

Digitalisierung des Gesellschaftsrechts

Januar 2020

Tech Meets Finance



Was Sie über die geplante Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie in Deutschland wissen müssen

Im Sommer 2019 wurde die *"Richtlinie im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht"*¹ (**Digitalisierungsrichtlinie**) im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Zentrales Element der bereits in Kraft getretenen Digitalisierungsrichtlinie ist die Möglichkeit, Kapitalgesellschaften künftig unionsweit online gründen zu können.² Durch die Digitalisierung des Binnenmarktes im Bereich des Gesellschaftsrechts soll der Zugang zu Informationen über Gesellschaften in der EU erleichtert und der Kosten-, Zeit- und Verwaltungsaufwand reduziert werden. Zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie in Deutschland, die bis 1. August 2021 zu erfolgen hat, liegt seit Mitte November 2019 ein Vorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) (**Umsetzungsvorschlag**) vor.³ In unserem Beitrag beleuchten wir die wesentlichen Elemente des Umsetzungsvorschlags und schließen mit einem Ausblick auf die zu erwartenden Auswirkungen in der Praxis.

I. Digitalisierungsrichtlinie – Hintergrund

Die Digitalisierungsrichtlinie bildet zusammen mit der *"Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen"*⁴ (**Mobilitätsrichtlinie**) das sogenannte *EU Company Law Package*. Mit der Digitalisierungsrichtlinie werden erstmals unionsweit harmonisierte Regeln zur (i) Online-Gründung von Kapitalgesellschaften, (ii) Online-Registrierung von Zweigniederlassungen und (iii) der digitalen Einreichung von Gesellschaftsunterlagen eingeführt. Ziel dieser digitalen Verfahren, Instrumente und Dienste ist es, gesellschaftsrechtliche Verfahren zu beschleunigen. Die Einführung einer neuen, genuinen digitalen Gesellschaftsform oder gar die Möglichkeit der Übertragung von Gesellschaftsanteilen etwa über die Blockchain, wie es z.B. im Eckpunktepapier *"Zukunftstechnologie Blockchain"* der CDU/CSU-Bundestagsfraktion von Ende Juni 2019 angedacht wird⁵, sieht die Digitalisierungsrichtlinie hingegen nicht vor.

Bislang ist die digitale Gründung von Gesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich stark ausgeprägt: die Bandbreite reicht von der Gründung im Präsenzverfahren (d.h. mit persönlichem Erscheinen vor einem Notar), nur digital, bis hin zu Mischformen aus Präsenz- und Onlineelementen.⁶ Die Digitalisierungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nunmehr dazu, die digitale Gründung jedenfalls als zusätzliche Option zur Verfügung zu stellen.

¹ Richtlinie (EU) 2019/1151 vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht.

² Die Digitalisierungsrichtlinie ist Ausfluss der Gesamtstrategie für einen digitalen Binnenmarkt der Kommission (vgl. COM (2015) 192 final v. 6.5.2015).

³ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht – Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen, Drs. 611/19.

⁴ Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

⁵ Stichwort *"digitale GmbH"*.

⁶ Vgl. Erwägungsgrund (4) Digitalisierungsrichtlinie.

Mit der Digitalisierungsrichtlinie soll jedoch keine Absenkung der – in den Mitgliedstaaten teilweise erheblich voneinander abweichenden – materiellen (Schutz-)Standards (z.B. Gutgläubensschutz für Eintragungen im Handelsregister!) bewirkt werden. Vielmehr schreibt die Digitalisierungsrichtlinie die Gewährleistung bestimmter Mindeststandards vor, wie z.B. die Überprüfung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit sowie der Identität der Antragsteller. Im Übrigen können die Mitgliedstaaten jedoch ihre nationalen Regelungen und Rechtstraditionen beibehalten. Dies gilt explizit auch für die Rolle des Notars, der gerade bei Gesellschaftsgründungen in Deutschland eine zentrale Rolle spielt und Gewähr für die materielle Richtigkeit leistet (Prinzip der vorsorgenden Rechtspflege).

II. Geplante Umsetzung in Deutschland – wesentliche Regelungen

Der am 13. November 2019 veröffentlichte Umsetzungsvorschlag des Landes NRW sieht nur eine *teilweise* Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie vor. Ausgespart bleiben (laut Einleitung zum Umsetzungsvorschlag) Fragen des Registerverfahrens, das der notariellen Beurkundung und der Antragstellung nachgelagert ist.⁷

Erfasste Gesellschaftsformen

Erwartungsgemäß soll die Online-Gründung nur für die Rechtsform der GmbH (und damit auch für die UG (haftungsbeschränkt)⁸ und für Bargaründungen eingeführt werden. Dies steht im Einklang mit der Digitalisierungsrichtlinie und erscheint im Hinblick auf die für AG- und KGaA-Gründungen geltende Formstrenge sowie die Komplexität von Sachgründungen gerechtfertigt.

Videokommunikationsverfahren

Die Digitalisierungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu sicherzustellen, dass die Gründung *"vollständig online durchgeführt werden kann, ohne dass die Antragssteller persönlich vor Behörden, Personen oder Stellen"* erscheinen müssen. In zeitlicher Hinsicht muss der Prozess grundsätzlich innerhalb von 10 Arbeitstagen abgeschlossen sein. Werden die von den Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellenden Gründungsmuster verwendet und erfolgt die Gründung nur durch natürliche Personen, beträgt die Frist lediglich fünf Arbeitstage.

Kernelement des Umsetzungsvorschlags ist die Einrichtung eines Videokommunikationssystems, das von der Bundesnotarkammer betrieben wird. Damit soll es möglich sein, GmbHs (weiterhin unter Einbindung von Notaren) digital zu gründen, sowie die Beurkundung der Versammlung zur Gründung der Gesellschaft, die Beglaubigung der

⁷ Vgl. Drs. 611/19, S. 2; ausstehend ist damit insbesondere ein Vorschlag zur Umsetzung der in der Digitalisierungsrichtlinie vorgesehenen Regelungen zur engeren Vernetzung der in den Mitgliedstaaten bestehenden Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregister (*Business Registers Interconnection System (BRIS)*). Nach der Digitalisierungsrichtlinie soll jede Gesellschaft eine europäische einheitliche Kennung (EUID) erhalten. Es ist vorgesehen, dass sämtliche zur Gesellschaft eingereichten Informationen in dieser Akte hinterlegt oder direkt in das betreffende Register eingetragen werden. Auf Antrag (der entweder in Papierform oder elektronisch gestellt werden kann) sollen Kopien der eingereichten Urkunden oder Informationen vom Register erhältlich sein.

⁸ Zwar benennt der Entwurf die Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt) als erfasste Gesellschaftsform nicht explizit. Da es sich bei der UG (haftungsbeschränkt) jedoch um eine Variante der GmbH handelt, wird die digitale Gründung wohl auch für die UG (haftungsbeschränkt) möglich sein.

Anmeldungen zum Handelsregister und die notwendige Identifizierung⁹ des Antragstellers online durchzuführen.

Digitale Beurkundungen

Bei der digitalen Beurkundung identifiziert der Notar zunächst den Antragsteller anhand des elektronischen Identitätsnachweises nach dem Personalausweisgesetz (**PAuswG**).¹⁰ Hierzu überprüft der Notar die auf dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium des Personalausweises gespeicherten biometrischen und sonstigen Daten des Antragstellers. Darüber hinaus gleicht der Notar das audiovisuell (d.h. über das Videokommunikationssystem) übermittelte Erscheinungsbild des Antragstellers mit dem im Rahmen des elektronischen Identitätsnachweises übermittelten Lichtbildes ab. Nach erfolgreicher Identifizierung wird die Gesellschaftersitzung per Online-Kommunikation über das Videokommunikationssystem abgehalten. Die elektronisch verfasste Niederschrift über die Sitzung wird dem Antragsteller auf Verlangen übersendet. Sowohl der Notar als auch der Antragsteller leisten schließlich eine qualifizierte elektronische Signatur, die an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift tritt.

Digitale Beglaubigungen in Handelsregistersachen

Für elektronische Beglaubigungen in Handelsregistersachen muss der Antragsteller die Anmeldung, wie beispielsweise die zur Eintragung der Geschäftsführer, in elektronischer Form und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Diese qualifizierte elektronische Signatur muss dann entweder (in dem unseres Erachtens weniger praxistauglichen Fall) in Gegenwart des Notars erzeugt oder anerkannt werden oder im Wege der audiovisuellen Fernkommunikation mit dem Notar über das Videokommunikationssystem vom Notar anerkannt werden. Die Identifikation des Antragstellers erfolgt in diesem Fall wie bei der digitalen Beurkundung.

Soweit Unterlagen in unbeglaubigter Form einzureichen sind, sieht der Umsetzungsvorschlag vor, dass diese auf elektronischem Wege mit dem Notar ausgetauscht werden können.

Für die Registrierung von Zweigniederlassungen enthält der Umsetzungsvorschlag keine Sonderregeln.¹¹

Präsenz- und Nachweisorbehalte

Der Umsetzungsvorschlag sieht vor, dass der Notar den Wechsel vom Online- in das Präsenzverfahren im Einzelfall anordnen kann, wenn hinsichtlich mindestens eines Beteiligten ein Verdacht auf Identitätsmissbrauch, Identitätsänderung, fehlende Rechts- oder

⁹ Für die Identifizierung der Antragsteller im Rahmen der digitalen Gründung schreibt die Digitalisierungsrichtlinie die Nutzung eines elektronischen Identifizierungsmittels nach der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt (*eIDAS-Verordnung*) vor, das entweder von dem jeweiligen Mitgliedstaat ausgestellt wurde oder von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellt wurde und für die Zwecke der grenzüberschreitenden Authentifizierung nach der eIDAS-Verordnung anerkannt wurde.

¹⁰ Vgl. § 17 Satz 5 PAuswG (Entwurfassung); möglich ist auch die Identifizierung nach § 78 Abs. 7 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes (Entwurfassung) oder anhand eines elektronischen Identifizierungsmittels, das von einem anderen EU Mitgliedstaat ausgestellt wurde und für die Zwecke der grenzüberschreitenden Authentifizierung nach Art. 6 der eIDAS-VO anerkannt wird, wobei dieses Identifizierungsmittel dem Sicherheitsniveau "hoch" entsprechen und dem Notar Zugriff auf ein biometrisches Lichtbild des Inhabers ermöglichen muss.

¹¹ Vgl. hierzu Drs. 611/19, S. 18f.

Geschäftsfähigkeit oder fehlende Vertretungsmacht besteht oder die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens dies gebietet (z.B. bei Verbindungsproblemen). Dieser Präsenzvorbehalt steht in Einklang mit der Digitalisierungsrichtlinie.

Ferner können die Mitgliedstaaten entsprechend der Digitalisierungsrichtlinie an der Erbringung von Nachweisdokumenten in Form eines papierhaften Nachweises festhalten. Insofern sieht der Umsetzungsvorschlag vor, dass das Erfordernis, dem Notar den Besitz der Urschrift oder einer Ausfertigung einer Urkunde nachzuweisen, unberührt bleibt.¹²

Muster für die Online-Gründung von Gesellschaften

Was die in der Digitalisierungsrichtlinie vorgesehene Pflicht der Mitgliedstaaten betrifft, für die Gründung von Gesellschaften Muster zur Verfügung zu stellen – und zwar zumindest in einer Amtssprache der Union – sieht der Umsetzungsvorschlag mit Verweis auf das in der Anlage zum GmbHG befindliche Musterprotokoll für die Gründung keine Notwendigkeit für ein gesetzgeberisches Tätigwerden.

Regelungen zu disqualifizierten Geschäftsführern

Nach der Digitalisierungsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten untereinander verpflichtet, Informationen über die *Disqualifikation*¹³ von Geschäftsführern digital zur Verfügung zu stellen. Ob damit *das "bewährte deutsche System der Geschäftsführerversicherung über das Nichtvorliegen von Bestellungshindernissen"*¹⁴ keiner weiteren Anpassung bedarf, ist allerdings fraglich.

Ausblick für die Praxis

Mit der Digitalisierungsrichtlinie und ihrer geplanten Umsetzung in deutsches Recht wird ein weiterer, wenn auch kleiner, Schritt in Richtung Digitalisierung des Gesellschaftsrechts unternommen. In Anbetracht der unterschiedlichen Standards, die in den Mitgliedsstaaten vorhanden sind, ist zu begrüßen, dass die digitalen Verfahren nicht zu einer Absenkung materieller deutscher Schutzstandards führen werden und dass die Mitwirkungshandlungen des Notars als "Gatekeeper" des Verfahrens digital abgebildet werden können. Zudem wird der Abruf von Informationen über Gesellschaften in der EU erleichtert werden.

Ob das Online-Gründungsverfahren darüber hinaus tatsächlich zu einer maßgeblichen Beschleunigung von Gesellschaftsgründungen in Deutschland führen wird, bleibt abzuwarten. Die Messlatte liegt hoch, können "fertig gegründete" Gesellschaften (Vorratsgesellschaften) trotz des vorgeschriebenen Präsenzverfahrens bereits heute innerhalb weniger Tagen erworben und in einen Konzernverbund integriert werden.

¹² Vollmachten und Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters (z.B. des Vormunds) sollen der elektronischen Niederschrift einer Beurkundung in elektronisch beglaubigter Abschrift beigelegt werden.

¹³ In Deutschland einer der Ausschlussgründe für Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 GmbHG.

¹⁴ Drs. 611/19, S. 17.

Eine Schwäche der Digitalisierungsrichtlinie und des Umsetzungsvorschlags ist, dass die Umsetzung der Digitalisierung im Gesellschaftsrecht nicht konsequent zu Ende geführt wird. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass das digitale Verfahren nur für die Gründung einer Gesellschaft zur Verfügung steht, für andere beurkundungspflichtige Tatbestände, die in der Regel häufig vorkommen (z.B. Satzungsänderungen), jedoch weiterhin ausschließlich das Präsenzverfahren vorgesehen ist. Zuzugeben ist, dass an beurkundungspflichtige Tatbestände während des Lebenszyklus einer Gesellschaft höhere Anforderungen zu stellen sind, da der Sachverhalt für die Vergangenheit ermittelt und regelmäßig widerstreitende Interessen ausgeglichen werden müssen. Hier besteht ein höheres Aufklärungs- und Informationserfordernis als bei der bloßen Gründung einer Gesellschaft. Für derartige Ereignisse sollte jedoch das Online-Verfahren ebenso als Option eingeführt und dem Notar die Möglichkeit gegeben werden, das Präsenzverfahren anzuordnen, sollte in der digitalen Sitzung der sachgerechte Ausgleich der widerstreitenden Interessen nicht möglich sein, oder sich der zugrundeliegende Sachverhalt nicht ordnungsgemäß ermitteln lassen.

Eine weitere Schwäche des Umsetzungsvorschlags ist zudem, dass er für den Nachweis rechtsgeschäftlicher Vollmachten an der Vorlage der Urschrift oder einer Ausfertigung festhält. Damit wird sich das Online-Verfahren für eine Vielzahl von GmbH-Gründungen als hinkend erweisen, muss doch der Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht weiterhin auf konventionelle, d.h. nicht digitale Weise erfolgen. Hier sollte der Gesetzgeber nicht zulange aufwarten bis die aus seiner *Sicht* "zukünftigen technischen wie rechtlichen Weiterentwicklungen" existieren, "die unter Wahrung des Gutgläubensschutzes eine Vorlage der physischen Urkunde entbehrlich machen könnten"¹⁵, sondern die erforderlichen Voraussetzungen hierfür schaffen.

Auch für GmbH-Gründungen mit ausländischer Beteiligung erweist sich die Wahl des Online-Gründungsverfahrens nur als bedingt vorzugswürdig gegenüber dem konventionellen Präsenzverfahren: Hier sind weiterhin die urkundlich zu erbringenden Nachweise der Existenz einer juristischen Person und der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht durch Vorlage einer Apostille oder Legalisation zu erbringen.¹⁶ Auch insoweit sollte dringend nachjustiert werden, gerade angesichts der Ziele der Digitalisierungsrichtlinie, den Zugang zu Informationen über Gesellschaften in der EU zu erleichtern und den Kosten-, Zeit- und Verwaltungsaufwand zu reduzieren.

¹⁵ Drs. 611/19, S. 16 f.

¹⁶ Drs. 611/19, S. 23.

Haben Sie Fragen zum Thema? Kontaktieren Sie uns gerne!

Ihre Ansprechpartner



Kai-Oliver Krüger
Partner
Corporate, Energy, M&A

+49 (0)69 204 342 153
kai-oliver.krueger@fieldfisher.com
www.fieldfisher.com



Dr. Katja Michel
Counsel
Financial Markets & Products

+49 (0)69 204 342 158
katja.michel@fieldfisher.com
www.fieldfisher.com

Über Fieldfisher

Fieldfisher ist eine europäische Wirtschaftskanzlei mit marktführender Praxis in vielen der dynamischsten Sektoren. Wir sind ein zukunftsorientiertes Unternehmen mit besonderem Fokus auf Energie & natürlichen Ressourcen, Technologie, Finanzen & Finanzdienstleistungen, Life Sciences und Medien. Unser Unternehmen umfasst mehr als 1.550 Mitarbeiter an 25 Standorten in Amsterdam, Barcelona, Peking, Belfast, Birmingham, Bologna, Brüssel, Dublin, Düsseldorf, Frankfurt, Guangzhou, Hamburg, London, Luxemburg, Madrid, Manchester, Mailand, München, Paris, Rom, Shanghai, Turin, Venedig und Silicon Valley.

Pressekontakt

Fieldfisher (Germany) LLP
Fabian Binnewies
Am Sandtorkai 68
20457 Hamburg
t: +49 (0)40 87 88 698 518
e: fabian.binnewies@fieldfisher.com

© Fieldfisher (Germany) LLP 2020

Fieldfisher übernimmt keine Haftung für die Aktualität, Korrektheit, Vollständigkeit oder Qualität der bereitgestellten Informationen.