

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 189082****letzte Aktualisierung: 1. Juli 2022****FamFG § 378****Möglichkeit der Vorlage einer originär elektronischen Eigenurkunde beim Handelsregister****I. Sachverhalt**

Es wurde namens des Urkundsbeteiligten eine mit Unterschriftsbeglaubigung versehene Handelsregisteranmeldung elektronisch an das Amtsgericht übermittelt (Neueintragung eines e. K.). Nach Einreichung war eine Ergänzung erforderlich. Die Ergänzung der Anmeldung wurde dergestalt vorgenommen, dass an das Amtsgericht ein mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenes elektronisches Anschreiben gesandt wurde, in dem die zusätzlich anzumeldende Tatsache für den Beteiligten angemeldet wurde.

Das Handelsregister ist der Auffassung, dass für eine Anmeldung nach § 378 Abs. 2 FamFG eine entsprechende Anmeldung mit Siegel und Unterschrift erforderlich sei, die sodann mit elektronischem Zeugnis versehen zu übermitteln sei.

Dem dürfte zumindest die Entscheidung des OLG Schleswig vom 13. Dezember 2007 (2 W 198/07, s. dazu auch Gutachten DNotI-Report 2009, 183) entgegen stehen, in der davon ausgegangen wird, dass die Erstellung einer Eigenurkunde auf Papier, deren Unterzeichnung und Siegelung sowie das anschließende Einscannen nicht erforderlich sei, sondern dass es genüge, wenn die Erklärung in einem mit einer qualifizierten Signatur versehenen elektronischen Anschreiben in dem dafür vorgesehenen Übermittlungsweg an das Handelsregister übermittelt wird.

II. Fragen

1. Trifft die Ansicht des Registergerichts zu?
2. Welche Rolle spielt dabei die aktuelle Entscheidung des BGH vom 15. Juni 2021 (II ZB 25/17)?

III. Zur Rechtslage**1. Ermächtigung des Notars zur Berichtigung von Anmeldungen**

Gem. § 378 Abs. 2 FamFG gilt der Notar zur Beantragung von Anmeldungen im Namen der Beteiligten als ermächtigt, wenn der Notar eine zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat. Dies gilt auch für den Notar, der lediglich die Unterschrift unter der Anmeldung beglaubigt hat (BeckOK-FamFG/Otto, 40. Ed. 1.10.2021, § 378 Rn. 13;

MünchKommFamFG/Krafka, 3. Aufl. 2019, § 378 Rn. 6; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 123; EBJS/Schaub, HGB, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 119). Als Annex ist von der Kompetenz des Notars auch die Berichtigung von offensichtlichen Unrichtigkeiten erfasst (Ising, NZG 2012, 289, 292; Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 378 Rn. 13). Im Folgenden wird unterstellt, dass die Voraussetzungen des § 378 Abs. 2 FamFG grundsätzlich vorliegen.

2. Vorschriften für die Form der Anmeldung

a) § 12 HGB: elektronisch in öffentlich beglaubigter Form

Die Form der Anmeldung ist in § 12 HGB geregelt, der in Abs. 1 S. 1 vorsieht, dass Anmeldungen „elektronisch in öffentlich beglaubigter Form“ einzureichen sind. Das Gesetz geht also für den Regelfall von einer vom Beteiligten zu unterzeichnenden Anmeldung von einem **Dreischritt** aus:

- Zunächst (Schritt 1) muss eine Papierurkunde vom Anmeldenden unterschrieben werden.
- Die Unterschrift muss sodann (Schritt 2) öffentlich beglaubigt werden (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB: „in öffentlich beglaubigter Form“).
- Das Dokument ist anschließend (Schritt 3) elektronisch einzureichen (§ 12 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 HGB). Dies gilt für „Dokumente“, worunter der BGH auch die Anmeldung selbst rechnet (BGH NZG 2021, 1564, 1566, Rn. 19). § 12 Abs. 2 S. 2 HGB präzisiert dies, indem die Vorschrift verlangt, dass Dokumente, die öffentlich beglaubigt oder notariell beurkundet einzureichen sind – auch hierunter fällt nach dem BGH die Anmeldung selbst, BGH NZG 2021, 1564, 1566, Rn. 19 – mit einem einfachen elektronischen Zeugnis (§ 39a BeurkG) zu versehen sind. Hierdurch wird die besondere Richtigkeitsgewähr bei der elektronischen Übermittlung der Anmeldung sichergestellt.

b) Ausnahmen vom Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung, insbesondere: Eigenurkunde

Die öffentliche Beglaubigung (Schritt 2) ist aber nicht durchgehend erforderlich. Statt der Beglaubigung ist die notarielle Beurkundung ausreichend. Aber auch Anmeldungen zum Handelsregister, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts in einer von ihr als öffentlicher Behörde ausgestellten öffentlichen Urkunde einreicht, bedürfen anerkanntermaßen keiner öffentlichen Beglaubigung (OLG Stuttgart FGPrax 2009, 129; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1997, 436; BayObLGZ 1975, 227; MünchKommHGB/Krafka, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 17). Schließlich reicht – auch schon nach früherer Rechtslage, als die Anmeldungen noch in Papierform eingereicht wurden – auch die notarielle Eigenurkunde aus, wenn der Notar etwa eine von ihm selbst beglaubigte Erklärung als bevollmächtigter Vertreter durch eine Eigenurkunde berichtet, ergänzt oder den registerrechtlichen Erfordernissen anpasst (BGH NJW 1981, 125; Ammon, DStR 1993, 1025, 1027; MünchKommHGB/Krafka, § 12 Rn. 17; Krafka, Registerrecht, Rn. 81). Grund hierfür ist, dass die Eigenurkunde des Notars selbst öffentliche Urkunde (§ 415 ZPO) ist, wenn sie vom Notar gezeichnet und gesiegelt ist, da der Notar eine mit öffentlichem Glauben versehene Urkundsperson ist.

c) Originär elektronische Eigenurkunde

Die Eigenurkunde eines Notars kann grundsätzlich nach allgemeiner Auffassung auch originär elektronisch errichtet werden, ohne dass zunächst eine Papierfassung ausgedruckt, unterschrieben und gesiegelt werden muss (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.10.2021, § 39a Rn. 10; Kruse, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 39a BeurkG Rn. 28; KEHE/Volmer, GBO, 8. Aufl. 2019, § 29 Rn. 138; Bettendorf/Mödl, DNotZ 2010, 795, 796).

aa) Allgemeine Verwendung im Rechtsverkehr

Die so errichtete elektronische Eigenurkunde fällt zwar nicht in den Anwendungsbereich des BeurkG und stellt damit auch kein Zeugnis nach 39a BeurkG dar (Kruse, § 39a BeurkG Rn. 28; Meyer/Mödl, DNotZ 2009, 743, 746; BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 10; DNotI-Report 2017, 147, 148), wie etwa in § 137 Abs. 1 S. 1 GBO vorausgesetzt. Dennoch handelt es sich um eine öffentliche Urkunde, die die gleiche Beweiskraft hat wie eine papiergebundene Urkunde (s. explizit BT-Drs. 16/12319, S. 29 f. zur notariellen Eigenurkunde). Daher kann sie gem. § 137 Abs. 1 S. 2 GBO als öffentliches elektronisches Dokument auch im Grundbuchverkehr verwendet werden (OLG Stuttgart NJW-RR 2018, 758 f.; Kruse, § 39a BeurkG Rn. 28; KEHE/Volmer, § 29 Rn. 138; Meyer/Mödl, DNotZ 2009, 743, 746; DNotI-Report 2017, 147, 148 f.; BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 10; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 137 Rn. 37).

bb) Verwendung im Handelsregisterverfahren

Ansichts der Verwendbarkeit im (formstrengeren) Grundbuchverfahren ist schon nicht ersichtlich, weshalb originär elektronische notarielle Eigenurkunden nicht auch im Handelsregisterverfahren verwendet werden können sollten. Dies ist entsprechend auch bereits in der Rechtsprechung, aber auch mehrfach in der Literatur explizit so vertreten worden (vgl. OLG Schleswig DNotZ 2008, 709 m. zust. Anm. Apfelbaum; Gutachten DNotI-Report 2009, 183; Bettendorf/Mödl, DNotZ 2010, 795, 796; Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2446 zur Rücknahme des Antrags; DNotI-Gutachten Nr. 113959). Gegenstimmen sind nicht ersichtlich (zur Einordnung der Entscheidung BGH NZG 2021, 1564 s. unten; offen allerdings Milzer, notar 2013, 35, 42 f.). Die Ansicht ist u. E. auch überzeugend, da durch die Stellung des Notars als öffentlicher Amtsträger die Anforderungen für das Verfahren gewahrt sind und der Umweg über einen Ausdruck der Urkunde, die Unterzeichnung und Siegelung des Papiers, das Einscannen und das Erstellen einer beglaubigten Abschrift nicht nur eine unnötige Förmerei wäre, sondern u. E. auch vom Gesetz so nicht vorausgesetzt wird. Dies wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Signatur des Notars dabei in mehrfacher Funktion relevant wird:

- Zunächst ersetzt die Signatur die Unterschrift auf dem Papier (Schritt 1). Dies ist keine Besonderheit der notariellen Signatur, sondern wäre auch bei der Signatur einer Privatperson ohne Notarattribut gem. § 126a BGB der Fall, demzufolge die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt wird, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird. Es ist nicht ersichtlich, weshalb § 126a BGB im Registerverfahrensrecht nicht wenigstens analog anzuwenden sein sollte (so auch OLG Schleswig DNotZ 2008, 710, 711).

- Weiter ersetzt das in der Signatur des Notars enthaltene Notarattribut die sonst erforderliche öffentliche Beglaubigung (Schritt 2); die Signatur entspricht damit dem Siegel des Notars bei einer papiergebundenen Urkunde (Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 91; Gassen, RNotZ 2007, 142, 144). Es liegt damit – wie bereits für das Grundbuchverfahren allgemein anerkannt – eine öffentliche Urkunde vor.
- Schließlich wird auch die vom BGH geforderte Sicherheit der elektronischen Übermittlung (oben Schritt 3) durch die Mitwirkung des Notars gewährleistet (so wohl schon Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2446). Ein der Form des § 39a BeurkG genügender Vermerk ist bei originär elektronisch vorliegenden Urkunden gerade nicht zu fordern (Bettendorf/Mödl, DNotZ 2010, 795, 797). Dies wäre auch bei originär elektronischen Urkunden von Behörden nicht der Fall; erstellt eine siegelführende Körperschaft selbst ein öffentliches elektronisches Dokument (§ 371a Abs. 3 ZPO), kann dieses unmittelbar an das Registergericht gesendet werden, eine zusätzliche Sicherheit für die Übermittlung der elektronischen Form ist bei öffentlichen elektronischen Dokumenten nicht vorgesehen (OLG Stuttgart FGPrax 2009, 129, 130). Eine solche Urkunde wäre selbst bei Einreichung durch den Notar nicht von diesem mit einer Vermerkkurkunde nach § 39a BeurkG zu versehen, vielmehr wäre das elektronische Dokument unverändert mit der vorhandenen Signatur an das Registergericht zu übermitteln (Bettendorf/Mödl, DNotZ 2010, 795, 797). Dies bedeutet u. E., dass bei einer originär elektronischen Eigenurkunde die Signatur des Notars auch ausreicht, um die Übermittlung zu gewährleisten. In der Tat ist nicht ersichtlich, weshalb gerade für die Sicherheit der elektronischen Übermittlung zu fordern sein sollte, dass die Urkunde zunächst in Papierform vorlag. Ob die Eigenurkunde des Notars dabei der Form des § 39a BeurkG entspricht (s. o.), ist daher u. E. nicht relevant.

3. Entscheidung des BGH NZG 2021, 1564

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der genannten Entscheidung BGH NZG 2021, 1564. Diese befasst sich nicht mit der Frage der originär elektronischen Eigenurkunde durch den Notar, sondern mit einer Konstellation, in der gerade ohne Mitwirkung eines Notars eine Anmeldung erst schriftlich abgefasst, dann (von einem Ortsgerichtsvorsteher) öffentlich beglaubigt und schließlich mit qualifizierter elektronischer Signatur des Unterzeichners – d. h. des anmeldenden Geschäftsführers – zum Registergericht geschickt worden war. Es lag also eine zunächst papiergebundene Urkunde vor; der BGH befasste sich daher gar nicht mit dem Fall einer originär elektronischen Urkunde. Das Problem im Fall des BGH lag entsprechend auch nicht bei Schritt 1 (eine ursprünglich papiergebundene Urkunde gab es ja) noch bei Schritt 2 (die Beglaubigung durch den Ortsvorsteher war ja erfolgt), sondern bei Schritt 3. Der BGH wendete auch auf diese elektronische Übermittlung der Anmeldung selbst – so die hier interessierende Kernaussage des Urteils – § 12 Abs. 2 HGB an und forderte zur Sicherheit der elektronischen Übermittlung ein qualifiziertes elektronisches Zeugnis nach § 39a BeurkG, d. h. die Mitwirkung eines Notars. Ein solches Zeugnis lag im Fall des BGH allerdings gerade nicht vor, sondern lediglich eine qualifizierte elektronische Signatur nach § 126a BGB. Dieser fehlte es also an dem öffentlichen Glauben, den § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB nach Ansicht des BGH für die elektronische Übermittlung verlangt. Die Signatur des Nicht-Notars hätte lediglich genügt, um eine eigentlich schriftlich abzufassende Erklärung in

elektronischer Form abzugeben (BGH NZG 2021, 1564, 1566, Rn. 18) – hätte also Schritt 1 betroffen, der in diesem Fall aber gar nicht problematisch war.

Im Unterschied dazu stellt sich das aufgeworfene Problem anders dar. Hier ist die Sicherheit der elektronischen Übermittlung durch die Mitwirkung des Notars gerade sichergestellt. Mit der hier zu diskutierenden Frage – ob eine Papierform im Ausgang entbehrlich ist – hatte sich der BGH gerade nicht befasst. Insofern gehen wir im Ergebnis davon aus, dass die Errichtung einer originär elektronischen Eigenurkunde in diesen Fällen möglich ist.