



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
Referat III A 5
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

III A 5@bmj.bund.de

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: c.rupp@dnotv.de
www.dnotv.de

Berlin, 4. April 2022

Ihr Aktenzeichen: III A 5 / 350001#00002#0004

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie Stellungnahme des Deutschen Notarvereins

Sehr geehrte Frau Ministerialrätin Höhfeld,
sehr geehrte Damen und Herren,

Der Deutsche Notarverein dankt für Ihr Schreiben vom 22. März 2022 und die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (im Folgenden: DiREG), die wir gerne wahrnehmen.

A. Vorangestellter Gesamtbefund

Mit dem DiREG führt der Gesetzgeber mit hoher Schlagzahl – noch bevor das eigentliche Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) zum 1. August 2022 in Kraft getreten ist und nur wenige Wochen nach Veröffentlichung eines Referentenentwurfs zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften – die digitale Transformation der Justiz konsequent fort. Der Deutsche Notarverein wird diesen Weg konstruktiv begleiten. Die Ausweitung der Online-Beglaubigungs- und Beurkundungsverfahren in dem vom DiREG erfassten erweiterten Anwendungsbereich gesellschaftsrechtlicher Vorgänge können nach unserem Dafürhalten relevante Beschleunigungseffekte im Geschäftsverkehr bewirken.

Leitlinie sollte zugleich jedoch stets sein, dass Effizienzgewinne durch Digitalisierung der Prozesse nicht zulasten der Integrität des Rechtsverkehrs gehen. So gilt es nun zum einen, ab dem 1. August 2022 Erfah-

rungen mit den neuen Möglichkeiten der Online-Beurkundungs- und Beglaubigungsverfahren mittels Videokommunikation durch Notarinnen und Notare zu sammeln und diese auszuwerten. Zum anderen möchten wir den besonderen Wert der persönlichen und körperlichen Anwesenheit der Beteiligten vor Ort bei der Notarin oder dem Notar betonen. Insbesondere bei komplexen Gestaltungen und Verhandlungen zwischen zum Teil unerfahrenen, ungewandten Privatpersonen und geschäftserfahrenen Vertragsbeteiligten erscheint uns das Online-Verfahren mittels Videokommunikation weiterhin strukturell nicht gleichermaßen geeignet als das bewährte Präsenzverfahren. Im Zweifel dürfte hier ein Online-Verfahren zum Nachteil des unerfahrenen Beteiligten gehen, da die Schwelle, sich zu äußern, deutlich höher ist und Notarinnen und Notare nicht in gleichem Maße nonverbale Signale, Mimik und Gestik der Beteiligten erfassen können. Nicht zuletzt stellt die Verpflichtung, persönlich vor einem öffentlichen Amtsträger erscheinen zu müssen, auch vor dem Hintergrund der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung eine höhere Hürde gegen den Missbrauch gesellschaftsrechtlicher Formen für kriminelle Zwecke dar.

Vor diesem Hintergrund ist es richtig, dass die mit dem Gesetzentwurf vorgesehene Ausweitung der Online-Beurkundung größtenteils erst zum 1. August 2023 in Kraft treten soll und inhaltlich mit Augenmaß erfolgt. Keinesfalls sollte der Anwendungsbereich weiter gefasst werden, solange man nicht über einige Zeit fundierte Erfahrungen mit den Online-Verfahren gesammelt hat. Gleichfalls richtig ist, dass die Begründung des Gesetzentwurfs für einen von der Mehrheit gegen eine Minderheit der Gesellschafter gefassten satzungsändernden Beschluss ausdrücklich klarstellt, dass *„das bewährte Präsenzverfahren die einzig zulässige Variante des Beurkundungsverfahrens“*, *„etwa mit Blick auf die Gewährleistung eines angemessenen Minderheitenschutzes“* durch die Notarinnen und Notare, bleibt.¹ Wie bereits für das DiRUG ist schließlich auch für das DiREG unverzichtbarer Baustein, dass die hohen Standards des notariellen Verfahrens beibehalten werden. Dies gewährleistet unter anderem das verpflichtend von der Bundesnotarkammer als unter der Aufsicht des Bundesministeriums der Justiz stehende Körperschaft des öffentlichen Rechts zu betreibende Videokommunikationssystem sowie die hohen Anforderungen an Datensicherheit und eine rechtssichere notarielle Identifizierung der Beteiligten.

Unter diesem vorausgeschickten Gesamtbefund stehen die folgenden Anmerkungen zu einzelnen Punkten:

B. Der Entwurf im Einzelnen

I. Zu Art. 2: Anpassung des Amtsbereichsprinzips an die Ausweitung der digitalen Verfahren (§ 10a Abs. 3 BNotO-E)

1. Bedeutung des Amtsbereichsprinzips für das notarielle Online-Verfahren

Allgemein ist § 10a Abs. 3 BNotO k. F. für die Erhaltung der flächendeckenden Versorgung der rechtsuchenden Bevölkerung mit notariellen Leistungen unerlässlich (so auch BT-Drs. 19/28177, S. 106).² Der legitime gesetzgeberische Zweck des tradierten Amtsbereichsprinzips, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Bedürfnis, eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen im Sinne des § 4 BNotO sicherzustellen, und dem Interesse der Urkundsbeteiligten an einer möglichst freien Wahl einer Notarin oder eines Notars herzustellen, würde ohne spezielle örtliche Zuständigkeitsvorgaben für notarielle Urkundstätigkeiten bei einem digitalisierten Beurkundungsverfahren nicht mehr erreicht werden können.

¹ Begründung des Referentenentwurfs, zu Art. 6 Nr. 2 (S. 19 f.).

² Vgl. dazu bereits die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum DiRUG vom 15.1.2021, S. 5 ff., abrufbar unter: <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/gesetz-zur-umsetzung-der-digitalisierungsrichtlinie-dirug/>.

Ländlich geprägte Einzelämter könnten gegenüber großstädtischen Sozietäten nicht durchgehend bestehen. Das in § 4 BNotO vorgegebene Erfordernis einer geordneten Rechtspflege in Gestalt einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen wäre gefährdet.

2. Anpassung der räumlichen Anknüpfungskriterien in § 10a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BNotO-E

Soweit das DiRUG in § 10a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BNotO noch auf den (Wohn-)Sitz eines Gesellschafters als örtlichen Anknüpfungspunkt für Urkundstätigkeiten mittels Videokommunikation abgestellt hat, soll nach Vorgabe des vorliegenden Referentenentwurfs zum DiREG stattdessen künftig an den (Wohn-)Sitz des *organschaftlichen Vertreters* angeknüpft werden. Diese Neufassung des § 10a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BNotO-E wird ausdrücklich begrüßt. Sie stellt eine folgerichtige und zielführende Anpassung des örtlichen Amtsbereichsprinzips an die vorgesehene gegenständliche Ausweitung des Online-Beurkundungs- und Beglaubigungsverfahrens dar. Gerade bei großen, mitgliederstarken Genossenschaften, Vereinen und Aktiengesellschaften drohte unter Beibehaltung des (Wohn-)Sitzes eines Gesellschafters als örtliches Anknüpfungskriterium faktisch eine weitreichende Verwässerung des Amtsbereichsprinzips. Zudem hatte der Deutsche Notarverein bereits auf die Schwierigkeiten einer eindeutigen Bestimmbarkeit des Wohnsitzes etwa aller Gesellschafter einer Aktiengesellschaft hingewiesen.³ Der Wohnsitz oder Sitz des organschaftlichen Vertreters ergibt sich hingegen aus dem Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts- oder Vereinsregister, sodass die Notarinnen und Notare relativ schnell und zugleich berufsrechtlich eindeutig beurteilen können, ob ihr Amtsbereich für die Beurkundung eröffnet ist.

Die örtliche Zuständigkeitsanknüpfung an den Wohnort des organschaftlichen Vertreters gemäß § 10a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BNotO-E stellt auch eine praxistaugliche Regelung dar, da es doch in erster Linie diese Personen und nicht die Gesellschafter sind, die sich an eine Notarin oder einen Notar in unmittelbarer Nähe zu ihrem Wohnsitz, wenn schon nicht nach § 10a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BNotO am Sitz der Gesellschaft selbst, wenden.

II. Zu Art. 3: Änderung des Beurkundungsgesetzes

1. Regelungstechnik der §§ 16a, 40a BeurkG-E

Künftig soll die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Online-Verfahren durch eine unbestimmte Formulierung („*durch Gesetz*“) anstelle einer bestimmten Bezugnahme der §§ 16a Abs. 1, 40a Abs. 1 BeurkG auf die jeweiligen Fachgesetze ersetzt werden. Diese Verweisungstechnik ist mit Blick auf die vorgesehene Ausweitung der Anwendungsfälle des Online-Verfahrens und den entsprechenden Signaturbeglaubigungsvorschriften verständlich, wenngleich die bisherige Regelungssystematik, wonach aus dem Beurkundungsgesetz selbst zu entnehmen ist, bei welchen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen das notarielle Online-Verfahren zulässig ist, für den Rechtsanwender ihre Vorzüge hatte.

Jedenfalls sollte aus Sicht des Deutschen Notarvereins in der Gesetzesbegründung das offensichtlich vom Gesetzgeber rechtlich Gewollte klargelegt werden, nämlich dass jenseits ausdrücklicher gesetzlicher Bezugnahmen (vgl. § 53 Abs. 3 GmbHG-E) eine entsprechende/analoge Anwendung der digitalen Beurkundungs- und Beglaubigungsregelungen (§§ 16a ff., 40a BeurkG) ausscheidet.

³ Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum DiRUG vom 15.1.2021, S. 6.

2. Neufassung des § 16c BeurkG-E

Zentrales Element des Online-Verfahrens ist zu Recht das Auslesen des Lichtbilds aus dem Chip des Personalausweises durch die Notarinnen und Notare und der anschließende Abgleich des ausgelesenen Lichtbilds mit dem Erscheinungsbild des Beteiligten zum Zwecke der Identifizierung. Nur durch dieses von § 16c BeurkG-E vorgesehene Verfahren kann sichergestellt werden, dass die notarielle Identifizierung auch im Online-Verfahren dem Sicherheitsniveau im Präsenzverfahren (möglichst) nahekommt und eine missbräuchliche Weitergabe der eID (Identitätstäuschung) durch Notarinnen und Notare zu erkennen wäre.

Nach § 16c S. 2 BeurkG ist das der Notarin oder dem Notar zu übermittelnde Lichtbild nebst Vornamen, Familiennamen und Tag der Geburt mit Zustimmung der Inhaberin oder des Inhabers „aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines Personalausweises, Passes oder elektronischen Aufenthaltstitels oder eines amtlichen Ausweises oder Passes eines anderen Staates, mit dem die Pass- und Ausweispflicht im Inland erfüllt wird, auszulesen.“ Bei der Gelegenheit der Neufassung des § 16c BeurkG-E geben wir insoweit noch Folgendes zu bedenken: Weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung des DiRUG oder des nunmehr vorliegenden DiREG geht hinreichend rechtssicher geregelt hervor, welche *Ausweise oder Pässe von anderen Staaten* konkret erfasst sein sollen. So stellt sich die Frage, ob jegliche Art von ID eines Drittstaates ausreichen soll, sofern diese nur die Ausweispflicht im Inland erfüllt. Bevorzugt sollten nach unserem Dafürhalten nur solche Pässe an das notarielle Online-Verfahren angebunden werden, bei denen eine fälschungssichere und zuverlässige Echtheitsprüfung möglich ist.

III. Ausweitung des Online-Beglaubigungsverfahrens von Registeranmeldungen

1. Erweiterter Anwendungsbereich von Online-Registeranmeldungen nach dem DiREG

Durch das DiREG soll die Beschränkung der Zulässigkeit der Online-Beglaubigung von Handelsregisteranmeldungen auf bestimmte Rechtsträger aufgehoben und auf Grundlage des § 40a Abs. 1 S. 2 BeurkG das Instrument der öffentlichen Beglaubigung qualifizierter elektronischer Signaturen von Registeranmeldungen mittels Videokommunikation durch Notarinnen und Notare für sämtliche Rechtsträger eröffnet werden. Künftig sollen damit neben allen Handelsregisteranmeldungen auch Anmeldungen zum Partnerschafts⁴, Genossenschafts- und Vereinsregister in den Anwendungsbereich des notariellen Online-Beglaubigungsverfahrens einbezogen sein. Die regelungstechnischen Anpassungen finden sich folgerichtig in den §§ 12 Abs. 1 S. 2 HGB-E, 77 Abs. 2 BGB-E, 57 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 Nr. 2 GmbHG-E und § 157 S. 2 GenG-E. Für eingetragene Gesellschaften bürgerlichen Rechts in der Fassung des MoPeG ab dem 1. Januar 2024 erfolgt dies über die Verweisung auf § 12 HGB in § 707b BGB k.F.

Die Möglichkeit der Online-Beglaubigung von Registeranmeldungen kann nach Einschätzung des Deutschen Notarvereins in dem Bereich des üblichen laufenden Geschäftsverkehrs relevante Konzentrations- und Beschleunigungseffekte bewirken, so zum Beispiel, wenn bei Kommanditgesellschaften Unterschriften vieler Beteiligter zu leisten sind oder wenn der bestellte Geschäftsführer einer GmbH nicht vor Ort sein kann. Da demnach künftig auch Handelsregisteranmeldungen einer KG online möglich sein sollen, wird zudem ein der Praxis sicherlich nur schwer vermeidbarer Medienbruch im Hinblick auf die Gründung der GmbH & Co. KG vermieden. Die Ausweitung des Verfahrens der Online-Beglaubigung auf Handelsregisteranmeldungen sämt-

⁴ In Verbindung mit § 5 Abs. 2 PartGG.

licher Rechtsträger und Anmeldungen zum Partnerschafts-, Genossenschafts- und Vereinsregister ist insoweit zu begrüßen. Es steht zu erwarten, dass von dieser nunmehr in ihrem Anwendungsbereich erweiterten Möglichkeit auch vermehrt Gebrauch gemacht werden wird. Jenseits der typischerweise im Rahmen des laufenden unternehmerischen Geschäftsverkehrs stattfindenden Registeranmeldungen tut der Gesetzgeber allerdings gut daran, vom Instrument der Online-Beglaubigung abzusehen und es beim bewährten Präsenzverfahren zu belassen, damit die Notarin oder der Notar im Einzelfall vor Ort flexibel auf – ggf. auch nur nonverbal geäußerte – Unsicherheiten eingehen, Fragen beantworten oder auf mögliche Ergänzungen zum Schutz von unerfahrenen Beteiligten hinwirken kann.

2. Mögliche Erweiterung im Stiftungsrecht (§ 3 Abs. 2 StiftRG)

Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 16. Juli 2021 (BGBl. 2021 I 2947) normiert in dem neuen Stiftungsregistergesetz (StiftRG) den Aufbau und die Führung eines Stiftungsregisters. Nach § 82b BGB k. F. ist die Stiftung künftig zur Eintragung in das Stiftungsregister anzumelden; nach § 3 Abs. 2 StiftRG ist die Anmeldung öffentlich zu beglaubigen. Selbst wenn die das Stiftungsregister betreffenden Regelungen erst zum 1. Januar 2026 in Kraft treten, käme aus unserer Sicht in Betracht, bereits im Zuge des vorliegenden DiREG den Anwendungsbereich des Verfahrens der Online-Beglaubigung von Registeranmeldungen auch auf das künftige Stiftungsregister zu erweitern.

Damit wäre die gesetzliche Grundlage dafür gelegt, dass künftig tatsächlich für sämtliche Rechtsträger die öffentliche Beglaubigung qualifizierter elektronischer Signaturen von Registeranmeldungen mittels Videokommunikation durch Notarinnen und Notare ermöglicht wird. Regelungstechnisch ließe sich dies durch eine entsprechende Anpassung des § 3 Abs. 2 StiftRG erreichen.

IV. Ausweitung des Online-Beurkundungsverfahrens

1. Inhaltlicher und zeitlicher Anwendungsbereich der Ausweitung (§§ 2, 53, 55 GmbHG-E)

a) Kriterien für die Ausweitung des Online-Beurkundungsverfahrens

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass das Online-Beurkundungsverfahren auf Grundlage der §§ 16a ff. BeurkG neben der Beurkundung einer Bargründung einer GmbH (§ 2 Abs. 3 GmbHG) künftig auch – ab dem 1. August 2022 – für die Beurkundung einer Gründungsvollmacht (§ 2 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E) sowie – ab dem 1. August 2023 – für die Beurkundung einer normalen Sachgründung einer GmbH (§ 2 Abs. 3 GmbHG-E), satzungsändernde Beschlüsse (§ 53 GmbHG-E) und Erklärungen zur Übernahme eines Geschäftsanteils anlässlich von Kapitalerhöhungen (§ 55 Abs. 1 GmbHG-E) zugelassen sein soll.

Damit beschreitet der Gesetzgeber, noch bevor das eigentliche DiRUG überhaupt in Kraft getreten ist, konsequent, wenngleich mit Blick auf die herausragende Bedeutung der Zuverlässigkeit und Integrität des Rechtsverkehrs gerade in komplexen notariellen Rechtsvorgängen in einem sehr forschenden Tempo, den Weg der digitalen Transformation des Rechtssystems. Dem steht der notarielle Berufsstand, der den Wandel zur elektronischen Kommunikation schon seit Jahren erfolgreich vollzieht, offen gegenüber. Zugleich sind aus Sicht des Deutschen Notarvereins insbesondere folgende drei Gesichtspunkte essenziell, um das zu Recht hohe Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die notarielle Amtstätigkeit hinsichtlich ihrer Beratung, ihres Schutzes sowie der rechtssicheren Beurkundung ihrer Willenserklärungen auch weiterhin gewährleisten zu können.

- Die Ausweitung des notariellen Online-Beurkundungsverfahrens erfolgt, wie vom Referentenentwurf vorgesehen, unter strikter Beachtung der durch das DiRUG eingeführten hohen Standards, insbesondere ausschließlich über das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer. Eine Beurkundung im Online-Verfahren über andere, von privaten Dritten zur Verfügung gestellten Videoplattformen hat aufgrund des hoheitlichen Charakters des Beurkundungsverfahrens auszuscheiden (vgl. BT-Drs. 19/28177, S. 115 f.).
- Die Ausweitung des notariellen Online-Beurkundungsverfahrens hat mit Augenmaß und mit Blick auf die im Vordergrund stehenden Formzwecke und Beurkundungsfunktionen zu erfolgen. Insbesondere bei komplexen Gestaltungen und Verhandlungen zwischen zum Teil unerfahrenen, ungewandten Privatpersonen und geschäftserfahrenen Vertragsbeteiligten erscheint das Online-Verfahren weiterhin strukturell nicht gleichermaßen geeignet wie das bewährte Präsenzverfahren. Dies gilt auch für eine im Einzelfall auszumachende erhöhte Beratungs- und Schutzfunktion im Hinblick auf eine ausgewogene und durchdachte Vertragsgestaltung mit weitreichenden Folgen. Im Zweifel dürfte ein Online-Verfahren zum Nachteil des eher unerfahrenen Beteiligten gehen, da z. B. die Schwelle, Fragen zu stellen und sich zu Wort zu melden, deutlich höher ist und Notarinnen und Notare nicht in gleichem Maße wie bei Präsenzbeurkundung non-verbale Signale, Mimik und Gestik der Beteiligten im Auge haben können.
- Es geht nun auch maßgeblich darum, ab dem 1. August 2022 Erfahrungen mit dem neuen Online-Verfahren zu sammeln, Hemmschwellen für die Beteiligten zu eruieren und diese Erkenntnisse dann auszuwerten. Gerne steht der Deutsche Notarverein hierzu begleitend zur Seite.

b) Inhaltliche Ausweitung nach der Konzeption des DiREG-Referentenentwurfs

Vor dem Hintergrund dieser Grundsätze ist die vom Referentenentwurf vorgesehene moderate Ausweitung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des Online-Beurkundungsverfahrens auf einstimmig gefasste satzungändernde Beschlüsse sowie auf normale GmbH-Sachgründungen und Gründungsvollmachten richtig. Überzeugend stellt die Neufassung und Begründung des DiREG-Referentenentwurfs – im Einklang mit BT-Drs. 19/28177, S. 115 – dabei ausdrücklich klar, dass der Geltungsanspruch anderer Formvorschriften, die eine Beurkundung im Präsenzverfahren voraussetzen, unberührt bleibt.⁵

Zu Recht ist daher im Rahmen des § 2 Abs. 3 S. 1 GmbHG-E die Beurkundung mittels Videokommunikation dann unzulässig, wenn die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung einer Willenserklärung aus einer anderen Bestimmung als § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG erfolgt. Ausgenommen bleiben damit Sachgründungen unter Einbringung von Gegenständen, deren Übertragung ihrerseits (im Präsenzverfahren) *beurkundungspflichtig* ist (z.B. Grundstücke oder GmbH-Anteile). Hier stehen vielfach komplexere Verhandlungssituationen und – damit einhergehend – andere Beurkundungszwecke wie Warnfunktion und Übereilungsschutz im Vordergrund, die das Online-Beurkundungsverfahren ungeeignet erscheinen lassen (vgl. BT-Drs. 19/28177, S. 115). Gleiches gilt für anderweitig *beurkundungsbedürftige* Willenserklärungen und Beschlüsse

⁵ Begründung des Referentenentwurfs, zu Art. 6 Nr. 1 (S. 19).

nach § 2 Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-E, womit namentlich die regelmäßig durch einen besonders hohen Komplexitätsgrad gekennzeichneten Umwandlungsvorgänge zutreffend vom Online-Verfahren ausgenommen bleiben.⁶

Gegen die Mitbeurkundung von *nicht formbedürftigen* Erklärungen mit einer GmbH-Onlinegründung im Rahmen des § 2 Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-E bestehen keine Bedenken. Es spricht nichts dagegen, nicht formbedürftige Erklärungen im Rahmen der GmbH-Gründung, wie etwa (nicht aus anderen Vorschriften formbedürftige) Erfüllungsgeschäfte oder Gesellschaftervereinbarungen, in der „strengerer“ Form des notariellen Online-Beurkundungsverfahrens abzuschließen. Vielmehr können damit Vereinfachungseffekte für die Beteiligten erzielt werden. Dies gilt entsprechend für satzungsändernde Beschlüsse im Wege des Online-Verfahrens (§ 53 Abs. 3 S. 2 GmbHG-E).

c) Zeitliche Staffelung der Erweiterungen

Weiter ist zu begrüßen, dass die Ausweitung des Verfahrens der Online-Beurkundung auf GmbH-Sachgründungen, satzungsändernde Beschlüsse und Erklärungen zur Übernahme eines Geschäftsanteils anlässlich von Kapitalerhöhungen erst ein Jahr nach Inkrafttreten des DiRUG, also zum 1. August 2023 in Kraft treten soll. Dies ermöglicht den Notarinnen und Notaren genauso wie den Beteiligten und nicht zuletzt der Bundesnotarkammer, im Rahmen des Standardfalls der Bargründung einer GmbH den Betrieb des neuen, zentral durch die Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystems auszutesten, Erfahrungen zu sammeln, auszuwerten und ggf. noch Anpassungen vorzunehmen.

d) Zur Frage der Gleichwertigkeit des Online-Verfahrens

Die Begründung des Referentenentwurfs stellt klar, dass eine generelle Gleichwertigkeit jedweden Online-Verfahrens mit dem bewährten Präsenzverfahren ausscheidet.⁷ Dies ist aus den vorgenannten Erwägungen konsistent und richtig.

Der Gesetzgeber hat jedoch bereits festgestellt (vgl. BT-Drs. 19/28177, S. 115 f.), dass eine Beurkundung im Online-Verfahren nur unter strikter Beachtung der durch das DiRUG eingeführten hohen Standards an Datensicherheit und an eine rechtssichere notarielle Identifizierung der Beteiligten, gewährleistet durch das Videokommunikationssystem der unter staatlicher Aufsicht stehenden Bundesnotarkammer, erfolgen darf; eine Videobeurkundung über andere, von privaten Dritten zur Verfügung gestellten Videoplattformen, hat aufgrund des hoheitlichen Charakters des Beurkundungsverfahrens auszuscheiden. Aus diesem Grund schließt die Entscheidung des Gesetzgebers für das Online-Verfahren nach Maßgabe der §§ 16a BeurkG ebenso dessen Substitution durch ein Online-Verfahren vor einem in- oder ausländischen Notar aus, welches diese hohen Anforderungen, etwa in Bezug auf das Sicherheitsniveau „hoch“ der eIDAS-Verordnung und qualifizierte elektronische Signaturen des Notars und der Beteiligten, nicht gewährleistet. Der Deutsche Notarverein regt daher an, diesen Aspekt noch in der Gesetzesbegründung unter A. I. a.E. (S. 10) zu ergänzen.

⁶ Mit Recht daher Begründung des Referentenentwurfs, zu Art. 5 Nr. 1 lit. b), zu Art. 6 Nr. 1 (S. 18 f.).

⁷ Begründung des Referentenentwurfs, S. 10.

2. Registervollmachten (§ 12 Abs. 1 S. 3 i.V.m. S. 2 HGB-E) und Vollmachten zur Gründung einer GmbH (§ 2 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E)

a) Rechtscheinwirkung von Register- und Gründungsvollmachten

§ 12 Abs. 1 S. 3 i.V.m. S. 2 HGB-E gestattet künftig die öffentliche Beglaubigung der Vollmacht zur Handelsregisteranmeldung mittels Videokommunikation. Dasselbe gilt für die Vollmacht zur Gründung einer GmbH nach § 2 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E. In diesem Zusammenhang stellt sich die Problematik, dass bei einer im Wege der Videokommunikation beglaubigten Vollmacht keine Vollmachtsurkunde i.S.d. § 172 BGB mit Rechtscheinwirkung (Urschrift oder Ausfertigung) vorgelegt werden kann. Anders als bei beurkundeten Vollmachten kann von einer beglaubigten Vollmacht keine Ausfertigung erteilt werden.⁸ Und im Gegensatz zum Papieroriginal ist bei einer elektronischen Beglaubigung auch die Vorlage der „Urschrift“, d.h. der originären elektronischen Datei, nicht möglich.

Die Vorlage einer Vollmacht mit Rechtscheinwirkung ist im Rechtsverkehr deshalb von Bedeutung, da an diese die indizielle Wirkung genknüpft ist, dass die Vollmacht nicht widerrufen wurde. Daher regen wir an, im Rahmen von § 12 Abs. 1 S. 3 HGB-E und § 2 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E die Register- und Gründungsvollmachten nur in beurkundeter Form (gemäß den §§ 16a bis 16e BeurkG-E) zuzulassen. In diesem Fall ist es möglich, hiervon eine Ausfertigung zu errichten, die als Vollmachtsurkunde i.S.d. § 172 BGB fungiert.

b) Zweck und praktisches Bedürfnis nach Gründungsvollmachten

Der Referentenentwurf lässt nach dem neu vorgesehenen § 2 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E fortan auch die Beurkundung oder Beglaubigung von Vollmachten zur Gründung einer GmbH mittels Videokommunikation zu. Die Begründung führt hierzu in erster Linie zutreffend das praktische Bedürfnis nach sog. Vollzugsvollmachten an, welche die Gesellschafter im Rahmen einer Online-Gründung zum Zwecke der Praktikabilität und Verfahrensbeschleunigung Mitgesellschaftern oder Mitarbeitern des die Gründung beurkundenden Notars erteilen.⁹ Aber auch eine isolierte Vollmachtserteilung eines Gesellschafters zur GmbH-Gründung mittels Videokommunikation kommt unter Umständen in Betracht; ggf. ließe sich dieser Aspekt noch in der Gesetzesbegründung klarstellend aufgreifen.

Positiv hervorzuheben ist, dass der Referentenentwurf im Rahmen der Gründungsvollmacht auf die Möglichkeit einer Mitbeurkundung sonstiger nicht formbedürftiger Willenserklärungen entsprechend § 2 Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-E ausdrücklich verzichtet. Dies ist sachgerecht, da sich etwaige sonstige Vollmachten, die sich nicht ausschließlich auf den Gründungsvorgang im Rahmen des geschäftlichen Verkehrs beziehen, mit Blick auf obige Erwägungen nicht gleichermaßen für das Online-Verfahren eignen.

c) Fälle der Nachgenehmigung im Rahmen des GmbH-Errichtungsgeschäfts

In Fällen der vollmachtlosen Stellvertretung im Rahmen des Errichtungsgeschäfts einer Mehrpersonen-Gründung unterliegt nach mittlerweile herrschender Meinung und obergerichtlicher Rechtsprechung die Genehmigung ebenfalls dem Formgebot des § 2 Abs. 2 GmbHG.¹⁰

⁸ Vgl. *Preuß*, in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, 8. Aufl. 2020, § 47 BeurkG Rn. 1 mit weit. Nachw.

⁹ Begründung des Referentenentwurfs, zu Art. 5 Nr. 1 lit. a) (S. 17 f.).

¹⁰ OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 550; OLG Frankfurt GmbHR 2012, 753; OLG Köln DStR 1996, 113; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz*, 23. Aufl. 2022, § 2 GmbHG Rn. 22; *J. Schmidt*, in: *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz*, 3. Aufl. 2017, § 2 GmbHG Rn. 73; *Jaeger*, in: *BeckOG-GmbHG*, 50. Ed. 2021, §

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten regen wir im Rahmen der Ergänzung des § 2 Abs. 2 GmbHG-E um das Online-Verfahren eine entsprechende Klarstellung in der Begründung als zweckmäßig an. Dies schon deshalb, da das Formgebot des § 2 Abs. 2 GmbHG nicht bloß eine reine „Ordnungsvorschrift“ darstellt, sondern vielmehr Wirksamkeitserfordernis für die Vertretung im Interesse eines präventiven Schutzes der Mitgesellschafter ist, um damit – so die seinerzeitige Gesetzesbegründung – spätere „Zweifel und Streitigkeiten über die Legitimation der Vertreter abzuschneiden“.¹¹

3. Satzungsändernde Beschlussfassungen (§ 53 Abs. 3 GmbHG-E)

Künftig sollen nach § 53 Abs. 3 GmbHG-E satzungsändernde Beschlüsse in den Anwendungsbereich des notariellen Online-Verfahrens einbezogen werden, dies allerdings nur dann, wenn die „Beschlussfassung einstimmig“ erfolgt. Dies ist gerechtfertigt, da die entsprechende Beschlussfassung gegenständlich an den konsensualen Gründungsvorgang anschließt. Nichtkonsensuale Mehrheitsbeschlüsse gegen eine Minderheit sind in aller Regel mit einem erhöhten Beratungsbedarf, etwa mit Blick auf die Gewährleistung eines angemessenen Minderheitenschutzes, sowie mit erhöhten Anfechtungsrisiken verbunden, denen im Rahmen des bewährten Präsenzverfahrens deutlich besser begegnet werden kann als im Online-Verfahren.

Damit differenziert der Entwurf für die Abänderung des Gesellschaftsvertrags und für Kapitalerhöhungsmaßnahmen konsequent und sachgerecht zwischen einvernehmlichen Beschlussfassungen, für die das Online-Beurkundungsverfahren eine praxisgerechte Alternative darstellt, und streitigen Beschlussfassungen, für die das Online-Verfahren nicht geeignet ist, sondern im Einklang mit dem gesetzgeberischen Leitbild der §§ 48, 53 GmbHG nur das Präsenzverfahren als einzig zulässige Variante des Beurkundungsverfahrens bleibt. Diese Klarstellung in dem Gesetzentwurf beseitigt Rechtsunsicherheiten und ist ausdrücklich zu begrüßen.

4. Übernahmeerklärung im Rahmen der Kapitalerhöhung (§ 55 Abs. 1 GmbHG-E)

Kohärent bezieht der Referentenentwurf nach § 55 Abs. 1 GmbHG-E auch die Übernahmeerklärung im Rahmen der Kapitalerhöhung in das notarielle Online-Beurkundungsverfahren ein. Dies ermöglicht der Praxis, auch im Wege des Online-Verfahrens den Kapitalerhebungsbeschluss und die Übernahmeerklärung in einem einheitlichen Beurkundungstermin aufzunehmen.

Wird die Übernahmeerklärung durch einen Bevollmächtigten abgegeben, geht unter Hinweis auf die Wertung des § 2 Abs. 2 GmbHG und das Formerfordernis des § 55 Abs. 1 GmbHG die allgemeine Auffassung davon aus, dass auch die Vollmacht zur Abgabe einer Übernahmeerklärung entsprechend § 2 Abs. 2 GmbHG ebenfalls der notariellen Form bedarf.¹² Hier wäre entsprechend zu § 2 Abs. 2 GmbHG-E eine gesetzestechnische

2 GmbHG Rn. 24; *Heinze*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 2 GmbHG Rn. 102; *Wicke*, in: *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 2 GmbHG Rn. 8; *Altmeppen*, in: *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 33, jew. mit weit. Nachw.; zur Belehrungspflicht des Notars hinsichtlich der Gründerhaftung in diesem Zusammenhang s. BGH NJW-RR 2005, 1003; anders wohl noch BGH DNotZ 1981, 183 für die Nachgenehmigung des Minderjährigen nach Eintritt der Volljährigkeit.

¹¹ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, zu § 2; s. auch BGH NJW 1969, 1856; *Heinze*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 2 GmbHG Rn. 88.

¹² OLG Neustadt, GmbHR 1952, 58; KG KGJ 39, 127; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbH-Gesetz, 23. Aufl. 2022, § 55 GmbHG Rn. 32; *Wicke*, in: *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 55 GmbHG Rn. 12; *Altmeppen*, in: *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 25; *Hermanns*, in: *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 55 GmbHG Rn. 69; *Ziemons*, in: *BeckOG-GmbHG*, 50. Ed. 2021, § 55 GmbHG Rn. 109; *Ulmer/Casper*,

Klarstellung wünschenswert, dass auch die Vollmacht zur Abgabe einer Übernahmeerklärung im Sinne des § 55 Abs. 1 GmbHG-E mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis e BeurkG erfolgen kann.

V. Zu Art. 5 Nr. 2: Möglichkeit fernmündlicher Versammlung (§ 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E)

§ 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E gestattet es, künftig Versammlungen fernmündlich oder mittels Videokommunikation durchzuführen, sofern sich alle Gesellschafter damit in Textform einverstanden erklären. Damit soll auch den Erfahrungen aus der Corona-Pandemie und dem im Detail umstrittenen COVMG¹³ Rechnung getragen werden. Hinsichtlich ihrer Intention verständlich stößt die vorgesehene Regelung gleichwohl inhaltlich wie systematisch auf Bedenken.

Sie führt bereits deshalb zu Rechtsunsicherheit, weil aus ihr nicht hinreichend klar hervorgeht, ob die Vorschrift lediglich eine gesetzgeberische Klarstellung trifft oder den im GmbHG gewachsenen Versammlungsbegriff im Sinne einer Präsenzversammlung erweitern möchte. Aufgrund der systematischen Vergleichbarkeit mit § 48 Abs. 2 GmbHG erscheint uns die Verortung einer entsprechenden Neuregelung in § 48 Abs. 2 GmbHG sachgerechter.

Unabhängig hiervon regen wir an, im Rahmen der Begründung zu § 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E (besser verortet bei § 48 Abs. 2 GmbHG) klarzustellen, dass beurkundungsbedürftige satzungsändernde Beschlüsse nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 53 Abs. 3 S. 2 GmbHG-E im Wege mittels Videokommunikation gefasst werden können, das heißt insbesondere Einstimmigkeit in der Beschlussfassung sowie Einhaltung des Online-Beurkundungsverfahrens nach §§ 16a ff. BeurkG.

Für Fragen und Ergänzungen stehen wir jederzeit gerne, auch im Rahmen eines persönlichen Gesprächs, zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christian Rupp

in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 75; Herrler, DNotZ 2008, 903, 916, jew. mit weit. Nachw.; a.A. soweit ersichtlich nur Lieder, in: MünchKomm. GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 55 GmbHG Rn. 130.

¹³ Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.3.2020, BGBl. I 569, verlängert durch die GesRGenRCOVMVV vom 28.10.2020, BGBl. I 2258.