



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Deutschland  
und Österreich“**

Dissertation vorgelegt von Maximilian Mosch

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

# Die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Österreich

## A. Einleitung

Die Digitalisierung sämtlicher Lebensbereiche schreitet immer weiter voran. Begriffe wie *Machine Learning*, *künstliche Intelligenz* und *Blockchain-Technologie* sind mittlerweile in aller Munde. Auch vor dem Unternehmensrecht macht die Digitalisierung nicht Halt. Nicht zuletzt hat die COVID-19-Pandemie in diesem Bereich einen echten Digitalisierungsschub gebracht. Beispielsweise wurde im Jahr 2020 als Reaktion auf die COVID-19-Pandemie und die damit verbundenen Einschränkungen der Versammlungsmöglichkeiten die Möglichkeit geschaffen, Hauptversammlungen unabhängig von einer statutarischen Grundlage gänzlich ohne physische Präsenz der Aktionäre und Aktionärsvertreter als virtuelle Hauptversammlung durchzuführen. Hiervon haben die DAX-Unternehmen in den vergangenen beiden Hauptversammlungssaisons auch (gezwungenermaßen) regen Gebrauch gemacht.

Auf europäischer Ebene wird der Digitalisierung des Unternehmensrechts seit vielen Jahren besondere Bedeutung beigemessen. Bereits der Richtlinienentwurf zur Einführung der *Societas Unius Personae* (SUP) (**SUP-Richtlinienentwurf**) im Jahr 2014 enthielt Regelungen über die Online-Gründung einer SUP. Der SUP-Richtlinienentwurf ist letztlich aber vor allem daran gescheitert, dass die rechtlichen Besonderheiten der traditionellen Notariatssysteme vieler Mitgliedstaaten (insbesondere Deutschlands und Österreichs) und die darin vorgesehene Einbindung des Notars als Organ der vorsorgenden Rechtspflege in den Gründungsprozess weitestgehend unberücksichtigt blieben.

Aufbauend auf dem gescheiterten SUP-Richtlinienentwurf hat der europäische Gesetzgeber mit der Digitalisierungs-Richtlinie als Teil des sogenannten *Company Law Package* die europaweite Digitalisierung im Gesellschaftsrecht maßgeblich vorangetrieben. Die Digitalisierungs-Richtlinie schafft erstmalig einen europäischen Regelungsrahmen für die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften. Denn nach der Digitalisierungs-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten insbesondere zu gewährleisten, dass die Gründung von Gesellschaften vollständig online durchgeführt werden kann, ohne dass die Antragsteller persönlich vor Behörden, Personen oder Stellen, die nach nationalem Recht mit der Online-Gründung von Gesellschaften, einschließlich der Erstellung des Errichtungsakts einer Gesellschaft, betraut sind, erscheinen müssen. Zudem ist es den Mitgliedstaaten gestattet, entsprechend deren traditionellen Notariatssystemen den Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege weiterhin in das Online-Gründungsverfahren zu integrieren.

Rechtstechnisch ist die Digitalisierungs-Richtlinie als Änderungsrichtlinie ausgestaltet und reformiert die erst im Jahr 2017 konsolidierte Gesellschaftsrechts-Richtlinie. Die Digitalisierungs-Richtlinie trat am 31. Juli 2019 in Kraft und war von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis zum 1. August 2021 in nationales Recht umzusetzen.

Die Bundesrepublik Österreich hat zu Beginn des Jahres 2019 und somit bereits vor dem Inkrafttreten der Digitalisierungs-Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen die Online-Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Wege der Errichtung eines elektronischen Notariatsakts ermöglicht. Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie wurde der Anwendungsbereich des elektronischen Notariatsakts und der Online-Gründung nochmals erheblich ausgeweitet, sodass nunmehr sämtliche Kapitalgesellschaften in Österreich online gegründet werden können.

In Deutschland hingegen besteht die Möglichkeit einer Online-Gründung von Kapitalgesellschaften bislang nicht. Vielmehr ist die körperliche Anwesenheit der Gründer vor

einem Notar zwingend erforderlich. Zur Umsetzung der Online-Gründung in nationales Recht hat der Deutsche Bundestag daher am 10. Juni 2021 das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungs-Richtlinie (*DiRUG*) verabschiedet. Kernstück des Gesetzesentwurfs ist die Regelung einer Online-Beurkundung mittels eines durch die Bundesnotarkammer (*BNotK*) betriebenen Videokommunikationssystems, das die Beurkundung eines GmbH-Gesellschaftsvertrags ohne körperliche Anwesenheit der Gründer vor einem Notar ermöglicht. In dem zwischen den Regierungsparteien geschlossenen Koalitionsvertrag 2021–2025 (*Koalitionsvertrag*) vom 24. November 2021 wurde bereits vereinbart, die Gründung von Gesellschaften weiter erleichtern zu wollen, indem die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts vorangetrieben werden und Beurkundungen mittels Videokommunikation auch bei Sachgründungen und weiteren Beschlüssen erlaubt werden sollen.

Diese Entwicklungen hat der Verfasser zum Anlass genommen, die Online-Gründung im Lichte der Digitalisierungs-Richtlinie zu analysieren und darauf aufbauend die Umsetzung der Online-Gründung in Österreich und Deutschland rechtsvergleichend zu untersuchen. Monographische rechtsvergleichende Untersuchungen der Online-Gründung existieren in Bezug auf Österreich, soweit ersichtlich, bis dato nicht. Österreich eignet sich für eine rechtsvergleichende Untersuchung allerdings deshalb in besonderem Maße, weil das österreichische und deutsche Gesellschaftsrecht strukturelle Ähnlichkeiten aufweisen und somit ein gemeinsamer Ausgangspunkt für die Umsetzung der Online-Gründung bestand. Gemeinsamkeiten und vor allem Unterschiede bei der Umsetzung treten daher besonders deutlich zu Tage. In Anbetracht dessen, dass sowohl Österreich als auch Deutschland den Notar in das Online-Gründungsverfahren einbezogen haben, liegt ein besonderes Augenmerk auf der Frage, ob die notariellen Funktionen und Amtspflichten aus dem Präsenzverfahren funktionsäquivalent in das Online-Gründungsverfahren überführt werden konnten.

Schließlich unterbreitet die Untersuchung Änderungsvorschläge und Anregungen zur Weiterentwicklung des Online-Gründungsverfahrens und leistet einen Beitrag zur Diskussion, ob das Online-Beurkundungsverfahren in Deutschland auf weitere gesellschaftsrechtliche Maßnahmen ausgedehnt werden sollte.

## **B. Gang der Untersuchung**

Ausgangspunkt der Untersuchung ist zunächst die Digitalisierungs-Richtlinie als europäischer Rechtsrahmen der Online-Gründung von Kapitalgesellschaften. Eingebettet in die historische Entwicklung der Digitalisierungsbestrebungen auf europäischer Ebene werden die wesentlichen Regelungen der Digitalisierungs-Richtlinie im Zusammenhang mit der Online-Gründung untersucht und in Beziehung zu dem gescheiterten SUP-Richtlinienvorschlag gesetzt. Die Digitalisierungs-Richtlinie umfasst neben der eigentlichen Online-Gründung auch Regelungsbereiche, die in einem engen Zusammenhang mit dem Gründungsverfahren stehen. Beispielsweise enthält die Digitalisierungs-Richtlinie Vorgaben bezüglich der (i) Disqualifikation von Geschäftsführern, (ii) Online-Einreichung von Registeranmeldungen und (iii) Online-Errichtung von Zweigniederlassungen. Aufgrund des sachlichen Zusammenhangs mit der eigentlichen Gründung sind auch diese Aspekte in gebotenerem Umfang Gegenstand der Untersuchung. Die in der Digitalisierungs-Richtlinie enthaltenen Neuerungen hinsichtlich der Änderung des Register- und Bekanntmachungswesens sowie der Regelungen zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs und des Zugangs zu unternehmensrelevanten Informationen sind indes nicht Gegenstand der Darstellung.

Im Anschluss analysiert der Verfasser, wie die Online-Gründung und die damit in Zusammenhang stehenden Regelungen in Österreich und Deutschland umgesetzt wurden.

Dabei wird die geltende Rechtslage in beiden Mitgliedstaaten berücksichtigt, um einen etwaig erforderlichen Umsetzungsbedarf zu identifizieren. Zudem werden die notariellen Funktionen und Amtspflichten der deutschen und österreichischen Notare im Präsenzgründungsverfahren untersucht, um die Transformation dieser Funktionen und Pflichten in das Online-Gründungsverfahren zu bewerten.

Auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse unterbreitet der Verfasser schließlich Vorschläge zur Weiterentwicklung des Online-Beurkundungsverfahrens in Deutschland. Hierbei liegt der Fokus auf der Stärkung der notariellen Warn- und Hinweisfunktion sowie der Verbesserung des Schutzes der Beteiligten vor Übereilung. Ferner wird der Frage nachgegangen, ob und inwieweit das Online-Beurkundungsverfahren auf weitere gesellschaftsrechtliche Maßnahmen ausgedehnt werden kann.

## **C. Zusammenfassung in Thesen**

### **I. Die Digitalisierungs-Richtlinie als europäischer Rechtsrahmen der Online-Gründung**

1. Die Digitalisierungs-Richtlinie schafft erstmalig einen europaweit einheitlichen Rechtsrahmen für die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften und stellt einen bedeutenden Schritt auf dem Weg zur Digitalisierung des Gesellschaftsrechts dar.
2. Die Digitalisierungs-Richtlinie ist ein ausgewogenes Regelwerk, das den Wunsch des europäischen Normgebers nach Gründungsbeschleunigung und -vereinfachung auf der einen Seite sowie die Gewährleistung von Rechtssicherheit und die Verhinderung von Missbräuchen auf der anderen Seite in einen angemessenen Ausgleich bringt. Dies gelingt durch die Regelung von Mindeststandards in Bezug auf die Feststellung der Identität der Gründer, die Gewährleistung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gründer und ihrer Vertretungsbefugnis, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Unternehmensgegenstands und der Firma sowie die Bestellung von Geschäftsführern. Der europäische Normgeber hat in diesem Zusammenhang die Lehren aus dem gescheiterten SUP-Richtlinienvorschlag gezogen.
3. Den Mitgliedstaaten wird der notwendige Gestaltungsspielraum eingeräumt, um unter Wahrung und Achtung ihrer gesellschaftsrechtlichen Traditionen die funktionierenden Präsenzgründungsverfahren in die digitale Welt zu überführen. Im Hinblick auf Deutschland und Österreich gilt das insbesondere für die Möglichkeit, Notare in das Online-Gründungsverfahren einzubeziehen. Auf diese Weise kann das effiziente System der vorsorgenden Rechtspflege in das digitale Zeitalter transformiert werden.
4. Die Digitalisierungs-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Regelungen betreffend die Disqualifikation von Geschäftsführern zu erlassen. Dies gewährleistet einen europaweiten Mindeststandard in Bezug auf das Vorhandensein („Ob“) von Vorschriften bezüglich der Disqualifikation von Geschäftsführern. Gleichwohl verbleibt unionsweit ein Harmonisierungsgefälle hinsichtlich der Ausgestaltung („Wie“), welches die Gefahr mit sich bringt, dass disqualifizierte Geschäftsführer fortan in dem Mitgliedstaat als Geschäftsführer tätig werden, in dem die niedrigsten Standards bestehen. Zur Vermeidung eines solchen Harmonisierungsgefälles hätte der europäische Gesetzgeber einheitliche Disqualifikationstatbestände auf sekundärrechtlicher Ebene erlassen sollen.
5. Die Digitalisierungs-Richtlinie strebt einen verbesserten Informationsaustausch über die Disqualifikation von Geschäftsführern an. Die Mitgliedstaaten müssen künftig

Vorkehrungen treffen, um unverzüglich Informationen über das Europäische System der Registervernetzung (*Business Registers Interconnection System – BRIS*) darüber bereitzustellen, ob eine Person in einem Mitgliedstaat als Geschäftsführer disqualifiziert ist. Dies setzt allerdings auch eine gleichwertige Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Systeme zur Informationsbereitstellung voraus. Solange die Informationen über die Disqualifikation manuell zusammengetragen und in das BRIS eingespeist werden müssen, ist eine spürbare Verbesserung des Informationsaustauschs nicht zu erreichen.

## II. Umsetzung der Online-Gründung in Österreich und Deutschland

1. Die Digitalisierungs-Richtlinie war von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis zum 1. August 2021 in nationales Recht umzusetzen. Mitgliedstaaten, die bei der Umsetzung der Richtlinie auf besondere Schwierigkeiten stoßen, konnten die Umsetzungsfrist auf Antrag um bis zu ein Jahr verlängern, wovon Deutschland im Unterschied zu Österreich auch Gebrauch gemacht hat.
2. Österreich hat bis dato kein Umsetzungsgesetz zur Digitalisierungs-Richtlinie vorgelegt. Nach Auskunft des österreichischen Bundesministeriums für Justiz befindet sich ein solcher Entwurf noch in der politischen Abstimmung.
3. Österreich hat gleichwohl den durch die Digitalisierungs-Richtlinie hinsichtlich der Online-Gründung vorgegebenen Rechtszustand bereits „antizipiert“ hergestellt. Mit Wirkung zum 1. Januar 2019 und damit bereits vor dem Inkrafttreten der Digitalisierungs-Richtlinie wurde ein Online-Gründungsverfahren unter Einbeziehung eines Notars und Nutzung von Videokommunikation etabliert. Das Online-Gründungsverfahren war zunächst nur auf die Gründung einer öGmbH beschränkt. Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie schuf der österreichische Gesetzgeber jedoch die Möglichkeit, sämtliche notariellen Amtshandlungen, d.h. insbesondere Notariatsakte und notarielle Beglaubigungen, generell im Wege elektronischer Kommunikation vorzunehmen. Dies führte nicht nur zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Online-Gründung auf sämtliche Kapitalgesellschaften, sondern auch dazu, dass sämtliche notariatsaktpflichtigen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen in einem Online-Verfahren durchgeführt werden können. Daneben kann in Österreich eine Einpersonengesellschaft bereits seit dem Jahr 2017 unter bestimmten Voraussetzungen ohne Notar und nahezu vollständig online gegründet werden.
4. Die Umsetzung der übrigen Vorgaben der Digitalisierungs-Richtlinie bezüglich der Bereitstellung von Mustern, der maximalen Eintragungsdauer im Online-Gründungsverfahren und der verpflichtenden Schaffung von Disqualifikationstatbeständen ist der österreichische Gesetzgeber bislang schuldig geblieben.
5. In Deutschland erfolgte die Umsetzung der Digitalisierungs-Richtlinie durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (*DiRUG*), welches am 13. August 2021 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde und am 1. August 2022 in Kraft treten wird. Hierdurch wird erstmalig eine Online-Beurkundung mittels Videokommunikation ohne körperliche Anwesenheit der Beteiligten vor einem Notar für zulässig erklärt und somit eine Online-Bargründung einer GmbH/UG durch eine oder mehrere natürliche und/oder juristische Personen ermöglicht. In Umsetzung der Vorgaben des Koalitionsvertrags hat das deutsche Bundesministerium der Justiz zwischenzeitlich mit dem RefE-DiREG bereits einen Entwurf zur Fortentwicklung des Online-Beurkundungs- und Online-Beglaubigungsverfahrens vorgelegt.

6. Beide Rechtsordnungen haben sich für die Einbeziehung des Notars in das (reguläre) Online-Gründungsverfahren mittels Videokommunikation entschieden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich regelungstechnisch an der österreichischen Rechtslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Elektronischen Notariatsform-Gründungsgesetzes orientiert und den Anwendungsbereich der Online-Gründung initial sehr eng gefasst. An entscheidenden Stellen hat der deutsche Gesetzgeber gegenüber dem österreichischen Online-Beurkundungsverfahren allerdings auch Verbesserungen vorgenommen, um das Sicherheitsniveau des Online-Gründungsverfahrens zu erhöhen. So ist in Deutschland ausschließlich das von der BNotK entwickelte und zu betreibende Videokommunikationssystem im Rahmen der Online-Beurkundung zulässig, nicht hingegen Videokommunikationssysteme privater Anbieter. Zudem hat sich der deutsche Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Identifizierung der Beteiligten gegen das sogenannte Videoidentverfahren entschieden, im Zuge dessen in Österreich die Identifizierung der Beteiligten durch Mitarbeiter eines privaten Anbieters (WebID) durchgeführt wird. Die Identifizierung ist in Deutschland vom Notar selbst durchzuführen und die Sicherheit wird zusätzlich durch ein elektronisches Auslesen des Lichtbilds der Beteiligten erhöht.
7. Der österreichische und der deutsche Gesetzgeber haben sich zum Ziel gesetzt, die notariellen Funktionen und Amtspflichten aus dem Präsenzbeurkundungsverfahren gleichwertig in das Online-Gründungsverfahren zu übertragen. Dies ist in weiten Teilen gelungen. Allerdings konnten die Warn- und Hinweisfunktion des Notars sowie der Schutz der Beteiligten vor Übereilung aufgrund des beschleunigten Gründungsverfahrens sowie der geringeren Förmlichkeit in einer virtuellen Umgebung bis dato nicht gleichwertig in das Online-Gründungsverfahren überführt werden. In Österreich ist außerdem die Feststellung der Identität nicht in gleicher Weise gewährleistet wie in einem Präsenzverfahren. Denn das Videoidentverfahren erschwert die Prüfung der Authentizität von Ausweisdokumenten erheblich, weil diese lediglich im Wege der Videoübertragung präsentiert werden.
8. Die Umsetzung der Regelungen betreffend die Disqualifikation von Geschäftsführern ist in Deutschland unter Beibehaltung des Systems der Geschäftsführerversicherung vorgenommen worden. Ein Inhabilitätsregister wurde nicht geschaffen. Über das BRIS gestellte Anfragen anderer Mitgliedstaaten hinsichtlich der Disqualifikation von Geschäftsführern werden künftig weitestgehend händisch vom Unternehmensregister bearbeitet, sodass ein echter Digitalisierungsfortschritt versäumt wurde. Sollten einige Mitgliedstaaten dazu übergehen, bei jeder Geschäftsführerbestellung europaweit automatische Abfragen einer Disqualifikation in einem anderen Mitgliedstaat zu stellen, dürfte dieses System schnell an seine Kapazitätsgrenzen stoßen. Die Schaffung eines zentralen Inhabilitätsregisters sollte durch den Gesetzgeber künftig dringend erwogen werden.

### III. Vorschlag zur Weiterentwicklung der Online-Beurkundung in Deutschland

1. Die Warn- und Hinweispflichten des Notars sind im Online-Gründungsverfahren zu stärken. Der Notar hat darauf hinzuweisen, dass ungeachtet der Beurkundung im Wege der Videokommunikation ein rechtsgültiger Gesellschaftsvertrag geschlossen wird und die Gesellschaft damit errichtet ist. Ferner ist darüber zu belehren, dass die Gesellschaftsgründung in dem Sinne unwiderruflich ist, als dass im Gleichlauf mit der Präsenzbeurkundung kein gesetzliches Lösungsrecht von der Beurkundung im Online-Gründungsverfahren besteht. Schließlich hat der Notar darauf hinzuweisen, dass für die Dauer der gesamten Beurkundungsverhandlung ununterbrochen eine audiovisuelle Echtzeitverbindung bestehen muss und die Beteiligten im Falle des Ausschaltens ihrer Videokamera als nicht anwesend gelten mit der Folge, dass die Beurkundung unwirksam ist.
2. Verfahrenstechnisch ist die Online-Beurkundung so auszugestalten, dass die Belehrungen und Hinweise des Notars nach deren Verlesung ausdrücklich vom Urkundsbeteiligten bestätigt werden müssen, insbesondere, dass die jeweilige Belehrung bzw. der Hinweis zur Kenntnis genommen und verstanden wurde.
3. Zum Abschluss der Beurkundung ist die rechtliche Bedeutung des Anbringens der qualifizierten elektronischen Signatur visuell in Anlehnung an die sogenannte *Button-Lösung* hervorzuheben.
4. Das Online-Beurkundungsverfahren ist auch auf die Sachgründung einer GmbH/UG auszudehnen, jedenfalls insoweit, als die Sacheinlage nicht im Wege der Übertragung von Grundeigentum erbracht wird. Aufgrund der spezifischen Kombination von sozialer und wirtschaftlicher Bedeutung des Grundeigentums für die Beteiligten reicht der Schutzzweck der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB über den des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG hinaus und kann in einem Online-Verfahren nicht in gleichem Maße erreicht werden. Ferner sollte das Online-Beurkundungsverfahren mit den entsprechenden Einschränkungen auch für die Gründung einer AG/KGaA zugelassen werden.
5. Im weiteren Lebenszyklus einer GmbH/UG sollte die Online-Beurkundung auch auf die Satzungsänderung (einschließlich Kapitalmaßnahmen), die Abtretung von Geschäftsanteilen sowie den (grenzüberschreitenden) Formwechsel ausgedehnt werden. Die Satzungsänderung stellt hinsichtlich der zu erfüllenden notariellen Funktionen und Amtspflichten sowie des Zweckes der Formvorschrift gegenüber der Gründung ein Minus dar, sodass die Online-Beurkundung erst recht zugelassen werden sollte. Die Abtretung von Geschäftsanteilen und ein (grenzüberschreitender) Formwechsel können ebenfalls sachgerecht in einem Online-Verfahren durchgeführt werden, weil der Zweck der relevanten Formvorschriften unabhängig vom Beurkundungsmedium erreicht werden kann.