

# Betriebs Berater

45 | 2019

Steuern ... M&A ... Stiftung ... Krisenmanagement ... Einigungsstellenverfahren ...

4.11.2019 | 74. Jg.  
Seiten 2625–2688

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Gerrit Adrian**, StB

Das Jahressteuergesetz 2019 – Umfangreiche Änderungswünsche des Bundesrats

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Jan Birkefeld**, LL.M., RA, und **Stephan Schäfer**, RA

Gründung auf Knopfdruck? Was sich mit der EU-Digitalisierungs-Richtlinie im Gesellschaftsrecht ändert | 2626

**Dr. Andreas von Werder**, LL.M., RA/FAStR und Notar, und **Dr. Felix Scheder-Bieschin**, RA

Reichweite der Beurkundungspflicht bei der Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen GmbH – eine Betrachtung aus Sicht der M&A-Praxis | 2632

## STEUERRECHT

**Dr. Christian von Oertzen**, RA/FAStR

Aktuelle Stiftungsstrukturen | 2647

Dipl.-Finw. **Harald Bott**, MR

BB-Rechtsprechungsreport Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht 2019 – Teil I | 2655

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Martin Bünning**, RA/StB

Übernahme stiller Lasten beim Unternehmenskauf in der Krise | 2667

## ARBEITSRECHT

**Dr. Dietmar Müller-Boruttau**, RA/FAArbR

Die Einigungsstelle – Teil I | 2676

BB-Rechtsprechungsreport  
Gemeinnützigkeits- und  
Spendenrecht 2019

Jan Birkefeld, LL.M., RA, und Stephan Schäfer, RA

# Gründung auf Knopfdruck? Was sich mit der EU-Digitalisierungs-Richtlinie im Gesellschaftsrecht ändert

**Estland macht es vor! Jedenfalls natürlichen Personen steht es frei, eine Gesellschaft dort vollständig online zu gründen. Was in Estland funktioniert, soll nun auch im Rest der EU gehen: Der europäische Gesetzgeber hat jüngst die EU-Digitalisierungs-Richtlinie verabschiedet. Im Anschluss an Bayer/J. Schmidt (BB 2019, 1922ff.) gibt dieser Beitrag einen vertiefenden Einblick in die neue Welt der Online-Gründung und zeigt auf, welche digitalen Tools künftig vor allen Dingen Start-ups die Einrichtung ihres Unternehmens ermöglichen sollen.**

## I. Einleitung – der künftige Einsatz digitaler Werkzeuge im Gesellschaftsrecht

Die EU-Digitalisierungs-Richtlinie<sup>1</sup> wird nachfolgend vorgestellt, bewertet und – soweit dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt schon möglich ist – auf ihre voraussichtlichen Auswirkungen für die Praxis untersucht.

Nach Art. 2 Abs. 1 DigitalisierungsRL ist diese bis zum 1.8.2021 grundsätzlich von den Mitgliedstaaten umzusetzen, für einige wenige Vorschriften gilt eine Umsetzungsfrist bis zum 1.8.2023. Ferner steht Mitgliedstaaten, die auf besondere Schwierigkeiten bei der Umsetzung stoßen, eine Verlängerungsmöglichkeit um jeweils ein Jahr zu.<sup>2</sup> Nach einigen Worten zur systematischen Einbettung in den gesellschaftsrechtlichen Normbestand auf Ebene der EU (II.) und der Bestimmung des Anwendungsbereichs (III.) stellt dieser Beitrag die wesentlichen Elemente der Digitalisierungs-Richtlinie im Querschnitt dar (IV.–VI.). Es folgt eine kurze Prognose zu praktischen Implikationen der Umsetzung aus Unternehmersicht (VII.). Ein allgemeiner Ausblick zum weiteren Umsetzungsprozess schließt den Beitrag (VIII.)

## II. Systematik und Zwecke

### 1. Ziele der Digitalisierungs-Richtlinie

Die Digitalisierungs-Richtlinie ist gekennzeichnet durch eine Zieltrias, gerichtet auf (i) die Erleichterung von Gesellschaftsgründungen, (ii) die Verhinderung von Missbräuchen und (iii) die sinnstiftende Bewahrung der gesellschaftsrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten.<sup>3</sup> Die Richtlinie lässt nun freilich den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung erhebliche Spielräume.<sup>4</sup> Der deutsche Gesetzgeber wird deren Ausfüllung primär am Verkehrsschutz und dem Prinzip vorsorgender Rechtspflege ausrichten, das in der hiesigen gesellschaftsrechtlichen Tradition vorherrscht.<sup>5</sup>

Unterschiedliche Traditionen waren ausschlaggebend dafür, dass die Mitgliedstaaten der EU-Unternehmensgründungen mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten ermöglichen. Diese Unterschiede im Binnenmarkt waren Anlass für den europäischen Gesetzgeber, die vorge-

nannten Ziele in der Digitalisierungs-Richtlinie auszutarieren und die Weichen für eine europaweit mögliche Online-Gründung zu stellen.<sup>6</sup> Ferner soll die Kommunikation mit den nationalen Registern über den gesamten Lebenszyklus einer Gesellschaft hinweg vereinfacht werden, um Veränderungen möglichst schnell und unkompliziert nachzuvollziehen.

Ihre eigenen Anspruch hat die EU-Kommission recht progressiv und etwas gestelzt formuliert: Der Einsatz digitaler Werkzeuge könnte den Unternehmergeist und die Innovation fördern, da er für mehr Gelegenheit zur Gründung innovativer Startups führen würde.<sup>7</sup> Das soll sich insbesondere auch positiv auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirken.<sup>8</sup>

Ein komplementärer Ansatz der Digitalisierungs-Richtlinie zur Stärkung des Binnenmarkts ist die Erleichterung des Zugangs zu Informationen über Unternehmen, die in den verschiedenen mitgliedstaatlichen Unternehmens- und Handelsregistern verzeichnet sind.<sup>9</sup>

### 2. Systematische Einbettung in die GesRRL

Die Digitalisierungs-Richtlinie ändert die Gesellschaftsrechtsrichtlinie (EU) 2017/1132 („GesRRL“), die bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts zum Gegenstand hat und im Wesentlichen den gesamten gesellschaftsrechtlichen Unions-Acquis kodifiziert.<sup>10</sup>

Die GesRRL selbst sah bereits in Kapitel III die Aufgabe für die Mitgliedstaaten vor, ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften für Kapitalgesellschaften (nicht zwingend auch Personengesellschaften und sonstige juristische Personen!) so zu vernetzen, dass der Öffentlichkeit gewisse gesellschaftsbezogene Informationen über Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregister zur Verfügung gestellt werden können (Artt. 13 ff. GesRRL a. F.). Es geht hierbei darum, die technischen und regulatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Kapitalgesellschaften bestimmte Informationen offenlegen können und müssen.

Die Digitalisierungs-Richtlinie baut hierauf auf und novelliert Kapitel III in wesentlichen Teilen.

<sup>1</sup> Nachfolgend auch „DigitalisierungsRL“ oder „Digitalisierungs-Richtlinie“; Richtlinie (EU) 2019/1151 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABIEU v. 11.7.2019, L 186, 80.

<sup>2</sup> Zum Hintergrund ErwGr 42 DigitalisierungsRL.

<sup>3</sup> Hierzu und den hierin liegenden Konfliktpotentialen *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 602; aus europarechtlicher Sicht *Schurr* EuZW 2019, 772.

<sup>4</sup> Eingehend *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601.

<sup>5</sup> *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601.

<sup>6</sup> ErwGr 2 und ErwGr 19 DigitalisierungsRL.

<sup>7</sup> Vgl. insbesondere ErwGr 8 und ErwGr 17f DigitalisierungsRL.

<sup>8</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 25.4.2018, Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SWD (2018), 142 final.

<sup>9</sup> ErwGr 4 DigitalisierungsRL.

<sup>10</sup> Richtlinie (EU) 2017/1132 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Kodifizierter Text), ABIEU v. 30.6.2017, L 169, 46.

In einem erweiterten systematischen Kontext hierzu steht die sog. eIDAS-VO.<sup>11</sup> Diese wird nunmehr in Art. 13a GesRRL n.F. unmittelbar in Bezug genommen. Sie bildet die technische Basis für die verlässliche Identitätsfeststellung bei einer reinen Online-Kommunikation und kann hier nur punktuell besprochen werden.

### III. Anwendungsbereich der Digitalisierungs-Richtlinie

#### 1. Subjektiv: Beschränkung auf GmbH und UG möglich

Grundsätzlich steht es den Mitgliedstaaten frei, die nunmehr ermöglichte Online-Gründung allen im Anhang II der GesRRL n.F. genannten Gesellschaftsformen zur Verfügung zu stellen.<sup>12</sup> Art. 13g Abs. 1 S. 2 GesRRL n.F. räumt den Mitgliedstaaten aber eine Opt-out-Lösung ein: Nur für die in Anhang IIa gelisteten Gesellschaftsformen muss zwingend ein Verfahren zur Online-Gründung zur Verfügung stehen. Verpflichtend ist die Einführung eines Online-Verfahrens daher in Deutschland nur für die GmbH. Die UG (haftungsbeschränkt) ist als „kleine“ GmbH ohne Weiteres mit umfasst.

Es ist indes nicht damit zu rechnen, dass darüber hinaus der deutsche Gesetzgeber Verfahren zur Online-Gründung weiterer Kapitalgesellschaften, etwa der AG oder der KGaA einführt: Denn man wird auch im Systemwettbewerb mit anderen Rechtsordnungen nicht auf die in der deutschen Tradition wurzelnde besondere Formenstrenge der Aktiengesellschaft verzichten wollen, zumal bei diesen Gesellschaftsformen das praktische Bedürfnis an einer „schnellen Gründung“ auch nicht sehr stark ausgeprägt sein dürfte.<sup>13</sup>

#### 2. Objektiv: Beschränkung auf Bargründung möglich

Ferner besteht für den nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, die Online-Gründung auf Bargründungen zu beschränken, vgl. Art. 13g Abs. 4 lit. d) GesRRL n.F. Die im Verhältnis hierzu mit erhöhten Prüfpflichten einhergehenden Sachgründungen können von der Online-Gründung ausgeschlossen werden.

Es ist nicht absehbar, wie der deutsche Gesetzgeber sich hier verhält. Allerdings spricht die Komplexität derartiger Sachverhalte für einen Ausschluss, jedenfalls solange bis im Zusammenhang mit Bargründungen Erfahrungswerte gesammelt werden können (zur Evaluierung der DigitalisierungsRL vgl. dort Art. 2).<sup>14</sup>

### IV. Online-Beurkundung als Zentralinstrument der Online-Gründung

#### 1. Online-Gründung

Art. 13g Abs. 1 GesRRL n.F. verdeutlicht, worum es bei der Online-Gründung geht, nämlich gerade nicht – jedenfalls nicht zwingend – um eine „Gründung auf Knopfdruck“ vom heimischen PC aus:

Vielmehr gewährleisten „[d]ie Mitgliedstaaten im Einklang mit den Bestimmungen des Artikels 13b Absatz 4 und des Absatzes 8 dieses Artikels, dass die Online-Gründung von Gesellschaften vollständig online durchgeführt werden kann, ohne dass die Antragsteller *persönlich* vor Behörden, Personen oder Stellen, die nach nationalem Recht mit der Bearbeitung von Aspekten der Online-Gründung von Gesellschaften, einschließlich der Erstellung des Errichtungsakts einer Gesellschaft, betraut sind, *erscheinen müssen*“.<sup>15</sup>

(Hervorhebung durch Verf.)

#### a) Notarielles Beurkundungserfordernis als solches kann nach Wahl der jeweiligen Mitgliedstaaten bestehen bleiben

Der Wortlaut der Norm belegt: Die Mitgliedstaaten können weiterhin die verpflichtende Mitwirkung eines Notars auch im Fall der Online-Gründung vorsehen. Lediglich die Pflicht zum persönlichen – im Sinne „körperlichen“ – *Erscheinen* vor dem Notar und die damit einhergehende Sichtprüfung der Ausweisdokumente entfällt.

Die Ermöglichung einer Mitwirkung von Notaren war für Deutschland eine essenzielle Bedingung, die Digitalisierungs-Richtlinie mit zu tragen. Die dahinter stehende Erwägung verdient Zustimmung, schon wegen des in der notariellen Beurkundung verkörperten Prinzips einer vorsorgenden Rechtspflege, die Fehleintragungen und Missbräuche, etwa durch „Company Hijacking“, weitgehend ausschließt (anders als etwa in England oder dem eingangs eingeführten Beispiel Estland).<sup>16</sup> Man wird daher davon ausgehen können, dass sich der deutsche Gesetzgeber – seiner Tradition folgend (§ 2 Abs. 1 GmbHG) – für eine obligatorische Beteiligung des Notars an der Online-Gründung entscheidet. Die zu Grunde liegenden Beurkundungszwecke bleiben nämlich auch bei der Online-Gründung einer Gesellschaft unverändert bestehen.<sup>17</sup> Inhaltlich ist auf dem Boden der gesellschaftsrechtlichen Tradition in Deutschland die Einbindung des Notars weiterhin voll gerechtfertigt.

#### b) Öffnung des tradierten Beurkundungsbegriffs

Die Beurkundung als spezielle Art des Abschlusses von Rechtsgeschäften (hier: Gründungsvertrag einer Kapitalgesellschaft, vgl. § 2 GmbHG) wird eine Änderung in formaler Hinsicht erfahren.

Kennzeichnend für die Beurkundung ist und bleibt die Feststellung der Identität und der jeweiligen Rolle der erschienenen Urkundsbeteiligten, klassisch indem der Notar die ihm vorgelegten Ausweis- und ggf. weitere Legitimationsdokumente prüft, bevor sodann der Urkundentext verlesen und notariell erläutert wird. Nach Art. 13f Abs. 2 und Abs. 3 lit. c) i.V.m. Art. 16a Abs. 4 der GesRRL n.F. soll bezogen auf die Identitätsprüfung nunmehr stattdessen die eIDAS-Verordnung greifen.<sup>18</sup> Die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags soll daher künftig online – grob schematisierend – so ablaufen können:<sup>19</sup>

11 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABIEU v. 28.8.2014, L 257, 73.

12 Aus ErwGr 15 DigitalisierungsRL folgt, dass es sich vorliegend um eine sog. Mindestharmonisierung handelt. Ohnehin steht es dem nationalen Gesetzgeber frei, den Kapitalgesellschaften ähnliche juristische Personen mit einzubeziehen, da Anwendungsbereichserweiterungen unabhängig vom Harmonisierungsgrad stets möglich sind. Das betreffe Genossenschaften und – theoretisch denkbar – wirtschaftliche Vereine.

13 Im Ergebnis ebenso mit Hinweis auf ErwGr 15 DigitalisierungsRL und Organisationsstruktur/Regelungsintensität des deutschen Aktienrechts, *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 602 sowie weiteren Hinweisen zur Gesetzgebungshistorie, die zunächst eine Opt-out-Möglichkeit für die KGaA nicht vorsah.

14 Noch rigider *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 606, die für einen dauerhaften Ausschluss plädieren, wie hier *J. Schmidt*, EuZW 2019, 801, 802.

15 Hervorhebungen durch die Verf.

16 Vgl. Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 18.6.2018 zum Kommissionsentwurf mit Nachweisen zu den faktischen Problemen der Absenkung des Prinzips vorsorgenden Rechtsschutzes in Estland (abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/06182018\\_Stellungnahme\\_Bundesnotarkammer\\_Digitalisierungs-und-UmwandlungsRL.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3m](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/06182018_Stellungnahme_Bundesnotarkammer_Digitalisierungs-und-UmwandlungsRL.pdf?__blob=publicationFile&v=3m) (Abruf: 6.10.2019)).

17 Die Beurkundungszwecke lauten: Schutz des Rechtsverkehrs durch Gewährleistung von Rechtssicherheit, Warn- und Appellfunktion sowie materielle Richtigkeitsgewähr durch Belehrungs- und insbesondere materielle Prüfpflichten des Notars *Schmidt*, in: Michalski u. a., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2, Rn. 45.

18 Nach Art. 13 Abs. 3 lit. c) GesRRL n.F. handelt es sich um einen Mindeststandard zur Vermeidung illegaler und missbräuchlicher Gestaltungen (vgl. auch ErwGr 20 DigitalisierungsRL).

19 Vertiefend *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 609.

Die Gesellschaftsgründer sind über eine Videokonferenz mit dem Notar verbunden.<sup>20</sup> Inhaltlich macht der Notar im Rahmen dieser Konferenz dasselbe wie bei einer klassischen Beurkundung (Verlesen der Urkunde; Erteilen von Belehrungen). Um dem Notar jedoch angesichts der körperlichen Abwesenheit der Urkundsbeteiligten eine Identitätsprüfung zu ermöglichen, müssen ihm Daten eines Identifizierungsmittels der höchsten Sicherheitsstufe nach der eIDAS-Verordnung übermittelt werden. Gegenwärtig hat der deutsche Personalausweis mit Online-Ausweisfunktion bereits diese höchste Sicherheitsstufe.<sup>21</sup> Ob und auf welchem Wege die Daten ausgelesen werden, ist noch Frage technischer Ausgestaltung. Allerdings ist absehbar, dass die Bundesnotarkammer hier eine Vorgehensweise vorschlagen wird. Von besonderem Interesse wird hierbei insbesondere sein, ob und unter welchen Voraussetzungen Mischformen von Beurkundungen ermöglicht werden (d.h. teils physisch, teils online).

Sicher ist: Es können mit einem deutschen Personalausweis ausgestattete Gründer aufgrund des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (Art. 6 eIDAS-Verordnung) grundsätzlich in allen Mitgliedstaaten ihre Identität den Vorgaben der Digitalisierungs-Richtlinie entsprechend offenlegen, sodass ihnen jedenfalls nicht unter Hinweis auf mangelnden Identitätsnachweis eine Gründung verweigert werden kann. Die Entwicklung entsprechender Identitätsnachweise in allen Mitgliedstaaten ist gegenwärtig im Gange.

### c) Gründung durch juristische Personen

Unstreitig sollen *natürliche* Personen in den Genuss der Online-Gründung kommen können. Bei *juristischen* Personen hingegen war dies im Rahmen des politischen Prozesses hoch umstritten.<sup>22</sup> Letztlich wurde die Möglichkeit zur Online-Gründung für juristische Personen als Gründer bejaht:

Das ist im Ergebnis sicherlich richtig, denn alles andere hätte den wirtschaftlichen Realitäten nicht Rechnung getragen. Zwar hätte man mit Blick auf den Schutz des Rechtsverkehrs eine Einschränkung der Online-Gründung für juristische Personen rechtfertigen können. Allerdings hätte man dann einen Gutteil des Potenzials der Online-Gründung preisgegeben, zumal wenn man bedenkt, wie oft auch bei kleinen Organisationsstrukturen, die wirtschaftlich Einpersonengründungen darstellen, mittlerweile Holding-Gesellschaften eingesetzt werden (häufig aus steuerlichen Gründen).

Letztlich geht es hier um Problemfelder, die auch bei der klassischen Gründung immer wieder Schwierigkeiten aufwerfen, wenn juristische Personen als Gründer beteiligt sind, nämlich um den Nachweis, ob die gründende juristische Person tatsächlich existiert und wirksam vertreten ist. Hierzu hält die Digitalisierungs-Richtlinie aber ohnehin eine eigenständige Lösung für Zweifelsfälle bereit (Art. 13g Abs. 8 GesRRL n.F.).

### d) Schutzinstrumente im Sinne eines vorsorgenden Rechtsschutzes

Art. 13g Abs. 8 GesRRL n.F. regelt – auch mit Blick auf den vorstehend angedeuteten Streit im Gesetzgebungsprozess – einen besonderen Aspekt des vorsorgenden Rechtsschutzes, der zutreffend als Präsenzvorbehalt beschrieben wird:

„Wenn dies aufgrund des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung der Einhaltung der Vorschriften über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit und die Befugnis der Antragsteller, eine Gesellschaft zu vertreten, gerechtfertigt ist, kann jede Behörde oder Person oder Stelle, die nach

nationalem Recht mit Aspekten der Online-Gründung einer Gesellschaft, einschließlich der Erstellung des Errichtungsakts, betraut ist, die physische Anwesenheit des Antragstellers verlangen. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass in solchen Fällen die physische Anwesenheit eines Antragstellers nur im Einzelfall verlangt werden kann, wenn Anhaltspunkte für einen Verdacht auf Nichteinhaltung der in Abs. 3 Buchst. a genannten Vorschriften vorliegen. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass alle sonstigen Verfahrensschritte trotzdem online abgeschlossen werden können.“

Das bedeutet: Nach der Digitalisierungs-Richtlinie sind Notare stets, aber immer auch nur dann und insoweit befugt, die Online-Gründung nicht durchzuführen und stattdessen die physische Anwesenheit der Beteiligten zu verlangen, als Zweifel der vorgenannten Art bestehen. Insbesondere die mangelnde Geschäftsfähigkeit und der fehlende Nachweis der Vertretungsmacht sind in der Beurkundungspraxis allzeit gängige Themen.

Ergänzt wird Art. 13g Abs. 8 GesRRL n.F. durch Art. 13c Abs. 3 GesRRL n.F. Hier geht es speziell um den Nachweis der organschaftlichen Vertretungsbefugnis:<sup>23</sup>

„Die Anforderungen des nationalen Rechts in Bezug auf die Echtheit, Korrektheit, Zuverlässigkeit, Vertrauenswürdigkeit und die vorgeschriebene rechtliche Form eingereichter Urkunden und Informationen bleiben von dieser Richtlinie unberührt, sofern die Online-Gründung gemäß Artikel 13g und die Online-Eintragung einer Zweigniederlassung gemäß Artikel 28a sowie die Online-Einreichung von Urkunden und Informationen gemäß Artikel 13j und Artikel 28b möglich sind.“

Das bedeutet für die Nachweisführung bei der organschaftlichen Vertretungsberechtigung, dass ein Absenken der in Deutschland praktizierten Maßstäbe durch die Digitalisierungs-Richtlinie nicht gefordert wird.<sup>24</sup>

## 2. Beschleunigung

### a) Höchstfristen

Beschleunigung ist ein erklärtes Ziel der Digitalisierungs-Richtlinie – ErwGr 16 – und hat in Art 13g Abs. 7 GesRRL n.F. Niederschlag gefunden: Gesellschaften sollen jedenfalls innerhalb von 10 Werktagen wirksam online gegründet werden können. In Fällen, in denen nur natürliche Personen unter Verwendung der Musterformulare gemäß Art. 13h DigitalisierungsRL gründen, beträgt die Frist gar nur fünf Werktage.

### b) Musterformulare

Art. 13h GesRRL n.F. regelt die allgemeine Pflicht öffentlich über „Eintragungsportale oder Internetseiten, die über das (europäische) zentrale digitale Zugangstor<sup>25</sup> zugänglich sind“, jedenfalls für die in Anhang IIa genannten Rechtsformen von Gesellschaften Muster zur

20 Vgl. ErwGr. 20 ff. DigitalisierungsRL.

21 Weitergehende Informationen zur eIDAS-Verordnung sind auf der Webseite der Bundesnetzagentur abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/ElektronischeVertrauensdienste/ElektronischeVertrauensdienste-node.html>. (Abruf: 7.10.2019).

22 Darstellung knapp bei *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 603.

23 Zur speziellen Problematik der Vollmächtsgründung eingehend *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 605.

24 Vgl. auch ErwGr 19 DigitalisierungsRL; s. auch vertiefend *Schurr*, EuZW 2019, 772, 778.

25 Verordnung (EU) 2018/1724 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2.10.2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012, ABIEU v. 21.11.2018, L 295, 1.

Verfügung zu stellen. Die Bereitstellung von Mustersatzungen für die GmbH (und die UG) damit verpflichtend. Deren Verwendung ist nach der Intention des EU-Gesetzgebers hingegen nicht zwingend vorgeschrieben, den Gründern steht also ein Wahlrecht zu (ErwGr 18 S. 4 DigitalisierungsRL).

Es handelt sich bei diesen zu schaffenden Mustern um die Errichtungsdokumente, insbesondere die Satzung.<sup>26</sup> Die Digitalisierungs-Richtlinie lässt hier offen, in welcher Form die Muster Verwendung finden können und welchen konkreten Inhalt diese haben. Insbesondere Letzteres ist den Mitgliedstaaten überlassen, Art. 13g Abs. 4 GesRRL n.F.

Allerdings darf man nicht dem Missverständnis erliegen, die Verwendung eines Musters lasse zwingend die Beurkundungsbedürftigkeit entfallen. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 13h Abs. 2 Unterabs. 2 GesRRL n.F.<sup>27</sup>

Auch bei Verwendung derartiger Formulare wird also wahrscheinlich eine Beurkundung stattfinden (s. im Einzelnen oben IV. 1.). Das entspricht der schon gelebten Praxis in Deutschland hinsichtlich der Musterprotokolle bei GmbH und UG nach dem GmbHG (vgl. § 2 GmbHG). Auch diese lassen die Beurkundungsbedürftigkeit gerade nicht automatisch entfallen. Angesichts der eher zwiespältigen Erfahrungen, was die Tauglichkeit jener Musterprotokolle anbelangt, wird abzuwarten sein, ob hier im Zuge der Umsetzung der Digitalisierungs-Richtlinie eine bessere Gestaltung gelingt.

### 3. Kostensenkung

Art. 13d Abs. 1 GesRRL n.F. fordert transparente Gebührenregelungen bei der Gründung. Diese Norm gilt für alle Beteiligten, soweit diese gesetzliche Gebühren erheben, d.h. auch für Notare. Eine zwingende Beschränkung der Gebührenhöhe fordert die Richtlinie explizit nicht. Anderes gilt für Registergebühren hinsichtlich Eintragungen: Nach Art. 13d Abs. 2 GesRRL n.F. findet dort ein striktes Kostendeckungsgebot Anwendung.

Art. 13e GesRRL n.F. soll die Gründung nochmals erleichtern, da Zahlungen von Gebühren stets online möglich sein sollen.

Eine Limitierung der Kosten einer Online-Beurkundung im Verhältnis zur traditionellen Beurkundung sieht die Digitalisierungs-Richtlinie hingegen ebenso wenig vor wie eine generelle Begrenzung der Gebühren bei Verwendung der Musterformulare, die freilich – wie es im Übrigen auch der deutschen Praxis schon entspricht – naheliegt.

## V. Informationsfluss und Registeraktualisierung während des gesamten Lebenszyklus der Gesellschaft

### 1. Ermöglichung der Online-Einreichung von Urkunden und Informationen gemäß Art. 13j GesRRL n.F.

Art. 13j Abs. 1 GesRRL n.F. bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die in Artikel 14 bezeichneten Urkunden und Informationen sowie Änderungen an denselben innerhalb der in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Gesellschaft eingetragen ist, festgelegten Fristen online beim Register eingereicht werden können. Die Mitgliedstaaten gewährleisten im Einklang mit den Bestimmungen des Artikels 13b Absatz 4 und gegebenenfalls Artikel 13g Absatz 8, dass diese Einreichung vollständig

online erfolgen kann, ohne dass ein Antragsteller persönlich vor einer Behörde oder Person oder Stelle, die nach nationalem Recht mit der Bearbeitung der Online-Einreichung betraut ist, erscheinen muss.“ Was die anstehende Umsetzung anbelangt, ist auf Folgendes hinzuweisen:

#### a) Kommunikationskette zwischen Anmeldendem – Notar – Handelsregister

In Deutschland ist die elektronische Kommunikation des Notars mit dem Handelsregister ohnehin Standard (vgl. § 12 HGB). Art. 13j GesRRL n.F. verlegt insoweit die Kommunikation nur eine Ebene nach vorne, da künftig auch die Kommunikation des Anmeldenden mit dem Notar online ermöglicht wird (§ 13j Abs. 5 GesRRL n.F.). Eine entsprechende Verpflichtung hierzu für die Anmeldenden gibt es nicht.

#### b) Schutzinstrumente

Das Schutzniveau wird dadurch hoch gesetzt, dass Art. 13j Abs. 4 GesRRL n.F. umfänglich auf die Regelungen in Art. 13g Abs. 2 bis Abs. 5 GesRRL n.F. und die darin niedergelegten Schutzmechanismen verweist. Ferner ist nach Art. 13j Abs. 1 GesRRL n.F. auch ein Präsenzvorbehalt zu Gunsten des die Anmeldung aufnehmenden Notars vorgesehen. Denn diese Norm verweist auf Art. 13g Abs. 8 GesRRL n.F. (hierzu bereits oben IV. 1.).

## 2. Abbildung des Lebenszyklus der Gesellschaft – keine materiell-rechtlichen Vorgaben für die anzumeldenden Rechtsakte

Das in Art. 13j GesRRL n.F. verfolgte Ziel ist es, den gesamten Lebenszyklus einer Gesellschaft zu erfassen und im jeweiligen Register abzubilden. Das gilt grundsätzlich für alle Gesellschaftsformen, also auch für die AG und KGaA.<sup>28</sup>

Dem Wortlaut gemäß muss künftig der Anmeldeakt – in Deutschland klassisch die Handelsregisteranmeldung – online möglich sein. Über die Formbedürftigkeit der angemeldeten Rechtsakte ist damit nichts gesagt. Wegen Art. 10 ist allerdings davon auszugehen, dass diese – jedenfalls vorerst – sich weiterhin nach nationalem Recht bemisst. Jedoch wäre es dem Gesetzgeber unbenommen, für einzelne dieser Geschäfte auch Online-Verfahren vorzuhalten. Denn insoweit entfaltet die Digitalisierungs-Richtlinie keine Sperrwirkung.<sup>29</sup>

Das betrifft insbesondere Satzungsänderungen, Art. 14 lit. b) GesRRL n.F. Denn es ist nicht recht verständlich, warum die Gründung – und erstmalige Beurkundung einer Gründungssatzung – online erfolgen kann, nicht hingegen spätere Änderungen.

## VI. Informationen und grenzüberschreitende Transparenz

### 1. Disqualifizierte Geschäftsführer, Art. 13i GesRRL n.F.

Hier geht es um die Gründe, die eine Person vom Amt des Geschäftsführers ausschließen, wie sie in Deutschland in § 6 GmbHG seit jeher

26 Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601, 610.

27 Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601, 611, bezeichnen etwaige andere praktische Gestaltungen – die freilich nach dem Richtlinienwortlaut zulässig sein müssten – als „abwegig“ und sehen darin einen Widerspruch zu § 2 Abs. 1 GmbHG.

28 Bayer/J. Schmidt, BB 2019, 1922.

29 Die Erweiterung entspricht dabei sogar dem Telos, vgl. etwa ErwGr 19 DigitalisierungsRL.

geregelt sind.<sup>30</sup> Die Norm wirkt materiell-rechtlich, da sie die Mitgliedstaaten – gleichsam als Grundbedingung eines daran anknüpfenden Informationsaustauschs – verpflichtet, Regelungen vorzusehen, wann Personen nach der jeweiligen Heimatrechtsordnung für das Geschäftsführeramt disqualifiziert sind. Art. 13i GesRRL n.F. wurde im Normsetzungsverfahren insbesondere durch Deutschland sehr begrüßt.

#### a) Regelungsgegenstände

Die Norm hat zwei Regelungsgegenstände, die ganz im Zeichen der Verhinderung von Missbräuchen im europäischen Gesellschaftsrecht stehen:<sup>31</sup>

Zum einen schafft sie Publizität über etwaige Disqualifikationsgründe, vgl. Art. 13i Abs. 4 GesRRL n.F. Zum anderen aber ermöglicht sie es, in einem anderen Mitgliedstaat verwirklichte Disqualifikationsgründe in heimischen Eintragungsverfahren zu berücksichtigen, vgl. Art. 13 Abs. 1 GesRRL n.F. Daher müssen Informationen zu Disqualifikationsgründen auch unverzüglich zur Verfügung gestellt werden können. Einzelheiten bleiben einem noch zu erlassenden Durchführungsrechtsakt vorbehalten, der sich allerdings auf Modalitäten des Informationsaustauschs und technische Einzelheiten beschränken soll.

#### b) Problem in der Handhabung: Kein europäischer Standard der Geschäftsführerdisqualifikation

Problematisch ist, dass es keinen einheitlichen Standard für Disqualifikationstatbestände auf EU-Ebene gibt. Das spiegelt sich in dem Umstand wider, dass derartige Sachverhalte von einem anderen Mitgliedstaat berücksichtigt werden können, jedoch nicht müssen (Art. 13i Abs. 2 Unterabs. 2 GesRRL n.F.).

## 2. Ausbau der Registervernetzung

Ebenfalls mit dem Ziel, den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr zu stärken, wurde das System der europäischen Registervernetzung weiter ausgebaut, vgl. Artt. 16,<sup>32</sup> 16a und insbesondere 19 GesRRL n.F.:

#### a) Erleichterung der Einsichtnahme in ausländische Register

Künftig wird jedermann leichter Einsicht in ausländische Register nehmen können. Dies wird über das System der vernetzten Register gewährleistet sowie über die verpflichtende Vorgabe für die Mitgliedstaaten, jedem Unternehmen eine individuelle und möglichst unverwechselbare Identifikationsnummer – EUID – zuzuweisen, vgl. Art. 16 Abs. 1 GesRRL n.F.<sup>33</sup> Die wesentlichen Daten werden dann über das System zur Verknüpfung von Unternehmensregistern (*Business Registers Interconnection System – BRIS*) kostenlos abrufbar sein.<sup>34</sup>

#### b) Eindämmung der finanziellen Belastung durch Verankerung des Kostendeckungsprinzips in Art. 19 Abs. 1 GesRRL n.F. für den Abruf von Informationen

Kosten für Informationsabrufe müssen nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 GesRRL n.F. einem strikten Kostendeckungsprinzip gehorchen.

#### c) Kostenfreiheit von bestimmten in Art. 19 Abs. 2 GesRRL n.F. aufgeführten Informationen

Art. 19 Abs. 2 GesRRL n.F. sieht für eine Reihe von Informationen ferner vor, dass diese kostenlos zur Verfügung gestellt werden müssen.

Während dies etwa für die Firmierung (lit. a) den Satzungssitz (lit. b) oder den gesetzlichen Vertreter (lit. h) ohnehin in den meisten Mitgliedstaaten der EU gewährleistet sein dürfte, sind der freie Abruf von Daten zum rechtlichen Status (z.B. in Liquidation) oder Auskünfte zum Gesellschaftszweck (lit. f) nicht zwangsläufig gegeben.

In Deutschland dürfte sich in der Sache wenig Änderungsbedarf ergeben, da diese Informationen frei und kostenlos zugänglich sind, allerdings nicht vollständig über den allgemein zugänglichen Teil des Handelsregisters, sondern teilweise über die separat abrufbaren Handelsregisterbekanntmachungen (betrifft z.B. den Unternehmensgegenstand).<sup>35</sup> Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Digitalisierungs-Richtlinie den deutschen Gesetzgeber zur Aufgabe der bislang herrschenden Dichotomie von Handelsregister und Bekanntmachung bewegt.<sup>36</sup> Denn bei alledem ist der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz zu beachten:<sup>37</sup> Mit Blick auf das Harmonisierungsziel der Richtlinie dürfte es problematisch sein, wenn die kostenlosen Informationen erst aus verschiedenen Registern und Bekanntmachungsplattformen zusammengetragen werden müssten, wie das gegenwärtig in Deutschland der Fall ist, zudem die Bekanntmachungen in einer nicht konsolidierten, rein chronologischen Reihung zur Verfügung gestellt wurden.<sup>38</sup> Maßstab ist der ausländische Unionsbürger, der sich Informationen über eine in Deutschland registrierte Gesellschaft beschaffen will.

#### d) Einschränkungen der kostenlosen Informationserteilung

Art. 19 Abs. 2 GesRRL n.F. sieht für einige Informationen bereits vor, dass diese überhaupt nur vorgehalten werden müssen, wenn sie in das jeweilige Register grundsätzlich Eingang finden: Das betrifft etwa die Angabe zur Unternehmenswebseite, vgl. lit d).

Als weitere Einschränkung lässt Art. 19 Abs. 3 GesRRL n.F. den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, Informationen über die Webseite und den Unternehmenszweck kostenlos nur staatlichen Behörden anderer Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellen. Diese Klausel kam erst im Rahmen des Trilogverfahrens in den Entwurf. Deutschland hatte bis zuletzt Widerstand dagegen gezeigt, die kostenlose Informationspreisgabe zu weit auszudehnen, da man darin die Gefahr einer Verschlechterung des – in Deutschland – gebührenfinanzierten Registerwesens befürchtete.<sup>39</sup> Man wird die o.g. Klausel daher als Konzession ansehen dürfen, die diesen Bedenken Rechnung trägt.

30 Einführend *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922, 1924.

31 Weiterführend *Knaier*, GmbHR 2019, R132 Blickpunkt, mit positiver Bewertung. Eingehend auch *Teichmann*, ZIP 2018, 2451, 2454.

32 Positiv stehen *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922, 1924 dem gegenüber. In diesem Zusammenhang spielt auch die technische Frage der Schnittstellenkompatibilität der verschiedenen Register eine große Rolle.

33 Das beruht auf der Durchführungsverordnung (EU) 2015/884 der Kommission vom 8.6.2015 zur Festlegung technischer Spezifikationen und Verfahren für das System der Registervernetzung gemäß Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIEU v. 10.6.2015, L 144, 1.

34 Informationen und weiterführende Links unter [https://e-justice.europa.eu/content\\_business\\_registers\\_at\\_european\\_level-105-maximize-de.do](https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_at_european_level-105-maximize-de.do) (Abruf: 7.10.2019).

35 Zu diesem Nebeneinander kritisch *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922, 1924.

36 Dafür plädieren *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922, 1924.

37 Vgl. Art. 197 AEUV sowie Art. 4 Abs. 3 EUV. Zu diesem europäischen Grundsatz *Classen*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV/AEUV, Stand: Juni 2019, Art. 197 AEUV, Rn. 25, 26.

38 Insofern dürfte über die Einschätzung von *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922, 1294, noch zu kurz greifen und in der Tat ist dringend anzuraten, auf das – optionale, Art. 16 Abs. 3 GesRRL n.F. – Instrument der Bekanntmachung zu verzichten.

39 Erklärung Deutschlands im Rat der EU: „Eine Erweiterung der kostenfrei zugänglichen Unternehmensinformationen insbesondere über die Vertretungsbefugnisse greift ohne rechtfertigenden Grund in die Autonomie der Mitgliedstaaten über die Finanzierung der Register ein.“, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9322-2019-REV-1-ADD-1/de/pdf> (Abruf: 6.10.2019).

Sie ist auch sachlich gerechtfertigt, da es hier gerade nicht um Daten geht, die für die Stakeholder (Gesellschafter; Geschäftspartner; Arbeitnehmer; Behörden) unabdingbar notwendig sind, um vertrauensvoll grenzüberschreitend zusammenzuarbeiten, sondern die vielmehr häufig dazu dienen, Geschäftschancen erst aufzudecken und eine Anbahnung zu ermöglichen.

## VII. Absehbare praktische Konsequenzen aus Unternehmersicht

### 1. Gründer

Die Digitalisierungs-Richtlinie hat insbesondere kleine und mittlere Unternehmen als maßgebliche Nutznießer einer künftigen erleichterten Online-Gründung ausgemacht.<sup>40</sup> Es geht darum, für Kleinunternehmer und Start-ups ein europaweit gründerfreundliches Umfeld zu schaffen.

#### a) Notarielle Beurkundung weiterhin der Regelfall

Allerdings wird man – das ist absehbar – in Deutschland auch weiterhin auf die notarielle Beteiligung am Beurkundungsvorgang setzen. Das ist zu begrüßen, da Digitalisierung die Funktionen der notariellen Mitwirkung<sup>41</sup> bei der Beurkundung von Gründungsvorgängen nicht entfallen lässt. Die Eröffnung einer Online-Gründung ist insoweit als spezielle Beurkundungsvariante anzusehen, hingegen nicht als Aliud zur herkömmlichen Unternehmensgründung. Man wird abwarten müssen, ob sich dieser am Verkehrsschutz orientierte deutsche Ansatz im europäischen Systemwettbewerb als konkurrenzfähig erweist. Er steht mit dem Flexibilisierungsziel, wie es andere Mitgliedstaaten verfolgen, in einem Spannungsfeld.

Der Gesetzgeber wird hier entscheiden müssen, ob er auch bei den Beurkundungsgebühren entsprechende Anreize setzt, um die Akzeptanz dieser Online-Verfahren zu steigern. Gerade bei kostensensiblen Kleinunternehmen und Start-ups wäre das eine sinnvolle Maßnahme. Sie steht freilich in einem Widerspruch zu den jedenfalls initial hohen Kosten, welche die Einrichtung des Verfahrens der Online-Gründung mit sich bringt.

#### b) Reale Zeit- und Effizienzgewinne abhängig von weiteren Faktoren

Versteht man die Online-Gründung in erster Linie als Kommunikativerleichterung bei Standard-Beurkundungsvorgängen, so ist die Erwartung von Zeit- und Effizienzgewinnen sicher nicht verfehlt. Wie groß diese im Ergebnis ausfallen, hängt aber am Ende maßgeblich von der technischen Zugänglichkeit und Zuverlässigkeit der entsprechenden Verfahren ab.

Aus der Sicht des Kautelarjuristen ist ferner die Einschränkung angebracht, dass Herausforderungen der Gründungen nicht allein oder auch nur primär im Beurkundungsakt liegen, sondern häufig in den Sachfragen des zu gründenden Unternehmens, dem Gesellschafterkreis und der daran anknüpfenden Satzungsgestaltung.

Einige dieser Fragen mögen durch ansprechend gestaltete Musterformulare vermutlich brauchbar gelöst werden. Wie schwer freilich die Erstellung entsprechender Dokumente ist, zeigen die teilweise misslungenen Ansätze des deutschen Gesetzgebers im Musterprotokoll für GmbH-Gründungen.

Nicht zuletzt werden sich Gründer damit abfinden müssen, dass jedenfalls auch für die Online-Gründung ein Termin mit dem Notar

vereinbart werden muss. Die Zehn- bzw. Fünf-Tages-Vorgabe wird sich daher in vielen Fällen nicht halten lassen.

#### c) Beteiligung ausländischer Gründer als ungelöstes Problem

Bei Beteiligung ausländischer (natürlicher oder juristischer) Personen ohne deutschen Personalausweis und ohne Anschluss an ein nach der eIDAS-Verordnung anerkanntes Verfahren der Identitätsfeststellung scheidet eine Online-Gründung aus. Es bleibt dann nur die persönliche Gründung, was freilich die Attraktivität des Instruments gerade in Konstellationen schmälert, in denen – wie gerade bei Start-ups nahezu stets – die internationale Zusammensetzung des Gründerkreises den Regelfall bildet.

### 2. Internationaler Wirtschaftsverkehr

Auf Ebene des grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehrs enthält die Digitalisierungs-Richtlinie tatsächlich Verbesserungen im europäischen Wirtschaftsraum, die freilich davon abhängen, wie leistungsfähig und zugänglich die ausländischen Register tatsächlich sein werden. Denn in der Tat ist es ein großer Vorteil, schnell und zweifelsfrei über (potentielle) Vertragspartner öffentlich hinterlegte und gepflegte Informationen zu erhalten.

Das System funktioniert freilich nur so gut, wie die vernetzten Register auch gepflegt und mit Richtigkeitsgewähr ausgestattet sind. Hier sind die Standards in Europa sehr unterschiedlich.

Unbeschadet dieser Unterschiede in den jeweiligen Registerwesen der Mitgliedstaaten<sup>42</sup> wird es künftig leichter möglich sein – und ist im europäischen Binnenmarkt auch zu empfehlen –, sich über ausländische Geschäftspartner ein Mindestmaß an Information zu beschaffen, und zwar an einer zentralen Stelle und in wesentlichen Bereichen kostenlos.

## VIII. Fazit und Ausblick

Im Jahr 2025 findet eine umfassende Evaluation der Richtlinie statt, in der auch mögliche Erweiterungen der Anwendungsbereiche der Richtlinie bewertet werden sollen (Art. 3 DigitalisierungsRL).<sup>43</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat noch keine Anstalten gemacht, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.<sup>44</sup> Ein Abschluss in dieser Legislaturperiode erfordert ein umgehendes Tätigwerden, wenngleich in vielen Bereichen – insbesondere was die Abrufbarkeit von Dokumenten und die Registervernetzung angeht – hierzulande bereits viele Weichen richtig gestellt sind. Indes sind die technischen Herausforderungen nicht zu unterschätzen. Die Digitalisierungs-Richtlinie selbst ist in vielen Punkten sehr offen formuliert. Sie lässt Gestaltungsspielräume, die es zu füllen gilt. Hinsichtlich der Wahl der konkreten technischen Mittel haben die Mitgliedstaaten freie Hand, sieht man einmal von der Herausforderung ab, Programme mit kompatiblen Programmschnittstellen zu entwickeln (vgl. nur Art. 13f DigitalisierungsRL).

40 ErwGr 8. Folgenabschätzung, SWD (2018), 142 final.

41 S. o. IV. 1.

42 Im Überblick *Bormann/Stelmaszyk*, NZG 2019, 601, 603 ff.

43 Folgenabschätzung, SWD (2018) 142 final.

44 Zur Umsetzung *J. Schmidt*, EuZW 2019, 801.

Offen ist ferner, wo die Regelungen letztlich im nationalen Recht erfolgen. Das dürfte auch davon abhängen, ob – jedenfalls in einem ersten Schritt – nur für GmbHs und UGs die erleichterte Gründung ermöglicht werden soll, oder ob man – wider Erwarten – auch eine Online-Gründung für Aktiengesellschaften einrichtet.

Nicht nur, aber ganz besonders für Start-ups wäre es von Vorteil, auch weitere beurkundungsbedürftige Vorgänge einer Online-Beurkundung zugänglich zu machen, insbesondere einfache Satzungsänderungen.

Mit diesen Erweiterungsmöglichkeiten vor Augen, lautet das rechtspolitische Petition dieses Beitrags, schon bei der anstehenden „Grundsteinlegung“ auf eine modulare Bauart des Systems der Online-Gründung zu achten.

**Jan Birkefeld**, LL.M. (Norwich), RA, ist Partner im Berliner Büro von Zenk Rechtsanwälte Partnerschaft mbB. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind die Begleitung von Unternehmenskäufen und -umstrukturierungen sowie die laufende handels- und gesellschaftsrechtliche Beratung in- und ausländischer Unternehmen.



**Stephan Schäfer** ist seit 2015 Rechtsanwalt bei Zenk Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in Berlin. Zuvor war er Geschäftsführer einer wirtschaftsrechtlich orientierten Forschungsstelle der Universität Bayreuth. Er berät Mittelständler und Startups in strukturellen und operativen Fragen rund um Gründung, Transaktionen und Vertragsmanagement.



Dr. Andreas von Werder, LL.M., RA/FAStR und Notar, und Dr. Felix Scheder-Bieschin, RA

## Reichweite der Beurkundungspflicht bei der Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen GmbH – eine Betrachtung aus Sicht der M&A-Praxis

Werden bei einer Transaktion mit Deutschlandbezug Anteile an ausländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit übertragen, kann dies eine Beurkundungspflicht auslösen. Da als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Beurkundungspflicht die Nichtigkeit der betroffenen Verträge ein sehr scharfes Schwert darstellt, bedarf diese Thematik sorgsamer Prüfung. Die jüngste Verurteilung eines Rechtsanwalts zur Schadensersatzzahlung wegen nicht hinreichender Beratung zur Frage der Beurkundungspflicht gibt Anlass, die gegenwärtige Rechtslage und Praxis zu beleuchten.

### I. Problemstellung

In grenzüberschreitenden Transaktionen unter Beteiligung deutscher Parteien unterliegen die Verträge oft deutschem Recht, während Vertragsgegenstand die Veräußerung von Anteilen an ausländischen Gesellschaften ist. So ist dies nicht selten bei Unternehmens- bzw. Beteiligungskaufverträgen der Fall, aber auch bei konzerninternen Restrukturierungen, Abverkäufe vorbereitenden Carve-outs oder bei der Veräußerung von Kreditportfolios kommt es häufiger vor, dass für den Einbringungs- bzw. Kaufvertrag (SPA) deutsches Recht gewählt wird und u. a. Anteile an diversen Gesellschaften ausländischen Rechts veräußert werden.

Typischerweise handelt es sich bei den betroffenen Gesellschaften um ausländische Gesellschaften mit beschränkter Haftung, so dass sich im Hinblick auf § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG die Fragen stellen, ob die

Vertragsdokumentation beurkundet werden muss, ob eine Beurkundung (u. a. aus Kostengründen) vermieden oder durch eine vermeintlich kostengünstigere Beurkundung im Ausland ersetzt werden kann. Die hohe praktische Relevanz dieser Fragestellung rührt daher, dass ein Formmangel nach § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages führt, was bei fehlender Beurkundung des Abtretungsvertrages bedeutet, dass die Anteile nicht wirksam übertragen wurden; bei Nichtbeurkundung des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrages fehlt es an einem Übereignungsanspruch.

Spätestens nachdem das LG Oldenburg<sup>1</sup> in 2018 einen Anwalt zu Schadensersatz wegen unzureichender Beratung zur Frage der Beurkundungspflicht bei der Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen GmbH verurteilt hat, sollte das Thema hinreichend Aufmerksamkeit erfahren, zumal es auch schon zuvor zu Recht als Stolperstein gerade auch für die anwaltliche und notarielle Beratungspraxis bezeichnet worden war. Dies gilt umso mehr, als es zu den Vermeidungsstrategien in Bezug auf eine Beurkundung zwar eine gewisse Marktpraxis gibt, die allerdings nur in den wenigsten Fällen mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung hinreichende Sicherheit gewährt.

Dieser Beitrag gibt anhand von Beispielfällen (Darstellung sogleich unter II. und Lösung unter VI.) einen entsprechenden Überblick über den Stand von Rechtsprechung und Literatur sowie Leitlinien

<sup>1</sup> LG Oldenburg, 22.5.2018 – 16 O 1648/17, RNotZ 2018, 500 ff.