

Rainer Heneweer, weiterer aufsichtführender Richter am Amtsgericht, Mitglied im Entwicklungsverbund „Elektronische Registerführung RegisSTAR“, Amtsgericht Essen

Das Erfordernis öffentlicher Beglaubigung im Handelsregisterverkehr (§ 12 HGB)

I. Einleitung

Die Einführung des elektronischen Handelsregisters ist in den Bundesländern unterschiedlich weit fortgeschritten (zum aktuellen Stand der Umsetzung s. z. B. das gemeinsame Länderportal www.handelsregister.de oder den Überblick unter www.elektronische-register.de). Bis zum 1.1.2007 müssen nach der Richtlinie 2003/58/EG („SLIM-IV-Richtlinie“) (s. hierzu *Becker*, GmbHR 2003, R145; *Schemmann*, GPR 03/04, 92 ff.; *Scholz*, EuZW 2004, 172 ff.) nicht nur diese Arbeiten abgeschlossen sein, sondern auch ein elektronischer Registerverkehr ermöglicht werden. Hinsichtlich der Form von Registeranmeldungen macht die Richtlinie keine Vorgaben (*Scholz*, EuZW 2004, 175). Die anstehende Überarbeitung des Handelsregisterrechts gibt Anlass, über den Zweck und die Berechtigung der öffentlichen Form von Registeranmeldungen nachzudenken und äquivalente Lösungen für das elektronische Zeitalter zu untersuchen. Bekanntlich verlangt das geltende Recht für Anmeldungen, die zu Registereintragungen führen, sowie für Unterschriftenzeichnungen die öffentlich beglaubigte Form (§ 12 I HGB); Gleiches gilt für Vollmachten zur Anmeldung (§ 12 II 1 HGB).

II. Kurze Geschichte der öffentlich beglaubigten Registeranmeldung

Bereits das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 verpflichtete in Art. 19 jeden Kaufmann, seine Firma beim RegisterG anzumelden und zu zeichnen. Wie schon in landesrechtlichen Vorgängerregelungen hatte dies entweder „vor dem Handelsgerichte“ zu erfolgen oder es war dort eine Urkunde „in beglaubigter Form“ einzureichen. Diese Beglaubigung richtete sich nach Landesrecht; fest stand aber, dass dieses Erfordernis durch die landesrechtlich vorgesehenen notariellen Beglaubigungsverfahren erfüllt werden konnte (*Anschütz/v. Völderndorff*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche, 1868, Art. 19 Anm. 7).

Das Handelsgesetzbuch von 1897 fasste die im ADHGB verstreuten Formerfordernisse für Registeranmeldungen und Zeichnungen in § 12 zusammen (*Gareis*, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 1905, § 12 Anm. 1). Mit dem Begriff der „öffentlich beglaubigten Form“ konnte auf die Definition des gleichzeitig in Kraft getretenen § 129 BGB zurückgegriffen werden. Dieser wiederum ließ die weiterhin landesrechtlich geregelte Beglaubigungszuständigkeit offen (s. z. B. *Staudinger/Riezler*, BGB, 9. Aufl., 1925, § 129 Anm. 4), stellte aber reichsrechtliche Mindestanforderungen an das Verfahren auf.

Eine bundeseinheitliche Zuständigkeitsregelung schuf schließlich das Beurkundungsgesetz von 1969. Es schaffte nicht nur in § 12 HGB die Möglichkeit persönlicher Anmeldung beim RegisterG ab, sondern eliminierte aus § 129 BGB auch die Option landesrechtlicher Zuständigkeiten von Behörden oder Beamten. Damit war – vorbehaltlich höherrangiger Formen, s. § 129 II BGB – die notarielle Beglaubigung nach §§ 40 f. BeurkG die einzige zulässige Form der Registeranmeldung.

III. Funktion der Formpflicht für Registeranmeldungen

1. Die Bedeutung der öffentlichen Beglaubigung für das Registerverfahren

Nach dieser historisch gewachsenen Konzeption ist das Registerverfahren ein einheitliches, die Beglaubigung der Anmeldung umfassendes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in

dem der Staat die rechtlichen Voraussetzungen der Eintragung umfassend prüft. Die öffentlich beglaubigte Anmeldung ist daher nicht nur Formerfordernis, sondern zugleich eine normierte Schnittstelle zwischen den Zuständigkeiten von Notar und RegisterG in diesem Prozess. Damit korrespondiert, dass die Prüfungskompetenz des RegisterG hinsichtlich der Anmeldungen auf den Inhalt öffentlicher Urkunden beschränkt ist; umgekehrt muss es die Umstände, die der Beweiskraft des § 418 ZPO unterliegen, nicht mehr prüfen. Bei dieser Zuständigkeitsverteilung handelt es sich um ein Grundprinzip des Registerrechts, dem alle Rechtsträgerregister und das Grundbuch sowie verwandte Register (Schiffsregister, Luftfahrzeugregister) unterliegen.

Das „Outsourcing“ gerichtlicher Prüfungszuständigkeiten auf den Notar beschränkt sich nicht auf die Identität

- 260 -

des Anmeldenden (umfassend zu Funktionen und Verfahren der öffentlichen Beglaubigung *Malzer*, DNotZ 2000, 169 ff.). Denn bei der Unterschriftsbeglaubigung nach §§ 39, 40 BeurkG wird darüber hinaus festgestellt, dass dieser die Erklärung persönlich abgibt (Das Verbot verdeckter Stellvertretung bei Registeranmeldungen ergibt sich nicht nur aus den Regelungen zum Beurkundungsverfahren, sondern im Umkehrschluss auch aus dem Formerfordernis für Vollmachten (§ 12 II 1 HGB), dass er hierbei nicht unter Zwang oder Täuschung handelt oder geschäftsunfähig ist. Die Beweiskraft des § 418 ZPO – und damit die Verlässlichkeit für Entscheidungen des RegisterG – erfasst nicht nur die reine Identität des Anmeldenden, sondern auch die hierüber hinausgehenden Feststellungen zur Person (z. B. *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., 2003, § 40 Rz. 77). Hierdurch erhält das RegisterG gesicherte Erkenntnisse zur Volljährigkeit des Anmeldenden, regelmäßig auch Hinweise auf Güterstand (zur Bedeutung im Registerverfahren z. B. *Keidel/Krafka/Willner*, Registerrecht, 6. Aufl., 2003, Rz. 498 und 605) und Staatsangehörigkeit (zur Diskussion über Anforderungen an ausländische Geschäftsführer s. z. B. *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 4. Aufl., 2003, § 6 Rz. 14 ff.). Alles dies unterscheidet die öffentlich beglaubigte Unterschrift auch von der qualifizierten elektronischen Signatur (Das zugehörige elektronische Zertifikat enthält zwingend nur den Namen des Inhabers, § 7 I Nr. 1 SigG), die der Gesetzgeber deshalb bewusst auf einer Rangstufe etwas unterhalb der Schriftform angesiedelt hat (s. 126a BGB).

2. Bezug zu Rechtswirkungen von Register und Grundbuch

Die derart aktualisierte umfassende staatliche Verantwortung für die Eintragungsvoraussetzungen ist notwendiges Korrelat der Wirkungen von Registereintragungen. Teilweise, insbesondere bei Entstehung und Erlöschen juristischer Personen, kommt diesen Konstitutivwirkung zu, in jedem Fall aber treten die Publizitätswirkungen nach § 15 HGB ein. Der Staat greift mit Registereintragungen somit in Rechtspositionen der Beteiligten und Dritter ein; er ist für die Richtigkeit dieser Eintragungen verantwortlich und würde sich sonst Haftungsansprüchen der Betroffenen aussetzen.

Das Handelsregister ist aber nicht nur Selbstzweck. Es ist gleichsam die Wurzelinstanz, auf deren Subjektdefinitionen und Vertretungsregelungen (neben dem allgemeinen Rechtsverkehr, s. § 15 HGB) andere Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufbauen. Bei einer Vielzahl von Transaktionen ist das Register Grundlage notarieller Vertretungsbescheinigung nach § 21 BnotO. Aufgrund solcher Bescheinigungen oder unmittelbar auf Grund von Zeugnissen des RegisterG über Vertretungsverhältnisse werden ferner Grundbucheintragungen vorgenommen (§ 32 GBO). Die Authentizität der Registeranmeldung ist in diesem geschlossenen System öffentlicher Urkunden deshalb auch Grundlage für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 891 f. BGB), der sich wiederum allein durch die strengen Verfahrens- und Formvorschriften des Grundbuchrechts rechtfertigt (*MünchKomm-BGB/Wacke*, 4. Aufl.,

2004, § 891 Rz. 4). Diese wären aber sinnlos ohne entsprechend strenge Vorschriften bei der Erzeugung und Registrierung der berechtigten Rechtspersonen und ihrer Vertreter – Publizität des Objekts setzt Publizität des Subjekts voraus (*Karsten Schmidt*, NJW 1984, 2249).

3. Faktische Entlastung der Registergerichte

Die eigene Erfahrung belegt eine erhebliche Entlastung der RegisterG durch die Zwischenschaltung des Notars, der gewissermaßen als externe Rechtsantragsstelle des Gerichts die Kommunikation mit den Anmeldenden wahrnimmt und diese gefiltert und gebündelt an das RegisterG weitergibt. Dieser Beitrag zum Funktionieren der Rechtspflege mag für den historischen Gesetzgeber nicht im Vordergrund gestanden haben, ist aber ein auch verfassungsrechtlich relevanter Gemeinwohlbelang (vgl. nur zum Anwaltszwang *BVerfG*, AnwBl. 1993, 535 f. m. insoweit zust. Anm. *Zuck*. Ebenfalls zur Justizentlastung als Gemeinwohlaspekt s. *BVerfGE* 106, 216 ff. (220) zur Singulanzulassung beim *BGH*).

Faktisch entwirft der Notar in mindestens 95% der Fälle den Text der Registeranmeldungen, deren Unterschriften er beglaubigt. Der Notar stellt die erforderlichen Anlagen der Registeranmeldungen zusammen; er steuert den Einreichungszeitpunkt z. B. bei Abhängigkeit von Genehmigungen oder der Einzahlung des Stammkapitals. Hiermit ist nicht nur eine sachkundige rechtliche Beratung und Betreuung der Beteiligten, sondern auch eine Entlastung des RegisterG von fehlerhaften, unvollständigen oder sonst vollzugsunfähigen Anmeldungen verbunden. Auch nach der Anmeldung übernimmt der Notar die Beratung und Betreuung der Anmeldenden einschließlich Rückfragen zur Rechtslage oder zum Verfahrensstand. Umgekehrt behebt der Notar Beanstandungen des RegisterG durch Beibringung geeigneter Unterlagen von den Beteiligten und Dritten, Nachträge zur Anmeldung u. ä. Diese Aufgaben wären sonst vom RegisterG zu erledigen und dort mit entsprechendem personellen Mehraufwand verbunden.

Die öffentlich beglaubigte Form entlastet RegisterG, streitige Gerichtsbarkeit und nicht zuletzt die Betroffenen auch von nachträglichen Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Anmeldungen. Nach § 418 II ZPO kann die öffentliche Beglaubigung nur dadurch angegriffen werden, dass die Möglichkeit ihrer Richtigkeit völlig beseitigt wird (so schon *RGZ* 131, 284 ff. (288)). Dies wird kaum je gelingen und macht solche Streitigkeiten von vorneherein aussichtslos.

4. Gesetzliche Nebenfolgen der öffentlich beglaubigten Form

Auf die Garantie einer höchstpersönlichen Erklärungsabgabe baut auch die Absicherung bestimmter Organpflichten durch strafbewehrte Versicherungen (z. B. §§ 8 II und III, 57 III GmbHG) auf: Da es sich bei den Straftatbeständen (z. B. § 82 I Nr. 1, 3 und 5 GmbHG) um echte Sonderdelikte handelt, muss die betreffende Organperson handeln, damit die Strafdrohung eingreift (*Scholz/Tiedemann*, GmbHG, 9. Aufl., 2002, § 82 Rz. 18 und 24). Wäre eine verdeckte Stellvertretung möglich, könnte eine Strafverfolgung nur unter den engen Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft der qualifizierten Organperson erfolgen. Eine Nebenfolge des Formerfordernisses ist, dass der Notar die Beglaubigung erkannt unrichtiger Versicherungen von vorneherein verweigern muss (§ 14 II BnotO) und hierfür disziplinarisch, unter Umständen sogar strafrechtlich (hierzu *Scholz/Tiedemann* (Fn. 17), § 82 Rz. 25) zur Verantwortung gezogen werden kann.

Die Amtsträgereigenschaft des Notars ermöglicht zusätzlich, dass die gesetzlich erforderliche Belehrung von Geschäftsführern über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht statt durch das RegisterG (§ 8 III 1 GmbHG i.V.m. § 53 II BZRG) durch den Notar (§ 8 III 2 GmbHG) erfolgt. Schon logisch zwingend sicherzustellen ist die Höchstpersönlichkeit bei Unterschriftenzeichnungen nach §§ 29, 108 II HGB, 8 V GmbHG usw.

Nicht zu vernachlässigen ist schließlich die allgemeine Schutzwirkung einer gesicherten persönlichen Zurechnung von unternehmerischen Aktivitäten. Der *Rechtsausschuss* des *Deut-*

schen Bundestages (BT-Drucks, 14/7348, S. 29) stellte hierzu fest: „Das Handelsregister hat neben anderen Funktionen die besondere Bedeutung, dem Rechtsverkehr eine Auskunft über die hinter den Handelsunternehmen stehenden juristischen oder natürlichen Personen zu ermöglichen. Es muss möglich sein, unter Um-

- 261 -

ständen auch über eine längere Kette von Registereintragungen auf die dahinter stehenden natürlichen Personen zu stoßen.“

Die Bedeutung dieser Zurechnungsleistung nimmt in den letzten Jahren eher zu: Vor allem vor dem Hintergrund gläubigerschädigender „Firmenbestattungen“ hat die *Justizministerkonferenz*, das *Bundesjustizministerium* mit Überlegungen zur Reform des GmbH-Gesetzes beauftragt (72. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 14.11.2002 in Berlin, TOP I.3., abrufbar auf den Webseiten des nordrhein-westfälischen Justizministeriums (www.justiz.nrw.de). Zu rechtstatsächlichen und strafrechtlichen Hintergründen der „Firmenbestattung“ s. *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115 ff.). Auch die auffällige Häufigkeit krimineller Aktivitäten unter Einsatz der GmbH wird neben der Haftungsbegrenzung auf die Anonymität der Gesellschafter und das Fehlen hinreichender Kontrollen zurückgeführt (*Scholz/Tiedemann* (Fn. 17), vor §§ 82 ff. Rz. 3). Die öffentliche Beglaubigung der Anmeldungen samt den enthaltenen strafbewehrten Versicherungen erscheint in diesem Lichte als der seidene Faden, an dem selbst der beschränkte derzeitige Kontroll- und Sanktionsapparat hängt. Ebenfalls von erheblicher Bedeutung ist die verlässliche Identifizierung der handelnden Personen zur Bekämpfung der Geldwäschekriminalität, die ihrem Wesen nach die Intransparenz von Finanzströmen und die Anonymität der wirtschaftlich begünstigten Hintermänner zur Voraussetzung hat (zur rechtspolitischen Bedeutung z. B. *Schily*, WM 2002, 1249 ff.).

IV. Das Recht von England und Wales als Gegenentwurf

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der Vergleich mit dem englischen Gesellschaftsregister (Companies' Register), bei dem sich der gleiche Zusammenhang zwischen Formerfordernissen und Rechtswirkungen auf niedrigerem Niveau zeigt. Auch dort besteht zwar ein Quasi-Beglaubigungserfordernis für die Erstanmeldung einer Limited Company: Eine Organperson muss die Einhaltung aller (!) Registrierungsvoraussetzungen vor einem „Commissioner for Oaths“, „Notary Public“, „Justice of the Peace“ oder „Solicitor“ versichern (siehe das – zu Section 12 Companies Act 1985 erlassene – Formular 12 des Companies House, abrufbar unter www.companieshouse.gov). Für sonstige Anmeldungen ist jedoch Schriftform (allerdings ohne Fax) ausreichend.

Umgekehrt hat die Registereintragung aber auch keine besonderen Rechtswirkungen (selbst für die Entstehung juristischer Personen ist nach Section 13 Companies Act 1985 nicht die Eintragung, sondern die Erteilung einer Urkunde („Certificate of Incorporation“) entscheidend), insbesondere keine positive Publizität entsprechend § 15 III HGB oder Entlastungswirkung entsprechend § 15 II HGB. Dies ist auf eine andere Zielsetzung des Registers zurückzuführen: Nicht der ‚Enthaltungsgedanke‘ oder die Rechtssicherheit stehen im Vordergrund, sondern vielmehr der Einblick von Gläubigern und Gesellschaftern in unternehmensinterne Vorgänge (*Kramm*, Handelsregisterrecht, Berlin, 1998, S. 175 f.).

Zusätzlich sind nichtregistrierte Einschränkungen der Vertretungsmacht von Organpersonen möglich. Registerauszüge sind deshalb von so eingeschränkter Aussagekraft, dass sich die internationale Praxis mit notariellen Rechtsgutachten behilft (s. hierzu *Heinz*, ZNotP 2000, 413 ff.), die naturgemäß in jedem Einzelfall erhebliche Kosten auslösen.

V. Elektronische Umsetzung der öffentlich beglaubigten Form

Die Planungen der für die Registerführung zuständigen Bundesländer gehen dahin, ab dem 1.1.2007 einen vollelektronischen Registerverkehr zu realisieren. Dementsprechend muss auch die öffentlich beglaubigte Anmeldung in eine papierlose Variante überführt werden. Hierbei kann auf das mittlerweile als Registerentwurf (*BR-Drucks.* 609/04 vom 13.8.04) vorliegende Justizkommunikationsgesetz zurückgegriffen werden, das in einem neuen § 371 a II ZPO-E erstmals „öffentliche elektronische Dokumente“ definiert und mit den für öffentliche Urkunden typischen Beweiswirkungen versieht. Solche Dokumente können Notare auch als elektronische beglaubigte Abschriften von Papierdokumenten fertigen; hierfür sieht ein neuer § 39a BeurkG-E das Verfahren vor. Der Notar kann somit die Handelsregister mit strukturierten elektronischen Daten nach den Formatvorgaben der Justiz beliefern, ohne dass sein Mandant auf die gewohnte Papieranmeldung verzichten muss, die gerade im Hinblick auf die erhaltenen strafbewehrten Versicherungen und Belehrungen derzeit wohl noch nicht entbehrlich ist. Einen ähnlichen Ablauf, bei dem der notariellen Beurkundung eine elektronische Datenübermittlung an das RegisterG folgt, hat jüngst auch das Königreich Spanien für seine viel diskutierte „Blitz-GmbH“ gewählt (s. hierzu *Fröhlingsdorf*, RIW 2003, 586; *Vietz*, GmbH 2003, 27 f).

Keine Alternative ist der Verzicht auf die öffentliche Form, insbesondere ein Rückgriff auf die bisher noch wenig verbreitete und erprobte Technologie der elektronischen Signatur (so aber wohl Überlegungen im *Bundesjustizministerium*, s. „Ein Herz für Würstchenbuden“, F.A.Z. vom 13.5.2004). Ein öffentliches Zeugnis über die Unterschriftsleistung mit voller Beweiskraft lässt sich nicht durch die Aussage eines gewerblichen Zertifizierungsdiensteanbieters ersetzen, wonach dieser in der Vergangenheit an eine bestimmte Person eine Signaturkarte ausgegeben hat. Außer einer wenig belastbaren Zuordnung der Signatur zum gesetzlichen Signaturschlüssel-Inhaber (s. § 292a ZPO; kritisch zu dieser Regelung z. B. *Dästner*, NJW 2001, 3469; *Roßnagel*, NJW 2001, 1818 f. und 1826; *Stadler*, ZZP 111 (2002), 433 f. Von einer „eigenartigen“ Regelung spricht auch *Noack*, DStR 2001, 1896) würde keine der geschilderten Funktionen der öffentlichen Beglaubigung erfüllt; diese müssten anderweitig sichergestellt werden. Wenn das Handelsregister weiterhin die Publizitätswirkungen nach § 15 HGB erfüllen soll, ist die mitwirkende Tätigkeit der Notare im Interesse aller Beteiligten unentbehrlich und kann auch nach dem heutigen Stand der Technik nicht durch private IT-Nutzung ersetzt werden. Aus registerpraktischer Sicht wäre außerdem zu befürchten, dass ein ungefilterter Ansturm von laienhaft formulierten Anmeldungen, rechtlichem und technischen Beratungsbedarf und Rückfragen zum Verfahrensstand den eigentlichen Registerbetrieb zum Erliegen brächte. Dem politischen Ziel aller Beteiligten, Registerverfahren auch im Interesse der Erleichterung von Existenzgründungen zu beschleunigen, wäre hiermit ein denkbar schlechter Dienst erwiesen.

VI. Zusammenfassung

Die öffentlich beglaubigte Form der Registeranmeldungen ist die Basis für die Gewährleistung von Rechtssicherheit und -klarheit durch die Register. Die Vorschriften des Justizkommunikationsgesetzes weisen den Weg, wie die streitvermeidende Wirkung der öffentlichen Urkunde auch beim Einsatz elektronischer Medien eingesetzt werden kann. Diese Kombination von bewährter Rechtssicherheit und moderner Technologie ermöglicht einen hocheffizienten Registerbetrieb im Interesse der Gewerbetreibenden, des Rechtsverkehrs und der Justizhaushalte. Ein Infragestellen der öffentlichen Formen hingegen würde die Rechtswirkungen der Register in Frage stellen und ihre effektive Führung durch die Gerichte beeinträchtigen.