

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie

Stellungnahme der Bundesnotarkammer

4. April 2022



Zusammenfassung:

Die Bundesnotarkammer begrüßt den Referentenentwurf in allen wesentlichen Punkten.

Die darin enthaltenen Regelungen stellen eine gelungene und schlüssige Fortentwicklung der nach dem Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vorgesehenen notariellen Online-Gründung von GmbHs dar. Besonders erfreulich ist der differenzierende Blick auf die unterschiedlichen Zwecke der notariellen Beurkundung und die hieran angelehnte Ausgestaltung des Anwendungsbereichs der Online-Verfahren.

Die Ausweitung auf sämtliche Registeranmeldungen begrüßen wir ebenfalls, weil sie zu deutlichen Erleichterungen in der Praxis führen wird.

Auch die Inkrafttretensregelung sehen wir positiv. Das vorgesehene zweistufige Inkrafttreten nimmt Rücksicht auf die in technischer wie organisatorischer Hinsicht zu bewältigenden Anforderungen.

Einige wenige Aspekte des Referentenentwurfs bedürfen aus unserer Sicht jedoch einer Klärstellung, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Daneben schlagen wir vereinzelt vor, die systematische Verortung zu überdenken.

Insbesondere möchten wir auf folgende Änderungsanregungen hinweisen:

- Nachschärfung der Ausführungen zur Substitution (unten A.) sowie
- Änderungen hinsichtlich der Gründungs- und Registervollmachten (unten B.II. und E.I.).

Im Einzelnen:

A. Allgemeines zur Erweiterung des notariellen Online-Verfahrens

Mit dem Referentenentwurf schreitet die Digitalisierung der vorsorgenden Rechtspflege weiter voran. Die Bundesnotarkammer ist in vielerlei Hinsicht Vorreiter der Digitalisierung und begrüßt diese Entwicklung daher ausdrücklich.

Dennoch darf die Tendenz zur Digitalisierung nicht dazu führen, dass wesentliche Grundsätze des Beurkundungsverfahrens beeinträchtigt werden. Dies betrifft etwa die rechtssichere Identifizierung der Beteiligten.¹ Nicht ohne Grund hat sich der Gesetzgeber im DiRUG für ein Online-Beurkundungssystem entschieden, das etablierte Grundsätze und Prinzipien aufrechterhält.² Dies gilt insbesondere für die rechtssichere Identifizierung der Beteiligten mittels Lichtbildauslesung, aber auch für die hoheitliche Ausgestaltung des

¹ Kienzle, DNotZ 2021, 590, 607; Franke/Schreiber, RD 2022, 116, 117.

² BT-Drucks. 19/28177, S. 2, 62.

Videokommunikationssystemen und für die Orientierung am Sicherheitsniveau „hoch“ i.S. der eIDAS-Verordnung.³ Der nun vorgelegte Referentenentwurf knüpft hieran nahtlos an und ergibt auch mit Blick auf andere Gesetzgebungsmaterien ein stimmiges Gesamtbild. Auch im Rahmen des Referentenentwurfs zur Verstetigung der virtuellen Hauptversammlung von Aktiengesellschaften trägt der Gesetzgeber dafür Sorge, dass virtuelle Verfahren trotz ihrer Abweichungen gegenüber dem Präsenzverfahren nicht zu einem Verfahren „zweiter Klasse“ werden.⁴

Trotz der hohen Standards des in § 16a ff. BeurkG k.F. vorgesehenen Online-Beurkundungsverfahrens kann dieses nicht allgemein und losgelöst vom betreffenden Beurkundungsgegenstand als Äquivalent zu einer Präsenzbeurkundung gesehen werden. Vielmehr richtet sich dessen Eignung nach dem jeweiligen Beurkundungszweck. Dem wird die im Referentenentwurf vorgenommene beschränkte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Online-Verfahren vollständig gerecht. Darüber hinaus ist der im Referentenentwurf vorgesehene Anwendungsbereich der Online-Verfahren auch in sich konsistent. Der Entwurf orientiert sich insoweit an dem Grundgedanken, dass Entscheidungen, die bereits bei der Gründung im Wege der Online-Beurkundung hätten getroffen werden können, künftig auch im weiteren Lebenszyklus der GmbH online beurkundet werden können. Daneben wird das Online-Verfahren auf sämtliche Registeranmeldungen ausgeweitet, was aus Sicht der notariellen Praxis zu begrüßen ist, ermöglicht dies doch etwa die Gründung einer GmbH & Co. KG im reinen Online-Verfahren.

Der Entwurf ist jedoch auch dadurch geprägt, dass die den Möglichkeiten des Online-Beurkundungsverfahrens immanenten Grenzen klar erkannt werden. Daher nimmt der Entwurf diejenigen Bereiche aus, die aus Gründen der Komplexität, des Verbraucherschutzes, der wirtschaftlichen Bedeutung, der praktischen Durchführbarkeit oder der geldwäscherechtlichen Relevanz nicht für ein Online-Verfahren geeignet erscheinen. Dies betrifft etwa die Übertragung von Grundstücken im Rahmen einer Sacheinlage.⁵

In dieses kohärente Gesamtbild des Entwurfs passen dessen Aussagen zur Vergleichbarkeit zwischen einem Präsenzverfahren und einem Online-Verfahren.⁶ Mit Klarheit bringt der Entwurf zum Ausdruck, dass immer dann, wenn nach deutschem Recht nur ein notarielles Präsenzverfahren zugelassen ist, eine Substitution der notariellen Form durch ein wie auch immer geartetes Online-Verfahren von vornherein ausscheidet. Dies ist nachdrücklich zu begrüßen.

Darüber hinaus sollte die Begründung jedoch auch die Bereiche, in denen auch in Deutschland ein Videoverfahren zugelassen ist, noch stärker in den Blick nehmen: Soweit nach deutschem

³ Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG („eIDAS-Verordnung“).

⁴ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, abrufbar unter https://www.bmi.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung_virtueller_Hauptversammlungen_Aktiengesellschaften.html [zuletzt abgerufen am 2.4.2022], S. 13, 21.

⁵ Vgl. hierzu bereits BT-Drucks. 19/28177, S. 115 sowie Referentenentwurf, S. 18 f.

⁶ Referentenentwurf, S. 9 f.

Recht eine Online-Beurkundung möglich ist, kommt grundsätzlich auch eine Substitution des Online-Verfahrens vor deutschen Notarinnen und Notaren durch ein Online-Verfahren vor ausländischen Notarinnen und Notaren in Betracht. Voraussetzung der Substitution ist allerdings die Gleichwertigkeit des ausländischen Verfahrens mit dem deutschen Verfahren.

Neben einer Gleichwertigkeit bezüglich der Urkundsperson (d.h. einer nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben der Tätigkeit der deutschen Notarinnen und Notare entsprechenden Funktion) und des allgemeinen Verfahrens (d.h. Prüfungs- und Belehrungspflicht, Verhandlungsniederschrift, Vorlesen, Genehmigen)⁷ ist hierfür insbesondere ein Online-Verfahren Voraussetzung, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Zu den tragenden Grundsätzen des deutschen Online-Beurkundungsrechts zählen (1) die Identifikation der Beteiligten durch Auslesung einer eID mit dem eIDAS-Sicherheitsniveau „hoch“ und eines (regelmäßig im Personalausweis bzw. Reisepass oder in einer Ausweisdatenbank) amtlich gespeicherten Lichtbilds (2) unter Abgleich mit dem Videobild (3) im Rahmen eines hoheitlich betriebenen Videokommunikationsverfahrens (4) durch die Notarin bzw. den Notar persönlich und (5) die Unterzeichnung der elektronischen Urkunde durch die Notarin bzw. den Notar und die Beteiligten jeweils mit einer qualifizierten elektronischen Signatur. Durch die Kombination dieser Sicherheitsmerkmale wird insgesamt ein hoher Sicherheitsstandard erreicht.⁸ Dieser hohe Sicherheitsstandard gewährleistet und rechtfertigt die besondere Beweisfunktion der notariellen Urkunde gemäß den §§ 415 ff. ZPO⁹ und trägt im Zusammenspiel mit dem „Vier-Augen-Prinzip“ durch Notarin bzw. Notar und Registergericht maßgeblich zu der für den Rechtsverkehr wesentlichen Verlässlichkeit des Handelsregisters auch im Online-Verfahren bei.¹⁰

Dementsprechend können von vornherein allenfalls solche ausländischen Online-Verfahren gleichwertig sein, die ebenfalls (1) die Auslesung einer eID mit dem Sicherheitsniveau „hoch“ und des amtlich gespeicherten Lichtbilds, (2) den Abgleich dieses Lichtbilds mit dem Videobild, (3) ein hoheitlich betriebenes Videokommunikationsverfahren, (4) eine persönliche Identifikation durch die Notarin bzw. den Notar ohne Zwischenschaltung Dritter – wie privater Dienstleister – und (5) die Unterzeichnung der elektronischen Urkunde durch die Notarin bzw. den Notar und die Beteiligten jeweils mit einer qualifizierten elektronischen Signatur umfassen. Dies sollte im Interesse der Rechtssicherheit auch in der Begründung des Regierungsentwurfs ganz klar zum Ausdruck kommen.

⁷ Vgl. dazu etwa BGH, NJW 1981, 1160; BGH, DNotZ 2020, 742, 747 f.

⁸ Referentenentwurf, S. 9 f.; zu der Bedeutung der Identifikation durch die Urkundsperson: *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 598; *Omlor/Blöcher*, DStR, 2021, 2352, 2353.

⁹ Vgl. zu den Beurkundungszwecken etwa BGH, NJW 2018, 52, 54.

¹⁰ *Teichmann*, GmbHR 2021, 1237, 1238 und 1241.

B. Zu Art. 1, Art. 4 und Art. 7 (Änderung des Handelsgesetzbuchs, des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie des Genossenschaftsgesetzes)

I. Ausweitung der Registeranmeldungen

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sämtliche Handels-, Partnerschafts-, Vereins- und Genossenschaftsregisteranmeldungen einschließlich der künftigen eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 707b Nr. 2 BGB k. F., § 12 HGB ist sehr zu begrüßen. Dies ermöglicht es insbesondere, eine GmbH & Co. KG vollständig im Wege des Online-Verfahrens zu gründen und zum Handelsregister anzumelden. Gleichzeitig werden Rechtsunsicherheiten beseitigt, die bisher hinsichtlich der Anwendung auf die SE bestanden.

Mit Blick auf Art. 6 Nr. 3 und Art. 7 des Referentenentwurfes dürfte es allerdings gesetzgebungstechnisch konsequenter sein, nur einen weiteren Satz an § 77 BGB anzufügen oder zwischen den bisherigen Sätzen 1 und 2 einzufügen, statt einen zweiten Absatz vorzusehen.

Zusätzlich regen wir an, den Anwendungsbereich des notariellen Online-Verfahrens im Gesellschaftsrecht weitergehend auf die – mit der Einführung des Stiftungsregisters zum 1. Januar 2026 – hinzutretenden Anmeldungen zum Stiftungsregister auszuweiten und § 3 Abs. 2 StiftRG k. F. nach dem Vorbild des § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB-E und § 157 Satz 2 GenG-E zu ergänzen. § 3 Abs. 2 Satz 2 StiftRG k. F. lässt unter anderem eine elektronische Anmeldung durch Übersendung einer nach § 39a BeurkG öffentlich beglaubigten Abschrift zu. Zugehörige Unterlagen wie Anerkennungsentscheidungen oder die Genehmigung des Zulegungsvertrages sind dem vom Bundesamt für Justiz geführten Stiftungsregister gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 in einfacher Abschrift zu übermitteln.¹¹ Die vorstehenden Vorschriften würden daher eine medienbruchfreie Registeranmeldung ohne das Erfordernis des persönlichen Erscheinens des Vorstandes ermöglichen und gleichzeitig die elektronische Kommunikation zwischen der Urkundsperson und den beteiligten Behörden fördern.

II. Registervollmachten

Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit Satz 2 HGB k.F. kann die Vollmacht zur Handelsregisteranmeldung mittels Videokommunikation öffentlich beglaubigt werden. Dasselbe gilt über die Verweise in § 5 Abs. 2 PartGG und in § 707b Nr. 2 BGB k.F für die Partnerschaftsgesellschaft und die künftige eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts (zu Vereins- und Genossenschaftsregisteranmeldungen s. sogleich).

Das praktische Bedürfnis für eine Vertretung durch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte im Online-Registerverfahren dürfte zwar eher gering sein, da die Beteiligten beim Online-Verfahren gerade nicht vor Ort in der Notarstelle erscheinen müssen. In jedem Fall sind jedoch folgende Grundsätze zu beachten:

¹¹ BT-Drucks. 19/28173, S. 92.

Werden Registeranmeldungen durch rechtsgeschäftliche Vertreterinnen und Vertreter vorgenommen, kann das Registergericht verlangen, dass die Vollmachtsurkunde oder eine Ausfertigung vorgelegt wird. Zwar erstreckt sich die Rechtsscheinwirkung des § 172 BGB nicht auf das Registergericht,¹² doch kann das Registergericht die Vorlage der Vollmachtsurkunde oder Ausfertigung verlangen, weil an diese die indizielle Wirkung geknüpft ist, dass die Vollmacht nicht widerrufen wurde.¹³

Über § 12 Abs. 2 BeurkG k.F. i.V. mit § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB k.F. genügt hierfür die Vorlage gegenüber der Notarin bzw. dem Notar, wenn diese bescheinigt wird; die Übermittlung an das Registergericht kann dann in (elektronisch) beglaubigter Abschrift erfolgen.¹⁴ Auch die Notarin bzw. der Notar dürfte nach § 17 Abs. 1 BeurkG bzw. § 24 BNotO gehalten sein, sich bei formbedürftigen Vollmachten die Urschrift oder eine Ausfertigung der Vollmacht vorlegen zu lassen.¹⁵

Die Vorlage einer Urschrift oder Ausfertigung ist bei einer elektronisch beglaubigten Vollmacht jedoch nicht möglich. Bei der elektronischen Beglaubigung entsteht eine sog. originär elektronische Urkunde, also eine Datei, die mit den qualifizierten elektronischen Signaturen der Beteiligten und der Notarin bzw. des Notars versehen ist. Diese Datei ist zwar integritäts- und authentizitätsgeschützt, aber beliebig vervielfältigbar. Sie kann also gerade nicht als Vollmachtsurkunde i.S. des § 172 BGB fungieren.¹⁶ Anders als bei beurkundeten Vollmachten kann von dieser Datei auch keine Ausfertigung durch die Notarin bzw. den Notar angefertigt werden, weil dies beurkundungsrechtlich aus guten Gründen nicht möglich ist.¹⁷

Die Zulassung der Beglaubigung mittels Videokommunikation stellt die Notarin bzw. den Notar also vor die Herausforderung, dass der Vollmachtsnachweis in der Art, wie er auch vom Registergericht verlangt werden kann, nicht möglich ist. Dies hätte zur Folge, dass im Online-Verfahren beglaubigte Vollmachten praktisch unbrauchbar wären.

Daher regen wir an, die Registervollmacht nach § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB k.F. bei Videokommunikation nur in beurkundeter Form zuzulassen. In diesem Fall ist es möglich, hiervon eine Ausfertigung zu errichten, die als Vollmachtsurkunde i.S. des § 172 BGB dient. Die Beglaubigung von Registervollmachten im Wege der Videokommunikation sollte aus Kohärenzgründen erst dann eingeführt werden, wenn gleichzeitig – wie von der Bundesnotarkammer bereits vorgeschlagen – ein elektronisches Gültigkeitsregister für notarielle Vollmachten eingerichtet wird, das eine ähnliche Rechtsscheinwirkung wie § 172 BGB vermittelt.¹⁸

¹² MüKoGmbHG/Mayer, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 77; MHLS/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 2 GmbHG Rn. 76.

¹³ So ausdrücklich BT-Drucks. 19/28177, S. 123 f.

¹⁴ Vgl. dazu BT-Drucks. 19/28177, S. 113 f.

¹⁵ Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, 8. Aufl. 2020, § 12 BeurkG Rn. 13.

¹⁶ Danninger, RDt 2021, 109, 110 ff.

¹⁷ BeckOGK/Regler, Stand: 1.12.2021, § 47 BeurkG Rn. 4; BeckOK-BeurkG/Winnen, 6. Ed., Stand: 1.5.2021, § 47 Rn. 3; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, 8. Aufl. 2020, § 47 BeurkG Rn. 1.

¹⁸ Danninger, RDt 2021, 109 ff.; Danninger/Stepien, DNotZ 2021, 812 ff.

Wir schlagen nach alldem vor, § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB k.F. wie folgt zu formulieren: „Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich; Satz 2 gilt mit der Maßgabe, dass nur eine Beurkundung mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes zulässig ist.“

Mit Blick auf das Genossenschaftsregister stellt sich diese Frage nicht, weil Anmeldungen zum Genossenschaftsregister einer Vertretung nicht zugänglich sind, § 6 Abs. 3 Satz 1 GenRegV. Beim Vereinsregister dürfte eine Bevollmächtigung zwar möglich sein und auch die öffentlich beglaubigte Form erfordern;¹⁹ eine Vollmachtserrichtung in elektronischer Form ist hierbei bislang nicht vorgesehen. Sollte dies noch geändert werden, wäre auch hier aus den oben genannten Gründen darauf zu achten, dass nur eine Beurkundung und keine Beglaubigung möglich ist.

C. Zu Art. 2 (Änderung der Bundesnotarordnung)

§ 10a Abs. 3 BNotO stellt eine sinnvolle Fortentwicklung des Amtsbereichsprinzips im Hinblick auf das notarielle Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht dar und ist für die Erhaltung der flächendeckenden Versorgung der rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürger mit notariellen Leistungen unerlässlich, § 4 BNotO.²⁰ Die Anpassung des § 10a Abs. 3 Nr. 3 BNotO ist – insbesondere mit Blick auf etwaige Publikumsgesellschaften und mitgliederstarke Genossenschaften und Vereine – folgerichtig. Die Anknüpfung an den (Wohn-)Sitz des organschaftlichen Vertreters anstelle des Gesellschafters für die Begründung der Zuständigkeit der Notarin bzw. des Notars ist mit Blick darauf zweckmäßig, dass der organschaftliche Vertreter die im Rechtsverkehr überwiegend und im Rahmen der Registeranmeldungen – mit Ausnahme einer „unechten Gesamtvertretung“ – ausschließlich handelnde Person ist.²¹ Gleichzeitig kann der organschaftliche Vertreter zuverlässig über das Handelsregister ermittelt werden, was mit Blick auf die notariellen Amtspflichten positiv zu bewerten ist.²² Zwar ist nicht zu bestreiten, dass sich in Einzelfällen – etwa in Konzernkonstellationen – eine Anknüpfung an den Gesellschafter weiterhin als sachgerecht erwiesen hätte. Jedoch sprechen mehr Gründe für die im Referentenentwurf vorgesehene, klare und in sich konsistente Regelung, zumal in Einzelfällen auch Ausnahmen nach § 10a Abs. 4 BNotO k.F. möglich sind.

Der Wortlaut des § 10a Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BNotO („eines organschaftlichen Vertreters“) deutet bereits an, dass nicht ausschließlich der Wohnort des handelnden organschaftlichen Vertreters maßgeblich ist, sondern – beispielsweise im Falle mehrerer einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer – auch auf die weiteren organschaftlichen Vertreter abgestellt werden kann, soweit sich die Zuständigkeit in diesen Fällen nicht ohnehin bereits aus § 10a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNotO ergeben sollte. Eine entsprechende Klarstellung nimmt die

¹⁹ Sauter/Schweyer/Waldner/Neudert/Waldner, 21. Aufl. 2021, Erster Teil Rn. 16.

²⁰ So bereits BT-Drucks. 19/28177, S. 106; Kienzle, DNotZ 2021, 590, 591 f.

²¹ BeckOK-GmbHG/Tröllitzsch, 50. Ed., Stand: 1.12.2021, § 54 Rn. 2; Meier/Szalai, ZNotP 2021, 306, 315.

²² Kienzle, DNotZ 2021, 590, 592.

Entwurfsbegründung bislang lediglich für den Fall der Gesamtvertretung vor;²³ sie sollte darüber hinaus noch zum Ausdruck bringen, dass es nicht auf den Wohnsitz des konkret handelnden organschaftlichen Vertreters ankommt. Weiter sollte klargestellt werden, dass auch das in der beabsichtigten Beurkundung erst zu bestellende Vertretungsorgan für die Anknüpfung nach § 10a Abs. 3 Satz 3 BNotO ausreichend ist. Ferner könnte die Begründung noch darauf eingehen, dass unter Wohnsitz der Wohnsitz nach §§ 7 bis 9 und 11 BGB zu verstehen ist, wobei sich die Notarin bzw. der Notar in der Regel auf die Angaben der Beteiligten verlassen darf und keine Einzelfallprüfung vornehmen muss, es sei denn, es bestehen Anhaltspunkte für eine abweichende Sachlage.

D. Zu Art. 3 (Änderung des Beurkundungsgesetzes)

Die redaktionellen Anpassungen insbesondere des § 16c Satz 1 Nr. 2 GmbHG-E sind aus Sicht der Bundesnotarkammer und der notariellen Praxis sachgerecht. Nach der eIDAS-Verordnung können auch Ausweisdokumente der Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums für die Zwecke der grenzüberschreitenden Authentifizierung anerkannt werden. Soweit diese dem Sicherheitsniveau „hoch“ entsprechen, stellen diese für die notwendige Identifizierung der Beteiligten im Rahmen des notariellen Online-Verfahrens eine ausreichende Grundlage dar, sodass keine Bedenken gegen die Einbeziehung dieser elektronischen Identifizierungsmittel bestehen.

E. Zu Art. 5 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

I. Zu § 2 Abs. 2 GmbHG-E

Ebenfalls zu begrüßen ist § 2 Abs. 2 GmbHG-E, wonach die notarielle Beglaubigung oder Beurkundung der Gründungsvollmacht mittels Videokommunikation erfolgen kann. Dies ist konsequent, da der Gründungsvorgang selbst dem notariellen Online-Verfahren zugänglich ist, und ermöglicht es insbesondere, die praxisrelevanten Vollzugsvollmachten für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter online mitzubeurkunden, auf die § 2 Abs. 2 GmbHG-E Anwendung findet.²⁴

In diesem Zusammenhang stellt sich wiederum das bereits oben zu den Registervollmachten erwähnte Problem, dass bei einer im Wege der Videokommunikation beglaubigten Vollmacht keine Vollmachtsurkunde i.S. des § 172 BGB vorgelegt werden kann. Dies gilt im Rahmen der Gründungsvollmacht in noch viel stärkerem Maße, da die Rechtsscheinwirkung des § 172 BGB bei Mehrpersonengesellschaften gegenüber den Mitgründerinnen und Mitgründern Wirkung entfaltet.²⁵ Zudem wird auch eine Rechtsscheinwirkung gegenüber Dritten diskutiert, die

²³ Referentenentwurf, S. 16.

²⁴ Kienzle in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rn. 16 und 19; Referentenentwurf, S. 17.

²⁵ MHL/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 2 GmbHG Rn. 76; Herrler/Kienzle, 2. Aufl. 2021, § 18a Rn. 48.

aufgrund der Registereintragung auf die Gesellschafterstellung vertrauen.²⁶ Daher wird vorgeschlagen, § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E wie folgt zu fassen: „Die notarielle Beurkundung kann auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen.“

Positiv hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber bei § 2 Abs. 2 GmbHG-E auf die Möglichkeit einer Mitbeurkundung sonstiger nicht formbedürftiger Willenserklärungen entsprechend § 2 Abs. 3 Satz 3 und 4 GmbHG-E bewusst verzichtet hat.²⁷ Dies ist sachgerecht, da sich – aus den vorgenannten Erwägungen – ausschließlich eine Vollzugs- oder Gründungsvollmacht für das Online-Verfahren eignet, nicht aber sonstige Vollmachten wie etwa General- und Vorsorgevollmachten. Eine Klarstellung des diesbezüglichen Hintergrunds in der Entwurfsbegründung wäre wünschenswert.

Da § 2 Abs. 2 GmbHG aus Gründen des Verkehrsschutzes auf die Genehmigung eines durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages einer Mehr-Personen-GmbH²⁸ sowie auf die Bevollmächtigung zur Abgabe der Übernahmeerklärung²⁹ entsprechende Anwendung findet, wird eine entsprechende Klarstellung in der Begründung des Gesetzesentwurfes angeregt.

II. Zu § 2 Abs. 3 GmbHG-E

§ 2 Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 GmbHG-E ermöglichen die Mitbeurkundung von nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften und Beschlüssen mit einer GmbH-Gründung. Dies betrifft insbesondere (nicht aufgrund anderer Vorschriften formbedürftige) Gesellschaftervereinbarungen und – ab 1. August 2023 – Erfüllungsgeschäfte im Rahmen von Sachgründungen.

Beide Vorschriften enthalten mit Blick auf die notarielle Praxis zweckmäßige Regelungen und fördern die Rechtssicherheit, da in der Fassung des DiRUG unklar war, ob Gesellschaftervereinbarungen vom Anwendungsbereich der Online-Verfahren erfasst sind.³⁰

III. Zu § 48 Abs. 1 GmbHG-E

§ 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E gestattet es, Versammlungen fernmündlich oder mittels Videokommunikation durchzuführen, wenn sämtliche Gesellschafter sich mindestens in Textform hiermit einverstanden erklären.

Zuzustimmen ist dem Referentenentwurf darin, dass diese gesetzliche Regelung für Transparenz und Rechtssicherheit sorgt, weil sie Versammlungen per Videokommunikation unabhängig von einer statutarischen Grundlage gesetzlich zulässt, wenn sämtliche Gesellschafter

²⁶ MüKoGmbHG/Mayer, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 77.

²⁷ Referentenentwurf, S. 18.

²⁸ Wicke/Wicke, 4. Aufl. 2020, § 2 GmbHG Rn. 8, Altmeppen/Altmeppen, 11. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 33.

²⁹ Noack/Servatius/Haas/Servatius, 23. Aufl. 2022, § 55 GmbHG Rn. 32; Wicke/Wicke, 4. Aufl. 2020, § 55 GmbHG Rn. 12.

³⁰ Stelmaszczyk/Kienzle, GmbHR 2021, 849, 851.

einverstanden sind.³¹ Damit wird auch eine rechtssichere Grundlage für die Beurkundung von Beschlüssen im Wege des Videoverfahrens geschaffen.

Die Vorschrift selbst stößt allerdings aufgrund ihres Wortlauts und ihrer systematischen Verortung teilweise auf Bedenken.

So ist unklar, ob die Vorschrift eine bloße Klarstellung trifft oder eine Erweiterung vornimmt. Man könnte die Vorschrift einerseits dahingehend verstehen, dass der Begriff der „Versammlung“ ohnehin bereits die Zusammenkunft per Telefon oder Videokonferenz umfasst und dies nur klargestellt wird. Andererseits könnte der Vorschrift aber auch das Verständnis zugrunde liegen, dass der Begriff der „Versammlung“ weiterhin i. S. der Präsenzversammlung zu verstehen ist und dass die Vorschrift hier nur punktuell eine Erweiterung auf das fernmündliche bzw. auf das Videoverfahren vornimmt. Das – von der Präsenzversammlung insoweit abweichende – erforderliche Einverständnis aller Gesellschafter sowie der Umstand, dass eine Telefonkonferenz begrifflich weit von einer „Versammlung“ entfernt ist, legen Letzteres nahe. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des BGH-Beschlusses vom 5. Oktober 2021, der ausdrücklich eine vergleichbare Teilnahme der Anteilseigner und Durchführung der Versammlung wie bei einer physischen Präsenzveranstaltung fordert.³²

Die Regelung könnte daher zu Rechtsunsicherheiten führen. Auch die Regelungen des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften³³ können hierbei nicht als Referenz dienen. Im Gegenteil: § 118a Abs. 2 AktG-E sieht dort ausdrücklich einen Ort der Versammlung vor, sodass eine gewisse Mindestpräsenz – entsprechend dem Begriffsverständnis – gewährleistet ist. Eine Anknüpfung an den Begriff der „Versammlung“ stößt demnach auch insoweit auf Bedenken. Wir regen daher eine Formulierung an, die klarstellt, dass der Begriff der „Versammlung“ im GmbH-Recht weiterhin im Sinne einer Präsenzversammlung zu verstehen ist und die neue Vorschrift abweichend hiervon eine Öffnung für das fernmündliche und das Videoverfahren erlaubt.

Unabhängig hiervon dürfte aufgrund der systematischen Vergleichbarkeit mit § 48 Abs. 2 GmbHG eine Verortung in Abs. 2 zweckmäßiger sein. Dies gilt umso mehr, als § 48 Abs. 2 GmbHG bereits nach seiner bisherigen Fassung eine Beschlussfassung in Schrift- bzw. Textform erlaubt, sofern die Gesellschafter insoweit zustimmen. Unbeschadet der Möglichkeit der Vereinbarung einer entsprechenden satzungsmäßigen Grundlage³⁴ kann die Gesellschaft bereits nach geltender Rechtslage mit Zustimmung der Gesellschafter ein virtuelles oder

³¹ Referentenentwurf, S. 19.

³² BGH, DStR 2021, 2847.

³³ Abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [zuletzt aufgerufen am 25.3.2022].

³⁴ Wicke, DStR 2022, 498, 500 f.; MüKoGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2019, § 48 Rn. 178; Habersack/Casper/Löbbe/Hüffer/Schäfer, 3. Aufl. 2020, § 48 GmbHG Rn. 44.

fernmündliches Verfahren vorsehen; lediglich die Stimmabgabe selbst müsste in Text- oder Schriftform³⁵ erfolgen.

Wir regen nach alledem an, § 48 Abs. 1 GmbHG unverändert zu lassen und § 48 Abs. 2 GmbHG wie folgt zu fassen: *„Der Abhaltung einer Präsenzversammlung bedarf es nicht, wenn sich sämtliche Gesellschafter in Textform mit der schriftlichen, fernmündlichen oder per Videokommunikation durchzuführenden Abgabe der Stimmen einverstanden erklären.“*

Zudem regen wir an, bei der Begründung zu § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E nochmals klarzustellen, dass beurkundungsbedürftige Beschlüsse nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-E (insbesondere Einstimmigkeit und Beurkundungsverfahren nach §§ 16a ff. BeurkG) im Wege des Fernverfahrens gefasst werden können, wie dies bereits auf S. 20 des Referentenentwurfs zum Ausdruck kommt.

F. Zu Art. 6 (Weitere Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

I. § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E

§ 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E ermöglicht künftig auch die Sachgründung und die Bargründung mit Sachagio im Wege des notariellen Online-Verfahrens. Dadurch vervollständigt der Referentenentwurf die bereits mit dem DiRUG geschaffene Möglichkeit der reinen Bargründung um die weiteren Gründungsvarianten und eröffnet den Gründerinnen und Gründern vollen Gestaltungsspielraum, unabhängig davon, ob im Präsenz- oder im Online-Verfahren beurkundet wird.

Sehr zu begrüßen ist allerdings, dass der Referentenentwurf in § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E bei der Sachgründung solche Erklärungen ausklammert, die nach sonstigen Vorschriften beurkundungsbedürftig sind (insbesondere nach § 311b BGB, § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG). Damit nimmt der Entwurf konsequent und sachgerecht diejenigen Beurkundungsgegenstände aus, die aufgrund weitergehender Beurkundungszwecke, aufgrund eines höheren Komplexitätsgrades oder aufgrund gesteigerter geldwäscherechtlicher Anforderungen für ein Online-Verfahren nicht geeignet erscheinen.³⁶

Weitergehend dürfte die Einbeziehung der Sacheinlage gleichzeitig Rechtssicherheit für die praxisrelevante Gründungsvariante der Bargründung mit Vereinbarung eines Sachagios schaffen.³⁷ Nach der bisherigen Fassung des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG war unklar, ob diese – häufig als Alternative zur Sachgründung gewählte – Gründungsform vom Anwendungsbereich des notariellen Online-Verfahrens erfasst war.³⁸ Die Anpassung des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist daher sehr zu begrüßen. Selbstverständlich ist eine Mitbeurkundung im notariellen Online-

³⁵ Wicke/Wicke, 4. Aufl. 2020, § 48 GmbHG Rn. 5.

³⁶ Vgl. BT-Drucks. 19/28177, S. 113.

³⁷ Vgl. zur Sachkapitalerhöhung ausdrücklich: Referentenentwurf, S. 20.

³⁸ Stelmazczyk/Kienzle, GmbHR 2021, 849, 851; Omlor/Blöcher, DStR 2021, 2352, 2355 f.; Böhringer/Melchior, GmbHR 2022, 177, 179.

Verfahren analog zu den obigen Ausführungen nur möglich, soweit die Vereinbarung des Sachagios nicht bereits nach anderen Formvorschriften beurkundungsbedürftig ist. Dies gilt unabhängig davon, ob das Sachagio mit schuldrechtlicher oder statutarischer Wirkung vereinbart wird, da die Formvorschriften der § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG-E insbesondere auch in letzterem Falle Anwendung finden.³⁹ Das Erfüllungsgeschäft wäre – entsprechend den vorgenannten Grundsätzen – erfasst. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre diesbezüglich eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung wünschenswert.

II. § 53 GmbHG-E

§ 53 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E ermöglicht es, auch sämtliche Beschlüsse einschließlich Kapitalmaßnahmen im Wege des notariellen Online-Verfahrens zu beurkunden, soweit diese einstimmig gefasst werden. Daneben erlaubt § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-E eine Mitbeurkundung sonstiger Willenserklärungen und Beschlüsse entsprechend § 2 Abs. 3 Satz 3 und 4 GmbHG-E. Somit können künftig sämtliche Entscheidungen, die im Rahmen der Gründung getroffen werden können, auch im weiteren „Lebenszyklus“ der GmbH per Videokommunikation getroffen werden.

12

Das Einstimmigkeitserfordernis stellt ein zweckmäßiges und praxisgerechtes Abgrenzungskriterium dar, da nicht konsensuale Mehrheitsentscheidungen in aller Regel mit erhöhtem Beratungsbedarf, insbesondere aber mit kontroversen Diskussionen einhergehen, die im Rahmen einer Videokonferenz nicht gleichermaßen abgebildet werden können.⁴⁰ Zudem trüge eine Videokonferenz bei nicht konsensualen Beschlussfassungen ein erhöhtes Anfechtbarkeitsrisiko in sich, weil etwa vorgebracht werden kann, es habe kein Einverständnis mit der Beurkundung im Online-Verfahren bestanden oder es seien technische Schwierigkeiten aufgetreten. Die Beschränkung auf einstimmige Beschlüsse ist für die Praxis kein großes Hemmnis, da Beschlüsse der GmbH in aller Regel ohnehin einstimmig gefasst werden, zumal es sich bei knapp 60 % der GmbHs um Ein-Personen-GmbHs handelt, deren Beschlussfassung stets einstimmig erfolgt.⁴¹

III. § 55 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E, § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG-E

Schließlich wird durch § 55 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E sichergestellt, dass auch die im Rahmen der Kapitalerhöhung erforderliche Übernahmeerklärung im Wege des Online-Verfahrens beurkundet oder beglaubigt werden kann.

Gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG-E ist zudem – in Anlehnung an den mit dem DiRUG geänderten § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG⁴² – die Einreichung einer mit einer qualifizierten elektronischen

³⁹ Scheller, GmbHR 2022, R101, R102.

⁴⁰ Böhringer/Melchior, GmbHR 2022, 177, 185; zur Problematik im Rahmen virtueller Hauptversammlungen: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, AG 2021, 380, 386; Teichmann/Wicke, notar 2021, 221, 226; BeckOGKActG/Hoffmann, Stand: 1.9.2021, § 118 Rn. 84.

⁴¹ Bayer/Hoffmann, GmbHR 2014, 12 f.

⁴² BT-Drucks. 19/28177, S. 162.

Signatur versehenen Übernehmerliste zulässig, sodass Medienbrüche vermieden werden. Insofern dürfte es sich lediglich um eine Klarstellung des Gesetzgebers handeln.⁴³

Beide Änderungen sind konsequente und zweckmäßige Anpassungen zur Abrundung der Änderung des § 53 GmbHG-E.

G. Zu Art. 8 (Inkrafttreten)

Die zeitliche Staffelung des Inkrafttretens der Änderungen ist ebenfalls zu begrüßen, da es sich insbesondere bei den Änderungen des Art. 6 des Referentenentwurfs um eine nicht unerhebliche Ausweitung des Anwendungsbereiches handelt, die einige konzeptionelle Anpassungen erfordert. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, erste Praxiserfahrungen durch die Online-Beurkundung von Bargründungen der GmbHs zu sammeln. Ein entsprechender Bedarf ergibt sich ebenfalls aus technischer Sicht aufgrund der erforderlichen Anpassungen.

Zugleich ist eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Online-Beglaubigung insbesondere für Handelsregisteranmeldungen bereits zum 1. August 2022 unbedingt wünschenswert, damit das notarielle Online-Verfahren von vornherein die vollständige Online-Gründung und -Anmeldung einer GmbH & Co. KG ermöglicht.

H. Zur Erfüllungsaufwandschätzung

Ferner möchten wir mit Blick auf die Ausführungen zum Erfüllungsaufwand (insbesondere S. 2 f. und S. 13 des Referentenentwurfs) darauf hinweisen, dass die Auslagenpauschale, welche Notarinnen und Notare den Beteiligten in Rechnung stellen, die Kosten von Errichtung und Betrieb des Online-Beurkundungssystems nur zum kleinsten Teil abdecken. Der Großteil der Kosten wird durch die Notarinnen und Notare selbst getragen, die hierfür Gebühren in ganz erheblicher Höhe entrichten. Darauf könnte in diesem Zusammenhang noch hingewiesen werden.

I. Redaktionelle Änderungsvorschläge

Schließlich möchten wir noch auf geringfügige redaktionelle Punkte hinweisen:

- § 48 Abs. 1 Satz 1 GmbHG könnte an die „neue Rechtschreibung“ angepasst werden, indem das Wort „gefaßt“ durch das Wort „gefasst“ ersetzt wird. Auch in Art. 6 Nr. 2 lit. a des Referentenentwurfs wird etwa eine Anpassung an die neuen Rechtschreibregeln vorgenommen.
- Auf S. 18 und S. 19 des Referentenentwurfs müsste von „Inkrafttreten“ statt von „in Kraft treten“ gesprochen werden.

⁴³ Noack/Servatius/Haas/Servatius, 23. Aufl. 2022, § 40 GmbHG Rn. 3.

- Auf S. 18 des Referentenentwurfs sollte beim zweiten Absatz der Ausführungen zu Nummer 2 nach „Fällen“ ein Komma gesetzt werden und von „der Formvorschriften“ statt „den Formvorschriften“ gesprochen werden.
- Auf S. 19 des Referentenentwurfs müsste im zweiten Absatz das Komma nach „Gesellschaftsvertrag“ entfallen und im dritten Absatz ein Komma nach „Beschlussfassung“ folgen.
- Ferner müsste auf S. 19 des Referentenentwurfs der Verweis auf „Artikel 5 Absatz 2 c)“ in „Artikel 6 Nummer 2 c)“ geändert werden.

* * *

Kontakt:

Bundesnotarkammer K.d.ö.R.

Mohrenstraße 34
10117 Berlin

Telefon: +49 30 383866 – 0
Telefax: +49 30 383866 – 66
E-Mail: bnotk@bnotk.de

Büro Brüssel:
Avenue de Cortenbergh 172
B-1000 Bruxelles

Telefon: +32 2 7379000
Telefax: +32 2 7379009
E-Mail: buero.bruessel@bnotk.de