

Charlotte Weber

Digitalisierung im Gesellschaftsrecht

Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften
nach dem EU-Company Law Package



Nomos

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 172

Charlotte Weber

Digitalisierung im Gesellschaftsrecht

Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften
nach dem EU-Company Law Package



Nomos

Dissertation der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Erstgutachter: Herr Prof. Dr. Ulrich Noack

Zweitgutachterin: Frau Prof. Dr. Nicola Preuß

Datum der mündlichen Prüfung: 24. August 2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8690-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-3084-6 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D61

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als Rechtsanwältin bei GRÜTER Rechtsanwälte & Notare in Duisburg und wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 24.8.2021 statt. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Anfang März 2021 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Ulrich Noack für die Betreuung meiner Arbeit und Frau Prof. Dr. Nicola Preuß für die Anfertigung des Zweitgutachtens. Darüber hinaus bedanke ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen bei GRÜTER und ganz besonders bei Frau Dr. Ina-Maria Böning für die Möglichkeit, berufsbegleitend promovieren zu können sowie die Unterstützung hierbei. Mein abschließender Dank gilt Frau Cäcilie Weber, Herrn Lukas Heim und Frau Franziska Schütte für die konstruktive Korrekturarbeit.

Duisburg, im Oktober 2021

Charlotte Weber

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Themenaufritt	19
B. Gang der Untersuchung	21
Erster Teil: Die Online-Gründung nach dem Company Law Package im Gesamtgefüge des Europäischen Gesellschaftsrechts	23
A. Die Online-Gründung im Lichte des Europäischen Gesellschaftsrechts	23
I. Grenzüberschreitende Tätigkeit in der EU	24
1. Verlegung des Verwaltungs- oder Sitzungssitzes	24
2. Organisationsformen in Deutschland	26
3. Zusammenfassung	29
II. Digitalisierungsbestrebungen im EU-Gesellschaftsrecht	29
1. Allgemeine Digitalisierungsbestrebungen	30
2. Die Online-Gründung der SUP	31
B. Der Digitalisierungsteil des EU-Company Law Package	33
I. Intention, Zielsetzung	33
II. Adressatenkreis: KMU	35
III. Gesetzgebungskompetenz, Rechtsgrundlage	36
IV. Gesetzgebungsverfahren	36
V. Übersicht der finalen Regelungen	39
1. Online-Gründung von Kapitalgesellschaften	39
2. Online-Eintragung von Zweigniederlassungen	40
3. Online-Einreichung von Gesellschaftsunterlagen	40
C. Die (Neu-)Gründung von Kapitalgesellschaften nach deutschem Recht (Lex lata)	41
I. Die „klassische“ Gründung einer GmbH gem. § 2 Abs. 1 GmbHG	41
1. Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, Gründungsprotokoll	42
2. Aufbringung des Stammkapitals	43
3. Anmeldung zum Handelsregister	44

II. Gründung im vereinfachten Verfahren, § 2 Abs. 1a GmbHG	45
III. Gründung mittels Vollmacht	45
IV. Zeit und Kosten der GmbH-Gründung	47
1. Durchschnittliche Dauer des Gründungsvorgangs	47
2. Kosten der Gründung (GNotKG)	47
V. Die Gründung einer GmbH aus dem Ausland	48
Zweiter Teil: Die Umsetzung der Online-Gründung in Deutschland	50
A. Anwendungsbereich der Online-Gründung	50
I. Gesellschaftsformen	50
1. Argumente für eine Beschränkung	51
2. Argumente gegen eine Beschränkung	54
3. Würdigung	55
II. Bar- und Sachgründung – Art der Kapitalaufbringung	55
1. Argumente für eine Beschränkung	56
a) Gefahr missbräuchlicher Gründungen	56
b) Dauer der Sachgründung	57
c) Formvorschriften des Einbringungsgeschäfts	57
2. Argumente gegen eine Beschränkung	58
a) Keine Herabsetzung der Kontrollmechanismen	58
b) Keine höhere Komplexität	59
c) Missbrauchsprävention als zulässiger Zeitfaktor	60
d) Förderung grenzüberschreitender Gründungen	61
3. Würdigung	61
III. Anzahl der Gründenden	62
IV. Natürliche und juristische Personen	64
V. Staatsangehörigkeit der Gründenden	65
VI. Zusammenfassung	68
B. Einbindung der Notariate in die Online-Gründung	69
I. Vorgaben der DigiRL zur Einbindung der Notariate	69
1. Art. 10 GesRRL – Öffentliche Beurkundung	69
2. Art. 13c GesRRL n. F. – Geltung nationaler Vorschriften	70
3. Art. 13g GesRRL n. F. – Regelungsfreiheit bei der Rolle des Notariats	70
4. Art. 13h Abs. 2 GesRRL n. F. – Nutzung des Musterprotokolls	71
5. Erwägungsgründe Nr. 19, 20 DigiRL – Gesellschaftsrechtliche Traditionen	71
6. Zusammenfassung	72

II. Die Einbindung der Notariate bei der Gründung einer GmbH in Deutschland	72
1. Das Prinzip der vorsorgenden Rechtspflege	73
2. Gegenmodell: Nachgeschaltete gerichtliche Streitbewältigung	75
3. Die einzelnen notariellen Funktionen im Rahmen der Gesellschaftsgründung	76
a) Klarstellungsfunktion	76
b) Schutz- und Warnfunktion	76
c) Gewährleistung der materiellen Wirksamkeit	77
d) Interessenausgleich bei der Satzungsgestaltung	78
e) Beweisfunktion	78
f) Identitätsprüfung, Geldwäscheprävention	79
g) Filter-, Vorprüfungs- und Entlastungsfunktion	80
h) Meldepflichten im öffentlichen Interesse	83
4. Vier-Augen-Prinzip: Zusammenspiel mit dem Handelsregister	83
III. Alternativen der Einbeziehung der Notariate bei der Online-Gründung	84
1. Alt. Nr. 1: Keine Einbindung der Notariate	85
a) Vorteile	85
aa) Ökonomische Vorteile: Transaktionskosten- und Zeitersparnis	85
bb) Gründungskontrolle durch Registergerichte	86
cc) Vorbilder im EU-Ausland	86
(1) Länderbericht	87
(2) Probleme des britischen Eintragungsverfahrens	88
(3) Dänemark und Estland als Vorbilder	89
dd) Rechtspolitische Tendenzen zur Abkehr der Einbindung des Notariats, Deregulierung als Modernisierung	91
ee) Stärkung der GmbH im horizontalen Wettbewerb	93
b) Nachteile	95
aa) Neues Geschäftsmodell: <i>Service Provider</i>	95
bb) Scheinauslandsgesellschaften, Gefahr des „forum shoppings“	97
cc) Identitätskontrolle als Schutz vor Missbrauch, Entlastung der Registergerichte	99

dd) Wegfall der Filter- und Entlastungsfunktion	101
ee) Verlust der Publizitätswirkung	102
ff) Eingeschränkter Vorbildcharakter der ausländischen Systeme	103
gg) Gründungsverzögerung durch andere Faktoren	105
c) Würdigung	106
2. Alt. Nr. 2: Teilweise Einbindung der Notariate	108
a) Vorteile	108
aa) Vergleichbarkeit zu Personenhandelsgesellschaften	108
bb) Fakultative Beratung	108
cc) Überschätzte Bedeutung der Aufklärungs- und Belehrungsfunktion	109
b) Nachteile	110
aa) Materielle Rechtskontrolle, Rechtssicherheit	110
bb) Ausgleich gegenläufiger Interessen	111
cc) Vermeidung von Streitbewältigungs- und Transaktionsfolgekosten	113
dd) Gerechte Kostenverteilung	114
ee) Beeinflussung des Unternehmenswertes	114
c) Würdigung	115
3. Alt. Nr. 3: Keine Beurkundung des Musterprotokolls	115
a) Vorteile	116
aa) Geringerer Beratungsbedarf	116
bb) Materielle Rechtssicherheit durch Abweichungsverbot	117
b) Nachteile	117
aa) Fehlende Aufklärung, keine generelle Tauglichkeit	117
bb) Vermeintliche Kostenersparnis als Beratungshürde	118
cc) Prüfungsbedarf im Rahmen der Mustersatzung	118
c) Würdigung	119
IV. Zusammenfassung	119
C. Ausgestaltung der notariellen Einbindung in das Online-Gründungsverfahren	120
I. (Keine) Vorgaben der DigiRL	121
II. Elektronische Beratung und Satzungsgestaltung im Vorfeld der Beurkundung	121
1. Digitale Zusammenarbeit	122

2. Würdigung der Einhaltung der notariellen Funktionen	123
a) Klarstellungsfunktion	123
b) Schutz- und Warnfunktion	123
c) Gewährleistung der materiellen Richtigkeit, Ausgleich gegenläufiger Interessen,	124
3. Zusammenfassung	125
III. Online-Beurkundung	125
1. Ausgestaltung der Online-Beurkundung	126
a) Verlesung, Vornahme von Änderungen	126
b) Protokollierung, elektronische Niederschrift, Aufzeichnung	127
c) Unterzeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten	128
aa) Festhalten am Unterzeichnungserfordernis	129
bb) Ersetzung durch qualifizierte elektronische Signatur	130
d) Unterzeichnung der Niederschrift durch die Notare und Notarinnen	133
2. Beurkundungssoftware, Videokommunikationssystem	134
3. Technische Störungen	135
4. Würdigung der Einhaltung der notariellen Funktionen	136
a) Schutz- und Warnfunktion	136
b) Ausgleich gegenläufiger Interessen	137
c) Beweisfunktion	138
5. Zusammenfassung	139
IV. Online-Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung	140
1. Ausgestaltung der Online-Beglaubigung	140
2. Würdigung der Einhaltung der notariellen Funktionen, Zusammenfassung	142
V. Behandlung der Urkunde, Dokumentationsformen und Verwahrung	143
1. Elektronische Urkunde	143
2. Elektronische Urschrift	144
3. Elektronische Ausfertigung	145
4. Elektronisch beglaubigte Abschriften	147
VI. Administrative Fragestellungen	147
1. Beurkundung durch in- und ausländische Notare und Notarinnen	147
2. Örtliche Beschränkung auf den Amtsbezirk	149
3. Verpflichtendes Angebot der Online-Beurkundung	150

VII. Zusammenfassung, notwendige Gesetzesänderungen	151
D. Online-Identitätskontrolle	153
I. Vorgaben der DigiRL	153
1. Art. 13g Abs. 3 GesRRL n. F. – Identitätskontrolle als Mindeststandard	153
2. Art. 13b GesRRL n. F. – Identifizierungsmittel	154
3. Art. 13a Nr. 1 und 2 GesRRL n. F. – Verweis auf die eIDAS-VO	154
4. Art. 13b Abs. 4, 13g Abs. 8 GesRRL n. F. – Präsenzvorbehalt	155
5. Erwägungsgründe Nr. 10, 20 DigiRL – Notifizierte Identifizierungsmittel	155
II. Elektronische Identifizierungsmittel für natürliche Personen	155
1. Nationale elektronische Identifizierungsmittel	156
a) Online-Ausweisfunktion (eID-Funktion)	157
aa) Funktionsweise	158
bb) Sicherheit und Würdigung für die Gesellschaftsgründung	159
b) eID-Karte	162
c) VideoIdent	164
aa) Funktionsweise	164
bb) Sicherheit und Würdigung für die Gesellschaftsgründung	165
d) AutoIdent, biometrischer Abgleich	167
aa) Funktionsweise	168
bb) Sicherheit und Würdigung für die Gesellschaftsgründung	169
e) GiroIdent, MobilIdent, de-Mail	170
aa) Funktionsweise	170
bb) Sicherheit und Würdigung für die Gesellschaftsgründung	171
f) Zusammenfassung	172
2. Kompensationsmöglichkeiten der Sicherheitslücken	173
a) Kombination aus eID und Videoidentifikation	173
b) Zugriff auf das Lichtbild	174
c) E-Mail-Benachrichtigungen	175
d) Ausnahmsweise: Anordnung der physischen Anwesenheit	176
e) Würdigung der Kompensationsmöglichkeiten, Zusammenfassung	177

3. Notifizierte Identifizierungsmittel aus anderen EU-Staaten	178
a) Sicherheitsniveau „hoch“ in Deutschland	179
b) Kritik an der gegenseitigen Anerkennungspflicht in Registersachen	180
c) Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	181
aa) Ablauf des Notifizierungsverfahrens nach der eIDAS-VO	182
(1) Prä-Notifizierung	182
(2) Peer Review	183
(3) Notifizierung und Veröffentlichung	184
bb) Würdigung des Notifizierungsverfahrens, Zusammenfassung	185
4. Sonstige Identifizierungsmittel (insbesondere für Drittstaatsangehörige)	186
III. Elektronische Identifizierungsmittel für juristische Personen	188
1. Identifizierung für deutsche juristische Personen	188
2. Identifizierung für EU-ausländische juristische Personen	189
a) Existenz- und Vertretungsnachweise aus dem Ausland	189
aa) Ausländischer Registerauszug	190
bb) Notarielle Bescheinigung	192
cc) Sonstige Bescheinigungen	193
b) Verwendung der ausländischen Nachweise im Inland	194
aa) Echtheitsnachweis im Ermessen des Gerichts	194
bb) Legalisation, Apostille, bilaterale Abkommen	195
c) Digitales Äquivalent: Die elektronische Apostille	195
aa) Das electronic Apostille Program der HCCH (eAPP)	197
bb) Implementierung des eAPP am Beispiel Belgiens	198
cc) Sicherheit	199
dd) Anerkennung der e-Apostille nach dem eAPP	201
ee) Würdigung, Zusammenfassung	202
d) Anordnung der physischen Anwesenheit	203
3. Zusammenfassung	204
E. Vollmachtsgründung	204
I. (Keine) Vorgaben der DigiRL	205
II. Unikatsfunktion der Vollmacht	205
III. Umsetzungsalternativen	206
1. Elektronisches Äquivalent zur Unikatsfunktion	207
a) Videofunktion	207

b) Elektronisches Vollmachtsregister	208
2. Beibehaltung der Papierform	209
3. Ausnahme der Vollmachtsgründung aus dem Anwendungsbereich	209
IV. Würdigung	210
F. Muster für die Online-Gründung	211
I. Vorgaben der DigiRL	212
1. Art. 13a Nr. 6 GesRRL n. F. – Definitionen	212
2. Art. 13g GesRRL n. F. – verpflichtende Umsetzung, Eintragungszeitraum	212
3. Art. 13h GesRRL n. F. – Anwendungsbereich, Präventivkontrolle, Sprache	213
4. Erwägungsgrund Nr. 18 DigiRL – Adressatenkreis	213
II. Lex lata: Das Musterprotokoll des § 2 Abs. 1a GmbHG	214
III. Nutzungsmodalitäten	215
IV. Materieller Inhalt der Mustersatzung	216
1. Leitbild, Adressatenkreis der Mustersatzung	217
2. Modifizierung der bestehenden Mustersatzung des § 2 Abs. 1a GmbHG	218
a) Rubrum, Beteiligte	218
b) Firma und Sitz (Nr. 1 des Musterprotokolls)	220
c) Unternehmensgegenstand (Nr. 2 des Musterprotokolls)	221
d) Stammkapital, Geschäftsanteil (Nr. 3 des Musterprotokolls)	221
e) Geschäftsführungsbestellung (Nr. 4 des Musterprotokolls)	222
f) Gründungskosten (Nr. 5 des Musterprotokolls)	223
g) Ausfertigungen (Nr. 6 des Musterprotokolls)	224
h) Hinweise des Notars oder der Notarin (Nr. 7 des Musterprotokolls)	224
3. Zusätzliche Satzungsbestandteile für die Einpersonengesellschaft	225
a) Geschäftsführung und Vertretung	225
b) Dauer der Gesellschaft, Geschäftsjahr, salvatorische Klausel	226
4. Zusätzliche Satzungsbestandteile für die Mehrpersonengesellschaft	226
a) Gesellschafterversammlungen und Beschlussfassung	226
b) Verfügungen über Geschäftsanteile, Vinkulierung	228

c) Jahresabschluss, Ergebnisverwendung	229
d) Verlust der Mitgliedschaft: Kündigung, Einziehung, Zwangsabtretung	229
e) Wettbewerbsverbot	231
f) Nachfolgeklausel beim Tod eines Gesellschafters	232
g) Güterstand	232
h) Schiedsklausel	233
5. Würdigung	233
V. Sprache	234
1. Zweite Amtssprache: Englisch	234
2. Verwendung der englischsprachigen Muster	235
G. Disqualifizierung von Geschäftsführern und Geschäftsführerinnen	237
I. Vorgaben der DigiRL	238
1. Art. 13i GesRRL n. F. – Disqualifizierung und Informationsaustausch	238
2. Erwägungsgrund Nr. 23 DigiRL – Schutz vor Missbrauch und Betrug	239
II. Lex lata in Deutschland	240
III. Umsetzungsbedarf	241
1. Verpflichtendes Auskunftersuchen	242
2. Der Umgang mit ausländischen Disqualifikationen	243
3. Informationsaustausch, Datenerhebung	245
a) Übertragung des Systems der Eigenauskunft	246
b) Anlassbezogene Abfrage beim Bundeszentralregister und anderen Behörden	246
c) Schaffung eines Inhabilitätsregisters	247
d) Würdigung	248
H. Handelsregister	248
I. Neuerungen betreffend das Eintragungsverfahren neu gegründeter Gesellschaften	249
1. Dauer der Eintragung	249
2. Gebühren für das Eintragungsverfahren	251
II. Online-Einreichung von Gesellschaftsunterlagen außerhalb des Gründungsverfahrens	251
III. Wegfall der Bekanntmachung, Neugestaltung der Registerpublizität	254
1. Optionale Bekanntmachung – „register only“	254

2. Neugestaltung der Registerpublizität	255
a) Negative Publizität	256
b) Positive Publizität	256
aa) Lex lata	256
bb) Lex ferenda	257
(1) Weite Auslegung	258
(2) Enge Auslegung	259
(3) Würdigung	260
cc) Umsetzung in Deutschland	262
IV. Ausbau des Systems der Registervernetzung	263
1. Das Business Register Interconnection System (BRIS)	263
2. Ausweitung der kostenlosen Informationen	264
3. Sprache	266
4. Grundsatz der einmaligen Erfassung für Niederlassungen	267
V. Zusammenfassung, notwendige Gesetzesänderungen	267
I. Online-Eintragung von Niederlassungen (Überblick)	268
J. Zusammenfassung	270
Dritter Teil: Bisherige Umsetzungsbestrebungen	273
A. Anwendungsbereich	274
I. NRW-Entwurf	274
II. DiRUG-Entwurf	275
III. Würdigung	275
B. Einbindung der Notariate in die Online-Gründung	276
I. NRW-Entwurf	276
II. DiRUG-Entwurf	276
III. Würdigung	276
C. Ausgestaltung der notariellen Einbindung in das Online-Gründungsverfahren	277
I. NRW-Entwurf	277
1. Online-Beurkundungsverfahren	277
2. Online-Beglaubigungsverfahren	278
3. Notarielle Zuständigkeit	279
II. DiRUG-Entwurf	279
1. Online-Beurkundungsverfahren	279
a) Konkrete Ausgestaltung	279
b) Behandlung der elektronischen Niederschrift	281
2. Online-Beglaubigungsverfahren	282

3. Notarielle Zuständigkeit	283
III. Würdigung	284
1. Online-Beurkundungsverfahren	284
2. Online-Beglaubigungsverfahren	287
3. Notarielle Zuständigkeit	287
D. Online-Identitätskontrolle	288
I. NRW-Entwurf	288
II. DiRUG-Entwurf	289
III. Würdigung	290
E. Vollmachtengründung	293
I. NRW-Entwurf	293
II. DiRUG-Entwurf	294
III. Würdigung	294
F. Muster für die Online-Gründung	295
I. NRW-Entwurf	295
II. DiRUG-Entwurf	295
III. Würdigung	296
G. Disqualifizierung von Geschäftsführern und Geschäftsführerinnen	297
I. NRW-Entwurf	297
II. DiRUG-Entwurf	298
III. Würdigung	299
H. Handelsregister	301
I. NRW-Entwurf	301
II. DiRUG-Entwurf	301
III. Würdigung	302
I. Online-Eintragung von Zweigniederlassungen	304
I. NRW-Entwurf	304
II. DiRUG-Entwurf	305
III. Würdigung	306
J. Zusammenfassung und Ausblick	307
I. NRW-Entwurf	307
II. DiRUG-Entwurf	307
III. Ausblick	308
Literaturverzeichnis	311

Einleitung

A. Themenaufriß

Im europäischen Binnenmarkt gehören grenzüberschreitende Gründungen von Gesellschaften und Zweigniederlassungen zum alltäglichen Geschäftsverkehr. Regelmäßig erfordern diese Geschäfte eine unkomplizierte und zügige Abwicklung, die bisher allerdings nur eingeschränkt geboten werden konnte. Persönliche Anwesenheiten, Formerfordernisse und Anerkennungsprobleme von Dokumenten stellen nicht nur zeitliche Hürden dar, sondern führen auch zu einer höheren Kostenlast bei den Gründern.¹ Gleichzeitig entwickeln sich die technischen und digitalen Möglichkeiten in rasantem Tempo fort, sodass eine Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nicht nur begrüßenswert, sondern auch geboten erscheint.² In den Mitgliedstaaten der EU bestehen beträchtliche Unterschiede im Hinblick auf den Einsatz digitaler Technologien im Bereich des Gesellschaftsrechts.³ Laut Folgenabschätzung der Europäischen Kommission ist bereits in 17 EU-Mitgliedstaaten die vollständige elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften möglich, nämlich in Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Italien, Irland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Schweden und im ehemaligen EU-Mitgliedstaat Großbritannien.⁴ Seit dem 01.01.2019 bietet zudem Österreich die Online-Gründung einer GmbH an.⁵

Dem Digitalisierungsbedürfnis der im Binnenmarkt ansässigen Unternehmen und Personen wird durch die Richtlinie zur Einführung digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht⁶ (DigiRL) zumin-

1 Teichmann, in: ZIP 2018, 2451 (2451).

2 Schmidt, in: DK 2018, 229 (229).

3 ErWG Nr. 4 DigiRL; Kalss/Nicolussi, in: EuZW 2020, 41 (41).

4 Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SWD (2018) 141 final vom 25.4.2018, online abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0141&from=EN> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 14.

5 Wachter, in: GmbHR 2019, R68 (R68).

6 RL (EU) 2019/1151 des europäischen Parlaments 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, ABl. L 186/80 vom 11.07.2019.

dest teilweise Abhilfe geschaffen. Die Richtlinie ist gemeinsam mit der Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen⁷ (MobilRL) Teil des sog. Company Law Package.⁸ Beide Richtlinien ändern und ergänzen die bisherige Gesellschaftsrichtlinie⁹ (GesRRL), die den Großteil des gesellschaftsrechtlichen *acquis communautaire* umfasst.¹⁰ Laut den Erwägungsgründen des Europäischen Parlamentes und des Rates der EU sollen durch die DigiRL die bestehenden Onlineangebote der EU-Mitgliedstaaten für den gesamten Lebenszyklus einer Gesellschaft vereinheitlicht werden.¹¹ Das Ziel der Richtlinie ist es, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)¹² zeit- und kostensparende Verfahren zur Umsetzung ihrer gesellschaftsrechtlichen Bedürfnisse zur Verfügung zu stellen und somit das Wirtschaftswachstum und den Wettbewerb im europäischen Wirtschaftsraum zu stärken.¹³ Dafür sieht die Richtlinie sowohl eine unionsweite Online-Gründung von Kapitalgesellschaften als auch die Möglichkeit der Online-Einreichung von Gesellschaftsunterlagen sowie eine Online-Registrierung von Zweigniederlassungen vor.¹⁴ Darüber hinaus soll der Online-Zugang zu Informationen über Gesellschaftsformen und ihre Online-Gründung in den Mitgliedstaaten sichergestellt werden.¹⁵ Die EU-Mitgliedstaaten sind innerhalb von

7 RL (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABL L 321/1 vom 12.12.2019.; eingehend zur MobilRL: Bormann/Stelmaszczyk, in: ZIP 2019, 300; Bormann/Stelmaszczyk, in: ZIP 2019, 353; Luy, in: NJW 2019, 1905; Mörsdorf, in: EuZW 2019, 141; Schmidt, in: DK 2018, 273; Stelmaszczyk, in: GmbHR 2020, 61; Teichmann, in: NZG 2019, 241.

8 Omlor, in: DStR 2019, 2544 (2544).

9 RL (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABL L 169/46 vom 30.06.2017.

10 Die neuen Vorschriften sind an der jeweiligen Stelle in die GesRRL eingefügt worden, während auf eine neue Zählung verzichtet wurde; Birkefeld/Schäfer, in: BB 2019, 2626 (2626); Knaier, in: GmbHR 2018, 560 (561); Noack, in: DB 2018, 1324 (1324); Teichmann, in: ZIP 2018, 2451 (2452).

11 ErwG Nr. 4, 26 DigiRL.

12 Gemäß der Definition in der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission (vgl. ErwG Nr. 8 DigiRL).

13 ErwG Nr. 2, 3 DigiRL; Birkefeld/Schäfer, in: BB 2019, 2626 (2626); Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1081).

14 Bormann/Stelmaszczyk, in: NZG 2019, 601 (601); Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1081 f.); Noack, in: DB 2018, 1324 (1324).

15 Noack, in: DB 2018, 1324 (1325); Wachter, in: GmbH-StB 2018, 214 (224).

zwei Jahren nach Inkrafttreten der DigiRL, d. h. bis zum 1. August 2021, gefordert, die europäischen Rechtsakte in ihr nationales Recht zu implementieren, Art. 2 Abs. 1 DigiRL.¹⁶ Im Falle besonderer Schwierigkeiten bei der Umsetzung der DigiRL kann der Umsetzungszeitraum auf Antrag eines Mitgliedstaates um bis zu einem Jahr verlängert werden, Art. 2 Abs. 3 DigiRL.¹⁷

In dieser Dissertation wird die Umsetzung der DigiRL in nationales Gesellschaftsrecht in Deutschland untersucht. Dabei werden die Chancen der Digitalisierung auf der einen Seite und die Wahrung der grundlegenden Prinzipien und Traditionen des deutschen Gesellschaftsrechts auf der anderen Seite bei der Bewertung der Umsetzungsoptionen gegeneinander abgewogen. Die vorhandenen Umsetzungsspielräume der DigiRL eröffnen der deutschen Gesetzgebung verschiedene Optionen, die bestmöglich für die bevorstehende Implementierung der DigiRL genutzt werden sollten.

B. Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist in drei Teilabschnitte gegliedert. Im ersten Teil werden zunächst die Grundlagen für die Umsetzung der DigiRL in deutsches Recht behandelt. Zu diesem Zweck erfolgt zunächst ein Einblick in das Europäische Gesellschaftsrecht, insbesondere zum grenzüberschreitenden Tätigwerden von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU (Kap. A Ziff. I) sowie zu den bisherigen Digitalisierungsbestrebungen der EU-Gesetzgebung (Kap. A Ziff. II). Sodann wird der Digitalisierungsteil des Company Law Package in seinen Grundzügen dargestellt (Kap. B). Schließlich werden die Gründungsmöglichkeiten einer GmbH aus dem In- und Ausland nach derzeitigem Recht kurz skizziert (Kap. C).¹⁸

Der zweite Teil dieser Arbeit, der den Schwerpunkt der Dissertation bildet, setzt sich mit der Umsetzung der einzelnen Bestimmungen der DigiRL zur Online-Gründung in deutsches Recht auseinander. Dabei werden die jeweiligen Umsetzungsmöglichkeiten erörtert, diskutiert und bewer-

16 Bzw. bis zum 1. August 2023 im Hinblick auf die Art. 13i, 13j Abs. 2 und Art. 16 Abs. 6, vgl. Art. 2 Abs. 2 DigiRL; Kindler/Jobst, in: DB 2019, 1550 (1550); Teichmann, in: ZIP 2018, 2451 (2452).

17 ErwG Nr. 42 DigiRL; Bormann/Stelmaszczyk, in: NZG 2019, 601 (602); Kindler/Jobst, in: DB 2019, 1550 (1550).

18 Da sich die Online-Gründung zunächst nur auf die Gesellschaftsform der GmbH beschränken wird (s. hierzu Teil 2 Kap. A Ziff. I), wird auf eine Darstellung der Gründungsvorschriften weiterer deutscher Kapitalgesellschaften verzichtet.

tet. Zunächst wird der Anwendungsbereich der Online-Gründung thematisiert, insbesondere die Frage, welchen und wie vielen Gründenden das Online-Verfahren zur Verfügung stehen sollte und ob die elektronische Gründung alle Kapitalgesellschaften und alle Gründungsformen betrifft (Kap. A). Anschließend wird angesichts des in Deutschland geltenden Prinzips der vorsorgenden Rechtspflege die grundsätzliche Einbindung des Notariats in das Online-Gründungsverfahren hinterfragt (Kap. B). Darauf aufbauend wird die mögliche Ausgestaltung der Einbindung der Notariate im Online-Verfahren diskutiert (Kap. C), wobei sowohl auf die notariellen Pflichten bei der Online-Beurkundung eingegangen wird als auch auf andere administrative Herausforderungen für die Notariate. Auf die Ausgestaltung der elektronischen Identitätskontrolle natürlicher und juristischer Personen aus dem In- und Ausland wird im folgenden Kapitel (Kap. D) gesondert eingegangen. Auch die Online-Gründungsmöglichkeiten mittels Vollmacht (Kap. E) und mittels Mustersatzung (Kap. F) werden analysiert. Im Anschluss wird auf weitere Neuerungen der DigiRL eingegangen, insbesondere betreffend die Disqualifizierung von Geschäftsführern und Geschäftsführerinnen (Kap. G) und das Handelsregister (Kap. H). Zum Abschluss des zweiten Teils werden übersichtsartig die neuen Regelungen zur Online-Eintragung einer Zweigniederlassung dargestellt (Kap. I).

Der dritte, abschließende Teil der Arbeit stellt den aktuellen Stand der Umsetzung der DigiRL in Deutschland dar und würdigt die bislang vorliegenden Gesetzgebungsvorschläge im Hinblick auf die im zweiten Teil erarbeiteten Umsetzungsüberlegungen.

Erster Teil: Die Online-Gründung nach dem Company Law Package im Gesamtgefüge des Europäischen Gesellschaftsrechts

A. Die Online-Gründung im Lichte des Europäischen Gesellschaftsrechts

Die Einführung der Online-Gründung verfolgt insbesondere den Zweck, EU-ansässigen Unternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, ihre wirtschaftlichen Aktivitäten unkompliziert und effizient auch auf andere Mitgliedstaaten auszuweiten, um somit die Wettbewerbsfähigkeit im Binnenmarkt zu fördern.¹⁹ Bereits in ihrer „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ betonte die Europäische Kommission 2015, dass die fortschreitende Digitalisierung dazu genutzt werden sollte, Unternehmen dabei zu unterstützen, über die Grenzen hinaus zu expandieren, um ihnen zu Wachstum und neuen Absatzchancen zu verhelfen.²⁰ Die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Kapital und Dienstleistungen ist seit jeher ein Hauptanliegen der EU und spiegelt sich insbesondere in den Grundfreiheiten wider.²¹ Die weite Auslegung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH hat in den letzten Jahrzehnten zu einer wesentlichen Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts geführt und die Mobilität von Gesellschaften stark gefördert.²²

19 ErwG Nr. 2 DigiRL; Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1081); Schmidt, in: DK 2018, 229 (229).

20 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM (2015) 192 final vom 6.5.2015, online abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=DE> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 3; ErwG Nr. 6 DigiRL; Omlor, in: DStR 2019, 2544 (2545); Schmidt, in: DK 2018, 229 (229).

21 Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (510).

22 Wachter, in: GmbH-StB 2018, 214 (214); Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (510).

I. Grenzüberschreitende Tätigkeit in der EU

Innerhalb der EU ermöglicht es die in Art. 49 und 54 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit allen Gesellschaften, ihre Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben.²³ Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet dabei sowohl die grenzüberschreitende Niederlassung von Personen und Gesellschaften aus einem anderen Mitgliedstaat als auch ihre Gleichbehandlung mit inländischen Unternehmen.²⁴

1. Verlegung des Verwaltungs- oder Satzungssitzes

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist durch die liberale Rechtsprechung des EuGH sehr weitreichend zu verstehen, sodass es Unternehmen sogar möglich ist, unter Beibehaltung der Rechtsform ihres Gründungsstaates ihren Verwaltungssitz – abweichend vom Satzungssitz – in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und ihre gesamte Geschäftstätigkeit in diesem Staat auszuüben („rechtsformwahrende Sitzverlegung“).²⁵ Die Niederlassungsfreiheit verlangt der Rechtsprechung des EuGH zufolge eine zwingende Anerkennung von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat sie ihren Verwaltungssitz haben.²⁶ Das nationale Recht darf weder die Zulassung

23 Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 4a Rn. 15, 17; ausführlich zu Umfang und Entwicklung der Niederlassungsfreiheit: Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 1 ff.

24 Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (511).

25 Die Rechtsprechung des EuGH hat dazu geführt, dass die Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer EU-ausländischen Kapitalgesellschaft in Deutschland nicht mehr nach der Sitztheorie, sondern nach der Gründungstheorie erfolgte. Sofern eine Kapitalgesellschaft in ihrem Gründungsstaat ordnungsgemäß errichtet wurde, wird sie in Deutschland ipso iure als rechtsfähige Kapitalgesellschaft behandelt. Ausführlich hierzu: Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 4a Rn. 17; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 4a Rn. 10 ff.; Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 12 ff.; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 2 Rn. 39 ff.; J. Schmidt, in: MHLS, GmbHG § 4a Rn. 14; Süß, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, S. 3 Rn. 2 f.; Weller, in: MüKo GmbHG, Einleitung, Rn. 323; Wicke, GmbHG, § 4a Rn. 11.

26 Vgl. insbesondere die Entscheidungen *Daily Mail* (EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87 = BeckRS 2004, 73768), *Centros* (EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999, Rs. C-212/97 = EuZW 1999, 216), *Überseering* (EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs. C-208/00 = EuZW 2002, 754) und *Inspire Act* (EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003,

von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen, noch darf einer ausländischen Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland die Rechts- oder Parteifähigkeit abgesprochen werden.²⁷ Umgekehrt ist es einer Gesellschaft zudem möglich, unter Beibehaltung ihres Verwaltungssitzes im Herkunftsstaat ihren Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, um sich in eine Rechtsform dieses Staates umzuwandeln („grenzüberschreitender Formwechsel bei isolierter Satzungssitzverlegung“).²⁸

Die liberale Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit führte in der Vergangenheit dazu, dass europäische Gründende sich faktisch das für sie geltende Gesellschaftsrecht aussuchen konnten, indem sie ihre Gesellschaft in dem jeweiligen Wunschland gründeten und sodann den Verwaltungssitz in ihr Heimatland verlegten oder die Gesellschaft in ihrem Heimatland gründeten und den Satzungssitz nachträglich in einen anderen Mitgliedstaat verlegten.²⁹ Dadurch wurde innerhalb der EU ein regelrechter Wettbewerb der Rechtsformen entfacht.³⁰ Aus diesem Grund kam es auch zu einer europaweiten Beliebtheit der britischen *Ltd.*, die für ihre schnelle und unbürokratische Gründungsmöglichkeit sowie das fehlende Erfordernis eines Mindeststammkapitals bekannt war.³¹ Erst nachdem einige EU-Mitgliedstaaten auf diese Entwicklungen mit eigenen Reformen reagierten, um ihre nationalen Gesellschaftsformen wettbewerbsfähiger zu gestalten, nahm die Zahl der sog. Scheinauslandsgesellschaften wieder ab.³² Die deutsche Gesetzgebung hat diese Entwicklungen zum

Rs. C-167/01 = EuZW 2003, 687); Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 4a Rn. 15; Dostal, in: MAH GmbH-Recht, § 26 Rn. 101 – 128; J. Schmidt, in: MHLS, GmbHG § 4a Rn. 14; Servatius, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 4a Rn. 11; Wachter, in: GmbH-StB 2018, 214 (214); Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (512).

27 Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Einleitung, Rn. 64.

28 Diese weite Auslegung der Niederlassungsfreiheit war erst der Entscheidung *Poldbud* aus dem Jahr 2017 zu entnehmen (EuGH, Urteil v. 25.10.2017, C-106/16 = NZG 2017, 1308); Dostal, in: MAH GmbH-Recht, § 26 Rn. 159; Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 41; Kieninger, in: NJW 2017, 3624 (3624 ff.); Servatius, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 4a Rn. 10.

29 Dostal, in: MAH GmbH-Recht, § 26 Rn. 160; Kieninger, in: NJW 2017, 3624 (3626); Krebs/Stiegler, in: Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 12 Rn. 30; Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (512).

30 Ausführlich hierzu: Bormann/Stelmaszczyk, in: ZIP 2018, 764; Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 26; Knaier, in: Privatrecht 5050, S. 256.

31 Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 26; Krebs/Stiegler, in: Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 12 Rn. 30; Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (512).

32 Krebs/Stiegler, in: Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 12 Rn. 31.

Anlass genommen, im Rahmen des MoMiG 2008 die UG (haftungsbeschränkt) als „kleine Schwester“ der GmbH einzuführen, zu deren Gründung ebenfalls kein Mindeststammkapital erforderlich ist, § 5a GmbHG.³³ Darüber hinaus wurden die (als abschreckend empfundenen) Gläubigerschutzregelungen in das Insolvenz- und Deliktsrecht verlagert, sodass auch in Deutschland tätige *Ltd.* diesen Regelungen unterlagen.³⁴ Bereits 2009 stagnierte die Neuregistrierung deutscher Zweigniederlassungen britischer *Ltd.*, zwischen 2010 und 2019 hat sich die Neuregistrierung von 17.551 auf 6.760 Gesellschaften reduziert.³⁵ Spätestens seit dem Brexit scheint die Wahl der *Ltd.* für eine außerhalb Großbritanniens geplante Geschäftstätigkeit nicht mehr attraktiv zu sein.³⁶

2. Organisationsformen in Deutschland

Auch ohne Verlegung des Verwaltungs- oder Satzungssitzes können Unternehmen innerhalb der EU grenzüberschreitend tätig werden, die konkreten Organisationsformen ergeben sich nach dem jeweiligen nationalen Recht. Nach deutschem Recht stehen den ausländischen Gesellschaften drei Möglichkeiten für die Tätigkeit im Inland zur Verfügung: Sie können eine Tochtergesellschaft gründen, eine Zweigniederlassung (§ 13d HGB) anmelden oder lediglich eine unselbstständige Betriebsstätte einrichten.³⁷

Die Gründung eines Tochterunternehmens kommt insbesondere dann in Betracht, wenn eine langfristige Tätigkeit in Deutschland geplant ist und dafür eine rechtlich eigenständige Organisationsform gewollt ist. Die Tochtergesellschaft ist im Gegensatz zur Zweigniederlassung eine eigenständige juristische Person und damit grundsätzlich unabhängig von der Muttergesellschaft.³⁸ Als konkrete Rechtsform für die Tochtergesellschaft kommen sowohl nationale als auch europäische Gesellschaftsformen in Betracht. Der Vorteil der Nutzung einer supranationalen Rechtsform für

33 Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 26; Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (512).

34 Krebs/Stiegler, in: Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 12 Rn. 255.

35 Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Einleitung, Rn. 17.

36 Habersack/Verse, EuGesR, § 3 Rn. 27.

37 Im Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes ist es jedoch erforderlich, dass die EU-Gesellschaft in Deutschland eine Niederlassung i. S. d. §§ 13d ff. HGB anmeldet, vgl. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 4a Rn. 18; Heinze, in: MüKo GmbHG, § 4a Rn. 40; Krebs/Stiegler, in: Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 12 Rn. 558.

38 Pentz, in: EBJs, HGB, § 13 Rn. 63; Preuß, in: Oetker HGB, § 13 Rn. 8.

die grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeit liegt insbesondere darin, dass die Voraussetzungen und Regelungen für Gründende aus allen Mitgliedstaaten identisch sind; sie bietet sich daher vor allem für grenzüberschreitende Kooperationen an, da sich keine Partei auf eine für sie unbekannte Gesellschaftsform und nationales Gesellschaftsrecht einlassen muss.³⁹ Darüber hinaus vereinfacht die supranationale Rechtsform den grenzüberschreitenden Konzernaufbau, beispielsweise durch Gründung einheitlicher Tochterunternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten.⁴⁰ Als europäische Gesellschaftsformen kommen grundsätzlich die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung („EWIV“), die europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea, „SE“) und die europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, „SCE“) in Betracht. Daneben gab es im letzten Jahrzehnt verschiedene Bestrebungen der europäischen Gesetzgebung, weitere supranationale Rechtsformen insbesondere für KMU zu schaffen, die jedoch alle erfolglos blieben.⁴¹ Im Jahr 2014 erklärte die EU-Kommission die Verhandlungen zur Schaffung einer europäischen Privatgesellschaft mit beschränkter Haftung (Societas Privata Europaea, „SPE“) für gescheitert und auch die Verhandlungen zur Ein-Personen-GmbH (Societas Unius Personae, „SUP“) wurden 2016 erfolglos abgebrochen.⁴² Insbesondere die SE hat sich in den vergangenen 15 Jahren allerdings steigender Beliebtheit in Europa erfreut, in den vergangenen Jahren auch vermehrt bei Familienunternehmen, was nicht zuletzt auf ihre Gestaltungsoptionen zurückzuführen ist.⁴³ In Deutschland umfasst die SE derzeit zwar lediglich 346 operativ tätige Gesellschaften (Stand: 01.07.2019), hat sich allerdings mit einigen prominenten Beispielen (z. B. Allianz, BASF, E. ON, MAN, Fresenius, Deichmann oder Axel Springer) trotzdem gegen die deutschen nationalen Gesellschaftsformen durchsetzen können.⁴⁴ Angesichts des hohen Mindestkapitals von € 120.000 sowie des Erfordernisses, dass Gründende nur juristische, nicht aber natürliche Personen sein

39 Jung, in: Gesellschaftsrecht in Europa, § 3 Rn. 25; Müller, in: Beck'sches HdB AG, § 1 Rn. 53.

40 Müller, in: Beck'sches HdB AG, § 1 Rn. 53.

41 Jung, in: Gesellschaftsrecht in Europa, § 3 Rn. 3 f.

42 Bormann/Stelmaszczyk, in: ZIP 2018, 764 (764); Büsching, in: MAH GmbH-Recht, § 1 Rn. 69; Jung, in: Gesellschaftsrecht in Europa, § 3 Rn. 3 f.; Noack, in: DB 2018, 1324 (1324); J. Schmidt, in: MHLs, GmbHG, Bd. 1, Systematische Darstellung 1, Rn. 84; Schmidt, in: DK 2018, 229 (229).

43 Wicke, in: RNotZ 2020, 25 (26).

44 Müller, in: Beck'sches HdB AG, § 1 Rn. 52; Wicke, in: RNotZ 2020, 25 (26).

dürfen, kommt die SE als Rechtsform allerdings hauptsächlich für große, international tätige Unternehmen und weniger für KMU in Betracht.⁴⁵

Eine Zweigniederlassung verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern ist ein – jedenfalls rechtlich – unselbstständiger Teil des Gesamtunternehmens.⁴⁶ Sie ist weder rechts- noch parteifähig (§ 50 ZPO), verfügt über kein rechtlich selbstständiges Vermögen oder rechtlich gesonderte Verbindlichkeiten und hat keine besondere gesetzliche Vertretung.⁴⁷ Ihr kommt allerdings trotzdem eine gewisse Unabhängigkeit zu, sodass sie mittels eigener sachlicher und personeller Organisation dauerhaft selbstständig Geschäfte abschließen und am Rechtsverkehr teilnehmen kann.⁴⁸ Ihre Errichtung ist ein rein tatsächlicher Akt, die deklaratorische Anmeldung zum Handelsregister richtet sich nach §§ 13, 13d ff. HGB.⁴⁹ Das Verfahren der deklaratorischen Handelsregisteranmeldung suggeriert eine schnellere und günstigere Errichtung im Gegensatz zur Gesellschaftsgründung, stellt sich tatsächlich aber als nicht unkompliziert dar, zumal die Anforderungen der Handelsregister mangels ständiger Befassung mit dieser Materie nicht einheitlich sind.⁵⁰ Die Eintragung einer Zweigniederlassung einer EU-ausländischen Gesellschaft kann einschließlich der erforderlichen Zeit für die Vertretungs- und Echtheitsnachweise in der Praxis mitunter mehrere Wochen oder Monate in Anspruch nehmen.

Der Begriff der Betriebsstätte oder unselbstständigen Zweigstelle wird hauptsächlich im Gewerberecht verwendet, um diese unselbstständige Organisationsform von der selbstständigen Zweigniederlassung abzugrenzen. Es handelt sich bei Betriebsstätten im gewerberechtlichen Sinn um einzelne Filialen eines einheitlichen Geschäftsbetriebs, die rechtlich und tatsächlich vollständig von der Hauptniederlassung abhängig sind.⁵¹ Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt diese Organisationsform mangels rechtlicher Eigenständigkeit nicht. Die Betriebsstätten müssen ihre gewerbliche

45 Büsching, in: MAH GmbH-Recht, § 1 Rn. 46.

46 Pentz, in: EBJs, HGB, § 13 Rn. 63; Preuß, in: Oetker HGB, § 13 Rn. 8.

47 Merkt, in: Baumbach/Hopt HGB, § 13 Rn. 4; Pentz, in: EBJs, HGB, § 13 Rn. 64.

48 Merkt, in: Baumbach/Hopt HGB, § 13 Rn. 3; Pentz, in: EBJs, HGB, § 13 Rn. 22; Preuß, in: Oetker HGB, § 13 Rn. 9.

49 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 4a Rn. 17; Preuß, in: Oetker HGB, § 13 Rn. 9.

50 Zu den genauen Anforderungen des registerrechtlichen Verfahrens, s. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 4a Rn. 17 ff.

51 Vgl. die Darstellungen der regionalen IHK, z.B. der IHK Hamburg unter: <https://www.hk24.de/produktmarken/beratung-service/recht-und-steuern/wirtschaftsrecht/unternehmensgruendung-und-fuehrung/zweigniederlassung-1156842> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020).

Tätigkeit zwar gegenüber dem Gewerbeamt anzeigen, eine Eintragung im Handelsregister, eine eigene Rechnungsstellung oder eine eigene Firmierung sind allerdings nicht möglich, sodass diese Organisationsform für eine grenzüberschreitende Tätigkeit selten zielführend sein dürfte.

3. Zusammenfassung

Die Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV gewährt EU-ansässigen Unternehmen grundsätzlich einen umfassenden Rahmen, grenzüberschreitend tätig zu werden. Die konkrete Umsetzung der wirtschaftlichen Aktivitäten hängt allerdings im Wesentlichen von den nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten ab. Die europäischen Gesellschaftsformen sind insbesondere für KMU nur eingeschränkt geeignet, sodass schon mehrfach der Ruf nach einer neuen supranationalen Rechtsform für KMU laut wurde.⁵² Da die bisherigen Vorhaben jedoch gescheitert sind, ist für Gründende und bestehende Unternehmen mit grenzüberschreitendem Expansionswunsch von besonderer Bedeutung, dass die nationalen Gründungsvorschriften möglichst unkompliziert ausgestaltet werden und eine schnelle und kostengünstige Gründung ermöglichen. Diesem Bedürfnis möchte die DigiRL mit der Einführung der unionsweiten Online-Gründung nunmehr nachkommen.⁵³

II. Digitalisierungsbestrebungen im EU-Gesellschaftsrecht

Eng verzahnt mit dem Europäischen Gesellschaftsrecht sind die Digitalisierungsbestrebungen der europäischen Gesetzgebung. Die Digitalisierung des Binnenmarktes wurde von den europäischen Institutionen im letzten Jahrzehnt im Rahmen verschiedener Einzelprojekte und Initiativen wie Aktionsplänen und Richtlinienentwürfen zu einer beständigen Thematik auf der Agenda des Europäischen Gesellschaftsrechts.⁵⁴

⁵² Klumpen, 2017, S. 31.

⁵³ ErwG Nr. 2, 3 DigiRL; Birkefeld/Schäfer, in: BB 2019, 2626 (2626); Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1081).

⁵⁴ Bormann/Stelmaszczyk, in: EuZW 2018, 1009 (1009); Kalls/Nicolussi, in: EuZW 2020, 41 (41); Omlor, in: DStR 2019, 2544 (2545).

1. Allgemeine Digitalisierungsbestrebungen

Zu nennen ist hier zunächst die Initiative „Europa 2020 – Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“ der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2010, in der eine digitale Agenda für Europa bereits als Kernziel festgelegt wurde, um die Vorteile eines digitalen Binnenmarktes auch für Unternehmen zu nutzen.⁵⁵ In ihrer „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt“ aus dem Jahr 2015 sprach die Europäische Kommission schließlich davon, dass die Förderung des digitalen Binnenmarktes den europäischen Unternehmen zur Expansion auf den Weltmärkten verhelfen könnte, und forderte, dass jedes EU-Unternehmen in die Lage gebracht werden sollte, innerhalb eines Monats seine Geschäftstätigkeit grenzüberschreitend und online zu erweitern.⁵⁶ Der „EU-eGovernment-Aktionsplan 2016 – 2020“ aus dem Jahr 2016 formulierte bereits konkretere Zielsetzungen und sprach von vollständig elektronischen öffentlichen Diensten, die Unternehmen die Aufnahme, Erweiterung und Fortführung ihres Betriebes in anderen Mitgliedstaaten erleichtern sollen.⁵⁷ Digitale Lösungen sollen für den gesamten Lebenszyklus einer Gesellschaft genutzt werden, wobei die Schwerpunkte auf dem elektronischen Eintragungsverfahren einer Gesellschaft und der elektronischen Übermittlung von Dokumenten an die Unternehmensregister liegen sollen.⁵⁸ In dem im Oktober

55 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Europa 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, COM (2010) 2020 final, online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20%20DE%20SG-2010-80021-06-00-DE-TRA-00.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 37.

56 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM (2015) 192 final vom 6.5.2015, online abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=DE> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 3, 20; vgl. ErWG Nr. 6 DigiRL.

57 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020, Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, COM (2016) 179 final, online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-179-DE-F1-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 8; vgl. auch ErWG Nr. 6 DigiRL.

58 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020, Beschleunigung

2016 herausgegebenen Arbeitsprogramm 2017 der Europäischen Kommission wurde schließlich eine unternehmensrechtliche Initiative angekündigt, die den Einsatz digitaler Technologien im gesamten Lebenszyklus einer Gesellschaft fördern solle.⁵⁹ Zudem erklärten die Mitgliedstaaten in der „Tallinn-Erklärung zu E-Government“, insbesondere die Entwicklung und die Notifizierung elektronischer Identifizierungssysteme i. S. d. eIDAS-Verordnung⁶⁰ fördern zu wollen.⁶¹

2. Die Online-Gründung der SUP

Besonders hervorgehoben werden soll der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2014 zur Einführung einer Einpersonengesellschaft.⁶² Mit der *Societas Unius Personae* (SUP) sollte keine neue supranationale europäische Rechtsform geschaffen werden, sondern sie sollte als europaweit einheitliche, aber dennoch nationale Kapitalgesellschaftsform insbesondere KMU die grenzüberschreitende Expansion erleichtern.⁶³ Lediglich das Gründungsverfahren, der Gläubigerschutz und die Organisationsverfassung sollten auf europäischer Ebene harmonisiert werden.⁶⁴ Der SUP-Richtlinienvorschlag sah ebenfalls eine Online-Grün-

der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, COM (2016) 179 final, online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-179-DE-F1-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 9.

59 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Arbeitsprogramm der Kommission 2017, Für ein Europa, das schützt, stärkt und verteidigt, COM (2016) 710 final, online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/COM-2016-710-F1-DE-MAIN.PDF> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020), S. 9; Omlor, in: DStR 2019, 2544 (2545).

60 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. L 257/73 vom 28.08.2014.

61 EU-Ministerkonferenz, Ministerial Declaration on eGovernment – the Tallinn Declaration vom 6. Oktober 2017, online abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ministerial-declaration-egovernment-tallinn-declaration> (zuletzt abgerufen am 18.09.2020); vgl. ErwG Nr. 6 DigiRL.

62 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM (2014) 212 final vom 9.4.2014.

63 Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (265).

64 Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (261).

derung vor und kann gewissermaßen als Grundlage für die aktuelle elektronische Gesellschaftsgründung nach der DigiRL gesehen werden.⁶⁵ Das Projekt stieß auf breiten Widerstand (insbesondere auch aus Deutschland) und kam nach langen Verhandlungen schließlich im Europäischen Parlament zum Stillstand, bis der Vorschlag im April 2018 endgültig von der Europäischen Kommission zurückgezogen wurde.⁶⁶ Kritisiert wurden insbesondere die fehlende Beratung und Belehrung der Gründenden, die mangelnde vorgeschaltete gerichtliche oder notarielle Prüfung der Gründungsunterlagen sowie die unzureichende Identitätsgewähr, als deren Folge der Verlust der Verlässlichkeit des Handelsregisters befürchtet wurde.⁶⁷

Das nunmehr vorliegende Company Law Package geht allerdings über die Regelungen des SUP-Richtlinienvorschlags zur Online-Gründung hinaus⁶⁸; Zum einen ist der Anwendungsbereich der Online-Gründung wesentlich weiter gefasst. Die elektronische Gründungsalternative steht auch Mehrpersonengesellschaften offen, sie kann auf verschiedene Kapitalgesellschaftsformen ausgeweitet werden und auch eine Sachgründung ist nicht vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.⁶⁹ Darüber hinaus hat die Europäische Kommission die Bedenken im Rahmen der SUP berücksichtigt und in die DigiRL strengere Rechtskontrollen eingearbeitet, beispielsweise ist die Identitätsprüfung der Gründenden bei der Online-Gründung nunmehr verpflichtend vorgeschrieben.⁷⁰ Die Möglichkeit der Einbeziehung des Notariats war zwar auch im Lauf der Verhandlungen zur SUP zugestanden worden, das Company Law Package betont die Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten jedoch nunmehr ausdrücklich und eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Notariate umfassend in das Gründungsverfahren einzubinden.⁷¹ Schließlich übertrifft die DigiRL die Online-Gründung der SUP auch in der Ausgestaltung

65 Monographisch zur Online-Gründung im Rahmen des SUP-Richtlinienvorschlags: Klumpen, 2017, S. 45 ff.

66 Bormann/Stelmaszczyk, in: ZIP 2018, 764 (764); DNotV, Stellungnahme SUP, 2014, S. 5–12; Noack, in: DB 2018, 1324 (1324); Schmidt, in: DK 2018, 229 (229); Seibert, in: FS Bergmann, S. 677 (678 f.); Teichmann, in: GmbHR 2018, 1 (4); Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (266).

67 Klumpen, 2017, S. 154 f.

68 Noack, in: DB 2018, 1324 (1324); Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (284); Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (510).

69 Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1082 ff.); Noack, in: DB 2018, 1324 (1324); vgl. im Einzelnen zum Anwendungsbereich Teil 2, Kap. A.

70 Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1086); Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (262).

71 Bormann/Stelmaszczyk, in: NZG 2019, 601 (608); Lieder, in: NZG 2018, 1081 (1087); Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (272).

des Gründungsverfahrens. Während für die elektronische Gründung der SUP die Nutzung der Mustersatzung und Registrierungsvorlage obligatorisch war, steht es den Gründenden nach der DigiRL frei, eine individuelle Satzung zu gestalten.⁷² Ergänzend sieht die DigiRL im Gegensatz zur SUP auch die Eintragung von Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten sowie die elektronische Übermittlung von Gesellschaftsdokumenten außerhalb des Gründungsverfahrens vor.⁷³

B. Der Digitalisierungsteil des EU-Company Law Package

Zum Einstieg wird die DigiRL als Teil des Company Law Package überblicksartig dargestellt. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den inhaltlichen Bestimmungen der DigiRL wird im zweiten Teil der Arbeit vorgenommen.

I. Intention, Zielsetzung

Für eine sachgerechte Umsetzung der DigiRL in deutsches Recht sind die Motive der europäischen Gesetzgebung und das übergeordnete Konzept bzw. die Zielvorgaben der Richtlinie zu berücksichtigen.⁷⁴ Die zentralen Leitmotive, die bereits deutlich aus dem ersten Kommissionsentwurf⁷⁵ hervorgehen und die Richtlinie prägen, lassen sich in drei Grundgedanken zusammenfassen:⁷⁶

Erstens soll durch den Einsatz digitaler Technologien die Effizienz von Gesellschaftsgründungen gesteigert werden, um dadurch den Wettbewerb im Binnenmarkt zu fördern.⁷⁷ EU-ansässige Unternehmen sollen motiviert werden, von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen

72 Teichmann/Götz, in: ZEuP 2019, 260 (271).

73 Wolf, in: MittBayNot 2018, 510 (510).

74 Bormann/Stelmaszczyk, in: NZG 2019, 601 (602).

75 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM (2018) 239 final vom 25.4.2018.

76 Birkefeld/Schäfer, in: BB 2019, 2626 (2626); Bormann/Stelmaszczyk, in: NZG 2019, 601 (602).

77 ErwG Nr. 2, 3 DigiRL; Birkefeld/Schäfer, in: BB 2019, 2626 (2626); Bormann/Stelmaszczyk, in: NZG 2019, 601 (602).