

Bundesnotarkammer | Mohrenstraße 34 | 10117 Berlin

An alle Notarkammern

Nachrichtlich an:
das Präsidium der Bundesnotarkammer
die Notarkasse
die Ländernotarkasse
das Deutsche Notarinstitut

GESCHÄFTSFÜHRUNG

Rundschreiben Nr. 4/2024
Beglaubigungen und Beurkundungen in ausländischen Online-Verfahren

19. August 2024
Unser Zeichen: 133/5

Sehr geehrte Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen,

Dr. Max Ehrl

in der notariellen und registerrechtlichen Praxis werden vereinzelt Dokumente vorgelegt, die in notariellen Online-Verfahren ausländischer Rechts- bzw. Verfahrensordnungen beglaubigt oder beurkundet wurden. Den betroffenen Notarinnen und Notaren werden bspw. elektronische Dokumente ausländischer Urkundspersonen oder papiergebundene Abschriften hiervon übermittelt mit der Bitte, diese bei inländischen Registergerichten oder Grundbuchämtern einzureichen. Teilweise sollen auf Grundlage dieser Dokumente auch weitere Amtsgeschäfte durch die deutsche Notarin bzw. den deutschen Notar durchgeführt werden (z.B. die Gründung einer GmbH mittels einer nach ausländischem Verfahrensrecht in einem Online-Verfahren beglaubigten Gründungsvollmacht).

Bundesnotarkammer K.d.ö.R.
Mohrenstraße 34
10117 Berlin
Tel.: +49 30 3838 66-0
Fax: +49 30 3838 66-66
E-Mail: bnotk@bnotk.de
Webseite: www.bnotk.de

Das deutsche Beurkundungsrecht stellt besondere Anforderungen an Urkunden, die in Online-Verfahren errichtet werden. Vorgenannte Dokumente sind derzeit – soweit ersichtlich – daher in der Regel weder eine taugliche Grundlage für Eintragungen in inländische Register noch für anschließende Beurkundungsverfahren. Denn häufig werden Urkunden vorgelegt, für welche nach deutschem Beurkundungsrecht kein Online-Verfahren zulässig ist oder deren ausländische Verfahrensordnung den rechtlichen und technischen Anforderungen des deutschen Gesetzgebers nicht entspricht.

Das Rundschreiben stellt zunächst den rechtlichen und technischen Rahmen notarieller Online-Verfahren nach dem deutschen Beurkundungsrecht dar und weist beispielhaft darauf hin, inwieweit das Verfahrensrecht anderer Staaten von dem in Deutschland vorgeschriebenen Sicherheitsniveau abweicht (A.). Anschließend geht das Rundschreiben näher auf praxisrelevante

Fragen ein, die sich bei der Vorlage ausländischer Online-Urkunden im notariellen und registerrechtlichen Verfahren ergeben (B.).

Eine Kurzübersicht über die unterschiedlichen Anforderungen, die rechtlichen Auswirkungen sowie Formulierungsvorschläge für notarielle Urkunden ist diesem Rundschreiben als Anlage beigefügt.

A. Verfahrensrechtliche und technische Vorgaben für notarielle Online-Verfahren

Die Frage, ob und unter welchen Umständen Urkunden, die nach einer ausländischen Verfahrensordnung errichtet wurden, ein im deutschen Recht angeordnetes Beurkundungs- oder Beglaubigungserfordernis erfüllen können, ist in ihren Einzelheiten umstritten.¹ Überwiegend wird angenommen, dass bei bestimmten Rechtsgeschäften auch die Beurkundung oder Beglaubigung nach einer ausländischen Verfahrensordnung einem deutschen Formerfordernis genügen kann. Voraussetzung ist, dass die ausländische Beurkundung oder Beglaubigung gleichwertig ist.² Eine Gleichwertigkeit ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit der deutschen Notarin oder des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.³ Nach der Rechtsprechung („... zu beachten hat ...“) sind zur Beurteilung der Gleichwertigkeit beide Verfahrensordnungen abstrakt gegenüberzustellen.⁴

Im Grundsatz gilt dieser Maßstab auch bei der Bewertung der Gleichwertigkeit von Urkunden, die in einem Online-Verfahren einer ausländischen Verfahrensordnung errichtet wurden. Wegen der Besonderheiten von Online-Verfahren sind – ergänzend zu den allgemeinen Grundsätzen – abstrakt die rechtlichen und technischen Anforderungen zu beachten, die der deutsche Gesetzgeber für notarielle Online-Verfahren aufgestellt hat. Diese umfassen die Vorgaben zum sachlichen Anwendungsbereich (I.) sowie die tragenden Grundsätze deutscher Online-Verfahren (II.).

Scheidet eine Gleichwertigkeit aus, gilt das Dokument aus Sicht der deutschen Rechtsordnung nicht als beurkundet bzw. beglaubigt. Bei materiellen Formvorschriften ist das zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig (§ 125 Satz 1 BGB).⁵ Handelt es sich um formelle Formvorschriften (wie etwa

¹ Teile der Literatur sprechen bestimmten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen eine *Substituierbarkeit* generell ab, vgl. etwa Schäfer in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 2 GmbHG Rn. 16 f.; Kindler in: Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl. 2021, IPR II Teil 10 Rn. 544; eingehend zur Frage der Substitution der Präsenz- und Online-Beurkundung durch einen österreichischen Notar, auch unter Berücksichtigung des Kollisionsrechts, Lieder, NZG 2022, 1043 (1044 ff.) mwN; ferner Omlor/Sedlmeir/Urbach, ZIP 2024, 1693 (1698 ff.).

² Vgl. ausführlich Lieder, NZG 2022, 1043 (1047 f.); Harbarth in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 53 GmbHG Rn. 79 ff.; Ulmer/Casper in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 53 GmbHG Rn. 52 ff.; Ulmer/Löbbecke in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rn. 19 ff.; Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 2 GmbHG Rn. 19 ff.; Kindler in: Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl. 2021, IPR II Teil 10 Rn. 544; Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 15 GmbHG Rn. 28 sowie § 2 GmbHG Rn. 28.

³ Grundlegend hierzu BGH, Beschl. v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, NJW 1981, 1160; ferner Stelmaszczyk in: BeckOGK, Stand 1.1.2024, § 2 GmbHG Rn. 118.

⁴ Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 15 GmbHG Rn. 34.

⁵ Vgl. für die Gründung einer GmbH Stelmaszczyk in: BeckOGK, Stand 1.4.2024, § 2 GmbHG Rn. 163.

§ 29 GBO), so liegt aus Sicht des deutschen Rechts lediglich eine Erklärung etwa in Textform vor.⁶ Derartige Urkunden sind in beiden Fällen von deutschen Behörden und Gerichten zurückzuweisen.

I. Anwendungsbereich der notariellen Online-Verfahren

Maßgeblich ist zunächst, ob das deutsche Beurkundungsgesetz für ein Beurkundungs- oder Beglaubigungserfordernis überhaupt die Errichtung einer Urkunde in einem Online-Verfahren vorsieht.⁷

Denn das deutsche Beurkundungsrecht setzt als wesentlichen Verfahrensgrundsatz voraus, dass sich die Beteiligten bei der Abgabe einer beurkundeten Willenserklärung bzw. beim Vollzug oder der Anerkennung einer Unterschrift in Gegenwart einer Notarin oder eines Notars befinden.⁸ Lediglich als Ausnahme von diesem Grundsatz können seit dem 1. August 2022 bestimmte Beurkundungen (§ 16a BeurkG) und Beglaubigungen (§ 40a Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BeurkG) im Bereich des Gesellschaftsrechts über das von der Bundesnotarkammer betriebene Videokommunikationssystem online vorgenommen werden, soweit dies durch ein formelles Gesetz zugelassen ist.⁹ Dem liegt die zutreffende Einschätzung des Gesetzgebers zugrunde, dass ein Online-Verfahren nur in bestimmten, ausdrücklich geregelten Fällen geeignet ist, die Schutzzwecke der notariellen Form funktionsäquivalent abzubilden.¹⁰ Einen solchen auf die Beurkundungszwecke abgestimmten Anwendungsbereich von Online-Verfahren haben auch andere Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie gewählt.¹¹

Diese gesetzgeberische Auswahlentscheidung führt dazu, dass eine Substitution des Beurkundungsverfahrens durch ein Online-Verfahren von vornherein ausscheidet, soweit das Beurkundungsgesetz ein Präsenzverfahren vorschreibt.¹² In diesen Fällen schließt die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers für ein Präsenzerfordernis die Gleichwertigkeit jedweden Online-Verfahrens vor in- oder ausländischen Notarinnen und Notaren aus.

Der **sachliche Anwendungsbereich** notarieller Online-Verfahren umfasst seit dem 1. Januar 2024:

- die Gründung einer GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt),
- die Beurkundung von Gründungsvollmachten und Nachgenehmigungen,
- einstimmige satzungsändernde Beschlüsse einschließlich Kapitalmaßnahmen und Übernahmeerklärungen **sowie**
- Anmeldungen zum Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- sowie zum Gesellschaftsregister.

⁶ DNotI-Gutachten Nr. 200443, S. 4; umgangen werden kann dies auch nicht dadurch, dass eine deutsche Urkundsperson eine beglaubigte Abschrift der ihm vorliegenden ausländischen Urkunde errichtet und einreicht. Sofern die „Ausgangsurkunde“ nicht unter Wahrung bspw. von § 29 GBO errichtet worden ist – mithin aus deutscher Sicht also Textform vorliegt –, kann auch eine beglaubigte Abschrift keine stärkere Beweiskraft haben als die Hauptschrift.

⁷ Generell sind Fernbeurkundungen und -beglaubigungen nur in Online-Verfahren möglich. Andere Formen von Fernverfahren (z.B. Unterschriftsabgleich) sind in Deutschland generell unzulässig.

⁸ DNotI-Report 2020, 121, 122 f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.4.2022 – 1 W 25/22 (Wx), NZG 2022, 1603, 1604; *Herrler* in: *Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis*, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 74.

⁹ Hintergrund dieser Regelungen sind das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) v. 5. Juli 2021 (BGBl. I, S. 3338) und das Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG) v. 15. Juli 2022 (BGBl. I, S. 1146).

¹⁰ BT-Drs. 19/28177, 115; BT-Drs. 20/1672, 21.

¹¹ Vgl. bspw. für Spanien Artículo 17 ter (1) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

¹² So ausdrücklich BT-Drs. 20/1672, S.13; *Scheller* in: BeckOGK, Stand 1.5.2024, § 129 BGB Rn. 60.

Online errichtete Urkunden, denen ein **anderer Gegenstand** zugrunde liegt, können dem folgend nach der ausdrücklichen Konzeption des Gesetzgebers im deutschen Rechtsverkehr **nicht** verwendet werden. Dies gilt bspw. für Grundbucheklärungen.¹³

II. Tragende Grundsätze der notariellen Online-Verfahren

Soweit der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsbereich für notarielle Online-Verfahren grundsätzlich eröffnet hat, sind bei der Bewertung von Urkunden, die in Online-Verfahren nach ausländischen Rechtsordnungen errichtet wurden, die rechtlichen und technischen Anforderungen zu beachten, die der deutsche Gesetzgeber für notarielle Online-Verfahren aufgestellt hat. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Urkunden ausländischer Verfahrensordnungen nur gleichwertig sein, wenn die ausländische Urkundsperson ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.¹⁴ Im Bereich von Online-Verfahren zählen hierzu nach den Gesetzgebungsmaterialien eine vergleichbar sichere persönliche Identifizierung der Beteiligten durch die Notarin oder den Notar anhand von elektronischen Identifizierungsmitteln und elektronisch übermittelten Lichtbildern sowie ein Videokommunikationssystem, das dem hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens in vergleichbarer Weise Rechnung trägt.¹⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Zulassung und Anerkennung notarieller Online-Verfahren für besonders hohe Sicherheitsstandards entschieden, um auch ohne persönliches Erscheinen der Beteiligten die Funktionsfähigkeit und Verlässlichkeit der mit Publizitätswirkung ausgestatteten Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- und Gesellschaftsregister, eine effektive Sanktionsdurchsetzung und Bekämpfung von Geldwäsche bzw. Terrorismusfinanzierung sowie die Erfüllung inländischer Steuerpflichten sicherzustellen.¹⁶ Die gesetzlichen Vorgaben für Online-Beurkundungen und -Beglaubigungen in anderen europäischen Rechtsordnungen unterscheiden sich hiervon zum Teil erheblich. Unterschiede bestehen bspw. im Hinblick auf den Betrieb der zugelassenen Videokommunikationsplattformen, die Art der Signatur, das vorgeschriebene Identifikationsverfahren oder die zulässigen Identifikationsmittel. Entsprechen Online-Verfahren anderer Rechtsordnungen nicht den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts, können die in diesen Verfahren errichteten Urkunden im deutschen Rechtsverkehr nicht verwendet werden. Nach überwiegender Literaturansicht entsprechen bspw. die Anforderungen des österreichischen Verfahrensrechts *nicht* den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts.¹⁷ Generell

¹³ Vgl. DNotI-Gutachten Nr. 200443.

¹⁴ Grundlegend BGH, Beschl. v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, NJW 1981, 1160.

¹⁵ So ausdrücklich BT-Drs. 20/1672, S. 13.

¹⁶ BT-Drs. 19/28177, S. 120 f.

¹⁷ Zur fehlenden Gleichwertigkeit des österreichischen Online-Verfahrens vgl. auch *Altmeyden*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 2 GmbHG Rn. 94; *Lieder*, ZIP, 2023, 1923 (1935), *Omlor/Sedlmeir/Urbach*, ZIP 2024, 1693 (1698 ff.); *Denga*, RD 2024, 123 (132); *Lieder*, NZG 2022, 1043 (1049 ff.); *Lieder*, ZRP 2022, 102 (104); *Bormann*, GmbHR 2023, 533 (534 ff.); *Schäuble* in: Staudinger, BGB (2024, im Erscheinen), Art. 11 EGBGB Rn. 317, 326; *Berthold*, RPflegler, 2023, 551 (556); *C. Jaeger* in: BeckOK GmbHG, 60. Ed. Stand 1.5.2024, § 2 GmbHG Rn. 14; *Tröllitzsch* in: BeckOK GmbHG, 60. Ed. Stand 1.5.2024, § 53 GmbHG Rn. 23b; DNotI-Report 2023, 9; *Knaier*, notar 2023, 135 (140 f.); *Sander* in: BeckOK BNotO, 9. Ed. Stand 1.2.2024, § 20 BNotO Rn. 40; *Strauß*, MittBayNot 2022, 429 (432); *Hertel/Strauß*, MittBayNot 2023, 433 (439); *Melchior* in: Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 12. Aufl. 2024, 13. Auslandsbezug Rn. 110; *Krafka*, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 80c; a. A. nur Deck, NZG 2024, 430 (437); ohne nähere Prüfung OLG Celle, Beschl. v. 1.8.2022 – 9 W 62/22, NZG 2023, 1087.

werden die Sicherheitsanforderungen des deutschen Beurkundungsrechts für Online-Verfahren – soweit ersichtlich – derzeit auch von keiner anderen Rechtsordnung erreicht.

Für die Errichtung von Urkunden in notariellen Online-Verfahren sieht das deutsche Beurkundungsrecht **spezielle, tragende Verfahrensgrundsätze** vor. Hierzu gehören nach überwiegender Auffassung insbesondere:

- das zum Einsatz kommende Videokommunikationssystem (§ 16a Abs. 1 BeurkG),
- die an die Stelle der vorgesehenen Unterschriften tretenden qualifizierten elektronischen Signaturen der Beteiligten sowie der Notarin bzw. des Notars (§ 16b Abs. 4 BeurkG) **sowie**
- das zu beachtende Identifikationsverfahren einschließlich der zulässigen Identifizierungsmittel (§ 16c BeurkG).

Urkunden können nach o.g. Maßstäben **im deutschen Rechtsverkehr nicht verwendet werden**, wenn sie nach einem ausländischen Verfahrensrecht online errichtet wurden, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts **nicht entspricht** (z.B. kein hoheitliches Videokommunikationssystem, keine höchstpersönliche Identifizierung, einstufiges Identifizierungsverfahren, Zulassung des Vertrauensniveaus „substanziell“ oder niedriger, kein Auslesen eines elektronischen Lichtbildes). Nach überwiegender Literaturansicht entsprechen bspw. die Anforderungen des österreichischen Verfahrensrechts nach derzeitigem Stand nicht den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts.

1. Vorgaben zu dem zum Einsatz kommenden Videokommunikationssystem (§ 16a Abs. 1 BeurkG)

Der deutsche Gesetzgeber hat sich – wie auch viele andere Mitgliedstaaten – bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie für eine hoheitliche Ausgestaltung der notariellen Online-Verfahren entschieden.¹⁸ Soweit das materielle Recht Online-Beurkundungen oder -Beglaubigungen zulässt, sind diese ausschließlich über das von der Bundesnotarkammer betriebene System vorzunehmen, vgl. § 16a Abs. 1, § 40a Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Der Betrieb des Videokommunikationssystems stellt für die Bundesnotarkammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Pflichtaufgabe in mittelbarer Staatsverwaltung dar. Als Aufsichtsbehörde kontrolliert das Bundesministerium der Justiz die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen.

Die Beschränkung auf das in öffentlicher Hand entwickelte und betriebene System trägt allem voran dem hoheitlichen Charakter der notariellen Tätigkeit und der Urkundsverhandlung Rechnung. Notarinnen und Notare sind gemäß § 1 BNotO unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Im Bereich des Gesellschaftsrechts stellt ihre Mitwirkung die Funktionsfähigkeit des Handelsregisters und damit die Erfüllung staatlicher Kernfunktionen sicher. Diese Aufgabe wollte der Gesetzgeber in die Hände einer Körperschaft des öffentlichen Rechts legen. Zudem gewährleistet nur ein hoheitlicher Betrieb, dass außerhalb der Staatsverwaltung stehende private Dritte oder fremde Staaten keinen Zugriff auf die sensiblen Inhalte eines Beurkundungsverfahrens erhalten. Die Vorgabe, Entwicklung und Betrieb des zu nutzenden Systems der öffentlichen Hand zuzuweisen, garantiert dem Rechts- und Geschäftsverkehr sowie der rechtsuchenden Bevölkerung, dass die Infrastruktur der öffentlichen Daseinsvorsorge höchsten

¹⁸ Bormann/Wosgien in: Festschrift Frenz, 2024, S. 59 (69).

Anforderungen im Bereich Sicherheit, Manipulationsresistenz, Datensicherheit und Datenschutz genügt. Generell gewährleistet die öffentliche Infrastruktur, dass die rechtsuchende Bevölkerung ausschließlich mit legitimen, staatlich bestellten Urkundspersonen in Kontakt tritt. Auch aus Sicht der Aufsichts- sowie der Registerbehörden ist die verpflichtende Nutzung eines bestimmten, hoheitlichen Videokommunikationssystems wesentlich, da diese die Übereinstimmung der technischen Ausgestaltung des Systems mit den berufs- und beurkundungsrechtlichen Amtspflichten andernfalls nicht oder nur mit großem Aufwand zuverlässig überprüfen könnten. Durch die vorgesehene Verwendung einer bestimmten, hoheitlichen Plattform können die Aufsichts- und die Registerbehörden hingegen auf die staatliche Stelle vertrauen, in deren Verantwortung das System entwickelt und betrieben wird. Die Nutzung anderer Plattformen, bspw. solche privater Anbieter, ist demnach im deutschen Beurkundungsrecht untersagt¹⁹ und stellt nicht nur eine schwerwiegende Amtspflichtverletzung dar, sondern führt darüber hinaus zur Nichtigkeit der notariellen Urkunde.

Nicht alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben sich bei der Einführung von Online-Beurkundungen und -Beglaubigungen für eine hoheitliche Ausgestaltung des Verfahrens entschieden. Bspw. sieht das estnische Recht generell keine notarielle Präventivkontrolle in einer hoheitlichen Online-Beurkundung vor. Das schwedische Verfahrensrecht enthält ebenfalls keine verbindlichen Vorgaben hinsichtlich der Sicherheitsanforderungen, die an ein bei Beurkundungen zum Einsatz kommendes Videokommunikationssystem zu stellen sind.²⁰ Auch in der österreichischen Notariatsordnung sind weder ein hoheitlicher Betrieb noch konkretisierende Sicherheitsanforderungen oder eine besondere staatliche Aufsicht hinsichtlich der zu nutzenden Videokommunikationssysteme vorgeschrieben.²¹

Das deutsche Beurkundungsrecht schreibt als **tragenden Verfahrensgrundsatz die Verwendung eines hoheitlichen Videokommunikationssystems** vor. Ausländische Verfahrensordnungen, die keine entsprechende Vorgabe enthalten, sind insoweit nicht gleichwertig.

2. Vorgaben zum Ersatz der Unterschriften durch qualifizierte elektronische Signaturen (§ 16b Abs. 4 BeurkG)

Notarinnen und Notare errichten im Online-Verfahren eine originär elektronische Niederschrift. An die Stelle der Unterschriften tritt gemäß § 16b Abs. 4 Satz 1 BeurkG jeweils eine qualifizierte elektronische Signatur. Diese Vorgabe gilt für sämtliche mitwirkenden Personen, also insbesondere auch für Dolmetscherinnen und Dolmetscher, Zeuginnen und Zeugen, sowie weitere Hilfspersonen. Wie bei der Unterschrift (vgl. § 13 Abs. 3 Satz 1 BeurkG) handelt es sich dabei um eine Wirksamkeitsvoraussetzung.

Qualifizierte elektronische Signaturen setzen ein von einem qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter ausgestelltes, zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültiges qualifiziertes Zertifikat voraus. Signatur und Dokument sind derart verbunden, dass nachträgliche Änderungen am Dokument nicht

¹⁹ BT-Drs. 20/1672, S. 12; BT-Drs. 19/28177, S. 115 f.

²⁰ Generell enthält das Verfahrensrecht weder spezielle Vorschriften zur Feststellung der Beteiligten noch Prüfungs- und Belehrungspflichten. Maßgeblich ist vielmehr eine Generalklausel, wonach der Notar sein Amt redlich, sorgfältig und unparteiisch ausüben soll, vgl. *Krage*, DNotZ 1998, 787 (791 f.).

²¹ § 69b Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 ÖNO bzw. § 79 Abs. 9 Satz 2 ÖNO.

unbemerkt erfolgen können. Der qualifizierten elektronischen Signatur kommt daher neben einer Autorisierungsfunktion auch ein Integritätsschutz zu. Beide Aspekte haben bei der Durchführung notarieller Online-Verfahren besonderes Gewicht. Mangels persönlicher Anwesenheit der Urkundsbeteiligten vor der Notarin bzw. dem Notar kann nur so sichergestellt werden, dass eine Erklärung der signierenden Person eindeutig zugeordnet werden kann und das Dokument nicht nachträglich verändert wurde. Daher hat sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden, von allen Beteiligten sowie der Urkundsperson die Anbringung einer qualifizierten elektronischen Signatur zu verlangen. Einfache oder fortgeschrittene elektronische Signaturen, die keine Gewähr für die Echtheit oder Unveränderlichkeit einer Erklärung oder die Identität der erklärenden Person bieten, sind im Online-Verfahren ausgeschlossen, weil sie nach der zutreffenden Auffassung des deutschen Gesetzgebers nicht gleichwertig zu dem Sicherheitsstandard im Präsenzverfahren sind.²²

Auch diesem Verfahrensgrundsatz entsprechen Vorgaben anderer (Mitglied-)Staaten zur Errichtung notarieller Urkunden im Online-Verfahren häufig nicht. Das spanische Verfahrensrecht lässt etwa fortgeschrittene elektronische Signaturen genügen.²³ Diese entsprechen nicht dem Sicherheitsstandard qualifizierter elektronischer Signaturen, weil keine Identifizierung der signierenden Person durch einen qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter gewährleistet ist und keine besonderen Vorkehrungen gegen die missbräuchliche Verwendung der Signaturerstellungseinheit vorgeschrieben sind, vgl. Art. 26, 28, 32 eIDAS-VO. Das österreichische Verfahrensrecht setzt in § 68 Abs. 1 lit. g, § 69b Abs. 4 Satz 1, Abs. 4a Satz 1 öNO sogar lediglich allgemein eine „elektronische Signatur“ i.S.v. Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO voraus, sodass bereits eine einfache elektronische Signatur (z.B. einfaches Eintippen des Namens per Tastatur ohne Identitätsbestätigung, eingescannte Unterschrift) den verfahrensrechtlichen Vorgaben genügt.²⁴ Einfache elektronische Signaturen erlauben keine verlässliche Zuordnung der Erklärung zum Unterzeichner²⁵ und schützen die Integrität des Erklärten nicht. Eine qualifizierte elektronische Signatur der Beteiligten wird auch hier nicht verbindlich vorausgesetzt. Die Anforderungen der beiden genannten Verfahrensordnungen an den Schutz der Erklärungen der Beteiligten bleiben daher insoweit hinter denen des deutschen Beurkundungsgesetzes zurück und sind nach der zutreffenden Auffassung des deutschen Gesetzgebers dem Sicherheitsstandard im Präsenzverfahren nicht gleichwertig.²⁶ Da für die Frage der Gleichwertigkeit eine abstrakte Betrachtung maßgeblich ist, ist unerheblich, ob die Beteiligten das Dokument im Einzelfall – aus Sicht des ausländischen Verfahrensrechts überobligatorisch – qualifiziert elektronisch signiert haben.

Das deutsche Beurkundungsrecht schreibt als **tragenden Verfahrensgrundsatz** vor, dass sowohl die Notarin bzw. der Notar als auch die Urkundsbeteiligten und sonstige unterzeichnenden Personen eine **qualifizierte elektronische Signatur** an der online errichteten Urkunde anbringen. Ausländische Verfahrensordnungen, die keine entsprechende Vorgabe enthalten, sind nach zutreffender Auffassung des deutschen Gesetzgebers insoweit nicht gleichwertig.

²² BT-Drs. 20/1672, S. 12 f.

²³ Artículo 17 ter (4) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas.

²⁴ Zib in: Zib/Umfahrer, Notariatsordnung, 2. Aufl. 2023, § 69b öNO Rn. 39.

²⁵ Anders als bei einem Präsenzverfahren kann der Notar den Signaturvorgang bei einem Online-Verfahren nicht unmittelbar wahrnehmen und sich so von einer höchstpersönlichen Unterschriftsleistung überzeugen.

²⁶ BT-Drs. 20/1672, S. 12.

3. Vorgaben zum zu beachtenden Identifikationsverfahren sowie zu den zulässigen Identifizierungsmitteln (§ 16c BeurkG)

a) Deutsches Beurkundungsrecht legt den Fokus auf rechtssichere Identifizierung im Online-Verfahren

Die Amtspflicht des § 10 Abs. 1 BeurkG, sich Gewissheit über die Person der Beteiligten zu verschaffen, gilt uneingeschränkt auch bei Online-Verfahren. Die Notarin bzw. der Notar hat die Identität der Beteiligten höchstpersönlich festzustellen und kann diese Pflicht nicht auf andere Personen oder gar externe Dienstleister auslagern. Bereits im Präsenzverfahren hat die Notarin bzw. der Notar bei der Feststellung der Person der Beteiligten mit „besonderer“²⁷ bzw. „äußerster“²⁸ Sorgfalt vorzugehen. Wegen der fehlenden persönlichen Anwesenheit der Beteiligten und der fehlenden Möglichkeit, vorgelegte Ausweisdokumente physisch zu überprüfen, besteht bei Online-Verfahren ein gesteigertes Risiko von Identitätstäuschungen. Angesichts dieses Missbrauchspotenzials hat der deutsche Gesetzgeber bei der Einführung der notariellen Online-Verfahren ein besonderes Augenmerk auf die rechtssichere Identifizierung der Beteiligten gelegt.²⁹

Anders als im Präsenzverfahren steht es daher nicht im Ermessen der Notarin bzw. des Notars, wie sie bzw. er sich Gewissheit i.S.d. § 10 Abs. 1 BeurkG verschafft. Vielmehr sieht § 16c BeurkG für das Online-Verfahren konkrete, strenge Vorgaben vor. Eine ordnungsgemäße Identifizierung setzt hier nach ein *zweistufiges* Verfahren voraus:

- Die Notarin bzw. der Notar hat sich von den Beteiligten zunächst einen *elektronischen Identitätsnachweis* (sog. *eID*) übermitteln zu lassen. Zulässig sind ausschließlich elektronische Identitätsnachweise oder Identifizierungsmittel, die auf dem Vertrauensniveau „hoch“ i.S.d. Art. 8 Abs. 2 lit. c der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 anerkannt wurden.
- Sodann muss sich die Notarin bzw. der Notar ein unmittelbar auf dem Ausweisdokument gespeichertes *elektronisches Lichtbild* übermitteln lassen, das die Notarin bzw. der Notar mit dem Erscheinungsbild der Beteiligten vergleicht.

§ 16c Satz 1 BeurkG verlangt somit kumulativ, dass der Notarin bzw. dem Notar zwei Datensätze unmittelbar von dem jeweiligen Beteiligten zur Verfügung gestellt werden. Es reicht im Grundsatz nicht aus, nur den elektronischen Identitätsnachweis oder nur das elektronische Lichtbild zur Feststellung der Person der Beteiligten zu verwenden. Dem liegen die folgenden Erwägungen zugrunde:

Da der vom deutschen Beurkundungsrecht vorgeschriebene elektronische Identitätsnachweis zwingend dem höchsten Vertrauensniveau „hoch“ entsprechen muss, wird für sich genommen bereits ein vergleichsweise hohes Sicherheitsniveau erreicht. Denn die eID erfordert neben einem Besitzelement auch ein Wissensselement (bspw. die Eingabe einer PIN). Allerdings kann durch den elektronischen Identitätsnachweis nicht zuverlässig ausgeschlossen werden, dass sich Unbefugte Kenntnis von der PIN verschaffen bzw. der Beteiligte eID samt PIN einer anderen Person überlässt. Um Fälle missbräuchlicher Verwendung oder verdeckter Stellvertretung effektiv auszuschließen und eine

²⁷ § 26 Abs. 1 DNot in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung.

²⁸ BGH, Urt. v. 20.03.1956 – III ZR 11/55, DNotZ 1956, 502.

²⁹ BT-Drs. 19/28177, S. 115, 119 ff., BT-Drs. 20/1672, S. 12 f.

höchstpersönliche Mitwirkung der Beteiligten zu gewährleisten, sieht § 16c Satz 2 BeurkG daher einen Abgleich der in der Videokonferenz erschienenen Person mit einem elektronisch übermittelten Lichtbild vor.

Ein Lichtbildabgleich hat dabei gemäß § 16c Satz 2 BeurkG ausschließlich anhand eines elektronischen Lichtbildes zu erfolgen, das unmittelbar aus dem Speicher des Ausweisdokuments ausgelesen und im Anschluss direkt an die Notarin bzw. den Notar weitergeleitet wird. Bevor der Notarin bzw. dem Notar das Lichtbild zur Identifizierung angezeigt wird, überprüft das zu verwendende Videokommunikationssystem nach § 10 Abs. 3 Satz 3 NotViKoV das Ausweisdokument auf Echtheit und Gültigkeit sowie die ausgelesenen Daten auf Manipulationsfreiheit. Somit ist sichergestellt, dass zur Identifizierung unmittelbar eine hoheitlich überprüfte und unveränderte Bilddatei genutzt wird. Andere audiovisuelle Identifizierungsverfahren schließt § 16c BeurkG im Umkehrschluss und nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers aus. Dies gilt insbesondere für sog. Video-Ident-Verfahren. Grundlage der Identifizierung ist bei diesen der analoge Ausweis, der von einer Webcam abgefilmt wird. Die identifizierende Stelle nimmt die auf dem Ausweisdokument aufgedruckten Daten so lediglich mittelbar wahr. Da mit der Aufzeichnung durch die Webcam zwangsläufig ein weiterer Schritt zwischengeschaltet ist, der eine Angriffsfläche für Identitätstäuschungen bietet, dürfen Video-Ident-Verfahren in notariellen Online-Verfahren nicht zum Einsatz kommen. Den Gesetzgebungsmaterialien ist unter anderem aus diesem Grund zu entnehmen, dass der deutsche Gesetzgeber Video-Ident-Verfahren für notarielle Online-Verfahren als zu manipulationsanfällig ansieht.³⁰ Ein „Auslesen“ des elektronischen Lichtbildes – wie von § 16c Satz 2 BeurkG ausdrücklich gefordert – findet bei Video-Ident-Verfahren gerade nicht statt.³¹

Die erforderlichen technischen Schritte des vorgeschriebenen Identifizierungsverfahrens können die Notarinnen und Notare mithilfe des von der Bundesnotarkammer entwickelten und betriebenen Videokommunikationssystems vollziehen.³²

b) Geringere Anforderungen in anderen Rechtsordnungen

Die Verfahrensordnungen anderer europäischer Staaten stellen – soweit auch dort notarielle Online-Verfahren vorgesehen sind – unterschiedliche Anforderungen an das bei der Identifizierung der Beteiligten einzuhaltende Sicherheitsniveau.³³ Den hohen verfahrensrechtlichen Standards des § 16c BeurkG entspricht derzeit – soweit ersichtlich – keine ausländische Verfahrensordnung.

Bspw. schreibt das spanische Verfahrensrecht für die Identifikation der Beteiligten nicht verpflichtend vor, dass auf ein elektronisches Identifizierungsmittel im Sinne der eIDAS-Verordnung

³⁰ BT-Drs. 19/28177, 121; zum Ablauf eines Video-Ident-Verfahrens sowie zur Kritik ZD-Aktuell 2022, 01309; *Wand*, DuD 2024, 232 (234); *Biallaß*, RDi 2023, 59 (64); *Biallaß/Leeb*, Rechtspfleger Studienhefte 6/2023, 234 (235); generell zu Gefahren und Gegenmaßnahmen bei Deepfakes siehe *Steffes/Zichler*, DuD 2024, 158; zu Missbrauchsmöglichkeiten vgl. auch BGH, Urt. v. 26.9.2023 – XI ZR 98/22, MMR 2023, 952; ferner Tagesspiegel v. 10.8.2022 („Gematik verbietet Videoident-Verfahren“).

³¹ *Omlor/Sedlmeir/Urbach*, ZIP 2024, 1639 (1641 ff.).

³² § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 9 Abs. 1 Satz 1, § 10 Abs. 2 und 3 NotViKoV. Ausführliche Informationen enthält die Online-Hilfe der Bundesnotarkammer, abrufbar unter <https://onlinehilfe.bnotk.de/einrichtungen/online-verfahren-im-gesellschaftsrecht/allgemein/einstiegs-hilfen/bearbeitung-eines-vorgangs-in-vier-schritten.html#c9911>, zuletzt abgerufen am 19.08.2024.

³³ Zur Ungleichwertigkeit von Fernbeglaubigungen durch Unterschriftenabgleich OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.4.2022 – 1 W 25/22 (Wx), NZG 2022, 1603; KG, Beschl. v. 3.3.2022 – 22 W 92/21, NZG 2022, 926.

zurückgegriffen werden muss. Auch die Übermittlung eines elektronisch gespeicherten Lichtbildes ist nicht vorgeschrieben.³⁴ Das österreichische Recht lässt für die Feststellung der Beteiligten nach § 69 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 öNO ein Video-Ident-Verfahren genügen, das § 16c BeurkG gerade ausschließt. Die technische Durchführung dieses Video-Ident-Verfahrens kann darüber hinaus auf Mitarbeitende oder auf private Dienstleister delegiert werden.³⁵ Dabei kann zwischen Durchführung der Identifizierung und Errichtung des Notariatsaktes auch ein zeitlicher Abstand liegen,³⁶ sodass es nach der österreichischen Verfahrensordnung bspw. genügt, wenn der Notarin oder dem Notar bei der Online-Beurkundung ein Screenshot eines abgefilmten Ausweisdokuments vorliegt. *Alternativ* kann nach dem österreichischen Recht die Feststellung der Beteiligten nach § 69 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 öNO auch anhand eines „elektronischen Ausweises“ erfolgen, wobei der österreichische Gesetzgeber eine eID des Sicherheitsniveaus „substanziell“ genügen lässt.³⁷ Beide Identifizierungsalternativen bleiben für sich genommen hinter den Anforderungen des deutschen Beurkundungsgesetzes zurück: Das österreichische Verfahrensrecht verlangt weder zwingend die Feststellung der Person der Beteiligten anhand zweier separater Datensätze, noch wird rechtlich überhaupt vorausgesetzt, dass der Notarin bzw. dem Notar für die Identifizierung ein amtliches Lichtbild zur Verfügung steht, das ohne Manipulationsmöglichkeiten unmittelbar aus dem elektronischen Speicher eines Ausweisdokuments ausgelesen wurde.

Das deutsche Beurkundungsrecht schreibt als **tragenden Verfahrensgrundsatz** vor, dass die **Identifizierung der Beteiligten in Online-Verfahren** durch die Notarin bzw. den Notar **höchstpersönlich** in einem **zweistufigen Verfahren** durchzuführen ist. Dabei sind ein **elektronisches Identifizierungsmittel des Vertrauensniveaus „hoch“** sowie ein **elektronisch ausgelesenes Lichtbild** zu verwenden. Ausländische Verfahrensordnungen, die keine entsprechende Vorgabe enthalten, sind insoweit nach zutreffender Auffassung des deutschen Gesetzgebers nicht gleichwertig.

B. Praxisrelevante Rechtsfragen bei der Vorlage entsprechender Dokumente

Sind Urkunden ausländischer Verfahrensordnungen nicht gleichwertig und entsprechen diese daher nicht den deutschen Formerfordernissen, stellen sich in der notariellen und registerrechtlichen Praxis verschiedene Fragen zum Umgang mit derartigen Dokumenten.

I. Umgang mit Vollmachtsurkunden

1. Keine formwirksame Gründungsvollmacht

Werden der Notarin bzw. dem Notar Vollmachten vorgelegt, dann ist gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG deren Inhalt, Umfang und Wirksamkeit zu prüfen.³⁸ Bei Vollmachten, für deren Errichtung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist (bspw. nach § 2 Abs. 2 GmbHG), ist dabei auch zu prüfen, ob die Vollmacht formwirksam errichtet wurde.³⁹ Wenn eine ausländische Vollmachtsurkunde vorgelegt

³⁴ Artículo 17 ter (2) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas.

³⁵ Vgl. § 69b Abs. 2 Satz 2, § 79 Abs. 9 Satz 1 öNO i.V.m. §§ 3 Abs. 3, 5 NEIV; ferner *Lieder*, NZG 2022, 1043 (1052).

³⁶ *Zib* in: Zib/Umfahrer, Notariatsordnung, 2. Aufl. 2023, § 69b öNO Rn. 19.

³⁷ *Lieder*, NZG 2022, 1043 (1051); DNotI Report 2023, 9 (12).

³⁸ *Heinze* in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 2 GmbHG Rn. 94; *Stelmaszczyk* in: BeckOGK, Stand 15.8.2022, § 2 GmbHG Rn. 253.1.

³⁹ Für Beglaubigungen *im Präsenzverfahren* vgl. die Übersicht von *Schaub* in: Bauer/Schaub, Grundbuchordnung, 5. Aufl. 2023, K Rn.623.

wird, mit der bspw. das Formerfordernis nach § 2 Abs. 2 GmbHG erfüllt werden soll, ist also auch zu prüfen, ob die ausländische Verfahrensordnung den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Ist dies nicht der Fall, ist die Vollmacht materiell unwirksam. Die Vollmachtsurkunde kann dann nicht Grundlage einer Stellvertretung im Rahmen einer beurkundeten Willenserklärung sein.

Wird einer deutschen Notarin oder einem deutschen Notar also bspw. eine Gründungsvollmacht übermittelt, die in einem ausländischen Online-Verfahren errichtet wurde, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts nicht entspricht, kann der Gesellschaftsvertrag einer GmbH nicht beurkundet werden. Im Fall einer Mehr-Personen-Gesellschaft wäre eine Beurkundung vorbehaltlich der Genehmigung der nicht wirksam vertretenen Person denkbar.

2. Regelmäßig fehlende Möglichkeit zur Vorlage von Ausfertigungen

Der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH auf Grundlage einer in ausländischen Online-Verfahren *beglaubigten* Gründungsvollmacht stehen darüber hinaus bereits aus materiellrechtlichen sowie beurkundungsverfahrensrechtlichen Gründen Bedenken entgegen. Denn die Notarin bzw. der Notar hat sich Vollmachtsurkunden regelmäßig entweder im Original oder in auf den Beteiligten lautender Ausfertigung vorlegen zu lassen.⁴⁰ Einfache oder beglaubigte Abschriften sowie rein elektronische Dokumente reichen in diesen Fällen demgegenüber nicht.⁴¹

Die Rechtsscheinwirkung des § 172 BGB setzt zwingend eine papiergebundene Urkunde oder Ausfertigung voraus. Denn die für den Vollmachtgeber ggf. nachteiligen Wirkungen begründen sich damit, dass dieser jederzeit die Möglichkeit hat, dem Rechtsverkehr den Rechtsscheinträger zu entziehen. Bis zur Rückgabe bzw. Kraftloserklärung des physischen Originals oder der Ausfertigung darf sich ein redlicher Vertragspartner daher auf den Fortbestand der erteilten Vollmacht verlassen. Elektronische Dokumente können nach der derzeitigen Rechtslage keine Rechtsscheinwirkung begründen. Denn elektronische Dokumente lassen sich nicht zuverlässig auf ihren rechtlichen Fortbestand prüfen und zudem beliebig vervielfältigen. Insbesondere ließe sich ein Widerruf der Vollmacht nicht rechtssicher prüfen und nachvollziehen.⁴²

Vor diesem Hintergrund können Gründungsvollmachten nach Maßgabe des § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausschließlich mittels Videokommunikation *beurkundet* und – anders als im Präsenzverfahren – gerade nicht *beglaubigt* werden. Denn gemäß § 49 BeurkG können von originär elektronischen Urkunden Ausfertigungen erstellt werden, für die die Rechtsscheinwirkung des § 172 BGB Anwendung findet.⁴³

⁴⁰ BGH, Urt. v. 27.5.1993 – IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485; BGH, Urt. v. 21.1.1988 – IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43; *Thelen/Hermanns*, DNotZ 2019, 725 (743 f.); *Winkler* in: *BeurkG*, 21. Aufl. 2023, § 12 BeurkG Rn. 14.

⁴¹ Unberührt bleibt die Möglichkeit einer besonderen Mitteilung nach § 171 BGB, insbesondere wenn eine Vollmacht formfrei erteilt werden kann und auch für den Vollzug nicht in notarieller Form vorzulegen ist, vgl. *Thelen/Hermanns*, DNotZ 2019, 725, 732.

⁴² Vgl. hierzu ausführlich *Lieder*, ZIP 2023, 1923 (1932).

⁴³ *Stelmaszczyk* in: *BeckOGK*, Stand 1.4.2024, § 2 GmbHG, Rn. 505; BT-Drs. 20/1672, S. 22.

II. Registerrechtliche Vorprüfung gemäß § 15 Abs. 3 GBO, § 378 Abs. 3 FamFG

Bei Anmeldungen in bestimmten Registersachen sowie bei Erklärungen im Grundbuchverfahren hat die Notarin bzw. der Notar die Eintragungsfähigkeit zu prüfen und das Ergebnis in einem Prüfvermerk zu dokumentieren. Dies gilt unabhängig davon, ob diese bzw. dieser die Anmeldung oder Erklärung entworfen hat. Zweifelt die Notarin bzw. der Notar an der Eintragungsfähigkeit, hat sie bzw. er die Beteiligten hierauf hinzuweisen und entsprechende Änderungen anzuregen. Wünschen die Beteiligten dennoch unveränderte Anmeldung, so hat die Notarin bzw. der Notar die Zweifel in einem Prüfvermerk für das Registergericht darzustellen. Unzulässig wäre dagegen, die Erstellung eines Prüfvermerks abzulehnen.⁴⁴

Nach allgemeiner Auffassung können ausschließlich deutsche Notarinnen und Notare registerrechtliche Prüfvermerke (§ 15 Abs. 3 GBO, § 378 Abs. 3 FamFG) anbringen. Hintergrund ist, dass nur so eintragungsfähige Antragstellungen und die damit einhergehende Filter- und Entlastungsfunktion zuverlässig erreicht werden.⁴⁵ Ein von ausländischen Urkundspersonen angebrachter Prüfvermerk genügt den register- bzw. grundbuchverfahrensrechtlichen Anforderungen daher nicht.⁴⁶ Fehlt ein hinreichender Prüfvermerk, hat das Registergericht bzw. Grundbuchamt nach überwiegender Auffassung bereits aus diesem Grund eine Zwischenverfügung zu erlassen.⁴⁷

Grundsätzlich ist zu prüfen, ob die Anmeldung abstrakt auf eine eintragungsfähige Tatsache gerichtet ist und ob die Formulierung der Anmeldung eine derartige Eintragung zuließe, deren Fassung also bestimmt genug ist.⁴⁸ Eine weitergehende inhaltliche Prüfungspflicht – etwa hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit im konkreten Fall oder in Bezug auf beizufügende Anlagen – besteht dagegen nicht. Eine solche könnte sich lediglich aus § 17 BeurkG ergeben.⁴⁹ Soweit keine Pflicht zur inhaltlichen Prüfung besteht, ist der Notarin bzw. dem Notar eine weitergehende Prüfung mit Blick auf die Zwecke der notariellen Vorprüfung (materielle Richtigkeitsgewähr, Beschleunigung und Entlastung des Registerverfahrens, Filter- und Entlastungsfunktion) jedenfalls nicht untersagt.

Für die **notarielle Praxis** ergeben sich dadurch **folgende Auswirkungen**:

- Legen die Beteiligten eine **Registeranmeldung** oder Grundbucheklärung vor, die in einem **nicht gleichwertigen ausländischen Online-Verfahren beglaubigt** wurde, ist diese bereits aus formellen Gründen nicht eintragungsfähig. Die deutsche Notarin bzw. der deutsche Notar hat der Anmeldung bzw. Erklärung daher grundsätzlich einen negativen Prüfvermerk beizufügen.⁵⁰ Bestehen die Beteiligten dennoch auf eine Einreichung, darf die Notarin oder der Notar diese nach

⁴⁴ BT-Drs. 18/10607, S. 109 ff.

⁴⁵ *Krafka* in: Münchener Kommentar FamFG, 3. Aufl. 2019, § 378 FamFG Rn. 15 f.; *Reetz* in: BeckOK GBO, 53. Ed. Stand 3.6.2024, § 15 GBO Rn. 81; *Otto* in: BeckOK FamFG, 51. Ed. Stand 1.8.2024, § 378 FamFG Rn. 54.

⁴⁶ *Lieder*, ZIP 2023, 1923 (1934).

⁴⁷ *Otto* in: BeckOK FamFG, 51. Ed. Stand 1.8.2024, § 378 FamFG Rn. 75 f. m.w.N.; BT-Drs. 18/10607, S. 109; a.A. *Krafka* in: Münchener Kommentar FamFG, 3. Aufl. 2019, § 378 FamFG Rn. 18.

⁴⁸ *Eickelberg* in: Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 378 FamFG Rn. 34.

⁴⁹ *Eickelberg* in: Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 378 FamFG Rn. 33.

⁵⁰ Angelehnt an *Weber*, RNotZ 2017, 427 (434) könnte dieser lauten: „Gegen die Eintragungsfähigkeit der vorstehenden zur Eintragung erforderlichen Erklärungen/Anmeldung bestehen nach Prüfung durch den Notar für das Grundbuchamt/Registergericht gemäß § 15 Abs. 3 GBO/§ 378 Abs. 3 FamFG Bedenken. Die Anmeldung/Erklärung wurde nach dem Verfahrensrecht von [Land] mittels Videokommunikation errichtet. Nach dem deutschen Verfahrensrecht ist jedoch ausschließlich ein Präsenzverfahren zulässig./Das Verfahrensrecht in [Land] ist dem deutschen Beurkundungsgesetz nicht gleichwertig.“

Auffassung des Gesetzgebers grundsätzlich nicht ablehnen, da die notariellen Prüfpflichten die Prüfungskompetenzen des Registergerichts nicht einschränken.⁵¹ Es dürfte sich anbieten, die Beteiligten vorab auf die Bedenken hinzuweisen und eine formgerechte Errichtung anzuregen.⁵²

- Legen die Beteiligten einen **Gesellschaftsvertrag** vor, der in einem **nicht gleichwertigen ausländischen Online-Verfahren beurkundet** wurde, und bitten die Beteiligten, die zugehörige Registeranmeldung zu fertigen, so hat die deutsche Notarin bzw. der deutsche Notar vor Fertigung der Anmeldung eine formgerechte Beurkundung des Gesellschaftsvertrages anzuregen, da das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft andernfalls nach überwiegender Ansicht abzulehnen hat, § 9c Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GmbHG. Bei Entwurfsfertigungen gelten die umfangreichen Prüfpflichten des § 17 BeurkG.⁵³

III. Einreichung isolierter Gesellschafterlisten

Bei Auslandsbeurkundungen sind deutsche Notarinnen und Notare – mangels Mitwirkung i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – nicht verpflichtet, eine notarbescheinigte Gesellschafterliste einzureichen. Eine inländische Urkundsperson kann eine Gesellschafterliste lediglich als Bote einreichen.⁵⁴ Einer Vorprüfung gemäß § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG einschließlich positiven oder negativen Vermerks ist bei Einreichung einer Gesellschafterliste nicht erforderlich.⁵⁵

Da keine Mitwirkungspflicht nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG besteht, kann die Notarin oder der Notar die Einreichung der Gesellschafterliste ablehnen. Eine Pflicht zum Tätigwerden gemäß § 15 BNotO besteht nicht. Erkennt die Notarin bzw. der Notar die Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, dürfte er bzw. sie in diesen Fällen regelmäßig sogar verpflichtet sein, die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste abzulehnen. Denn grundsätzlich darf diese bzw. dieser im Fall einer notariellen Mitwirkung eine neue Liste nur einreichen, wenn die Urkundsperson von der Wirksamkeit der Veränderung überzeugt ist.⁵⁶ Legt man diesen Maßstab auch für ein Tätigwerden als Bote zugrunde, wird die Notarin bzw. der Notar bei Erkennen der Unwirksamkeit eine Einreichung abzulehnen haben. Denn Geschäftsanteilsabtretungen sind nicht vom Anwendungsbereich inländischer Online-Verfahren erfasst, sodass er bzw. sie nicht zu dieser Überzeugung gelangen können wird.

IV. Materielles Prüfungsrecht des Registergerichts

Registergerichten steht in allen Fällen ein formelles Prüfungsrecht zu. Diese Prüfung umfasst neben dem Vorliegen eines formgerechten Gesellschaftsvertrages bzw. einer formgerechten Anmeldung (vgl. A. I. und II.) unter anderem auch das Vorhandensein eines korrekten Prüfvermerks (vgl. B. II.). Inwieweit Registergerichten im Hinblick auf Gesellschafterlisten darüber hinaus auch ein

⁵¹ BT-Drs. 18/10607, S. 109 f.

⁵² Halten sich die Beteiligten im Ausland auf, könnte eine Beurkundung und Beglaubigung etwa bei einer deutschen Auslandsvertretung (vgl. § 10 KonsG) oder durch Bevollmächtigte vor einer deutschen Notarin bzw. einem deutschen Notar erfolgen. *Beglaubigungen* können ggf. alternativ auch durch ausländische Notarinnen und Notare in einem Präsenzverfahren erfolgen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, vgl. *Schaub* in: Bauer/Schaub, Grundbuchordnung, 5. Aufl. 2023, K Rn.623.

⁵³ *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 21. Aufl. 2023, § 53 BeurkG Rn. 71.

⁵⁴ *Heidinger* in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 40 GmbHG Rn. 350.

⁵⁵ *Krafka* in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl. 2019, § 378 FamFG Rn. 19.

⁵⁶ Vgl. hierzu DNotI-Report 2023, 83, (86).

materielles Prüfungsrecht zusteht, ist im Einzelnen umstritten und vom Bundesgerichtshof nicht abschließend geklärt. Die vorherrschende Literaturansicht nimmt ein uneingeschränktes formelles sowie ein auf *offenkundig* unrichtige Gesellschafterlisten begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht an. In diesen Fällen sei es dem Registergericht unzumutbar, eine neue Liste in das Handelsregister aufzunehmen. Das Registergericht dürfe nicht daran mitwirken, eine falsche Legitimationsbasis für die Ausübung der Gesellschafterrechte oder einen unrichtigen Rechtsscheinträger zu schaffen. Ein falscher Anschein ließe sich nur durch Ablehnung der Eintragung vermeiden. Erkennt das Registergericht die Unrichtigkeit der Veränderung, wird es eine Gesellschafterliste zum Schutz des Rechtsverkehrs nicht nur zurückweisen dürfen, sondern sogar müssen.⁵⁷

In Anbetracht der ausdrücklichen Ausführungen der Materialien zum Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG) und entsprechend der überwiegenden Literaturansicht dürfte bei der Einreichung einer erkennbar auf eine unwirksame Geschäftsanteilsabtretung (z.B. bei Verwendung von Online-Verfahren) zurückgehende Gesellschafterliste eine offensichtlich unwirksame Änderung im Gesellschafterbestand vorliegen. Selbst bei Präsenzverfahren ist davon auszugehen, dass eine durch das Registergericht zu beanstandende Liste vorliegt, wenn die fehlende Gleichwertigkeit ohne Weiteres feststeht.⁵⁸

V. Erteilung von Notarbescheinigungen gemäß § 21 Abs. 3 BNotO

Gemäß § 21 Abs. 3 BNotO sind Notarinnen und Notare auch dafür zuständig, Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht auszustellen. Dies darf nach dessen Satz 2 nur erfolgen, wenn sich die Urkundsperson zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat. Voraussetzung ist wiederum das Vorliegen einer physischen Vollmachtsurkunde bzw. einer Ausfertigung derselben, von deren Formgültigkeit sich die Notarin bzw. der Notar zu überzeugen hat. Eine Notarbescheinigung für elektronisch vorgelegte originär elektronische Gründungsvollmachten dürfte daher ausscheiden. In Betracht käme lediglich eine Bescheinigung für eine Ausfertigung einer originär elektronischen Urkunde.⁵⁹

Auch auf Grundlage von durch ausländische Urkundspersonen ausgestellten Vollmachtsurkunden können deutsche Notarinnen und Notare eine Bescheinigung über die Vertretungsmacht ausstellen. Inwieweit eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde i.S.d. § 21 Abs. 3 BNotO vorliegt, bemisst sich wiederum nach den Grundsätzen der Substitution. Kann eine Gleichwertigkeit der ausländischen notariellen Vollmachtsurkunde nicht angenommen werden, scheidet die Ausstellung einer Vertretungsbescheinigung aus.⁶⁰ Unabhängig vom Verfahrensrecht wäre dies etwa bei online beurkundeten oder beglaubigten General- und Vorsorgevollmachten der Fall (vgl. A. I.).⁶¹

⁵⁷ Ausführlich hierzu DNotI-Report 2023, 9 ff.

⁵⁸ *Servatius* in: Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz, 23. Aufl. 2022, § 40 GmbHG Rn. 75a.

⁵⁹ Ausführlich hierzu *Lieder*, ZIP 2023, 1923 (1934 m.w.N.)

⁶⁰ *Sander* in: BeckOK BNotO, 9. Ed. Stand 1.2.2024, § 21 BNotO Rn. 64; *Limmer* in: Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 21 BNotO Rn. 14d.

⁶¹ BT-Drs. 20/1672, S. 22.

C. Formulierungsvorschläge für notarielle Urkunden und Vermerke

Nach dem deutschen Beurkundungsrecht (§ 16a Abs. 1, § 40a Abs. 1 BeurkG) können Online-Verfahren wie dargestellt ausschließlich mittels des von der Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystems durchgeführt werden. Nach § 16b Abs. 3 Satz 2 BeurkG soll in der elektronischen Niederschrift festgestellt werden, dass die Verhandlung mittels Videokommunikation durchgeführt worden ist. Selbiges gilt nach § 40a Abs. 2 Satz 2 BeurkG für Beglaubigungsvermerke.

Um den Registergerichten die Überprüfung der Einhaltung der zwingenden beurkundungsrechtlichen Vorschriften bei der Errichtung von Online-Urkunden zu erleichtern, können über § 16b Abs. 3 Satz 2 und § 40a Abs. 2 Satz 2 BeurkG hinausgehende Feststellungen etwa bzgl. des nach § 16a Abs. 1 BeurkG verwendeten Videokommunikationssystems oder des nach § 16c BeurkG beachteten Identifizierungsverfahrens aufgenommen werden. Entsprechende Formulierungsvorschläge finden Sie in dem als **Anlage** übersendeten Merkblatt dieses Rundschreibens.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

gez. Dr. Max Ehrl
Hauptgeschäftsführer