

Die Online-Gründung der GmbH und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ab 01.08.2022

Neuregelungen nach dem DiRUG, praktische Auswirkungen und letzte Stolpersteine

von Dr. Birka Stroschein, RA'in und FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht, Thorsten Makowka, LL.M., RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, FA für Internationales Wirtschaftsrecht, beide S&M Rechtsanwälte Stroschein & Makowka Partnerschaftsgesellschaft mbB, Düsseldorf

A. Einleitung

Mit dem am 13.08.2021 im Bundesgesetzblatt verkündeten „Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie¹ (DiRUG)“ wird das deutsche Gesellschaftsrecht ab 01.08.2022² einen Schritt digitaler und die Rechtsanwendung für alle Wirtschaftsbeteiligten etwas vereinfacht.

Schwerpunkt dieser Neuerungen ist die Möglichkeit, zukünftig eine GmbH oder Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) auch online gründen zu können sowie die Schaffung eines Onlineverfahrens für die Einreichung und Eintragung damit im Zusammenhang stehender Urkunden und sonstiger Informationen zum Handelsregister. Zu diesen jetzt kurz bevorstehenden Neuerungen gibt dieser Beitrag einen Überblick.

B. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

Die Europäische Union verfolgt mit ihrer Digitalisierungsrichtlinie aus dem Jahr 2019 das Ziel, durch den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren die Gründung von Gesellschaften und die Errichtung von Zweigniederlassungen europaweit grenzüberschreitend zu vereinfachen, um diese Verfahren im Hinblick auf die Kosten und die Zeit effizienter zu gestalten.³

Dass sich dank virtueller Beurkundungen nun weniger Menschen physisch begegnen müssen und sich die Ausbreitung des Coronavirus („Covid-19“ oder „SARS-CoV-2“)⁴ so womöglich verlangsamen lässt, ist ein positiver wenn auch seinerzeit un-

geahnter Nebeneffekt der weiteren Digitalisierung des Rechts.

1. GmbH-Gründung allein im Präsenzverfahren nur noch bis 31.07.2022

Will man in Deutschland eine GmbH oder deren Sonderform, die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)⁵, gründen, muss man dafür noch bis Ende Juli 2022 einen Präsenztermin bei einem Notar vereinbaren und in dessen Geschäftsstelle selbst oder vertreten durch einen Bevollmächtigten physisch erscheinen, um den Gesellschaftsvertrag beurkunden zu lassen.⁶

Im Termin nimmt der Notar dann seine Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege wahr und entlastet so die Registergerichte: Er prüft die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung der GmbH, die Existenz oder Vertretungsbechtigungen der Erschienenen und erfüllt Identifizierungs- und Mitteilungspflichten sowie Anzeigepflichten im Bereich des Steuerrechts und der Geldwäschebekämpfung.⁷ Der Notar liest dem oder den Erschienenen die Niederschrift der Urkunde vor, bestehend aus dem Gründungsprotokoll, dem Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterbeschlüssen und unterschreibt diese neben den Gründern oder deren Vertretern eigenhändig.⁸ Anschließend reicht der Notar den Gründungsvorgang elektronisch zum Handelsregister ein.⁹

Schon bald tritt neben das vertraute Präsenzverfahren zur GmbH-Gründung die Alternative der GmbH-Gründung im Online-Verfahren.

2. GmbH-Gründung (auch) im Online-Verfahren ab 01.08.2022

Ab 01.08.2022 besteht die Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag und im Rahmen der Gründung der GmbH gefasste Gesellschafterbeschlüsse mittels Videokommunikation zu beurkunden.

Es ist dann nicht mehr erforderlich, dass sich der Notar und ein oder mehrere GmbH-Gründer von Angesicht zu Angesicht zur Beurkundung begegnen. Der Präsenztermin kann dann durch den Videokommunikationstermin ersetzt werden. Die Beurkundung kann also grundsätzlich rein virtuell vorgenommen.¹⁰

Die Möglichkeit, für einen oder mehrere GmbH-Gründer¹¹ auch parallel zur Online-Gründung

(durch die weiteren Mitgesellschafter¹²) einen Notar im Präsenztermin aufzusuchen¹³ bleibt dennoch weiterhin bestehen (sog. gemischte Beurkundung¹⁴).

3. Anwendungsbereich des Verfahrens zur Online-Gründung

Die Verfahren zur Online-Gründung ist nur für die Gründung der GmbH und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) eröffnet.¹⁵ Andere Rechtsformen, wie die der Aktiengesellschaft oder Personen(handels)gesellschaften profitieren von dieser Erleichterung (noch¹⁶) nicht.

Weiter steht die Online-Gründung nur für solche Gesellschaften zur Verfügung, die im Wege der Bargründung gegründet werden. Das Online-Verfahren ist bei einer Gesellschaftsgründung mit Sacheinlagen (noch¹⁷) nicht möglich.¹⁸

Die deshalb in der Literatur und Politik entstandene Kritik führte bereits zum Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau des DiRUG.¹⁹

Danach soll das Verfahren der Beurkundung per Videokommunikation zukünftig auch bei GmbH-Gründungen mit Sacheinlage und weiteren Beschlüssen²⁰ möglich sein.

Weiter soll die Möglichkeit, Anmeldungen zum Register im Online-Verfahren durchzuführen, zukünftig auch auf Personen(handels)gesellschaften und Genossenschaften erweitert werden. Das Gesetz soll am 01.08.2023 in Kraft treten.

4. Örtliche Zuständigkeit der Notare und Ablauf des Verfahrens

Örtlich zuständig für das Online-Verfahren sind die Notare, in deren Amtsbezirk sich der Sitz der betroffenen Gesellschaft, der Sitz der betroffenen Zweigniederlassung bei einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland oder der Wohnsitz oder Sitz eines Gesellschafters der betroffenen Gesellschaft befindet.²¹ Das geltende Amtsbereichsprinzip findet somit (kurioserweise) auch in der rein virtuellen Welt des Online-Verfahrens seine weitere Anwendung.²² Nur ganz ausnahmsweise dürfen Notare bei Online-Verfahren außerhalb ihres Amtsbezirks tätig werden, wenn besondere berechnete Interessen der Rechtsuchenden ein solches Tätigwerden gebieten.²³

Das technische Gerüst für die Online-Gründung, wie die Videokommunikationsplattform²⁴, die Erstellung der elektronischen Signatur oder das Verfahren zur Identitätsfeststellung der Beteiligten, werden durch die Bundesnotarkammer bereitgestellt und betrieben.²⁵ Notare und Beteiligte dürfen also für Online-Beurkundungen nur das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer benutzen.

Nur so können Notare Beurkundungen via Videokommunikation unter gleichzeitiger Erfüllung ihrer Amtspflichten, insbesondere der sicheren Feststellung der Beteiligten²⁶ vornehmen.

Der Notar soll die Beurkundung mittels Videokommunikation jedoch ablehnen, wenn er die Erfüllung seiner Amtspflichten auf diese Weise nicht gewährleisten kann, insbesondere wenn er sich auf diese Weise keine Gewissheit über die Person eines Beteiligten verschaffen kann oder er Zweifel an der erforderlichen Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten hat.²⁷ Dadurch wird klargestellt, dass trotz der erwünschten digitalen Erleichterungen stets die Qualität und Sicherheit von notariellen Beurkundungen aufrechterhalten werden soll. Im Zweifel geschieht dies durch einen Rückgriff auf die „altbekannte“ Beurkundung im Präsenzverfahren.

Für die Online-Beurkundungen müssen sich die Beteiligten zunächst auf der Plattform der Bundesnotarkammer mittels eines eID-fähigen Ausweispapiers (Personalausweis oder Reisepass), das den elektronischen Identitätsnachweis erbringt,²⁸ registrieren und anmelden. Das Auslesen der eID und des Lichtbilds der Beteiligten erfolgt einfach und sicher über das Smartphone der Beteiligten mittels einer eigens dafür von der Bundesnotarkammer kostenfrei zur Verfügung gestellten App^{29,30}. Schon vor Beurkundung kann so mit dem ausgewählten und zuständigen Notariat auf dem digitalen Wege kommuniziert werden.³¹

Beim Beurkundungsvorgang identifizieren sich die Beteiligten erst mithilfe ihres amtlichen Lichtbildausweises und dann in der Videokonferenz durch Inaugenscheinnahme durch den Notar. Der Notar verliest die Urkunde³². Dabei müssen alle Beteiligten stets sicht- und hörbar sein.³³ Das Online-Verfahren wird abgeschlossen, indem alle beteiligten GmbH-Gründer die Urkunde mit einer elektronischen Unterschrift des höchsten Signaturstandards unterschreiben. Dieses Dokument bil-

det dann eine rein elektronische Urkunde als Urschrift. Sodann übernimmt der Notar alle weiteren Schritte, etwa die Online-Anmeldung der GmbH-Gründung zum Handelsregister und die Übermittlung der Anzeige der Eintragung der GmbH an die Beteiligten.³⁴

II. Rechtliche Würdigung

Jeder Schritt in Richtung mehr Digitalisierung ist nach Meinung der Verfasser nur zu begrüßen. Die Neuerungen des DiRUG sind dabei ein weiterer wichtiger Schritt zur Digitalisierung des (Gesellschafts-)Rechts.

Auch setzt die neue Bundesregierung bereits weitere wichtige Impulse, indem ihr die im DiRUG enthaltene Digitalisierung nicht weit genug geht. Die im Entwurf ihres Gesetzes zum Ausbau des DiRUG enthaltene Erweiterung des Online-Verfahrens auf GmbH-Gründungen mit Sacheinlage und weitere Beschlussgegenstände ist erfreulich, wenn auch nur als „kosmetisch“ zu betrachten.

Schon der Blick über die Grenze ins deutschsprachige Nachbarland Österreich mit vergleichbarem Notariat lässt erkennen, dass gleich von Anfang an mehr in der Digitalisierung des Rechts möglich gewesen wäre:

In Österreich war anfangs nur für neun Monate eine Beurkundung unter Nutzung elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten (Video) für alle Notariatsakte zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung von Covid-19 angedacht.³⁵ Mittlerweile wurde diese Regelung ins Dauerrecht überführt.³⁶ Dort können notarielle Amtshandlungen bei Einhaltung gesetzlich festgelegter Anforderungen auch online erfolgen. Konkret handelt es sich dabei um die digitale GmbH-Gründung³⁷, notarielle Protokolle, wie sie z.B. bei Gesellschafterversammlungen erstellt werden. Auch Notariatsakte, die zur Aufnahme von Rechtserklärungen und Rechtsgeschäften dienen, können digital erstellt werden. Ebenso kann die Beglaubigung von Unterschriften online erfolgen. Immobilientransaktionen können demzufolge heute bereits vollständig digital abgewickelt werden.³⁸ Ausgenommen von der Digitalisierung in Österreich sind Testamente und sonstige letztwillige Verfügungen. Sie können dort weiterhin nicht elektronisch errichtet werden. Der § 90a NO hat das Signatur- und Vertrauensdienstgesetz nicht geändert. Da-

mit können in Österreich nun beinahe alle notariellen Amtshandlungen auch online erfolgen.

Warum das in Deutschland nicht entsprechend funktionieren soll, ist den Verfassern unklar. Hierzulande wurde die Digitalisierungsrichtlinie der Europäischen Union nur langsam und nur in ihren Mindestvorgaben umgesetzt.

Es bleibt abzuwarten, ob das Festhalten an die „behutsame Übertragung der bewährten Standards des traditionellen Präsenzverfahrens in das neu eingeführte Online-Verfahren“³⁹ nicht doch ein „Eigentor des Team Germany“ bestehend aus Lobbyismus, Technikskepsis, Innovationsfeindlichkeit und Besitzstandswahrung war, wenn es in Zukunft womöglich eine Flucht aus Deutschland hin zu Onlinebeurkundungen in Österreich geben wird.

Ein „Stolperstein“ bei der Online-Gründung ist die zwingende Verwendung eines eID-fähigen Ausweispapiers mit der Sicherheitsstufe „hoch“.

Laut Übersicht der EU haben derzeit nur Bürger in 20 von 30 EU/EWR-Mitgliedstaaten überhaupt Zugang zu derlei elektronischen Identifizierungssystemen, geschweige denn, dass sie überhaupt eines besitzen.⁴⁰ Selbst so wirtschaftlich bedeutende Mitgliedstaaten wie Frankreich oder das mittlerweile ausgetretenen Vereinigte Königreich bieten diese Systeme Ihren Bürgern noch immer nicht an.

Wer also über kein hochsicheres eID-fähiges Ausweispapier verfügt, der hat auch in Zukunft keine Chance, in Deutschland im Online-Verfahren eine GmbH zu gründen. Es bleibt dann aber immer noch die Möglichkeit, dafür in Präsenz in der Geschäftsstelle eines deutschen Notars zu erscheinen, sich dafür vertreten zu lassen oder die Beurkundung vor deutschen Konsularbeamten im Ausland vorzunehmen.

C. Auswirkungen für die Praxis

Das verkündete Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) ist aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung in allen Bereichen der Wirtschaft zu begrüßen. Gerade in Zeiten der weltumspannenden Covid-19-Pandemie ist die Online-GmbH-Gründung ein geeignetes Mittel, um einen Stillstand der Rechtspflege (Behörden-Lockdown) zu verhindern und Gründern aus dem In- oder Aus-

land ohne Reisewege den Zugang zum Recht offenzuhalten.

Spätestens, wenn im Herbst 2022 die Covid-19-Fallzahlen in Deutschland und der Welt wieder in die Höhe schießen, wird sich jeder Gründer zweimal überlegen, ob er persönliche Kontakte und Gesundheitsrisiken für sich und andere nicht vermeiden möchte und kann so bequem auf das Onlineverfahren zur GmbH-Gründung zurückgreifen.

Die dafür erforderlichen technischen Voraussetzungen (App) sind schnell auf dem Handy oder PC installiert und ein eID-fähiges Ausweisdokument beantragt⁴¹, wenn nicht schon vorhanden. Diese Digitalisierung des Rechts wird also wie viele andere (hoffentlich noch kommende) das „neue Normal“ werden.

Die bereits von der neuen Bundesregierung angestoßene Erweiterung des DiRUG zur Gesellschaftsgründung ist gut und richtig. Es wäre aber auch sehr zu begrüßen, wenn für das sonstige Tagesgeschäft von Unternehmern in Deutschland weitere digitale Erleichterungen hinzukommen würden. Angefangen etwa bei bundesweiten, vollelektronischen Gewerbe- und Handelsregisteranmeldungen aller Art, der Kommunikation mit sonstigen Behörden und Gerichten sowie Banken und Versicherungen.⁴² Das Ganze dann auch gerne über Webseiten/Portale, die für Benutzer durchgehend neben Deutsch zumindest auch auf Englisch zu bedienen sind.

D. Literaturempfehlungen

Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), BGBl I 2021, Nr. 52, 13.08.2021.

Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20.06.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht; Amtsblatt der Europäischen Union / ABl. L 186 vom 11.07.2019, S. 80.

Heckschen/Knaier, Das DiRUG in der Praxis, NZG 2021, 1093.

Omlor/Blöcher, DiRUG-Neuerungen im Beurkundungs- und Registerrecht, DStR 2021, 2352.

Bundesnotarkammer: <https://onlineverfahren.notar.de/>

- 1 Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20.06.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht; Amtsblatt der Europäischen Union / ABl. L 186 vom 11.07.2019, S. 80 („Digitalisierungsrichtlinie“).
- 2 Inkrafttreten im Wesentlichen ab 01.08.2022, vgl. Art. 31 Abs. 2 DiRUG, BGBl 2021, I Nr. 52, 13.08.2021.
- 3 Amtsblatt der Europäischen Union / ABl. L 186 vom 11.07.2019, Erwägungsgrund (2).
- 4 Vgl. dazu die Definition der World Health Organization (WHO) auf deren Webseite: [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it), zuletzt abgerufen am 20.04.2022.
- 5 GmbH und Unternehmergesellschaft / UG (haftungsbeschränkt) nachfolgend gemeinsam auch nur „GmbH“ genannt.
- 6 §§ 8 ff. BeurkG; § 2 Abs. 1 GmbHG.
- 7 §§ 11, 12 und 13 GwG; § 54 EStDV.
- 8 § 13 Abs. 1 und 3 BeurkG.
- 9 § 12 HGB.
- 10 §§ 16a bis 16e BeurkG n.F.; § 2 Abs. 3 GmbHG n.F.
- 11 An einem Ort (etwa München).
- 12 An einem anderen Ort (etwa in Kiel).
- 13 Etwa wenn einer der Beteiligten über keinen eID verfügt oder sonstige technische Voraussetzungen zur virtuellen Beurkundung fehlen.
- 14 § 16e BeurkG n.F.
- 15 § 2 Abs. 3 GmbHG n.F.; Art. 20 DiRUG.
- 16 Vgl. u. und Fn. 19.
- 17 Ebenda.
- 18 § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F.
- 19 RegE v. 22.04.2022: Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften.
- 20 Bislang sind von der Beurkundungsmöglichkeit mittels Videokommunikation nur solche Gesellschafterbeschlüsse erfasst, die mit der Gründung in engen Zusammenhang stehen oder für diese erforderlich sind, etwa die Bestellung von Geschäftsführern und deren

Vertretungsbefugnisse, nicht jedoch Kapitalmaßnahmen oder Umwandlungsvorgänge.

²¹ § 10a Abs. 3 BNotO n.F.

²² So soll ein Online-Wettbewerb unter den Notariaten verhindert werden und eine flächendeckende Versorgung mit Notariatsleistungen auch weiterhin gewährleistet sein.

²³ § 10 a Abs. 2 BNotO; etwa wenn Gefahr in Verzug ist, eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Notar und Beteiligten besteht (vgl. Empfehlung der Bundesnotarkammer für Richtlinien über die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer, DNotZ 2020, 801).

²⁴ § 78p Abs. 1 BNotO n.F.; also eben keine Videokonferenz mittels „zoom“, „Teams“ o.ä. Systemen.

²⁵ § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 BNotO n.F.

²⁶ § 10 BeurkG.

²⁷ § 16a Abs. 2 BeurkG n.F.

²⁸ § 1 Abs. 2 eIDKG; Gesetz über eine Karte für Unionsbürger und Angehörige des Europäischen Wirtschaftsraums mit Funktion zum elektronischen Identitätsnachweis (eID-Karte-Gesetz - eIDKG).

²⁹ Laut Auskunft der Bundesnotarkammer v. 21.04.2022 unter der Bezeichnung „Notar App“ ab 01.08.2022 in den gängigen App Stores zum Download verfügbar.

³⁰ Bundesnotarkammer zum Online-Verfahren (Fragen und Antworten): <https://onlineverfahren.notar.de>, zuletzt abgerufen am 29.04.2022.

³¹ Ebenda: Video („GmbH-Gründung goes digital“): <https://onlineverfahren.notar.de/>, zuletzt abgerufen am 29.04.2022.

³² Die Online-Gründung ist auch weiterhin im vereinfachten Verfahren, unter Verwendung von Musterprotokollen (neue Anlage 2 zum GmbHG) möglich; § 2 Abs. 1a GmbHG.

³³ Sollte ein Beteiligter seine Kamera (aus Pandemie-Video-Call-Gewohnheit) ausstellen, seinen Ton abstellen oder aufgrund Internetverbindungsproblemen gar (kurz) offline sein, müsste die Beurkundung unterbrochen, wiederholt oder abgebrochen werden.

³⁴ § 78p BNotO n.F.; § 40a BeurkG n.F.; § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB und § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB n.F.

³⁵ § 90a NO (Notariatsordnung Österreich); <https://www.ris.bka.gv.at/eli/rgbl/1871/75/P90a/NOR40222719>, zuletzt abgerufen am 29.04.2022.

³⁶ Österreichische Notariatskammer; <https://www.notar.at/informationen/aktuelle-infos->

veranstaltungen/digitales-dienstleistungsangebot-im-notariat-dauerhaft-ermoeglicht/; zuletzt abgerufen am 22.04.2022.

³⁷ Österreichische gesetzliche Grundlagen: Elektronische Notariatsform-Gründungsgesetz (ENG) v. 01.01.2019; Notar E-Identifikations-Verordnung (NEIV) v. 02.01.2019; <https://www.notar.at/informationen/aktuelle-infos-veranstaltungen/digitales-dienstleistungsangebot-im-notariat-dauerhaft-ermoeglicht/>, zuletzt abgerufen am 29.04.2022.

³⁸ Ebenda.

³⁹ Vgl. Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), BT-Drs. 19/28177 vom 31.03.2021; <https://dserver.bundestag.de/btd/19/281/1928177.pdf>.

⁴⁰ Vgl. „Overview of pre-notified and notified eID schemes under eIDAS“ unter <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/EIDCOMMUNITY/Overview+of+pre-notified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS>, zuletzt abgerufen am 29.04.2022.

⁴¹ § 1 Abs. 1 Nr. 2 PAuswGebV: 37,00 EUR; Dauer ca. sechs Wochen.

⁴² Die Kontoeröffnung für eine GmbH dauert heutzutage wegen GWG-Prüfungen der Banken länger als die reine Gründung an sich.