

Notare als Mentoren im Gesellschaftsrecht

2024

ISBN 978-3-406-82442-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nur die Komplementär-GmbH, wie es nach der Rechtslage des DiRUG der Fall gewesen wäre.³⁹

Eine vorerst letzte Änderung erfuhr der Anwendungsbereich am 1.1.2024 mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Mo-PeG). Da § 707b Nr. 2 BGB umfassend auf § 12 HGB verweist, sind auch Anmeldungen zum Gesellschaftsregister erfasst.

Generell ist positiv hervorzuheben, dass der deutsche Gesetzgeber – wie bereits der europäische Gesetzgeber vor ihm – bei der Digitalisierung mit Augenmaß⁴⁰ vorgeht. Erfreulich ist insbesondere, dass sich beide Umsetzungsgesetze vertieft mit den unterschiedlichen Zwecken der notariellen Beurkundung auseinandersetzen.⁴¹

III. Rechtliche und technische Anforderungen des Beurkundungsgesetzes

Die maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorschriften für notarielle Online-Verfahren in Deutschland finden sich in den §§ 16a ff., 40a BeurkG. Den Betrieb des notwendigen Videokommunikationssystems wies der Gesetzgeber in den §§ 78 Abs. 1 S. 2 Nr. 10, 78p BNotO der Bundesnotarkammer zu. Ergänzende Vorgaben insbesondere zu dessen technischer Ausgestaltung enthält die Verordnung über den Betrieb eines Videokommunikationssystems für notarielle Urkundstätigkeiten (NotViKoV).

Der gesetzgeberische Grundgedanke war dabei, dem hoheitlichen Charakter notarieller Amtstätigkeit sowie den Formzwecken umfassend Rechnung zu tragen und die zentralen Wesensmerkmale des Präsenzverfahrens funktionsäquivalent in die digitale Welt zu übertragen.⁴²

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Während das DiRUG sich wie dargestellt noch auf eine Mindestumsetzung beschränkte, nahm das DiREG gezielt weitere praxisrelevante Fälle sowie Defizite des Umsetzungsgesetzes in den Blick.⁴³ Die grundlegende Intention galt jedoch auch für die Ausweitung: Online-Verfahren sollten für Vorgänge eingeführt werden, die bei einer abstrakten Betrachtung hierfür besonders geeignet sind. Einzubeziehende beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte haben daher ihrer Struktur nach der konsensualen Gesellschaftsgründung zu entsprechen.⁴⁴ Ergebnis dieser Überlegungen ist ein praxisgerechter und systematisch konsequenter Anwendungsbereich.⁴⁵

³⁹ Ausführlich hierzu Gräfin Wolffskeel von Reichenberg FS Heidinger, 2023, 91.

⁴⁰ Stelmaszczyk EuZW 2021, 513; Stelmaszczyk/Strauß ZIP 2022, 1077 (1078).

⁴¹ Vgl. etwa BT-Drs. 20/1672, 24; ferner BT-Drs. 19/28177, 115; demgegenüber war in Österreich maßgeblich, dass eine elektronische Errichtung von Notariatsakten im Einklang mit dem im Regierungsprogramm vorgesehenen weiteren Ausbau der Digitalisierung stand, vgl. Ausschussbericht zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Notariatsordnung, das GmbH-Gesetz, das 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz und das EIRAG geändert werden, 588 BlgNR. 27. GP, 1.

⁴² Vgl. im Einzelnen BT-Drs. 19/28177, 115 f.

⁴³ Stelmaszczyk/Strauß ZIP 2022, 1077 (1078 ff.); Heckschen/Knaier NZG 2022, 885 (893).

⁴⁴ BT-Drs. 20/1672, 12 (24).

⁴⁵ So auch Lieder ZRP 2022, 102 (105).

a) Anwendungsbereich der §§ 16a ff., 40a BeurkG

Im Online-Verfahren zulässig ist zunächst die Gründung einer GmbH – und zwar in sämtlichen Varianten (Bar-, Sach- und Mischgründung). Denn bei Gründungen besteht typischerweise eine legitime Eilbedürftigkeit.⁴⁶ Auch weisen Gründer regelmäßig bereits eine gewisse Geschäftserfahrung auf.

Neben Gründungen sind weitere konsensuale Entscheidungen per Online-Verfahren möglich. Dies betrifft wesentliche Beschlussfassungen (Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen) im weiteren Fortbestand der GmbH. Dies ist konsequent, da derartige Entscheidungen theoretisch bereits bei der Gründung hätten getroffen werden können,⁴⁷ und trägt der in ErWG 26 S. 1 DigRL angedeuteten Bestrebung eines „Digital Life Cycle“ der GmbH Rechnung. Nicht erfasst sind hingegen Mehrheitsbeschlüsse. Diese gehen meist mit kontroversen Diskussionen einher, die sich in einer Videokonferenz kaum sachgerecht abbilden lassen. Sich überschneidende Redebeiträge sind in aller Regel nur mühsam wahrnehmbar bzw. zuzuordnen, Redeabfolge und Konversationsgeschwindigkeit lassen sich schwerer steuern.⁴⁸ Schließlich hält sich auch der Beschleunigungseffekt in Grenzen, da die Beteiligten gerade nicht auf Ladungsfristen verzichten können.⁴⁹ Generell sind Online-Beurkundungen in den vorgenannten Fällen nur zulässig, sofern keine sonstigen Formvorschriften entgegenstehen. Demnach scheiden beispielsweise Sachgründungen oder Sachkapitalerhöhungen unter Einbringung von Grundstücken oder eine Mitbeurkundung ehevertraglicher Vereinbarungen⁵⁰ aus. Da insoweit andere Formzwecke im Vordergrund stehen und der Anwendungsbereich für diese Geschäfte bereits isoliert nicht eröffnet ist, können diese erst recht nicht im Zusammenhang etwa mit einer Gründung online durchgeführt werden.

Gründungs- und Vollzugsvollmachten können ebenfalls per Videokommunikation „errichtet“, also beurkundet, werden.⁵¹ Neben einem praktischen Bedürfnis⁵² sprechen hierfür auch systematische Gründe, da die für Gründungs- und Vollzugsvollmachten vorgesehene Form keine über die eigentliche Gründung hinausgehenden Zwecke verfolgt. Eine bloße Beglaubigung derartiger Vollmachten scheidet nach dem eindeutigen Wortlaut hingegen aus. Hintergrund ist, dass bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages wegen § 172 BGB entweder das Original oder eine Ausfertigung (§ 47 BeurkG) der notariellen Gründungsvollmacht vorzulegen ist. Die Vorschrift setzt jeweils die Vorlage einer papiernen Urkunde voraus. Denn

⁴⁶ BT-Drs. 19/28177, 113.

⁴⁷ BT-Drs. 20/1672, 24.

⁴⁸ Vgl. hierzu sowie allgemein zu Nachteilen und Problemen wie dem „Online-Fatigue“ im Bereich virtueller Beschlussfassungen Heckschen/Hilser ZIP 2022, 670 (675); zu den Problemen speziell bei virtuellen Hauptversammlungen Danwerth ZIP 2023, 2329 (2343).

⁴⁹ Zu den Kompetenzen einer Vollversammlung Altneppen, 11. Aufl. 2023, GmbHG § 51 Rn. 15, 17.

⁵⁰ Zur generellen Frage der Formbedürftigkeit von sog. Güterstandsklauseln Münch in MüKo-BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 1410 Rn. 4.

⁵¹ Da § 2 Abs. 2 GmbHG auf Genehmigungserklärungen entsprechend anzuwenden ist, können auch diese per Videokommunikation beurkundet werden, vgl. Meier BB 2022, 1731 (1734).

⁵² Ausführlich hierzu Stelmaszczyk/Strauß GmbHR 2022, 833 (842f.).

die Rechtsscheinwirkung resultiert aus der Überlegung, dass der Vollmachtgeber den Rechtsscheinsträger bei einer widerrufenen Vollmacht jederzeit herausverlangen kann. Umgekehrt darf der Rechtsverkehr auf den Fortbestand der Vertretungsbefugnis vertrauen, solange die bevollmächtigte Person im Besitz des Originals oder einer auf sie lautenden Ausfertigung ist.⁵³ Diese Funktion kann eine als PDF-Datei gespeicherte Vollmacht jedenfalls derzeit nicht erfüllen. Denn bei einer rein digitalen Vollmachtsurkunde bestünde die Möglichkeit, diese einschließlich ihrer Signaturen beliebig zu kopieren. Gibt der Vollmachtgeber die Datei aus der Hand, geht damit ein Kontrollverlust einher. Auch nach Widerruf der Vollmacht könnte er nicht sicherstellen, dass der Bevollmächtigte keine Kopie der Vollmacht mehr vorhält.⁵⁴ Mangels Gültigkeitsregister existiert im digitalen Rechtsverkehr derzeit also kein entsprechender Rechtsscheinsträger. Das Original bzw. die Ausfertigung existiert insoweit nicht.⁵⁵ Notwendig ist, von elektronisch errichteten Vollmachten eine papiergebundene Ausfertigung zu erstellen, was nur bei einer Beurkundung möglich ist, nicht dagegen bei einer Beglaubigung.⁵⁶

Erfasst sind auch sämtliche Anmeldungen zum Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- sowie Gesellschaftsregister.⁵⁷ Dies ist aus tatsächlichen wie auch aus rechtlichen Gründen zweckmäßig: Denn die bei den Beteiligten entfallenden Wegezeiten fallen aufgrund der bei Beglaubigungen typischerweise kürzeren Termindauer mehr ins Gewicht. Ferner stellen Beglaubigungen in der Regel eher einfach gelagerte Vorgänge dar, da das Beurkundungsgesetz insoweit nur eine einschränkte Belehrung der Beteiligten vorschreibt. Die Unterschiede zwischen einem Präsenz- und einem Online-Termin fallen dadurch weniger ins Gewicht. Hauptzweck der notariellen Beglaubigung ist vielmehr eine zuverlässige Feststellung der Identität eines Beteiligten. Diese ist mit Blick auf die Publizitätswirkungen deutscher Register zwingend. Indem Notare die erklärenden Personen identifizieren, entlasten sie zugleich auch Registergerichte, da diese die Identität anmeldender Personen nicht mehr prüfen müssen.⁵⁸ Das bedeutet allerdings auch, dass gerade auch eine Online-Beglaubigung das hohe Maß an Verlässlichkeit einer Identifikation im Präsenzverfahren sicherstellen muss, was – wie nachstehend näher dargestellt wird – nur durch das Auslesen eines elektronischen Lichtbildes erreicht wird.⁵⁹

⁵³ Danninger/Stepien DNotZ 2021, 812 (815).

⁵⁴ Flache/Schnelle notar 2023, 89 (91f.).

⁵⁵ Vor diesem Hintergrund fingiert § 45 Abs. 3 BeurkG für in der elektronischen Urkundensammlung verwahrte elektronische Urkunden den Charakter einer Urschrift. Vgl. hierzu auch Regler in BeckOGK, 1.3.2024, BeurkG § 45 Rn. 23.

⁵⁶ Lieder ZIP 2023, 1923 (1932f.); Kienzle DNotZ 2021, 590 (600); Stelmaszczyk/Strauß ZIP 2022, 1077 (1086f.); Stelmaszczyk/Strauß GmbHR 2022, 833 (843f.); Stelmaszczyk in BeckOGK, 1.1.2024, GmbHG § 2 Rn. 505; BT-Drs. 20/1672, 22.

⁵⁷ Der am 1.1.2026 in Kraft tretende § 3 Abs. 2 StiftRG kF sieht keine Möglichkeit vor, Anmeldungen zum Stiftungsregister online beglaubigen zu lassen.

⁵⁸ Limmer in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 40 Rn. 1.

⁵⁹ BT-Drs. 19/28177, 129; zum Zweck der Beglaubigung ferner Einsele in MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 129 Rn. 1.

b) Nicht erfasste Vorgänge

Außerhalb dieses Numerus clausus lässt das deutsche Beurkundungsgesetz keine Online-Verfahren zu.⁶⁰

Insbesondere sind im Bereich des Familien-, Erb- oder Immobilienrechts die Formzwecke der Entschleunigung sowie des Schutzes und der Warnung der unerfahrenen Vertragspartei regelmäßig von größerer Bedeutung. Charakteristisch hierfür ist etwa § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG, der bewusst eine mit dem Charakter von Online-Verfahren unvereinbare Entschleunigung des Verfahrens zur Gewährleistung einer wohlüberlegten Entscheidung des besonders schutzwürdigen Verbrauchers vorsieht.⁶¹ Selbiges gilt für Anteilsübertragungen, da § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG neben dem Anlegerschutz⁶² einer bewussten Entschleunigung zur Vermeidung spekulativen Handels⁶³ dient.⁶⁴ Dieser Zweck wäre durch eine grundsätzlich von überall durchführbare Online-Beurkundung nicht in gleichem Maße gewahrt. Schließlich bleiben Umwandlungsvorgänge dem Präsenzverfahren vorbehalten.⁶⁵ Die tatsächliche und rechtliche Tragweite von Umwandlungsvorgängen geht über diejenige einer bloßen Gründung oder Satzungsänderung hinaus. Aufgrund dieser erhöhten Komplexität eignen sich Umwandlungsvorgänge generell nicht für Online-Verfahren.⁶⁶

Auch stehen in den genannten Fällen eine persönliche Beratung und Belehrung deutlich im Vordergrund. Grund hierfür ist zunächst, dass die Beteiligten bei den nicht erfassten Rechtsgeschäften nicht typischerweise geschäftserfahren sind. Hinzu kommt, dass etwa bei letztwilligen Verfügungen die Körpersprache von entscheidender Bedeutung ist, um festzustellen zu können, ob der Erblasser wirklich aus freien Stücken testiert, es sich also tatsächlich um seinen „letzten Willen“ handelt. Ähnliche Bedeutung haben Mimik und Gestik bei in persönlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht bedeutenden Rechtsgeschäften wie Ehe- oder Immobilienkaufverträgen. Nicht selten manifestieren sich noch bestehende Fragen, Unsicherheiten bzw. generell klärungsbedürftige Sachverhalte nonverbal. Derartige Umstände lassen sich zuverlässig nur in einem persönlichen Gespräch von Angesicht zu Angesicht feststellen. Bei Beurkundungen mittels Videokommunikation besteht demgegenüber eine Distanz zwischen Urkundsperson und Beteiligten, zumal der Notar die Räumlichkeiten des Beteiligten – und damit seine aktuelle Situation und Willensbildung – naturgemäß nicht abschließend beurteilen kann.⁶⁷

⁶⁰ DNotI-Report 2023, 11; Lieder ZIP 2023, 1923 (1927).

⁶¹ BT-Drs. 19/28177, 113.

⁶² BT-Drs. 20/3822, 96.

⁶³ Altmeppen, 11. Aufl. 2023, GmbHG § 15 Rn. 66.

⁶⁴ Nach dem klarstellenden § 2 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 GmbHG ist eine Mitbeurkundung von Abtretungsverpflichtungen ausschließlich im Gesellschaftsvertrag zulässig. Näher hierzu Stelmaszczyk in BeckOGK, 1.1.2024, GmbHG § 2 Rn. 443 ff.

⁶⁵ BT-Drs. 19/28177, 161; BT-Drs. 20/1672, 23; Heckschen/Knaier NZG 2022, 885 (888f.).

⁶⁶ Stelmaszczyk/Strauß ZIP 2022, 1077 (1079); Stelmaszczyk/Strauß GmbHR 2022, 833 (842).

⁶⁷ Zu qualitativen Unterschieden zwischen Präsenz- und Online-Versammlungen s. Wicke DStR 2022, 498 (499f.) mwN; ferner Heckschen/Hilser ZIP 2022, 461 (463f.).

2. Wahrung des hoheitlichen Charakters

Lässt das materielle Recht Online-Beurkundungen oder -Beglaubigungen zu, sind diese ausschließlich über das von der Bundesnotarkammer betriebene System abzuwickeln, vgl. §§ 16a Abs. 1, 40a Abs. 1 S. 1 BeurkG. Der Betrieb des Videokommunikationssystems stellt für die Bundesnotarkammer eine Pflichtaufgabe in mittelbarer Staatsverwaltung dar (§ 78 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 BNotO).⁶⁸ Als Aufsichtsbehörde kontrolliert das Bundesministerium der Justiz die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen (§ 77 Abs. 2 S. 1 BNotO).

Deutschland hat sich bei der Umsetzung – wie auch zahlreiche andere Mitgliedstaaten – für eine hoheitliche Ausgestaltung entschieden.⁶⁹ Die Beschränkung auf das von der Bundesnotarkammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts betriebene System trägt dabei allem voran dem hoheitlichen Charakter notarieller Tätigkeit Rechnung. Notare sind gemäß § 1 BNotO unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege.⁷⁰ Gerade im Bereich des Gesellschaftsrechts stellt ihre Mitwirkung die Funktionsfähigkeit des Handelsregisters und damit staatliche Kernfunktionen sicher.⁷¹ Zudem gewährleistet nur ein hoheitlicher Betrieb, dass außerhalb der Staatsverwaltung stehende private Dritte keinen Zugriff auf die sensiblen Inhalte eines Beurkundungsverfahrens erhalten. Die Nutzung anderer, insbesondere privater Plattformen ist demnach untersagt und stellt nicht nur einen schwerwiegenden Dienstverstoß dar, sondern führt darüber hinaus zur Nichtigkeit der notariellen Urkunde.⁷² Für die notarielle Praxis dürfte sich anbieten, bereits in der Urkunde bzw. im Vermerk entsprechend Klarheit zu schaffen: Grundsätzlich haben elektronische Niederschriften und Vermerke lediglich die Feststellung zu enthalten, dass das Verfahren mittels Videokommunikation durchgeführt wurde, §§ 16b Abs. 3 S. 2, 40a Abs. 2 S. 2 BeurkG. Über diese Mindestvorgabe hinaus dürfte empfehlenswert sein, festzustellen, dass die Beurkundung bzw. Beglaubigung mittels Videokommunikation *über das von der Bundesnotarkammer betriebene System* stattfand, damit Rechtsverkehr und Aufsichtsbehörde die Wirksamkeit der notariellen Urkunde zuverlässig prüfen können.⁷³

Bei der gesetzgeberischen Entscheidung, die Bundesnotarkammer mit der Entwicklung und dem Betrieb des hoheitlichen Videokommunikationssystems zu beauftragen, war auch entscheidend, dass diese ihre technische Expertise bereits zuvor unter Beweis gestellt hatte, insbesondere durch den Betrieb des Zentralen Vorsorgeregisters, Zentralen Testamentsregisters oder Notarnetzes.⁷⁴ Daher kann und darf der Rechtsverkehr davon ausgehen, dass das Videokommunikationssystem höchst-

⁶⁸ Hushahn in BeckOK BNotO, 9. Ed. 1.2.2024, BNotO § 78p Rn. 2.

⁶⁹ Bormann/Wosgien in FS Frenz, 2024, 59 (69); Salemin/Wolters/Wulf ECFR 2024, 67 (74ff.); vgl. u. a. in den Niederlanden Art. 53d Wet op het notarisambt sowie in Belgien Art. 13 § 2 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat.

⁷⁰ Zur hoheitlichen Stellung von Notaren vgl. etwa BVerfG NJW 1987, 887; ferner BVerfG NJW 2012, 2639 (2641).

⁷¹ BT-Drs. 19/28177, 110.

⁷² Vgl. auch Rachlitz in BeckOGK, 1.12.2023, BeurkG § 16a Rn. 11, 136.

⁷³ Zum Zweck der Vermerkpflcht Brempkamp in BeckOK BeurkG, 10. Ed. 1.3.2024, BeurkG § 16b Rn. 14f.

⁷⁴ Ausführlich hierzu Bormann/Siegel FS Vossius, 2023, 23 (29f.).

ten Anforderungen im Bereich Sicherheit, Manipulationsresistenz, Zuverlässigkeit sowie Datensicherheit und Datenschutz uneingeschränkt gerecht wird und eine dauerhafte Verfügbarkeit gewährleistet ist.⁷⁵ Schließlich können sich Bürger bei Verwendung einer hoheitlichen Videokommunikationsplattform sicher sein, dass es sich bei der in der Videokonferenz zugeschalteten Beurkundungsperson auch tatsächlich um einen Notar handelt.

3. Rechtssichere elektronische Identifizierung der Urkundsbeteiligten

Kernstück des deutschen notariellen Online-Verfahrens sind die Vorgaben für die elektronische Identifizierung, an die das Beurkundungsgesetz besondere Anforderungen stellt.

a) Hoher Stellenwert der Identifizierung durch den Notar

Unabhängig von Präsenz- oder Online-Verfahren ist eine rechtssichere Identifizierung der Beteiligten aus verschiedenen Gründen von entscheidender Bedeutung.

Zunächst nehmen die in der notariellen Urkunde dokumentierten Feststellungen zur Identität der Person an der besonderen Beweiskraft öffentlicher Urkunden (§§ 415ff. ZPO) teil. Sie begründen den vollen Beweis und sind grundsätzlich der freien Beweiswürdigung entzogen.⁷⁶

Wie eingangs bereits dargestellt ist eine ordnungsgemäße Identifizierung darüber hinaus zum Schutz sowie zur Entlastung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs notwendig, gerade im Hinblick auf öffentliche Register wie das Handelsregister.⁷⁷ Zur Erleichterung und Beschleunigung gelten Eintragungen aufgrund der Publizitätswirkung grundsätzlich als richtig, sodass beispielsweise gutgläubige Vertragspartner auf den Registerinhalt vertrauen dürfen. Gerechtfertigt ist dies jedoch nur, wenn sichergestellt ist, dass Eintragungen inhaltlich korrekt und von der richtigen Person veranlasst worden sind. Hierfür hat der Gesetzgeber den Notar in das Eintragungsverfahren eingebunden. Denn neben einer inhaltlichen Kontrolle sind Eintragungsgrundlage gerade auch die notariellen Feststellungen zur Identität der Beteiligten. Wegen deren Beweiswirkungen können und dürfen Registergerichte auf diese zurückgreifen, müssen also keine erneute Identitätsprüfung durchführen. Das Verfahrensrecht hat daher ein hohes Sicherheitsniveau bei der Identifizierung zu garantieren, damit Notare ihre vorgeschaltete Filter- und Entlastungsfunktion auch bei Online-Beurkundungen und -Beglaubigungen sachgerecht erfüllen können.⁷⁸

Schließlich dient eine rechtssichere Identifizierung dem Allgemeininteresse einer effektiven Verhütung von Straftaten. Im Zusammenhang mit notariellen Verfahren bestehen vielfältige Anreize für Identitätstäuschungen zu kriminellen Zwecken, beispielsweise zur Erschleichung fremder Vermögenswerte von erheblichem Wert

⁷⁵ BT-Drs. 19/28177, 110 (116).

⁷⁶ Kienzle DNotZ 2021, 590 (597); Brekcamp in BeckOK BeurkG, 10. Ed. 1.3.2024, BeurkG § 10 Rn. 127; BT-Drs. 19/28177, 119f.

⁷⁷ Limmer in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 10 Rn. 7.

⁷⁸ Lieder ZIP 2023, 1923 (1929); zur Filter- und Entlastungsfunktion der Notare ausführlich BT-Drs. 18/10607, 105f.

oder zur Erreichung falscher Eintragungen in staatlichen Registern.⁷⁹ Daher legt das Beurkundungsgesetz ein zentrales Augenmerk auf eine ordnungsgemäße Identifizierung. Darüber hinaus sind Notare als Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG auch nach den geldwäscherechtlichen Vorschriften zu einer sorgfältigen Identifizierung verpflichtet.⁸⁰ Denn diese ist ein wesentlicher Bestandteil bei der Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung, Steuerhinterziehung, Insolvenz- sowie sonstigen Wirtschaftsstraftaten und unabdingbar, um Schäden für die Beteiligten und die Allgemeinheit zu vermeiden.⁸¹ Dass sich die Einbindung von Notaren in die Geldwäschebekämpfung in Deutschland bewährt hat, schlägt sich in den Meldezahlen der notariellen Praxis nieder: Notare haben zuletzt 7.223 Meldungen nach dem GwG abgegeben und damit die höchste Anzahl im Nichtfinanzsektor.⁸²

b) Identifizierungsverfahren bei notariellen Online-Verfahren

Grundsätzlich gilt die Amtspflicht des § 10 Abs. 1 BeurkG, sich Gewissheit über die Person der Beteiligten zu verschaffen, auch bei Online-Verfahren. Damit geht zunächst die allgemeine Pflicht einher, die Identität der Beteiligten höchstpersönlich festzustellen und nicht auf andere Personen oder gar externe Dienstleister auszulagern. Ferner folgt daraus, dass der Notar wie bisher im Präsenzverfahren mit „besonderer“⁸³ bzw. „äußerster“⁸⁴ Sorgfalt vorzugehen hat.

Eine elektronische Identifizierung wirft zunächst jedoch verschiedene Probleme auf, einerseits wegen der fehlenden persönlichen Anwesenheit der Beteiligten, andererseits mangels Möglichkeit, Ausweise (etwa deren Haptik, Reflexionsverhalten oder Sicherheitsmerkmale) näher zu prüfen.⁸⁵ Auch deshalb dürfte der Gesetzgeber das Risiko von Identitätstäuschungen bei digitalen Verfahren höher einschätzen als bei analogen Verfahren.⁸⁶ Um diesen Problemen zu begegnen und ein dem Präsenzverfahren gleichwertiges Maß an Sicherheit zu garantieren, lag der Fokus des deutschen Gesetzgebers bei notariellen Online-Verfahren maßgeblich auf dem Identifizierungsverfahren.⁸⁷

Anders als im Präsenzverfahren steht daher nicht im Ermessen des Notars, wie er sich diese Gewissheit im Sinne des § 10 Abs. 1 BeurkG verschafft.⁸⁸ Vielmehr sieht § 16c BeurkG für das digitale Verfahren konkrete, strenge Vorgaben vor. Der Notar

⁷⁹ BT-Drs. 20/8095, 64.

⁸⁰ Siehe hierzu ausführlich Sommer MittBayNot 2019, 226 (230f.).

⁸¹ BT-Drs. 19/28177, 120; BT-Drs. 20/8095, 64.

⁸² Vgl. den Jahresbericht 2022 der Financial Intelligence Unit, abrufbar unter https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html, zuletzt abgerufen am 5.7.2024.

⁸³ § 26 Abs. 1 DONot in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung.

⁸⁴ BGH DNotZ 1956, 502.

⁸⁵ Kienzle DNotZ 2021, 590 (598).

⁸⁶ Vgl. etwa für den Bereich digitaler Verwaltungsverfahren BT-Drs. 20/8093, 40.

⁸⁷ BT-Drs. 19/28177, 115.

⁸⁸ Aufgrund der Verfahrensherrschaft des Notars hat dieser im Präsenzverfahren – außerhalb des Anwendungsbereichs des GwG – die Feststellungen grundsätzlich nach eigenem Ermessen zu treffen, vgl. Limmer in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 10 Rn. 7.

hat sich von den Beteiligten einen elektronischen Identitätsnachweis⁸⁹ des Vertrauensniveaus „hoch“ im Sinne der eIDAS-Verordnung sowie ein auf dem Ausweisdokument gespeichertes und unmittelbar ausgelesenes elektronisches Lichtbild übermitteln zu lassen. § 16c S. 1 BeurkG verlangt somit kumulativ, dass dem Notar zwei Datensätze von dem jeweiligen Beteiligten zur Verfügung gestellt werden. Die Kombination beider Elemente garantiert einen hohen Sicherheitsstandard, ohne dass hiermit Zeitverlust einherginge.⁹⁰ Nicht ausreichend ist, ausschließlich den elektronischen Identitätsnachweis *oder* das elektronische Lichtbild auszulesen.

Die Verwendung eines elektronischen Identitätsnachweises des Vertrauensniveaus „hoch“ gewährleistet grundsätzlich bereits ein hohes Sicherheitsniveau. Da der elektronische Identitätsnachweis selbst jedoch keine Übermittlung von elektronischen Lichtbildern vorsieht, könnten Identitätsäuschungen oder Fälle verdeckter Stellvertretung nicht sicher ausgeschlossen werden.⁹¹ Zwar erfordert das Auslesen des elektronischen Ausweises die Eingabe einer persönlichen, im Grundsatz nur dem Ausweisinhaber bekannten PIN. Dieser ist jedoch nicht gehindert, seine PIN zu missbräuchlichen Zwecken weiterzugeben. Zudem könnten Kriminelle sich diese verschaffen.⁹² Um derartige Fälle effektiv auszuschließen und eine höchstpersönliche Mitwirkung der Beteiligten zu gewährleisten, sieht § 16c S. 2 BeurkG daher zusätzlich einen Abgleich der in der Videokonferenz erschienenen Person mit dem elektronisch übermittelten Lichtbild vor. Lediglich bei persönlich bekannten Beteiligten kann der Notar von der Übermittlung eines Lichtbildes absehen.

Die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, ein zweistufiges Identifizierungsverfahren anhand eines *zusätzlichen* Identifizierungsmittels vorzusehen, steht im Einklang mit dem Unionsrecht. Sie ist bereits in Art. 2 Abs. 3, ErwG 21 S. 7 eIDAS-Verordnung angelegt und nach ErwG 22 S. 1 und 4 der DigRL ausdrücklich erlaubt.⁹³ Der Erwägungsgrund baut dabei auf ErwG 20 auf und dient einem der Kernziele der Digitalisierungsrichtlinie: der Schaffung eines digitalen, aber ebenso vertrauenswürdigen Umfeldes mit einem verlässlichen Registerwesen, um Identitätsdiebstähle sowie betrügerisches und sonstiges missbräuchliches Verhalten zu verhindern.

⁸⁹ Bei dem elektronischen Identitätsnachweis (sog. eID) handelt es sich um den europäischen Standard zur digitalen Abbildung staatlicher Identitätsnachweise. Die Ausweisdaten (Name, Vorname, Geburtsdatum, Geburtsort, Adresse) sind auf dem Chip europäischer Ausweisdokumente gespeichert. Damit der Rechtsverkehr diese Daten in einem gesicherten Verfahren aus dem Chip der eID auslesen kann, muss eine bei der Ausstellung eines Ausweises erteilte, personalisierte PIN eingegeben werden.

⁹⁰ So lobt etwa Teichmann, dass „[d]ie technisch anspruchsvolle Identifizierung [...] elegant in die ohnehin stattfindende elektronische Beurkundung integriert [wird], so dass kein Zeitverlust zu befürchten ist.“, GmbHR 2021, 1237 (1246).

⁹¹ Zur technischen Unterscheidung der beiden Vorgänge BT-Drs. 19/28177, 121. Das elektronische Lichtbild ist Bestandteil des sog. hochsicheren Speichermediums, vgl. Art. 3 Abs. 5 der Verordnung (EU) 2019/1157 vom 20. 6. 2019 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltsdokumente, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, ABl. 2019 L 188, 67.

⁹² BT-Drs. 19/28177, 120f., 129; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601 (609); Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849 (857).

⁹³ Zur Richtlinienkonformität ausführlich Lieder NZG 2018, 1081 (1088f.); Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601 (609f.); Teichmann ZIP 2018, 2451 (2455ff.); J. Schmidt ZIP 2021, 112 (114).