 49; Beuthien, ZGR 1974, 26, 82.

84 BGH DNotZ 1977, 372, 375; Michalski, 2002, § 47 GmbHG Rn. 50; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 22.

85 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1025; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 47 GmbHG Rn. 2 (für die offene Treuhand); Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, 4. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 25; Herfs, Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH, 1994, 104; Ulmer, ZHR 156 (1992), 377, 389.

86 Hachenburg/Raiser, 8. Aufl. 1992, § 14 GmbHG Rn. 33; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 21; ohne weitere Begründung: Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 29; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 559.

87 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1025; derselbe, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 289 f.; Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 55.

88 Theißen, DB 1993, 469, 470; Michalski, 2002, § 47 GmbHG Rn. 53.

89 Vom 2.8.1994, BGBl. I 1994, 1961.

90 So Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 21.

91 BGH NJW 1960, 963, 964.

92 BGHZ 119, 305, 316.

93 Beuthien, ZGR 1974, 26, 82 f.; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 28; Michalski, 2002, § 47 GmbHG Rn. 45.

treuhand postuliert, dass die Stimmrechtsgewährung zugunsten eines Treugebers zulässig sei, da er als „wirtschaftlicher Eigentümer“ gleich einem Gesellschafter am Wohlergehen der GmbH interessiert sei und – wie ein Gesellschafter – den aus der Treuepflicht folgenden Ausübungsbeschränkungen unterliege.⁹⁴ In der Praxis wird die Einräumung eines zusätzlichen Stimmrechts an den Treugeber selten in Betracht kommen. Sie führt zu einer – gemessen an der mittelbaren Beteiligung – überproportionalen Einwirkungsmacht des Treugebers – nämlich über sein Weisungsrecht auf den Treuhänder und über sein originäres Stimmrecht –, mit der in einer mehrgliedrigen Gesellschaft die übrigen Gesellschafter kaum einverstanden sein werden. Angesichts der ungeklärten Rechtslage und der daraus resultierenden Unsicherheiten im Hinblick auf die Wirksamkeit gefasster Beschlüsse kollidiert eine solche Gestaltung in der notariellen Beratungspraxis überdies mit dem Mandat der sicheren Vertragsgestaltung.

d. Zustimmungsvorbehalt zur Beschlussfassung

Ob einem Nichtgesellschafter – wie dies als gesellschaftsvertragliches Sonderrecht für einen Gesellschafter anerkannt ist⁹⁵ – ein Vetorecht dergestalt mit gesellschaftsvertraglicher Wirkung eingeräumt werden kann, dass über bestimmte Angelegenheiten nur mit seiner Zustimmung wirksam Beschluss gefasst werden kann, ist ebenfalls umstritten.⁹⁶ Als zulässig wird zumindest eine schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschafter gegenüber dem Treugeber angesehen, die Beschlussfassung von seiner Zustimmung abhängig zu machen.⁹⁷ Sind die Gesellschafter zur Eingehung einer derartigen Verpflichtung bereit, so gewährt diese alle Gesellschafter bindende Abrede dem Treugeber jedenfalls mehr Schutz als die bloße Verpflichtung des Treuhänders entsprechend den Weisungen des Treugebers abzustimmen. Fassen die Gesellschafter einen Beschluss ohne Einholung oder bei Verweigerung der Zustimmung des Treugebers, so müssen sie mit Schadensersatzansprüchen des Treugebers rechnen. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann hier zusätzlichen Anreiz zur Einhaltung der schuldrechtlichen Verpflichtung durch die Gesellschafter geben.

e. Stimmrechtsvollmacht

Eine zulässige – und auch bei der verdeckten Treuhand greifende – Gestaltungsmöglichkeit ist grundsätzlich die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht an den Treugeber, § 47 Abs. 3 GmbHG.⁹⁸ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass eine solche Vollmachterteilung im Einzelfall nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist. Insbesondere in personalistisch geprägten Gesellschaften ist die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht oftmals nur an Gesellschafter oder Angehörige eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsstandes zugelassen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Stimmrechtsvollmacht haben sich folgende Leitlinien herausgebildet: Unproblematisch ist eine konkurrierende, also neben das Stimm- und Teilnahmerecht des Treuhänders tretende, und widerrufliche Stimmrechtsvollmacht.⁹⁹ Sie bietet allerdings auch den geringsten Schutz für den Treugeber. Unzulässig soll eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht sein¹⁰⁰, wobei allerdings für den Bereich der Treu-

hand eine wichtige Ausnahme zugelassen wird: Zulässig soll auch eine „unwiderrufliche“ Stimmrechtsvollmacht sein, wenn sie in ihrem Fortbestand von der zugrunde liegenden Treuhandvereinbarung abhängig gemacht wird.¹⁰¹ In diesem Fall ist zwar freie Widerruflichkeit durch den Treuhänder ausgeschlossen; dem Treuhänder soll aber auch die Möglichkeit des Widerrufs aus wichtigem Grund verbleiben.¹⁰² Möglich soll ferner sein, dass der Treuhänder flankierend zur Vollmacht einen lediglich schuldrechtlich wirkenden Verzicht auf die Ausübung des Stimmrechts erklärt (verdrängende Vollmacht), wobei dem Treuhänder aber in jedem Fall das Stimmrecht bei Beschlüssen verbleiben soll, die den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffen.¹⁰³ Unzulässig ist grundsätzlich die unwiderrufliche und verdrängende Stimmrechtsvollmacht, die im Ergebnis einer unzulässigen Stimmrechtsabspaltung gleichkäme.¹⁰⁴

f. Stimmbindungsvereinbarung

Bereits nach § 665 BGB ist der Treuhänder als Beauftragter bei der Ausübung der Rechte aus dem Geschäftsanteil an Weisungen des Treugebers gebunden. Regelmäßig enthalten Treuhandverträge eine darüber hinausgehende ausdrückliche Regelung, wonach der Treuhänder sein Stimmrecht in der Gesellschaft *nur* nach den Weisungen des Treugebers ausüben darf. Eine solche Stimmbindung ist nach h.M. im Recht der GmbH grundsätzlich sowohl als Vereinbarung der Gesellschafter untereinander – bedeutend, wenn der Treugeber selbst noch Gesellschafter ist – als auch als Vereinbarung zwischen dem Gesellschafter und einem Dritten – bedeutend, wenn der Treuhänder den Geschäftsanteil für einen gesellschaftsfremden Treugeber hält – zulässig.¹⁰⁵ Eine

94 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1025; derselbe, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 292 f.

95 Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 53 GmbHG Rn. 42; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, 4. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 13.

96 Für ein derartiges Vetorecht für den Treugeber Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1025; derselbe, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 137 u. 294 f.; wohl auch Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; ablehnend Beuthien, ZGR 1974, 26, 55 ff. u. 82; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 217; ablehnend für satzungsändernde Beschlüsse auch RGZ 169, 65, 80 f.

97 BGH NJW 1987, 1890, 1892; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 83; Beuthien, ZGR 1974, 26, 55 ff. u. 82.

98 Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 83; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1024.

99 Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 82 f.; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 560.

100 BGH GmbHR 1977, 244, 246; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 83.

101 BGH GmbHR 1977, 244, 246; Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1024; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 83; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 36.

102 Siehe nur Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 83 m. w. N.

103 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 82; Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 83; gegen die Einschränkung des Verzichts bei Eingriffen in den Kernbereich Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 273.

104 BGH DNotZ 1977, 372, 375; OLG Hamburg GmbHR 1990, 42, 43; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 83; Schaub, DStR 1995, 1634, 1638.

105 BGH NJW 1967, 1963, 1964; BGH ZIP 1983, 432 f.; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 36, 38 ff. u. 42; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 77; Lutter/Hommelhoff,

Stimmbindungsvereinbarung zeitigt allerdings nur schuldrechtliche Wirkung, so dass die unter Missachtung der Stimmbindung gegenüber dem gesellschaftsfremden Treugeber abgegebene Stimme des Treuhänders grundsätzlich wirksam ist¹⁰⁶; der Treugeber ist dann auf Schadensersatzansprüche gegen den Treuhänder verwiesen.¹⁰⁷ Ein Verstoß gegen eine Stimmbindung aller Gesellschafter untereinander, die auch in Treuhandkonstellationen möglich ist, soll allerdings nach Ansicht des BGH zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen.¹⁰⁸ Dieser Auffassung hat sich die Literatur weitgehend angeschlossen.¹⁰⁹

Der Abschluss von Stimmbindungsvereinbarungen zwischen Treuhänder und gesellschaftsfremdem Treugeber ist auch im Hinblick auf strukturändernde Beschlüsse, insbesondere Satzungsänderungen und Konzernbildungsentscheidungen, zulässig. Soweit Stimmbindungen gegenüber Dritten im Hinblick auf derartige strukturändernde Beschlüsse teilweise als Widerspruch zu dem Grundsatz der Satzungsautonomie der Gesellschafter als unzulässig angesehen werden, wird eine Ausnahme gerade für die Stimmbindung gegenüber solchen Dritten zugelassen, die – wie der Treugeber – mittelbar an der Gesellschaft beteiligt und somit als wirtschaftlich Berechtigte selbst den Folgen der Beschlüsse ausgesetzt sind.¹¹⁰ Auch für Stimmbindungsvereinbarungen gegenüber Treugebern sind jedoch bestimmte Grenzen zu beachten: In der Literatur wird vertreten, dass eine Stimmrechtsbindung wirksam nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter vereinbart werden kann, wenn für die Abtretung des Geschäftsanteils die Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich ist.¹¹¹ Eine generalisierende Betrachtung verbietet sich an dieser Stelle. Vielmehr kommt es auf die durch Auslegung zu ermittelnden Zwecke der Vinkulierungsklausel an. Dient die Vinkulierungsklausel der Abwehr von Fremdeinflüssen oder der Wahrung der bestehenden Machtverhältnisse, so wird auch die Stimmbindung – wie auch eine Treuhandabrede – der Zustimmung unterworfen sein. Bezweckt die Vinkulierungsklausel hingegen beispielsweise lediglich die Durchsetzbarkeit von Einlage- oder Nebenleistungspflichten, besteht für eine Erstreckung des Zustimmungserfordernisses auf Stimmbindungsvereinbarungen kein Bedürfnis. Schließlich darf die Stimmbindung im Einzelfall nicht zu einem gesellschaftsrechtlich unzulässigen Abstimmungsverhalten führen oder gegen die guten Sitten verstoßen.¹¹² Stimmrechtsbindungen sind auch dann unzulässig, wenn der Nichtgesellschafter – hier der Treugeber –, wäre er Gesellschafter, einem Stimmrechtsverbot unterliegen würde.¹¹³

2. Informationsrecht

Der Treugeber kann das Verhalten des Treuhänders nur beurteilen und Maßnahmen zu seinem Schutz gegenüber dem Treuhänder nur einleiten, wenn er umfassenden Einblick in die Verhältnisse und die Geschäftsvorfälle der Gesellschaft hat. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51a GmbHG stehen jedoch grundsätzlich allein den Gesellschaftern – im Treuhandverhältnis somit dem Treuhänder – zu.¹¹⁴ Ausnahmsweise soll nach dem BGH dem mittelbar Beteiligten ein eigener Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf Mitteilung des errechneten

Gewinns zustehen, wenn ihm der Gewinnanspruch abgetreten wurde.¹¹⁵ Darüber hinaus wird auch vertreten, dass der Treugeber einen Anspruch auf diejenigen Informationen hat, die er zur Beurteilung seines gesellschaftsrechtlichen Haftungsrisikos (siehe dazu unten D. II.) benötigt.¹¹⁶ Dem Treugeber steht – abgesehen von diesen Spezialfällen – lediglich ein abgeleitetes Informationsrecht über § 666 BGB zu. Danach ist der Treuhänder verpflichtet, dem Treugeber umfassende Auskunft und Rechenschaft über den von ihm verwalteten Geschäftsanteil zu geben. Dieser Anspruch gewährt dem Treugeber – worüber in der Praxis zu wenig belehrt wird – allerdings keinen umfassenden Einblick in die Geschäftsinterna: Zum einen hängt es vom Treuhänder ab, wie gewissenhaft er seine Auskunftspflicht und Rechenschaftspflicht erfüllt oder gemessen an seinen Fähigkeiten erfüllen kann, und zum anderen unterliegt der Treuhänder als Gesellschafter der gesellschaftsrechtlichen Treuebindung in Ausprägung der Geheimhaltungsverpflichtung, die ihn verpflichtet, Geschäftsinterna gegenüber Dritten – mithin auch dem gesellschaftsfremden Treugeber – geheim zu halten¹¹⁷. Der Treuhänder hat dem Interesse der Gesellschaft an Geheimhaltung gegenüber dem Informationsbedürfnis des Treugebers Vorrang einzuräumen, d. h. er hat sich der Informationserteilung an den Treugeber zu enthalten, wenn und soweit er gesellschaftsrechtlich zur Ver-

16. Aufl. 2004, § 47 GmbHG Rn. 5 jeweils mit weiteren Nachweisen; Eden, Treuhandhaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, 63; zur Frage, ob der Abschluss einer Stimmbindungsvereinbarung oder deren Vollstreckbarkeit im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann siehe Piehler, DStR 1992, 1654, 1655.

106 Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 237 f.; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 53.

107 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 60.

108 BGH NJW 1983, 1910, 1911; BGH NJW 1987, 1890, 1892.

109 Siehe nur Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 53 m. w. N.

110 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 42; Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Priester, FS Werner, 1984, 657, 672 f.; Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 78; generell für Zulässigkeit von Stimmbindungen gegenüber Dritten auch bei strukturändernden Beschlüssen Zöllner, ZHR 155 (1991), 168, 182; Piehler, DStR 1992, 1654, 1658.

111 Beuthien, ZGR 1974, 26, 80; Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 78 (beschränkt auf Stimmbindung gegenüber Dritten); Schaub, DStR 1995, 1634, 1639; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 48; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656; wohl auch Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 87; a. A. Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 235; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 77.

112 BGH WM 1970, 904 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 77; Piehler, DStR 1992, 1654, 1655 f. und 1657; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 86; Schaub, DStR 1995, 1634, 1639; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1023; Eden, Treuhandhaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 65.

113 BGHZ 48, 163, 166; Schaub, DStR 1995, 1634, 1639; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 86; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1024; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 47; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 541.

114 BayObLG GmbHR 1993, 741, 742; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 51a GmbHG Rn. 12; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1026; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85;

115 BGH WM 1975, 1299 (zur stillen Gesellschaft); Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85.

116 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1026.

117 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1026; Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85 f.

schwiegenheit verpflichtet ist.¹¹⁸ Eine verlässliche Richtschnur, in welchem Umfang Informationen an den Treugeber zulässigerweise weitergeleitet werden können, ist nicht erkennbar. Teilweise wird dem Treuhänder auferlegt bei der personalistisch strukturierten GmbH die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen, wenn die Information über die Angelegenheiten des Treuhänder-Gesellschafters, z. B. seinen Gewinnanspruch, hinausgehen¹¹⁹, teilweise wird dem Informationsbedürfnis des Treugebers gegenüber dem gesellschaftlichen Geheimhaltungsbedürfnis bei der offenen Treuhand, die mit Billigung der Gesellschafter vereinbart wurde, mehr Raum gegeben, weil die Gesellschafter durch die Billigung der Treuhand ihr Interesse an Geheimhaltung partiell zurückgenommen haben.¹²⁰ Eine Informationsweitergabe soll nach weiterer Auffassung im Schrifttum ferner zulässig sein, soweit diese nicht zu einer konkreten Gefährdung von Gesellschaftsinteressen führt.¹²¹

Angesichts dieser unbefriedigenden gesetzlichen Lage des Treugebers bleibt die Frage, ob durch vertragliche Gestaltung die Situation des Treugebers, der nicht zugleich Gesellschafter ist, optimiert werden kann. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51a GmbHG sind als unselbständiger Teil der Mitgliedschaft nicht ohne den Geschäftsanteil übertragbar.¹²² Auch die Zulässigkeit der Überlassung des Informationsrechtes an den Treugeber zur Ausübung im eigenen Namen ist im Hinblick auf das Abspaltungsverbot höchstpersönlicher Rechte von dem Geschäftsanteil zumindest zweifelhaft.¹²³ Möglich ist, dass der Treuhänder den Treugeber zur Geltendmachung dieser Rechte bevollmächtigt, soweit dies nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist.¹²⁴ Darüber hinaus kann die Gesellschaft dem Treugeber schuldrechtlich eigenständige Informationsrechte einräumen.¹²⁵ Diese Lösung kommt allerdings bei der verdeckten Treuhand nicht in Betracht.

III. Gesamt- und Einzelzwangsvollstreckung gegen Treugeber und Treuhänder

1. Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder

Eine typische Treuhandgefahr besteht darin, dass der treuhänderisch gehaltene Geschäftsanteil aufgrund der Vollrechtstellung des Treuhänders dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger des Treuhänders in der Einzelzwangsvollstreckung und in der Insolvenz ausgesetzt ist. Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen können die Gläubiger insofern sowohl in den Geschäftsanteil selbst als auch in einzelne isolierbare Vermögenswerte (z. B. Gewinnbezugsrecht) ausbringen. In der Insolvenz fällt der treuhänderisch gehaltene Geschäftsanteil in die Insolvenzmasse. Die dem Treugeber aufgrund des Treuhandvertrages zustehenden schuldrechtlichen Ansprüche gegen den Treuhänder auf Abtretung des Geschäftsanteils begründen nach den allgemeinen insolvenz- und vollstreckungsrechtlichen Grundsätzen keine Sonderrechte des Treugebers im Hinblick auf den gepfändeten Geschäftsanteil. Gleichwohl wird dem Treugeber, weil ihm das Treugut wirtschaftlich zuzuordnen ist, bei Insolvenz des Treuhänders ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) und bei Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Treugut die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO)

zugebilligt¹²⁶, teilweise jedoch mit der Einschränkung, dass diese Rechte nicht geltend gemacht werden können, wenn die Inanspruchnahme des Treuhänders durch die Mitgliedschaft in der Gesellschaft veranlasst ist¹²⁷. Die Rechtsprechung¹²⁸ und Teile der Literatur¹²⁹ erkennen aufgrund des von ihnen vertretenen *Unmittelbarkeitsprinzips* überdies dem Treugeber ein Aussonderungsrecht bzw. Recht zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage nur zu, wenn er das Treugut dem Treuhänder unmittelbar aus seinem Vermögen übertragen hat. Dem liegt der Versuch zugrunde, die an sich systemwidrige Ausdehnung der oben genannten Rechte auf den Treugeber nicht konturenlos auszudehnen. Es soll vielmehr genau bestimmbar sein, welche Gegenstände im Einzelfall aussonderungsfähiges Treugut darstellen. Trotz der überzeugenden und wachsenden Kritik¹³⁰ an dem Unmittelbarkeitsprinzip ist in der notariellen Praxis derzeit von dessen Geltung auszugehen. Der Notar hat die Vertragsbeteiligten darüber zu belehren, dass der Treugeber zwar bei der Übertragungstreuhand, nicht jedoch bei der Vereinbarungs- und Erwerbstreuhand gewissen Schutz durch das insolvenz- und vollstreckungsrechtliche Instrumentarium erfährt, und dem Sicherungsbedürfnis des Treugebers durch Gestaltung des Treuhandvertrages Rechnung zu tragen.¹³¹

118 Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Roth/Töni, Treuhand- und Unterbeteiligung, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, 245, 276; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 573.

119 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 51a GmbHG Rn. 14.

120 Roth/Töni, Treuhand- und Unterbeteiligung, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, 245, 276 f.; Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 573.

121 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1026.

122 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 51a GmbHG Rn. 14; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 556.

123 Für Unzulässigkeit BGHZ 25, 115, 122 f. (zur KG); Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85.

124 Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 51a GmbHG Rn. 15; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 51a GmbHG Rn. 5; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 562.

125 Schaub, DStR 1995, 1634, 1638; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 556.

126 BGH NJW 1954, 190, 192; BGH NJW 1993, 2622; BGH NJW 1978, 1859 (zu § 771 ZPO); Beuthien, ZGR 1974, 26, 65 f.; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 601; Schaub, DStR 1996, 65, 68 f.; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 170 f.; Nerlich/Römermann, InsO, Stand 2000, § 47 Rn. 37; Kübler/Prütting, InsO, Stand 11/2000, § 47 Rn. 26; Uhlenbruck, 12. Aufl. 2003, § 47 InsO Rn. 33; Wimmer/Joneleit/Imberger, Frankfurter Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 1999, § 47 InsO Rn. 41; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 298 ff. (auch zu der Problematik der Teiltreuhand, bei der der Treuhänder den Geschäftsanteil teils im eigenen und teils im fremden Interesse hält).

127 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 600; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 98; Beuthien, ZGR 1974, 26, 74; a.A. Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 304 ff.

128 BGH WM 1964, 179; BGH NJW 1993, 2622.

129 Baumbach/Lauterbach, 61. Aufl. 2003, § 771 ZPO Rn. 22; Hess, Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 1999, § 47 Rn. 221; Haarmeyer/Wützle/Förster, Handbuch zur InsO, 2001, Kapitel 5 Rn. 389.

130 Siehe hierzu ausführlich Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 17 ff.; Schaub, DStR 1996, 65, 68 f.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 90; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 603 f.

131 Schmitz, ZNotP 1998, 11, 12 f.

Dies kann dadurch geschehen, dass dem Unmittelbarkeitsprinzip Geltung verschafft wird, sei es dass der Treugeber den Geschäftsanteil zunächst kurzzeitig selbst erwirbt bzw. übernimmt und dann an den Treuhänder unter Begründung des Treuhandverhältnisses abtritt oder bei der Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand der vom Treuhänder erworbene bzw. gehaltene Geschäftsanteil kurzzeitig an den Treugeber abgetreten und unmittelbar danach wieder an den Treuhänder abgetreten wird. Diesem Zwischenerwerb des Treugebers kann nicht entgegengehalten werden, der Erwerb des Treugebers sei nicht ernstlich gewollt und berge daher die Gefahr wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten zu werden, da Zweck der Konstruktion allein sei, dem Treugeber ein Vorrecht gegenüber den Gläubigern des Treuhänders zu verschaffen.¹³² Es steht den Vertragsbeteiligten grundsätzlich frei, eine Gestaltung zu wählen, die dem Treugeber eine vom Gesetz oder von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Rechtsposition einräumt. Dass diese Rechtsposition den Treugeber gegenüber den übrigen Gläubigern bevorzugen, ist gerade von der Rechtsprechung akzeptiert und kann daher nicht zur Rechtfertigung einer die Anfechtung begründenden Gläubigerbenachteiligungsabsicht herangezogen werden. Diese vertragliche Gestaltung ist von den Vertragsbeteiligten dann auch ernstlich gewollt, da nur dadurch ihr Ziel, dem Postulat des Unmittelbarkeitsprinzips Rechnung zu tragen und dem Treugeber insolvenz- und vollstreckungsrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen, erreicht werden kann.¹³³ Diese Sicherungsmöglichkeit scheidet jedoch aus, wenn die Vertragsbeteiligten die mit der zusätzlichen Beurkundung verbundenen Kosten scheuen, die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Zustimmungen nicht eingeholt werden können oder das Treuhandverhältnis nicht offengelegt werden soll. Aus gleichen Gründen kommt auch eine Verpfändung des treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteils zur Sicherung des Anspruchs auf (Rück-)Übertragung an den Treugeber, die ohnehin in der Insolvenz lediglich ein Absonderungsrecht gewährt (§ 50 Abs. 1 InsO), nicht in Betracht.¹³⁴

Die Erteilung einer Vollmacht an den Treugeber im Treuhandvertrag zur jederzeitigen Abtretung des Geschäftsanteils an sich oder einen Dritten oder die Abgabe eines Abtretungsangebotes durch den Treuhänder, welches der Treugeber jederzeit annehmen kann, bieten dem Treugeber keine ausreichende Sicherheit, da sie die rechtzeitige Kenntnis des Treugebers von der Insolvenz- bzw. Vollstreckungsgefahr und ein Tätigwerden vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. Pfändung durch Einzelzwangsvollstreckung voraussetzen.¹³⁵

Als vertragliches Sicherungsmittel kann bei der Vereinbarungs- und Erwerbstreuhand die aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils und – als zusätzliches Sicherungsmittel – bei der Übertragungstreuhand die auflösend bedingte Rückabtretung an den Treugeber für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treuhänders, die Ablehnung desselben mangels Masse oder das Ausbringen von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteil vorgesehen werden.¹³⁶ Die Zulässigkeit einer solchen vertraglichen Gestaltung wurde durch eine Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahr 1997 bestätigt.¹³⁷ Einzelne

Stimmen in der Literatur raten jedoch an, als aufschiebende oder auflösende Bedingung nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. vorzusehen, sondern allgemein an die Beendigung des Treuhandverhältnisses anzuknüpfen und dem Treugeber durch ein jederzeitiges Kündigungsrecht die Möglichkeit zu geben, die Beendigung herbeizuführen.¹³⁸ Diese Gestaltungsweise ist gerichtlich noch nicht auf den Prüfstand gestellt worden und erweist sich außerhalb der vollstreckungsrechtlichen Problematik als unflexibel (siehe dazu C. IV.). In jedem Fall ist es ratsam, die Beteiligten über die verbleibenden Risiken der Gestaltung in Form der aufschiebend oder auflösend bedingten (Rück-)Abtretung zu belehren und einen entsprechenden Belehrungsvermerk in die Urkunde aufzunehmen.

Für einen wirksamen Schutz des Treugebers sind überdies die Vorgaben des Gesellschaftsvertrages zu beachten. Eine Satzungsbestimmung, die für den Fall der Gesellschafterinsolvenz den Einzug des Geschäftsanteils vorsieht, hat grundsätzlich Vorrang; bei Einziehung wäre der Treugeber auf das Abfindungsguthaben verwiesen. Auch hinsichtlich eines lediglich bestehenden Liquidationserlöses sowie bereits ausgeschütteter Gewinne vermag die bedingte Abtretung des Geschäftsanteils den Gläubigerzugriff nicht abzuwehren. Flankierend sollte daher auch die Abtretung sowohl der Ansprüche des Treuhänders gegen die Gesellschaft auf etwaige Abfindungsguthaben sowie Liquidationserlöse als auch des Gewinnbezugsrechts in den Treuhandvertrag aufgenommen werden.¹³⁹ Schließlich sollten sämtliche für die Abtretung nach Gesetz (§ 17 GmbHG) oder Gesellschaftsvertrag (z. B. bei Anteilsvinkulierung) erforderlichen Zustimmungen bereits zu der bedingten Abtretung eingeholt werden.¹⁴⁰

Eine Formulierung im Treuhandvertrag könnte für die Vereinbarungs- und Erwerbstreuhand lauten:

„Der Treuhänder tritt den treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteil an den Treugeber ab. Die Abtretung ist aufschiebend bedingt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treuhänders, die Ablehnung desselben mangels Masse oder das Ausbringen von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteil. Bedingungslos abgetreten werden überdies die Ansprüche des Treuhänders gegen die Gesellschaft auf etwaige Abfindungsguthaben und Liquidationserlöse so-

132 So aber Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 98; Thomas, NJW 1968, 1705, 1707.

133 Siehe auch Schmitz, ZNotP 1998, 11, 17.

134 Schmitz, ZNotP 1998, 11, 18; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 606.

135 Schaub, DStR 1996, 65, 69.

136 Schaub, DStR 1996, 65, 69; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, S. 98; Beuthien, ZGR 1974, 26, 72 f.; Hegmanns, ZIP 1989, 900, 901; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 607; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 170 i. V. m. 159.

137 OLG Hamm MittRhNotK 1998, 64 ff.

138 Schmitz, ZNotP 1998, 11, 14 ff.; Eckhardt, MittRhNotK 1998, 66 f.; dagegen Gottwald, MittRhNotK 1998, 276 ff.

139 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 607 f.; Schaub, DStR 1996, 65, 69; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1022.

140 Schmitz, ZNotP 1998, 11, 16; Schaub, DStR 1996, 65, 69.

wie das Gewinnbezugsrecht. Der Treugeber nimmt diese Abtretungen an.“

2. Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treugeber

Bei Gesamt- oder Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treugeber kommt den Gläubigern die wirtschaftliche Zuordnung des Geschäftsanteils zum Treugeber zugute: Zwar können Gläubiger des Treugebers nicht unmittelbar in das vom Treuhänder gehaltene Treugut vollstrecken.¹⁴¹ Sämtliche Ansprüche des Treugebers aus dem Treuhandverhältnis, insbesondere sein Herausgabeanspruch gegen den Treuhänder, gehören aber in der Insolvenz zur Masse. Das Treuhandverhältnis erlischt nach §§ 115 Abs. 1, 116 InsO; der Herausgabeanspruch wird fällig. Die Ansprüche des Treugebers aus dem Treuhandverhältnis können Gläubiger des Treugebers auch im Wege der Einzelzwangsvollstreckung pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.¹⁴²

IV. Regelungen bei Beendigung des Treuhandverhältnisses

Wird das Treuhandverhältnis beendet¹⁴³, ist das Interesse des Treugebers darauf gerichtet, den Geschäftsanteil – so dieser nicht endgültig beim Treuhänder verbleiben soll – auf sich oder einen Dritten zu übertragen. Die Durchsetzung des Anspruchs des Treugebers auf Abtretung kann Schwierigkeiten bereiten, wenn der Treuhänder ein Zurückbehaltungsrecht am Treugut geltend macht, verstorben, handlungsunfähig oder aus anderen Gründen nicht erreichbar ist. Dieser Gefahr kann begegnet werden, indem der Treuhänder im Treuhandvertrag dem Treugeber eine (über den Tod des Treuhänders wirkende) Vollmacht zur Abtretung des Geschäftsanteils erteilt oder ein unwiderrufliches und unbefristetes Angebot zur Abtretung des Geschäftsanteils auf den Treugeber oder einen Dritten abgibt (siehe hierzu bereits unter C. I. 3.). Möglich ist auch die Aufnahme einer aufschiebend (bei Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand) oder auflösend (bei Übertragungstreuhand) bedingten (Rück-)Abtretung des Geschäftsanteils im Treuhandvertrag für den Fall der Beendigung der Treuhand.¹⁴⁴ Problematisch ist jedoch die Abfassung der Bedingung. Stellt man auf die Absendung der Kündigungserklärung ab¹⁴⁵, erfasst man nicht sämtliche Beendigungsgründe und grenzt so den bezweckten Schutz des Treugebers ein. Möglich ist, allgemein an die Beendigung des Treuhandverhältnisses anzuknüpfen.¹⁴⁶ Der dadurch geschaffene starre (Rück-)Übertragungsmechanismus gewährt allerdings dem Treugeber nicht die Möglichkeit, den Geschäftsanteil ohne Zwischenerwerb des Treugebers auf einen Dritten zu übertragen. Zwar kann man eine flexiblere Gestaltung erreichen, wenn man kumulativ die Beendigung des Treuhandverhältnisses und die Nichtabtretung des Geschäftsanteils an einen Dritten innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach Beendigung des Treuhandverhältnisses zur Bedingung erhebt, die flexibelste Lösung im Falle der Beendigung der Treuhand bleibt jedoch die Vollmachts- oder Abtretungsangebotsvariante.

Unabhängig davon, ob es sich um eine Übertragungs-, Erwerbs- oder Vereinbarungstreuhand handelt, bedarf eine bei Beendigung des Treuhandverhältnisses er-

folgende Abtretung an den Treugeber oder einen Dritten der notariellen Form nach § 15 Abs. 3 GmbHG.¹⁴⁷ Dass statutarische Abtretungsvoraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG den vertraglichen Schutzmechanismen Grenzen setzen können, wurde bereits unter C. I. 4. ausgeführt.

D. Haftung von Treugeber und Treuhänder

I. Haftung des Treuhänders

Der Treuhänder ist Vollgesellschafter und damit – ungeachtet der Tatsache, dass er seinen Geschäftsanteil ganz oder teilweise treuhänderisch hält – der Gesellschaft und Dritten gegenüber wie jeder Gesellschafter verantwortlich bzw. haftbar.¹⁴⁸ Die Verantwortung reicht insbesondere von einer etwaigen unbeschränkten Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG im Vorgründungsstadium, der Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG, der Unterbilanz- oder Verlustdeckungshaftung bei der Vor-GmbH, der Gründerhaftung nach § 9a GmbHG über die Verpflichtung zur Erbringung der Stammeinlage und die Haftung für die Kapitalaufbringung und -erhaltung (§§ 7, 16 Abs. 3, 19 Abs. 2, 24, 30, 31, 32a GmbHG) bis hin zur Haftung nach Ausscheiden für rückständige Leistungen nach §§ 16 Abs. 3, 22 GmbHG.¹⁴⁹ Der Treuhänder unterliegt auch dann der Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, wenn eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht an ihn, sondern unmittelbar an den Treugeber erbracht worden ist.¹⁵⁰ Ebenso wird ihm im Zusammenhang mit den Grundsätzen zur Behandlung verdeckter Sacheinlagen die Leistung der Gesellschaft an seinen Treugeber zugerechnet, § 19 Abs. 5 GmbHG.¹⁵¹

Gegenüber dem Treugeber haftet der Treuhänder für schuldhaft schlechte Verwaltung des Geschäftsanteils

141 BGHZ 11, 37, 41.

142 Ausführlich und insbesondere zur Problematik bei vinkulierten Geschäftsanteilen Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 609 f.; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 171 f.; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 294 ff.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 90.

143 Eine Übersicht über die Beendigungsgründe geben Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 152 ff.; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 617 ff.

144 Hegmanns, ZIP 1989, 900, 901; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 158 ff.

145 So Hegmanns, ZIP 1989, 900, 902.

146 So Schmitz, ZNotP 1998, 11, 19 (allerdings motiviert durch den Schutz des Treugebers vor Vollstreckungsmaßnahmen in das Treugut).

147 Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 229; Schaub, DStR 1995, 1634, 1636.

148 Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 366 ff.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 87; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 539; Seidl, DStR 1998 (ausführlich zu den Gestaltungsmöglichkeiten für eine Minimierung der Haftungsrisiken des Treuhänders).

149 Siehe nur Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 539.

150 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1029; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 542; a.A. Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 31 Rn. 12.

151 BGHZ 110, 47, 67 (zur AG); Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1028; Gerkan, EWIR 1999, 559, 560; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 542.

nach § 280 BGB. Der Sorgfaltsmaßstab richtet sich nach § 276 BGB, so dass der Treuhänder sogar für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat. Dies kann insbesondere bei unentgeltlich vereinbarter Treuhand unangemessen sein. Im Treuhandvertrag kann eine Beschränkung des Haftungsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit oder Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten aufgenommen werden.¹⁵²

II. Haftung des Treugebers

Der Treugeber ist in die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft in erheblichem Umfang einbezogen und sollte hierüber anlässlich des Abschlusses des Treuhandvertrages belehrt werden. Nach § 9 a Abs. 4 GmbHG haftet der Treugeber neben den Gesellschaftern per Gesetz für ordnungsgemäße Angaben und die Kapitalaufbringung im Rahmen der Gründung der GmbH.¹⁵³ Darüber hinaus finden auf den Treugeber über § 32 a Abs. 3 GmbHG die Regelungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen Anwendung, d. h. Darlehen des Treugebers qualifizieren bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen als Eigenkapital und können in der Insolvenz nur als nachrangige Insolvenzforderungen geltend gemacht werden.¹⁵⁴ Nach im Schrifttum¹⁵⁵ nicht unumstrittener höchstrichterliche Rechtsprechung haftet der Treugeber zusätzlich zum Treuhänder wie ein Gesellschafter aus dem Gesichtspunkt der Finanzierungsverantwortung auch für die Kapitalaufbringung und entsprechend §§ 19, 24 GmbHG sowie die Kapitalerhaltung entsprechend §§ 30, 31, GmbHG.¹⁵⁶ Ob den Treugeber auch die Differenzhaftung nach § 9 GmbHG sowie die Haftung nach den Grundsätzen der Unterbilanz- oder Verlustdeckungshaftung bei der Vor-GmbH trifft, ist gerichtlich noch nicht entschieden worden.¹⁵⁷ Ein Haftungsdurchgriff auf den Treugeber auf Grundlage des § 11 Abs. 2 GmbHG ist indes von der Rechtsprechung abgelehnt worden.¹⁵⁸ In der Literatur wird auch ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Treugeber bei unzulässiger Gewinnausschüttung sowie eine Schadensersatzhaftung aus angemaßter Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) und als faktischer Geschäftsführer (§ 43 Abs. 2 GmbHG analog) sowie eine deliktsrechtliche Verantwortung und eine – allerdings subsidiäre – Haftung wegen Verletzung einer den Treugeber treffenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Grundsatz bejaht.¹⁵⁹

Soweit eine unmittelbare Haftung des Treugebers ausscheidet, haben Gläubiger des Treuhänders die Möglichkeit, den Aufwendungsersatzanspruch des Treuhänders gegen den Treugeber nach §§ 669, 670, 257 BGB zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Der Befreiungsanspruch soll sich insofern in einen Zahlungsanspruch umwandeln.¹⁶⁰ Allerdings ist der Befreiungsanspruch des Treuhänders eines Geschäftsanteils gegen den Treugeber subsidiär, d. h. der Treuhänder muss zunächst vergeblich ggf. die Gesellschaft oder seine Mitgesellschafter (§ 426 BGB) in Anspruch nehmen, was sich auch bei einer Vollstreckung in den Befreiungsanspruch auswirkt.¹⁶¹ Ein Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs des Treuhänders gegen den Treugeber im Treuhandvertrag kann als Verstoß gegen § 138 BGB nichtig sein.¹⁶²

E. Übertragung der Treuhänder- bzw. Treugeberstellung

I. Auswechslung des Treuhänders

Soll der Treuhänder ausgewechselt werden bedarf es der Übertragung einerseits des Geschäftsanteils und andererseits des schuldrechtlichen Treuhandverhältnisses auf den neuen Treuhänder. Das Treuhandverhältnis kann durch Kündigung und Neuabschluss, im Wege eines dreiseitigen Vertrages zwischen altem und neuem Treuhänder sowie dem Treugeber oder im Wege der Vertragsübernahme gemäß § 415 BGB mit Zustimmung des Treugebers auf den neuen Treuhänder „verlagert“ werden. Bei der Abtretung des Geschäftsanteils an den neuen Treuhänder sind statutarische Abtretungsvoraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG genauso zu beachten wie das Formerfordernis nach § 15 Abs. 3 GmbHG.¹⁶³ Allerdings greift das Formerfordernis nicht, wenn der Treugeber seinen Herausgabeanspruch gegen den Treuhänder an den neuen Treuhänder abtritt; insofern bleibt aber die in Erfüllung des Herausgabeanspruchs erfolgende Abtretung zwischen altem und neuem Treuhänder formbedürftig.¹⁶⁴

II. Auswechslung des Treugebers

Der Treugeber kann seine Rechtsposition auf einen neuen Treugeber mit Zustimmung des Treuhänders zur

152 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 580; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 88.

153 Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 9a Rn. 13; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1026; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 547; teilweise wird eine Haftung abgelehnt, wenn der Treugeber keinen oder nur unbedeutenden Einfluss auf den Gründungsvorgang hatte, vgl. nur Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 9a GmbHG Rn. 3; Schmidt, NJW 1980, 1769, 1771; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 9a GmbHG Rn. 26.

154 BGHZ 31, 258, 266 ff.; BGHZ 75, 334, 335 ff.; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 548 m. w. N.

155 Siehe nur Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 2 Rn. 62 ff.; Ehlke, DB 1985, 795, 803; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1026 f. und 1028 f., der die Gesellschaft generell auf die Pfändung des Freistellungsanspruchs des Treuhänders gegen den Treugeber verweisen und dem Treugeber mit einer Einwendungssperre belegen will; Köhl, GmbHR 1998, 119 ff., der die Haftung des Treugebers gegenüber der Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter begründet.

156 BGHZ 31, 258, 266 f.; BGHZ 75, 334, 335 (zur Kapitalerhaltung), BGHZ 118, 107, 110 ff. (zur Kapitalaufbringung).

157 Dies wird vom Standpunkt der Rechtsprechung teilweise für konsequent erachtet, vgl. Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 550; ablehnend Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 391.

158 BGH WM 1977, 73, 75; OLG Oldenburg NZG 2000, 378, 380; so auch Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 553.

159 Armbrüster, GmbHR 2001, 1021, 1030.

160 Schaub, DStR 1996, 65, 67; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, 61.

161 Schaub, DStR 1996, 65, 67; Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl. 1989, 61 m.w.H.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 89.

162 Siehe hierzu Schaub, DStR 1996, 65, 67.

163 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 135 f. u. 138; derselbe, GmbHR 2001, 941, 949; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 613.

164 BGHZ 75, 352, 355; BGHZ 19, 69, 71 f.; Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 15 GmbHG Rn. 51; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 138; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, 322; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 56; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 16.

Vertragsübernahme oder durch einen dreiseitigen Vertrag zwischen altem und neuem Treugeber sowie Treuhänder überleiten. Ohne das Einvernehmen des Treuhänders kann ein Wechsel in der Person des Treugebers nicht erfolgen, § 664 Abs. 2 BGB. Der Treugeber kann allerdings ohne Mitwirkung des Treuhänders seinen Herausgabeanspruch sowie ein etwaiges Anwartschaftsrecht aus einer bedingten (Rück-)Abtretung übertragen.¹⁶⁵ Die Übertragung der gesamten Treugeberstellung an einem GmbH-Geschäftsanteil bedarf nach der Rechtsprechung¹⁶⁶ und dem überwiegenden Schrifttum¹⁶⁷ der notariellen Beurkundung analog § 15 Abs. 3 GmbHG. Zur Begründung wird angeführt, dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise dem Treugeber die Inhaberschaft an dem Geschäftsanteil zugerechnet werde und der Normzweck – nämlich die Erschwerung eines spekulativen Anteilshandels – umgangen werden könnte, wenn die Übertragung der gesamten Treugeberrechte möglich wäre. Auch die isolierte Abtretung des Herausgabeanspruchs des Treugebers an den neuen Treugeber wird als formbedürftig angesehen.¹⁶⁸ Überwiegend wird bei vinkulierten Geschäftsanteilen für die Übertragung der Treugeberrechte eine Zustimmung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter für erforderlich erachtet (siehe hierzu unter B. III. 1.).¹⁶⁹ Ob bei Übertragung der Treugeberstellung in der Person des neuen Treugebers auch sonstige statuarische Abtretungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen, wird in der Rechtsprechung und Literatur nur vereinzelt ausdrücklich diskutiert und ist – wie bei der Begründung des Treuhandverhältnisses – umstritten (siehe hierzu B. III. 2.).¹⁷⁰

F. Mehrheit von Treugebern und Treuhändern

I. Mehrheit von Treugebern

Treuhandkonstellationen, bei denen auf Treugeberseite mehrere Personen stehen, kommen in der notariellen Praxis immer wieder vor. Motiviert sind derartige Gestaltungen häufig durch ein Verbergungsinteresse, d. h. mehrere Personen sollen an einer GmbH zwar wirtschaftlich beteiligt sein, aber einige oder alle Beteiligten wollen nicht als Gesellschafter nach außen in Erscheinung treten. Eine Personenmehrheit auf Treugeberseite kann auch durch den Wunsch nach Optimierung des Einflusses auf die Gesellschaft durch effektive Bündelung von Beteiligungen veranlasst sein, so z. B. wenn ein Familienstamm seine Beteiligungen durch einen Treuhänder ausüben lässt. Auch zum Zwecke der effektiveren Koordinierung einer gemeinschaftlichen Beteiligung an einem Geschäftsanteil, z. B., wenn dieser von einer Erbengemeinschaft gehalten wird, kann die Einschaltung eines Treuhänders sinnvoll sein. Die jeweilige Motivlage beeinflusst dabei die Gestaltung des Treuhandverhältnisses. Im Folgenden sollen insbesondere die mit der mehrgliedrigen Treuhand aufgrund Verbergungsinteresse verbundenen Probleme an folgendem Beispielfall erörtert werden:

A, B und C beabsichtigen gemeinsam und zu gleichen Teilen ein Geschäft in der Rechtsform der GmbH zu betreiben. B und C wollen allerdings nicht als Gesellschafter nach außen in Erscheinung treten. Nur A soll letztlich

Gesellschafter sein und entsprechende Anteile für B und C treuhänderisch halten; die Einschaltung weiterer Personen soll – soweit möglich – verhindert werden.

1. Gestaltungsmöglichkeit

Die Gründung der GmbH durch alle drei Gesellschafter und gleichzeitige Abtretung der auf B und C entfallenden Geschäftsanteile aufschiebend bedingt durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an A unter Begründung eines Treuhandverhältnisses wird dem Verbergungsinteresse von B und C nicht gerecht. Die zum Handelsregister einzureichende Gründungsurkunde sowie die Gesellschafterliste offenbaren die Tatsache, dass B und C Gründungsgesellschafter sind; selbst wenn die Begründung des Treuhandverhältnisses in diesen Fällen zweckmäßigerweise nicht in die Gründungsurkunde aufgenommen wurde, wird ein kundiger Dritter bei unmittelbarer Abtretung des Geschäftsanteils nach Gründung ein Treuhandverhältnis vermuten. Gleiches gilt, wenn zwar nur A die Gesellschaft gründet, im unmittelbaren Anschluss daran aber Teilgeschäftsanteile an B und C abtritt, die diese Geschäftsanteile wiederum unter Begründung eines Treuhandverhältnisses an A abtreten. Auch hier macht die von der Geschäftsführung zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste¹⁷¹ die – wenn auch nur für eine logische Sekunde bestehende – Beteiligung von B und C publik und legt die Hin- und Herabtretung der Geschäftsanteile die Begründung eines Treuhandverhältnisses nahe. Möglich, aber von den Beteiligten nicht favorisiert, ist die Einschaltung weiterer Personen als Treuhänder von B und C, die gemeinsam mit A die Gesellschaft gründen oder von A entsprechende Geschäftsanteile übernehmen. Die Gesellschaft kann schließlich nur durch einen Gesellschafter gegründet werden, der bei der Gründung ganz oder – wie im Beispielfall – teilweise als Treuhänder agiert.¹⁷² Der alleinige Gründungsgesellschafter – hier A – kann jedoch an-

¹⁶⁵ Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 139 f.; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 615.

¹⁶⁶ BGH NJW 1965, 1376, 1377.

¹⁶⁷ Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 616; Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 15 GmbHG Rn. 51; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 16; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, Anh. § 15 Rn. 53; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 144; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 321.

¹⁶⁸ BGHZ 75, 352, 354 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, 4. Aufl. 2002, § 15 GmbHG Rn. 67; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 56; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 144; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 321.

¹⁶⁹ RGZ 159, 272, 282; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, Anh. § 15 GmbHG Rn. 53; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 85; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 16; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 616; Däubler, GmbHR 1966, 243, 246; a.A. Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 140 ff.; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 324; Roth/Thöni, Treuhand und Unterbeteiligung, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, 245, 264 ff.

¹⁷⁰ Dafür RGZ 159, 272, 282; wohl auch Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 15 GmbHG Rn. 51; Michalski, 2002, § 15 GmbHG Rn. 215 u. 217; ablehnend Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 143.

¹⁷¹ Siehe hierzu auch unter H. III und Fn 230.

¹⁷² Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 2 Rn. 68; Schmitz, ZNotP 1998, 11.

lässlich der Gründung nur einen Geschäftsanteil übernehmen, § 5 Abs. 2 GmbHG¹⁷³; das jeweilige Treuhandverhältnis wird insofern – im Wege der Erwerbs- oder Vereinbarungstreuhand – an einem Teil des Geschäftsanteils begründet.¹⁷⁴

2. Stimmrecht

Problematisch ist in dieser Konstellation die Ausübung des Stimmrechts als wesentliches Instrument der Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft. Der Gesellschafter und die Treugeber haben regelmäßig ein Interesse daran, dass sie im Hinblick auf ihren „Anteil“ an dem Geschäftsanteil auch die Stimmrechtsmacht ausüben. Die Ausübung des Stimmrechts steht grundsätzlich allein dem Gesellschafter – hier A – zu. Es stellt sich insofern die Frage, ob jeder Treuhandbeteiligte, soweit er selbst Interessenträger ist, die Stimmrechtsmacht an seinem „Anteil“ am Geschäftsanteil – ggf. über entsprechende Weisungsrechte im Treuhandvertrag oder sonstige Mechanismen (siehe hierzu unter C. II. 1) – unabhängig von den anderen Treuhandbeteiligten ausüben kann.

a) Einheitlicher Geschäftsanteil

Hält der Treuhänder lediglich einen Geschäftsanteil, ist Voraussetzung für eine solche Verteilung der Stimmrechtsmacht unter den Treuhandbeteiligten, dass das Stimmrecht aus einem Geschäftsanteil uneinheitlich ausgeübt werden kann. Nach heute herrschender Ansicht kann jedoch die Abstimmung aus einem einzelnen Geschäftsanteil nur einheitlich erfolgen.¹⁷⁵ Zur Begründung dieses Gebotes der einheitlichen Stimmrechtsausübung wird insbesondere § 18 Abs. 1 GmbHG herangezogen, wonach die Rechte aus einem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können.¹⁷⁶ Überwiegend wird insofern angenommen, dass auch die Satzung das Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe aus einem Geschäftsanteil nicht beseitigen kann.¹⁷⁷ In der notariellen Praxis sind demgemäß Gestaltungen zu verhindern, in denen der Treuhänder, obwohl er nur einen Geschäftsanteil hält, aufgrund der Treuhandverträge jedem Treugeber gegenüber zur weisungsgemäßen Ausübung des Stimmrechts verpflichtet ist. Hier sind Kollisionen der unterschiedlichen Interessen und damit Konflikte bei der Stimmrechtsausübung und der Durchführung der Treuhandverträge vorprogrammiert.

b) Mehrere Geschäftsanteile

Anders stellt sich die Situation hingegen dar, wenn der Gesellschafter Inhaber mehrerer Geschäftsanteile ist. Ein Teil des Schrifttums will bei mehreren Anteilen in der Hand eines Gesellschafters eine uneinheitliche Stimmabgabe für jeden Geschäftsanteil generell zulassen.¹⁷⁸ Andere Stimmen verlangen ein schutzwürdiges Interesse des Gesellschafters, das bei der Bindung gegenüber einem oder mehreren Treugebern bejaht wird.¹⁷⁹ Für die hier interessierenden Gestaltungen, dass hinter der mehrfachen Beteiligung verschiedene Treugeber oder teils der Treugeber, teils der Treuhänder als Interessenträger steht, wird damit nach beiden Auffassungen eine „gespaltene“ Stimmabgabe des Gesellschafters für zulässig erachtet. Sind an der Gesellschaft – anders als im Bei-

spielsfall – neben dem Treuhänder weitere Gesellschafter beteiligt, wird die ein schutzwürdiges Interesse fordernde Auffassung allerdings dazu führen, dass der Treuhänder das Bestehen verschiedener Treuhandverhältnisse oder des Treuhandverhältnisses offen legen muss, um gegenüber der Gesellschaft sein berechtigtes Interesse an der uneinheitlichen Stimmabgabe darzulegen.

Meines Erachtens ist die Forderung eines „schutzwürdigen Interesses“ für eine uneinheitliche Abstimmung aus verschiedenen Geschäftsanteilen abzulehnen. Das Gesetz kennt keinen Grundsatz, wonach ein Gesellschafter sein Stimmrecht aus verschiedenen Geschäftsanteilen nur einheitlich ausüben darf, vielmehr behalten Geschäftsanteile, so sie in einer Hand zusammenfallen, gerade nach § 15 Abs. 2 GmbHG ihre rechtliche Selbständigkeit. Weder ist ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft oder der anderen Gesellschafter an einer einheitlichen Stimmabgabe aus verschiedenen Geschäftsanteilen noch an der Offenlegung der Motive für eine gespaltene Stimmabgabe ersichtlich. Als Fazit bleibt festzuhalten, dass dem Interesse der Treuhandbeteiligten einer mehrgliedrigen Treuhand, jeweils das auf ihren „Anteil“ entfallende Stimmrecht auszuüben bzw. – durch Gestaltung des Treuhandvertrages – zu beeinflussen dadurch Rechnung getragen werden kann, dass der Treuhand-Gesellschafter Geschäftsanteile in Höhe der auf die Treuhandbeteiligten entfallenden Quoten hält.¹⁸⁰ Allerdings verbleibt bei dieser Gestaltung ein gewisses Restrisiko, da sie höchststrichterlich – soweit ersichtlich – noch nicht bestätigt wurde.

173 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 5 GmbHG Rn. 25; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 5 GmbHG Rn. 7; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 14 GmbHG Rn. 3.

174 Schmitz, ZNotP 1998, 11; zur Abgrenzung der Treuhand von der Unterbeteiligung siehe Peters, Treuhand und Unterbeteiligung an Geschäftsanteilen, 2003; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000.

175 BGH WM 1964, 1188; BGHZ 104, 66, 74; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 69; Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 58 f.; Heckelmann, AcP 170 (1970), 306, 339 ff.; Priester, FS Weichler, 1997, 101, 108 ff. u. 113 (allerdings für uneinheitliche Stimmrechtsausübung bei abweichender Satzungsregelung); Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 11.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, 4. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 39; a.A. Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 255 ff. und 260 ff.; derselbe, GmbHR 2001, 1021, 1024, der vorbehaltlich eines Ausschlusses der gespaltene Stimmrechtsabgabe in der Satzung eine uneinheitliche Stimmabgabe aus einem Geschäftsanteil generell befürwortet; Hachenburg/Schilling, 7. Aufl. 1979, § 47 GmbHG Rn. 18 u. 21 (zumindest für uneinheitlicher Stimmrechtsausübung aus einem Geschäftsanteil bei verschiedenen Interessenträgern, z.B. Treuhandkonstellationen); Winter, GmbHR 1965, 23, 29 (allerdings Stimmrechtsspaltung ablehnend, wenn zwischen Treugebern eine Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaft besteht).

176 Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 59; Heckelmann, AcP 170 (1970), 306, 339 ff.; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 69; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, 4. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 39.

177 Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 GmbHG Rn. 11; Heckelmann, AcP 170 (1970), 306, 341 f.; Winter, GmbHR 1965, 29; a.A. Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 64; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 Rn. 73.

178 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 251 f.; Heckelmann, AcP 170 (1970), S. 306, 338 f.; Scholz/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 72.

179 Hachenburg/Hüffer, 8. Aufl. 1997, § 47 GmbHG Rn. 61; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 47 Rn. 11; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, 4. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 40.

180 Heckelmann, AcP 170 (1970), 306, 341.

Die für diese Gestaltung erforderliche Schaffung der Geschäftsanteile kann im Ausgangsfall anlässlich der Gründung nur erreicht werden, wenn entsprechende Stammeinlagen von den Treuhandbeteiligten – A, B und C – oder dem Gesellschafter A sowie weiteren zwei Personen, die insoweit als Treuhänder für B und C handeln, übernommen werden. In letzterem Fall kann dem Wunsch von B und C an Verbergung ihrer Beteiligung entsprochen werden. Nach der Gründung oder aufschiebend bedingt durch die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister können die für B und C gehaltenen Geschäftsanteile dann – unter Übertragung der Treuhandverhältnisse (siehe dazu unter E. I.) – an A abgetreten werden. Die Einschaltung nur einer weiteren Person bei der Gründung, die eine Stammeinlage treuhänderisch für B und C übernimmt und den Geschäftsanteil dann später entsprechend den Quoten von B und C teilt und die Teilgeschäftsanteile an A unter Übertragung des Treuhandverhältnisses abtritt, ist im Hinblick auf § 17 Abs. 5 GmbHG risikobehaftet. Zwar soll die gleichzeitige Übertragung mehrerer Geschäftsanteile an denselben Erwerber – hier A – ausnahmsweise zulässig sein, wenn die Aufteilung nicht „Selbstzweck“, sondern wirtschaftlich gerechtfertigt ist.¹⁸¹ Ob die Begründung unterschiedlicher Treuhandverhältnisse insoweit allerdings als Rechtfertigung qualifiziert, ist ungeklärt.¹⁸² Die Teilung des Geschäftsanteils durch den alleinigen Gründungsgesellschafter A ist wegen § 17 GmbHG nicht möglich. Durch § 17 GmbHG soll der Handel und Verkehr mit Geschäftsanteilen erschwert und die Zahl der Gesellschafter tendenziell begrenzt werden.¹⁸³ § 17 GmbHG geht daher vom Prinzip der Unteilbarkeit des Geschäftsanteils aus, lässt aber Ausnahmen – insbesondere die Teilung bei Veräußerung nach § 17 Abs. 6 Satz 1 GmbHG – zu. Nach herrschender Meinung ist insofern die Teilung eines Geschäftsanteils in der Hand eines Gesellschafters, die sog. Vorratsteilung, unzulässig.¹⁸⁴ Auch die Satzung kann die Teilungsmöglichkeit von Geschäftsanteilen nicht erweitern.¹⁸⁵ Möglich ist aber, dass A als alleiniger Gründungsgesellschafter den Geschäftsanteil zwecks Abtretung an Dritte teilt und diese die Geschäftsanteile dann wieder an A zurückabtretet. Bei dieser Variante sollte jedoch zwecks Vermeidung etwaiger Schenkungsvorgänge sorgsam darauf geachtet werden, dass die Dritten die Geschäftsanteile nur treuhänderisch erhalten.

e) Stimmrechtspool

Kommt eine Teilung des Geschäftsanteils nicht in Betracht und wollen die Treugeber auf ihre Stimmrechtsmacht hinsichtlich ihres „Anteils“ am Geschäftsanteil nicht verzichten, bleibt nur die Vereinbarung eines Stimmrechtspools unter den Treuhandbeteiligten. In diesem Stimmrechtspoolvertrag kann der Abstimmungsmodus sowie Regelungen über die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschaft vereinbart und so eine mittelbare Einflussnahme der Treugeber hergestellt werden. Ist nur der Treuhänder – wie im Ausgangsfall – Gesellschafter, können die Regelungen des Gesellschaftsvertrages in den Poolvertrag aufgenommen werden. Insofern sollte jedoch darauf geachtet werden, dass die Anteile der Treuhandbeteiligten an dem Geschäftsanteil mit den Satzungsregelungen betreffend die auf einen

Geschäftsanteil entfallenden Stimmen harmonisieren. Ist der Treuhänder nicht der alleinige Gesellschafter kann die Vereinbarung eines Stimmrechtspools zu einer Verschiebung der Stimmrechtsverhältnisse in der Gesellschaft führen, d. h. die auf einen Treuhandbeteiligten entfallenden Stimmen könnten im Pool überstimmt werden und stützen dann im Hinblick auf die Abstimmung in der Gesellschaft eine andere Beschlussfassung, während sie bei unmittelbarer Abstimmung in der Gesellschaft das Beschlussergebnis im Sinne des im Pool überstimmt Treuhandbeteiligten hätten beeinflussen können. Darauf sollte im Treuhandvertrag hingewiesen werden.

3. Schutz der Treugeber vor Vollstreckungsmaßnahmen gegen Treuhänder

Setzt eine Gesamthandsgemeinschaft oder eine Bruchteilsgemeinschaft einen Treuhänder zur effektiven Verwaltung des Geschäftsanteils ein und tritt diesem hierzu den Geschäftsanteil ab, so greifen zum Schutz der Treugeber die Rechte auf Aussonderung und Drittwiderspruchsklage bei Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder. Gleiches gilt, wenn der Treuhänder mehrere Geschäftsanteile hält, die ihm von den jeweiligen Treugebern abgetreten wurden. Problematisch ist der Vollstreckungsschutz der Treugeber jedoch, wenn der Treuhänder einen oder mehrere Geschäftsanteile für verschiedene Treugeber hält und diesen bzw. diese nicht unmittelbar von den Treugebern erlangt hat. Hier versagt zum Schutze der Treugeber vor dem Hintergrund des Unmittelbarkeitsprinzips das vollstreckungsrechtliche Instrumentarium (dazu unter C. III. 1). Hält der Treuhänder mehrere selbständige Geschäftsanteile für verschiedene Treugeber, können zum Schutz des jeweiligen Treugebers die vertraglichen Schutzmechanismen, insbesondere eine aufschiebend bedingte Abtretung (siehe unter B. III. 1), vereinbart werden. Auch wenn der Treuhänder von seinem einheitlichen Geschäftsanteil mehrere unausgeschiedene Teilgeschäftsanteile ganz oder – wie im Ausgangsfall – teilweise treuhänderisch für verschiedene Treugeber hält, kann die Treuhand dadurch vollstreckungsfest gestaltet werden, dass der Treuhänder diese unausgeschiedenen Teilgeschäftsanteile bereits in der Treuhandabrede aufschiebend bedingt für den Fall der Insolvenz des Treuhänders bzw. das Ausbringen von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteil an den jeweiligen Treugeber abtritt. § 17 Abs. 6 GmbHG steht dem nicht entgegen, da der Teilung insofern Abtretungsverträge zugrunde liegen. Allerdings empfiehlt es sich, bereits bei der Vereinbarung der Treuhand sowohl eine evtl. erforderliche Zustimmung nach § 15 Abs. 5 GmbHG als auch die Teilungsgenehmigung nach § 17 Abs. 1 GmbHG einzuholen.

181 BGHZ 11, 124, 126 ff.; OLG Schleswig NZG 2000, 318; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 17 GmbHG Rn. 18.

182 Siehe dazu Gutachten DNotI 45688, 2 f.

183 OLG Hamm, DB 1976, 907, 908; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 17 GmbHG Rn. 1.

184 OLG Frankfurt DB 1977, 2180; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 17 GmbHG Rn. 6; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 17 GmbHG Rn. 7; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 17 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 17 GmbHG Rn. 2.

185 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 17 GmbHG Rn. 7.

II. Mehrheit von Treuhändern

Die Einsetzung mehrerer Treuhänder durch einen Treugeber ist in der Praxis eher selten. Halten mehrere Treuhänder verschiedene Geschäftsanteile jeweils für ein und denselben Treugeber, handelt es sich um verschiedene Treuhandverhältnisse, hinsichtlich derer es keine Besonderheiten gibt. In Betracht kommt aber auch, dass mehrere Personen als Treuhänder einen Geschäftsanteil für einen Treugeber halten. Motiv für eine solche Gestaltung kann das Bedürfnis des Treugebers an effektiverer Kontrolle bei der Ausübung der Gesellschafterrechte sein, insbesondere, wenn der Treugeber die ihm trotz Treuhandverhältnis mögliche Einflussnahme auf die Gesellschaft oder den Treuhänder nicht ausüben kann oder will.

1. Begründung der Treuhandstellung

Mehrere Personen können einen Geschäftsanteil als Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) dadurch erwerben, dass sie bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung gemeinschaftlich eine Stammeinlage übernehmen oder ihnen der Geschäftsanteil als Teilhaber abgetreten wird.¹⁸⁶ Das Treuhandverhältnis kann – wie sonst auch – im Wege der Erwerbs-, Übertragungs- oder Vereinbarungstreuhand begründet werden. Die Abtretung des ideellen Anteils am Geschäftsanteil unterliegt – wie die Übertragung des ganzen Geschäftsanteils – den Formvorschriften des §§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG sowie etwaigen statuarischen Abtretungsvoraussetzungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG¹⁸⁷. Insofern sind bei der Begründung der Treuhandstellung der Bruchteilberechtigten am Geschäftsanteil ebenfalls die Formvorschriften und Genehmigungserfordernisse – wie unter B. II. und III. dargestellt – einschlägig. Die Abtretung des Geschäftsanteils an die Bruchteilsgemeinschaft wie auch die Abtretung des ideellen Anteils stellen jedoch keine Teilung nach § 17 GmbHG dar¹⁸⁸; eine Genehmigung nach § 17 Abs. 1 GmbHG ist insofern nicht erforderlich.

2. Stellung der Treuhänder zur Gesellschaft

Die in Bruchteilsgemeinschaft berechtigten Treuhänder sind im Verhältnis zur Gesellschaft nicht jeder für sich Gesellschafter¹⁸⁹, sondern sie sind es nur zusammen als Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft. Sie können die Rechte aus dem Geschäftsanteil nach § 18 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich nur gemeinschaftlich ausüben¹⁹⁰, d. h. die Rechte können nicht ausgeübt werden, wenn sich die Mitberechtigten nicht einig werden.¹⁹¹ Diese gemeinschaftliche Ausübung kann dadurch erfolgen, dass alle Mitberechtigten durch übereinstimmendes Handeln unmittelbar mitwirken – was in der Praxis die Tätigkeit der Treuhänder durch erhöhten Abstimmungsbedarf nicht unwesentlich erschwert – oder die Mitberechtigten durch einen gemeinsam bestellten Vertreter handeln – was indes dem Kontrollinteresse des Treugebers zuwiderlaufen kann –.¹⁹² § 18 Abs. 1 GmbHG ist dabei nicht zwingend; der Gesellschaftsvertrag kann abweichende Regelungen, z. B. die Rechtsausübung durch einen gemeinsamen Vertreter vorschreiben und nähere Bestimmungen über seine Person treffen.¹⁹³ Unter Berücksichtigung der gesellschaftsvertraglichen Vorgaben ist somit anlässlich der notariellen Beratung zu prüfen, ob das mit der Ein-

setzung mehrerer Treuhänder verbundene Ziel des Treugebers überhaupt erreicht werden kann.

Die mitberechtigten Treuhänder haften der Gesellschaft für die auf den Geschäftsanteil zu erbringenden Leistungen als Gesamtschuldner, § 18 Abs. 2 GmbHG. Einseitige Rechtshandlungen wie z. B. Einladungen zu Gesellschafterversammlungen, Kündigungen etc.¹⁹⁴ kann die Gesellschaft gegenüber einem Mitberechtigten mit Wirkung für die Geschäftsanteilsgemeinschaft vornehmen, § 18 Abs. 3 GmbHG. Auch diese Regelung führt zu einem erhöhten Abstimmungsbedarf zwischen den Treuhändern.

3. Stellung der Treuhänder zueinander

Soweit nicht § 18 GmbHG oder der zwischen den Treuhändern und dem Treugeber abgeschlossene Treuhandvertrag speziellere Regelungen enthält, bestimmt sich das Verhältnis der bruchteilberechtigten Treuhänder untereinander nach §§ 741 ff. BGB. Regelungsbedarf besteht insofern zum einen im Hinblick auf die interne Willensbildung zwischen den Treuhändern und die hierfür erforderlichen Mehrheiten. Ist die Einsetzung mehrerer Treuhänder dadurch motiviert, dass diese sich gegenseitig kontrollieren sollen, so bietet sich das Einstimmigkeitsprinzip an. Dadurch und bei Einsetzung von zwei Treuhändern kann jedoch leicht eine Pattsituation entstehen, die eine im Interesse des Treugebers gebotene Ausübung der Gesellschafterrechte empfindlich hemmen kann. Überdies sollte zum Schutz des Treugebers das Recht, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, soweit nach § 749 Abs. 2 und 3 BGB möglich, ausgeschlossen werden.

4. Stellung der Treuhänder zum Treugeber

Das Verhältnis der Treuhänder zum Treugeber wird durch den Treuhandvertrag geregelt, bei dessen Gestaltung die bereits unter C. dargelegten Aspekte zum Schutz des Treugebers Beachtung finden sollten. Zwar wird in derartigen Konstellationen das Interesse des Treugebers regelmäßig weniger darauf gerichtet sein, die Geschicke der Gesellschaft durch Wahrnehmung innergesellschaftlicher Rechte weitgehend selbst mit zu beeinflussen. Der Treugeber wird aber durch Gestaltung des Treuhandvertrages vor treuwidrigen Verfügungen beider Treuhänder über den Geschäftsanteil oder eines Treuhänders über seinen ideellen Anteil (vgl. § 747 BGB), Vollstreckungsmaßnahmen in das Treugut und Problemen bei der Beendigung der Treuhand zu schützen sein (hierzu C.

186 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 5.

187 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 18 GmbHG Rn. 4; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 5.

188 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 17 Rn. 5 f. und § 18 GmbHG Rn. 4; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 5.

189 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 12.

190 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2002, § 47 GmbHG Rn. 70 (für Stimmrecht).

191 Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 4.

192 Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 4f.; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 20.

193 Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 6; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 18 GmbHG Rn. 3; Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 19.

194 Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 34; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 18 GmbHG Rn. 9; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 18 GmbHG Rn. 6.

I, III. und IV.). Auch kann ein Schutz des Treugebers vor weisungswidrigem Begehren auf Aufhebung der Gemeinschaft, § 749 BGB, empfehlenswert sein. Auch insofern kommt eine bedingte (Rück-)Abtretung in Betracht. Wird zum Schutz des Treugebers für vorgenannte Fälle eine bedingte (Rück-)Abtretung vereinbart, ist genau zu differenzieren, was Gegenstand der Rückabtretung ist: Soll lediglich der ideelle Anteil nur des betroffenen oder die ideellen Anteile beider Treuhänder übertragen werden, so ist hinsichtlich der Übertragung § 17 GmbHG nicht zu beachten. Soll hingegen der vom betroffenen Treuhänder gehaltene Anteil als Teilgeschäftsanteil übertragen werden, ist die Einholung der Genehmigung nach § 17 Abs. 1 GmbHG im Vorhinein empfehlenswert. Die Abrede ist – unabhängig davon, ob Gegenstand der (Rück-)Abtretung der ideelle Bruchteil oder der Teilgeschäftsanteil ist – nach § 15 Abs. 3 GmbHG (analog) beurkundungsbedürftig. Zur Problematik des 15 Abs. 5 GmbHG kann auf die Ausführungen unter C. I. 4. verwiesen werden.

G. Treuhandverhältnisse in Umwandlungsfällen

Sowohl für die Gestaltung von Treuhandvereinbarungen als auch anlässlich der notariellen Begleitung von Umwandlungsvorgängen kann die Frage, welche Auswirkungen die Umwandlung der Gesellschaft auf den Fortbestand einer treuhänderischen Beteiligung und das Treuhandverhältnis hat, bedeutsam werden.

I. Einzelne Umwandlungsvorgänge

Umwandlungsvorgänge haben generell keine Auswirkungen auf treuhänderische Beteiligungen, wenn diese an dem aufnehmenden Rechtsträger bestehen.¹⁹⁵ Die übertragenden Rechtsträger bestehen jedoch nach dem Umwandlungsvorgang verändert fort oder erlöschen. Die sich daraus für die treuhänderische Bindung der Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger ergebenden Auswirkungen sollen für die Fälle der Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung Ausgliederung) sowie des Formwechsels und der Verschmelzung skizziert werden.

1. Aufspaltung

Bei der Aufspaltung nach § 123 Abs. 1 UmwG überträgt ein Rechtsträger unter Auflösung sein Vermögen auf andere bestehende oder von ihm neu gegründete Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger an die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers. Der übertragende Rechtsträger erlischt mit Eintragung der Spaltung in das Register des übertragenden Rechtsträgers, § 131 Abs. 1 Ziffer 2 UmwG. Mit Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers erlöschen auch die Mitgliedschaftsrechte und Rechte Dritter, die an diesem Anteil bestehen¹⁹⁶; mithin kann auch eine treuhänderische Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger nicht fortbestehen.¹⁹⁷ Es stellt sich die Frage, ob sich die treuhänderische Beteiligung an den übernehmenden Rechtsträgern, an denen nunmehr der Treuhänder beteiligt ist (§ 131 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 1 UmwG), fortsetzt. Für die Aufspaltung sieht § 131 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 2 UmwG als Wirkung der Ein-

tragung der Umwandlung vor, dass solche Rechte, die Dritten an den bisherigen Anteilen zustanden, an den an ihre Stelle tretenden Anteilen der übernehmenden Rechtsträger weiter bestehen. In der Literatur wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass diese Regelung lediglich *dingliche* Rechtspositionen wie das Pfandrecht, das Pfändungspfandrecht, den Nießbrauch¹⁹⁸, aber auch ein Anwartschaftsrecht aufgrund der durch Kündigung des Treuhandvertrages bedingten (Rück-)Abtretung des Anteils vom Treuhänder auf den Treugeber erfasst¹⁹⁹. Für rein *schuldrechtliche* Rechtsverhältnisse, wie die Treuhand, soll die Regelung grundsätzlich nicht gelten mit der Folge, dass ein Fortbestehen der treuhänderischen Beteiligung an den übernehmenden Rechtsträgern nicht schon per Gesetz angenommen werden könne.²⁰⁰

Die „Fortgeltung“ des Treuhandverhältnisses an den Anteilen der übernehmenden Rechtsträger kann sich jedoch durch (ergänzende) Auslegung des ursprünglichen Treuhandvertrages ergeben.²⁰¹ In der Praxis sind in Treuhandverträgen ausdrückliche Regelungen im Hinblick auf Umwandlungsvorgänge selten enthalten. Trotz Fehlens einer solchen Regelung wird jedenfalls bei der Verwaltungstreuhand im Regelfall der Wille des Treugebers darauf gerichtet sein, seine mittelbare Beteiligung und sein damit verbundenes „wirtschaftliches Eigentum“ durch die Umwandlung der Gesellschaft nicht zu verlieren²⁰² und der Wille des Treuhänders dahingehen, aufgrund der Umwandlung der Gesellschaft künftig nicht selbst das wirtschaftliche Risiko der Beteiligung zu tragen. Im Wege der Auslegung des Treuhandvertrages wird man somit in aller Regel zu einer „Fortgeltung“ der treuhänderischen Bindung kommen müssen.²⁰³

195 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 620.

196 Lutter/Teichmann, 2. Aufl. 2000, § 131 UmwG Rn. 5.

197 Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 338.

198 Kallmeyer/Marsch-Barner, 2. Aufl. 2001, § 20 UmwG Rn. 31; Lutter/Teichmann, 2. Aufl. 2000, § 131 UmwG Rn. 6; Widmann/Mayer/Vossius, Stand März 2004, § 202 UmwG Rn. 171; Schmitt/Hörtnagl/Straz, 3. Aufl. 2001, § 131 UmwG Rn. 98; Semler/Stengel/Kübler, 2003, § 131 InsO Rn. 30; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 147.

199 Widmann/Mayer/Vossius, Stand März 2004, § 202 UmwG Rn. 171 i. V. m. Fn. 3; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 620.

200 Kallmeyer/Marsch-Barner, 2. Aufl. 2001, § 20 UmwG Rn. 31; Widmann/Mayer/Vossius, Stand März 2004, § 202 UmwG Rn. 17; Schmitt/Hörtnagl/Straz, 3. Aufl. 2001, § 131 UmwG Rn. 98; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 620; a. A. Lutter/Teichmann, 2. Aufl. 2000, § 131 UmwG Rn. 8, der eine analoge Anwendung des § 131 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 2 UmwG auf Treuhandverhältnisse befürwortet, wenn die Treuhand mit Zustimmung der Gesellschafter begründet wurde.

201 Kallmeyer/Marsch-Barner, 2. Aufl. 2001, § 20 UmwG Rn. 31; Lutter/Grunewald, 2. Aufl. 2000, § 20 UmwG Rn. 64; Semler/Stengel/Kübler, 2003, § 131 InsO Rn. 30; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 148; zustimmend auch Schwarz DNotZ 2001, 490; Lutter/Teichmann, 2. Aufl. 2000, § 131 UmwG Rn. 7, der die Auffassung vertritt, aus dem ursprünglichen Treuhandvertrag ergebe sich die Verpflichtung zum Abschluss einer Nachfolgerevereinbarung; ähnlich Schmitt/Hörtnagl/Straz, 3. Aufl. 2001, § 131 UmwG Rn. 98.

202 So auch Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 148; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 621; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 339.

203 A. A. Kallmeyer/Marsch-Barner, 2. Aufl. 2001, § 20 UmwG Rn. 31; Lutter/Grunewald, 2. Aufl. 2000, § 20 UmwG Rn. 64.

2. Abspaltung

Bei der Abspaltung nach § 123 Abs. 2 UmwG überträgt ein Rechtsträger einen Teil seines Vermögens auf einen oder mehrere bestehende(n) oder von ihm gegründete(n) Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen an diesen übernehmenden Rechtsträgern an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers. Der übertragende Rechtsträger bleibt bestehen. Die vom Treuhänder gehaltene Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger verändert sich rechtlich nicht, sondern lediglich wirtschaftlich insofern als bestimmte Vermögenswerte der Gesellschaft nunmehr auf andere Gesellschaften übertragen wurden. Die treuhänderische Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger besteht – wenn der Treuhandvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt – fort.²⁰⁴ Durch die Abspaltung hat der Treuhänder jedoch eine oder mehrere Beteiligungen an dem oder den übernehmenden Rechtsträger(n) hinzubekommen. Die Einbeziehung dieser Beteiligungen in die treuhänderische Bindung aus dem Treuhandvertrag mit dem Treugeber folgt – wie bereits oben bei der Aufspaltung ausgeführt – nicht bereits aus der auch für die Abspaltung geltenden gesetzlichen Regelung des § 131 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 2 UmwG, sondern kann sich (und wird sich regelmäßig) im Wege der Auslegung des bestehenden Treuhandvertrages ergeben.

3. Ausgliederung

Durch die Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG wird ein Teil des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers auf einen oder mehrere bestehende(n) oder durch ihn gegründete(n) Rechtsträger übertragen gegen Gewährung von Anteilen an dem bzw. den übernehmenden Rechtsträger(n) an den übertragenden Rechtsträger. Bei der Ausgliederung erlischt der übertragende Rechtsträger nicht, er wird vielmehr Anteilsinhaber an den Gesellschaften, auf die er Vermögenswerte ausgegliedert hat (§ 131 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 3 UmwG). Die vom Treuhänder gehaltene Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger bleibt unverändert bestehen; es findet lediglich eine Umstrukturierung des Vermögens der Gesellschaft in Form eines bilanziellen Aktivtauschs statt: Finanzanlagen in Form von Beteiligungen an den bzw. dem übernehmenden Rechtsträger(n) treten an die Stelle der ausgegliederten Vermögenswerte. Eine Auswirkung der Ausgliederung auf die treuhänderische Beteiligung ist – soweit der Treuhandvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt – nicht erkennbar.²⁰⁵

4. Formwechsel

Wird eine Gesellschaft formwechselnd in eine andere Rechtsform umgewandelt nach § 190 UmwG, bleibt die Identität des Rechtsträgers gewahrt.²⁰⁶ Die Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers werden entsprechend dem Umwandlungsbeschluss an dem Rechtsträger in veränderter Rechtsform beteiligt.²⁰⁷ Die Beteiligung selbst bleibt bestehen und ändert lediglich ihre rechtliche Qualität. Insofern wird zu Recht und ungeachtet von der Frage, ob § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 UmwG nur für dingliche Rechte gilt, befürwortet, dass auch schuldrechtliche Belastungen von Anteilen wie Treuhandverhältnisse bereits kraft der Kontinuität der Mitgliedschaft an dem identischen Anteil fortbestehen²⁰⁸,

soweit nicht der Treuhandvertrag ausnahmsweise etwas anderes bestimmt.

5. Verschmelzung

Bei der Verschmelzung nach § 2 UmwG ergibt sich ein ähnliches Bild wie bei der Aufspaltung. Durch die Verschmelzung erlischt der übertragende Rechtsträger, § 20 Abs. 1 Ziffer UmwG, und die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers werden Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers, § 20 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 1 UmwG. Mit Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers geht auch die treuhänderische Beteiligung an diesem unter. Sie kann sich lediglich an der Beteiligung an dem übernehmenden Rechtsträger fortsetzen. § 20 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 2 UmwG vermag insoweit ebenso wie die Parallelvorschriften der §§ 131 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 2, 202 Abs. 1 Ziffer 2 Satz 2 UmwG keine gesetzliche Fortgeltung der treuhänderischen Bindung zu statuieren. Auch insofern wird sich die Fortgeltung der treuhänderischen Bindung der neuen Anteile regelmäßig im Wege der Auslegung des Treuhandvertrages ergeben.

II. Beendigung der mittelbaren Beteiligung sowie des Treuhandvertrages anlässlich der Umwandlung

Ist eine treuhänderische Beteiligung von einem Umwandlungsvorgang betroffen, kann ein Interesse des Treugebers an der Beendigung der mittelbaren Beteiligung sowie des Treuhandvertrages und des Treuhänders an der Beendigung des Treuhandvertrages bestehen.

1. Rechte des Treugebers

Umwandlungsvorgänge können – wie auch andere strategische Entscheidungen der Gesellschafter – dazu führen, dass die mittelbare Beteiligung für den Treugeber nicht mehr attraktiv ist. Kraft des dem Treugeber gegenüber dem Treuhänder bei der Verwaltungstreuhand regelmäßig zustehenden Weisungsrechtes kann der Treugeber auf Umwandlungsvorgänge Einfluss nehmen. Ist beispielsweise die Umwandlung der GmbH in einer OHG beabsichtigt, die das Haftungsrisiko des Treuhänders und letztlich – über den Freistellungs- bzw. Aufwandsentschädigungsanspruch des Treuhänders – auch des Treugebers erheblich erhöhen würde, bedarf der Umwandlungsbeschluss der Zustimmung des Treuhänders (§ 233 Abs. 1 UmwG). Gleiches gilt, wenn die Umwandlung nicht verhältnismäßig erfolgt (vgl. §§ 128, 241 UmwG). Hier kann der Treugeber die Umwandlung – regelmäßig durch Erteilung einer Weisung und der weisungsgemäßen Verweigerung der Zustimmung des Treuhänders – verhindern. Ist nach dem Umwandlungsgesetz dem Anteilsinhaber, der gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt, ein Abfindungsangebot zu unterbreiten, wie z. B.

204 Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 339.

205 Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 339.

206 § 202 Abs. 1 Ziffer 1 UmwG.

207 § 202 Abs. 1 Ziffer 2 Satz 1 UmwG.

208 Semler/Stengel/Küble, 2003, § 202 UmwG Rn. 31; Lutter/Decher, 2. Aufl. 2000, § 202 Rn. 28; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 339.

bei der Verschmelzung gemäß § 29 Abs. 1 UmwG oder bei der formwechselnden Umwandlung nach §§ 194 Abs. 1 Ziffer 6 i. V. m. 207 UmwG, kann der Treugeber den Treuhänder anweisen, entsprechend zu verfahren und das Abfindungsangebot anzunehmen, und hierdurch die mittelbare Beteiligung beenden. Die Beendigung der mittelbaren Beteiligung führt dann zur Unmöglichkeit des Treuhandvertrages.

In der Literatur wird dem Treugeber überdies bei Umwandlungsvorgängen in jeweils unterschiedlichem Umfang ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Treuhandverhältnisses zugebilligt: So soll der Treugeber das Treuhandverhältnis im Vorfeld der Umwandlung kündigen können, wenn er ein Interesse daran hat, diese einschneidende Maßnahme selbst als Gesellschafter zu begleiten. Ein Kündigungsrecht soll auch bestehen, wenn sich das aus der Gesellschafterstellung folgende (Haftungs-)Risiko für den Treugeber infolge der Umwandlung erhöht oder es zu einer Verschiebung der Anteilsverhältnisse kommt.²⁰⁹ Befürwortet wird auch ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall, dass die nach Umwandlung bestehende Beteiligung den Interessen des Treugebers zuwiderläuft.²¹⁰ Schließlich wird mit dem Hinweis auf die aus der Umwandlung resultierenden erheblichen Veränderungen der rechtlichen Gegebenheiten in der Gesellschaft ganz generell ein außerordentliches Kündigungsrecht des Treugebers angenommen.²¹¹ Ein generelles oder an den Interessen des Treugebers ausgerichtetes außerordentliches Kündigungsrecht bei Umwandlungsvorgängen geht meines Erachtens zu weit. Der Treugeber hat grundsätzlich die im Gesellschafterkreis getroffenen Entscheidungen, die wirtschaftlich oder strategisch – wie auch Umwandlungsfälle – zu gravierenden Veränderungen führen können, hinzunehmen. Überdies löst die Kündigung des Treuhandvertrages das Problem des Treugebers regelmäßig nicht, sondern führt lediglich dazu, dass der Treuhänder die Beteiligung an den Treugeber oder einen Dritten zurückgewähren muss. Das Ziel des Treugebers, nämlich die Lösung von der Beteiligung, hängt davon ab, innerhalb welcher Frist gesellschaftsrechtlich eine Beendigung der Beteiligung möglich ist bzw. ein übernahmebereiter Gesellschafter oder Dritter vorhanden ist.

2. Rechte des Treuhänders

Die Umwandlung kann auch für den Treuhänder zu erheblichen Nachteilen und Risiken führen, z. B. wenn sich infolge des Formwechsels von der GmbH in eine Personengesellschaft die mit der Beteiligung verbundene persönliche Haftung des Treuhänders erhöht. Im Verhältnis zur Gesellschaft und deren Gläubigern besteht die Haftung des Treuhänders ohne Rücksicht darauf, ob der Treuhänder seinen Freistellungs- und Aufwendungsersatzanspruch gegen den Treugeber realisieren kann. Kann der Treuhänder nach dem Treuhandvertrag oder nach § 671 Abs. 1 BGB nicht jederzeit kündigen, so wird man ihm – sei es in ergänzender Vertragsauslegung oder nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage – ein außerordentliches Kündigungsrecht zubilligen müssen.²¹²

III. Anpassung des Treuhandverhältnisses nach Umwandlung

Setzt sich ein Treuhandverhältnis nach den Ausführungen zu G. I. an der neuen Beteiligung fort, bedarf es eines formgerechten Neuabschlusses des Treuhandvertrages, wenn die Begründung des Treuhandverhältnisses bei der umgewandelten Gesellschaft einem Formerfordernis unterliegt.²¹³ Darüber hinaus kann eine Anpassung des Treuhandvertrages – an der Treuhänder kraft des Treuhandvertrages mitzuwirken verpflichtet ist²¹⁴ – an das Recht der umgewandelten Gesellschaft, z. B. im Hinblick auf Stimmrechtsvollmachten, erforderlich werden.²¹⁵ Auch aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des Treugebers vor Vollstreckungsmaßnahmen in das Treugut kann eine Anpassung erforderlich sein. Unter der Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips besteht die Gefahr, dass Anteile, die der Treuhänder bei der Umwandlung an dem übernehmenden Rechtsträger per Gesetz und nicht unmittelbar vom Treugeber erwirbt, auch dann nicht vollstreckungsfest sind, wenn die ursprüngliche treuhänderische Beteiligung tatsächlich unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers auf den Treuhänder übertragen wurde. Gewährte der ursprüngliche Treuhandvertrag den vollstreckungsrechtlichen Schutz lediglich aus dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Übertragung des Geschäftsanteils vom Treugeber auf den Treuhänder, sollten bei der Anpassung des Treuhandvertrages zusätzliche vertragliche Schutzmaßnahmen gegen Einzel- oder Gesamtvollstreckungsmaßnahmen in das Treugut (siehe hierzu oben C. III. 1.) aufgenommen werden. Sieht der Treuhandvertrag hingegen Maßnahmen zum Schutz des Treugebers vor Vollstreckungsmaßnahmen, weisungswidrige Verfügungen des Treuhänders oder bei Beendigung der Treuhand z. B. in Form von Abtretungsangeboten oder bedingten (Rück-)Abtretungen vor, sind diese auf die neuen Beteiligungen (bei Aufspaltung, Abspaltung oder Verschmelzung) zu erstrecken bzw. im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz beim Formwechsel auf die veränderte Rechtsform – unter Beachtung der erforderlichen Form – anzupassen.

IV. Folgerungen für die Gestaltung des Treuhandvertrages

Umwandlungsvorgänge werden bei der Gestaltung von Treuhandverträgen zu stiefmütterlich behandelt. Um die mit der Auslegung des Treuhandvertrages verbundenen Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollte der Treuhandvertrag, insbesondere bei bereits absehbaren Um-

209 Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 622.

210 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 148; derselbe, GmbHR 2001, 941, 949.

211 Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 2000, S. 339f.

212 So auch Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 149; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 622.

213 Widmann/Mayer/Vossius, Stand März 2004, § 202 UmwG Rn. 173; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rn. 621.

214 Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2000, S. 151.

215 Widmann/Mayer/Vossius, Stand März 2004, § 202 UmwG Rn. 174.

wandlungsvorhaben, ausdrücklich regeln, ob sich das Treuhandverhältnis an den Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers fortsetzen soll, wie dies in der Praxis häufig auch im Hinblick auf vom Treuhänder übernommene weitere Geschäftsanteile aus Kapitalerhöhungen geschieht. Eine entsprechende Regelung könnte beispielsweise lauten:

„Das Treuhandverhältnis bezieht sich auch auf Beteiligungen, die der Treuhänder infolge von Kapitalerhöhungen oder Umwandlungsvorgängen bei der Gesellschaft im Hinblick auf den treuhänderisch gehaltenen Anteil erlangt hat.“

Eine ausdrückliche Regelung des Kündigungsrechts von Treugeber und Treuhänder in Umwandlungsfällen empfiehlt sich ebenfalls, wenn nicht per Gesetz oder Vertrag bereits ein jederzeitiges Kündigungsrecht von Treuhänder und Treugeber besteht.

H. Mitteilungspflichten des Notars

Bei der Beurkundung und Abwicklung eines Treuhandvertrages hat der Notar notarielle Mitteilungspflichten nach § 34 ErbStG, § 54 EStDV sowie § 40 GmbHG zu beachten. Diese können auch im Vorfeld bei der Beratung und der Gestaltung des Treuhandvertrages von erheblicher Bedeutung sein, z. B. wenn ein verdecktes Treuhandverhältnis begründet werden soll und damit eine Anzeigepflicht nach § 40 GmbHG unbedingt vermieden werden muss.

I. Anzeigepflicht nach § 34 ErbStG

Die Notare haben dem zuständigen Finanzamt über alle Beurkundungen, die für die Festsetzung einer Erbschafts- respektive Schenkungssteuer von Bedeutung sein können, Anzeige zu erstatten, § 34 Abs. 1 ErbStG. Bei Beurkundungen im Zusammenhang mit Treuhandverhältnissen kommt eine Anzeigepflicht insofern insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Schenkung (auch auf den Todesfall) oder des Schenkungsversprechens in Betracht. Eine Eingrenzung der zu einer Anzeigepflicht nach dieser Vorschrift führenden Konstellationen bei Begründung oder Beendigung eines Treuhandverhältnisses ist aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte nicht möglich. An dieser Stelle kann vielmehr nur Sensibilität für die Problematik geschaffen werden. Dass bei Beurkundung lediglich einer Geschäftsanteilsabtretung zu prüfen ist, ob diese unentgeltlich erfolgt, versteht sich von selbst. Die unentgeltliche Übertragung des Geschäftsanteils auf den Treuhänder bei der Übertragungstreuhand sowie die (Rück-)Abtretung des Geschäftsanteils auf den Treugeber stellen regelmäßig keine Schenkung dar. Sieht der Treuhandvertrag jedoch beispielsweise eine unverhältnismäßige Vergütung des Treuhänders, z. B. in Form einer hohen Beteiligung an dem Gewinn der Gesellschaft vor, kann darin eine Schenkung liegen. Eine solche kann auch bei der Vereinbarungstreuhand gegeben sein, wenn z. B. ein Gesellschafter mit einem Angehörigen (oft im Rahmen von Nachfolgeregelungen bzw. vorweggenommenen Erbfolgen) vereinbart, den Geschäftsanteil künftig nur

noch treuhänderisch für den Angehörigen zu halten und eine adäquate Gegenleistung für den dadurch gewährten wirtschaftlichen Vorteil nicht geschuldet ist. Auch bei der Vereinbarung einer Erwerbstreuhand kann eine Schenkung vorliegen, wenn die Mittel zum Erwerb des Geschäftsanteils vom Treuhänder aufgebracht werden. Die Aufhebung eines Treuhandverhältnisses kann Schenkung sein, wenn vereinbart wird, dass der Treuhänder den Geschäftsanteil künftig für eigene Rechnung halten soll und dem Treugeber keine Gegenleistung zufließt.

II. Anzeigepflicht nach § 54 EStDV

§ 54 EStDV statuiert eine Anzeigepflicht unter anderem für Vorgänge, welche die Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand haben. Der Notar hat hierbei innerhalb von zwei Wochen eine beglaubigte Abschrift der Urkunde dem zuständigen Finanzamt einzureichen. Unter „Verfügung“ im Sinne dieser Vorschrift sind nur Rechtsgeschäfte zu verstehen, die bestehende Rechte unmittelbar übertragen, belasten, aufheben oder in sonstiger Weise ändern, nicht aber reine Verpflichtungsgeschäfte.²¹⁶

Bei Begründung eines Treuhandverhältnisses besteht eine Anzeigepflicht insofern eindeutig für die im Rahmen der Übertragungstreuhand erfolgende Abtretung des Geschäftsanteils vom Treugeber an den Treuhänder²¹⁷ und für die bei der Erwerbstreuhand erfolgende Abtretung des Geschäftsanteils von einem Dritten an den Treuhänder. Sind Gegenstand der Beurkundung hingegen lediglich die schuldrechtlichen Verpflichtungen zwischen Treugeber und Treuhänder, z. B. weil zunächst lediglich der Treuhandvertrag abgeschlossen wird und die Abtretung des Geschäftsanteils zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll oder eine Abtretung – wie bei der Vereinbarungstreuhand – nicht vorgesehen ist, unterfällt dieser Vorgang grundsätzlich nicht § 54 EStDV.²¹⁸ Etwas anderes kann sich jedoch ergeben, wenn die Treuhandvereinbarung – wie in der Praxis üblich – zum Schutz des Treugebers Regelungen enthält, die Verfügungscharakter haben. Das bloße Angebot auf Abschluss eines Abtretungsvertrages ist dabei kein anzeigepflichtiger Vorgang.²¹⁹ Gleiches gilt, wenn der Treuhandvertrag lediglich eine Abtretungsvollmacht enthält.²²⁰ Erst die Annahme des Abtretungsangebotes oder Ausübung der Abtretungsvollmacht löst die Anzeigepflicht aus. Anders verhält es sich hingegen, wenn der Treuhandvertrag bereits eine bedingte (Rück-)Abtretung des Geschäftsanteils enthält. Die Anzeigepflicht soll insofern bereits mit Vollendung des Urkundenge-

216 Heidinger DStR 1997, 822 f.; ausführlich Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 308.

217 Ziffer 3 des BMF-Schreiben v. 14. 3. 1997 – IV B 2 – 2244 – 3/97 = DNotI-Report 1997, 83; Heidinger DStR 1996, 1353, 1355; Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 309.

218 Heidinger DStR 1997, 822 f.; Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 309; a. A. BMF, wonach auch die Vereinbarungstreuhand die Anzeigepflicht auslöst, wenn der Treugeber bei Beendigung des Treuhandverhältnisses die dingliche Übertragung auf sich verlangen kann, vgl. Ziffer 3 des BMF-Schreiben v. 14. 3. 1997 – IV B 2 – 2244 – 3/97 = DNotI-Report 1997, 83.

219 Ziffer 6 des BMF-Schreiben v. 14. 3. 1997 – IV B 2 – 2244 – 3/97 = DNotI-Report 1997, 83; Heidinger, DStR 1996, 1353, 1355.

220 Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 309.

schäfts und nicht erst mit durch den Bedingungseintritt eintretenden Wirksamkeit der Abtretung entstehen.²²¹

Ob die Übertragung der Treugeberstellung (siehe dazu unter E. 2.) eine Anzeigepflicht nach § 54 EStDV auslöst, wird in der kaum Literatur und der Rechtsprechung bislang nicht erörtert. Aus der notwendigen Beteiligung des Treuhänders am Vertragsabschluss wurde eine Vergleichbarkeit mit dem Abschluss eines neuen Treuhandverhältnisses abgeleitet und gefolgert, dass die Anzeigepflicht – gemäß den Grundsätzen bei der originären Begründung eines Treuhandverhältnisses – danach zu beurteilen sei, ob das zwischen Treuhänder und Dritten begründete Treuhandverhältnis eine Verfügung enthält.²²² Dem ist zuzustimmen. Die Übertragung der Treugeberstellung an sich löst dabei die Anzeigepflicht nicht aus. Die Auswechslung des Treugebers ist insofern eher mit der Situation bei der Vereinbarungstreuhand vergleichbar. Entscheidend ist allein, ob infolge der Übertragung der Treugeberstellung Verfügungen zwischen Treuhänder und dem neuen Treugeber begründet werden.

III. Anzeigepflicht nach § 40 GmbHG

§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG statuiert die Verpflichtung der Geschäftsführer nach jeder Veränderung in der Person der Gesellschafter oder der Beteiligungsverhältnisse eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Um das Registergericht in die Lage zu versetzen, die Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste anzufordern²²³, hat der einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundende Notar die Abtretung dem Registergericht anzuzeigen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Schuldrechtliche Verträge nach § 15 Abs. 4 GmbHG werden hiervon nicht erfasst.²²⁴ Nach überwiegender Auffassung in der Literatur besteht die Anzeigepflicht jedoch bei aufschiebend bedingten Abtretungen bereits im Zeitpunkt der Beurkundung und nicht erst bei Eintritt der Bedingung.²²⁵ Hingegen löst ein bloßes Abtretungsangebot die Anzeigepflicht noch nicht aus.²²⁶

Bei Begründung eines Treuhandverhältnisses hat der Notar demnach – wie auch im Fall der Anzeigepflicht nach § 54 EStDV – nur die im Rahmen der Übertragungstreuhand erfolgende Abtretung des Geschäftsanteils vom Treugeber an den Treuhänder²²⁷ und die bei der Erwerbstreuhand erfolgende Abtretung des Geschäftsanteils von einem Dritten an den Treuhänder anzuzeigen. Sind Gegenstand der Beurkundung hingegen lediglich schuldrechtlichen Verpflichtungen zwischen Treugeber und Treuhänder wie z. B. bei der Vereinbarungstreuhand besteht keine Anzeigepflicht. Eine zum

Schutz des Treugebers aufgenommene bedingte (Rück-) Abtretung an den Treugeber löst indes die Anzeigepflicht aus. Auch bei Beendigung des Treuhandverhältnisses beurkundete Abtretungen an den Treugeber oder einen Dritten unterliegen der Anzeigepflicht.

Der Notar kommt seiner Anzeigepflicht nach, wenn er mitteilt, dass eine Abtretung bei der entsprechenden Gesellschaft erfolgt ist; er muss nach wohl herrschender Meinung weder die Namen der an der Abtretung Beteiligten offenlegen noch muss er dem Registergericht eine Abschrift der Abtretungsurkunde übermitteln²²⁸ oder anzeigen, dass es sich um eine treuhänderische Übertragung bzw. einen treuhänderischen Erwerb handelt. Der Treugeber ist in der Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG grundsätzlich nicht aufzuführen.²²⁹ Die Gesellschafterliste hat grundsätzlich dem Stand am Tag der Abtretung zu entsprechen. Durch eine verzögerte Einreichung der Gesellschafterliste können jedoch etwaige Zwischenabtretungen, z. B. zur Schaffung passender Geschäftsanteile in der Hand des für mehrere Treugeber agierenden Treuhänders, nicht verschleiert werden. Nach herrschender Meinung in der Literatur hat die Gesellschafterliste nämlich alle aus dem Endstand am Tag der Absendung nicht ersichtlichen Änderungen im Gesellschafterbestand zusätzlich anzugeben.²³⁰

221 Ziffer 2 des BMF-Schreiben v. 14. 3. 1997 – IV B 2 – 2244 – 3/97 = DNotI-Report 1997, 83; Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 309; Heindinger, DStR 1996, 1353, 1355.

222 Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 310.

223 BT-Drucks. 13/8444, 79.

224 Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 40 Rn. 11; Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 312.

225 Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 40 Rn. 10; Frenz, ZNotP 1998, 178, 183; Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 312; a. A. Giehl, MittBayNot 1998, 293, 301 f., der den Zeitpunkt des Bedingungseintritts für maßgeblich hält, wenn der Notar die Wirksamkeitsvoraussetzungen überwacht.

226 Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 312; Giehl, MittBayNot 1998, 293, 302; Frenz, ZNotP 1998, 178, 183.

227 Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 309.

228 OLG Celle MittRhNotK 1999, 159; Priester DNotZ 1998, 691, 709 f.; Küperkoch, RNotZ 2002, 297, 312; Frenz, ZNotP 1998, 178, 183; Scholz/Schneider, 9. Aufl. 2000, § 40 GmbHG Rn. 24; a. A. Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 40 GmbHG Rn. 11; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 40 GmbHG Rn. 11, die Angaben zu den Beteiligten für erforderlich erachten.

229 Flore, GmbH-StB 1999, 258, 260; Scholz/Schneider, 9. Aufl. 2000, § 40 GmbHG Rn. 6; Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 40 GmbHG Rn. 2.

230 Baumbach/Hueck/Zöllner, 17. Aufl. 2000, § 40 GmbHG Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, § 40 GmbHG Rn. 6; unbenommen bleibt es den an der Geschäftsanteilsübertragung Beteiligten jedoch, die Abtretung der Gesellschaft nicht nach § 16 GmbHG anzuzeigen und dadurch zu verhindern, dass die Geschäftsführung eine entsprechende Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht.

Elektronische Dokumente und Formqualität*

(von Notar Jörg Bettendorf, Hilden)

- I. Konzept des „elektronischen Dokumentes“
- II. Schwachstellen des elektronische Dokumentes
 1. Möglichkeit der spurlosen Manipulation
 2. Identitätstäuschung
 3. Fehlende Individualisierung des Ausstellers durch Unterschrift
 - a) Formvorschriften
 - b) Beweisrecht
- III. Technische Lösung zur Sicherung
 1. Nachweis von Veränderungen
 2. Zertifizierungsstelle
 3. Identitätsfunktion und Zugangskontrolle
 4. Identitätsfunktion gleich Identifikation und Verifikation
- IV. Die gesetzgeberische Umsetzung
 1. Signaturgesetz
 2. Technische Begriffe des SigG
 3. Formanpassungsgesetz
- V. Funktionserfüllung der Schriftform durch elektronische Form i. S. d. § 126 a BGB
 1. Funktionen der eigenhändigen Unterschrift
 2. Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur durch Dritte
 - a) Handeln unter fremden Namen
 - b) Anscheinsbeweis des § 371 a ZPO (§ 292 a ZPO a. F.)
 3. Veränderung technischer Voraussetzungen des SigG
- VI. Öffentliche Beglaubigung
 1. Forderung nach Ersatz der öffentlichen Beglaubigung durch elektronische Form
 2. Formzweck
 3. Beweiswert der öffentlichen Beglaubigung
 4. Mangelnde Eignung der elektronischen Form als Ersatz für die Unterschriftsbeglaubigung
 - a) Entpersonalisierung der Erklärung
 - b) Nicht ausreichende Feststellungen zur Person und Geschäftsfähigkeit
 - c) Nicht ausreichender Beweiswert der elektronischen Signatur
 - d) Möglichkeit einer verdeckten Stellvertretung
 - e) Verstoß gegen Grundsätze der Formäquivalenz und Unstimmigkeiten zu Vorschriften des Zivilrechtes
 - f) Reduzierung des Sicherheitsstandards
 - g) Resümee
 5. Verfahrensbegleitende Entlastung der Behörden und Gerichte
 - a) Behörden und Justizentlastung
 - b) Justizentlastung durch Verfahrensanbindung der Notare
- VII. Zusammenfassung

I. Konzept des „elektronischen Dokumentes“

Als ich in den Jahren 1990 und 1991 meinen Bericht für den im Jahre 1992 in Cartagena/Kolumbien stattfindenden 20. Kongress der Union des lateinischen Notariats zum Thema „EDV-Dokumente und Rechtssicherheit“ schrieb, war nicht zu ahnen, dass zehn Jahre später im Jahre 2001 der Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechtes und anderer Vorschriften an dem modernen Rechtsgeschäftsverkehr“¹ wie selbstverständlich in § 126 a BGB den Begriff „Elektronisches Dokument“ verwenden würde.² Damit ist ein Sachverhalt angesprochen, der damals mit „EDV-Dokument“ umschrieben wurde. Eine Definition des elektronischen Dokumentes gibt der Gesetzgeber allerdings nicht. Ich zog damals die durch Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelte Definition für eine Urkunde als Vergleich heran. Danach ist eine Urkunde „eine in einer Schrift verkörperte Erklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, die einen Aussteller erkennen lässt und die zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt ist“.³ Eine Verkörperung in einer Schrift setzt dabei voraus, dass der Inhalt der Erklärung unmittelbar optisch erfassbar ist. Im Hinblick auf die praktische Verwendung der Urkunde im Rechtsverkehr muss die Schrift dauerhaft und die Schriftunterlage (Material) handlich (verkehrs-fähig) sein.⁴

Von den in der genannten Definition festgelegten rechtlichen Zielvorstellungen sind unverzichtbar:

- die Verständlichkeit der Erklärungen für Dritte,

* Notar Bettendorf ist Vorsitzender des EDV-Ausschusses der Bundesnotarkammer. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers anlässlich des Festabends am 19. November 2004 zum Abschluss der 38. Fortbildungswoche für Notarassessorinnen und Notarassessoren in Trier-Mertesdorf, veranstaltet von der Rheinischen Notarkammer. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

1 Sog. Formanpassungsgesetz vom 13. Juli 2001, BGBl. I, S. 1542.

2 Bettendorf, EDV-Dokumente und Rechtssicherheit in Berichte der deutschen Delegation zum XX. Internationalen Kongress des Lateinischen Notariats in Cartagena 1992 (Hrsg.: Bundesnotarkammer), dort abrufbar; in Folge des Kongresses initiierte die Bundesnotarkammer durch ihren EDV-Ausschuss einen Arbeitskreis „Elektronischer Rechtsverkehr“. Mit drei Foren trat die Bundesnotarkammer an die Öffentlichkeit, nämlich im Jahre 1993 unter dem Thema „Elektronischer Rechtsverkehr“ und im Jahre 1995 unter dem Thema „Elektronischer Rechtsverkehr – digitale Signatur und Rahmenbedingungen“; im dritten Forum im Jahre 1997 stellte die Bundesnotarkammer einen Gesetzesvorschlag zur elektronischen Form vor. Zu den weiteren Entwicklungsschritten siehe Staudinger/Hertel, 13. Aufl. 2005, § 126 a BGB Rn. 8 ff. Um dem einzelnen Notar sichere Arbeitsbedingungen im elektronischen Rechtsverkehr zu ermöglichen, engagiert sich die Bundesnotarkammer mit ihrer NotarNet GmbH (www.notar.net.de). Gleichzeitig betreibt sie eine Zertifizierungsstelle nach dem Signaturgesetz. In Zukunft werden die Standesorganisationen dem Notar bei der konkreten Durchsetzung des elektronischen Rechtsverkehrs Hilfestellung leisten, nachstehend Abschnitt VI. Ziff. 5. Zusammenfassende Darstellungen finden sich auch im Sonderheft der Deutschen Notarzeitung zum 26. Deutschen Notartag in Dresden 2002, so etwa bei Benesch, Präsentation des Notarnetzes auf dem 26. Deutschen Notartag in Dresden, DNotZ 2002, 101 ff., und Püls, Signatur statt Siegel – Notarielle Leistungen im elektronischen Rechtsverkehr, mit Podiumsdiskussion, DNotZ 2002, 168 ff.

3 Reithmann, Allgemeines Urkundenrecht, Begriffe und Beweisregeln, 1972, S. 1 – 4.

4 Rietsch, Handbuch der Urkundenwissenschaft, 1904, S. 7, 10.

- das Erkennenlassen des Ausstellers der Erklärung, und
- die Eignung zur Beweisführung über eine rechts-erhebliche Tatsache.⁵

Lediglich die Art und Weise der Verkörperung der Erklärung steht damit für ein „EDV-Dokument“ bzw. – wie es in § 126 a BGB heißt – für das „elektronische Dokument“ zur Diskussion. In diesem Punkt unterscheidet sich das EDV- bzw. elektronische Dokument von der herkömmlichen Urkunde. Bei jenem ist die Erklärung von dem Trägermedium Papier oder einem anderen verkehrsfähigen Material gelöst. Ihre Verkörperung erfolgt durch elektrotechnische Hilfsmittel. Um die Verständlichkeit der Erklärung für Dritte zu gewährleisten, muss aus der Verkörperung mit weiteren technischen Hilfsmitteln der Inhalt optisch erfassbar gemacht werden können.

Mein Vorschlag aus dem Jahre 1992 für die Definition eines EDV-Dokumentes kann auch für das elektronische Dokument i. S. d. § 126 a BGB verwandt werden, so dass sich formulieren lässt:

„Ein elektronisches Dokument ist eine mit einem technischen Mittel verkörperte, jedoch nicht schriftlich niedergelegte Erklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich gemacht werden kann, den Aussteller (Erklärenden) erkennen lässt und die zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt ist.“⁶

Der Gesetzgeber hat augenscheinlich eine entsprechende Vorstellung. In der Gesetzesbegründung wird vorausgesetzt, dass elektronische Daten, die in einem Datenträger verkörpert sind, der ohne technische Hilfsmittel nicht lesbar ist, ein elektronisches Dokument darstellen.⁷

Im Folgenden soll das elektronische Dokument im Hinblick auf das Formrecht des BGB und des damit verbundenen Beweisrechtes untersucht werden. Auf die Frage, ob für derartige elektronische Dokumente besondere Regelungen zur Abgabe oder zum Zugang i. S. d. § 130 BGB, zur Anfechtung oder zum Widerruf erforderlich sind, soll nicht eingegangen werden. Zu all diesen materiell-rechtlichen Fragen finden sich im Formanpassungsgesetz keine besonderen Bestimmungen.⁸

II. Schwachstellen des elektronische Dokumentes

1. Möglichkeit der spurlosen Manipulation

Die Loslösung der Erklärung von einem unmittelbar lesbaren Trägermedium, also dem Papier, sowie von Sprache und Schrift führen beim elektronischen Dokument zu einer neuen, bei herkömmlichen Schrifturkunden bisher nicht bekannten Gefahr. Es können sich in weitaus größerem Umfang durch technikimmanente Fehler, Leistungsmängel, unbeabsichtigte Bedienungsfehler oder vorsätzlich herbeigeführte Störungen Veränderungen an den elektronischen Daten und damit am Inhalt der Erklärung einschleichen.

Veränderungen der elektronischen Daten sind im Unterschied zur Schrifturkunde in der Regel nicht nachweisbar. Dies gilt für das versehentliche Verändern der Daten

gleichermaßen wie für die beabsichtigte Verfälschung etwa durch Ersetzen des gesamten Dokumentes, durch Einfügen, Löschen oder Umstellen von Zeichen des Dokumentes sowie für die gänzliche Beseitigung des Dokumentes. Die Veränderungen an den nur elektronisch vorliegenden Zeichen im Speichermedium oder während des körperlosen Transportes erfolgen durch die Umschaltung des Zustandes 0 auf 1 oder umgekehrt. Dies hinterlässt keine auf die Veränderung hinweisende Spuren. Dagegen lässt sich z. B. eine Radierung in der Schrifturkunde oder die Fälschung der Unterschrift durch sachverständige Untersuchungen in aller Regel nachweisen. Das Fälschungsrisiko beruht bei dem elektronischen Dokument daher auf dem Fehlen einer fassbaren Gegenständlichkeit. Die Feststellung der Integrität des elektronischen Dokumentes ist auf Grund dieser Tatsache beeinträchtigt und stellt eine Schwachstelle des elektronischen Dokumentes dar.

2. Identitätstäuschung

Zu der vorgenannten Definition der Urkunde bzw. des elektronischen Dokumentes gehört die Anforderung, den Aussteller (Erklärenden) erkennen zu lassen. Hierbei ist ausreichend, dass der Verfasser der Erklärung aus dieser selbst festgestellt werden kann, sofern nicht zur Feststellung der Identität der erklärenden Person auf Grund Gesetz oder Vereinbarung besondere Formvorschriften, insbesondere die Schriftform durch Unterzeichnung der Urkunde, einzuhalten sind. Der bei einem elektronischen Dokument erforderliche Einsatz technischer Hilfsmittel und die vorbeschriebenen Möglichkeiten einer spurlosen Manipulation erlauben jedoch gegenüber der Schrifturkunde sehr viel leichter eine Identitätstäuschung, insbesondere eine Maskerade.

Als Beispiel für den Tatbestand einer Maskerade lässt sich etwa die manipulierte Faxnachricht nennen. Ohne große Probleme ist es jedem Nutzer eines Faxgerätes möglich, sein Gerät mit der Telefonkennung und dem Namen eines Dritten zu speisen. Die entsprechenden Angaben des Dritten kann jeder Faxanwender unter Zuhilfenahme der Gebrauchsanweisung an seinem Faxgerät selbstständig einstellen und verändern. Verschickt er nach Eingabe der Daten einer dritten Person eine Faxnachricht, sieht es für den Empfänger so aus, als stamme die Nachricht von jenem Dritten. Er spiegelt somit dem Empfänger vor, der Urheber der Erklärung sei der Inhaber der übermittelnden Telefonnummer oder die im Absendervermerk genannte Person.

Umgekehrt kann der Absender unter Hinweis auf die vorbeschriebene Möglichkeit der Manipulation einer Absenderkennung den Tatbestand der Repudiation (Leugnung der Urheberschaft) durch seine Behauptung erfüllen, er sei nicht der Urheber der Sendung.

⁵ Reithmann, a.a.O. (Fn. 3), S. 1 – 4 m. w. Nachw.

⁶ Vgl. Bettendorf, a.a.O. (Fn. 2), S. 37; siehe zum Begriff des elektronischen Dokumentes auch Berger, NJW 2005, 1016, 1017, der einen weiten Begriff des Dokumentes unter Einbeziehung auch anderer Kommunikationsmedien als „Schriftstücke“ vertritt.

⁷ BT-Drucks. 14/4987, S. 25.

⁸ Hierzu ausführlicher Bettendorf, Elektronischer Rechtsverkehr, in: Erber/Faller (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, 2000, S. 1 ff.; Staudinger/Hertel, § 126 BGB Rn. 167, § 126 a BGB Rn. 48 ff.

Auch die Identitätstauschung ist im Hinblick auf das Fehlen der fassbaren Gegenständlichkeit erleichtert und beruht auf der vorstehend beschriebenen Möglichkeit der spurlosen Manipulation des elektronischen Dokumentes.

3. Fehlende Individualisierung des Ausstellers durch Unterschrift

a) Formvorschriften

Alle Formvorschriften des BGB, beginnend mit der gesetzlichen Schriftform über die öffentliche Beglaubigung bis hin zur notariellen Beurkundung, setzen grundsätzlich voraus, dass die rechtserheblichen Erklärungen vom Aussteller mit eigenhändiger Unterschrift unterzeichnet werden. Bei der Unterzeichnung wird weiter gefordert, dass Erklärung und Unterschrift sich in einer einheitlichen Urkunde befinden.

Beides ist bei einem elektronischen Dokument aus technischen Gründen, nämlich wegen der unterschiedlichen Materialien (elektronische Zeichen im Speichermedium einerseits und Papierunterlage der Schrifturkunde andererseits), nicht möglich. Auch unter Heranziehung der Grundsätze, die im Hinblick auf die Einheitlichkeit bei mehrseitigen Urkunden und ergänzenden Urkunden entwickelt wurden, kann das elektronische Dokument nicht durch Bezugnahme bzw. Verbindung Teil einer die gesetzliche Schriftform erfüllenden Urkunde sein.

Wird das elektronische Dokument ausgedruckt, liegt zwar die Erklärung in schriftlicher Form vor. Es fehlt aber an der eigenhändigen Unterzeichnung. Dies gilt auch, wenn der Ausdruck eine sog. „faksimilierte“ Unterschrift, d. h. einen elektronisch reproduzierten Namenszug trägt, wie dies etwa bei einem Telefax-Ausdruck der Fall ist, dessen Vorlage als „Original“ die echte eigenhändige Unterschrift aufweist. Voraussetzung der herkömmlichen Formvorschriften ist das Vorhandensein einer Originalunterschrift und nicht die Vorlage einer Reproduktion.

b) Beweisrecht

Der Unterschied zwischen eigenhändiger und faksimilierter Unterschrift ist auch im Urkundenbeweisrecht der ZPO beachtlich. Eine Privaturkunde, deren Echtheit nachgewiesen ist und daher gemäß §§ 416, 440 ZPO die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit hat, setzt das Vorliegen des unterzeichneten Originals der Schrifturkunde voraus. Der Ausdruck des elektronischen Dokumentes ist jedoch nicht das Original. Das elektronische Dokument unterliegt daher wie eine einfache Kopie als Augenscheinsobjekt der freien Beweiswürdigung durch den Richter. Der Beweiswert für einen Ausdruck des elektronischen Dokumentes richtet sich, wie bei einer einfachen Kopie, danach, inwieweit das Gericht von der Echtheit und Unverfälschtheit der Kopie überzeugt werden kann. Hierbei hat das Gericht die bei allen elektronischen Dokumenten gegebene Möglichkeit der spurlosen Veränderung oder Umgestaltung der gespeicherten Daten und der Manipulation bei den technischen Vorgängen zu beachten, so dass der Beweis nur schwer gelingen wird.

III. Technische Lösung zur Sicherung

1. Nachweis von Veränderungen

An dieser Stelle setzt das Bestreben der EDV-Entwickler und Hardware-Techniker ein. Ziel ist es, die beiden festgestellten Schwächen des elektronischen Dokumentes zu beseitigen, nämlich

- das Risiko der spurlosen Veränderung des Inhalts und der Identität des Ausstellers und
- das Fehlen einer eigenhändigen Unterschrift.⁹

Hilfsmittel dazu soll die digitale Signatur sein, deren Funktion kurz erläutert wird.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit den Signaturgesetzen diejenigen Signaturverfahren zum Standard gemacht, die sog. asymmetrische Verschlüsselungsverfahren einsetzen. Diese Verfahren basieren zum einen auf dem mathematischen Phänomen, dass es immer einfach ist, das Produkt aus zwei gegebenen Primzahlen als Faktoren, also auch bei sehr großen Primzahlen, zu bilden, während bis heute kein Rechenverfahren bekannt ist, mit dem das (bekannte) Produkt zweier sehr großer (unbekannter) Primzahlen schnell in die beiden Primfaktoren zerlegt werden könnte. Die Zerlegung durch Probieren ist, soweit Produkt und Zahlen ausreichend groß sind, nur mit sehr hohem und zeitintensiven Rechenaufwand möglich. Unter Ausnutzung weiterer, hier nicht zu erörternder mathematischer Probleme wird erreicht, dass das Erraten des einen Faktors aus dem anderen Faktor nur eine theoretische Möglichkeit ist, somit der Verschlüsselungsrechenvorgang eine Einbahnstraße darstellt.¹⁰

Zu erwähnen ist jedoch, dass die Schwierigkeiten der verwendeten Rechenprobleme mathematisch nicht bewiesen sind.¹¹ Es ist deshalb theoretisch möglich, dass eine neue Berechnungsmethode zur Lösung der mathematischen Probleme entdeckt wird, mit der auch die aufwendigsten Verschlüsselungen innerhalb kürzester Zeit gelöst werden könnten. Dies wird jedoch von Mathematikern und Informatikern für ausgeschlossen gehalten, insbesondere da hinsichtlich der Primzahlermittlung die Lösung schon über mehrere Jahrhunderte vergeblich gesucht wird. Gefährlicher könnte die fortschreitende Erhöhung der Rechenleistung der Computer werden. Insoweit ist in gewissen Zeitabständen zu prüfen, ob für die Verschlüsselungsverfahren durch Vergrößerung der Faktorenlänge eine höhere Sicherheit geschaffen werden muss. Hinsichtlich digital signierter elektronischer Dokumente kann dies von großer Bedeutung werden, wenn sie z. B. in einem Prozess mehrere Jahre nach ihrer Signierung vorgelegt werden, und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem die bisherige Verschlüsselung nicht mehr als gesichert anzusehen ist. Diesem technischen Phänomen ist vergleichbar das Verblässen einer Unterschrift auf einer Schrifturkunde, die mit Filzstift geleistet wurde.

⁹ Bettendorf, a.a.O. (Fn. 2), S. 14 ff.

¹⁰ Gassen, Digitale Signatur in der Praxis, Grundlagen, Sicherheitsfragen und normativer Rahmen, 2003, S. 39 ff.

¹¹ Rapp, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, 2002, S. 13 ff.

Jedem Teilnehmer am Signaturverfahren wird ein sog. „öffentlicher Schlüssel (public key)“ zugeordnet, der in ein öffentliches Verzeichnis – ähnlich einem Telefonbuch – eingestellt wird. Anhand dieses Verzeichnisses kann jeder nachprüfen, zu welcher Person der Schlüssel gehört. Daneben erhält der Teilnehmer einen sog. „privaten“ oder „geheimen“ Schlüssel (privat key), der nur ihm selbst bekannt ist, also keinesfalls für Dritte zugänglich sein darf. Er wird daher nicht auslesbar in einer Chipkarte gespeichert, die dem Teilnehmer ausgehändigt wird. Öffentlicher und privater Schlüssel bilden ein zusammengehöriges, eindeutiges Paar, das die personengebundene „Signierung“ von Erklärungen ermöglicht.

Zur Signierung eines Dokumentes wird mit dem geheimen Schlüssel der zu versendende Text verschlüsselt. Um den Rechenvorgang zu verkürzen, wird nicht der gesamte Text, sondern nur der sog. „Hash-Wert“ in das Verfahren einbezogen. Der Hash-Wert stellt ein nach mathematischen Regeln gebildetes Komprimat des Textes dar, das nach menschlichem Ermessen nur das Ergebnis dieses einen bestimmten und nicht das Ergebnis eines anderslautenden Textes sein kann. Der so verschlüsselte Hash-Wert wird zusammen mit einem sog. „Zertifikat“ (zu diesem sogleich unter Ziff. 2.) als digitale Signatur dem Originaltext angefügt und versandt. Der Empfänger entschlüsselt mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders die digitale Signatur und erhält so den von dem Absender gebildeten Hash-Wert. Nun bildet er selber aus dem übersandten Original den „Hash-Wert“ und vergleicht diesen mit dem aus der Entschlüsselung gewonnenen Hash-Wert. Sind beide Werte gleich, ist festgestellt, dass das elektronische Dokument unverfälscht bei ihm eingegangen ist.

Die im Verfahren der digitalen Signatur eingesetzten Verschlüsselungsverfahren verhindern nicht die Veränderung des elektronischen Dokumentes, wie auch eine urkundenechte Tinte nicht eine Verfälschung einer Schrifturkunde verhindert. Die Verfälschung einer damit geschriebenen Schrifturkunde ist jedoch nachweisbar. Ebenso soll mit dem Mechanismus der digitalen Signatur der Nachweis geführt werden, dass eine Manipulation an dem elektronischen Dokument vorgenommen wurde. Ob diese Veränderung auf vorsätzliches Handeln oder durch Fehler der im Übermittlungsverfahren eingesetzten technischen Geräten entsteht, ist dabei nicht feststellbar. Im Unterschied zur Schrifturkunde kann ebensowenig nachgewiesen werden, an welcher Stelle des elektronischen Dokumentes die Veränderung vorgenommen wurde. **Die digitale Signatur verhindert also keine Fälschung und zeigt nicht den Ort der Fälschung auf, sondern lässt nur die Feststellung einer Veränderung des Dokumentes zu.** Auf Grund der Prüfung ist ein elektronisches Dokument entweder wegen einer festgestellten Veränderung nicht anzuerkennen oder wegen seiner nachgewiesenen Unversehrtheit als rechtlich wirksam zu behandeln.

2. Zertifizierungsstelle

Auf Grund der digitalen Signatur sollen des Weiteren die signierten Daten möglichst eindeutig einer bestimmten Person zugeordnet werden können, wie dies bei der Schriftform mittels der eigenhändigen Unterzeichnung

erreicht wird. Die vorbeschriebenen Sicherungsmaßnahmen erreichen dies nicht. Es steht nur fest, dass der Text von demjenigen stammt, der bei der Verschlüsselung Inhaber des geheimen Schlüssels war. Welche Person jedoch Inhaber des zur Verschlüsselung eingesetzten Schlüsselpaares und somit der Aussteller ist, ergibt sich daraus noch nicht. Könnte dem geheimen Schlüssel willkürlich ein Name zuzuordnet werden, wie es bei der Manipulation der Absenderkennung eines Telefaxgerätes beschrieben wurde¹², bleiben die Gefahren der Maskerade oder Repudiation, des Vortäuschens bzw. Leugnens der Urheberschaft weiter bestehen.

Das die Identitätsfunktion beeinträchtigende, willkürliche Hinzufügen einer Identitätsangabe kann durch technische Hilfsmittel nicht wirksam ausgeschlossen werden. Dazu ist die Einschaltung einer dritten Person erforderlich, deren Aufgabe es ist, die Identität des Anwenders sicher festzustellen und diese Feststellung in das Verschlüsselungsverfahren einzubinden.

Die digitale Signatur macht daher die Einschaltung einer vertrauenswürdigen Drittinstanz erforderlich, die bei Erzeugung des privaten und öffentlichen Schlüssels die Identitätsprüfung und die Identitätsverknüpfung übernimmt und garantiert. Diese Zertifizierungsinstanz wird als „trusted third party service“, kurz TTP bezeichnet. Es finden sich auch die Bezeichnungen „CA – certification authority“ oder „Zertifizierungsdiensteanbieter“ (kurz: Zertifizierungsstelle). In den USA wird jene dritte Person wegen ihrer Vertrauensstellung auch als „cyber notary“ bezeichnet.

Diese Instanz muss organisatorisch in der Lage sein, nicht nur die Schlüssel zu vergeben und eine sichere Verbindung zwischen der festgestellten Identität und dem Schlüssel herzustellen, sondern auch die vorgenommene Verbindung zwischen den Schlüsseln und dem Verwender zu dokumentieren und auch später hierüber verbindlich Auskunft zu geben. Die Identitätsprüfung und -verknüpfung wird in einem qualifizierten Zertifikat durch einen Zertifizierungsdiensteanbieter gemäß §§ 5, 6 und 7 SigG bescheinigt. Im Rahmen des Signaturverfahrens wird von dem Anwender, dem sogenannten „Signaturschlüssel-Inhaber“, der immer eine natürliche Person sein muss, dem elektronischen Dokument der verschlüsselte Hash-Wert zusammen mit dem Zertifikat beigefügt. Verschlüsselter Hash-Wert und Zertifikat stellen in ihrer Gesamtheit die elektronische Unterschrift dar. Es handelt sich also nicht um eine Abbildung der Namensunterschrift in elektronischer Form¹³, wie man aus dem Begriff „Signatur“ schließen könnte, sondern um eine Art elektronischen Siegels.¹⁴ Der Empfänger kann neben der Prüfung der Unversehrtheit des Textes über das öffentliche Verzeichnis und das Zertifikat Abschluss über die Identität des Absenders erhalten.

Das Signaturgesetz enthält umfangreiche Regelungen, die eine sichere Feststellung der Identität der Beteiligten und die technisch sichere Verknüpfung der Identitätsfeststellung mit dem zur Manipulations-

¹² Siehe oben sub II. 2.

¹³ Sog. faksimilierte Unterschrift, siehe hierzu schon oben Ziff. II. 3. a).

¹⁴ Oertel, MittRhNotK 2000, 181, 183.

sicherung hergestellten Schlüsselpaars gewährleisten sollen. Die Übertragung der Ausführung der Zertifizierungstätigkeit auf Private, obwohl damit eine öffentliche Aufgabe betroffen ist, wurde und wird heftig kritisiert.¹⁵ Dies soll an dieser Stelle jedoch nicht vertieft werden.

3. Identitätsfunktion und Zugangskontrolle

Nicht erörtert wurde bisher der notwendige Schutz des Verschlüsselungsmechanismus davor, dass er nicht durch jede Person, die diesen Mechanismus in die Hand bekommt, in Gang gesetzt werden kann. Um dies zu verhindern, ist eine Zugangskontrolle bei dem Einsatz des Signaturverfahrens erforderlich. Wie in den Bankkartenverfahren zur Abhebung von Bargeld wird dem Inhaber ein Passwort oder eine Kennzahl, eine PIN (personal identification number) zugeordnet, die nur dem registrierten Inhaber und nicht der Zertifizierungsstelle bekannt ist. Erst die Eingabe der PIN ermöglicht den Signaturvorgang einzuleiten und schaltet den in der Chipkarte enthaltenen geheimen Schlüssel frei.

Die Notwendigkeit dieser Zugangskontrolle tritt **neben die** von der Zertifizierungsinstanz realisierten Identitätsfeststellung und deren Einbindung in die digitale Signatur. Dies unterscheidet die digitale Signatur wesentlich von der Identitätsfunktion einer eigenhändigen Unterschrift, die – von der Fälschung abgesehen – nur von dem Erklärenden selbst geleistet werden kann. Bei der eigenhändigen Unterschrift ist der Entschluss zur Unterzeichnung als „Zugangskontrolle“ körperlich mit dem Unterzeichnungsvorgang verknüpft. Insoweit wird die eigenhändige Unterschrift wegen ihrer genuin individuellen Merkmale auch zu den sog. biometrischen Merkmalen gezählt, die eine Verknüpfung mit einer individuellen Person ausweisen. Biometrische Merkmale wie etwa das Abspeichern des Fingerabdrucks sind wegen ihrer besonderen Schutzwürdigkeit (Persönlichkeitsrecht, Datenschutz etc.) zur Zeit nicht allgemein im Einsatz, aber z.B. bei der Neufassung des Passrechtes in der Diskussion.¹⁶

Hat ein Dritter sich in den Besitz des den geheimen Schlüssel enthaltenden Datenträgers und der Zugangszahl gebracht oder wurde ihm von dem Inhaber die Chipkarte übergeben und die Zugangszahl mitgeteilt, ist für die anderen an dem Verfahren Beteiligten nicht erkennbar, dass tatsächlich nicht der in der elektronischen Signatur genannte und durch die Zertifizierungsinstanz benannte Aussteller selber gehandelt hat.¹⁷ Die Eingabe einer PIN oder eines Passwortes über eine Tastatur kann durch jede beliebige Person, die von der PIN erlaubt oder unerlaubt Kenntnis erhalten hat, ohne die Möglichkeit einer Unterscheidung vorgenommen werden. Die Eingabe einer PIN oder eines Passwortes bei der Zugangskontrolle ist nicht wie ein Namenszug einer eigenhändigen Unterschrift genuin-individuell mit der handelnden Person verbunden. Der gesamte Erklärungsvorgang ist insoweit „entkörperlicht“.¹⁸ Die damit verbundene Möglichkeit der verdeckten Stellvertretung und des Handelns unter fremden Namen kann technisch nicht unterbunden werden.¹⁹

4. Identitätsfunktion gleich Identifikation und Verifikation

Hier wird deutlich, dass die Identitätsfunktion der eigenhändigen Unterschrift zwei unterschiedliche Momente in sich birgt, nämlich

- a) die Personenidentifikation und
- b) die Personenverifikation.

Die Personenidentifikation beantwortet die Frage: „Welche Person wird als handelnde Person benannt?“. Mit ihr wird festgestellt, welche Identität diejenige Person hat, die dem äußeren Anschein der Erklärung nach vorgibt zu handeln.

Die Personenverifikation beantwortet die Frage: „Ist die handelnde Person tatsächlich diejenige, die sie vorgibt zu sein?“. Mit ihrer Hilfe soll die Identität des tatsächlichen Ausstellers bestätigt werden.

Die im Signaturgesetz genannten Signaturen befassen sich nur mit der Personenidentifikation, also der Frage: „Welche Person wird als handelnde Person benannt?“. Das Zugangsverfahren zum Signieren, das nach § 17 SigG notwendigerweise ein Element zur Erzeugung einer qualifizierten elektronischen Signatur ist, beantwortet die Frage: „Ist die handelnde Person diejenige, die sie vorgibt zu sein?“. Das Verfahren des Zugriffs auf die Signaturmöglichkeit übernimmt somit die Funktion der Personenverifikation.

Die Personenverifikation findet mithin nicht durch die digitale Signatur, sondern über die Eingangskontrolle bezüglich der Person des Antragstellers durch den Zertifizierungsanbieter und die spätere Geheimhaltung des privaten Schlüssels durch diesen statt. Diese Zugangskontrolle, die auf dem Prinzip von Besitz und Wissen aufbaut (Besitz = Chipkarte, Wissen = PIN), wird wegen der ihr immanenten Schwachstelle der gewollten oder ungewollten unerkannten Nutzung durch Dritte skeptisch zu beurteilen sein.²⁰

Auch die vom Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 SigG 1997 enthaltene Wortwahl kann das aufgeworfene Problem verdeutlichen. In § 2 Abs. 1 SigG wurde die digitale Signatur als ein mit einem privaten Signaturschlüssel erzeugtes Siegel bezeichnet. Ein Siegel lässt in der Siegelprägung die Funktion des Siegelinhabers erkennen, z. B. Präsident des Landgerichts in Musterstadt. Im Siegel des Notars erscheint sogar sein Name neben seiner Amtsbezeichnung. Als mechanisches Werkzeug kann das Siegel jedoch von jeder Person benutzt werden, die den Zugang

15 Kindl, MittBayNot 1999, 29 ff.; Malzer, DNotZ 1998, 96, 112; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 13/7385 vom 9. 4. 1997, S. 59 f.

16 Zum Einsatz biometrische Verfahren siehe Bettendorf, a.a.O. (Fn. 8), S. 21; Albrecht, in: Biometrie, digitale Signatur und elektronische Bankgeschäfte zum Nutzen für Verbraucher, Studie der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher (AgV), Bonn 1999, S. 147.

17 So auch Roßnagel in einer Anhörung zum Entwurf eines sog. Multi-Mediagesetzes am 2. 3. 1998; provet/SGMD, Die Simulationsstudie Rechtspflege, 1994, S. 145; Bettendorf, Biometrische Identifikationsverfahren im elektronischen Rechtsverkehr, Vortrag auf der TeleTrust-Fachtagung am 6. 11. 1998.

18 So die Formulierung von Malzer, DNotZ 1998, 96, 107.

19 Anders als im ec-Karten-Verfahren ist die Weitergabe der Signaturerstellungsdaten (Signaturkarte und PIN) an (bevollmächtigte) Dritte wohl nicht kategorisch verboten.

20 Albrecht, a.a.O. (Fn. 16), S. 17 und 73 ff. und nachfolgend V 1.

zu der Siegelpresse oder zu dem Siegelstempel hat. Aus diesem Grund war und ist zur Erzeugung einer rechtswirksamen Erklärung die Namensunterschrift des Funktionsträgers dem Siegelabdruck zusätzlich beizufügen. Ein der Namensunterschrift vergleichbares zusätzliches körperliches Erfordernis sieht das Signaturgesetz nicht vor. Zwar ist neben dem Einsatz der Karte die Eingabe der PIN erforderlich. Diese ist aber lediglich ein übertragbares²¹, körperlich nicht gebundenes Wissenselement. Setzt man den Vergleich fort, ist die unfreiwillige Weitergabe des Wissens um die PIN – sei dies durch Ausforschung oder durch Zwang – der Entwendung oder Erpressung des Zugangs (z. B. des Schlüssels) zur Siegelpresse gleichzusetzen, die sodann unerlaubt eingesetzt wird. Eine nachprüfbare Personalisierung, wie durch die zusätzliche Unterschrift des Funktionsträgers, ist darin aber nicht zu finden. Dieses vom Gesetzgeber gewollt oder ungewollt durch seine Wortwahl gegebene Bild zeigt deutlich den Unterschied zwischen der digitalen Signatur und der eigenhändigen Unterschrift auf.

Die Schwachstelle liegt somit in der Schnittstelle zwischen Mensch und der von ihm eingesetzten Technik. Abgesehen davon, dass sich ein Passwort oder eine PIN leicht ausspähen lassen, kann die Bekanntgabe dieser Information auch erzwungen werden. Die Chipkarte kann von dem Dritten ohne Zustimmung des Inhabers heimlich oder mit Gewalt entwendet werden. Schließlich kann die Weitergabe auch freiwillig erfolgen. Alle diese Vorgänge sind für den Dritten wegen der beschriebenen Entkörperlichung nicht erkennbar. Nicht berücksichtigt werden soll die Möglichkeit der Entschlüsselung der PIN durch technische Verfahren. Die Sicherungsmechanismen sind im Unterschied zur Kredit- bzw. Scheckkarte höherwertig und als Teil der für qualifizierte elektronische Signaturen zu verwendenden Produkte auch geprüft.

IV. Die gesetzgeberische Umsetzung

1. Signaturgesetz

Der Gesetzgeber hatte mit dem am 1. August 1997 in Kraft getretenen Signaturgesetz auf die angesprochenen Problemkreise reagiert.²² Dies war eines der ersten Gesetze, das die digitale Signatur umfassend und ausführlich regelte. Bezweckt war mit diesem Gesetz unter anderem, rechtzeitig bei den Signaturverfahren eine klare Regelung zu schaffen, um Fehlentwicklungen zu vermeiden. Als einzige Signatur wurde die digitale Signatur mit dem vorgeschriebenen Sicherungsrahmen zugelassen.

Da in anderen Ländern Europas und auch in den USA nicht so strenge Maßstäbe an die Erzeugung elektronischer Signaturen angelegt wurden, blieb es nicht aus, dass am 13. Dezember 1999 eine europäische Richtlinie über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen verabschiedet wurde. Die Europäische Union erhoffte sich hierdurch, das Vertrauen und die Akzeptanz in die neuen Technologien zu stärken, den elektronischen Geschäftsverkehr zu fördern und die Freiheit des Binnenmarktes zu gewährleisten. Der erste Entwurf der Richtlinie sah dabei vor, dass eine ausreichende Sicherheit lediglich über die Gesetze des Marktes erreicht werden sollte. Im Entscheidungsprozess

näherte sie sich aber dem Regelungsgehalt des deutschen Signaturgesetzes aus dem Jahre 1997 an. Dennoch musste letzteres in einigen wichtigen Punkten der Richtlinie angepasst werden. Dies erfolgte in dem neuen Signaturgesetz vom 16. Mai 2001.²³

2. Die technischen Begriffe des Signaturgesetzes

Im Folgenden sollen die wesentlichen gesetzlichen Definitionen des SigG erläutert werden.

Digitale Signatur: Im alten Signaturgesetz vom 22. Juli 1997 setzte eine digitale Signatur ein Signaturschlüsselzertifikat einer gesetzeskonformen, d. h. einer staatlich genehmigten Zertifizierungsstelle voraus. Bis zur Ersetzung der Genehmigungspflicht im Jahre 2001 durch eine freiwillige Akkreditierung wurden drei Zertifizierungsstellen genehmigt, nämlich die Deutsche Telekom (1998), die Deutsche Post (2000) und die Bundesnotarkammer (2000). Der im Signaturgesetz 1997 enthaltene Begriff „digitale Signatur“ wird im Signaturgesetz 2001 nicht mehr verwandt. An die Stelle der digitalen Signatur ist die noch zu erwähnende „qualifizierte elektronische Signatur mit Anbieter-Akkreditierung“ getreten. Beide Signaturen sind in ihren Maßstäben gleichwertig.

Seit Verabschiedung der Signaturrechtlinie und des Signaturgesetzes 2001 werden folgende Bezeichnungen benutzt, die in aufsteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung für den elektronischen Rechtsverkehr dargestellt werden.

Eine **elektronische Signatur** als solche setzt lediglich Daten in elektronischer Form (richtiger wohl: elektronischer Art) voraus, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die der Authentifizierung des Ausstellers dienen (Art. 2 Nr. 1 SigRL, § 2 Nr. 1 SigG). Die Gesetzesbegründung nennt hier die eingescannte Unterschrift als Beispiel, um zu illustrieren, dass keinerlei technische Sicherung gefordert wird.²⁴ Man wird wohl kaum ein elektronisches Dokument finden, das keine Signatur in diesem Sinne enthält, da z. B. auch eine E-mail den Absender ausweist.²⁵ Mit diesen auch sog. „einfachen“ elektronischen Signaturen können weder gesetzliche Formvorschriften des materiellen bzw. des Verfahrensrechts erfüllt werden, noch kommt ihnen ein besonderer Beweiswert zu. Allein für die gewillkürte „elektronische Form“ nach § 127 Abs. 3 Satz 1 BGB sind einfache elektronische Signaturen ausreichend.

Fortgeschrittene elektronische Signaturen setzen nach § 2 Nr. 2 SigG die Zuordnung der Signatur zu einem bestimmten Aussteller sowie bestimmte technische Vorkehrungen gegen die Manipulation der Erklärung durch Dritte voraus. In der Praxis handelt es sich vor allem um kryptographische Verfahren mit Softwareschlüsseln. Solche Schlüssel können vom Inhaber in beliebiger Zahl weitergegeben oder auch von Dritten ausgespäht werden. Technische Anforderungen an Produkte oder Ver-

21 Siehe auch oben Fn. 19.

22 BGBl. 1997 I, S. 1870, 1872.

23 BGBl. 2001 I, S. 876.

24 BT-Drucks. 14/4662, S. 18.

25 Roßnagel, NJW 2001, 1819.

fahren bestehen nicht. Ebenso wie bei der einfachen Signatur sind keine besonderen Rechtsfolgen angeordnet. Der fortgeschrittenen Signatur kommt in den Gesetzen des materiellen Verfahrensrechts keine Bedeutung zu. Praktisch könnte jedoch der Beweiswert im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung aufgrund der weitreichenden technischen Vorkehrung höher sein.

Qualifizierte elektronische Signaturen sind der eigentliche Regelungsgegenstand der Signaturrechtlinie und des Signaturgesetzes. Qualifizierte elektronische Signaturen sind gemäß ihrer Legaldefinition fortgeschrittene elektronische Signaturen i. S. d. § 2 Nr. 2 SigG, „die auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen und mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt werden“ (§ 2 Nr. 3 SigG; ähnlich Art. 2 Nr. 2 SigRL). Das qualifizierte Zertifikat in diesem Sinne ist die bescheinigte Zuordnung eines öffentlichen Schlüssels zu einer Person in Übereinstimmung mit den spezifizierten technischen und organisatorischen Anforderungen des Richtlinienanhangs bzw. des Signaturgesetzes und der Signaturverordnung (Art. 2 Nr. 10 SigRL; § 2 Nr. 7 SigG). Eine qualifizierte elektronische Signatur muss danach einen vom Gesetz im einzelnen definierten Katalog an Kriterien erfüllen. Sie muss insbesondere gem. § 2 Nr. 3 i. V. m. Nr. 2 SigG kumulativ

- a) ausschließlich dem Signaturschlüsselinhaber zugeordnet sein,
- b) seine Identifizierung ermöglichen,
- c) mit Mitteln erzeugt werden, die der Schlüsselinhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann,
- d) mit den Daten, auf die sie sich beziehen, so verknüpft werden, dass eine nachträgliche Veränderung erkannt werden kann,
- e) auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen, und
- f) mit einer sicheren Signaturerstellungseinrichtung erzeugt worden sein.

Ein **qualifiziertes Zertifikat** i. S. d. vorgenannten Buchst. e) kann nur von dem Zertifizierungsdienst eines Anbieters ausgestellt werden, der die besonderen Auflagen des Signaturgesetzes erfüllt, nämlich das Anzeige- und Überwachungssystem (§ 4 SigG), die Identifikations- und Unterrichtungspflicht (§§ 5, 6 SigG), die Onlineabruf- und Sperrpflicht (§ 5 Abs. 1 Satz 2, und § 8 SigG), die Regelung zur Haftung und Deckungsvorsorge (§§ 11, 12 SigG) sowie die Produkthanforderungen (§ 17 SigG).

Nur für die qualifizierten elektronischen Signaturen besteht also ein definierter technischer und organisatorischer Sicherheitsstandard. Die qualifizierte elektronische Signatur wird vom Gesetz zum Standard für formgebundene elektronische Kommunikation erhoben. An sie knüpfen die Transformationsnormen zur Schriftform im materiellen Recht (§ 126 a BGB) und im Verfahrensrecht (§ 130 a ZPO²⁶, § 21 Abs. 2 Satz 2 FG, § 3 a Abs. 2 und § 33 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 VwVfG) an, ferner die Beweisnorm in § 371 a ZPO.

Der bisherigen digitalen Signatur entspricht die **qualifizierte elektronische Signatur mit Anbieter-Akkreditierung** (vgl. § 2 Ziff. 15 SigG). Von der qualifizierten elektronischen Signatur unterscheidet sich die Signatur mit

Anbieter-Akkreditierung durch die behördliche Vorabprüfung (§ 15 SigG), die staatliche Wurzelinstanz (§ 16 SigG), die staatliche Übernahmepflicht bei Betriebseinstellungen (§ 13 Abs. 2 Satz 2 SigG) und den dreißigjährigen Onlineabruf (§ 5 Abs. 1 Satz 2 SigG in Verbindung mit § 4 Abs. 2 SigV).

Im Zivilrecht erhält das akkreditierte Verfahren gegenüber der „qualifizierten elektronischen Signatur“ kein rechtliches Privileg. Allenfalls könnte sich faktisch die Vorabprüfung über § 371 a ZPO hinaus bei der Beweiswürdigung bemerkbar machen. Die fehlende rechtliche Privilegierung im Zivilrecht wird begründet mit Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 SigRL. Danach dürfen Akkreditierungssysteme nicht zu einer Wettbewerbs einschränkung im Bereich des Zertifizierungsdienstes führen und müssen im Übrigen an objektive, transparente, verhältnismäßige und nicht diskriminierende Voraussetzungen geknüpft sein.

Die europäische Signaturrechtlinie gilt auch für den öffentlichen Bereich, da sie sich auf Artikel 95 des Vertrages zur Gründung der europäischen Gemeinschaft stützt, wonach auch einzelne Maßnahmen im Bereich des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsorganisation geregelt werden können. Jedoch können nach Artikel 3 Abs. 7 Satz 1 SigRL die Mitgliedstaaten im öffentlichen Bereich für den Einsatz elektronischer Signaturen zusätzliche Anforderungen aufstellen. Auch diese müssen objektiv, transparent, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sein, dürfen sich nur auf die spezifischen Merkmale der betreffenden Anwendungen beziehen und für grenzüberschreitende Dienste der Bürger kein Hindernis darstellen. Bei der Umsetzung der Signaturrechtlinie im Verwaltungsverfahren wurde die Anforderung der dauerhaften Überprüfbarkeit eingeführt, die damit wohl der dreißigjährigen Abruffrist der akkreditierten Anbieter entsprechen soll. Für elektronische Verwaltungsakte besteht eine entsprechende Verordnungsermächtigung (§ 37 Abs. 4 VwVfG). Dies gilt auch für elektronische Beglaubigungsvermerke (§ 33 Abs. 5 Nr. 2 VwVfG).

3. Formanpassungsgesetz

Aufgrund Artikel 5 Abs. 1 der Signaturrechtlinie war im nationalen Recht der Mitgliedstaaten zu regeln, dass fortgeschrittene elektronische Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen und die von einer sicheren Signaturerstellungseinheit erstellt werden,

- a) die rechtlichen Anforderungen an eine Unterschrift in Bezug auf in elektronischer Form vorliegende Daten in gleicher Weise erfüllen wie handschriftliche Unterschriften in Bezug auf Daten, die auf Papier vorliegen, und
- b) in Gerichtsverfahren als Beweis zugelassen sind.

Des Weiteren enthielt die Richtlinie vom 8. 6. 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr, die sog. E-Commerce-Richtlinie, in Artikel 9 Abs. 1 für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, „*dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege ermöglicht. Die Mitgliedstaaten stellen insbesondere si-*

²⁶ Hierzu kürzlich Viehues, NJW 2005, 1009, 1011.

cher, dass ihre für den Vertragsabschluss geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge bilden noch dazu führen, dass diese Verträge aufgrund des Umstandes, dass sie auf elektronischem Wege zustandegekommen sind, keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben.“ Nach Ziffer 34 der Erwägungsgründe hat jeder Mitgliedstaat „seine Rechtsvorschriften zu ändern, in denen Bestimmungen festgelegt sind, die die Verwendung elektronisch geschlossener Verträge behindern könnten; dies gilt insbesondere für Formvorschriften.“

Die Zielvorgaben der E-Commerce-Richtlinie setzte der deutsche Gesetzgeber durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz vom 13. Juli 2001 um.²⁷

- a) § 126 BGB wurde um einen Absatz 3 ergänzt, wonach die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden kann, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Hier besteht Streit, ob die elektronische Form die gesetzliche Schriftform nur dann ersetzt, wenn der Empfänger damit einverstanden ist²⁸ oder ob diese Bestimmung lediglich eine Frage des Zugangs der Willenserklärung darstellt²⁹. Meines Erachtens ist der ersten Auffassung mit der Begründung von Hertel zu folgen, da man ansonsten vom Empfänger einer digital signierten elektronischen Urkundenerklärung die Prüfung der Signatur verlangen würde, womit dieser möglicherweise nicht vertraut ist und obwohl er möglicherweise eine Unterschrift der elektronischen Signatur vorzieht. Etwas anderes wird gelten, wenn er sich zum Austausch signierter Erklärungen bereit erklärt oder diese bei diesem Vorgang selber eingesetzt hat.
- b) Statt der Schriftform gem. § 126 BGB kann nach Maßgabe des neu eingeführten § 126 a BGB auch die sog. „elektronische Form“ verwandt werden. § 126 a BGB regelt die Voraussetzungen der „elektronischen Form“. Danach muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur³⁰ nach dem Signaturgesetz versehen.
- c) Die Einführung der elektronischen Form als Substitut für die Schriftform wird gesetzgeberisch begleitet durch eine gesetzliche Einführung eines Anscheinsbeweises in § 371 a ZPO³¹.
- d) Schließlich hat der Gesetzgeber in § 126 b BGB mit der sog. „Textform“ einen neuen Formtyp geschaffen, nämlich der lesbaren, aber unterschriftslosen Erklärung. Die Textform erfüllt keine der klassischen Formzwecke wie Warn-, Beweis- und Identitätsfunktion. Es steht lediglich die Informations- und Dokumentationsfunktion im Vordergrund. Zur Erfüllung dieser Funktionen erschien dem Gesetzgeber eine nur mündliche Äußerung als nicht ausreichend. Insoweit hat der Gesetzgeber in vielen Fällen das Schriftformerfordernis auf das Erfordernis lediglich der Textform herabgesetzt. Daraus kann nicht gefolgert werden, die Textform als Formalalternative zur Schriftform vorzusehen, wenn trotz fehlender Änderung des Wortlautes einer Vorschrift seitens des Gesetzgebers sich bei einer Gesetzesauslegung ergibt, dass die strenge Schriftform bzw. die elektronische Form nicht von Nöten sind, insbesondere weil die Warn- und Beweisfunktion keine wesentliche Rolle spielt.³² Dieser

Ansicht ist nicht zu folgen, da es eine Entscheidung des Gesetzgebers ist, welches Formerfordernis bei einem Rechtsgeschäft bzw. bei einer Rechtshandlung zu beachten ist. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren.³³

- e) Auf weitere durch das Formanpassungsgesetz geänderte Vorschriften soll hier nicht näher eingegangen werden.

Unberührt von der Öffnungspflicht der E-Commerce-Richtlinie bleiben Formerfordernisse des nationalen Rechtes, die eine öffentliche Beglaubigung oder öffentliche Beurkundung verlangen. Nach Artikel 1 Abs. 1 lit d) 1 der Richtlinie sind ausgenommen die „Tätigkeiten von Notaren oder Angehörigen gleichwertiger Berufe, soweit diese eine unmittelbare und besondere Verbindung zur Ausübung öffentlicher Befugnisse aufweisen“. Außerdem sind ausgenommen Verträge, „bei denen die Mitwirkung“ von Gerichten, Behörden oder öffentliche Befugnisse ausübenden Berufe gesetzlich vorgeschrieben ist. Diese Ausnahmen werden in den Erwägungsgründen auch ausdrücklich erwähnt. In diesen Ausnahmebereichen ist der nationale Gesetzgeber ungeachtet der E-Commerce-Richtlinie weiterhin frei, selbst den Inhalt der Formvorschriften auszugestalten.

Auf die weiteren Ausnahmen, die von dem deutsche Gesetzgeber bei der Formanpassung dadurch berücksichtigt wurden, dass er bestimmte Rechtsgeschäfte ausdrücklich der Schriftform unterwirft, wie z. B. die Bürgschaft oder das Schuldanerkenntnis, ist hier nicht näher einzugehen.³⁴ Sie sind jedoch alle von den Ausnahmevorschriften der Richtlinie gedeckt.

V. Funktionserfüllung der Schriftform durch elektronische Form i. S. d. § 126 a BGB

1. Funktionen der eigenhändigen Unterschrift

Da die elektronische Form i. S. d. § 126 a BGB, also das mit einem Namen und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene elektronische Dokument, als Substitut für die Schriftform die mit einer eigenhändigen Unterschrift verbundenen Funktionen erfüllen soll, muss geprüft werden, ob dies tatsächlich der Fall ist.

Die Privilegierung der eigenhändigen Unterschrift im Rechtsverkehr beruht auf

- der Echtheitsfunktion (Authentizität), die das Herühren einer Erklärung vom Unterschriftsleistenden nachweisen soll,
- der Abschlussfunktion, die die Vollendung der Erklärung und deren willentlichen Abgabe signalisiert,
- der damit verbundene Warnfunktion, dass es sich nicht mehr um einen Entwurf, sondern um eine rechtlich relevante Erklärung handelt, und

²⁷ Siehe schon oben Fn. 1.

²⁸ BT-Drucks 14/4987, S. 15, 41; Staudinger/Hertel, a.a.O. (Fn. 2), § 126 BGB Rn 167; AnwKomm/Noack, 2005, § 126 BGB Rn. 16; Palandt/Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 126 a BGB Rn. 6.

²⁹ So MünchKomm/Einsele, Bd. 1 a, 2002, § 126 BGB Rn. 11.

³⁰ Siehe hierzu oben sub IV. 2.

³¹ Vormals § 292 a ZPO, siehe hierzu näher sub Ziff. V. 2. b).

³² So aber AnwKomm/Noack, a.a.O. (Fn. 26), § 115 BGB Rn. 49.

³³ MünchKomm/Einsele, a.a.O. (Fn. 27), § 126 b BGB Rn. 3.

³⁴ Siehe hierzu BT-Druck. 14/4987, S. 17, und Art. 9 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie.

- der Identitätsfunktion, die den Aussteller der Erklärung erkennen lässt.

Auch die „elektronische Form“ i. S. d. § 126 a BGB erfüllt zunächst die Echtheitsfunktion. Die Verbindung von Signatur und Text gewährleistet, dass der Empfänger überprüfen kann, ob die Erklärung mit ihrem konkreten Inhalt tatsächlich vom Aussteller herrührt.³⁵ Der Empfänger des elektronischen Dokuments kann erkennen, ob die Erklärung inhaltlich mit derjenigen übereinstimmt, die signiert worden ist, oder nachträglich verändert wurde.³⁶ Mehr bedeutet die Echtheitsfunktion nicht. Insbesondere ist nicht gesagt, welche Person die Signatur tatsächlich gefertigt hat. Dies ist eine Frage der Identitätsfunktion.

Die Echtheitsfunktion erfasst nicht nur den Namenszug, wie dies bei einer eigenhändigen Unterschrift der Fall ist, sondern auch den zur Unterschrift gehörenden Text, da in dem Signaturverfahren auch der Textteil in die Verschlüsselung einbezogen wird.

Auch die Abschlussfunktion ist bei der elektronischen Form i. S. d. § 126 a BGB erfüllt, da der Aussteller bestimmt, was von ihm elektronisch unterschrieben werden soll. Die Techniker weisen hier darauf hin, dass die „Unterzeichnung“ in einer sicheren Umgebung zu erfolgen hat, damit während des Unterzeichnungsvorganges nicht ein anderer Text als derjenige, der auf dem Bildschirm dargestellt wurde, zur Signierung untergeschoben wird. Aus diesem Grund sind notwendigerweise die in § 17 SigG genannten „Produkte für qualifizierte elektronische Signaturen“ einzusetzen.

Die Warnfunktion wird dadurch erfüllt, dass das Verschlüsselungsverfahren von dem Aussteller willentlich in Gang gesetzt werden muss. Ob dieses im Vergleich zum rechtlichen Erfordernis der Schriftform ausreichend ist, ist nicht unbestritten. Dies hat daher zu den Ausnahmebestimmungen in der Signaturrichtlinie und im BGB geführt.³⁷

Die Unterzeichnung eines Papiers, ob als Vordruck oder als individuell erstelltes Schreiben, ist stets ein besonderer Vorgang. Es macht psychologisch einen Unterschied, ob ein Bildschirminhalt, der flüchtig aufgebaut wird, mittels eines Mouse-Clicks oder per Bestätigung der Return-Taste unterzeichnet oder ein Papierstück unterschrieben wird, das fassbar und handhabbar vor dem Unterschreibenden liegt.³⁸ Solange ein umständliches Hantieren mit Chipkarte, Lesegerät und PIN-Eingabe erforderlich ist, wird nach anderer Ansicht dem Anwender die Bedeutung seines Handelns klar sein. Sobald jedoch die Signiersoftware diese Vorgänge vereinfacht, kann die nach dem Signaturgesetz erforderliche Unterrichtung durch den Signaturanbieter über die rechtliche Bedeutung der elektronischen Signatur verdrängt werden.³⁹ Der Computerbenutzer wird durch Abstumpfung die warnende Bildschirmfrage „Sind Sie wirklich sicher?“ durch einen einfachen routinemäßigen Mouse-Click überwinden, da diese Frage nicht nur bei der elektronischen Signatur, sondern in einer Vielzahl von Fällen programmgesteuert gestellt wird, die weniger Bedeutung haben, z. B. bei dem Löschen einer Datei.⁴⁰ Oertel weist mit Recht darauf hin, dass die Kultur des elektronischen Rechtsverkehrs noch zu jung und zu wandelbar erscheint,

als dass einzelne Eingabebefehle gesetzlich einer bestimmten Signalbedeutung zuzuordnen wären.⁴¹

Die Identitätsfunktion setzt sich zusammen aus der Personenidentifikation und der Personenverifikation.⁴² Die Personenidentifikation wird dadurch erfüllt, dass die elektronische Signatur dem registrierten Inhaber zugeordnet wird und insoweit einen Aussteller erkennen lässt. Die Person des registrierten Schlüsselhabers kann über den Anbieter des Signaturverfahrens ermittelt werden. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass der registrierte Inhaber die konkret vorliegende Signatur auch tatsächlich gefertigt hat. Jedermann, der im Besitz der Signatureinheit ist, kann die Signatur anbringen.⁴³ Das „elektronische Dokument“ besagt also lediglich, dass derjenige, der die elektronische Signatur erzeugt hat, zu diesem Zeitpunkt Inhaber der Chipkarte und des geheimgehaltenen Signaturschlüssels war. Eine Aussage über die Identität der tatsächlich handelnden Person (Personenverifikation) ist damit noch nicht verbunden.⁴⁴

Eine Personenverifikation wäre freilich denkbar, wenn der Signaturschlüsselhaber tatsächlich der einzige wäre, der im Besitz seiner Zugangsdaten (Signaturkarte und PIN) ist. In diesem Falle könnte seine Signatur nur von ihm persönlich mit einem Dokument verbunden werden. Einen absoluten Schutz gegen den Zugriff Dritter gibt es aber nicht. Welche Maßnahmen der Signaturkarteninhaber im eigenen Interesse ergreifen kann und muss, um den Zugriff auf seine Signaturerstellungsdaten durch unbefugte Dritte zu verhindern, ist noch ungeklärt.⁴⁵ Ob das beschriebene Signaturverfahren den gebotenen Anforderungen ausreichend gerecht wird, ist zweifelhaft. Zu den zivil- und beweisrechtlichen Problemen siehe noch sogleich sub 2.

2. Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur durch Dritte

a) Handeln unter fremden Namen

Wie beschrieben⁴⁶ kann nicht sicher festgestellt werden, dass die im Signaturschlüsselverfahren angegebene Person den Mechanismus der elektronischen Signatur persönlich in Gang gesetzt hat. Es ist für den Empfänger der Erklärung nicht erkennbar, ob

- der Schlüsselhaber selber,
- ein von ihm Bevollmächtigter oder
- ein Dritter unerlaubt oder jedenfalls vollmachtlos unter dem Namen des Schlüsselhabers gehandelt hat.

35 Vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 26), § 126 a Rn. 5;

36 Siehe zur technischen Funktionsweise und zur Leistungsfähigkeit des insoweit angewandten Signatur-Prinzips oben sub III.

37 BT-Drucks. 14/4987, S. 17.

38 Bettendorf, a.a.O. (Fn. 8), S. 26.

39 AnwKomm/Noack, a.a.O. (Fn. 27), § 15 BGB Rn. 13.

40 Scheffler/Dressel, CR 2000 S. 382.

41 Oertel, MMR 2001, 419, 421.

42 Siehe oben III 4.

43 Vgl. schon oben zu Fn. 17.

44 Diese Aussage kann an dem folgenden realen Beispiel aus der Praxis verdeutlicht werden: Ein Kunstsachverständiger sollte ein wohl gefälschtes Bild begutachten, scheute sich aber, dies definitiv zu bestätigen. Sicher war jedoch, dass das Bild und Namenszug des Künstlers auf dem Bild einheitlich erstellt wurden. Er gab folgendes Gutachten ab: „Das Bild stammt von dem, der es signiert hat“.

45 Siehe auch oben Fn. 19.

46 Siehe soeben sub V. 1. am Ende sowie oben III. 4.

In allen drei Fällen scheint für den Empfänger der Schlüsselhaber die handelnde Person zu sein, obwohl in den letzten beiden Fällen lediglich ein Dritter unter dem Namen des Schlüsselhabers tätig wurde (Handeln im fremden Namen). Ähnlich gelagert sind im Bereich der Schrifturkunde die zulässige Unterzeichnung durch den Bevollmächtigten mit dem Namen des Vollmachtgebers oder die Unterschriftenfälschung durch einen Dritten.

Die beiden ersten Alternativen bereiten rechtlich keine Probleme, da in beiden Fällen durch die Annahmeerklärung des Empfängers ein abzuschließender Vertrag zustande kommt, und zwar entweder unmittelbar mit dem Schlüsselhaber oder mittelbar mit diesem nach den Vertretungsregeln, die beim Handeln eines bevollmächtigten Vertreter unter fremden Namen entsprechend Anwendung finden.⁴⁷

Bei der dritten Alternative, beim Handeln durch einen unberechtigten oder vollmachtlosen Dritten unter fremdem Namen, gilt weiterhin der Grundsatz, dass das Risiko des Vorliegens einer Vertretungsmacht nicht derjenige trägt, in dessen Namen jemand als Vertreter auftritt, sondern der Geschäftsgegner, so dass in diesem Falle die Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht angewandt werden.⁴⁸ Genehmigt der Schlüsselhaber nach Aufforderung des Vertragspartners die in seinem Namen abgegebene Erklärung nicht, hat der Erklärungsempfänger lediglich die Möglichkeit, von dem Handelnden, sofern er diesen ermitteln kann, nach § 179 BGB Erfüllung oder Schadenersatz zu verlangen.

b) Anscheinsbeweis des § 371 a ZPO (§ 292 a ZPO a. F.)

Das elektronische Dokument ist keine Urkunde im Sinne der § 415 ff. ZPO, sondern Objekt des Augenscheins gemäß § 371 ff. ZPO.⁴⁹ Insbesondere gelten nicht die Beweiserleichterungen des § 416 bzw. 440 Abs. 2 ZPO, wonach die in der Schrifturkunde enthaltenen Erklärungen von dem Ersteller abgegeben worden sind.

Zum Schutz des Empfängers eines elektronischen Dokumentes hatte der Gesetzgeber zunächst in § 292 a ZPO einen Anscheinsbeweis dafür begründet, dass „der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form vorliegenden Willenserklärungen, der sich auf Grund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, nur durch Tatsachen erschüttert werden kann, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist.“ Seit Inkrafttreten des Justizkommunikationsgesetzes am 1. April 2005⁵⁰ ist § 292 a ZPO durch die inhaltsgleiche Vorschrift des § 371 a ZPO ersetzt worden. Um den Anscheinsbeweis zu erlangen, muss der Empfänger des elektronischen Dokumentes darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des § 126 a BGB mit den Voraussetzungen des SigG für eine qualifizierte Signatur gegeben sind. Der Nachweis dieser technischen Voraussetzungen wird dem Beweisführer in der Regel nur gelingen, wenn er auf die Vermutung des § 15 Abs. 1 SigG zugreifen kann.⁵¹ Danach erhalten akkreditierte Zertifizierungsdiensteanbieter Gütezeichen, die dem Nachweis der umfassend geprüften technischen und administrativen Sicherheit für die von ihnen zur Verfügung gestellten qualifizierten Zertifikaten dienen sollen.

Aber selbst dann, wenn dieser Nachweis geführt wurde, lässt § 371 a ZPO dem vermeintlichen Aussteller der elektronischen Signatur die Möglichkeit, im konkreten Falle ernstliche Zweifel darzulegen, dass die Erklärung nicht mit seinem Willen abgegeben wurde. Er kann vortragen, dass er die Verwendung der Chipkarte grundsätzlich gestattet, jedoch nicht zu der streitigen Erklärung ermächtigt habe, ihm sei die Chipkarte entwendet und die PIN ausgespäht worden, oder das Signaturschlüsselzertifikat sei ohne seine Mitwirkung auf seinen Namen beantragt, die Zertifizierungsstelle also bei der ursprünglichen Identifikation seiner Person getäuscht worden. Schließlich kann er auch vortragen, dass das Signaturverfahren im konkreten Fall technisch fehlerhaft abgelaufen sei, insbesondere ihm beim Signiervorgang nicht oder nicht vollständig diejenigen Daten präsentiert worden seien, die der Signierende gewollt habe. Wenn auf fremden Geräten signiert wird, ist ferner der Fall vorstellbar, dass im Hintergrund ein anderes als das auf dem Bildschirm präsentierte Dokument signiert wird.⁵²

Im Übrigen ist weitere Tatbestandsvoraussetzung gemäß § 371 a ZPO die Vorlage einer Willenserklärung. Diese muss nach den allgemeinen Regeln erklärt und das Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen nötigenfalls bewiesen werden.

Ob und inwieweit die vorstehenden Einwände so vorgebracht werden, dass ernstliche Zweifel am Anschein i. S. d. § 371 a ZPO bestehen, wird Sachverhaltsfrage sein und sich erst aus der zukünftigen Handhabung der Gerichte ergeben.

Sollten die im Einzelfall vorgetragenen Einwände den Anscheinsbeweis nicht erschüttern und deshalb der Anscheinsbeweis des § 371 a ZPO zum Zuge kommen, so finden – abweichend von der bisherigen gesetzlichen Regelung – nach § 371 a ZPO die Beweisvorschriften der §§ 416 und 440 Abs. 2 ZPO entsprechende Anwendung.

Sollte der Anscheinsbeweis durch Sachverhalte entkräftet worden sein, wonach nicht der fehlende technische Nachweis, sondern die unerlaubte Nutzung der Signaturkarte und der PIN Ursache sind, führt dies notwendigerweise zu der Frage, ob der Schlüsselhaber nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Rechtscheinvollmacht bzw. wegen Verletzung vorvertraglicher oder vertraglicher Schutzpflichten haftet. In der Diskussion wird dies häufig ohne Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des elektronischen Rechtsverkehrs bejaht. Richtigerweise wird man die Regeln der Duldungsvollmacht in der Tat anwenden können, wenn der Schlüsselhaber wissentlich die Nutzung des Signaturverfahrens geschehen lässt, mag die konkrete Handlung auch gegen seinen Willen erfolgt sein.⁵³ Bei einem Diebstahl der Signaturkarte liegt der Sachverhalt einer wissentlichen Zulassung der Nutzung erkennbar nicht vor.

47 BGHZ 45, 193; Ermann/Brox, 10. Aufl. 2000, § 164 BGB Rn. 9.

48 BGH NJW 1977, 1169; Ermann/Brox, a.a.O. (Fn. 42), § 177 BGB Rn. 7.

49 Ausf. hierzu Berger, NJW 2005, 1016 ff.

50 BGBl. I, S. 837; hierzu Viefhues, NJW 2005, 1009 ff.

51 Oertel, MMR 2001, 419, 420; Roßnagel, NJW 2001, 1826.

52 Oertel, MMR 2001, 419, 420 sowie die von ihm zitierten Fundstellen in Fn. 17, 18 und 19.

53 Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 26), § 173 BGB Rn. 11.

Eine Haftung nach den Regeln der Rechtsscheinsvollmacht greift nur ein, wenn der Signaturschlüsselinhaber den von dem Verwender des Signaturschlüssels gesetzten Rechtsschein zurechenbar veranlasst hat und der Vertragspartner gutgläubig war.⁵⁴ Rechtsprechung und Lehre führen dazu näher aus, dass dieser Tatbestand nur erfüllt ist, wenn der Vertretene das Handeln seines angeblichen Vertreters zwar nicht kennt⁵⁵, er das Handeln aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und der Vertragspartner nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Vertretene billige das Handeln des Vertreters.⁵⁶ Für die Annahme der Erfüllung dieses Tatbestandes reichen sicherlich nicht allein die dem Signaturschlüsselinhaber zuzurechnenden Handlungen aus, dass er sich eine Signaturkarte nebst Zugangskennung beschafft hat und am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen wollte. Eine Haftungsfolge begründen kann nur ein von ihm zusätzlich zurechenbar veranlasster Rechtsschein, der z. B. dadurch verursacht wird, dass er bei pflichtgemäßer Sorgfalt die Nutzung der Karte und der geheimzuhaltenden PIN hätte erkennen und verhindern können, wie z. B. durch rechtzeitige Sperrung seines qualifizierten Zertifikates.⁵⁷

In der Rechtsprechung zum Missbrauch von ec-Karten werden häufig zu Lasten des Bankkunden die Regeln des Anscheinsbeweises angewandt und unterstellt, dass der Karteninhaber seine vertragliche Obliegenheit zur sicheren Verwahrung sowohl der Karte als auch der PIN verletzt habe, wenn eine unbefugte Verwendung der Karte durch Dritte feststeht.⁵⁸ Tatsächlich darf ein solcher Anscheinsbeweis nur bejaht werden, wenn ein Tatbestand feststeht, bei dem die Regeln des Lebens und die Erfahrung regelmäßig auf einen bestimmten Verlauf hinweisen und bei dem das behauptete Verschulden typischerweise gegeben ist.⁵⁹

Gemäß § 6 Abs. 1 SigG i. V. m. § 6 Nr. 1 u. 2 SigV ist die eine Signaturkarte beantragende Person durch den Zertifizierungsdiensteanbieter darüber zu unterrichten, dass diese unter anderem für die sichere Verwahrung der Signaturerstellungseinheit – also der Chipkarte – Sorge zu tragen und er die zur Identifikation im Zugangsverfahren verwendete PIN geheim zu halten hat. Aus dieser Hinweispflicht kann für den Verwender der elektronischen Signatur eine allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Verwahrung der Signaturkarte und der PIN sowie die Pflicht, eine Fremdverwendung zu verhindern, auch ohne zugrunde liegende besondere Vertragsbeziehung, wie z. B. ein ec-Kartenvertrag, angenommen werden.⁶⁰

Da eine unverschuldete Entwendung der Karte und das unverschuldete Ausspähen der PIN nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, verbietet es sich, jedoch ohne Darlegung eines weiteren durch den Anwender geschaffenen besonderen Sachverhaltes auf Grund einer unbefugten Nutzung der elektronischen Signatur das Vorliegen einer auch nur fahrlässig verschuldeten Sorgfaltspflichtverletzung anzunehmen.

In einer Entscheidung vom 5. Oktober 2004⁶¹ hat es der BGH bei der missbräuchlichen Verwendung einer ec-Karte nach den Regeln des Anscheinsbeweises als erwiesen angesehen, dass der Karteninhaber die PIN auf

der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn kurz nach einem Diebstahl die Karte ohne Fehlversuche mit der korrekten PIN zur Abbuchung benutzt wurde und andere Ursachen für den Missbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben können.⁶² Eine solche nach der Lebenserfahrung des Anscheinsbeweises ausschließende Ursache kann die kurze Zeit vor der Entwendung erfolgte Abbuchung von einem Geldautomaten sein, da dabei die PIN ausgespäht worden sein kann. Diese letzte Tatsache wäre dann geeignet, die Voraussetzung des Anscheinsbeweises zu vernichten.

Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH ist auf die (unbefugte) Verwendung einer Signaturkarte nicht übertragbar. Einen vergleichbaren Anschein könnte ein Signaturschlüsselinhaber praktisch nicht widerlegen. Die Sachverhalte unterscheiden sich in wesentlichen Hinsichten. Anders als der Geldautomat im ec-Karten-Verfahren ist der Ort, an dem Signaturkarte und PIN genutzt wurden (Computer), kaum zu ermitteln. Vergleichbare Lebenssachverhalte können insoweit vom Signaturschlüsselinhaber nicht zur Erschütterung des Anscheins dargelegt werden. Anders als im ec-Karten-Verfahren, bei dem der Karteninhaber zur kategorischen Geheimhaltung seiner Zugangsdaten vertraglich verpflichtet ist, steht bei Signaturverfahren (noch) nicht abschließend fest, welche Verhaltensmaßstäbe insoweit für den Signaturschlüsselinhaber gelten.⁶³ Knüpfte man gleichwohl an jede ungenehmigte Nutzung des Signaturerstellungsdaten den Anschein eines haftungsbewehrten Fehlverhaltens des Schlüsselhabers, würde hier ein Haftungstatbestand geschaffen, der demjenigen einer Gefährdungshaftung vergleichbar wäre.⁶⁴

Da mit einer entwendeten digitalen Signatur Rechtsgeschäfte in unbegrenzter Zahl abgeschlossen werden können, wäre der damit verbundene Haftungsumfang zudem unüberschaubar. Darüber hinaus besteht auch kein Bedürfnis, zu Lasten des Verwenders der elektronischen Signatur eine gesetzliche Haftungszuweisung oder Vermutung für eine Sorgfaltspflichtverletzung zu begründen. Die Anbieter des Verfahrens der digitalen Signatur haben es in der Hand, durch erweiterte tech-

54 BGH NJW 1981, 1728.

55 Ansonsten greifen die Regeln der Duldungsvollmacht ein.

56 BGH NJW 1997, 1169, Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 26), § 173 BGB Rn. 14–20; Ermann/Brox, a.a.O. (Fn. 42), § 167 BGB Rn. 7–23.

57 Bettendorf, a.a.O. (Fn. 8), S. 23; dementsprechend haben für das Btx-Verfahren das OLG Köln NJW-RR 1994, 177 und das OLG Oldenburg NJW 1993, 1400 darauf abgestellt, dass Familienangehörige nachweislich Zugang zur Kommunikationseinrichtung hatten.

58 BGH NJW 2004, 3623; LG Bonn NJW-RR 1995, 815 f.; LG Hannover WM 1998, 1123 ff.; OLG Frankfurt OLG-Report 1998, 259 f.; das Problem wird detailliert erörtert von Albrecht, a.a.O. (Fn. 16), S. 73 ff.

59 BGH NJW 1996, 1828 f.

60 MünchKomm/Einsele, a.a.O. (Fn. 27), § 126a BGB Rn. 5 und dort Fn. 15.

61 BGH NJW 2004, 3623

62 BGH NJW 2004, 3623.

63 Siehe auch oben Fn. 19.

64 Darüber hinaus besteht die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung. So wurden Bankkunden mit einer Strafanzeige wegen Betrug zu Lasten der Bank belastet, wenn sie gutgläubig den Verlust ihrer ec-Karte melden, wobei mit den gleichen Argumenten ihr Verschulden begründet wird, vgl. AG Oschatz NJW 1996, 2385 (i. E. Freispruch); AG München, Az. 8130 Cs 233 Js 221983/96 vom 16. 04. 1997 (i. E.: Einstellung gegen Geldbuße – zitiert nach Strenger in Anm. zum Urteil des AG Hannover NJW-COR 1997, 360, 363).

nische Ausgestaltung, z. B. durch Einsatz biometrischer Mittel, die Verfahren zunehmend sicherer zu gestalten. Eine Haftungsverlagerung auf den Anwender der digitalen Signatur würde diesem Umstand zu wenig Rechnung tragen und im Übrigen zu Lasten des Verbrauchers den Anreiz, die Technik im Interesse der Sicherheit weiterzuentwickeln, erheblich einschränken.⁶⁵

3. Veränderung technischer Voraussetzungen des SigG

In § 126a BGB wird bei der Beschreibung der einzuhaltenden Voraussetzung für die elektronische Form dynamisch auf das Signaturgesetz und die Signaturverordnung verwiesen. Auf diese Weise findet der dort jeweils formulierte Sicherheitsstandard unmittelbar Eingang in die „elektronische Form“ des § 126a BGB. Diese Gesetzestechnik beruht auf der Überlegung, zukünftige technische Fortschritte sofort für den elektronischen Rechtsverkehr nutzbar machen zu können. Die dynamische Verweisung führt allerdings umgekehrt auch dazu, dass eine Absenkung des Sicherheitsniveaus, die sich zum Nachteil des elektronischen Rechtsverkehrs auswirkt, ebenso leicht umsetzbar wäre. Die bisher vorausgesetzte Sicherheit ginge dann verloren.

Ein Beispiel für die Absenkung des Sicherheitsniveaus ist ein Änderungsgesetz zum SigG, das dem Bundestag zum Zeitpunkt des Vortrages zur Entscheidung vorlag. Inzwischen ist es am 4. Januar 2005 verabschiedet worden.⁶⁶ In diesem Änderungsgesetz ist die persönliche Mitwirkung des Antragstellers an dem Zertifizierungsverfahren nicht mehr vorgesehen. Die bisher vorgeschriebene eigenhändige Unterschrift wird entbehrlich. Der Vorgang der Zertifikatserteilung soll stattdessen nunmehr auch in vollelektronischer Form erfolgen können. Zwar wird die Identitätsprüfung als rechtliches Erfordernis beibehalten. Es ist aber im Zusammenhang mit der angestrebten Vereinfachung durch Einbindung von Bankkarten und Ähnlichem nicht mehr sichergestellt, dass durch die persönliche Mitwirkung des Antragstellers an der Identitätsprüfung dieser sein Einverständnis gerade mit der Zertifikatserteilung zum Ausdruck bringt. Vielmehr wird gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 SigG auch zugelassen, dass auf eine längere Zeit vor Zertifikatserteilung erfolgte Identitätsprüfung, etwa im Zusammenhang mit einer Kontoeröffnung, zurückgegriffen werden kann. Damit ist das Risiko verbunden, dass eine Signaturkarte ohne Wissen des Antragstellers durch Dritte beantragt und entgegengenommen wird, die über Zugangsdaten für eine elektronisch durchgeführte Geschäftsbeziehung verfügen, sei es, dass ihnen diese vom Berechtigten als (verdeckte) Vertreter überlassen wurden, sei es, dass sie sich diese auf unlauterem Weg verschafft haben.

Bietet z. B. eine Bank ihren am Onlinebanking beteiligten Kunden die Vergabe von Signaturkarten an, kann der Kunde unter Einsatz seiner Bankkarte elektronisch den entsprechenden Antrag auf Erteilung einer Signaturkarte stellen. Diesen Antrag könnte auch ein Dritter stellen, der mit oder ohne Zustimmung des Signaturkarteninhabers im Besitz der Karte ist und Kenntnis von der PIN hat. Ein persönlicher Kontakt zu dem Bankinstitut und der Zertifizierungsstelle ist nicht

mehr erforderlich, da die Bank auf die frühere Identifizierung bei Erteilung der Bankkarte zurückgreifen kann (§ 5 Abs. 1 Satz 2 SigG). Dieser Dritte könnte unerkant seine eigene Anschrift als Empfangsadresse für die Übersendung der Karte angeben. Auch alle weiteren bisher vorgeschriebenen persönlichen Berührungspunkte sind entfallen. Die Belehrung anlässlich der Kartenübergabe kann in Textform ohne schriftliche Bestätigung durch den Empfänger vorgenommen werden (§ 6 Abs. 3 Satz 1 SigG). Die Empfangsbestätigung über den Erhalt der Signatureinheit, die bisher schriftlich oder qualifiziert elektronisch signiert erfolgen musste, kann durch Vereinbarung in einfacher Form – z. B. per E-Mail – vorgenommen werden (§ 5 Abs. 2 SigV).

Der Verzicht auf jegliche unmittelbare Mitwirkung des Antragstellers schwächt das ohnehin schon sensible Glied im Verfahren der elektronischen Signatur, nämlich die ausschließliche Verfügungsgewalt des Signaturschlüssel-Inhabers im Rechtssinne über den Signaturschlüssel (s. § 2 Ziff. 2 lit. c SigG sowie Art. 2 Ziff. 2 lit. c und Ziff. 61 i. V. m. Anhang II Ziff. 1 lit. c der Signaturrichtlinien 1999/93/EG).

Diese Änderungen müssen konsequenter Weise zu einer Überprüfung derjenigen Vorschriften führen, bei deren Erlass ein hohes Sicherheitsniveau vorausgesetzt wurde. Dies ist in erster Linie die für die § 126a BGB und 371a ZPO maßgebliche qualifizierte elektronische Signatur. Der Beweiswert elektronisch signierter Erklärungen beruht wesentlich auf der Sicherung der Zuordnung des privaten Schlüssels zum Erklärenden und damit den drei Verfahrensschritten „Antragstellung“, „Identifikation“ und „Kartenübergabe“. Wenn diese Sicherheitsstandards unter das jetzige Niveau abgesenkt werden, ist die erforderliche Sicherheit für den jetzigen Rechtszustand nicht mehr gegeben und kann diese aus verfahrensrechtlichen und aus verfassungsrechtlichen Gründen auch nicht mehr im Prozess zu Lasten des Erklärenden angenommen werden.

Es ist zweifelhaft, ob die Rechtsprechung die vorbeschriebenen Regeln des Anscheinsbeweises auch auf diejenigen Fälle übertragen wird, in denen Rechtshandlungen mit Hilfe von erschlichenen Signaturerstellungseinheiten vorgenommen werden.

VI. Öffentliche Beglaubigung

1. Forderung nach Ersatz der öffentlichen Beglaubigung durch elektronische Form

Im Hinblick auf den Zweck einer Unterschriftsbeglaubigung bzw. Beglaubigung eines Handzeichens (öffentliche Beglaubigung, § 129 BGB), die Identität des Unterzeichners sicher festzustellen, sowie unter Hinweis auf die bei der elektronischen Signatur im Antragsverfahren vorgenommene Identitätsfeststellung und die

⁶⁵ Rüßmann, Haftungsfragen und Risikoverteilung bei ECKarten-Mißbrauch, DuD 1998, 395, 400, der in der Entscheidung des OLG Hamm NJW 1997, 1711 zur Ablehnung des Anscheinsbeweises im Vertragsrecht der EC-Karte eine Anschubhilfe zur Einführung sicherer EC-Karten sieht; Roßnagel, Digitale Signatur im Rechtsverkehr, NJW-COR 1994, 100.

⁶⁶ BGBl. 2005, S. 2.

Verknüpfung der Identität des Antragstellers mit dem Signaturschlüssel wird auch die Ersetzung der Unterschriftsbeglaubigung durch die elektronische Form erwogen. Auf einer Tagung der Bausparkasse Schwäbisch Hall wurde schon 1998 zur Vermeidung des Medienbruchs bei der elektronischen Aktenbearbeitung im Verkehr mit dem Grundbuchamt gefordert, dass die Eintragungsbewilligung, z. B. die Löschungsbewilligung, von der Bausparkasse elektronisch und digital signiert abgegeben und dem Grundbuchamt unmittelbar vorgelegt werden kann.⁶⁷ Ähnliche Forderungen werden zur Zeit von einigen Banken im Rahmen der Initiative „Finanzplatz Deutschland“ erhoben.

Zur Zeit ist der Entwurf des Gesetzes über das elektronische Handelsregister und das Unternehmensregister in Vorbereitung, in dem die Änderungsrichtlinie zur ersten Gesellschaftsrichtlinie der Europäischen Union, die sogenannte SLIM IV Richtlinie, umgesetzt werden soll.

Hierbei gibt es wohl Überlegungen im Bundesjustizministerium, wonach im Zuge der Umsetzung in § 12 HGB an Stelle einer in öffentlich beglaubigter Form einzureichenden Handelsregisteranmeldung eine lediglich in elektronischer Form erstellte Handelsregisteranmeldung treten solle.⁶⁸ Aus europarechtlichen Gründen ist eine derartige Abänderung des § 12 HGB nicht geboten. Die Richtlinie sieht in ihrem Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 ausdrücklich vor, dass zur Einreichung für die elektronische Anmeldung auch sonstige anmeldungs- und mitwirkungspflichtige Personen und Stellen befugt sind.

2. Formzweck

Bei den vorstehend dargestellten (Reform-)Forderungen werden die Funktionsunterschiede einer öffentlichen Beglaubigung und deren Ausgestaltung im Verhältnis zur Schriftform bzw. elektronischen Form des § 126 a BGB übersehen.

Der Formzweck der öffentlichen Beglaubigung ergibt sich aus den gesetzlichen Regelungen, die ihre Anwendung vorschreiben. Soweit durch Rechtsvorschriften zwingend die öffentliche Beglaubigung vorgesehen ist, handelt es sich um Sachverhalte, bei denen Gerichte, Registergerichte und Behörden wie z. B. Standesbeamte Adressaten der Urkunden sind. Daneben sehen einige zivilrechtliche Vorschriften vor, dass auf Verlangen eines Beteiligten der Vertragspartner seine Unterschrift beglaubigen muss. So kann z. B. bei der Abtretung einer Hypothekenforderung der durch das Rechtsgeschäft Begünstigte eine öffentlich beglaubigte Unterzeichnung seines Vertragspartners verlangen (§ 1154 Abs. 1 S. 2 BGB).

All diesen Vorschriften ist eine besondere verfahrensrechtliche Nachweisbedürftigkeit immanent.⁶⁹ Sie bedienen sich alle der öffentlichen Beglaubigung, um dauerhaft die Verbindung zwischen Erklärung und erklärender Person sowie deren Identität zu belegen. Im Registerverfahren wird dieses Verlangen insbesondere damit gerechtfertigt, dass dort nicht nur private Interessen, sondern auch Allgemeinschutzinteressen, insbesondere Verkehrsschutzinteressen, gewahrt werden.⁷⁰ Dies findet besonders Ausdruck im Gutglaubensschutz des Grundbuchs bzw. der negativen und positiven Publizität des Handelsregisters und dem Umstand, dass

viele eingetragene Tatsachen nicht nur deklaratorisch wirken, sondern erst mit der Eintragung konstitutiv entstehen.

Gerade hier unterscheidet sich z. B. das Handelsregister von dem englischen Register, dem „Registry of Companies“. Der vom deutschen Handelsregister und seiner weitgehenden Verlässlichkeit verwöhnte deutsche Jurist ist immer wieder erstaunt, welchen Aufwand er bei der Beteiligung einer englischen Gesellschaft betreiben muss. Man denke nur daran, wie leicht bei dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages (und wie schnell mittels der Einsicht in das elektronische Handelsregister) der Nachweis der Existenz der Gesellschaft, der zuständigen Vertreter sowie deren Vertretungsbefugnisse gelingt und andererseits an den Aufwand, der für die gleichen Nachweise trotz des Vorhandenseins des Companies House in Cardiff betrieben werden muss, wenn eine englische Gesellschaft beteiligt ist.⁷¹

Im Hinblick auf die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung sowohl für den individuell von der jeweiligen Eintragung in ein Register Betroffenen als auch für die Personen, die sich auf die Eintragungen in dem Register verlassen, und auch für den Staat, der die Voraussetzung für das Entstehen bzw. das Erlöschen einer juristischen Person festlegt, hat das Registergericht in einem formalisierten Gerichtsverfahren über die Verfügung einer Eintragung zu entscheiden.⁷² Die sichere Feststellung der Identität einer Person und die Zuordnung einer bestimmten Erklärung zu dieser Person bilden die Grundlage für eine zutreffende Entscheidung. Diese Voraussetzungen wären aufgrund des im FGG geltenden Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) von der Entscheidungsperson, den Richtern bzw. Rechtspflegern, zu prüfen. Um die dadurch entstehende Belastung der Gerichte zu vermeiden, wurde dem Entscheidungsverfahren die öffentliche Beglaubigung vorgeschaltet und insoweit das Amtsermittlungsverfahren des § 12 FGG ausgesetzt.⁷³ Durch Vorlage der öffentlichen Urkunde „Unterschriftsbeglaubigung“ sind die genannten zu prüfenden Sachverhalte bewiesen. Daneben bestand früher die Möglichkeit, den Nachweis durch Antragstellung zu Protokoll des jeweiligen Registergerichtes zu führen. Diese Möglichkeit wurde durch das Beurkundungsgesetz zur Entlastung der Gerichte abgeschafft.

3. Beweiswert der öffentlichen Beglaubigung

Die öffentliche Beglaubigung ist auf Grund der Bestimmungen des Beweisrechtes der ZPO bzw. ihrer systemimmanenten Gestaltung geeignet, neben der Echtheit der Unterschriften bzw. der Handzeichen auch die Echtheit der vor diesen stehenden Schrift sowie im Ein-

67 Bausparkasse Schwäbisch Hall AG; Fachtagung vom 25. 6. 1998.

68 FAZ vom 13. 5. 2004: „Ein Herz für Würstchenbuden“.

69 Malzer, DNotZ 2000, 169, 172 f.; Reithmann, Berichtigung notarieller Urkunden, DNotZ 1999, 27, 35.

70 Heneweier, FGPrax 2004, 259, 260.

71 Heinz, Vertretung und Existenznachweise ausländischer Gesellschaften – Teil III, Existenz- und Vertretungsnachweise englischer Gesellschaften, ZNotP 2000, 410, 411; zuletzt Wachter, ZNotP 2005, 122, 126 ff.

72 Heneweier, FGPrax 2004, 259, 260.

73 Malzer, DNotZ 2000, 169, 173; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. 2004, Rn. 152.

zelfall die Abgabe der dadurch gedeckten Erklärungen zu beweisen.

Rechtsprechung und Literatur sind einig, dass die Identitätsfeststellung der handelnden Person Teil der öffentlichen Urkunde „Unterschriftsbeglaubigung“ ist, so dass gemäß § 418 ZPO die Echtheit der Namensunterschrift bzw. des Handzeichens als erwiesen gilt. Der über der öffentlichen Urkunde „Unterschriftsbeglaubigung“ stehende Text bleibt jedoch Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO.⁷⁴

Mit dem Vollzug der Unterschrift oder des Handzeichens bzw. deren Anerkennung vor dem Notar bekennt sich die handelnde Person gleichzeitig willentlich zu dem von ihr unterzeichneten Text. Eine gegenteilige Erklärung des Unterzeichnenden würde seinem eigenen Handeln widersprechen.

Im Hinblick auf die Willensbekundung hat der Notar gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG zu prüfen, ob Gründe für das Versagen seiner Amtstätigkeit bestehen.⁷⁵ Solche Gründe liegen z. B. vor, wenn der Unterzeichner keinen rechtsgeschäftlichen Willen – etwa wegen erkennbarer Geisteskrankheit oder Trunkenheit – bilden konnte oder wenn die unterzeichnende Person unter physischem Zwang stand (Drogen, Gewalt) oder wenn der Beteiligte z. B. bei Anerkennung seiner Unterschrift die Wahrheit seiner Erklärung nicht überprüfen kann (er z. B. blind ist). Ebenso hat der Notar eine Beglaubigung zu unterlassen, wenn er zu erkennen unermöglicht oder unredlichen Zwecken missbraucht werden soll oder er seine Amtstätigkeit gemäß §§ 3, 4 BeurkG zu versagen hat (§ 40 Abs. 2 BeurkG). Dieser Rechtsgedanke findet auch, worauf *Reithmann* besonders hinweist, seinen Niederschlag in § 40 Abs. 5 BeurkG, wonach bei einer Beglaubigung einer Blankounterschrift dem Notar dargelegt werden muss, dass die Beglaubigung einer Blankounterschrift vor der Festlegung der Unterschrift benötigt wird.⁷⁶ Die Tatsache, dass ein durch die Unterschrift gedeckter Text nicht vorhanden ist, und die Begründung hierfür sind in den Beglaubigungstext der öffentlichen Urkunde aufzunehmen.

Eine weitergehende Prüfung der Geschäftsfähigkeit oder des Inhalts des vor der Unterschrift bzw. Handzeichens stehenden Textes ist von dem Notar bei der Unterschriftsbeglaubigung grundsätzlich nicht vorzunehmen, wie der Wortlaut des § 40 Abs. 2 BeurkG klarstellt.⁷⁷ Dies gilt auch für den Fall, dass der Notar seine Prüfungspflicht nicht erfüllen kann, weil die unterzeichnete Erklärung in einer ihm fremden Sprache verfasst ist. Um den falschen Schein einer inhaltlichen Kontrolle zu vermeiden, wird daher von vielen Notaren – vergleichbar bei der Beglaubigung einer Blankounterschrift oder eines lückenhaften Textes – im Beglaubigungstext vermerkt, dass der Notar die Sprache des Textes nicht versteht.⁷⁸

Reithmann sieht das systemimmanente Willenselement des Bekennens zum unterzeichneten Text als Teil der öffentlichen Urkunde und damit auch diese Tatsache gemäß § 418 ZPO als bewiesen an.⁷⁹ Die weitere beurkundungsrechtliche Literatur ordnet nur die Identitätsfeststellung und die Tatsache der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde als Inhalt zu.⁸⁰ Sie gelangt über

die Beweisvorschriften der ZPO jedoch ebenso zu dem Ergebnis, dass auch die willentliche Abgabe der über der Unterschrift befindlichen Erklärung bewiesen ist. Da gemäß § 418 ZPO die öffentliche Urkunde die Echtheit der Unterschrift beweist, besteht gemäß § 416 ZPO weiter voller Beweis dafür, dass die in der Privaturkunde enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller abgegeben sind. Gleichzeitig gilt wegen der festgestellten Echtheit der Unterschrift auch § 440 Abs. 2 ZPO, wonach die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich hat.⁸¹ Im Ergebnis besteht daher Einnigkeit, dass die Tatsache der willentlichen Abgabe der vollzogenen oder anerkannten Unterschrift bzw. des Handzeichens bewiesen ist.

Die Beschränkung des Inhalts der öffentlichen Urkunde auf die reine Identitätsfeststellung nebst Tatsache der Unterzeichnung wird in der Regel im Zusammenhang mit der Frage der Verantwortung des Notars für den Inhalt des Textes der Privaturkunde erörtert.⁸² Mit der Beschränkung auf die Identitätsfeststellung wird dort zum Ausdruck gebracht, dass der Notar nicht für den Inhalt eines ihm fremden Textes die Verantwortung trägt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass weder eine gesetzliche Beratungs- und Belehrungspflicht besteht, da § 17 BeurkG lediglich die Niederschriften und die vom Notar entworfenen Urkunden erfasst, und der Unterzeichner dem Notar auch kein Prüfungs- oder Belehrungsauftrag erteilt hat. Es verbleibt daher lediglich bei der beurkundungsrechtlichen Pflicht des Notars zu prüfen, ob Gründe für die Versagung seiner Amtstätigkeit bestehen.⁸³ Da diese eingeschränkte Prüfungspflicht nur mit Blick auf das willentliche Bekennen des Unterzeichners zum darüberstehenden Text gerechtfertigt werden kann, ist dieses willentliche Bekennen des Unterzeichners zum Text mit *Reithmann* als systemimmanenter Teil der öffentlichen Urkunde „Unterschriftsbeglaubigung“ anzusehen. Es nimmt unmittelbar an der Beweiskraft des § 418 ZPO teil.

4. Mangelnde Eignung der elektronischen Form als Ersatz für die Unterschriftsbeglaubigung

a) Entpersonalisierung der Erklärung

Neben den eingangs schon erläuterten Schwachstellen des Zugangsverfahrens bei der Personenidentifikation und -verifikation an der Schnittstelle Mensch/Technik⁸⁴ ist auch zu berücksichtigen, dass eine Identitätsfest-

74 Staudinger/Hertel, a.a.O. (Fn. 2), § 129 BGB Rn. 112; Winkler, 15. Aufl. 2003, § 40 BeurkG Rn. 17.

75 Höfer/Huhn, Allgemeines Urkundenrecht, 1968, S. 210; Sage, DNotZ 1961, 130; Jansen, FGG, 1971, Bd. III § 40 BeurkG Rn. 25 ff; Huhn/von Schuckmann, 4. Aufl. 2003, § 40 BeurkG Rn. 44; Winkler, a.a.O. (Fn. 68), § 40 BeurkG Rn. 43 f; Reithmann, a.a.O. (Fn. 3), S. 53.

76 Reithmann, a.a.O. (Fn. 3), S. 52 ff.

77 Malzer, DNotZ 2000, 169, 175; Winkler, a.a.O. (Fn. 68), § 40 BeurkG Rn. 43.

78 Staudinger/Hertel, a.a.O. (Fn. 2), § 129 BGB Rn. 92.

79 Reithmann, a.a.O. (Fn. 3), S. 53.

80 Winkler, a.a.O. (Fn. 68), § 40 BeurkG Rn. 77 ff.

81 Staudinger/Hertel a.a.O. (Fn. 2), § 129 BGB Rn. 112; Winkler, a.a.O. (Fn. 68), § 40 BeurkG Rn. 80.

82 BGH ZNotP 2005, 73.

83 BGH ZNotP 2005, 73.

84 Siehe oben sub III. 4.

stellung bei der elektronischen Signatur nur einmalig bei der Beantragung des Zertifikats erfolgt. Mit der Ausstellung der Zertifikats wird die mit dem zugehörigen Schlüssel erzeugte Signatur der beantragenden Person zugeordnet. Damit ist aber noch nicht – im Sinne einer mit der öffentlichen Beglaubigung vergleichbaren Zuverlässigkeit – garantiert, dass jede einzelne Signatur auch von dem Signaturschlüsselinhaber persönlich und willentlich erzeugt wurde. Wie vorstehend ausgeführt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Signaturschlüsselinhaber die PIN und den Signaturschlüssel Dritten bewusst oder unbewusst zugänglich gemacht hat.⁸⁵

Bei den Anmeldungen zum Handelsregister und auch bei den Massenvorgängen im Bereich des Grundbuchs (Löschungsbewilligungen von Bausparkassen etc.) ist aufgrund der Strukturen in den Unternehmen sicher zu erwarten, dass in einer Vielzahl der Fälle eine Weitergabe der Signatureinheit stattfindet. Es werden die Handelsregisteranmeldungen oder Grundbuchbewilligungen dann nicht mehr von den hierzu verpflichteten Organpersonen, sondern von deren Hilfskräften abgegeben werden. Dies hat eine Studie zum Umgang mit Signaturkarten für Rechtsanwälte bereits im Jahre 1993 ergeben, bei denen die juristisch vorgebildeten Personen trotz ausdrücklicher Belehrungen nach wenigen Tagen die Signaturkarte einschließlich PIN bei der Sekretärin deponierten.⁸⁶

b) Nicht ausreichende Feststellungen zur Person und Geschäftsfähigkeit

Wie vorstehend ausgeführt⁸⁷, hat der Notar aus mehreren Gründen seine Amtstätigkeit zu versagen. Diese Gründe finden ihre Rechtfertigung im Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit. Sie sind auch in den Verfahren beachtlich, für deren Antragstellung bzw. Erklärungen die öffentliche Beglaubigung zwingend vorgeschrieben sind.

Die Angaben, die das Registergericht aus einem qualifizierten elektronischen Zertifikat gewinnen könnte, sind als Basis für die Eintragung nicht ausreichend. Die Zertifikate enthalten lediglich den Namen des Signaturschlüssel-Inhabers, andere Angaben zur Person hingegen nur, falls diese zur Vermeidung von Verwechslungen nötig sind (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 SigG). Während der Notar gemäß § 26 Abs. 2 DONot die Anschrift und das Geburtsdatum bei den Personenangaben in die Urkunde aufzunehmen hat, sind diese Angaben, insbesondere das Geburtsdatum, nicht Inhalt des Zertifikats. Dem notariellen Beglaubigungsvermerk kommt dabei die volle Beweiskraft des § 418 ZPO für die Feststellung zur Person zu, also auch für die im Vermerk enthaltene Anschrift und das Geburtsdatum. Da die qualifizierte elektronische Signatur diese Angaben nicht enthält, könnte daher noch nicht einmal geprüft werden, ob ein Anmeldender entgegen seiner Angaben minderjährig ist.

c) Nicht ausreichender Beweiswert der elektronischen Signatur

Zwar erleichterte bisher § 292 a ZPO und nunmehr § 371 a ZPO mit dem gesetzlich formulierten Anscheinbeweis einen Beweisanspruch bei Verwendung eines qualifiziert signierten elektronischen Dokumentes. Faktisch

kann dieser jedoch nur bei der akkreditierten qualifizierten Signatur uneingeschränkt angenommen werden.⁸⁸ Aber selbst bei Einsatz einer solchen Signatur kann der Signaturschlüsselinhaber Sachverhalte vortragen, die den ernsthaften Zweifel begründen, dass er nicht der Aussteller der Signatur ist.⁸⁹

Dabei könnte sogar im Namen eines verstorbenen Signaturschlüsselinhabers gehandelt werden. Der Tod des Signaturschlüsselinhabers führt nicht automatisch zur Sperrung des Zertifikats, so dass die Signaturkarte problemlos von demjenigen verwendet werden kann, der sie samt der fast zwangsläufig an irgendeiner Stelle niedergeschriebenen sechsstelligen PIN im Nachlass findet. Zur Schaffung endgültiger Tatsachen, die durch die Erbfolge nicht gedeckt wären, könnten insoweit erforderliche Eintragungen veranlasst werden.

Da eine öffentliche Beglaubigung stets die persönliche Anwesenheit des die Unterschrift bzw. das Handzeichen Leistenden bzw. Anerkennenden voraussetzt, ist nicht nur ein solches Handeln, sondern ist auch der Vortrag derjenigen Sachverhalte ausgeschlossen, die zur Entkräftung des Anscheinbeweises angeführt werden könnten.

Da die öffentliche Beglaubigung nicht alleine wegen Zurechnungs- und Haftungsfragen zwischen Privaten gesetzlich angeordnet wird, sondern die Verfahren auch den Schutz der Allgemeinheit und des Rechtsverkehrs bezwecken, ist der schwächere Beweiswert des Anscheinbeweises für derartige gerichtliche und behördliche Verfahren nicht ausreichend. Der Staat kann bei fehlerhaften Handlungen in derartigen Verfahren für dadurch eintretende Schäden gegebenenfalls haftbar gemacht werden. Es ist daher geboten, den Entscheidungsträgern das sicherste Beweismittel zur Verfügung zu stellen. Dies ist die öffentliche Beglaubigung, die als öffentliche Urkunde gemäß § 418 ZPO bzw. gemäß §§ 418, 416, 440 Abs. 2 ZPO für die Personenzuordnung und das wirksame willentliche Handeln vollen Beweis erbringt.

Dass die elektronische Signatur die Formzwecke der öffentlichen Beglaubigung nicht erfüllen kann, ist auch in anderen Mitgliedstaaten der EU anerkannt. Spanien beispielsweise lässt für seine „Blitz-GmbH“ erst nach der notariellen Beurkundung eine elektronische Datenübermittlung an das Registergericht folgen.⁹⁰

d) Möglichkeit einer verdeckten Stellvertretung

Bei den Vorschriften, die eine öffentliche Beglaubigung zwingend vorschreiben, wird entweder die höchstpersönliche Abgabe der Erklärung verlangt oder bei zugelassener Stellvertretung vorgeschrieben, dass auch die Vollmacht in öffentlicher beglaubigter Form erteilt wird. So schließen z. B. § 12 HGB und § 29 GBO im Registerwesen die Möglichkeit der verdeckten Stellvertretung aus. Da bei der elektronischen Form regelmäßig die

⁸⁵ Siehe oben sub V. 2.

⁸⁶ provet/SGMD, a.a.O. (Fn. 17), S. 145.

⁸⁷ Siehe oben sub 3.

⁸⁸ Siehe oben sub V. 2. b).

⁸⁹ Siehe oben sub V. 2. b).

⁹⁰ Heneweer, FGPrax 2004, 259, 261.

Möglichkeit der verdeckten Stellvertretung – Handeln im fremden Namen – besteht, kann das Registergericht nicht feststellen, ob sich hinter dem elektronischen Dokument ein berechtigt handelnder Bevollmächtigter oder ein unberechtigt oder vollmachtlos handelnder Dritter verbirgt. Auch wenn für die Vollmachterteilung die elektronische Form vorgeschrieben wäre, verbliebe es bei den vorstehend zu b) und c) und in Abschnitt III genannten Schwächen der elektronischen Form. Im Hinblick hierauf verbietet sich die Gleichsetzung der elektronischen Form mit der Unterschriftsbeglaubigung.

e) Verstoß gegen Grundsätze der Formäquivalenz und Unstimmigkeiten zu Vorschriften des Zivilrechtes

Sowohl das Gemeinschaftsrecht (Art. 5 Abs. 1 SigRL, Art. 9 Abs. 1 E-CommerceRL) als auch das deutsche Zivil- (§ 126a BGB), Prozess- (§ 130a Abs. 1 Satz 2 ZPO) und Verwaltungsrecht (§ 3a Abs. 2 VwVfG) setzen das qualifiziert signierte elektronische Dokument der unterschriebenen Privaturkunde gleich (sog. Schriftformgleichsetzung). Das Gemeinschaftsrecht lässt für besonders bedeutsame Erklärungen zu, dass eine Ausnahme von dieser Gleichsetzung gemacht wird. Die von der Gleichstellungspflicht erwähnten Ausnahmeregelungen hat der Gesetzgeber im Formvorschriftenanpassungsgesetz wegen der besonders gravierenden Folgen bei Leibrente, Bürgschaft, abstraktem Schuldversprechen und -anerkenntnis berücksichtigt. Ein qualifiziert signiertes elektronisches Dokument genügt in diesen Fällen nicht.

Problematisch wäre eine Gleichsetzung der elektronischen Form nicht nur mit der privaten Schrifturkunde (Schriftformgleichsetzung), sondern auch mit der öffentlichen Beglaubigung. Bei einer pauschalen Gleichsetzung der elektronischen Form auch mit der öffentlichen Unterschriftsbeglaubigung würde man – anders als bei der Schriftformgleichsetzung – auch solche Sachverhalte, die den dort gemachten Ausnahmen vergleichbar sind, nicht von der Gleichstellung ausnehmen. So ist die Anmeldung als persönlich haftender Gesellschafter zum Handelsregister nach §§ 106 ff. HGB mit der Folge der nicht einmal betragsmäßig begrenzten Haftungsgefahr verbunden. Dies ist den oben geschilderten Sachverhalten gegenüber viel gravierender, da die Eintragung bei einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, welche kein Gewerbe betreibt, sogar konstitutiv wirkt. Ein solcher Vorgang müsste durch gesonderte Bestimmung von der Funktionsäquivalenz ausgeschlossen werden. Entsprechendes gilt bei Verbraucherschützenden Funktionen, die bei Anlagefonds mit der öffentlichen Beglaubigung erfüllt werden. Sie verhindert zum einen, dass jemand ohne Wissen und Wollen durch eine falsche Registereintragung Haftungsrisiken ausgesetzt wird, aber auch, dass Vermögenswerte wie z. B. Anteile an geschlossenen Anlagefonds, unüberlegt durch die Inhaber oder durch kriminelle Machenschaften Dritter veräußert werden.

Mit dieser Systematik würde gebrochen, wenn anstelle der öffentlich beglaubigten Form die qualifizierte elektronische Signatur zugelassen würde. Übereinstimmung mit der Formhierarchie würde nur dadurch entstehen,

dass auch privatschriftliche Urkunden zugelassen würden, also § 12 HGB bzw. § 29 GBO auf ein reines Schriftformerfordernis reduziert würde. Damit würde z. B. die Handelsregisteranmeldung in Formerfordernis und rechtlicher Qualität der Gesellschafterliste gleichgestellt, die derzeit nach § 40 Abs. 1 GmbHG in Schriftform vorzulegen ist.

Konsequent hat daher der Gesetzgeber bisher die Erstreckung der elektronischen Äquivalente auf den Bereich der öffentlichen Beglaubigung oder Beurkundung bewusst unterlassen. Vielmehr macht er mit dem jüngst als Parallelnorm verabschiedeten § 371a Abs. 2 ZPO deutlich, dass lediglich das von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichen Glauben versehenen Person errichtete elektronische Dokument als öffentlich elektronisches Dokument das öffentliche schriftliche Dokument ersetzt.⁹¹

f) Reduzierung des Sicherheitsstandards

Die vorstehend in IV. Ziff. 3 dargestellte Herabsetzung des Sicherheitsniveaus bei den technischen Voraussetzungen ist bei einer geplanten Gleichstellung des elektronischen Dokumentes mit der öffentlichen Beglaubigung besonders zu berücksichtigen. Soweit deswegen die Gleichsetzung von elektronischem Dokument und Schrifturkunde skeptisch zu betrachten sein sollte, muss dieses um so mehr für die zur höherwertigere Form der öffentlichen Beglaubigung gelten.

g) Resümee

Das vom Gesetzgeber mit der öffentlichen Beglaubigung bezweckte Ziel, sicher festzustellen, dass eine Erklärung von einer bestimmten Person herrührt, kann mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nicht mit ausreichender Gewissheit erreicht werden. Es ist daher weiterhin grundsätzlich die herkömmliche öffentliche Beglaubigung erforderlich. Eine elektronische Urkunde könnte hier nur unter der Voraussetzung genügen, dass zusätzlich zu der allgemeinen Zertifizierung eine öffentliche Beglaubigung der konkreten Signatur im Einzelfall stattfindet. Gleichzeitig wäre mit einer derartigen elektronischen Beglaubigung der vorstehend erwähnte Medienbruch beseitigt. Erste Schritte zu einer derartigen elektronischen öffentlichen Beglaubigung sind in § 39 a BeurkG, der als Teil des am Justizkommunikationsgesetzes⁹² ist, enthalten. Zur sinnvollen Umsetzung fehlt allerdings noch ein Gesetz für die zivilrechtliche Wirkung einer elektronischen öffentlichen Beglaubigung und die entsprechenden Verfahrensbestimmungen im Beurkundungsrecht.

91 Der Text des § 371 a Abs. 2 ZPO lautet: „Auf elektronische Dokumente, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichen Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form erstellt worden sind (öffentliche elektronische Dokumente), finden die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden entsprechend Anwendung. Ist das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen, gilt § 437 entsprechend.“

92 Siehe oben Fn. 45.

5. Verfahrens begleitende Entlastung der Behörden und Gerichte

a) Behörden und Justizentlastung

Mit dem Zweck einer Formvorschrift kann auch der Gedanke der Entlastung der Behörden bzw. Gerichte verbunden werden. In den Motiven zum BGB hinsichtlich der Formzwecke wird bei der dort enthaltenen Begründung u. a. angeführt:

„Die beobachtete Form sichert endlich den Beweis der Rechtsgeschäfte seinem Bestand und Inhalt nach für alle Zeit; sie führt auch zur Verminderung oder doch zur Abkürzung oder Vereinfachung der Prozesse.“⁹³

In der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH sind derartige Begleitmotive als gerechtfertigt angesehen worden.⁹⁴

Die Vermeidung oder Verminderung bzw. die Abkürzung oder Vereinfachung von Prozessen wird durch die öffentliche Beglaubigung insbesondere dadurch erreicht, dass die allermeisten Registeranmeldungen und Grundbuchanträge vom Notar nicht nur beglaubigt werden, sondern deren Text auch vom Notar entworfen wird. Entwirft der Notar die Urkunde, erhält das Gericht eine bereits vorgeprüfte Erklärung, was diesem die Prüfung wesentlich erleichtert. Des Weiteren trägt der Notar dafür Sorge, dass auch die weiteren notwendigen Anlagen dem Antrag beigelegt werden.

Dies gilt auch, wenn die Beteiligten die entsprechenden Anmeldungen selber entworfen haben, da der Notar häufig von den Beteiligten beauftragt wird, den Text der Anmeldung zu prüfen bzw. den Antrag an das Gericht weiterzuleiten. Aber unabhängig hiervon wird der Notar bei offensichtlich fehlerhaften Texten den Beteiligten einen entsprechenden Hinweis geben. Die Filterfunktion der Notare ist nicht zu unterschätzen. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich mit anderen Ländern, deren Register keinen derartigen Schutz vorsehen.⁹⁵

b) Justizentlastung durch Verfahrensanbindung der Notare

Der Justizentlastung wird auch die elektronische Antragstellung dienen, die durch die SLIM IV Richtlinie gefordert wird.

Erfolgt die Antragstellung nicht nur elektronisch, sondern sind dabei die Daten strukturiert, kann das Gericht die Daten der Anmeldung des Notars und der beigelegten Anlagen ohne einen Medienbruch bei der Eintragung in das Handelsregister oder Grundbuch weiter verwenden. Dies kann bei bestimmten Daten wie z. B. die Personen- und Adressinformationen automatisiert und im Übrigen nach Prüfung durch die Verfahrensperson, jedoch ohne weiteren manuellen Einsatz erfolgen wie z. B. bei der Eintragung der angemeldeten Vertretungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers. Gerade für die zweite Fallgruppe wird durch den Einsatz strukturierter Fallgestaltungen sowohl für das Register als auch für den Notar die Bearbeitung erleichtert. Die Möglichkeit einer individuellen Eingabe in derartige Strukturfelder lässt aber gleichzeitig den notwendigen Freiraum für eine Rechtsfortbildung, so dass eine unerlaubte Beschränkung durch das Registerverfahren nicht eintritt.⁹⁶ Tech-

nisch setzt ein strukturiertes Verfahren eine einheitliche Sprache (Kommunikationssoftware) und eine abgestimmte gegliederte Antragstellung (Struktur) voraus. Neben diesen technischen in der Allgemeinheit nicht verbreiteten bzw. vorhandenen Voraussetzungen muss auch die notwendige Kenntnis hinsichtlich des bisherigen Registerverfahrens (Rechtskenntnis) und des technischen Einsatzes vorliegen, so dass die Eingabe und Anlieferung der Daten durch jeden beliebigen Dritten ohne Zweifel Verfahrensstörungen erwarten lassen.

Die ungestörte Umsetzung der elektronischen Antragstellung setzt daher voraus, dass der Notar mittelbar durch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Beglaubigung Verfahrensbeteiligter bleibt. Die Bundesnotarkammer wird den Notaren bei der Erfüllung ihrer Aufgaben insoweit behilflich sein und eine schnelle Umsetzung des geplanten Verfahrens ermöglichen. Der Notar kann die öffentlich beglaubigte Anmeldung nach Maßgabe des § 39 a BeurkG in ein elektronisches Dokument umwandeln. Für dieses elektronische Dokument sieht § 371 a ZPO hinsichtlich der Beweiskraft eine Gleichstellung mit öffentlichen Schrifturkunden vor. Die künftigen technischen Hilfsmittel und die rechtlich notwendigen Maßnahmen werden zur Zeit von Unterarbeitsgruppen des EDV-Ausschusses der Bundesnotarkammer in Zusammenarbeit mit der Notarnet GmbH erarbeitet bzw. erprobt. Mit der Abstimmung der einheitlichen Kommunikationsebene und des strukturierten Inhalts von Anmeldungen und Handelsregistereintragungen befasst sich eine Arbeitsgruppe der Bund-Länder-Kommission (BLK), an der auch die Bundesnotarkammer beteiligt ist.

VII. Fazit

Die Möglichkeit, eine Parallelnorm zur öffentlichen Beglaubigung (§ 129 BGB) oder auch der Einsatz elektronischer Dokumente bei der notariellen Beurkundung sowie die elektronische Archivierung notarieller Urkunden ist hier nicht zu erörtern. Die Diskussion ist jedoch im Gange.⁹⁷ Festgestellt sei hierzu lediglich, dass auch bei diesen Überlegungen die Essenzialia der jeweiligen betroffenen Formvorschrift zu ermitteln und in dem geplanten neuen Verfahren zu erhalten sind. So sind zum Beispiel die Aufklärung der Urkundsbeteiligten und deren Beratung in deren persönlichen Anwesenheit anlässlich der Beurkundung unabhängig von einer eventuellen zukünftigen technischen Ausgestaltung des Verfahrens aufrecht zu erhalten⁹⁸. Die vorstehende Analyse der einzelnen technischen Schritte und deren Realisierung durch die technischen Vorgaben sowie deren Einbindung in das Rechtssystem, insbesondere die Überprüfung der Bedeutung von ggf. auch nur geringen Abweichungen für den Rechtsverkehr, zeigt, dass ein Einbinden von elek-

93 Mat. I S. 179 = Mugdan I S. 451.

94 Vgl. BVerfG NJW 1993, 3192; BVerfGE 106, 216, 220 = NJW 2002, 3765.

95 Staudinger/Hertel, a.a.O. (Fn. 2), § 129 BGB Rn. 17 ff., Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 6; Vogel, Notar 2002, 42, 45.

96 OLG Köln RNotZ 2004, 169, 172.

97 Heneweier, FGPrax 2004, 259, 260. Auch eine Arbeitsgruppe des EDV-Ausschusses der BNotK befasst sich mit diesen Fragestellungen.

98 Vgl. Bettendorf, a.a.O. (Fn. 2), S. 71.

tronischen Dokumenten in ein System von Formvorschriften nur überlegt erfolgen darf. Insbesondere darf der Hinweis auf Fortschritt und Geschwindigkeit nicht dazu führen, zu Lasten des Bürgers eine rechtliche un-

sichere Situation zu schaffen. Bei Beachtung dieses Grundsatzes lassen sich die Vorteile des technischen Fortschritts nutzen und werden die Notare daran teil haben und mitwirken.

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Freistellungsbescheinigung durch Privatperson

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 10. 2004 – 19 T 159/04 mit Anm. Dr. Bischoff)

MaBV § 3

§ 3 MaBV ist nicht zu entnehmen, dass ein Freigabeversprechen ausschließlich von einer Bank oder einem Kreditinstitut abgegeben werden kann. Grundsätzlich reicht das schuldrechtliche Freigabeversprechen eines Privatgläubigers aus.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bf. haben durch einen vom Bg. beurkundeten Vertrag vom 7. 11. 2003 von der A Bauunternehmung GmbH ein Baugrundstück erworben. Die Veräußerin verpflichtete sich zudem, auf diesem Grundstück ein Einfamilienhaus zu errichten. Der Bg. hatte am 29. 9. 2003 das Grundbuch einsehen lassen und unter anderem festgestellt, dass in Abteilung III unter laufender Nr. 5 eine Buchgrundschuld von 500 000,- € für Herrn G eingetragen war. Die Kaufpreisfälligkeit war nach dem notariellen Vertrag abhängig von der Freistellung des Grundbesitzes von allen Grundpfandrechten, die der Käufer nicht selbst bestellt hat und die seiner Vormerkung im Rang vorgehen oder gleichstehen oder nicht übernommen werden sollen. Der Vertrag enthält dazu weiter die Regelung, dass die Freistellung gesichert ist, wenn dem Notar die Pfandfreigabeerklärung der Gläubigerin oder die Freistellungsbescheinigung gemäß § 3 MaBV vorliegt. Der Grundpfandgläubiger G unterzeichnete am 7. 11. 2003 eine Freistellungsverpflichtungserklärung.

Nachdem der Bg. am 13. 1. 2004 eine Fälligkeitsmitteilung an die Bf. gesandt hatte, teilte die den Erwerb der Immobilie finanzierende Streithelferin, die DSL-Bank, mit Schreiben vom 19. 1. 2004 mit, dass die von Herrn G unterzeichnete Freistellungsverpflichtungserklärung nicht ausreichend sei, da es sich um eine Privatperson handele und nicht – wie sonst üblich – um ein Kreditinstitut und dass daher eine Auszahlung des Darlehens auf dieser Grundlage nicht möglich sei. Der Bg. vertrat in einem sich dann ergebenden Schriftwechsel mit der DSL-Bank die Auffassung, dass die Erklärung des Herrn G hinreichend sei und vollumfänglich den Vorgaben der MaBV entspreche, da diese nicht danach differenziere, ob der Globalgläubiger eine natürliche oder juristische Person ist. Die Bf. beauftragten ihren Verfahrensbevollmächtigten mit der Interessenvertretung. Dieser bat den Bg. telefonisch am 30. 1. 2004 um die Formulierung einer Löschungsbevollmächtigung/Pfandfreigabeerklärung mit sachgerechter Treuhandaufgabe, die der DSL-Bank ausreichen sollte, um eine Auszahlung des Darlehens vorzunehmen.

Mit Schreiben vom 2. 2. 2004 informierte der Bg. die Bf. darüber, dass die A Bauunternehmung GmbH die ihr zustehenden, noch nicht gezahlten Kaufpreistraten zwangsweise einfordern wolle und hierfür eine vollstreckbare Ausfertigung des Bau-

trägervertrages benötige, die er erteilen werde, wenn nicht bis zum 16. 2. 2004 ein Zahlungsnachweis erfolge.

Nach schriftlicher erneuter Bitte seitens des Verfahrensbevollmächtigten der Bf. vom 4. 2. 2004 entwarf der Bg. eine Pfandfreigabeerklärung, die der Globalpfandgläubiger Herr G am 9. 2. 2004 unterzeichnete.

Der Kaufpreis wurde sodann gezahlt unter Abzug eines Teilbetrages von 50 000,- € zugunsten des Herrn G.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Bf. berechnete den Bf. für seine Tätigkeit 3 183,04 €, die diese zahlten.

Die Kostenrechnung des Bg., die dieser auf die Beanstandung des Bezirksrevisors hinsichtlich der Nichteinhaltung des Zitiergebotes am 21. 6. 2004 abgeändert und erneut ausgestellt hat, beläuft sich auf 2 689,25 €.

Die Bf. haben gegen die Kostenrechnung des Bg. die Aufrechnung erklärt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Bf. sind zur Zahlung der streitgegenständlichen Kostenrechnung verpflichtet.

Der Anspruch des Bg. auf Zahlung seiner Kostenrechnung, die in der Form vom 21. 6. 2004 nach Abänderung dem Zitiergebot gemäß § 154 KostO entspricht und die der Höhe nach nicht beanstandet wird, ist nicht durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung erloschen.

Den Bf. steht kein Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung des Bg. in Höhe der Gebührenrechnung ihres Verfahrensbevollmächtigten zu.

Eine Pflichtverletzung des Bg. ist nicht gegeben. Es liegt weder ein Beratungs- noch ein Beurkundungsfehler vor.

Der von dem Bg. beurkundete Bauträgervertrag sah hinsichtlich der Freistellung des Grundstücks von Belastungen vor, dass diese gesichert ist, wenn entweder die Pfandfreigabeerklärung oder die Freistellungsbescheinigung gemäß § 3 MaBV vorliegt. Damit hat der Bg. zwei mögliche Alternativen in den Vertrag mit aufgenommen und berücksichtigt. Der Entwurf der Vertragsurkunde wurde der finanzierenden DSL-Bank vor der Beurkundung zur Prüfung zugeleitet. Aus der Urkunde ergibt sich, dass die Buchgrundschuld in Abteilung III lfd. Nr. 5 zugunsten einer natürlichen Person eingetragen war. Die Bank hätte daher bei ihrer Überprüfung im Hinblick auf die beiden vorgesehenen Alternativen darauf hinweisen können und müssen, dass ihr hinsichtlich einer Privatperson eine Freistellungsbescheinigung nicht ausreicht. Sie hat jedoch ohne Beanstandungen eine Finanzierungszusage erteilt.

Der Bg. hatte daher keine Veranlassung, über die in der Vertragsurkunde vorgesehenen Alternativen zur Sicherstellung der Freistellung hinaus auf eventuelle Probleme im Hinblick auf Privatgläubiger hinzuweisen und darüber aufzuklären. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Frage danach, ob die Freistellungsverpflichtungserklärung einer natürlichen Person ausreichend ist, aus Rechtsgründen nicht eindeutig verneint werden kann. Die gesetzliche Grundlage, § 3 MaBV, unterscheidet nicht nach der Art des Gläubigers. Es ist dieser Vorschrift nicht zu entnehmen, dass ein Freigabeversprechen ausschließlich von einer Bank oder einem Kreditinstitut abgegeben werden kann. Grundsätzlich reicht dem Gesetzestext nach das schuldrechtliche Freigabeversprechen eines Privatgläubigers aus. Dies ergibt sich auch aus dem von den Bf. zitierten Artikel des Informationsdienstes des Deutschen Notarinstitutes. Der Verfasser dieses Artikels erachtet es zwar für sachgerecht, bei einem Privatgläubiger eine stärkere Sicherung der Lastenfreistellung vorzusehen. Dies erscheint jedoch nicht zwingend notwendig, da die – auch von der DSL-Bank aufgeworfenen Bedenken – überwiegend theoretischer Natur sind und sich zudem im vorliegenden Fall auch nicht verwirklicht haben. Es liegen hier weder tatsächliche noch durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die Möglichkeit einer Freistellungsverpflichtungserklärung einer natürlichen Person vor. Eine ausreichende Sicherung war durch das schuldrechtliche Freigabeversprechen gegeben, da kein Anlass für Zweifel daran bestand, dass der Globalpfandgläubiger seine Verpflichtungen zu gegebener Zeit erfüllen würde. Der Bg. musste daher nicht vorab berücksichtigen, dass die finanzierende Bank, die den Vertrag vor der Beurkundung überprüft und ihre Finanzierungszusage gegeben hat, im Nachhinein der Ansicht ist, dass die Erklärung des Herrn G nicht ausreichend ist. Mit Aufnahme der beiden Alternativen Pfandfreigabeerklärung und Freistellungsbescheinigung nach § 3 MaBV in den Bauträgervertrag ist der Bg. seiner Pflicht zur sachgerechten und sicheren Gestaltung des Vertrages nachgekommen. Der Bg. hat eine materiell-rechtlich ordnungsgemäß gestaltete Vertragsurkunde beurkundet.

Schwierigkeiten bei der abschließenden Abwicklung des Vertrages können nicht zu Lasten des Bg. gehen. Die Einschaltung des Verfahrensbevollmächtigten der Bf. aufgrund der aufgetretenen Schwierigkeiten kann nicht auf das Verhalten des Bg. zurückgeführt werden. Dieser hat zwar auf die Mitteilung der DSL-Bank, dass die Freistellungsbescheinigung nicht ausreichend sei, an seiner Auffassung, dass dies sehr wohl der Fall sei, zunächst festgehalten. Dies ist jedoch im Hinblick auf den Gesetzestext des § 3 MaBV und die bisher nicht entschiedene Frage, ob eine Freistellungsbescheinigung einer Privatperson ausreicht, nicht zu beanstanden. Eine Verletzung der sich aus dem Notarvertrag ergebenden Pflichten liegt darin nicht. Die Einschaltung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Bf. mag zwar aus ihrer Sicht veranlasst gewesen sein. Die Grundlage dafür war jedoch nicht eine Pflichtverletzung des Bg., sondern vielmehr die Zahlungsweigerung der Streithelferin, die ohne begründete Zweifel die Freistellungserklärung des Globalpfandgläubigers nicht für ausreichend erachtet hat.

Demnach liegen keine Umstände vor, die einen Schadensersatzanspruch bezüglich der zur Aufrechnung gestellten Honorarforderung rechtfertigen.

Anmerkung:

§ 3 MaBV begrenzt seinem Wortlaut nach nicht den Kreis derjenigen Grundpfandrechtsgläubiger, deren Freistellungsverpflichtungserklärung als Voraussetzung für die von § 3 MaBV geregelte Lastenfreistellung genügt. Lediglich § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV spricht von dem „Kreditgeber“. Nach dem Gesetzestext reicht daher scheinbar auch das schuldrechtliche Freigabeversprechen eines Privatgläubigers aus. Auf dieser Linie bewegt sich das Landgericht Düsseldorf. Es führt aus, die Frage, ob die Freistellungsverpflichtungserklärung einer natürlichen Person ausreichend sei, könne nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig verneint werden kann. Gegen die Zulässigkeit einer Freistellungsverpflichtungserklärung durch eine natürliche Person bestünden daher keine Bedenken.

Die Auffassung des Landgericht Düsseldorf kann nicht geteilt werden. Nicht alle Grundpfandrechtsgläubiger sind in der Lage, eine Freistellungsverpflichtungserklärung abzugeben, die die Lastenfreistellung auch – wie es § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV fordert – tatsächlich gewährleistet (so auch Grziwotz, BauRB 2004, 246, 247). Die Lastenfreistellung ist nur bei einem „soliden Grundpfandrechtsgläubiger“ gesichert. Als ein solcher kann nur ein dem KWG unterliegendes Kreditinstitut oder eine Sparkasse angesehen werden. Ein Privatgläubiger oder ein ausländisches Kreditinstitut bieten nicht die gleiche Gewähr für die Sicherung der Lastenfreistellung (Grziwotz, BauRB 2004, 246, 247). Denn die Freigabeverpflichtung ist rein schuldrechtlicher Natur. Weigert sich der Verpflichtete, muss er auf Erfüllung verklagt und gegebenenfalls auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die Aussichten, einen solchen Anspruch erfolgreich durchzusetzen, sind hier wesentlich geringer, als bei einem dem KWG unterliegenden Kreditinstitut oder bei einer Sparkasse. Im Interesse eines sachgerechten Schutzes des Erwerbers ist § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV entsprechend eingeschränkt auszulegen.

Aber auch dann, wenn man § 3 MaBV nicht in entsprechender Weise einschränken und eine Freistellungsverpflichtungserklärung nur von dem KWG unterliegenden Kreditinstituten ausreichen lassen wollte, sollte der Notar nach allgemeinen Grundsätzen des § 17 Abs. 1 BeurkG sowohl bei privaten als auch bei ausländischen Grundpfandrechtsgläubigern einen sichereren Weg der Lastenfreistellung (z. B. Löschung des Grundpfandrechts vor Fälligkeit oder Abwicklung über Notaranderkonto) vorschlagen. Wünschen die Beteiligten wegen der konkreten Umstände des Einzelfalles eine hiervon abweichende Lösung, ist der Notar gem § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet, auf die dadurch entstehenden Risiken hinzuweisen. Dies gilt beim Bauträgervertrag gleichermaßen wie sonstigen Immobilienkaufverträgen.

Notarassessor Dr. Kai Bischoff Dipl.-Kfm. LL.M., Köln

2. Liegenschaftsrecht – Löschung einer Rückauflassungsvormerkung

(LG Kleve, Beschluss vom 15. 4. 2004 – 4 T 114/04)

GBO §§ 19; 22; 23; 29

Bei der Rückauflassungsvormerkung für einen nicht vererblichen Anspruch handelt es sich nicht um ein rückstandsfähiges Recht i. S. d. § 23 GBO. Beim Tod des Berechtigten ist es nach § 22 GBO zu löschen. Eine Löschungserleichterungsklausel ist insoweit nicht eintragungsfähig.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Mit notariellem Vertrag vom 31. 7. 2002 überließ X seiner Tochter, der Bet. zu 1), den im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitz. Als Gegenleistung übernahm diese nach näherer Maßgabe des Vertrages eine Pflegeverpflichtung. Zur Sicherung dieses Anspruches wurde eine Reallast in das Grundbuch eingetragen. Bei der Reallast wurde bestimmt, dass zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll. Die Bet. zu 1) verpflichtete sich weiterhin, das erworbene Hausgrundstück nicht ohne Zustimmung des Veräußerers zu veräußern. Für den Fall, dass die Bet. zu 1) ihren Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, wurde vereinbart, dass der Veräußerer die Rückübertragung des Grundstücks verlangen kann.

In Ziffer II des Vertrages ist bestimmt:

„(..) Zur Sicherung dieses etwaigen Rückübertragungsanspruchs bewilligen und beantragen die Beteiligten, dass auf dem hier übertragenen Grundbesitz für den Veräußerer eine Rückauflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen wird (..).“

Die Rückauflassungsvormerkung wurde am 17. 10. 2002 eingetragen. X verstarb am 5. 2. 2003.

Die eingetragene Eigentümerin schloß mit dem Bet. zu 2) einen notariellen Kaufvertrag über den im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitz. Der Verfahrensbevollmächtigte beantragte Ende Oktober 2003, die Rückauflassungsvormerkung zu löschen. Mit Zwischenverfügung wies das AG den Antrag zurück mit der Begründung, der Nachweis des Todes des Berechtigten sei nicht ausreichend. Gegen diese Zwischenverfügung wendet sich die Bet.

Aus den Gründen:

II. Die als Beschwerde auszulegende Erinnerung der Ast. gerichtet auf Löschung der Rückauflassungsvormerkung ist zulässig gemäß §§ 71 ff. GBO.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Gemäß § 22 GBO ist zur Löschung der Rückauflassungsvormerkung die Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) nur dann nicht erforderlich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist. Diese Bestimmung gilt nicht nur für dingliche Rechte, sondern auch entsprechend für die schwächere Vormerkungsbeurteilung, der nach der gesetzlichen Regelung die Wirkungen beigelegt sind, die denjenigen des dinglichen Rechts ähnlich sind. Ergänzt wird die Vorschrift des § 22 GBO durch § 23 GBO; diese Vorschrift betrifft die Grundbuchberichtigung durch Löschung von Rechten, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind. Solche Rechte können nach dem Tod des Berechtigten

nach Maßgabe des § 22 GBO gelöscht werden, wenn Rückstände nach der Art des Rechts ausgeschlossen sind. Sind Rückstände möglich, gilt § 22 GBO nur mit Abwandlungen; die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis ist durch § 23 GBO unter bestimmten Voraussetzungen erleichtert, im Übrigen aber ausgeschlossen.

Eine Vormerkung kann durch Rechtsgeschäft auf Lebenszeit des Betroffenen beschränkt werden. Möglich ist aber auch, nur den gesicherten Anspruch auf die Lebensdauer des Gläubigers zu beschränken, was dann Auswirkungen auf die akzessorische Vormerkung hat.

Bei der in der Grundbuchpraxis im Zusammenhang mit Übergabeverträgen üblichen Rückauflassungsvormerkung handelt es sich jedoch nicht um ein Recht i. S. d. § 23 GBO. Diese Vormerkung dient grundsätzlich der Sicherung eines aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruchs des Veräußerers gegen den Erwerber. Das der Vormerkung zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsverhältnis (und damit diese selbst) ist dabei üblicherweise auf die Lebenszeit des Veräußerers beschränkt. Bei Versterben des Vormerkungsberechtigten erlischt der schuldrechtliche Anspruch auf Rückübertragung und dadurch auch die Vormerkung. Nicht möglich sind dann Rückstände.

Der Vertrag aus Juli 2002 diene einer vorweggenommenen Erbfolge, wie sich aus der näheren Ausgestaltung des Vertrages ergibt. Ein Zustimmungsbedürfnis zu Grundstücksverfügungen sollte deshalb ersichtlich nur zu Lebzeiten des X bestehen. Es ist kein Grund dafür erkennbar, weshalb eine solche Zustimmungsbefugnis und damit ein Rückübertragungsanspruch auch den Rechtsnachfolgern des X eingeräumt werden sollte. Die zusätzlich eingetragene subjektiv-persönliche Reallast war ausdrücklich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt. Dass dies im notariellen Vertrag ausdrücklich aufgeführt ist, rechtfertigt nicht den Umkehrschluss, dass der Rückübertragungsanspruch vererblich sein sollte. Unerheblich ist, dass gemäß § 3 I. Nr. 9 des Vertrages aus Juli 2002 im Grundbuch nur bei der Reallast vermerkt werden sollte, dass es zur Löschung dieses Rechts nur des Nachweises des Todes des Berechtigten bedarf. Bei der Reallast sind Rückstände grundsätzlich möglich. Die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks gemäß § 23 Abs. 2 GBO ist deshalb sinnvoll. Bei der Rückauflassungsvormerkung für einen nicht vererblichen Anspruch handelt es sich jedoch nicht um ein rückstandsfähiges Recht i. S. d. § 23 GBO; beim Tod des Berechtigten ist es nach § 22 GBO zu löschen, § 23 GBO ist nicht einschlägig. Eine Löschungserleichterungsklausel wäre somit gar nicht eintragungsfähig.

3. IPR/Ausländisches Recht – Normwiderspruch zwischen österreichischem Erbstatut und deutschem Güterrecht

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 8. 3. 2005 – 8 W 96/04 – mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Martin Clausnitzer, Freiburg i. Br.)

BGB §§ 371; 1373 ff.

EGBGB Art. 14; 15; 25 Abs. 1; 220 Abs. 3

- 1. Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art.**
- 2. Bei Zusammentreffen von deutschem Güterrechtsstatut und österreichischem Erbstatut findet kein pauschalierter Zugewinnausgleich statt. Es kann jedoch ein schuldrechtlicher Zugewinnausgleich erfolgen.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der verstorbene Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger. Er heiratete im März 1974 in zweiter Ehe die Bet. 1) und lebte mit dieser zusammen bis zu seinem Tod. Die Bet. 1) ist deutsche Staatsangehörige. Der Bet. 2) ist der gemeinsame Sohn des Erblassers und der Bet. 1). Der Bet. 3) ist das Kind des Sohns des Erblassers aus erster Ehe und damit sein Enkel.

Mit Beschluss erließ das Notariat III als zuständiges Nachlassgericht einen Vorbescheid, wonach es beabsichtige, entsprechend dem von den Bet. 1) und 2) gestellten, gegenständlich auf den in der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Nachlass beschränkten Erbscheinantrag einen Erbschein zu erteilen, der die Bet. 1) zur Hälfte, die Bet. 2) und 3) je zu einem Viertel als Erben ausweise.

Gegen diesen Beschluss legte der Bet. 3) Beschwerde ein.

Mit Beschluss hat das LG die Beschwerde zurückgewiesen. Mit seiner weiteren Beschwerde verfolgt der Bet. 3) weiterhin das Ziel, die Aufhebung des Vorbescheids zu erreichen. Die Bet. 1) und 2) sind der weiteren Beschwerde entgegengetreten.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde des Bet. 3) ist nach §§ 27, 29 FGG als Rechtsbeschwerde zulässig. Sie hat auch Erfolg. Die Entscheidungen beider Vorinstanzen beruhen auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung.

1. Die internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Erteilung eines auf den im Inland befindlichen Teil des Nachlasses des österreichischen Erblassers beschränkten Erbscheins ergibt sich aus § 73 Abs. 1 FGG in Verbindung mit § 2369 Abs. 1 BGB (vgl. Bassenge/Herbst/Roth, § 73 FGG, Rn. 3). Hiervon leitet sich auch die Zuständigkeit der Rechtsmittelgerichte ab.

2. Das Erbstatut des Erblassers richtet sich gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach österreichischem Recht. Eine Rückverweisung kennt das österreichische Recht nicht. Nach § 28 Abs. 1 des österreichischen IPR-Gesetzes beurteilt sich die Rechtslage nach dem Personalstatut. Bei österreichischen Staatsangehörigen ist danach also österreichisches Recht anzuwenden (so auch BayObLGZ 1980, 276).

Nach österreichischem Recht ist die Ehefrau neben den Kindern des Erblassers Erbin zu einem Drittel des Nachlasses (§ 757 Abs. 1 ABGB). Das gesetzliche Vorausvermächtnis des § 758 ABGB (Wohnrecht u. a.) berührt die quotenmäßige Erbeinsetzung nicht.

3. Das Güterrechtsstatut des Erblassers wiederum richtet sich nach deutschem Recht. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss der Vorinstanz verwiesen werden. Da der Erblasser und seine Ehefrau, die Bet. 1), bis zum Tod des Erblassers ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, ergibt sich die

Anwendung deutschen Rechts aus Art. 220 Abs. 3 S. 3, 15, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB. Ob die Bet. 1) neben der (im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht länger bestrittenen) deutschen Staatsangehörigkeit auch noch die ungarische Staatsangehörigkeit hat, ist für das Güterrechtsstatut danach ohne Bedeutung. Das LG konnte von einer Abklärung dieser Frage absehen.

Der Erblasser und die Bet. 1) lebten im gesetzlichen Stand der Zugewinngemeinschaft. Nach deutschem Recht steht der Bet. 1) daher nach dem Tod des Erblassers ein pauschalierter Zugewinn in Höhe eines Erbteils von einem (zusätzlichen) Viertel zu (§ 1371 Abs. 1 BGB). Der Abschluss eines vom gesetzlichen Güterstand abweichenden Ehevertrags ist weder behauptet noch ersichtlich.

Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art (so auch Ermann/Schurig, BGB, 11. Aufl. Art. 14 EGBGB Rn. 37, 38; Palandt/Heldrich, BGB, 64. Aufl., Art. 15 EGBGB Rn. 26; Staudinger/Mankowski, BGB, Neubearbeitung 2003, Art. 15 EGBGB Rn. 342 ff., 346; zum Meinungsbild auch hinsichtlich abweichender Meinungen: Mankowski, a.a.O., Rn. 342, 343). Das ergibt sich nicht nur aus seiner formalen Stellung im Regelungskontext der Regelungen des Güterrechts. Vielmehr schafft er mit der pauschalen Zuordnung eines zusätzlichen Erbteils einen Ausgleich für den in der Ehe erarbeiteten und nicht ausgeglichenen Zugewinn. Das gibt ihr einen anderen Charakter als er zum Beispiel der Regelung des § 1931 Abs. 4 BGB für Ehen mit Gütertrennung zukommt. Nur Letztere ist erbrechtlicher Art. Denn beim vertraglichen Güterstand der Gütertrennung besteht kein Bedarf für einen Ausgleich in der Ehe erarbeiteten Zugewinns des einen oder anderen Ehepartners. Ein Zugewinnausgleich wurde hier ausdrücklich vertraglich ausgeschlossen (§ 1414 S. 2 BGB).

4. Erbrechtliches Drittel nach österreichischem Erbstatut und güterrechtliches Viertel nach deutschem Zugewinnrecht ergeben ein Erbteil der Bet. von insgesamt 7/12, das ist 1/12 mehr, als sich ergäbe, wenn der Erblasser Deutscher wäre und auch hinsichtlich des Erbstatuts deutschem Recht unterläge. Für die Söhne des Erblassers, die nach § 757 ABGB je zu 1/3 Erben werden sollen, bliebe statt dessen nur noch je 2,5/12 übrig. Hier kollidiert das österreichische Erbstatut mit dem deutschen Güterrecht.

Für die Lösung dieses – auch im Vergleich mit dem Recht anderer Staaten denkbaren – Konflikts wurden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze entwickelt:

a) Der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB sei aufgrund seiner pauschalen Abgeltung als Erbteil erbrechtlicher Art (vgl. Darstellung bei Mankowski, a.a.O., Rn. 343); er käme dann, da das Erbstatut dasjenige des ausländischen Staates ist, hier nicht zum Zug.

b) Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB habe sowohl güterrechtlichen als auch erbrechtlichen Charakter. Er komme deshalb nur zur Anwendung, wenn deutsches Recht sowohl Güter- als auch Erbstatut sei

(vgl. Darstellung bei Mankowski, Rn. 343; so OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68).

c) Der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB sei güterrechtlicher Natur. Führe das Nebeneinander des ausländischen Erbstatuts mit dem inländischen Güterstatut zu unbilligen Ergebnissen, so sei eine Anpassung derart vorzunehmen, dass der Berechtigte mindestens bzw. höchstens das erhalte, was ihm bei vollständiger Anwendung jeder der beiden Rechte zustünde (so Mankowski, Rn. 378; Palandt/Heldrich, a.a.O., Rn. 26; Ermann/Holoch, a.a.O., Rn. 37; Soergel/Schurig, 12. Aufl., § 1931 BGB, Rn. 39; vgl. auch OLG Hamm IPrax 1994, 49; LG Mosbach ZEV 1998, 489).

5. Der Senat ist zwar, wie bereits dargestellt, der Auffassung, dass der Zugewinnausgleich als Ausprägung des deutschen gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft güterrechtlicher Natur ist. Doch rechtfertigt dies es nicht, den Zugewinn als Erbquote auch dann zu verwirklichen, wenn sich das Erbstatut nach ausländischem Recht richtet und dieses – wie das hier anzuwendende österreichische Recht – eine solche Erbquote nicht kennt. Denn das Erbstatut bestimmt die Erbquote (insoweit übereinstimmend mit den oben unter a) und b) wiedergegebenen Meinungen). Diese Quote ist nach Auffassung des Senats auch keiner Abänderung unter Billigkeitsgesichtspunkten zugänglich; insoweit stimmt der Senat mit der unter c) genannten Meinung nicht überein.

Andererseits steht der Ehefrau nach dem deutschen Güterstatut ein Zugewinnausgleich zu. Wenn dieser, wie dargestellt, nicht erbrechtlich ausgleichbar ist, weil das ausländische Erbstatut dies nicht zulässt, kann der Ausgleich nur nach den Regeln der §§ 1373 ff. BGB erfolgen (so auch im Ergebnis OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68). §§ 1371 Abs. 3, 1372 BGB stehen dem in einem solchen Fall nicht entgegen. Denn sie sind insoweit nur mit den deutschen erbrechtlichen Regeln abgestimmt und mit österreichischem Erbrecht nicht vereinbar.

Ob dann, wenn sich bei Anwendung des österreichischen Erbrechts und der deutschen Zugewinnausgleichsregeln der §§ 1373 ff. ergeben sollte, dass die Bet. 1) einen unverhältnismäßigen Vorteil gegenüber dem Zustand hätte, würde der Zugewinn als Quote nach § 1371 Abs. 1 BGB ermittelt, ein schuldrechtlicher Ausgleich vorzunehmen ist (vgl. hierzu Dr. Schotten, MittRhNotK 1987, 18 ff.), ist nicht in diesem erbrechtlichen Verfahren zu entscheiden.

6. Eine Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG kommt nicht in Betracht. Der Senat weicht mit vorliegender Entscheidung im Ergebnis nicht von der Entscheidung des OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68 ab. Die Entscheidung des Senats steht auch nicht im Widerspruch zu den Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe NJW 1990, 1420 betrifft einen Fall mit deutschem Erbstatut. Im Fall des BayObLGZ 1980, 276 liegt kein Kollisionsfall vor, da ein Ehegattenerbausschluss gegeben war. Die Entscheidung des OLG Hamm IPrax 1994, 49 beruht auf verfahrensrechtlichen Gründen. Eine einschlägige Entscheidung des BGH ist nicht bekannt.

4. Notarrecht – Ausnahme vom Mitwirkungsverbot

(*OLG Köln*, Beschluss vom 20. 4. 2004 – 2 X (Not) 17/03)

BeurkG § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4

Das Mitwirkungsverbot ist seinem Sinn und Zweck nach nicht berührt, wenn aus der Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters der Anschein einer Gefährdung des Vertrauens in die Unparteilichkeit des Notars ausscheidet. Dies gilt regelmäßig in den Fällen, in denen der Sozios als Vertreter für alle materiell an der Beurkundung Beteiligten auftritt, von allen gleichermaßen bevollmächtigt ist und die abzugebenden Willenserklärungen allesamt gleichlautend und gleichgerichtet sind.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Ast. ist Rechtsanwalt und Notar und übt seinen Beruf in Sozietät mit weiteren Rechtsanwälten und Notaren aus.

Anlässlich einer bei dem Ast. durchgeführten Notarprüfung wurden Beurkundungsvorgänge beanstandet, an denen jeweils für die materiell Bet. ein Sozios des Ast. als bevollmächtigter Vertreter aufgetreten war. In fünf Fällen handelte es sich um Unterschriftsbeglaubigungen, in sechs Fällen um die Beurkundung von Verhandlungen zur Errichtung von Gesellschaften sowie in zwei Fällen um die Beurkundung von Hauptversammlungen einer AG. Sämtliche Urkundstätigkeiten betrafen die Unternehmensgruppe F. T., mit deren Rechtsabteilung pp. die Beurkundungsvorgänge inhaltlich abgestimmt waren.

Die Präsidentin des LG hat in diesen Beurkundungsvorgängen einen Verstoß gegen die dem Ast. aus § 14 BNotO, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG obliegenden Amtspflichten gesehen und mit Bescheid eine Missbilligung gemäß § 94 BNotO ausgesprochen.

Gegen diesen Bescheid hat der Ast. Beschwerde eingelegt, der die Präsidentin des LG nicht abgeholfen und die der Ag. mit der Maßgabe zurückgewiesen hat, dass der Vorwurf entfällt, auch durch die Beglaubigung diverser Unterschriften der Partner gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 BeurkG verstoßen zu haben.

Gegen diese Entscheidungen, soweit die Missbilligung aufrechterhalten worden ist, richtet sich der Antrag des Ast. auf gerichtliche Entscheidung.

Aus den Gründen:

II. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach § 94 Abs. 2 S. 5 BNotO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere rechtzeitig gestellt worden. Auch in der Sache hat der auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide abzielende Antrag Erfolg.

Die Missbilligungsverfügung der Präsidentin des LG und die Beschwerdeentscheidung des Präsidenten des OLG waren aufzuheben. Bei den zuletzt noch beanstandeten Beurkundungsvorgängen liegt kein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG vor. Eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 14 Abs. 3, 94 Abs. 1 BNotO ist damit nicht feststellbar; der Ast. hat durch die Mitwirkung jeweils eines seiner Sozien bei den Beurkundungsvorgängen insbesondere nicht den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit (§ 14 Abs. 3 S. 2 BNotO) gesetzt.

Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG in der seit 1998 geltenden Fassung (BGBl. I 2585) bestimmt, dass ein Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken soll, wenn es sich um die Angelegenheit einer Person handelt, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Auch wenn diese Regelung als Sollvorschrift ausgestaltet ist, handelt es sich für den jeweiligen Amtsinhaber um ein Mitwirkungsverbot; nur auf die Wirksamkeit der Beurkundung hat die Missachtung des Verbotes keinen Einfluss. Für den Notar als Beurkundungsperson begründet sie hingegen eine unbedingte Amtspflicht (vgl. BGH NJW 1985, 2027 = DNotZ 1985, 231; OLG Celle, NdsRpfl 2002, 109; Eylmann/Vaasen, BNotO, 2000, § 3 BeurkG Rn. 2).

Die Sozien des Ast., die Rechtsanwälte und Notare Dr. X. und C., haben bei den beanstandeten Beurkundungen jeweils die materiell Beteiligten aufgrund von Vollmachten vertreten. Damit hat der Ast. „in Angelegenheiten“ seiner Sozien beurkundet, denn nach einhelliger Meinung, der im Grundsatz auch der Senat folgt, stellt ein Vertreterhandeln sowohl für den Vertretenen als auch für den Vertreter eine eigene Angelegenheit dar (vgl. nur Keidel/Winkler, 14. Aufl. 1999, § 3 BeurkG Rn. 30; Eylmann/Vaasen, a.a.O., § 3 BeurkG Rn. 11; Arndt/Lerch/Sandkühler, 5. Aufl. 2003, § 16 BNotO Rn. 18). Das gilt nicht nur dann, wenn der Sozios als – zunächst – vollmachtloser Vertreter für eine Vertragspartei auftritt (vgl. dazu ausführlich OLG Celle, Beschluss vom 12. 9. 2003 – Not 24/03 = DNotZ 2004, 716), sondern auch, wenn der Sozios aufgrund einer wirksam erteilten Vollmacht tätig wird, denn die Rechte und Pflichten des Sozios als Vertreter sind unmittelbar berührt zum einen schon aufgrund seines eigenen rechtsgeschäftlichen Handelns (§ 164 BGB), zum anderen aber auch aufgrund des der Bevollmächtigung regelmäßig zugrunde liegenden Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisses zwischen ihm und dem Vertretenen (vgl. BGH NJW 2003, 578 = DNotZ 2003, 836 = RNotZ 2003, 62).

Gleichwohl unterliegen die beanstandeten Beurkundungsvorgänge nicht dem Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG.

Sinn und Zweck der durch die Berufsrechtsnovelle 1998 neu eingefügten Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG ist es, zu verhindern, dass der Eindruck entsteht, der mit dem Notar in einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene Beteiligte könne sich durch Einflussnahme innerhalb des Bürobetriebes offen oder verdeckt Vorteile gegenüber anderen Beteiligten verschaffen (vgl. nur Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O., § 16 BNotO Rn. 51). Die Vorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur Gefährdungen für das Vertrauen in die Unparteilichkeit des Notars von vornherein ausschließen, sondern auch schon einen entsprechenden Anschein vermeiden (BT-Drucks 13/4184, S. 36). Scheidet indes ein solcher Anschein aus der Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O., § 14 BNotO Rn. 35) aus, muss die Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG ihrem Sinn und Zweck gemäß einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass solche Beurkundungsvorgänge vom Anwendungsbereich der

Norm auszunehmen sind. Nahezu einhellig anerkannt ist diese Einschränkung des Verbotes für die Fälle, in denen die Tätigkeit des Vertreters lediglich in der bloßen Ausübung von sogenannten Vollzugs-, Durchführungs- oder Abwicklungsvollmachten liegt (vgl. nur Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O., § 16 BNotO Rn. 55a m. w. N.; weitergehend für die Fälle der Beurkundung einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen Harder/Schmidt, DNotZ 1999, 949, 957 ff.; Armbrüster/Leske, ZNotP 2002, 46, 47; dagegen Harborth/Lau, DNotZ 2002, 412, 417). Eine solche Vollmacht bringt der beruflich verbundenen Person regelmäßig keinen Vorteil, ebenso wenig wie der Zweck der Vorschrift, nämlich die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notaramtes zu wahren, durch derartige Geschäfte beeinträchtigt sein kann. Dementsprechend hat der Ag. zu Recht die von der Präsidentin des LG noch beanstandeten fünf Handelsregisteranmeldungen und die diesbezüglichen Unterschriftsbeglaubigungen von dem Vorwurf des Verstoßes gegen die Amtspflicht des Ast. aus § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG ausgenommen.

Das Gleiche gilt aber auch für die weiteren beanstandeten Beurkundungsgeschäfte, in denen die Sozien des Ast. jeweils als Vertreter für die weiteren Beteiligten zur Errichtung der Gesellschaften und bei der Beurkundung von Hauptversammlungen aufgetreten waren. Auch bei diesen Geschäften ist aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters auch nicht im Ansatz der Anschein einer Gefährdung der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars erkennbar, so dass auch diese Beurkundungsvorgänge nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG von dem Mitwirkungsverbot auszunehmen sind, denn wenn – wie hier – der Sozios als Vertreter für alle materiell an der Beurkundung Beteiligten auftritt, von allen gleichermaßen bevollmächtigt ist und die abzugebenden Willenserklärungen allesamt gleichlautend und gleichgerichtet sind, kann schlechterdings nicht der Eindruck entstehen, dass der Notar über seinen Sozios der einen oder anderen Partei näher stehen, ihr besonders zugetan und deshalb nicht unparteiisch sein könnte.

Dieser einschränkende Auslegung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG steht der Wille des Gesetzgebers nicht entgegen, wenngleich anders als etwa bei § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG bei Nr. 4 dem Wortlaut nach eine Ausnahme nicht vorgesehen ist. Anders als die einvernehmlichen Fälle des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG hat der Gesetzgeber die hier zu beurteilende Konstellation nämlich offensichtlich nicht bedacht. Ausweislich der Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drucks a.a.O.) orientiert sich die Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG erkennbar an einer Zwei- oder Mehrpersonen-Konstellation mit im Grunde gegenläufigen Interessen (vgl. Harder/Schmidt, a.a.O., S. 957; Armbrüster/Leske, a.a.O., S. 47); das Mitwirkungsverbot ist ausdrücklich damit begründet, dass verhindert werden soll, dass bei einem „unzufriedenen Beteiligten“ der Eindruck entsteht, der Notar habe den eigenen Sozios begünstigt. In den Vertretungsfällen ist eine einseitige Begünstigung aufgrund des Näheverhältnisses aber nur dann denkbar, wenn der Sozios für den „Gegner“ aufgetreten ist. Dieser Eindruck kann freilich nicht erweckt werden, wenn der Notar Vor-

gänge beurkundet, bei denen der Sozius als Vertreter in gleicher Weise für sämtliche Beteiligten auftritt. Schließlich spricht die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG ebenfalls dafür, dass in der hier zu beurteilenden Konstellation mangels Setzen eines bösen Anscheins ein Verstoß gegen ein Mitwirkungsverbot nicht angenommen werden kann. Denn scheidet ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG aus, wenn die Vorbefassung im Auftrag aller Personen erfolgte, die an der Beurkundung beteiligt sein sollten, das heißt die Vorbefassung einvernehmlich war, kann der Vorgang im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG nicht anders beurteilt werden, wenn die Bevollmächtigung einvernehmlich von und für alle an der Beurkundung materiell Beteiligten erfolgte.

Etwaige Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall rechtfertigen keine andere Beurteilung. Sie sind, soweit sie sich überhaupt stellen, ebenso hinzunehmen wie bei den anerkannt zulässigen Vertretungen bei Vollzugs-, Durchführungs- und Abwicklungsgeschäften sowie im Rahmen des gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestandes des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG.

5. Notarrecht – Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot (OLG Celle, Beschluss vom 2. 3. 2005 – Not 31/04)

BeurkG § 3 Abs. 1 Nr. 7 BNotO § 75

Ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG liegt vor, wenn ein Rechtsanwaltsnotar, der einen Vermächtnisnehmer im Rechtsstreit mit dem Erben anwaltlich vertreten hat, nach Erlass eines Anerkenntnisurteils als Notar für den Vermächtnisnehmer die für die Umschreibung des Eigentums notwendigen Urkunden errichtet und das Umschreibungsverfahren betreibt.

Zum Sachverhalt:

I. Gegenstand des Verfahrens sind zwei Beurkundungen des Notars und seiner Notarvertreterin, mit denen der Notar die Eintragung des Arbeiters G. B. in verschiedene Grundbücher betrieben hat, nachdem in dem Verfahren vor dem LG ein Teilanerkennsurteil ergangen war, in dem das LG die Erbin C. S. verurteilt hatte, die in dem Urteil näher bezeichneten Grundstücke an den dortigen Kl. als Vermächtnisnehmer aufzulassen und entsprechende Eintragungen der Eigentumsänderungen im Grundbuch zu bewilligen. Obwohl der Ast. den Urkundsbeteiligten B. auch im Verfahren vor dem LG anwaltlich vertreten hatte, betrieb er später als Notar dessen Eintragung in die Grundbücher entsprechend dem landgerichtlichen Urteil. Dabei hieß es in den Urkunden am Ende des Rubrums, dass der Notar den Erschienenen nach einer Vorbefassung i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG befragt und der Erschienene dies verneint habe.

Aufgrund einer Anzeige des Rechtsanwalts und Notars F. H. L. hat die Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk B. gegen den Notar ein Verfahren wegen des Vorwurfs, trotz Vorbefassung mit der Sache unter Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG als Notar tätig geworden zu sein, durchgeführt.

Die Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk B. hat gegen den Notar eine Ermahnung ausgesprochen.

Seinen gegen diesen Beschluss eingelegten Einspruch hat der Notar im Wesentlichen mit dem Vorwurf eines ermessensfehlerhaften Handelns der Notarkammer begründet.

Die Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk B. hat dem Einspruch des Notars nicht abgeholfen.

Gegen den Bescheid hat der Notar Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt.

Aus den Gründen:

II. Der gem. § 75 Abs. 5 S. 1 BNotO zulässige und innerhalb der Monatsfrist des § 75 Abs. 1 S. 2 BNotO eingegangene Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist unbegründet. Die Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk B. hat den Notar mit Recht gem. § 75 Abs. 1 BNotO mit einer Ermahnung belegt, weil dem Notar ein ordnungswidriges Verhalten leichterer Art zur Last zu legen ist, das den Ausspruch einer Ermahnung rechtfertigt. Ein Ermessensfehlgebrauch der Notarkammer ist nicht ersichtlich. Vielmehr verkennt der Notar die Bedeutung des § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG und geht zu Unrecht davon aus, dass es sich bei dem ihm zur Last gelegten Vorwurf um einen „Grenzfall“ handelt. Tatsächlich liegt ein typischer Fall vor, in dem der Notar von der Mitwirkung im Verfahren ausgeschlossen ist.

Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG besteht ein Mitwirkungsverbot für den Notar, wenn er in einer Angelegenheit außerhalb seiner Amtstätigkeit bereits tätig war, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Maßgeblich für die Frage der Vorbefassung ist dabei – dies wird inzwischen auch durch den Notar selbst nicht mehr in Abrede gestellt – die „materielle Beteiligung“ (s. auch Eylmann, NJW 1998, 2929 ff., 2931 f.; Winkler, 15. Aufl., § 3 BeurkG, Rn. 122 ff.). D. h. eine Person ist beteiligt, wenn ihre Rechte und Pflichten durch den Urkundsvorgang unmittelbar betroffen werden. „Angelegenheit“ i. S. d. § 3 BeurkG ist der Lebenssachverhalt, auf den sich die Beurkundungstätigkeit des Notars bezieht (s. Schippel/Vetter, 7. Aufl., § 16 BNotO Rn. 47). So ist „dieselbe Angelegenheit“ etwa dann gegeben, wenn der Notar, der einen Gläubiger anwaltlich vertritt, in dieser Sache ein Schuldanerkennnis oder eine Sicherungsgrundschuld beurkundet, oder wenn er bei Vertretung eines Erben als Rechtsanwalt im Erbauseinandersetzungsverfahren als Notar tätig wird. Dabei spielt es etwa bei der Beurkundung eines Schuldanerkennnisses oder eines Grundpfandrechtes keine Rolle, dass er nur im Auftrag seines Mandanten handelt. Entscheidend ist vielmehr, dass er in dieser Angelegenheit bereits „außerhalb seiner Amtstätigkeit“ tätig war. Entsprechend dem Verbot im anwaltlichen Berufsrecht, anwaltlich tätig zu werden, wenn er in derselben Rechtssache schon als Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter tätig geworden ist (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO) oder wenn er bereits eine Urkunde aufgenommen hat, um deren Auslegung es in dem Streit der Parteien geht (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 BRAO), darf er als Anwaltsnotar auch nicht mehr beurkundend tätig werden, wenn er in derselben Sache bereits eine Partei anwaltlich vertreten hat (s. auch Eylmann, NJW 1998, 2929, 2931).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, kann der Ast. vorliegend nicht geltend machen, dass es sich um einen

„Grenzfall“ der Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG gehandelt habe. Auch wenn die vorliegende Konstellation noch nicht entschieden sein mag oder in den einschlägigen Fallbeispielen nicht aufgeführt wird, entspricht sie doch genau den oben skizzierten Beispielfällen. Ein Anwaltsnotar, der im Rechtsstreit für eine Partei tätig geworden ist, darf gem. § 3 Abs. 1 Nr. 7 anschließend nicht beurkundend tätig werden, wenn es darum geht, das Ergebnis des Rechtsstreits zu vollziehen. Er handelt in derselben Angelegenheit. Hiergegen hat der Ast. eindeutig verstoßen, indem er trotz seiner unbestrittenen Vorbefassthheit die auf das Teilanerkenntnis gestützte Umschreibung der Grundstücke betrieben hat.

Der Ast. führt zwar in seinen Schriftsätzen aus, selbst auch davon auszugehen, dass § 3 Abs. 1 Nr. 7 keine formale, sondern nur eine materielle Beteiligung voraussetze. Tatsächlich erstreckt sich die materielle Beteiligung aber auch auf die Beklagte C. S. des Rechtsstreits, in dem der Ast. als Anwalt tätig geworden ist. Schon aus diesem Grund hätte er nach seiner eigenen Argumentation die Beurkundung ablehnen müssen.

Keine Rolle spielt es, dass auch die Vertreterin des Notars entsprechend gehandelt hat, als sie die Auflassungserklärung beurkundet hat. Auch insoweit liegt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG vor. Dass die Vertreterin ihre Mitwirkung nicht verweigert hat, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre, kann dem Ast. nicht zum Vorteil gereichen.

Schließlich kann sich der Notar auch nicht darauf berufen, in Unkenntnis der Vorschrift gehandelt zu haben. In beiden Urkunden wird ausdrücklich nach einer „Vorbefassung“ i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG gefragt. Insofern ist es nicht nachvollziehbar, warum hier jeder Hinweis auf die Tätigkeit des Notars in dem Rechtsstreit vor dem LG fehlt. Dass ein Notar, der den Vermächtnisnehmer schon im Rechtsstreit mit dem Erben vertreten hat, anschließend nicht ohne einen Verstoß gegen seine Pflichten nach dem Beurkundungsgesetz eine Auflassung beurkunden darf, mit der das Vermächtnis vollzogen wird, hätte dem Ast. unmittelbar einleuchten müssen.

Auf die strengeren Regelungen der Neufassung des Beurkundungsgesetzes war der Notar auch durch die Sonderausgabe Nr. 03/2001 der Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk B. in nicht zu übersehender Form hingewiesen worden. In dieser Ausgabe hatte die Notarkammer ausdrücklich auf die Erforderlichkeit eines „Beteiligtenverzeichnisses“ hingewiesen, in dem die Daten wahrgenommener Mandate und der Gegenstände dieser Mandate gespeichert werden sollten. Sinn dieser Speicherung konnte es nur sein, in Fällen der vorliegenden Art zu verhindern, dass der Notar trotz eines bestehenden Mitwirkungsverbot es eine Beurkundung in derselben Angelegenheit vornahm. Dabei benötigte der Ast. vorliegend nicht einmal ein entsprechendes Verzeichnis. Dass er den Urkundsbeteiligten G. B. in dem vorausgegangenen Rechtsstreit anwaltlich vertreten hatte, war ihm aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Erlass des Anerkenntnisurteils und der Beurkundung mit Sicherheit bekannt, zumal in der Urkunde sogar ausdrücklich in § 2 Nr. 1 gemäß § 894 ZPO auf dieses Urteil Bezug genommen worden ist.

Der Notar kann sich nicht darauf berufen, die Kammer habe von ihrem Ermessen keinen ausreichenden Gebrauch gemacht. § 75 Abs. 1 BNotO stellt – entgegen der Auffassung des Notars – noch keine Disziplinarmaßnahme dar, sondern bedeutet – ähnlich wie die Missbilligung durch die Aufsichtsbehörde nach § 94 Abs. 1 BNotO – nur einen Tadel wegen einer Pflichtverletzung leichter Art (s. auch Schippel/Kanzleiter, § 75 BNotO Rn. 4, Schippel/Lemke, § 94 BNotO Rn. 13). Die Wahl dieser noch nicht mit einer Sanktion verbundenen „Abmahnung“ des Notars ist verhältnismäßig und bedeutet keinen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit. Auch wenn der Notar bislang disziplinarrechtlich nicht vorbelastet ist, hat er sich doch in sorgloser Art und Weise über das Verbot des § 3 Abs. 1 Nr. 7 BNotO hinweggesetzt. Eine bloße Beanstandung wäre deshalb nicht angemessen gewesen, um dieses Fehlverhalten zu ahnden.

6. Notarrecht – Notariatsangestellter als vollmachtloser Vertreter

(*OLG Celle*, Urteil vom 4. 4. 2005 – 8 U 171/04)

BGB § 179

- 1. Tritt eine Notariatsangestellte auf Bitten ihres Arbeitgebers, des beurkundenden Notars, für den bei der Beurkundung nicht anwesenden Verkäufer mit der Erklärung „Genehmigungserklärung nachzureichen versprechend“ auf, und wird die Genehmigung nachträglich verweigert, so kommt ihre persönliche Haftung als Vertreterin ohne Vertretungsmacht nicht in Betracht, da der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kennen musste (§ 179 Abs. 3 BGB).**
- 2. Mangels unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses am Vertragsschluss sowie fehlender Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens kommt in derartigen Fällen auch kein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss oder aus einer Garantieerklärung in Betracht.**

Aus den Gründen:

Das angefochtene Urteil beruht weder auf einem Rechtsfehler (§ 513 Abs. 1, 1. Alt., § 546 ZPO) noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 529 Abs. 1, 2. Alt. ZPO). Dem Kl. stehen gegen die Bekl. keine Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit ihrem Handeln beim Abschluss des notariellen Kaufvertrages zu.

1. Zunächst kommt kein Schadensersatzanspruch gem. § 179 Abs. 1 BGB gegen die Bekl. als Vertreterin ohne Vertretungsmacht in Betracht. Hierbei kann die Frage, ob die Bekl. bei Abschluss des Vertrages überhaupt als Vertreterin für die Verkäuferin, die C. GmbH, sowie den Zwischenerwerber, den Kaufmann J. P., aufgetreten ist, offen bleiben.

Zu Recht ist das LG jedenfalls davon ausgegangen, dass eine Haftung nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen ist. Hiernach haftet der Vertreter nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Eine ausdrückliche Erklärung dahin gehend,

dass die Bekl. als vollmachtlose Vertreterin aufgetreten ist, enthält der Vertrag allerdings nicht. Auch kann der den Vertrag mit einem Vertreter abschließende Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht in der Regel nicht erkennen. Behauptet der Vertreter deshalb ausdrücklich oder schlüssig, die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderliche Vollmacht zu haben, darf der Vertragspartner daran grundsätzlich glauben (BGH NJW 2000, 1407, 1408). Er ist nicht ohne weiteres zu Nachforschungen über Bestand und Umfang der Vertretungsmacht verpflichtet. Nur wenn die Umstände des Einzelfalls ihn hätten veranlassen müssen, sich danach zu erkundigen, ob der Vertreter die zumindest stillschweigend behauptete Vertretungsmacht tatsächlich hat, liegt eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor (BGH, a.a.O.).

Hier musste der Kl. indessen aufgrund der im Eingang der Urkunde aufgenommenen Formulierung, die Bekl. sei für den Verkäufer und den Zwischenerwerber erschienen,

„Genehmigungserklärungen nachzureichen versprechend“

unter Berücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen, dass die Bekl. ohne Vollmacht handelte. Genehmigung bedeutet nämlich die nachträgliche Zustimmung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts (§ 184 Abs. 1 BGB). Einer nachträglichen Zustimmung bedarf es aber dann nicht mehr, wenn bereits eine Einwilligung, d. h. eine vorherige Zustimmung (vgl. § 183 Abs. 1 BGB), in Form einer vor Vertragsschluss erteilten Vollmacht vorlag. Der Kl. kann sich auch nicht darauf berufen, er habe diese Formulierung dahin verstanden, die Bekl. handle mit Einwilligung der vertretenen Personen und die Einholung der Genehmigung sei eine bloße Formsache. Abgesehen davon, dass dies bereits in sich un schlüssig ist – entweder ging der Kl. von einer bereits vorliegenden Vollmacht der Bekl. aus oder er hielt deren nachträgliche aber eben gerade noch nicht vorliegende Einholung für eine bloße Formsache musste auch dem Kl. als juristischem Laien klar sein, dass eine Genehmigung eine noch erforderliche Zustimmung ist, diese also gerade noch nicht vorliegt. Hinzu kommt, dass hier ausdrücklich noch von einer nachzureichenden Genehmigung die Rede ist. Nachreichen kann man aber nur etwas, was im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung noch nicht vorliegt.

Soweit aus dem in einer notariellen Urkunde enthaltenen Versprechen „gehörige Vollmacht nachzureichen“ entnommen wurde, dies lasse den Schluss zu, dass eine Vollmacht bereits zuvor in zumindest mündlicher Form erteilt worden sei (OLG Celle DNotZ 1977, 33), lässt sich dies auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Diese Formulierung bedeutet nämlich, dass jedenfalls eine zumindest formlos vorhandene Vollmacht behauptet wird mit dem Versprechen, die gehörige Vollmacht, also insbesondere die für das GBA erforderliche Vollmachtsurkunde, nachzureichen. Hier geht es also nicht mehr um die Frage, ob bei Vertragsschluss überhaupt eine Vollmacht vorlag, sondern nur um den Nachweis in der erforderlichen (schriftlichen) Form. Bei dem Versprechen, eine gehörige Vollmacht nachzureichen, handelt es sich nicht mehr um den aber hier vorliegenden Fall, in dem

sich der als Vertreter Handelnde erkennbar noch als vollmachtlos ausgibt.

In derartigen Fällen, in denen lediglich erklärt wird, noch eine Genehmigung des Vertretenen beizubringen, wird deshalb eine Haftung des Vertreters aus § 179 Abs. 1 BGB wegen des Ausschlusstatbestandes des § 179 Abs. 3 S. 1 BGB verneint (OLG Celle DNotZ 2004, 716, 717; OLG Köln JMBL NRW 1971, 270; Palandt/Heinrichs, 64. Aufl., § 179 BGB Rn. 4; MünchKomm/Schramm, 4. Aufl., § 179 BGB Rn. 40).

Der Kl. kann sich auch nicht darauf berufen, ihm als juristischen Laien sei der Unterschied zwischen dem Versprechen, eine Vollmacht, und dem, eine Genehmigung nachzureichen, nicht klar. Auch einem juristischen Laien muss es sich bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erschließen, dass eine Genehmigung sich schon vom Sprachbegriff her nur auf etwas beziehen kann, was noch nicht vorliegt, sondern noch eingeholt werden muss, weil sich der Vertretene hiermit noch einverstanden erklären muss. Dass der Kl. angesichts der im Vertrag verwendeten Formulierung gerade nicht auf das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits erfolgte Vorliegen einer Vollmacht vertrauen durfte, ergibt sich auch aus den sonstigen Umständen des Falles. Für die Verkäuferin und den Zwischenerwerber ist nicht irgendeine Person, etwa einer ihrer Mitarbeiter, aufgetreten, sondern eine Notariatsangestellte. Es ist nicht ersichtlich, woraus sich in diesen Fällen ergeben sollte, dass eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerade einmal 20-jährige Angestellte des Notars von einem Wohnungsbauunternehmen und einem Kaufmann die Vollmacht hätte erhalten haben sollen, einen notariellen Grundstückskaufvertrag in ihrem Namen abzuschließen. Wäre eine derartige Vollmacht tatsächlich bereits vorhanden gewesen, hätte nichts näher gelegen, als diese selbst gegenüber dem Notar vorzulegen. Es bestanden auch keine Anhaltspunkte, dass die Bekl. selbst mit dieser Angelegenheit in irgendeiner Form schon vorher befasst gewesen wäre oder Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrags genommen hätte. Der Vertragsentwurf ist vielmehr, wie die Bekl. unbestritten vorgetragen hat, allein von dem Notar vorformuliert worden.

2. Zutreffend ist das LG ferner davon ausgegangen, eine Haftung der Bekl. aus Verschulden bei Vertragsschluss komme nicht in Betracht.

a) Fraglich ist bereits, ob neben § 179 Abs. 1 BGB eine Haftung des vollmachtlosen Vertreters unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (jetzt: § 280 Abs. 1, § 311 a Abs. 2 BGB) überhaupt in Betracht kommt. Teilweise wird dies bejaht (OLG Celle DNotZ 2004, 716, 717, allerdings ohne Begründung; OLG Köln JMBL NRW 1971, 270, 271; Palandt/Heinrichs, § 179 BGB Rn. 4). Dagegen könnte indessen sprechen, dass hierdurch die spezielle Regelung des § 179 Abs. 3 S. 1 BGB umgangen wird. Die Haftung wird nämlich nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB bereits dann ausgeschlossen, wenn dem Vertragspartner der Mangel der Vollmacht infolge Fahrlässigkeit unbekannt war. Das gilt selbst dann, wenn dem Vertreter Vorsatz vorzuwerfen ist (LG Bochum NJW-RR 1989, 1365; Palandt, a.a.O.). Eine Abwägung nach § 254 BGB, wie sie bei einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss vorgenom-

men werden könnte, findet bei § 179 Abs. 3 S. 1 BGB nicht statt (für eine abschließende Regelung des § 179 BGB auch MünchKomm/Schramm, § 177 BGB Rn. 57). Der BGH hat diese Frage bisher ausdrücklich offen gelassen (NJW 2000, 1407, 1408).

b) Selbst wenn man indessen einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss grundsätzlich für möglich hielte, liegen dessen Voraussetzungen nicht vor. Hier sind die Grundsätze anzuwenden, die auch sonst für eine Eigenhaftung des Vertreters gelten. Es genügt deshalb nicht jedes Verschulden im Rahmen der Vertragsverhandlungen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Vertreter am Vertragsschluss ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse hat oder ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und hierdurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst hat (Palandt/Heinrichs, § 311 BGB Rn. 60–63). An das Vorliegen dieser Voraussetzungen sind strenge Anforderungen zu stellen. Sie liegen bei der Bekl. nicht vor.

Ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hatte die Bekl. in keiner Weise. Sie war weder mit der Verkäuferin noch mit dem Zwischenerwerber in irgendeiner Weise wirtschaftlich verbunden. Vielmehr hat sie den Vertragsschluss für diese allein in ihrer Eigenschaft als Angestellte des beurkundenden Notars vorgenommen, da für die Verkäuferin und den Zwischenerwerber beim Beurkundungstermin niemand erschienen war. Irgendwelche Vorteile sind ihr weder aus dem Zustandekommen noch aus dem Nichtzustandekommen des Geschäfts entstanden.

Die Bekl. hat aber auch kein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen. Der Kl. und seine Ehefrau haben sich, wie sich aus deren Zeugenaussage ergibt, über die Anwesenheit der Bekl. keinerlei Gedanken gemacht. Wenn überhaupt, dürften der Kl. und seine Ehefrau dem Notar, nicht dagegen der Bekl. vertraut haben, dass es letztlich zum Vertragsschluss kommt.

Unerheblich ist im Ergebnis auch, dass die Bekl. versprochen hat, die Genehmigungserklärungen der Verkäuferin und des Zwischenerwerbers nachzureichen. Das geht zwar über das bloße Versprechen, sich um die Genehmigung zu bemühen, hinaus. Auch wird in der Rechtsprechung eine Haftung dann angenommen, wenn der als Vertreter ohne Vertretungsmacht Auftretende die Genehmigung zu Unrecht als sicher oder sehr wahrscheinlich hinstellt, obwohl dies für ihn selbst zweifelhaft sein muss (vgl. OLG Celle DNotZ 2004, 716, 717; OLG Köln, a.a.O.). Eine derartige schuldhaft abgegebene Zusage der Bekl., die Genehmigung werde mit Sicherheit erteilt werden, liegt hier indessen nicht vor. Hierbei muss zunächst berücksichtigt werden, dass die Bekl. erkennbar von vornherein nicht etwas bindend versprechen konnte, was vom Willen eines Dritten abhängt, der sich jederzeit auch anders entscheiden kann. Das gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – die Bekl. als Vertreterin mit den Vertretenen überhaupt keinen Kontakt hat und lediglich aufgrund ihrer beruflichen Stellung als Notariatsangestellte vom Notar zur Beurkundung herangezogen wird. Hierbei spielt es auch keine Rolle, ob dies pflichtwidrig und möglicherweise unter Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses geschah. Entscheidend ist, dass auch

der Kl. nicht ernsthaft davon ausgehen konnte, eine 20-jährige Notariatsangestellte, die ersichtlich mit den von ihr vertretenen Personen in keinem weiteren persönlichen oder wirtschaftlichen Kontakt steht, könne und wolle bindend die Erteilung der Genehmigung für einen Grundstückskaufvertrag durch ein Wohnungsbauunternehmen als Verkäuferin und einen Kaufmann als Zwischenerwerber erklären. Bei verständiger Betrachtungsweise wird daher auch der Kl. diese Erklärung der Bekl. nur dahin verstehen können, diese werde sich ernsthaft darum bemühen, die Genehmigungserklärungen zu erhalten, nicht dagegen, dass sie dies verbindlich mit den sich daraus für sie ergebenden Rechtsfolgen möglicher Schadensersatzansprüche zusagen wollte.

3. Schließlich hat die Bekl. auch nicht durch die Formulierung „Genehmigungserklärungen nachzureichen versprechend“ eine verschuldensunabhängige Garantie dafür übernommen, dass die Genehmigung tatsächlich erteilt wird. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zum Verschulden bei Vertragsschluss verwiesen werden. Auch für den Kl. erkennbar wollte die Bekl. als Angestellte des Notariats gegenüber ihm als Käufer keine bindende Garantie dafür übernehmen, die Genehmigung werde erteilt mit der Folge, im Falle der Nichterteilung hierfür unbedingt eintreten zu wollen. Die Bekl. war mit der Angelegenheit nicht befasst, hatte keinen weiteren Kontakt zu der Verkäuferin und dem Zwischenerwerber und hat auch auf den Inhalt des Vertrages keinen Einfluss genommen.

4. Schließlich steht dem Kl. gem. § 426 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 2, 5, 141 KostO auch nicht zumindest ein Anspruch auf hälftige Erstattung der Notarkosten von 1 340,96 DM (= 685,62 €) zu. Der Kl. und seine Ehefrau haben zunächst in § 11 des Vertrages die Kosten für die Durchführung des Vertrages übernommen. Der Vertrag ist jedoch wegen der verweigerten Genehmigung der Verkäuferin und des Zwischenerwerbers gem. § 139 BGB insgesamt unwirksam. Nach der dann eingreifenden gesetzlichen Regelung der §§ 2 Nr. 1, 141 KostO ist Kostenschuldner jeder, dessen Erklärung beurkundet worden ist. Das war hier auch die der Bekl. als Vertreterin der Verkäuferin und des Zwischenerwerbers. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 KostO haften mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner (für einen hälftigen Erstattungsanspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht deshalb etwa OLG Köln, a.a.O., 272).

Hier ist indessen ein zumindest stillschweigender Ausschluss eines derartigen Anspruchs als vereinbart anzusehen mit der Folge, dass gem. § 426 Abs. 1 BGB „etwas anderes bestimmt“ ist. Der Kl. und seine Ehefrau konnten nicht ernsthaft davon ausgehen, eine Angestellte des Notars wolle die Hälfte seiner Gebühren zahlen, wenn die von ihr vertretene Verkäuferin und der Zwischenerwerber die Genehmigung des Vertrages verweigern. Die Bekl. hat in der Sache nur in ihrer Eigenschaft als Angestellte des Notars gehandelt, um überhaupt zunächst einen Vertragsschluss zu ermöglichen. Da der Kl. gem. § 179 Abs. 3 S. 1 BGB die fehlende Vollmacht der Bekl. erkennen musste und ein Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB deshalb ausgeschlossen ist, ist diese Wertung auch auf den Rückgriffsanspruch aus § 426 BGB zu übertragen. Der Kl. und seine Ehefrau haben insoweit

auf eigenes Risiko gehandelt, wenn sie einen Vertrag abgeschlossen, dessen Zustandekommen letztlich noch nicht sicher feststand.

7. Steuerrecht – Veräußerungsanzeige

(BFH, Beschluss vom 20. 1. 2005 – II B 52/04)

AO 1977 § 109

GrEStG §§ 1 Abs. 3; 16 Abs. 5; 18; 19; 20

Eine Anzeige ist i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Erwerbsvorgang innerhalb der Anzeigefristen dem FA in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG prüfen kann. Aufgrund eines innerhalb der Anzeigefrist zu stellenden Fristverlängerungsantrags können noch fehlende Angaben binnen einer vom FA zu setzenden angemessenen Frist nachgereicht werden.

Zum Sachverhalt:

I. Der Ast. und Bf. (Ast.) war mit P zu je 50 v. H. Gesellschafter der M-GmbH, zu deren Vermögen Grundstücke in zwei Bundesländern gehörten. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 22. 5. 2002 traten P seinen Geschäftsanteil und ferner der Ast. von seinem Geschäftsanteil einen Teilbetrag von 25 000,- DM an W ab.

In einem notariell beurkundeten Treuhandvertrag vom 3. 6. 2002 vereinbarten der Ast. und W, dass W die von ihr am 22. 5. 2002 übernommenen Geschäftsanteile treuhänderisch für den Ast. hält. Diesen Vertrag zeigte der beurkundende Notar mit einer am 12. 8. 2002 bei dem Ag. und Bg. (Finanzamt – FA –) eingegangenen Veräußerungsanzeige an. Auf eine im Hinblick auf § 1 Abs. 3 GrEStG erfolgte Anfrage des FA beim Ast. nach dem Grundbesitz der M-GmbH zeigte dieser dem FA an, dass mit dem Treuhandvertrag der Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG erfüllt worden sei. Der Ast. und W hoben den Treuhandvertrag mit notariell beurkundetem Vertrag vom 6. 5. 2003 auf.

Mit an den Ast. ergangenen Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer vom 7. 7. 2003 stellte das FA für die durch den Treuhandvertrag vom 3. 6. 2002 verwirklichte Vereinigung aller Anteile an der M-GmbH in der Hand des Ast. die Besteuerungsgrundlagen gesondert fest. Die Anwendung des § 16 Abs. 1 GrEStG lehnte das FA unter Berufung auf § 16 Abs. 5 GrEStG wegen nicht ordnungsgemäßer Anzeige des Erwerbsvorgangs ab. Über den Einspruch des Ast. hat das FA noch nicht entschieden.

Der Ast. beantragte zunächst beim FA, die Vollziehung des Feststellungsbescheids auszusetzen und verwies darauf, dass die Gesellschafterversammlung der M-GmbH die nach § 7 ihres Gesellschaftsvertrags erforderliche Zustimmung zum Treuhandvertrag nicht erteilt habe und die Grunderwerbsteuer demgemäß nicht entstanden sei. Ferner beantragte der Ast., die Frist für die Anzeigeerstattung gemäß § 109 Abs. 1 S. 2 der Abgabenordnung (AO 1977) rückwirkend zu verlängern. Durch Bescheid vom 1. 10. 2003 setzte das FA die Vollziehung des Feststellungsbescheids lediglich für ein Grundstück der M-GmbH in Höhe von 1962/6080 der Bemessungsgrundlage aus. Ferner lehnte das FA die rückwirkende Fristverlängerung der Anzeigepflicht ab; über den hiergegen erhobenen Einspruch des Ast. hat das FA noch nicht entschieden.

Das FG hat den Aussetzungsantrag abgelehnt.

Der Ast. verfolgt mit seiner vom FG zugelassenen Beschwerde sein Aussetzungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Bescheids über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer. Das FG hat zu Unrecht ernstliche Zweifel i. S. des § 69 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 FGO an der Rechtmäßigkeit dieses Feststellungsbescheids verneint.

1. Zwar hat das FG zutreffend angenommen, dass der Abschluss des Treuhandvertrags die Steuerpflicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ausgelöst hat. Der Ast. erhielt aufgrund dieses Vertrags einen Anspruch auf Übertragung der für ihn von W treuhänderisch gehaltenen Anteile an der M-GmbH. Durch die Übertragung würden, da der Ast. die restlichen Anteile an der M-GmbH hielt, alle Anteile an der M-GmbH in der Hand des Ast. teils unmittelbar, teils mittelbar vereinigt. Damit ist der Steuertatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt (BFHE 130, 66 und BFHE 148, 340; Hofmann/Hofmann, Kommentar, 8. Aufl., § 1 GrEStG Rn. 151).

Die Steuer aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist auch bereits mit Abschluss des Treuhandvertrags entstanden (§ 38 AO 1977). Der Wirksamkeit des Treuhandvertrags steht die in § 7 des Gesellschaftsvertrags der M-GmbH vorgesehene Zustimmung der Gesellschafterversammlung u. a. zur Übertragung von Geschäftsanteilen und zu jeder anderen Verfügung über Geschäftsanteile nicht entgegen. Ein solches statutarisches Zustimmungserfordernis erstreckt sich nicht auf die Abtretung eines Geschäftsanteils durch den einen Gesellschafter einer zweigliedrigen GmbH an den anderen (Urteil des RFH JW 1929, 2205; Scholz/Winter, Kommentar, 9. Aufl., § 15 GmbHG Anm. 101). In diesem Fall kann auch für die vertragliche Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils, wie sie vorliegend durch den Treuhandvertrag für W begründet wurde, nichts anderes gelten, zumal ein schuldrechtlicher Vertrag auf Abtretung von Geschäftsanteilen in seiner Wirksamkeit ohnehin nicht durch das (statutarische) Erfordernis einer Genehmigung der Abtretung berührt wird (Baumbach/Hueck/Fastrich, Kommentar, 17. Aufl., § 15 GmbHG Rn. 41; Scholz/Winter, § 15 GmbHG Anm. 79).

2. Das FG hat aber im Ergebnis unzutreffend die Aussetzung der Vollziehung des Bescheids über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer im Hinblick auf einen Antrag des Ast. nach § 16 GrEStG, dessen Ablehnung das FA mit dem Bescheid über die gesonderte Feststellung verbinden konnte (vgl. Hofmann, § 17 GrEStG Rn. 23), abgelehnt. Zwar steht § 16 Abs. 5 GrEStG einem Anspruch des Ast. nach § 16 Abs. 1 oder Abs. 2 GrEStG auf Nichtfeststellung der Besteuerungsgrundlagen grundsätzlich entgegen. Gleichwohl ist deshalb Aussetzung der Vollziehung zu gewähren, weil dem Ast. die vom Senat nunmehr entwickelten Grundsätze zum Umfang einer i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäßen Anzeige noch nicht bekannt sein konnten.

a) Nach § 16 Abs. 5 GrEStG gelten die Absätze 1 bis 4 dieser Vorschrift nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rück-

gängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt (§§ 18, 19 GrEStG) war. Das Erfordernis ordnungsgemäßer Anzeige umfasst zwar nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 5 GrEStG sämtliche in §§ 18 und 19 i. V. m. § 20 GrEStG normierten Anforderungen an eine Anzeige. Die Vorschrift bedarf jedoch insoweit einer einschränkenden Auslegung.

§ 16 Abs. 5 GrEStG dient der Sicherung der Anzeigepflichten aus §§ 18 und 19 GrEStG und wirkt dem Anreiz entgegen, durch Nichtanzeige einer Besteuerung der in dieser Vorschrift genannten Erwerbsvorgänge zu entgehen. Insbesondere soll die Vorschrift den Bet. die Möglichkeit nehmen, einen dieser Erwerbsvorgänge ohne weitere steuerliche Folgen wieder aufheben zu können, sobald den Finanzbehörden ein solches Geschäft bekannt wird (vgl. die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift des § 17 Abs. 4 GrEStG 1940, RStBl 1940, 412).

Unter Berücksichtigung dieses Normzwecks ist eine Anzeige schon dann i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefristen der §§ 18 Abs. 3 und 19 Abs. 3 GrEStG dem FA in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG prüfen kann. Dazu reicht es regelmäßig aus, wenn die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 GrEStG) und ggf. der Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglicht und der Anzeige die in § 18 Abs. 1 S. 2 bzw. § 19 Abs. 4 S. 2 GrEStG genannten Abschriften beigefügt werden. Ist dies geschehen, so kann sich der Steuerpflichtige aufgrund der Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzbehörden der Besteuerung nicht mehr entziehen und den Erwerbsvorgang auch nicht mehr, bevor er den Finanzbehörden bekannt wird, ohne steuerliche Folgen wieder aufheben. Soweit eine Anzeigepflicht sowohl nach § 18 als auch nach § 19 GrEStG besteht, ist den Zwecken des § 16 Abs. 5 GrEStG schon dann genügt, wenn nur einer der Anzeigeverpflichteten die Anzeige im vorbenannten Umfang erstattet.

Unter Berücksichtigung des Übermaßverbots verlangt es der Normzweck des § 16 Abs. 5 GrEStG hingegen nicht, dass die innerhalb der Anzeigefrist erstattete Anzeige in jeder Hinsicht den Anforderungen der §§ 18 und 19 i. V. m. § 20 GrEStG genügt. Insbesondere kann es – so etwa bei von dem Erwerbsvorgang i. S. des § 1 Abs. 2, Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG betroffenem umfangreichem Grundbesitz – gegen das Übermaßverbot verstoßen, die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG etwa bei innerhalb der Anzeigefrist lediglich unvollständiger Bezeichnung der Grundstücke nach Grundbuch, Kataster, Straße und Hausnummer (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) oder bei unvollständigen Angaben zur Größe des Grundstücks und bei bebauten Grundstücken zur Art der Bebauung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG) eintreten zu lassen. Ist dem FA innerhalb der Anzeigefrist der jeweilige Erwerbsvorgang in einer Weise bekannt geworden, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG prüfen kann, können in der Anzeige noch fehlende Angaben innerhalb einer vom FA zu setzenden angemessenen Frist nachgereicht werden. Dazu bedarf es eines innerhalb der Anzeigefrist

zu stellenden Fristverlängerungsantrags. Die Möglichkeit der Fristverlängerung ergibt sich für die Anzeigen der Bet. unmittelbar aus § 109 AO 1977, weil Anzeigen der Bet. gemäß § 19 Abs. 5 GrEStG Steuererklärungen im Sinne der AO 1977 sind. Für die nach § 18 GrEStG Anzeigeverpflichteten ergibt sich die Möglichkeit der Fristverlängerung in analoger Anwendung des § 109 AO 1977.

b) Die vom Ast. begehrte weiter gehende Herabsetzung der Anforderungen an eine i. S. des § 19 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäße Anzeige scheidet hingegen aus.

Die etwaige Unkenntnis eines Bet. über seine Anzeigepflicht nach § 19 GrEStG schließt die Anwendung des § 16 Abs. 5 GrEStG nicht aus. Für die Anwendung des § 16 Abs. 5 GrEStG ist unerheblich, aus welchen Gründen ein von dieser Vorschrift erfasster Erwerbsvorgang nicht ordnungsgemäß angezeigt wurde. Denn die gesetzlich vorgeschriebene Pflicht der Bet. zur Anzeige der der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgänge ist objektiver Natur und besteht unabhängig von subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten des zur Anzeige Verpflichteten. Daher ist die Anzeigepflicht der Bet. nicht davon abhängig, ob und inwieweit diese die Grunderwerbsteuerpflichtigkeit eines Rechtsvorgangs erkannt haben bzw. wussten, dass insoweit eine Anzeigepflicht bestand (BFHE 180, 474).

Ebenso kommt nach Ablauf der Anzeigefrist eine rückwirkende Fristverlängerung (§ 109 Abs. 1 S. 2 AO 1977) zur erstmaligen Erstattung der Anzeige nicht in Betracht. Bei der Ermessensentscheidung über eine rückwirkende Fristverlängerung ist maßgeblich der Zweck der Frist zu berücksichtigen (Tipke/Kruse, § 109 AO 1977 Tz. 4). Der Zweck des § 16 Abs. 5 GrEStG, die Beteiligten durch die hier angeordneten nachteiligen Folgen einer Verletzung der Anzeigepflicht zur ordnungsgemäßen – insbesondere auch fristgerechten – Anzeigeerstattung anzuhalten, steht einer Verpflichtung der Finanzbehörde zur rückwirkenden Fristverlängerung für die erstmalige Erstattung der Anzeige entgegen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anzeigeverpflichtete – wie vorliegend der Ast. – seinen Antrag auf rückwirkende Fristverlängerung lediglich mit der Unkenntnis seiner Anzeigepflicht begründet.

Schließlich scheidet bei Versäumung der Anzeigefrist regelmäßig eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 110 AO 1977) aus. Es kann offen bleiben, ob bei Versäumung der Frist zur Anzeige nach § 19 Abs. 3 GrEStG wegen ihrer Ausgestaltung als Steuererklärungsfrist überhaupt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 110 AO 1977 in Betracht kommt (dazu z. B. Hübschmann/Hepp/Spitaler/Söhn, § 110 AO 1977 Rn. 7, m. w. N.). Jedenfalls scheidet im Streitfall eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an einem Verschulden des Ast., da sich dieser keine Kenntnis über seine Anzeigepflicht nach § 19 GrEStG verschafft hat.

3. In Anwendung der vorstehenden Rechtsgrundsätze ist dem Ast. Aussetzung der Vollziehung zu gewähren. Zwar wurden im Streitfall die Anzeigefristen nicht gewahrt, weil sowohl der gemäß § 18 Abs. 2 S. 2 GrEStG für den von ihm beurkundeten Treuhandvertrag anzeigepflichtige Notar als auch der Ast., der als Erwerber der Anteile

und Steuerschuldner (§ 13 Nr. 5 Buchst. b i. V. m. § 19 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG) ebenfalls zur Anzeige des Treuhandvertrags verpflichtet war, ihre Anzeige jeweils erst nach Ablauf der Anzeigefrist (§§ 18 Abs. 3, 19 Abs. 3 GrEStG) erstattet haben. Die Anwendung des § 16 Abs. 5 GrEStG scheidet jedoch bei summarischer Prüfung aus, weil die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anzeige i. S. des § 16 Abs. 5 GrEStG bislang nicht geklärt waren und Ast. sowie beurkundendem Notar nicht die vom Senat nunmehr bejahte Möglichkeit bekannt sein konnten, innerhalb der Anzeigefrist deren Verlängerung zu beantragen.

8. Öffentliches Recht – Amtsbezeichnung als Anwaltsnotar auf Geschäftspapier

(BVerfG, Beschluss vom 8. 3. 2005 – 1 BvR 2561/03)

BNotO § 29 Abs. 3 S. 1

GG Art. 12

§ 29 Abs. 3 S. 1 BNotO ist mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar, soweit Anwaltsnotaren in überörtlichen Sozietäten untersagt wird, die Amtsbezeichnung als Notar auf Geschäftspapieren anzugeben, die nicht von der Geschäftsstelle des Notars aus versandt werden.

Zum Sachverhalt:

A. Die Verfassungsbeschwerde betrifft das an Anwaltsnotare in überörtlichen Sozietäten gerichtete Verbot, die Amtsbezeichnung als Notar auf Geschäftspapieren anzugeben, die nicht von der Geschäftsstelle des Notars aus versandt werden.

I. Nach § 3 BNotO werden Notare entweder zur hauptberuflichen Amtsausübung (Nur-Notare, Abs. 1) oder zu gleichzeitiger Amtsausübung neben dem Beruf des Rechtsanwalts bestellt (Anwaltsnotare, Abs. 2). Jedem Notar ist ein bestimmter Ort – in Großstädten kann das auch ein bestimmter Stadtteil oder Amtsgerichtsbezirk sein – als Amtssitz zugewiesen; an seinem Amtssitz hat der Notar seine Geschäftsstelle zu halten (§ 10 Abs. 2 S. 1 BNotO). Während sich hauptberufliche Notare, vorbehaltlich landesrechtlicher Bestimmungen, nur mit anderen Nur-Notaren am selben Amtssitz zusammenschließen dürfen (§ 9 Abs. 1 BNotO), ist es Anwaltsnotaren nach § 9 Abs. 2 BNotO erlaubt, auch überörtliche Verbindungen zur gemeinsamen Berufsausübung insbesondere mit Rechtsanwältinnen und anderen Anwaltsnotaren einzugehen oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume zu haben.

Durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 31. 8. 1998 (BGBl. I S. 2585; im Folgenden: Berufsrechtsnovelle 1998), wurden in die BNotO unter anderem Vorschriften eingefügt, die das Werberecht der Notare regeln. Die maßgebende Vorschrift der BNotO lautet:

§ 29

(1) Der Notar hat jedes gewerbliche Verhalten, insbesondere eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung zu unterlassen.

(2) ...

(3) Ein Anwaltsnotar, der sich nach § 9 Abs. 3 mit nicht an seinem Amtssitz tätigen Personen verbunden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume hat, darf seine Amtsbezeichnung als Notar auf Drucksachen und anderen Geschäftspapieren nur angeben, wenn sie von seiner Geschäftsstelle aus versandt werden und auch nur auf demjenigen Amts- oder Namensschild

führen, das an seinem Amtssitz auf seine Geschäftsstelle hinweist ...

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Drucks 13/4184, S. 28) sollen durch § 29 Abs. 3 BNotO zwei Ziele erreicht werden. Zum einen solle das Verbot, die Amtsbezeichnung als Notar auf Geschäftspapieren anzugeben, die nicht von der Geschäftsstelle des Anwaltsnotars aus verschickt würden, eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung i. S. v. § 29 Abs. 1 BNotO verhindern. Es sei nämlich kein Anlass zu erkennen, der es rechtfertigen könne, dass auf dem Geschäftspapier der überörtlichen Anwaltssozietäten auf ein notarielles Dienstleistungsangebot an einem anderen Ort aufmerksam gemacht werde. Zum anderen habe sich bei bereits bestehenden überörtlichen Sozietäten gezeigt, dass diese beruflichen Verbindungen in vielfältiger Weise auch dazu genutzt werden könnten, dem beteiligten Anwaltsnotar notarielle Mandate, insbesondere auch solche, die außerhalb seines Amtssitzes anfielen, zukommen zu lassen. Eine solche zielgerichtete Verlagerung notarieller Amtsgeschäfte könne im Interesse einer geordneten Rechtspflege nicht hingenommen werden. Das im Rahmen der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO besonders zu beachtende Kriterium einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen könne nur dann zuverlässig und zutreffend berücksichtigt werden, wenn das zu seiner Beurteilung herangezogene Urkundsaufkommen auf einer gleichmäßig und unbeeinflusst angewandten Grundlage beruhe.

II. Der Bf. ist Rechtsanwalt und Notar. Er ist Mitglied einer als Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführten überörtlichen Sozietät, die zwei Kanzleistandorte unterhält. An dem Kanzleistandort in Berlin sind neben Rechtsanwälten auch Anwaltsnotare, darunter der Bf., tätig. Der andere Kanzleistandort befindet sich in Brandenburg. Dort sind ausschließlich Rechtsanwälte beschäftigt, weil in diesem Bundesland nur hauptberufliche Notare bestellt werden.

Die Sozietät verwendet an beiden Standorten einheitliche Briefbögen, auf denen unter dem Namen der Gesellschaft der Zusatz „Rechtsanwälte und Notare“ angeführt wird. Am Rand der Briefbögen sind die Namen der Rechtsanwälte getrennt nach den Standorten Berlin und Brandenburg aufgelistet. Den Namen der vier Berliner Anwaltsnotare ist die Angabe „Notar“ oder „Notarin“ nachgestellt.

Mit Bescheid sprach die Notarkammer gegen den Bf. eine Ermahnung gem. § 75 Abs. 1 BNotO aus. Indem er geduldet habe, dass auswärtige Mitglieder seiner Sozietät Briefbögen verwendeten, auf denen er auch als Notar bezeichnet werde, habe er gegen § 29 Abs. 3 BNotO verstoßen. Der gegen die Ermahnung gerichtete Einspruch des Bf. wurde von der Notarkammer zurückgewiesen. Vor dem KG bleibt der Antrag des Bf. auf gerichtliche Entscheidung ebenfalls ohne Erfolg.

III. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. (...)

Aus den Gründen:

B. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I. Die angegriffenen Entscheidungen der Notarkammer und des KG sowie die ihnen zugrunde liegende Regelung in § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO mit dem an Anwaltsnotare in überörtlicher Sozietät gerichteten Verbot, auf Geschäftspapieren die Amtsbezeichnung als Notar anzugeben, wenn die Versendung nicht von ihrer Geschäftsstelle aus erfolgt, greifen in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise in die Freiheit der Berufsausübung des Bf. ein. Sie verletzen ihn in seinem

Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Einer zusätzlichen Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG bedarf es nicht.

1. Auch für den Bf., der als Notar einen „staatlich gebundenen“ Beruf ausübt, gilt grundsätzlich Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 7, 377, 398; 17, 371, 377 ff.; 73, 280, 292). Zu den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten berufsbezogenen Handlungen gehört die berufliche Außendarstellung einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste (vgl. BVerfGE 85, 248, 256; 94, 372, 389). Das Verbot des § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO, unter bestimmten Voraussetzungen auf die Amtsbezeichnung als Notar hinzuweisen, bedeutet ebenso wie die Ermahnung nach § 75 BNotO, dieses Verbot zu beachten, eine Beschränkung der beruflichen Außendarstellung der Anwaltsnotare und greift somit in die Freiheit der Berufsausübung ein.

2. Eine gesetzliche Beschränkung der freien Berufstätigkeit, der mit der ausgesprochenen Ermahnung als Reaktion auf ein ordnungswidriges Verhalten leichterer Art (vgl. § 75 Abs. 1 BNotO) Nachdruck verliehen wird, hält nach der Rechtsprechung des BVerfG einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nur stand, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist. Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 106, 181, 191 f.; st. Rspr.).

3. § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, weil der in dem Verbot liegende Eingriff in die Berufsfreiheit nicht hinreichend durch die Verfolgung von Gemeinwohlzielen gerechtfertigt werden kann.

a) Eine Rechtfertigung durch den in den Gesetzesmaterialien benannten Regelungszweck, berufswidrige Werbung zu verhindern (BT-Drucks 13/4184, S. 28), scheidet aus.

aa) Bei den durch § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO untersagten Hinweisen in Geschäftspapieren handelt es sich nicht ohne weiteres um eine dem öffentlichen Amt des Notars widersprechende Werbung. Soweit § 29 Abs. 1 BNotO eine berufswidrige Werbung verbietet, ist dies als flankierende Maßnahme zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Berufsausübung der Notare gerechtfertigt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 1997, 2510, 2511). Zweifel an der damit angesprochenen Unparteilichkeit oder Gewissenhaftigkeit des Anwaltsnotars können jedoch nicht schon dadurch begründet werden, dass er als Notar in Geschäftspapieren einer überörtlichen Sozietät benannt wird, wenn die Versendung nicht vom Ort der Geschäftsstelle des Notars aus erfolgt. Insbesondere kann nicht unterstellt werden, diese Art der Information signalisiere die Bereitschaft des Notars, unter Verletzung seiner Amtspflichtigen Urkundstätigkeit außerhalb seines Amtsbereiches (§ 10a BNotO) oder außerhalb seines Amtsbezirks (§ 11 BNotO) auszuüben.

bb) Die ordnungsmäßige Berufsausübung des Notars wird allerdings durch eine irreführende Werbung in Frage gestellt. Diese zu verhindern, stellt mithin ein legitimes Ziel des Gesetzgebers dar. Irreführend wären die durch § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO für Geschäftspapiere verbotenen Angaben aber nur dann, wenn sie bei den Rechtsuchenden die Fehlvorstellung hervorrufen können, notarielle Leistungen der angeführten Anwaltsnotare seien an jedem Kanzleistandort der Sozietät verfügbar. Selbst wenn dies ebenso unterstellt wird wie die Eignung des Verbots, eine Irreführung zu verhindern, ist die Einschränkung der Berufsfreiheit nicht gerechtfertigt. Denn zur Vermeidung einer Irreführung ist es nicht erforderlich, in Geschäftspapieren jeden Hinweis auf Notare mit auswärtiger Geschäftsstelle zu untersagen. Es genügt vielmehr, wenn die Anwaltsnotare in den Geschäftspapieren der überörtlichen Sozietät mit ihrem jeweiligen Amtssitz aufgeführt sind. Auf diese Weise erhalten die Rechtsuchenden zum einen die erforderliche Information über die Orte, an denen sich die notariellen Geschäftsstellen befinden, während zum anderen die Anwaltsnotare auf die Angabe ihrer Amtsbezeichnung nicht verzichten müssen und damit in ihrer beruflichen Außendarstellung nicht eingeschränkt werden.

b) Auch das weitere Ziel des Gesetzgebers, einer zielgerichteten Verlagerung notarieller Amtsgeschäfte entgegenzuwirken, kann den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nicht rechtfertigen.

aa) Mit Blick auf die durch § 4 S. 2 BNotO geforderte angemessene Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen verfolgt der Gesetzgeber bei dieser Steuerung der Auftragserteilung an Notare ein legitimes Ziel (vgl. BVerfGE 17, 371, 379 f.). Werden notarielle Leistungen verstärkt bei auswärtigen Anwaltsnotaren nachgefragt, so kann dies dazu führen, dass die zuständige Landesjustizverwaltung zur Erhaltung leistungsfähiger Notariate mit einer Verminderung der örtlichen Notarstellen reagieren muss und sich hiermit das Angebot notarieller Leistungen vor Ort verschlechtert. Das ebenfalls in Betracht kommende Interesse, Wettbewerb zwischen den in überörtlichen Sozietäten tätigen Anwaltsnotaren und den übrigen Notaren zu verhindern, erlangt daneben keine eigenständig rechtfertigende Bedeutung. Es kann als Gemeinwohlbelang nur insoweit Berücksichtigung finden, als es den Erhalt eines leistungsfähigen Notariats zu sichern gilt (vgl. BVerfGE 94, 372, 395; 97, 12, 31), der hier durch die bereits erörterte regionale Ausdünnung der Notarstellen gefährdet sein kann.

bb) Das Verbot aus § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO ist allerdings in nur sehr geringem Umfang geeignet, das Ziel einer ausgewogenen Versorgung der Bevölkerung mit Notarstellen zu erreichen.

(1) Die Rechtsuchenden werden ohnehin durch andere gesetzliche Regelungen in mehrfacher Hinsicht und auf effektive Weise von einer Inanspruchnahme auswärtiger Anwaltsnotare in überörtlichen Sozietäten abgehalten.

So ist nach den §§ 10 a, 11 BNotO eine Urkundstätigkeit des Notars außerhalb seines Amtsbereiches und Amtsbezirks nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erlaubt.

Nach einhelliger Auffassung begründet ein Vertrauensverhältnis zwischen einem Rechtsuchenden und einem bestimmten Notar noch nicht das besondere berechtigte Interesse, das § 10 a Abs. 2 BNotO für ein Tätigwerden des Notars außerhalb seines Amtsbereichs verlangt (vgl. Schippel, 7. Aufl. 2000, § 10 a BNotO Rn. 5 m. w. N.). Für eine Urkundstätigkeit außerhalb des Amtsbezirks setzt § 11 Abs. 2 BNotO sogar Gefahr im Verzug oder die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde voraus. Da die schuldhaft Verletzung der Amtspflichten aus den §§ 10 a, 11 BNotO als Dienstvergehen disziplinarisch geahndet wird (§ 95 BNotO), ist sichergestellt, dass ein Anwaltsnotar nicht häufig oder gar regelmäßig an einem anderen Kanzleistandort der Sozietät Beurkundungen vornimmt. Mandanten des anderen Kanzleistandorts der Sozietät müssen daher in aller Regel die Anreise zur auswärtigen Geschäftsstelle des Anwaltsnotars in Kauf nehmen, wenn sie ihn mit Urkundsgeschäften beauftragen wollen.

Selbst wenn sich Mandanten bereit finden, den damit verbundenen zusätzlichen Aufwand an Zeit und Kosten zu tragen, verhindern weitere disziplinarrechtlich relevante Vorschriften ein systematisches Zuführen von Urkundsgeschäften von einem Rechtsanwalt an einen in der Sozietät tätigen Anwaltsnotar. Zunächst wird durch § 14 Abs. 4 S. 1 BNotO, der im Rahmen der Berufsrechtsnovelle 1998 gerade wegen der spezifischen Gefahren durch interprofessionelle und überörtliche Berufsverbindungen neu gefasst wurde (vgl. BT-Drucks 13/4184, S. 24), einem Notar verboten, „sich an jeder Art der Vermittlung von Urkundsgeschäften zu beteiligen“. Hinzu tritt die Regelung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 in Verbindung mit Nr. 4 BeurkG. Danach soll ein Notar nicht an einer Beurkundung in Angelegenheiten eines Mandanten mitwirken, für den eine Person, mit der er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, in derselben Angelegenheit bereits tätig war. Diese Bestimmung wurde durch die Berufsrechtsnovelle 1998 ebenfalls zu dem Zweck eingefügt, Mandatsverlagerungen innerhalb der Sozietät auszuschließen (vgl. BT-Drucks 13/4184, S. 36).

(2) Auch das vom Gesetzgeber zur Steuerung notarieller Auftragserteilung gewählte Mittel ist nur in geringem Maße zur Zielerreichung geeignet. Es beschränkt sich darauf, durch das Verbot entsprechender Angaben in Geschäftspapieren zu verhindern, dass Rechtsuchende auf diesem Wege Kenntnis von dem Notaramt erlangen.

Zweifelhaft ist bereits, ob § 29 Abs. 3 BNotO auch das Zusenden einer Kanzleibroschüre der überörtlichen Sozietät mit Angaben über das Notaramt erfasst (verneinend etwa Arndt/Lerch/Sandkühler, 5. Aufl. 2003, § 29 BNotO Rn. 42). In jedem Fall wird ein Anwaltsnotar nicht gehindert, auf andere Weise als durch Geschäftspapiere, insbesondere durch das Internet, sein Notaramt außerhalb seines Amtsbereiches bekannt zu machen.

Zudem kann § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO nur gewährleisten, dass von einem auswärtigen Kanzleistandort keine Geschäftspapiere mit der Amtsbezeichnung als Notar versandt werden. Hingegen lässt sich durch diese Vorschrift nicht verhindern, dass der Anwaltsnotar von seiner Geschäftsstelle aus Briefe und Drucksachen mit Angabe seiner Amtsbezeichnung als Notar auch an Empfänger außerhalb seines Amtssitzes verschickt. Das Verbot kann

somit selbst für Geschäftspapiere nicht ausschließen, dass Rechtsuchende, die nicht am Amtssitz des Notars ansässig sind, von dessen Amt Kenntnis erlangen.

cc) Zwar ist ein weniger einschränkendes Mittel als das für die Angaben in Geschäftspapieren geltende Verbot des § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO nicht zu ersehen, angesichts des geringen Ertrags dieses Verbotes fehlt es jedoch an der Angemessenheit des mit ihm verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht des ihn rechtfertigenden Grundes ist die Grenze der Zumutbarkeit nicht mehr gewahrt (vgl. BVerfGE 102, 197, 220 m. w. N.).

(1) Die Regelung, die zur Verwendung unterschiedlicher Geschäftspapiere innerhalb einer überörtlichen Sozietät zwingt, verursacht nicht nur einen erhöhten Aufwand und zusätzliche Kosten. Sie führt vor allem deshalb zu einer erheblichen Belastung, weil sie dem Anwaltsnotar die Angabe einer Amtsbezeichnung untersagt, die er bei seiner Berufsausübung grundsätzlich führen darf (§ 2 S. 2 BNotO). Das damit unter bestimmten Voraussetzungen geforderte Verschweigen der eigenen beruflichen Qualifikation stellt einen empfindlichen Eingriff in die Berufsfreiheit dar; denn es hat zur Folge, dass die notariellen Leistungen nur eingeschränkt angeboten und von den Rechtsuchenden nur eingeschränkt nachgefragt werden können (vgl. BVerfGE 106, 181, 192 für Berufsbezeichnungen von Ärzten). Es ist zudem nicht auszuschließen, dass die fehlenden Angaben zu seinem Notaramt Zweifel an der Seriosität des Rechtsanwalts wecken und damit auch die Ausübung dieses Berufes beeinträchtigen können. So kann etwa ein Mandant, der von dem Notaramt wusste, wegen eines Briefbogens, in dem die Amtsbezeichnung nicht angegeben ist, den Eindruck gewinnen, der betreffende Rechtsanwalt habe sein Amt möglicherweise aufgrund von Verfehlungen verloren.

(2) Dem durchaus gewichtigen Eingriff in die Berufsfreiheit steht als Gemeinwohlbelang das Ziel gegenüber, eine angemessene Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen sicherzustellen. Zur Erreichung dieses Ziels kann das Verbot für Geschäftspapiere in § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO wegen seiner erheblich eingeschränkten Eignung allerdings nur einen sehr geringen Beitrag leisten. Unter diesen Umständen wiegen die Interessen der in ihrer Berufsausübungsfreiheit betroffenen Grundrechtsträger ersichtlich schwerer als das Interesse an der Verfolgung des Gemeinwohlbelangs durch ein Mittel von ohnehin sehr geringer Wirksamkeit. Die Regelung, die § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO für Drucksachen und andere Geschäftspapiere trifft, ist demnach unzumutbar und verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

dd) Dieses Ergebnis lässt sich nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 29 Abs. 3 S. 1 BNotO vermeiden. Insbesondere ist es nicht möglich, die Vorschrift dahin zu interpretieren, dass das Notaramt stets in Geschäftspapieren genannt werden darf, wenn der Amtsbezeichnung der Amtssitz des Anwaltsnotars hinzugefügt wird. Jede verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze dort, wo sie mit dem Wortlaut der Norm und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch geraten würde (vgl. BVerfGE 18, 97, 111; 101, 54, 86). Der Gesetzeswortlaut ist hier ebenso eindeutig wie der ihm zugrunde liegende gesetzgeberische

Wille. Nach beidem soll für Anwaltsnotare mit auswärtigem Amtssitz schlechthin jeder Hinweis auf deren Notaramt unterbleiben.

4. Die auf der verfassungswidrigen und gemäß § 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG nichtigen Norm beruhenden Ent-

scheidungen der Notarkammer und des KG verstoßen ebenfalls gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Sie können auch nicht auf anderer gesetzlicher Grundlage aufrechterhalten werden. Der Beschluss des KG ist deshalb aufzuheben und die Sache an das KG zurückzuverweisen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG).

Buchbesprechung

Köhler/Bassenge (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht, 2004, 1623 Seiten, 139,- € (Verlag Dr. Otto Schmidt)

Anwalts-Handbücher sind für Notare auf den ersten Blick nicht unbedingt von Interesse. Beim genaueren Hinsehen sollten Notare jedoch vereinzelt Ausnahmen machen, um die Schwerpunkte der Materie auch aus anwaltlicher Sicht zu kennen. Gerade in der speziellen Materie des Wohnungseigentumsrechts können die Kenntnisse über häufige Ursachen gerichtlicher WEG-Verfahren bei der Abfassung von Teilungserklärungen von großem Nutzen sein, kann doch so Streitigkeiten von vornherein der Boden entzogen werden – eben dies ist ja die ureigenste Aufgabe des Notars in der vorsorgenden Rechtspflege. Vor diesem Hintergrund ist das hier zu besprechende Anwalts-Handbuch von Köhler und Bassenge auch für Notare interessant. Zuzugeben ist dabei sicherlich, dass etliche der 20 Teile des Werkes die notarielle Praxis nicht berühren, so etwa Teil 1 zur Mandatsübernahme in WEG-Sachen oder Teil 2 zu Rechtsanwaltsgebühren im WEG-Verfahren. Andere Teile betreffen jedoch die notarielle Praxis unmittelbar, so beispielsweise Teil 4 zu Änderungen im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, Teil 12 zu Sondernutzungsrechten und Teil 20 zur Veräußerung von Wohnungseigentum.

Das letztgenannte Kapitel befasst sich entgegen der inhaltlich weit gesteckten Überschrift nicht umfassend mit der Veräußerung von Wohnungseigentum, sondern nur mit dem Teilbereich der in § 12 WEG geregelten Veräußerungsbeschränkungen. Anschaulich wird dargelegt, dass die Aufnahme einer Veräußerungsbeschränkung in die Teilungserklärung regelmäßig nicht sinnvoll ist: in der Praxis entbrennt über solche Regelungen nur allzuoft Streit und der Veräußerungsvorgang wird verzögert und verteuert. Häufig angebracht ist statt dessen sicherlich der Gestaltungsvorschlag in Teil 20 unter Randnummer 84, wonach in die Teilungserklärung allein eine Verpflichtung zur Information des Verwalters bezüglich des Zeitpunktes des Besitzübergangs sowie des Namens des Käufers aufgenommen werden sollte. Damit kann dem – sicherlich berechtigten – Interesse des Verwalters, von einem bevorstehenden Eigentumswechsel informiert zu werden, ausreichend Rechnung getragen werden. Sofern

die entsprechende Verpflichtung zur Mitteilung an den Verwalter in der Teilungserklärung gemäß dem Formulierungsvorschlag zusätzlich die Zuwiderhandlung mit Schadenersatz sanktioniert, ist sie sicherlich im Regelfall der Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG vorzuziehen.

Fragen zu Sondernutzungsrechten beschäftigen sowohl Notare als auch WEG-Gerichte in nicht unerheblichem Maße. Das Kapitel 12 des Werkes widmet sich umfassend den hierbei auftretenden Problembereichen. Besonders häufig entbrennen Streitigkeiten zu Sondernutzungsrechten an der Frage der Kostenverteilung. Bei der Begründung sollte stets beachtet werden, welche Kosten entstehen können und wer diese zu tragen hat. So wird teilweise bei der Begründung von Sondernutzungsrechten an Tiefgaragenstellplätzen vergessen, diejenigen Eigentümer, die über keinen Stellplatz verfügen, von der Kostentragungspflicht auszunehmen. Das Gleiche gilt bei so genannten Mehrfachparkanlagen, deren regelmäßige Wartung enorme Kosten verschlingen kann; hier kann der Schaden für Miteigentümer ohne Parkplatz enorm sein (vgl. zu einem solchen Fall OLG Düsseldorf, MittBayNot 2000, 110), denn abstrakte Regelungen, nach denen der jeweilige Eigentümer verpflichtet ist, die seinem Sondernutzungsrecht unterliegenden Bereiche auf eigene Kosten instand zu setzen und zu halten treffen keine klare Zuordnung der Kosten der sonstigen Bestandteile der Garage, wie etwa Zufahrtsbelag oder sonstige konstruktive Bestandteile der Garagenanlage (vgl. dazu BayObLG, NZM 1998, 339). Hierzu geben die Ausführungen in Kapitel 12 Randnummern 115 ff. wertvolle Denkanstöße und auch Formulierungshilfen, so etwa für Sondernutzungsrechte an Terrassenflächen.

Das Werk ist durch Randziffern, Fußnoten und ein ausführliches Stichwortverzeichnis übersichtlich und benutzerfreundlich gestaltet. Die Ausstattung ist hochwertig. Trotz seiner Ausrichtung auf die Anwaltschaft kann dieses Werk dem Notar, gerade wegen der Sensibilisierung für streitauslösende Feinheiten bei der Gestaltung einer Teilungserklärung, als Ergänzung zu den Standardkommentaren zum WEG sicherlich anempfohlen werden.

Richterin am Amtsgericht Vera Terbrack, Aachen

Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ)

ISSN 1431-1844

Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Herausgeberbeirat: Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal; RA und Notar Wolfgang Heinser, Mülheim
a. d. Ruhr; Notar Dr. Thomas Knoche, LL. M., Ratingen; Notar Dr. Klaus Piehler, LL. M., Köln;
Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg; Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Viola Kruse

Notarassessor Dr. Ulrich Bous, Burgmauer 53, 50667 Köln

(Telefon: 02 21/2 57 52 92 – Telefax: 02 21/2 57 52 93)

E-Mail: rnotz@rhnotk.de – Homepage: <http://www.notare.nrw.de>

Gesamtherstellung: Medienhaus Froitzheim AG, Heilsbachstraße 20, 53123 Bonn

Anzeigenvermittlung: Carl Heymanns Verlag KG, Anzeigenabteilung, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln
Telefon: 02 21/9 43 73-309/305, Telefax: 02 21/9 43 73-310,
E-Mail: anzeigen@heymanns.com

Die in der RNotZ veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der
Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Die RNotZ erscheint jährlich in 12 Heften (10 Ausgaben) und kann nur über die Geschäftsstelle
der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden.

Der Bezugspreis (einschließlich Versand) beträgt jährlich 60,- € zuzüglich 7 % USt. und wird in einem Betrag
am 1. Juli des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis der Einzelausgabe: 7,- € zuzüglich Versand und 7 % USt.

Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 1. Oktober.

Zitiervorschlag:

bis 31. 12. 2000 MittRhNotK

ab 1. 1. 2001 RNotZ