

Anlage zum Rundschreiben 39/1998 vom 19.10.1998

Notarielle Belehrung eines im Ausland weilenden GmbH-Geschäftsführers

(abgedruckt in DNotZ 1998, 913 ff.)

Die Frage, wie ein im Ausland weilender GmbH-Geschäftsführer vom Notar über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG belehrt werden kann, hat durch einen kürzlich erschienenen Beitrag von Wolff, Schriftliche notarielle Belehrung eines im Ausland weilenden Geschäftsführers? (GmbHR 1998, 35), an aktueller Brisanz gewonnen (siehe dazu bereits Wolff, Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern im Ausland, ZIP 1995, 1489, 1492 ff.). Die Gremien der Bundesnotarkammer haben sich mit dieser Frage bisher nicht beschäftigt.

Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 bzw. § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG hat der Geschäftsführer in der Handelsregisteranmeldung zu versichern, daß er nicht wegen einer Konkursstraftat i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG vorbestraft ist, ihm die Ausübung eines bestimmten Berufs oder Gewerbes bzw. -zweiges nicht untersagt, und er über seine unbeschränkte Auskunftspflicht nach § 53 Abs. 2 Bundeszentralregistergesetz (BZRG) belehrt worden ist. Diese Belehrung nimmt der Notar vor, § 8 Abs. 3 Satz 2 ggf. i.V.m. § 39 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Hält sich der neubestellte Geschäftsführer im Ausland auf, ist es wohl allgemein üblich, den Geschäftsführer schriftlich über seine unbeschränkte Auskunftspflicht zu belehren. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens hat Wolff in Frage gestellt. Inzwischen wurden zu dieser Problematik mehrere Anfragen an die Bundesnotarkammer (einschließlich des DNotI) gerichtet.

I. Ausgangssituation

Sowohl bei einer GmbH-Neugründung als auch bei einer späteren Ernennung muß die Geschäftsführerbestellung zur Eintragung beim Handelsregister angemeldet werden. Diese Handelsregisteranmeldung enthält die Anmeldung als Geschäftsführer mit der Angabe der Vertretungsbefugnis nach § 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 bzw. § 39 Abs. 1 GmbHG, die Versicherung nach § 8 Abs. 3 bzw. § 39 Abs. 3 GmbHG sowie die Zeichnung der Unterschrift nach § 8 Abs. 5 bzw. § 39 Abs. 4 GmbHG. Die Anmeldung zur Eintragung und die Zeichnung der Unterschrift müssen nach § 12 Abs. 1 HGB notariell beglaubigt sein.

Will oder kann ein im Ausland weilender Beteiligter nicht zur Beurkundung nach Deutschland reisen, stellt sich die Frage, ob entweder eine Beurkundung im Inland mit einem Bevollmächtigten oder die Beurkundung im Ausland, sei es durch einen deutschen Konsularbeamten oder einen ausländischen Notar, möglich ist. Diese drei Wege sind aber bei der Geschäftsführerbestellung nicht uneingeschränkt gangbar:

1. Rechtsgeschäftliche Vollmacht

Daß der im Ausland weilende Geschäftsführer eine andere Person bevollmächtigt, seine Geschäftsführerbestellung zum Handelsregister anzumelden, ist nicht möglich. Unabhängig von der Frage, ob Handelsregisteranmeldungen höchstpersönlich von den GmbH-Geschäftsführern vorgenommen werden müssen, besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, daß bei Erklärungen nach § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG, für die der Erklärende in zivilrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht persönlich verantwortlich ist, rechtsgeschäftliche Stellvertretung unzulässig ist, BayObLG vom 12.06.1986 NJW 1987, 136, Baumbach/Hueck GmbHG 16. Auflage § 7 Rn. 3, Scholz-Winter GmbH-Gesetz 8. Auflage § 7 Rn. 10, Roth/Altmeppen-Roth GmbHG 3. Auflage § 7 Rn. 5, Gustavus, Die Vollmacht zu Handelsregisteranmeldungen bei Personengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHR 1978, 219, 224, Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch 29. Auflage § 12 Rn. 3, Heinrich in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht Bd. 3 § 8 Rn. 4.

2. Deutsche Konsularbeamten

Die Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung und auch die Belehrung über die uneingeschränkte Auskunftspflicht könnten durch einen deutschen Konsularbeamten vorgenommen werden. Die Bedenken von Wolff zur Zuständigkeit deutscher Konsularbeamten, die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG vorzunehmen (GmbHR 1998, 35), erscheinen nicht gerechtfertigt, zumal das Auswärtige Amt selbst keine Bedenken dagegen hat, daß die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG im Rahmen der Beglaubigung einer Anmeldung gemäß §§ 8, 39

GmbHG durch einen deutschen Konsularbeamten erfolgt. Die Befugnis hierzu kann nach richtiger Ansicht aus einer teleologischen Auslegung von §§ 2, 10 KonsG i.V.m. § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG hergeleitet werden (vgl. Simon, Zur Praxis der Belehrung von GmbH-Geschäftsführern im Ausland, ZIP 1995, 1724). Dieser theoretisch denkbare Weg ist jedoch in vielen Fällen nicht gangbar, da es deutsche Botschaften und Konsulate nur in einigen wenigen Großstädten gibt.

3. Ausländischer Notar

a) Notarielle Beglaubigung

Jede Handelsregisteranmeldung sowie die Zeichnung einer zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmten Unterschrift muß notariell beglaubigt sein, § 12 Abs. 1 HGB. Die Beglaubigung bestätigt die Identität des Unterzeichnenden. Hierfür genügt nach ganz h.M. der Beglaubigungsvermerk eines ausländischen Notars - unabhängig vom Streit um die Anerkennung von Beurkundungen vor ausländischen Notaren, vgl. Reithmann, Beurkundung, Beglaubigung, Bescheinigung durch inländische und durch ausländische Notare, DNotZ 1995, 360, 364 f.

Gegen die Beglaubigung einer Anmeldung nach § 8 GmbHG durch einen ausländischen Notar bestehen auch im Hinblick auf die strafrechtliche Sanktionierung der Abgabe einer falschen Versicherung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG keine Bedenken. Die im Ausland abgegebene falsche Versicherung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG fällt unter die Strafvorschrift des § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG, da der Straftatbestand entgegen dem insoweit mißverständlichen Wortlaut erst mit Zugang der Erklärung beim deutschen Registergericht vollendet ist (vgl. Scholz-Tiedemann § 82 Rn. 91, 58, 61). Die Tat i.S.d. § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG wäre somit (auch) in Deutschland begangen (§ 9 Abs. 1 3. Alt. StGB), so daß deutsches Strafrecht Anwendung findet (§ 3 StGB).

b) Zeichnung der Unterschrift

Der Geschäftsführer muß nach § 8 Abs. 5 bzw. § 39 Abs. 4 GmbHG seine Unterschrift zur Aufbewahrung bei Gericht zeichnen. Beurkundungsrechtlich muß er seine Unterschrift in Gegenwart des Notars vollziehen, eine nachträgliche Anerkennung einer bereits geleisteten Unterschrift scheidet nach § 41 BeurkG aus, da trotz der Formulierung "soll" das Beurkundungsgesetz insoweit zwingend ist, ganz h.M. Die Zeichnung ist Eintragungsvoraussetzung, Scholz-Schneider § 39 Rn. 17. Lediglich für die spätere Bestellung eines Geschäftsführers vertritt eine Mindermeinung, daß die Zeichnung der Unterschrift nach § 39 Abs. 4 GmbHG keine Eintragungsvoraussetzung ist, Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz 14. Auflage § 39 Rn. 8, Rowedder-Koppensteiner GmbHG 3. Auflage § 39 Rn. 8.

Wird die Handelsregisteranmeldung von einem ausländischen Notar beglaubigt, muß der Geschäftsführer auch seine Unterschrift vor dem ausländischen Notar zeichnen. Dies ist unproblematisch, denn § 41 BeurkG gilt für den ausländischen Notar nicht, da sich die beurkundungstechnischen Fragen nach dem betreffenden ausländischen Recht richten.

c) Belehrung durch den ausländischen Notar

In der Literatur ist die Frage, ob ein ausländischer Notar über die unbeschränkte Auskunftspflicht nach § 53 Abs. 2 BZRG entsprechend § 8 Abs. 3 Satz 2 ggf. i.V.m. § 39 Abs. 3 Satz 2 GmbHG belehren darf, nur an wenigen Stellen behandelt. Einerseits wird vertreten, daß mit Notar i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nur ein deutscher Notar gemeint sein kann, da die Belehrung über die Bedeutung von § 53 BZRG keine bloße Feststellung von Lebensstatsachen und Fakten sei, sondern daß vielfach Rückfragen gestellt würden, die nur der im deutschen Recht bewanderte deutsche Notar vornehmen könne, LG Ulm vom 13.11.1987 Rpfleger 1988, 108 f., Marsch-Barner/Dieckmann in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 3 § 42 Rn. 11, Groß, Die GmbH-Novelle, BWNotZ 1981, 97, 101. Dies ergibt sich jedoch weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung. Daher können nach der Gegenmeinung auch ausländische Notare die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG vornehmen, zumal hierzu keine fundierten Kenntnisse des deutschen Rechts erforderlich seien, LG Nürnberg vom 16.3.1994 Rpfleger 1994, 360, Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff § 8 Rn. 23, Bartovics, Nochmals: Die Belehrung des im Ausland weilenden Geschäftsführers, GmbHR 1998, 778. Demnach würde die Beantwortung der Frage davon abhängen, ob die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG als juristisch anspruchsvoll zu qualifizieren ist oder nicht.

Der Notar muß den rechtssichersten Weg wählen. Insbesondere bei einem notary public des anglo-amerikanischen Rechtskreises muß davon ausgegangen werden, daß die Gerichte eine Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht durch ihn für § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nicht ausreichen lassen würden. Da in vielen Fällen auch der Weg über ein deutsches Konsulat nicht gangbar ist, müßte der im Ausland weilende Geschäftsführer allein deshalb nach Deutschland reisen, um sich von einem deutschen Notar auf die unbeschränkte Auskunftspflicht hinweisen zu lassen. Dieser Aufwand an Zeit und Kosten wird als unzumutbar empfunden. Daher hat sich in der Praxis die schriftliche Belehrung durchgesetzt, wobei ausdrücklich in der Handelsregisteranmeldung darauf hingewiesen wird, daß über die unbeschränkte Auskunftspflicht durch einen in Deutschland amtierenden Notar belehrt wurde.

II. Die notarielle Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG

§ 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG schreibt nicht vor, wie der Notar den Geschäftsführer über seine unbeschränkte Auskunftspflicht zu belehren hat. Diese Belehrung des Notars stellt einen Einzelfall in der deutschen Rechtsordnung dar, so daß es schwierig ist, Parallelfälle zu finden. Ob Bedenken gegen eine schriftliche Belehrung bestehen, muß daher im Wege der Auslegung ermittelt werden.

1. Amtstätigkeit des Notars

Die Amtspflichten des Notars sind in § 20 ff. BNotO abschließend aufgeführt. Die Belehrung stellt keine Urkundstätigkeit dar, da der Notar nicht über eigene Wahrnehmungen berichtet (sog. Zeugnisurkunde), vgl. Seybold/Schippel, BNotO, 6. Auflage, Vor §§ 20-25 Rn. 2. Nach § 24 Abs. 1 BNotO gehört zur Amtstätigkeit aber auch die Betreuung der Beteiligten, soweit sie im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege und auf Ansuchen der Parteien erfolgt. Die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ist somit wohl als sonstige Betreuung zu qualifizieren. Im Gegensatz zur Urkundstätigkeit gelten daher die §§ 15 - 17 BNotO nicht, insbesondere besteht kein Amtsgewähranspruch. Es handelt sich jedoch um eine Amtstätigkeit des Notars, vgl. Seybold/Schippel § 24 Rn. 2 f., bei der beispielsweise das Amtssiegel geführt werden darf.

2. Ratio

Durch die Belehrung des Notars soll sichergestellt werden, daß die Versicherung des Geschäftsführers zu seinen Vorstrafen nach § 8 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GmbHG korrekt ist und Vorstrafen vollständig genannt werden. Darüber hinaus muß der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. GmbHG versichern, über seine unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt worden zu sein. Die Erklärung des Geschäftsführers ist für die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers nach § 9 a Abs. 1 sowie § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG von Bedeutung. Die Belehrung hat zur Folge, daß eine in die 5-Jahresfrist fallende Verurteilung wegen einer Konkursstraftat dem Registergericht gegenüber auch dann angegeben werden muß, wenn die Verurteilung nicht mehr in das Führungszeugnis oder nach § 32 Abs. 3 und Abs. 4 BZRG nur noch in ein Führungszeugnis für Gerichte und Behörden aufgenommen wird. Zwar hat der Verurteilte nach § 53 Abs. 1 BZRG grundsätzlich das Recht, sich dann als unbestraft zu bezeichnen. Dieses Recht entfällt aber gegenüber Gerichten und Behörden, wenn der Verurteilte nach § 53 Abs. 2 BZRG über den Wegfall des Verschweigerechts belehrt wurde. Wegen dieser besonderen Auskunftspflicht kann es daher für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 9 a Abs. 1 und § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG relevant sein, ob der betreffende vorbestrafte Geschäftsführer von dem Nichtbestehen des Verschweigerechts gewußt hat. Im Ergebnis soll die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG i.V.m. § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Richtigkeit und Vollständigkeit der Versicherung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GmbHG über das Vorliegen etwaiger Ausschlußtatbestände sicherstellen.

Die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist eine Selbstauskunft, eine verfahrensrechtliche Erklärung gegenüber dem Gericht. Der Geschäftsführer gibt keine Willenserklärung ab, sondern erklärt lediglich das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter tatsächlicher und rechtlicher Umstände, Scholz-Winter § 8 Rn. 19. Dies stellt eine Tatsachenmitteilung dar, Hachenburg-Ulmer GmbHG 8. Auflage § 8 Rn. 25, Roth/Altmeppen-Roth § 8 Rn. 14. Einhellige Meinung ist auch, daß das Wort "versichern" entbehrlich ist, da es vielmehr darauf ankommt, daß hinreichend deutlich gemacht wird, daß es sich um eine eigenverantwortliche Erklärung des Betroffenen handelt, Scholz-Winter § 8 Rn. 20. Eine solche Tatsachenerklärung muß der Geschäftsführer zusammen mit seiner Geschäftsführerbestellung beim Handelsregister einreichen. Ihr Fehlen stellt ein Eintragungshindernis dar.

Entscheidend ist sicherlich die Kenntnis des Geschäftsführers von seiner unbeschränkten Auskunftspflicht. Allerdings kann es wegen des eindeutigen Wortlauts in § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG nicht allein auf die Kenntnis abgestellt werden. Die Kenntnis, also der Erfolg der Belehrung, d. h. ob der Betreffende den Inhalt der Belehrung verstanden hat, läßt sich nicht belegen. Daher stellt das GmbHG auf die Belehrung ab, die nachweisbar ist, und läßt die Versicherung, belehrt worden zu sein, ausreichen.

3. Entstehungsgeschichte

Die Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG über den Wegfall des Verschweigerechts könnte auch das Registergericht selbst vornehmen, Rebmann/Uhlig, Bundeszentralregistergesetz, § 53 Rn. 17. Ausweislich der Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 8/1347 (S. 34) sollte § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nur eine Erleichterung bedeuten, da die Beteiligten für die Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung sowieso einen Notar aufsuchen müssen. Trotzdem braucht die Belehrung durch den Notar über die unbeschränkte Auskunftspflicht nicht zusammen mit der Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung zu erfolgen. Lediglich die Versicherung des Geschäftsführers, belehrt worden zu sein, muß zusammen mit der Handelsregisteranmeldung beim Registergericht vorgelegt werden.

Wie die Belehrung aussieht, die nach § 53 Abs. 2 BZRG die Gerichte und Behörden erteilen, soweit sie ein Recht auf unbeschränkte Auskunft nach § 41 BZRG haben, und ob insofern eine einheitliche Übung besteht, ließ sich trotz Nachfrage bei mehreren Behörden nicht eindeutig feststellen. Es ist aber davon auszugehen, daß es den Gerichten und Behörden wegen der ihnen zustehenden Möglichkeit, in den in § 41 BZRG genannten Fällen eine unbeschränkte Auskunft aus dem Bundeszentralregister zu erholen, weniger auf die Angaben des Antragstellers ankommt. Diese Angaben werden eben durch die umfassende Registerauskunft ersetzt. Folglich kommt auch der Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht höchstens untergeordnete Bedeutung zu. Somit läßt sich aus

der Entstehungsgeschichte und der Handhabung bei den Gerichten und Behörden keine Aussage für die notarielle Belehrung ableiten.

4. Sonstige Fälle einer Belehrungs- und Hinweispflicht durch den Notar

Das deutsche Recht spricht an verschiedenen Stellen von Belehrungs- und Hinweispflichten des Notars, die jedoch nicht auf den Fall des § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG übertragen werden können. Allein daß in verschiedenen Gesetzen der Begriff der Belehrung gebraucht wird, impliziert keine einheitliche Auslegung.

a) § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar die Beteiligten "...über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren...". § 17 BeurkG gilt jedoch nur für die Beurkundung von Willenserklärungen. Dies ergibt sich zum einen aus der rechtssystematischen Stellung im Zweiten Abschnitt des BeurkG, aber auch aus Sinn und Zweck der Belehrung. Wie sich aus der Formulierung "...über die Tragweite des Geschäfts belehren..." ergibt, sind die Beteiligten darüber zu unterrichten, von welchen Voraussetzungen der beabsichtigte rechtliche Erfolg abhängt und welche unmittelbaren (=erstrebten) Rechtsfolgen sich an ihn knüpfen, h.M., vgl. Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz 3. Auflage, § 17 Rn. 29 m.w.N.

Auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet kann jedoch nur eine Willenserklärung sein. Die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist jedoch eine Tatsachenerklärung, auf die § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG auch nicht entsprechend angewandt werden kann, da es bei der Tatsachenerklärung nicht um die Herbeiführung einer Rechtsfolge geht.

Ferner kann das BeurkG für die notarielle Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nicht maßgeblich sein. Das BeurkG legt für das materielle Recht, das für bestimmte Rechtsgeschäfte notarielle Beurkundung vorschreibt, das Verfahren fest. Es gilt nach § 1 Abs. 1 BeurkG nur für die öffentliche Beurkundung durch einen Notar. Die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG über die unbeschränkte Auskunftspflicht gehört zur sonstigen Betreuungstätigkeit des Notars. Es handelt sich somit schon gar nicht um eine öffentliche Beurkundung. Auch über § 1 Abs. 2 BeurkG ist der Anwendungsbereich des BeurkG nicht eröffnet, da nicht neben dem Notar sonstige Stellen für eine öffentliche Beurkundung zuständig sind, sondern vielmehr eine originäre Zuständigkeit der Gerichte und Behörden besteht.

b) § 38 Abs. 2 BeurkG

Bei der Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung soll der Notar nach § 38 Abs. 2 BeurkG über die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung belehren. Die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung gehört zu den sonstigen Beurkundungen, jedoch erklärt § 38 Abs. 1 BeurkG die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen für entsprechend anwendbar. Daher ist nach Jansen, FGG Band III, 2. Auflage § 39 BeurkG Rn. 12, auch die Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. BeurkG erforderlich. Hierzu zähle die Frage, ob die Behörde, der gegenüber die eidesstattliche Versicherung abgegeben werden soll, eine dafür zuständige Stelle i.S.v. § 156 StGB sei. Allerdings braucht nach h.M. der Notar nicht zu prüfen, ob die Behörde, der gegenüber die Behauptung glaubhaft gemacht werden soll, zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen zuständig ist, Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit Teil B, 13. Auflage, § 38 Rn. 6. Die überwiegende Meinung sieht in § 38 Abs. 2 BeurkG eine Spezialvorschrift zur Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. BeurkG, Keidel/Kuntze/Winkler § 38 BeurkG Rn. 14, Weber, Rechtseinheit im Beurkundungswesen, DRiZ 1970, 45, 48, Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 4. Auflage, Rn. 738. Die Prüfungs- und Belehrungspflichten der §§ 17 ff. BeurkG scheiden des Beurkundungsgegenstandes wegen bei der eidesstattlichen Versicherung weitgehend aus, da es nicht um einen gewollten Rechtserfolg geht. Die eidesstattliche Versicherung ist eine tatsächliche Erklärung (Wissenserklärung). Inhaltlich muß die Belehrung in erster Linie den Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen unwahrer Angaben enthalten, also insbesondere auf § 156 StGB. Es kommt also nur die Pflicht zur Klärung des Sachverhalts und die Formulierungspflicht i.S.v. § 17 Abs. 1 Satz 1, 2. und 4. Alt. BeurkG für die Verweisung in Betracht. Dieser Unterschied wird auch sprachlich zum Ausdruck gebracht durch die Formulierung "...über die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung belehren..." statt "...über die Tragweite des Geschäfts...". Der Hinweis des Notars über die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung hat in angemessener Form zu erfolgen. Dabei darf es sich um keine offenkundige Routine handeln, Huhn/von Schuckmann § 38 Rn. 21. Weitere Präzisierungen, wie zu belehren ist, finden sich in der Literatur nicht.

Eine Antwort auf die Frage, ob die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG schriftlich erfolgen darf, läßt sich aus § 38 Abs. 2 BeurkG nicht ableiten. Bei § 38 Abs. 2 BeurkG handelt es sich zwar wie bei der Versicherung des Geschäftsführers um eine Tatsachenerklärung, doch stellt sich die Frage der schriftlichen Belehrung nicht, da wegen des Verweises auf die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen eine Niederschrift aufgenommen wird, so daß der Notar den Hinweis auf die strafrechtlichen Konsequenzen einer falschen eidesstattlichen Versicherung persönlich mündlich geben kann.

c) Verpflichtungsgesetz

Im Verpflichtungsgesetz, das in Art. 42 EGStGB geregelt ist (Gesetz vom 2.3.1974, BGBl. 469, 547, geändert durch das Gesetz vom 15.8.1974 BGBl. I 1942), ist zwar nicht der Begriff der Belehrung gebraucht, doch muß der Notar auf mögliche strafrechtliche Konsequenzen hinweisen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 DONot (demnächst § 26 Satz 2 BNotO) ist der Mitarbeiter zunächst auf die gewissenhafte Erfüllung der Obliegenheiten zu verpflichten. Ferner muß der Notar auf das Verbot von Vermittlungsgeschäften i.S.v. § 14 Abs. 4 BNotO und auf die Verschwiegenheit nach § 18 BNotO besonders hinweisen. Ziel des Hinweises ist es, dem Mitarbeiter die strafrechtlichen Konsequenzen insbesondere einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht bewußt zu machen. Die Verpflichtung muß vom Notar persönlich per Handschlag vorgenommen werden, Weingärtner/Schöttler, Dienstordnung für Notare, 7. Auflage, § 6 Rn. 95. Abgesehen von der Passage bei Weingärtner, aaO, daß einem Lehrling nicht eine vorgefertigte Niederschrift in die Hand gedrückt werden sollte, finden sich keine Vorgaben, wie die Belehrung über die strafrechtlichen Konsequenzen aussehen muß. In der Praxis werden wohl die schriftlichen Erläuterungen in der Niederschrift zu Hilfe genommen.

Das Verpflichtungsgesetz schreibt vor, daß über die Verpflichtung eine Niederschrift anzufertigen ist. Hierin liegt also ein ausdrücklicher Verweis auf das BeurkG. Insoweit fehlt es an einer mit § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG vergleichbaren Rechtslage. Außerdem gibt der zu verpflichtende Mitarbeiter des Notars keine eigene Erklärung ab, die der Versicherung des GmbH-Geschäftsführers vergleichbar wäre.

Die soeben untersuchten Fälle von notariellen Belehrungs- und Hinweispflichten gewähren also keine Hilfestellung für die Auslegung von § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG.

5.Territorialitätsgrundsatz

Die Belehrung durch den Notar muß den Geschäftsführer nur in Kenntnis von seiner unbeschränkten Auskunftspflicht setzen. Da sich Vorgaben zum Verfahren weder in § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG noch in anderen Vorschriften finden, müßte auch eine schriftliche Belehrung zulässig sein. Immerhin weist das Gesetz der schriftlichen Verständigung für das Beurkundungsverfahren eine besondere Rechtswirkung zu, falls eine unmittelbare Verständigung nicht möglich ist (vgl. §§ 23, 24 BeurkG). Erfolgt die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG außerhalb der formstrengen Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, liegt vielmehr eine sonstige Betreuungstätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 BNotO vor, so muß die schriftliche Verständigung in bestimmtem Rahmen erst recht möglich sein.

Möglicherweise ergeben sich aber im Hinblick auf den Territorialitätsgrundsatz Bedenken gegen die Zulässigkeit der schriftlichen Belehrung in das Ausland.

Nach Ansicht von Wolff, GmbHR 1998, 35, ZIP 1995, 1489, 1493, ist eine schriftliche Belehrung über die Folgen des § 53 BZRG durch einen deutschen Notar unzulässig. Die hoheitlichen Befugnisse des Notars sind territorial begrenzt. Allein das Versenden eines Schriftstücks in das Ausland sei extraterritoriales Handeln, da ein wesentlicher Teil, nämlich die Kenntnisnahme durch den Empfänger, im Ausland erfolge. Daher sei die schriftliche Belehrung unwirksam.

Einigkeit besteht, daß ein deutscher Notar Urkundsakte im Ausland nicht wirksam vornehmen kann, da die Befugnis zur öffentlichen Beurkundung von der Staatsgewalt abgeleitet ist, Keidel/Kuntze/Winkler Einl. Rn. 40, Seybold/Schippel § 11 Rn. 5, Huhn/von Schuckmann § 2 Rn. 31. Nach inzwischen h.M. sind auch Tatsachenfeststellungen, die der deutsche Notar im Ausland vornimmt und über die er später an seinem Amtssitz eine notarielle Urkunde errichtet, dienstrechtlich unzulässig. Sie sind jedoch wirksam, sofern die Niederschrift im Inland gefertigt wird, Keidel/Kuntze/Winkler Einl. Rn. 46, Seybold/Schippel § 11 Rn. 6, Huhn/von Schuckmann § 2 Rn. 33. Bei der Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG über die unbeschränkte Auskunftspflicht handelt es sich aber weder um eine Urkundstätigkeit des Notars, noch um Tatsachenbeurkundungen wie Unterschriftsbeglaubigungen, Hauptversammlungsprotokolle, Inventare oder Verlosungsberichte.

Bei der schriftlichen Belehrung durch den Notar über die unbeschränkte Auskunftspflicht kommt es entscheidend auf die Abgabe an. Der deutsche Notar verfaßt die Belehrung im Inland. Lediglich gelesen wird sie im Ausland. Da das Gesetz selbst auf die Belehrung abstellt, nicht auf die Kenntnis des Geschäftsführers, muß auch bei der Frage, ob extraterritoriales Handeln vorliegt, auf die Abgabe der Belehrung abgestellt werden. Somit verstößt die schriftliche Belehrung des im Ausland weilenden Geschäftsführers nicht gegen den Territorialitätsgrundsatz.

Soweit der Notar sich darüber vergewissert, ob die schriftlich verfaßte Belehrung auch tatsächlich seinen Empfänger erreicht, steht dem das Territorialitätsprinzip ebenfalls nicht im Wege. Die Überwachung des Zuganges stellt eine Annex-Tätigkeit des Notars dar, die er auch im Rahmen seiner sonstigen Aufgaben durchführen muß, z.B. bei der Versendung von Urkundsabschriften , Fälligkeitsmitteilungen oder sonstigen Unterlagen sowie bei der Auszahlung von Anderkonten etc. Sollte eine solche Überwachungstätigkeit allein deshalb gegen den Territorialitätsgrundsatz verstoßen, weil sich der Empfänger im Ausland aufhält, so müßte der deutsche Notar den Vollzug jeglicher Urkunden verweigern, an denen Personen mit Wohnsitz im Ausland beteiligt sind. Daß damit das Territorialitätsprinzip überstrapaziert würde, liegt auf der Hand.

III.Anschlußfragen

Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer schriftlichen notariellen Belehrung eines im Ausland ansässigen Geschäftsführers aus, ergeben sich weitere Fragen.

1.Schriftliche notarielle Belehrung für im Ausland ansässige Geschäftsführer auch in sonstigen Fällen?

Nach Wolff (GmbHHR 1998, 36) müsse konsequenterweise die schriftliche notarielle Belehrung auch für alle sonstigen Fälle der notariellen Belehrung ausreichend sein, wenn man dieses Verfahren für § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHHG ausreichen lasse. Er verkennt dabei, daß die Belehrung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHHG, wie oben dargelegt, nicht mit der notariellen Belehrungspflicht bei der Beurkundung von Willenserklärungen nach § 17 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. BeurkG gleichzusetzen ist. Richtig ist jedoch, daß der im Ausland befindliche Geschäftsführer nicht gegenüber dem im Inland bevorzugt werden darf. Daher muß wohl erwogen werden, auch im Inland für die Belehrung des Geschäftsführers i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHHG einen schriftlichen Hinweis ausreichen zu lassen.

2.Belehrung in fremder Sprache

Vorgebracht wird ferner, daß der Notar bei einer schriftlichen Belehrung nicht überprüfen könne, ob der neugewählte Geschäftsführer den Inhalt der Belehrung verstanden habe, was insbesondere im Hinblick auf die strafrechtlichen Konsequenzen bedenklich sei, Wolff, GmbHHR 1998, S. 36. Daß der Notar den (intellektuellen) Erfolg der Belehrung nicht überprüfen kann, gehört in gewissem Maße zum Problem einer jeden Belehrung. Auch bei der im Zusammenhang mit einer Beurkundung erteilten Belehrung über die unmittelbaren rechtlichen Folgen einer Willenserklärung nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG kann der Notar eventuell an der Reaktion des Mandanten erkennen, ob dieser seine Erläuterungen verstanden hat, doch ist er auch hier auf Rückfragen der Beteiligten angewiesen. Dies wird durch die persönliche Anwesenheit sicher erleichtert, doch wäre es auch hier zu viel verlangt, wenn der Notar seinerseits durch "Testfragen" erkunden müßte, ob seine Belehrung verstanden wurde. Darüber hinaus ist allgemein anerkannt, daß bei jeder Belehrung auf die geschäftliche Erfahrung und Vorbildung des Mandanten abgestellt werden kann. Bei dem Geschäftsführer einer GmbH kann je nach den Umständen des Einzelfalles zumeist von gewisser Geschäftsgewandtheit und Pflichtbewußtsein ausgegangen werden. Auch das Gesetz stellt bei § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHHG formell nicht auf die Kenntnis des Geschäftsführers über seine unbeschränkte Auskunftspflicht ab, obwohl diese im Hinblick auf die strafrechtlichen Folgen allein entscheidend wäre, sondern auf die Belehrung, also generalisierend auf das Kennenmüssen bzw. die Möglichkeit der Kenntnis.

Zu überlegen ist jedoch, ob in der Sprache des Geschäftsführers belehrt werden muß. Dabei geht es nicht um die Beurkundung in einer fremden Sprache. Auch § 50 BeurkG über die deutsche Übersetzung einer Urkunde ist nicht anwendbar. Daher ist auch hier allein der Sinn und Zweck der Belehrung maßgeblich. Das Gesetz stellt auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Geschäftsführer ab. Diese Möglichkeit ist aber nur dann gewährleistet, wenn die Belehrung in einer Sprache erfolgt, die der Geschäftsführer auch versteht, unabhängig von dem tatsächlichen (intellektuellen) Erfolg der Belehrung. Es ist daher Pflicht des Notars in einer solchen Situation der schriftlichen Belehrung, sich im Vorfeld über die Sprachkenntnisse des Geschäftsführers Gewißheit zu verschaffen, etwa durch vorherige Kontaktaufnahme oder geeignete Erklärungen des Geschäftsführers. Weiß der Notar, daß der Geschäftsführer des Deutschen nicht mächtig ist, muß wie bei jedem Beratungsgespräch oder jeder Beurkundung eine Übersetzung gefertigt oder ein Dolmetscher zugezogen werden. Ist sich der Notar nicht sicher, ob der Geschäftsführer im Ausland die deutsche Belehrung (sprachlich) versteht, sollte er auf die Möglichkeit, eine Übersetzung anfertigen zu lassen, hinweisen. In der Praxis verfügen Notare, die des öfteren Fälle mit Auslandsberührung bearbeiten, über zweisprachige Belehrungstexte. Da kein Amtsgewähranspruch besteht, ist es einem Notar unbenommen, in Zweifelsfällen ein derartiges Belehrungsansuchen abzulehnen.

3.Prüfungsrecht des Registergerichts

Aus einer Anfrage beim DNotl ist bekannt geworden, daß ein Registergericht die Vorlage des schriftlichen Belehrungstextes des Notars verlangt hat. Nach § 9 c GmbHHG ist das Registergericht befugt, die Einhaltung der zwingenden Eintragungsvoraussetzungen zu überprüfen, BayObLG vom 5.11.1982 BayObLGZ 1982, 368, 370 f., OLG Köln vom 1.7.1981 GmbHHR 1982, 187. Fehlt eine der in § 8 GmbHHG geforderten Unterlagen, so kann das Registergericht die Eintragung zurückweisen. Eintragungsvoraussetzung ist aber nur die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHHG, über die unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt worden zu sein. Darüber hinaus kann das Registergericht sowohl die materielle wie die formelle Richtigkeit der Versicherungen des Geschäftsführers überprüfen, sofern begründeter Anlaß zu Zweifeln besteht. Ob bei Zweifeln über die Richtigkeit der Versicherung der Belehrung auch weitere Unterlagen verlangt werden können, wird nicht erörtert. Das DNotl hat die Auffassung vertreten, daß bei begründeten Zweifeln ein Nachweis über die Belehrung verlangt werden darf. Allein die Tatsache, daß der Geschäftsführer im Ausland weilt und schriftlich belehrt wurde, reicht aber wohl nicht aus, berechnete Zweifel an der Richtigkeit seiner Versicherung zu begründen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn aus der Anmeldung selbst hervorgeht, daß und durch welchen deutschen Notar belehrt wurde und daß die schriftliche Belehrung sprachlich ebenso verstanden worden sei wie die Anmeldung selbst.

Bei einer Geschäftsführeranmeldung aus dem Ausland ist jedoch zu beachten, daß sich für das Registergericht ein weiterer rechtlicher Gesichtspunkt eröffnet, hinsichtlich dessen ein umfassendes Prüfungsrecht besteht. So könnte die Tatsache, daß der Geschäftsführer nicht in der Lage oder bereit dazu ist, die Registeranmeldung nach § 8 GmbHHG (immerhin ein Teil des einmaligen Gründungsvorganges der Gesellschaft) in Deutschland vorzunehmen, aus Sicht des Registergerichts darauf hindeuten, daß der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung (Geschäftsleitung) sich nicht in Deutschland befindet. Nach der in Deutschland vorherrschenden Sitztheorie könnte unter diesen

Umständen eine Gesellschaft nicht gegründet werden (vgl. Staudinger-Großfeld IntGesR Rn. 81 ff.; Rowedder-Rittner Einl. Rn. 270; Scholz-Westermann Einl. Rn. 81). Diese Problematik wird sich ab dem 1.1.1999 noch verstärken, wenn der durch das Handelsrechtsreformgesetz neu eingefügte § 4 a Abs. 2 GmbHG in Kraft tritt, nach dem künftig als Sitz der Gesellschaft nur noch ein Ort bestimmt werden soll, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat oder an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird. Damit wird sich unweigerlich die Prüfungsintensität der Registergerichte hinsichtlich der tatsächlichen örtlichen Verhältnisse der Gesellschaft und damit auch der tatsächlichen Belegenheit der Hauptverwaltung erhöhen.

4. Verfahrensausgestaltung

Soll ein deutscher Notar die Belehrung eines im Ausland weilenden Geschäftsführer gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG vornehmen, hat er bei der Frage der Verfahrensausgestaltung besondere Sorgfalt walten zu lassen. Aufgrund seiner allgemeinen Amtspflichten (vgl. § 14 BNotO) hat der Notar dafür Sorge zu tragen, daß der konkrete Ablauf der Belehrung in der Weise gestaltet wird, daß das gesetzgeberische Ziel von § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, nämlich insbesondere eine richtige und vollständige Versicherung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu gewährleisten, sichergestellt ist und die Einschaltung des Notars nicht auf einen reinen Formalismus reduziert wird.

Erfolgt nach diesem Maßstab eine schriftliche Belehrung in das Ausland, so hat der deutsche Notar sicherzustellen, daß der Empfänger die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme des Belehrungstextes erhält. Hierzu gehört zum einen die Überwachung des Zuganges der Belehrung. Zum anderen ist der Belehrungstext in einer dem Geschäftsführer verständlichen Sprache abzufassen, gegebenenfalls ist auf die Möglichkeit einer Übersetzung hinzuweisen (vgl. oben III. 2.). Dies setzt wiederum voraus, daß sich der Notar im Vorfeld in geeigneter Weise über die Sprachkenntnisse des Geschäftsführers Gewißheit verschaffen muß.

Um den Zugang der Belehrung in einer dem Geschäftsführer verständlichen Sprache überwachen und gegebenenfalls nachweisen zu können, bietet es sich etwa an, dem Belehrungstext ein Rücklaufexemplar beizulegen, welches der Geschäftsführer zu unterzeichnen und an den Notar zurückzusenden hat. Hierbei könnte der Geschäftsführer dem Notar bestätigen, daß er den Belehrungstext erhalten und ihn (sprachlich) verstanden habe. Mit Rücksicht auf das Prüfungsrecht des Registergerichts (vgl. oben III. 3.) kann sich daneben die Aufnahme einer entsprechenden Bestätigung unmittelbar in die Anmeldung empfehlen.

IV. Zusammenfassung

Die notarielle Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht des GmbH-Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ist sonstige Betreuungstätigkeit des Notars i.S.v. § 24 Abs. 1 BNotO. Es handelt sich dabei nicht um eine Beurkundungstätigkeit. Es besteht kein Amtsgewähranspruch. Das BeurkG ist nicht anwendbar. Der Notar ist daher frei, eine geeignete Form der Belehrung zu wählen. Die Belehrung kann daher grundsätzlich auch schriftlich erfolgen. Der Notar kann der schriftlichen Belehrung sein Siegel beidrücken. Weilt der neubestellte Geschäftsführer im Ausland, verletzt weder die Übersendung des Belehrungshinweises noch die Überwachung dessen Zuganges den Grundsatz der Territorialität. Die Belehrung ist wirksam vorgenommen und verstößt auch nicht gegen die Amtspflichten des Notars. Der Notar muß sicherstellen, daß der Belehrungstext zugeht und die Beteiligten ihn verstehen, d.h. er sollte die Belehrung in einer Sprache abfassen, derer die Beteiligten hinreichend kundig sind; zumindest muß er auf die Möglichkeit, eine Übersetzung anfertigen zu lassen, hinweisen. Der Notar hat den konkreten Ablauf der Belehrung so zu gestalten, daß das gesetzgeberische Ziel von § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, insbesondere eine richtige und vollständige Versicherung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu gewährleisten, sichergestellt bleibt. Eintragungsvoraussetzung beim Handelsregister ist nur die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, belehrt worden zu sein. Erst bei Zweifeln kann das Registergericht im Wege des Freibeweises den Nachweis der Belehrung (Text, Zugang) verlangen.

Bundesnotarkammer
Körperschaft des öffentlichen Rechts

Postanschrift
Mohrenstraße 34
10117 Berlin



E-Mail: bnotk@bnotk.de
Telefon: 030-3838660
Telefax: 030-3838666