

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 39, 50; BNotO § 21; GBO §§ 29, 34 – Nachweis der Vertretungsmacht aufgrund einer fremdsprachigen Vollmachtsurkunde; Übersetzung durch den Notar

GmbHG § 74 Abs. 2; FamFG § 375 Nr. 6 – Austausch des Verwahrers der Bücher und Schriften

Aktuelles

Neuerungen zur Inhabilität von GmbH-Geschäftsführern und den entsprechenden Versicherungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 39, 50; BNotO § 21; GBO §§ 29, 34

Nachweis der Vertretungsmacht aufgrund einer fremdsprachigen Vollmachtsurkunde; Übersetzung durch den Notar

I. Sachverhalt

Bei einem Kaufvertrag wird die Verkäuferin aufgrund Vollmacht vertreten. Die Vollmacht wurde von einem spanischen Notar in spanischer Sprache beurkundet und liegt in beglaubigter Abschrift und mit Apostille versehen vor. Der Notar ist der spanischen Sprache mächtig und könnte die Vollmacht in die deutsche Sprache übersetzen.

II. Fragen

1. Kann der Notar (evtl. in analoger Anwendung des § 50 BeurkG) auch die nicht von ihm errichtete Urkunde in die deutsche Sprache übertragen und die Übereinstimmung der Übersetzung entsprechend bescheinigen, wenn die in fremder Sprache verfasste Urkunde in einem Beurkundungsverfahren verwendet werden soll?

2. Kommt eine Bescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO in Frage?

III. Zur Rechtslage

1. Übersetzung einer Fremdurkunde

a) § 50 BeurkG

Gem. § 50 Abs. 1 BeurkG kann ein Notar die deutsche Übersetzung einer Urkunde mit der Bescheinigung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen, wenn er die Urkunde selbst in fremder Sprache errichtet hat oder für die Erteilung einer Ausfertigung der Niederschrift zuständig ist. Für die Bescheinigung gilt § 39 BeurkG entsprechend. Der Notar soll die Bescheinigung nur erteilen, wenn er der fremden Sprache hinreichend kundig ist. Eine Übersetzung, die mit einer Bescheinigung des Notars nach § 50 Abs. 1 BeurkG versehen ist, gilt als richtig und vollständig, § 50 Abs. 2 S. 1 BeurkG.

Das Verfahren nach § 50 BeurkG ist also u. a. dahingehend beschränkt, dass es sich um **eigene** fremdsprachige Urkunden des Notars oder von ihm verwahrte (vgl. § 48 BeurkG) fremdsprachige Urkunden handeln muss. Bzgl. fremder und nicht vom Notar verwahrter

fremdsprachiger Urkunden scheidet ein Übersetzungsvermerk nach § 50 BeurkG aus (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.7.2023, § 50 Rn. 8; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 50 Rn. 6; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 50 Rn. 9; Zimmermann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 28 Rn. 46; Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DO-Not, 9. Aufl. 2023, § 50 BeurkG Rn. 3).

Der Notar hat zwar gem. § 24 BNotO auch bei **fremden** Urkunden die Möglichkeit, die eigene Anfertigung der Übersetzung sowie Vollständigkeit und Richtigkeit der Übersetzung einer solchen Urkunde zu bestätigen (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 8; Grziwotz/Heinemann, § 50 Rn. 9; Zimmermann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 28 Rn. 46; Armbrüster/Preuß, § 50 BeurkG Rn. 3). Einer solchen Bestätigung kommt jedoch **nicht die Beweiswirkung des § 50 Abs. 2 BeurkG** zu (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 8; Grziwotz/Heinemann, § 50 Rn. 9; Ott, RNotZ 2015, 189, 190).

Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 50 BeurkG. Der Gesetzgeber erachtete es als erforderlich, §§ 2 f. der Verordnung zur Vereinfachung des Verfahrens auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts vom 21.10.1942 zu ergänzen, da nach § 5 Abs. 2 BeurkG Urkunden auch in fremder Sprache errichtet werden können (BT-Drucks. 5/3282, S. 40). Gem. § 2 der vorgenannten Verordnung galt die Übersetzung einer in fremder Sprache abgefassten Urkunde als richtig und vollständig, wenn dies ein besonders ermächtigter Übersetzer bescheinigte. Der Gesetzgeber sah es jedoch als nicht sinnvoll an, wenn der Notar die deutsche Übersetzung einer von ihm errichteten Niederschrift oder Vermerkurkunde nicht selbst bescheinigen könnte, sondern dafür einen Übersetzer hinzuziehen müsste. Wenn der Notar die Urkunde selbst errichtet habe, solle er daher auch die Richtigkeit der Übersetzung bescheinigen können. Ferner sei es zweckmäßig, diese Befugnis auf alle Niederschriften auszudehnen, von denen der Notar Ausfertigungen erteilen dürfe (vgl. §§ 25, 45, 51 BNotO). **Der Kreis der in Betracht kommenden fremdsprachigen Urkunden wurde damit bewusst derart eingegrenzt, dass sich die Übersetzung durch den Notar als Folgegeschäft der Beurkundung darstellt.** Nur für diese Urkunden kann der Bescheinigung des Notars auf der Übersetzung dieselbe Beweiskraft zugesprochen werden wie der Bescheinigung eines Übersetzers nach § 2 der genannten Verordnung (BT-Drucks. 5/3282, S. 40).

Aufgrund dieser bewussten Entscheidung des Gesetzgebers kommt eine analoge Anwendung des § 50 BeurkG auf fremde und nicht vom Notar verwahrte fremd-

sprachige Urkunden mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht.

b) Bescheinigung als einfaches Zeugnis gem. § 39 BeurkG

Fraglich ist, ob die Übersetzungsbescheinigung ein einfaches Zeugnis gem. § 39 BeurkG darstellt und daher die Beweiswirkung des § 418 ZPO hat.

Nach Ansicht des LG Wuppertal steht eine notarielle Bescheinigung darüber, dass dem Notar eine öffentliche, in ausländischer Sprache abgefasst Urkunde mit einem bestimmten in der Bescheinigung dargestellten Inhalt vorgelegen hat, wertungsmäßig den in § 39 BeurkG genannten Bescheinigungen gleich und stellt daher ein Zeugnis gem. § 39 BeurkG dar (RNotZ 2006, 620 f.). Da der Notar nach § 16 Abs. 3 BeurkG berechtigt sei, Urkunden in einer fremden Sprache zu beurkunden, wenn er der Sprache hinreichend mächtig sei, dürfe er auch umgekehrt von einer fremden Sprache in das Deutsche übersetzen. Der Notar könne daher auch den Inhalt jeder ausländischen, in einer Fremdsprache verfassten Urkunde selbst übersetzen und durch eine eigene Urkunde deren Inhalt bescheinigen, wobei dieser notariellen Urkunde dieselbe Beweiskraft zukomme wie der fremdsprachlichen öffentlichen Urkunde (Baumann, RNotZ 2006, 620, 621).

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Einerseits könnten so die Voraussetzungen des § 50 BeurkG umgangen werden, die der Gesetzgeber bewusst auf die Übersetzung eigener fremdsprachiger Urkunden des Notars begrenzt hat (BT-Drucks. 5/3282, S. 40).

Andererseits ist § 39 BeurkG (ohne § 50 Abs. 1 S. 2 BeurkG) u. E. deshalb nicht einschlägig, weil der Notar gem. § 39 BeurkG nur **Tatsachen**, die er in amtlicher Eigenschaft wahrgenommen hat, bezeugen kann. Der Vermerk darf also **keine Schlussfolgerungen** tatsächlicher oder rechtlicher Art enthalten. Bei notariellen Bescheinigungen, die eine Schlussfolgerung des Notars enthalten, handelt es sich um Betreuungstätigkeiten nach § 24 BNotO auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183 f.; BayObLG DNotZ 1971, 249, 252; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1996, 529, 530; Winkler, BeurkG, § 39 Rn. 18; BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.11.2022, § 39 Rn. 22 f.; Hagenbucher, MittBayNot 2003, 249, 256; vgl. auch Limmer, in: Frenz/Miermeister, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 39 BeurkG Rn. 4; Kindler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 31 Rn. 398, 400).

Nur Bescheinigungen über amtlich vom Notar wahrgenommene Tatsachen stellen öffentliche Urkunden i. S. d. § 418 ZPO dar und begründen vollen Beweis für

die bescheinigte Tatsache (OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183). Eine solche Tatsachenbescheinigung setzt voraus, dass Tatsachen i. S. v. Vorgängen der Außenwelt, die mit den Sinnesorganen wahrgenommen werden können, Gegenstand der Bescheinigung sind. Bescheinigungen, die eine Wertung des Wahrgenommenen oder Schlussfolgerungen daraus enthalten oder die ohne unmittelbare Wahrnehmung eine – wenn auch urkundlich nachgewiesene – Tatsache bestätigen, fallen nicht darunter und haben nicht den Charakter eines Tatsachenzuzeugnisses i. S. v. § 39 BeurkG, auch wenn sie mit dem Dienstsiegel des Notars versehen sind (OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183 f.; vgl. auch BayObLG DNotZ 1971, 249, 252).

Teilweise wird zwar vertreten, dass die Bescheinigung über die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übersetzung eine Tatsachenbezeugung darstelle, da der Notar keine gutachterliche Stellungnahme vornehme (Grziwotz/Heinemann, § 50 Rn. 12). Nach der – u. E. überzeugenden – Gegenansicht stellt der Übersetzungsvermerk keine Tatsachenbezeugung über eine amtliche Wahrnehmung i. S. d. §§ 39 BeurkG, 20 Abs. 1 S. 2 BNotO dar (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 11; Armbrüster/Preuß, § 50 BeurkG Rn. 5; Limmer, ZNotP 2002, 261, 266 f.; BeckOK-BeurkG/Winnen, Std.: 1.3.2023, § 50 Rn. 14).

Dafür spricht schon der Wortlaut des § 50 Abs. 1 BeurkG, wonach der Notar die Übersetzung mit einer „Bescheinigung“ zu versehen hat und § 39 BeurkG „entsprechend“ gilt (BeckOK-BeurkG/Winnen, § 50 Rn. 14). Da der Notar die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übersetzung zu bescheinigen hat und hierbei über eine hinreichende Sprachkunde verfügen muss, liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit nicht in der bloßen Wiedergabe von Tatsachen, sondern in der für notarielle Bescheinigungen typischen gutachterlichen Stellungnahme und eigenen Würdigung (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 11; BeckOK-BeurkG/Winnen, § 50 Rn. 14). Die Übersetzungstätigkeit als solche kann nicht mit den Sinnesorganen schlicht wahrgenommen werden, sondern erfordert eine erhebliche Gedankenleistung.

c) Ergebnis

Der Notar hätte also zwar die Möglichkeit, die Vollmacht selbst zu übersetzen und die Vollständigkeit und Richtigkeit der Übersetzung zu bescheinigen. Eine solche Bestätigung würde jedoch keine öffentliche Urkunde gem. § 29 Abs. 1 GBO darstellen. Dies schließt u. E. freilich nicht aus, dass das Grundbuchamt der Übersetzung durch den Notar durchaus Glauben schenken *darf*; denn immerhin handelt es sich um die Übersetzung durch den Träger eines öffentlichen

Amtes (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 165, sowie Böhringer BWNotZ 2017, 30, 35, wonach auch dann eine Ausnahme vom Strengbeweis zulässig ist, wenn der Rechtspfleger über eigene Fremdsprachenkenntnisse verfügt). Diese Möglichkeit der grundbuchverfahrensrechtlichen Anerkennung der notariellen Übersetzung im Freibeweis ergibt sich u. E. nicht zuletzt daraus, dass es im Falle einer notariellen Vollmachtsbescheinigung i. S. v. § 21 Abs. 3 BNotO ebenfalls auf die eigene Sprachkenntnis des Notars anstelle der Sprachkenntnis des Grundbuchrechtspflegers ankäme (siehe sogleich). Im vorliegenden Fall scheidet eine notarielle Vollmachtsbescheinigung lediglich aus anderem Grunde aus, nämlich dass „nur“ eine beglaubigte Abschrift der fremdsprachigen Urkunde vorliegt. Insoweit würde auch die Anerkennung der notariellen Übersetzung nicht weiterhelfen, denn das hier vorliegende Dokument ist nicht wegen seiner Fremdsprachlichkeit, sondern aus anderem Grunde für eine Verwendung im Grundbuchverfahren ungeeignet (siehe sogleich).

2. Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO

Gem. § 21 Abs. 3 BNotO sind Notare dafür zuständig, Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht auszustellen. Der Notar darf die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat. In der Bescheinigung ist anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag die Vollmachtsurkunde dem Notar vorgelegen hat.

Gem. § 34 GBO kann eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nachgewiesen werden. Da der Notar verpflichtet ist, sich vor Ausstellung der Vollmachtsbescheinigung über die bescheinigte Vertretungsbefugnis zu vergewissern, erbringt die Vollmachtsbescheinigung in der Regel den vollen Nachweis des Bestehens der bescheinigten Vertretungsmacht und macht eine entsprechende Prüfung durch das Grundbuchamt grundsätzlich entbehrlich (BT-Drucks. 17/1469, S. 19; OLG Nürnberg MittBayNot 2017, 293 Rn. 8; BeckOK-BNotO/Sander, Std.: 1.8.2022, § 21 Rn. 76; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14f; vgl. auch BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 10). Durch § 21 Abs. 3 BNotO, § 34 GBO verlagert sich also ein Teil der Prüfung der Vertretungsberechtigung vom Grundbuchamt auf den Notar (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14; BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 8).

a) Voraussetzungen des § 21 Abs. 3 BNotO

§ 21 Abs. 3 BNotO betrifft nach seinem Wortlaut

nur den Fall einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht (Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14b; BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 57; vgl. auch BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 16). Zudem muss der Notar selbst die Vollmachtsurkunde einsehen.

Ferner muss es sich um eine **öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde** handeln, § 21 Abs. 3 S. 2 BNotO. Soll diese Grundlage für eine Bescheinigung nach § 34 GBO sein, muss die Vollmacht ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Denn die Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht wurden durch § 21 Abs. 3 BNotO, § 34 GBO nicht verringert. Es wurde lediglich die Möglichkeit geschaffen, den Nachweis gegenüber dem Notar statt gegenüber dem Grundbuchamt zu erbringen (BT-Drucks. 17/1469, S. 14; BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 14).

Auch über Vollmachtsurkunden, die von einem **ausländischen Notar** ausgestellt wurden, kann von einem deutschen Notar eine Vollmachtsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO errichtet werden, sofern die ausländische Urkunde als öffentliche Urkunde i. S. v. § 21 Abs. 3 BNotO anzusehen ist (BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 64; Schippel/Görk/Sander, BNotO, 10. Aufl. 2021, § 21 Rn. 62; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14d). Dies setzt voraus, dass die Tätigkeit der ausländischen Urkundsperson zumindest die Gewähr für die Echtheit der Unterschrift gibt und die Urkundsperson nach ihrem Rechtssystem befugt ist, Urkunden mit besonderer Beweiskraft zu errichten (BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 64; Schippel/Görk/Sander, § 21 Rn. 62; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14d). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Erfahrungssatz des internationalen Rechtsverkehrs dahingehend besteht, dass ausländische Notare die für sie maßgeblichen Zuständigkeits- und Formvorschriften beachten (OLG Zweibrücken MittRhNotK 1999, 241, 242; LG Darmstadt MittBayNot 2008, 317, 318). Sofern also die Echtheit der ausländischen öffentlichen Urkunde feststeht und keine gewichtigen Anhaltspunkte für ihre fehlerhafte oder kompetenzwidrige Errichtung vorliegen, kann man sich auf den genannten Erfahrungssatz verlassen und ist an ihn gebunden. Die Echtheit ist je nach Staat durch Legalisation oder Apostille nachzuweisen (BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 64; Schippel/Görk/Sander, § 21 Rn. 62; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14d). Bei einer spanischen Urkunde genügt eine Apostille als Echtheitsnachweis (Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil K Rn. 616). Es ist also davon auszugehen, dass der spanische Notar innerhalb seiner Zuständigkeit die Vollmachtsurkunde formgemäß errichtet hat.

Auch die Tatsache, dass die Vollmacht und der Beglaubigungsvermerk **auf Spanisch verfasst** sind, steht einer Bescheinigung nicht entgegen. Wie dargelegt, muss die im Rahmen des § 21 Abs. 3 BNotO vorgelegte Vollmacht ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Zwar ist gem. § 184 GVG die Gerichtssprache deutsch. Daraus folgt aber nur, dass Urkunden und Schriftstücke, welche Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt enthalten, insbesondere Anträge und Bewilligungen, in deutscher Sprache abgefasst sein müssen. Für sonstige Nachweise gegenüber dem Grundbuchamt, wie etwa **Vollmachten**, gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt (KG JFG 7, 243, 245). Wird zur Führung eines solchen Nachweises eine fremdsprachige Urkunde vorgelegt, kann von einer Übersetzung abgesehen werden, wenn der Rechtspfleger der Fremdsprache hinreichend kundig ist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, muss eine Übersetzung verlangt werden (Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 1 Rn. 48; Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, Einl. G, Rn. 383; BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.8.2023, § 1 Rn. 81; vgl. auch OLG Schleswig DNotZ 2008, 709, 710; OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 480, 482). Dies gilt auch für fremdsprachige **Beglaubigungsvermerke** (OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 480, 482; OLG Schleswig DNotZ 2008, 709, 710; KG FGPrax 2011, 168 f.; Demharter, § 1 Rn. 48; Meikel/Hertel, Einl. G, Rn. 383).

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Notarbescheinigung im Grundbuchverfahren nur dann nachweistauglich ist, wenn von dem Fortbestand der dem Notar vorgelegten Vollmacht ausgegangen werden kann, was das Grundbuchamt anhand der Angaben nach § 21 Abs. 3 S. 3 BNotO zu prüfen hat (vgl. BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 15). Da zum Nachweis (des Fortbestands) der Vertretungsmacht materiell-rechtlich der Besitz der Vollmachtsurkunde erforderlich ist (vgl. § 172 BGB), ist **im Rahmen des § 29 GBO anerkannt**, dass der Nachweis der Vertretungsmacht grundsätzlich nur durch Vorlage der **Ausfertigung oder des Originals der Vollmachtsurkunde** geführt werden kann; eine **beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde genügt grundsätzlich nicht**, da diese nicht die Wirkung des § 172 Abs. 2 BGB auslöst (BGH FGPrax 2012, 4 Rn. 12; DNotZ 2017, 303 Rn. 13; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482, 1483; BayObLG NJW-RR 2000, 161, 162; BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.8.2023, § 29 Rn. 87; vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 1199, Rn. 25; BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Std.: 15.9.2022, § 12 Rn. 54). Eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht – zumeist vom Notar im Rahmen von § 12 Abs. 1 S. 1 BeurkG gefertigt – ist im Grundbuchverfahren nur dann ausreichend, wenn durch den die Erklärungen des Bevollmächtigten beurkundenden Notar im Beglaubigungsvermerk bestätigt wird, dass ihm die Vollmacht in Urschrift oder Ausfertigung zu

einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hat (vgl. BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 13; BayObLG NJW-RR 2000, 161, 162; KG BeckRS 1997, 11265 Rn. 3; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482, 1483).

Dementsprechend **setzt die Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO voraus, dass die Vollmacht in Urschrift oder Ausfertigung vorlag** (Böttcher, NJW 2015, 2770, 2773; Heinemann, FGPrax 2013, 139, 140; BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 66; vgl. auch Limmer, in: Frenz/Miermeister, BNotO § 21 Rn. 14e; vgl. auch BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 13). Wenn das Gesetz in § 21 Abs. 3 S. 2 BNotO von einer *öffentlich beglaubigten Vollmachtsurkunde* spricht, so meint es damit nicht eine beglaubigte Abschrift (Kopie) der Vollmacht, sondern die privatschriftliche Vollmachtsurkunde im Original mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers.

In der Gesetzesbegründung heißt es dementsprechend (BT-Drucks. 17/1469, S. 14):

„Durch den Gesetzentwurf wird die Möglichkeit geschaffen, auch Vollmachten durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung ist allerdings nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen. Der Notar muss sich deshalb die Legitimationskette, die zu der Vollmacht führt, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber der das Register führenden Stelle nachzuweisen wäre. Die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht werden somit nicht verringert, es wird nur eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber den die Register führenden Stellen geschaffen.“

b) Einordnung der durch den spanischen Notar erteilten Abschrift

In Spanien verbleibt die Urschrift der Urkunde in der Verwahrung des Notars (vgl. Eberl/Selbherr/Meyer/Anglada Bartholmai, in: Frank/Wachter, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2. Aufl. 2015, Länderbericht Spanien, Rn. 220). Während nach deutschem Recht die Urschrift der notariellen Urkunde, welche regelmäßig in der Verwahrung des Notars verbleibt, im Rechtsverkehr durch eine Ausfertigung vertreten wird (§ 47 BeurkG), kennt das spanische Recht lediglich die sog. *copia*. Bei der *copia* handelt es sich um eine Abschrift mit *signo* (notarieller Namensschnörkel in Kreuzform vor der Unterschrift), *firma* (Unterschrift), *rubrica* (Paraphen) und *sello* (Stempel) durch den Notar, in dessen *protocolos* die Originalurkunde gesammelt wird. Aus dem Charakter der *copia* als Abschrift (vgl. Álvarez, Derecho Notarial, 7. Aufl. 1990, S. 147) ergibt sich u. E., dass die Unterschriften der Beteiligten und des Notars nicht bildhaft wiedergegeben sein müssen. Zudem ergibt sich

aus dem entsprechenden Vermerk des Notars, dass dem in der Abschrift wiedergegebenen Inhalt der Urschrift die Unterschrift des Vollmachtgebers und sodann diejenige des beurkundenden Notars folgt. Bei den *copias* wird unterschieden zwischen der *primera*, *segunda* oder *posterior*. Dies bezeichnet nur die Reihenfolge der Erteilung der *copia*, wobei alle Kopien, welche von dem zuständigen Notar erteilt worden sind, als gleichwertig angesehen werden (Álvarez, S. 148). Die *copia* ist u. E. daher nicht mit der Ausfertigung i. S. d. § 47 BeurkG vergleichbar.

Da der Bevollmächtigte somit weder die Urschrift der Vollmachtsurkunde noch ein der deutschen Ausfertigung vergleichbares Dokument vorlegen kann, könnte auf Grundlage der Rechtspraxis in Spanien folgender Weg zum Nachweis des Fortbestands der Vollmacht angedacht werden: In Spanien kann der Widerruf einer in notarieller Urkunde erteilten Vollmacht nur durch notarielle Urkunde erfolgen. Der den Widerruf beurkundende Notar muss dem Notar, der die Vollmacht beurkundet hat, den Widerruf mitteilen (Eberl/Selbherr/Meyer/Anglada Bartholmai, Rn. 220). Dies geschieht in der Praxis durch amtliche Mitteilung (*oficio*), die in der Regel sofort nach Beurkundung des Widerrufs übersandt wird. In der Folge wird ein entsprechender Vermerk auf der Originalvollmachtsurkunde angebracht. Bei Bedarf bestätigt der spanische Notar, der die Vollmacht beurkundet hat, dass auf der Originalurkunde kein Widerruf eingetragen ist. Dass eine entsprechende Bestätigung des spanischen Notars zusammen mit der *copia* geeignet ist, das Fortbestehen der Vollmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen, erscheint denkbar. Letztlich kann diese Frage jedoch für den vorliegenden Sachverhalt offen bleiben.

c) Ergebnis

Folglich steht hier der Erteilung einer Vertretungsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO weder die Tatsache entgegen, dass die Vollmacht durch einen spanischen Notar beurkundet wurde, noch dass diese auf Spanisch verfasst ist, da der deutsche Notar der spanischen Sprache mächtig ist. Die Erteilung der Bescheinigung scheitert im vorliegenden Fall allerdings daran, dass dem deutschen Notar – als dem die Erklärungen des Bevollmächtigten beurkundenden Notar – nur eine Abschrift (*copia*) der Vollmachtsurkunde (ohne Bestätigungsvermerk des spanischen Notars) vorliegt.

Abschließend sei angemerkt, dass der Käufer nicht den Schutz des § 172 BGB genießt, wenn der Bevollmächtigte der Verkäuferin nur eine Kopie (hier: in Gestalt einer beglaubigten Abschrift) der Vollmacht vorzulegen vermag.

GmbHG § 74 Abs. 2; FamFG § 375 Nr. 6

Austausch des Verwahrers der Bücher und Schriften

I. Sachverhalt

Eine GmbH wurde liquidiert und im Handelsregister gelöscht. Bei der Anmeldung wurde mitgeteilt, dass der bisherige Liquidator die Bücher und Schriften der Gesellschaft verwahrt. Die Person des „Verwahrers“ soll nun ausgetauscht werden.

II. Fragen

1. Kann die Person, welche die Bücher und Schriften einer voll beendeten GmbH aufbewahrt, nachträglich geändert werden?

2. Wenn ja: Wer wäre für die Benennung dieser Person zuständig (bisheriger Verwahrer, Versammlung der letzten Gesellschafter oder Gericht) und wäre dies dem Registergericht mitzuteilen oder anzumelden?

III. Zur Rechtslage

1. Meinungsbild

Rechtsfragen rund um den Verwahrer der Bücher und Schriften (§ 74 Abs. 2 GmbHG) werden im Schrifttum **wenig beleuchtet**. Die Literatur zu § 74 Abs. 2 GmbHG und zu vergleichbaren Normen beschränkt sich im Wesentlichen auf grundlegende Aussagen.

Grundsätzlich wird der Verwahrer durch den **Gesellschaftsvertrag** oder einen **Beschluss** der Gesellschafter bestimmt (§ 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Ein nachträglicher Beschluss scheidet jedoch dann aus, wenn die GmbH – nach der **Lehre vom (erweiterten) Doppelatbestand der Vollbeendigung** (vgl. dazu Bernert, MittBayNot 2021, 309, 313 f.; Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1774 f. m. w. N.) – sowohl gelöscht als auch vermögenslos ist. Sie existiert dann in keiner Form mehr, sodass auch die ehemaligen Gesellschafter keinen Beschluss mehr hinsichtlich der Änderung in der Person des Verwahrers fassen können.

Im **Schrifttum** heißt es mitunter gleichwohl, ein entsprechender **Beschluss** i. S. d. § 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG könne auch **nach der Löschung** gefasst werden (so M. F. Müller in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 74 Rn. 19; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 74 Rn. 17 unter alleinigem Verweis auf die jeweils andere Kommentarstelle; ggf. auch Scholz/K. Schmidt/Scheller, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 74 Rn. 47 [„auch nachträglich noch“]).

2. Stellungnahme

Unseres Erachtens kann die Bestimmung des neuen Verwahrers **allein durch das Registergericht** erfolgen.

§ 74 Abs. 2 S. 2 Var. 3 GmbHG sieht subsidiär die Bestimmung des Verwahrers durch das Gericht vor. Dieses gerichtliche Verfahren richtet sich nach den §§ 375 Nr. 6, 376, 377 FamFG (dazu Herrler/Blath, § 6 Rn. 1772). Zwar geht das Gesetz davon aus, dass die gerichtliche Bestimmung des Verwahrers nach § 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG i. V. m. § 375 Nr. 6 FamFG im Rahmen der Liquidation erfolgt und nicht einem späteren Wechsel in der Person des Verwahrers dient. Gleichwohl scheiden alle anderen Optionen aufgrund der (im Rahmen dieses Gutachtens unterstellten) Vollbeendigung der GmbH aus. Zudem ist es anerkannt, dass eine an den Gesellschaftern „vorbei organisierte“ Verwahrung durch gerichtlichen Beschluss bestätigt werden kann (vgl. Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 74 Rn. 47; GroßkommGmbHG/Paura, 3. Aufl. 2021, § 74 Rn. 20). Dafür spricht, dass die gerichtliche Bestellung den Beschluss der Gesellschafterversammlung ersetzt (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 74 Rn. 14) – diese Ersetzung ist insbesondere erforderlich (ggf. sogar unumgänglich), wenn aufgrund der Vollbeendigung der Gesellschaft keine Möglichkeit mehr besteht, einen solchen Beschluss zu fassen.

Unseres Erachtens ist eine **gerichtliche Neubestellung des Verwahrers** auf Basis des § 74 GmbHG (analog) und damit im Verfahren nach den §§ 375 Nr. 6, 376, 377 FamFG der **einzig denkbare dogmatische Weg**. Der im Schrifttum mitunter befürwortete Beschluss (s. Ziff. 1) kann u. E. nicht mehr wirksam und mit konstitutiver Wirkung gefasst werden, wenn die Gesellschaft vollbeendet ist und die Gesellschafterversammlung als Organ nicht mehr existiert. Würde man dies anders sehen, so müsste man entweder davon ausgehen, dass die GmbH nicht vor dem Ablauf von **zehn** Jahren (§ 74 Abs. 2 S. 1 GmbHG) nach der Löschung aus dem Handelsregister vollbeendet ist – dies widerspräche aber der ganz herrschenden Lehre vom erweiterten Doppelatbestand der Vollbeendigung. Eine solch lange „Nachwirkung“ bis zur Vollbeendigung wird auch, soweit ersichtlich, (zu Recht) nicht vertreten. Alternativ könnte man nur die Existenz einer Art „Nachgesellschaft“ annehmen, welche allein dem Zweck dient, über einen etwaigen Austausch des Verwahrers der Bücher und Schriften zu entscheiden. Dies hätte jedoch zur Konsequenz, dass eine nachwirkende Verantwortung der (dann ehemaligen) Gesellschafter über die Vollbeendigung hinaus besteht. Eine solche „Gemeinschaft“ wäre auch mit gegenseitigen Rechten und Pflichten verbunden, was angesichts der Vollbeendigung der Gesellschaft – die ein solches Verhältnis gerade terminiert – dogmatisch nicht

zu rechtfertigen ist. Der Verwahrer der Bücher und Schriften ist kein Organ der Gesellschaft mehr. Hintergrund seiner Tätigkeit ist vielmehr, dass ein Kaufmann nach § 257 HGB gewisse Unterlagen wie insbesondere Handelsbücher, Bilanzen oder Buchungsbelege aufzubewahren hat. Nachdem die Gesellschaft aber beendet wird, muss diese Pflicht von einer anderen Person, dem Verwahrer, ausgeübt werden (MünchKommHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2022, § 157 Rn. 16). Daher erscheint es unseres Erachtens systemkohärent, das Gericht als zuständig anzusehen, unabhängig davon, ob die *ehemaligen* Gesellschafter einen Beschluss fassen können oder wollen. Praktisch mag sich ein solcher „Beschluss“ zwar anbieten (dazu unten); rechtlich ist er u. E. jedoch weder erforderlich noch könnte er überhaupt mit konstitutiver Wirkung gefasst werden.

3. Praktische Durchführung

Antragsberechtigt in Bezug auf die gerichtliche Bestellung eines Verwahrers sind neben den Liquidatoren auch die Gesellschafter, die Gläubiger sowie ein etwaiger Insolvenzverwalter (vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 74 Rn. 14; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, § 74 Rn. 18; GroßkommGmbHG/Paura, § 74 Rn. 20). Dies dürfte u. E. – was jedoch nicht durch Literatur oder Rechtsprechung abgesichert ist – ebenso für eine Abberufung und Neubestellung des Verwahrers gelten. Zudem gehen wir davon aus, dass der Verwahrer selbst antragsbefugt wäre.

In dem vorliegenden Fall, in dem sich alle ehemaligen Gesellschafter einig sind, ergeben sich auch keine Probleme hinsichtlich etwaiger Anhörungspflichten und der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens des Gerichts (man wird bzgl. des pflichtgemäßen Ermessens sowie der Substantiierungspflicht auf die Grundsätze bei der Bestellung eines Nachtragsliquidators zurückgreifen können, vgl. hierzu etwa Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 773 ff.; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1153; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 60 Rn. 106).

Angesichts der ungeklärten Rechtslage mag es sich rein praktisch – sofern dies ohne großen Aufwand möglich sein sollte – empfehlen, einen „Beschluss“ herbeizuführen, mit dem die ehemaligen Gesellschafter einen Wechsel des Verwahrers „beschließen“, und diesen „Beschluss“ gerichtlich bestätigen zu lassen. Rechtlich dürfte dieser Beschluss im Falle der (hier unterstellten) Vollbeendigung der GmbH zwar ein Nullum darstellen. Jedoch könnte ein solches Vorgehen die Akzeptanz seitens des Registergerichts erhöhen; zugleich würde man damit die vereinzelt vertretene Literaturansicht (s. Ziff. 1) berücksichtigen.

Im Handelsregister wird lediglich verlautbart, dass die Liquidation beendet ist und dass die Gesellschaft sowie die Firma erloschen sind (§ 43 Nr. 6 lit. b sublit. ff. HRV; vgl. Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1151). Gleichwohl dürfte es u. E. sinnvoll sein, den **gerichtlichen Beschluss über die Abberufung und Neuberufung des Verwahrers der Bücher und Schriften zum Registerordner zu nehmen**, damit die Einsicht in das Handelsregister (§ 9 Abs. 1 S. 1 HGB) auch dieses Dokument umfasst.

Es sind keinerlei Stellungnahmen dazu ersichtlich, wie vorgegangen werden kann, wenn das **Gericht** einen Beschluss zur Auswechslung des Verwahrers der Bücher und Schriften **ablehnt**. Nach unserem Dafürhalten dürfte die Rechtslage weitgehend derjenigen bei der Bestellung eines Nachtragsliquidators entsprechen, sodass, wie dort, analog § 273 Abs. 5 AktG (so Haas, § 60 Rn. 106 m.N. in Fn. 566), oder – u. E. jedenfalls hier überzeugender – gem. §§ 402, 375 Nr. 6, 58 ff. FamFG (so M. F. Müller, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 66 Rn. 98; Rowedder/Pentz/Gesell, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 74 Rn. 27) gegen die ablehnende Entscheidung die **Beschwerde** zulässig wäre.

4. Ergebnis

Die Frage, auf welche Weise der Verwahrer der Bücher und Schriften nachträglich ausgetauscht werden kann, wird bisher kaum erörtert. Unseres Erachtens kann ein Gesellschafterbeschluss nach der Vollbeendigung der GmbH nicht mehr gefasst werden, vielmehr dürfte allein das Registergericht für den Austausch der Person des Verwahrers zuständig sein.

Aktuelles

Neuerungen zur Inhabilität von GmbH-Geschäftsführern und den entsprechenden Versicherungen

Durch das DiRUG wurde zum 1.8.2023 in § 6 Abs. 2 GmbHG ein neuer Satz 3 eingefügt (s. für das Aktienrecht § 76 Abs. 3 S. 3 AktG n. F.). Seither sind Personen vom Amt des Geschäftsführers einer GmbH ausgeschlossen, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaat des EWR aufgrund gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezug nicht ausüben dürfen, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt und das Verbot mit demjenigen in § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GmbHG vergleichbar ist. Eine ähnliche Regelung, die auf Verurteilungen im Ausland we-

gen einer Tat abstellt, die mit den in § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG genannten Taten vergleichbar ist, fand sich schon bisher in § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG a. F. und ist nun in § 6 Abs. 2 S. 4 GmbHG n. F. verortet. Strukturell sollen beide Regelungen einen gleichwertigen Schutzstandard vor ungeeigneten Personen als Geschäftsorganen gewährleisten (Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 6 Rn. 22). Für die Praxis ist die Neuerung insbesondere im Rahmen der von Geschäftsführern (bzw. Liquidatoren) abzugebenden Versicherung (v. a. in § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG) zu beachten. Aufgrund der gesetzgebungstechnischen Gleichförmigkeit von § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG n. F. und § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GmbHG n. F. und der gemeinsamen Grundlage im Unionsrecht dürfte die bisherige Rechtsprechung

und Literatur zur Ausgestaltung der Habitätsversicherung herangezogen werden können, sodass es u. E. ausreichend ist, wenn der Geschäftsführer pauschal versichert, dass er noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden ist (hierzu BGH NZG 2010, 829) bzw. wenn er versichert, dass er weder im Inland noch im Ausland einem Berufs- oder Gewerbeverbot unterliegt.

Hingewiesen sei noch darauf, dass sich mit Inkrafttreten des UmRUG zum 1.3.2023 die Vorschrift des § 313 UmwG a. F. zur Strafbarkeit unrichtiger Darstellungen redaktionell angepasst in § 346 UmwG n. F. befindet, sodass Formulierungsmuster, die die einzelnen Paragraphen aufzählen, entsprechend anzupassen sind.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn