

Jan Sonntag

Die Online-Gründung von Aktiengesellschaften

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft
Band 190

Jan Sonntag

**Die Online-Gründung
von Aktiengesellschaften**

Tectum Verlag

Jan Sonntag
Die Online-Gründung von Aktiengesellschaften

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 190

Zugl. Diss. Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), 2022

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022
ePDF 978-3-8288-7907-2
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4795-8 im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN 1861-7875

Gesamtverantwortung für Herstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

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

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) hat diese Arbeit im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen. Das Manuskript ist im Wesentlichen auf dem Stand von Dezember 2021.

Die Arbeit wäre ohne die Unterstützung vieler Menschen nicht entstanden, denen ich an dieser Stelle allen danken möchte. Einige möchte jedoch besonders hervorheben.

Zunächst möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. *Kaspar Frey* danken, der mir mit der Einstellung an seinem Lehrstuhl und der Betreuung der Arbeit stets das notwendige Vertrauen und die Motivation gegeben hat, diese Arbeit zu erstellen. Die lehrreichen Aufgaben, Tipps, vor allem die tolle und kollegiale Atmosphäre im gesamten Lehrstuhlteam werden mir immer in Erinnerung bleiben. Danken möchte ich ferner Prof. Dr. *Oliver Knöfel* für das Erstellen des Zweitgutachtens. Prof. Dr. *Christian Becker* danke ich für die bereitwillige Übernahme des Prüfungsvorsitzes meiner Disputation.

Natürlich dürfen meine Kollegen am Lehrstuhl nicht unerwähnt bleiben. Ich danke Dr. *Krzysztof Paluch* (LL.M. Frankfurt (Oder)), *Dominik Schäfer*, *Moritz Jarzyk* und *Maximilien Pelc* (LL.M. Frankfurt (Oder)) für die tolle und lehrreiche Zusammenarbeit, aber auch die schönen arbeitsfreien Zeiten auf dem Tennisplatz oder an der Oder. Obwohl die „PdW-Runden“ oftmals mehr Arbeit für uns bedeutet haben, werde ich auf die intensiven Diskussionen, teilweise auch nur über ein bestimmtes Wort, mit Freude zurückblicken.

Ein besonderer Dank gilt meiner Familie, meinen engsten Freunden und Wegbegleitern, insbesondere meinen Eltern *Antje* und *Horst Sonntag*, aber auch meiner Oma *Waltraud Weitzel*, sowie *Alexandra* und *Steve Dartau*, *Jan Mahlke*, *Florian Lautner*, *Holly* sowie Dr. *Lukas Böffel* (LL.M. Berkeley), die mich aufbauten, motivierten oder inspirierten. Für ihre stets bedingungslose Unterstützung möchte ich meiner

Frau *Aylin Sonntag* ganz besonders danken. Ohne dich wäre die Arbeit in dieser Form und auf diesem Weg wohl nie entstanden. Eine Person fehlt in dieser Aufzählung, die den Anfang und den Schaffungsprozess der Arbeit erlebt hat, aber leider nicht mehr ihre Abgabe. Wenn ich den Glauben in meinen Weg verloren habe, wusste ich, ihn bei dir wiederfinden zu können. Ich danke dir und denke an dich, immer. Dir ist die Arbeit gewidmet, Opa.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Problemaufriss	1
II. Begriffsbestimmung „Online-Gründung“	3
III. Gang der Untersuchung	5
B. Argumente für und gegen die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft	7
I. Meinungsstand in der Literatur	7
1. Komplexes Gründungsverfahren	7
2. Notwendige Folgeänderungen	8
3. Kein Bedarf an schneller Gründung	9
II. Bewertung der Gegenargumente	9
III. Argumente für die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft	11
1. Transaktionsgeschäft dem Zweck des Beurkundungsgesetzes anpassen	12
2. Erfahrungen mit elektronischer Beurkundung erweitern	14
C. Die Online-Gründung einer GmbH	15
I. Historie und Motive	15
1. Societas Privata Europaea und Societas Unius Personae	16
2. EU-Company Law Package	17
a) Start-Up-Szene stärken	18
b) Harmonisierung der europäischen Rechtsordnungen	18
II. Das GmbH-Online-Gründungsrecht	20
1. Personeller Anwendungsbereich	20
a) Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	21
b) Gesetzesvorschlag NRW	21

c)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	22
d)	Zwischenergebnis	22
2.	Vollmachtsgründungen	22
a)	Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	23
b)	Gesetzesvorschlag NRW	25
c)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	26
d)	Zwischenergebnis	26
3.	Einbindung eines Notars	26
a)	Möglichkeit einer elektronischen Beurkundung	27
aa)	Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	27
bb)	Gesetzesvorschlag NRW	27
cc)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	28
b)	Überprüfung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragsteller	29
aa)	Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	29
bb)	Gesetzesvorschlag NRW	29
cc)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	30
c)	Identitätsfeststellung	30
aa)	Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	30
bb)	Gesetzesvorschlag NRW	33
cc)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	34
d)	Elektronische Anmeldung zum Handelsregister	35
aa)	Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	35
(1)	Historische Auslegung	36
(2)	Wortlautauslegung	37
(3)	Systematische Auslegung	37
(4)	Widerspruch bei der AG und der KGaA	37
bb)	Gesetzesvorschlag NRW	39
cc)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	41
e)	Präsenzvorbehalte	41
aa)	Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)	42
bb)	Gesetzesvorschlag NRW	43
cc)	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	43
III.	Zwischenergebnis	44

D. Erste Erkenntnisse für die elektronische Gründung einer Aktiengesellschaft	47
I. Varianten für die Gestaltung einer Online-Gründung	47
1. Mustersatzung ohne Notar	47
2. Notar mit oder ohne Mustersatzung	48
3. Gang der Untersuchung	48
II. Formfreies elektronisches Gründungsverfahren mit Mustersatzung	48
1. Vermeidung doppelter Arbeit	49
a) Aufklärungsfunktion	49
b) Legalitätskontrolle	51
c) Alternative Lösungen	53
aa) Information Sheets	53
bb) Mustersatzung	54
d) Zwischenergebnis	55
2. Erhalt der Registerpublizität	55
3. Beschleunigung der Eintragung in das Handelsregister	57
4. Sicherheitslücken vermeiden	59
5. Gesetzgebungsgeschichte zur vereinfachten Gründung gem. § 2 Abs. 1a GmbHG	60
6. Rechtstradition	60
7. Warnfunktion	62
8. Zwischenergebnis	63
III. Notar mit oder ohne Mustersatzung	63
1. Praktische Erfahrungen	64
2. Transparenz der Satzung sichern	65
3. Stichprobenartige Untersuchung von Satzungen	66
a) Allgemeines	67
b) Generell verwendbare Satzungsklauseln	68
c) Individuelle Satzungsklauseln	70
aa) Geld- und/oder Sachgründung	70
bb) Aktiegattungen	72
cc) Vinkulierung von Aktien	72
dd) Zwangseinziehung von Aktien gem. § 237 Abs. 1 S. 2 AktG	73
ee) Form und Inhalt von Aktienurkunden	73
ff) Zusammensetzung des Vorstandes und seine Vertretungsbefugnis	75

gg) Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder und Beschlussmodalitäten	77
hh) Möglichkeit der Niederlegung des Aufsichtsratsamtes	78
ii) Hauptversammlung und Stimmrechte	79
jj) Abweichung von § 60 Abs. 1, 2 AktG	79
d) Ergebnis	80
4. Abschließende grundsätzliche Erwägungen	81
E. Problemfelder einer Online-Geldgründung einer Aktiengesellschaft	83
I. Notarielle Beurkundung und Beglaubigung	83
II. Gründungsprotokoll	84
1. Inhalt	85
2. Form	85
3. Zwischenergebnis	86
III. Satzungsfeststellung und Übernahmeerklärung	86
1. Grundsatz: Einheitsgründung	86
2. Folgen für die Online-Gründung	88
3. Feststellung der Satzung im Ausland	88
4. Erklärung zur Einzahlung des Stammkapitals	89
IV. Bestellung des ersten Aufsichtsrates, § 30 AktG	89
1. Versammlung der Gründer	90
2. Vertretung im Beschluss	90
3. Anwesenheit des Gewählten	91
4. Notarielle Beurkundung bei Entsendezberechtigten	92
V. Bestellung des ersten Abschlussprüfers, § 30 AktG	92
1. Form	93
2. Verfahren	93
VI. Bestellung des ersten Vorstandes, § 30 Abs. 4 AktG	94
1. Grundlegendes	94
2. Form	95
3. Verfahren	98
a) Überblick	98
b) Anforderungen der Online-Gründung und Beschlussfassung	98
c) Beschluss durch schriftliche Stimmabgabe, § 108 Abs. 3 AktG	99

d) Beschluss mit (§ 108 Abs. 1 AktG) oder ohne Sitzung (§ 108 Abs. 4 AktG)	100
aa) Einmalige Bestellung des ersten Vorstandes ist keine Regelsitzung iSd § 110 Abs. 3 S. 1 AktG	101
bb) Einmalige Bestellung des ersten Vorstandes ist keine Regelsitzung iSd Empfehlung D.8 DCGK	102
cc) Videokonferenz ist Präsenzsitzung iSd § 108 Abs. 1 AktG	103
(a) Teleologische Auslegung	104
(b) Systematische Auslegung	106
e) Ergebnis	109
VII. Gründungsbericht der Gründer, § 32 AktG	109
1. Grundsatz: Schriftform, § 126 BGB	110
2. Substituierbarkeit der Schriftform, § 126 Abs. 3 BGB	111
3. Stellungnahme	112
VIII. Gründungsprüfungsbericht von Vorstand und Aufsichtsrat, §§ 33, 34 AktG	112
1. Durch die Gründer	112
2. Durch Dritte	114
IX. Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister	114
1. Alte Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie	115
2. Neue Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie	117
3. Besonderheiten für die Rechtsform der Aktiengesellschaft	120
X. Stellungnahme	121
F. Kombination von Online- und analoger Gründung	125
I. Problem: Einheitserfordernis	125
II. Problem: Informationsasymmetrie	129
III. Problem: Bestellung des ersten Aufsichtsrates	130
IV. Problem: Bestellung des ersten Vorstandes	131
V. Problem: Gründungsbericht der Gründer (§ 32 AktG)	131
VI. Problem Gründungsprüfungsbericht von Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 33, 34 AktG)	132

VII. Ergebnis	132
G. Die elektronische Beurkundung im Aktienrecht	133
I. Überblick	133
II. Identifizierung der Beteiligten	135
1. Wortlautbedeutung „Identifizieren“	135
a) Die notarielle Urkunde als öffentliche Urkunde iSd § 415 ZPO	136
b) Identifizierung nach dem GwG	138
c) Systematischer Zusammenhang zu § 154 Abs. 2 AO	140
2. Möglichkeiten einer elektronischen Identifizierung ohne persönliches Zusammenkommen	144
a) PostIdent	144
aa) Durch Foto	145
bb) Durch Videochat	146
cc) Abschließende Bewertung	147
b) Elektronische Identifizierung durch Personalausweis	148
aa) Fehlende Drei-Faktor-Identifizierung	148
bb) Zwischenergebnis	151
c) Elektronischer Aufenthaltstitel	152
d) eID-Karte	153
e) Rechtslage bei nicht ausreichendem Identifizierungsniveau	155
aa) Alle Gründer sind bösgläubig	157
(1) Hauptzweck ist neutral	158
(2) Hauptzweck ist sittenwidrig	159
(3) Praktisches Problem	160
bb) Identitätstäuschung eines Gründers	161
cc) Gutgläubige Gründer ohne Identitätstäuschung	163
dd) Keine Haftung des Berechtigten	164
(1) Strafrechtliche Verantwortung	164
(2) Zivilrechtliche Schadensersatzpflicht	164
f) De-Mail-Dienste	167
g) Abschließende Bewertung	170
3. Zwischenergebnis: Bestätigung des § 16c BeurkG-E	173
4. Praktische Konsequenzen für die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft	176
a) Gesellschaften	176

aa) Überblick	177
bb) Digitale Lösung: Die elektronische Apostille	179
cc) Zwischenergebnis	183
b) Vollmachtgründungen	184
aa) Überblick	185
(1) Natürliche Personen	186
(2) Inländische Gesellschaft	186
(3) Gesellschaft aus dem EU-Ausland	187
bb) Zwischenstand: Kein elektronisches Äquivalent	188
cc) Digitale Lösung: <i>Blockchain</i> -Register	189
(1) <i>Blockchain</i> im deutschen Recht	190
(2) Die Grundzüge der <i>Blockchain</i> -Technologie	192
(a) Asymmetrische Kryptographie: <i>Private Key</i> und <i>Public Key</i>	193
(b) <i>Proof-of-Work</i> : Die Mehrheit bestimmt den <i>Hashwert</i> eines <i>Blocks</i>	195
(c) Die Integrität der <i>Blockchain</i> -Technologie	197
(d) Verwaltungs- und Einsichtsrechte in einer <i>Blockchain</i>	198
(e) Abrufbarkeit und Nutzung der hinterlegten Informationen	203
(3) Stellungnahme	204
(4) Die Vollmachtregister- <i>Blockchain</i>	205
(a) Spannungsverhältnis zwischen der <i>Blockchain</i> -Technologie und dem Datenschutzrecht	205
(i) Konflikt mit dem Recht auf Löschung, Art. 17 Abs. 1 DS-GVO	206
(ia) Pruning	207
(ib) Forking	209
(ic) Entschlüsselungskey	210
(id) <i>Chameleon Hashes</i>	212
(ie) <i>Zero-Knowledge-Proofs</i>	214
(if) Datenhoheit bei Nutzern	216
(ii) Verantwortlicher iSd Art. 4 Nr. 7 DS-GVO	216
(ia) <i>Public Blockchain</i>	217
(ib) <i>Private Blockchain</i>	221
(iii) Realisierung der Einwilligung iSd Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) i.V.m. Art. 7 DS-GVO	222

(iv) Zwischenergebnis	223
(b) Personenbezogene Daten iSd Art. 4 Nr. 1 DS-GVO	224
(i) Relativer Ansatz	224
(ii) Objektiver Ansatz	225
(iii) Stellungnahme	225
(iv) Personenbezogenes Datum eines <i>Nodes</i>	226
(ia) <i>Private Blockchain</i>	226
(ib) <i>Public Blockchain</i>	229
(v) Personenbezogene Daten von Bevollmächtigten und Geschäftsherren	230
(ia) Urkunde als PDF	231
(ib) <i>Hashwerte</i> auf der <i>Blockchain</i>	231
(5) Ergebnis	234
(6) Ausblick: Die Vollmachtregister-Blockchain als Publizitätsträger	235
(a) Vorüberlegungen	236
(b) § 172 BGB	237
(c) Zwei-wöchige Schonfrist nach Vorbild des § 15 Abs. 2 HGB?	238
(d) Formulierungsvorschläge für Gesetze	238
dd) Praktisches Problem: § 23 Abs. 1 S. 2 AktG	240
(1) Erst-Recht-Schluss	243
(2) Richtlinienwidriges Begriffsverständnis	244
(3) Elektronische Beglaubigung von Vollmachten	245
5. Zwischenergebnis	247
III. Aufklärungsfunktion	248
1. Verfahren de lege lata	248
2. Digitale Aufklärung	248
IV. Warnfunktion	252
1. Anmeldung auf dem Gründungsportal	253
2. Erstkontakt mit Notar	253
3. Elektronische Beurkundung und Identifizierung	254
4. Zwischenergebnis	256
V. Richtigkeitsgewähr, Rechtssicherheit und Verkehrsschutz	256
1. Willensforschung	257
2. Überführung des Willens in die Urkunde	258

3. Fälschungssicherheit	259
4. Zwischenergebnis	260
VI. Vertragsgerechtigkeit und Belehrungsfunktion	260
VII. Präsenzvorbehalte	261
1. Kritik am Gesetzesvorschlag des Bundeslandes NRW	262
a) Problem: Offener Wortlaut	262
b) Lösung: Richtliniengetreue Auslegung	264
2. Kritik am Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)	266
a) Richtlinienwidrig	266
b) Überregulierung	269
c) Rechtsunsicherheiten	270
3. Zwischenergebnis	271
VIII. Öffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der §§ 16a-e BeurkG-E	272
1. § 23 Abs. 1 S. 2 AktG-E	272
2. § 30 Abs. 1 S. 3 AktG-E	273
a) Einheitliches Verfahren	273
b) Separate Verfahren	274
3. § 40a Abs. 1 S. 2 BeurkG-E	275
H. Die Online-Sachgründung der Aktiengesellschaft	277
I. Meinungsstand	277
II. Argumente für die Online-Sachgründung	278
1. Überblick	278
2. Verdeckte Sacheinlage im Online-Gründungsverfahren	279
a) Anrechnungslösung im Gründungsverfahren einer UG	281
aa) Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 GmbHG	281
(1) Rechtslage in der UG	281
(2) Konsequenz für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft	283
bb) § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG als materiell-rechtliches Verbot	283
(1) Rechtslage in der UG	283
(2) Konsequenz für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft	285
cc) Keine Überdehnung des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG	286
(1) Rechtslage in der UG	286

(2) Konsequenz für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft	287
dd) Privatautonomie bezüglich der Zusammensetzung des Stammkapitals	288
(1) Rechtslage in der UG	288
(2) Konsequenz für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft	289
ee) Keine Schlechterstellung der UG-Gesellschafter und Gründer	290
(1) Rechtslage in der UG	290
(2) Konsequenz für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft	291
ff) Sinn und Zweck der Anrechnungslösung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG bzw. § 27 Abs. 3 S. 3 AktG	291
(1) Rechtslage in der UG	291
(2) Konsequenz für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft	292
b) Zwischenergebnis	292
3. Rechtspraktische Überlegungen	293
a) Ungleichbehandlung von sachlich Gleichem vermeiden	293
b) Sachgründung wird online nicht komplexer	296
c) Erfüllung notarieller Pflichten	296
d) Online-Gründung gewährleistet Sicherheit	297
e) Digitale Infrastruktur existiert bereits	297
4. Ausländische Grundstücke als Sacheinlage	298
a) Überblick	298
aa) Grundstückserwerb durch ausländischen Veräußerer	299
(1) Grundlegendes	299
(2) Anwendbares Recht	300
(3) Nachweis zum Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts	300
(4) Beteiligung von Bevollmächtigten	301
bb) Erwerb eines im Ausland befindlichen Grundstücks	302
cc) Erwerb eines im Ausland befindlichen Grundstücks unter Beteiligung eines ausländischen Veräußerers	302
b) Zwischenergebnis	303
III. Umsetzung der Online-Sachgründung	303
1. Verfahrensschritte der Geldgründung gelten entsprechend	303
2. Festsetzung in der Satzung, § 27 Abs. 1 S. 1 AktG	304

a)	Überblick	304
b)	Sinn und Zweck der Festsetzung in der Satzung	305
3.	Das Vollzugsgeschäft	306
a)	Begriffsbestimmung	306
b)	Inhalt	307
c)	Form	307
d)	Zeitpunkt des Vollzugs	307
aa)	Mindermeinung	309
bb)	Herrschende Meinung	309
cc)	Stellungnahme	310
e)	Zwischenergebnis: Folgen für die Online-Sachgründung einer Aktiengesellschaft	314
4.	Bestellung des ersten Aufsichtsrates, § 31 AktG	316
5.	Gründungsbericht	317
a)	Form	317
b)	Inhalt	317
c)	Verfahren	318
6.	Gründungsprüfungsbericht durch Vorstand und Aufsichtsrat, §§ 33, 34 AktG	319
a)	Inhalt	319
b)	Form	320
aa)	Richtigkeitsgewähr	320
bb)	Publizitätsfunktion	321
cc)	Filterfunktion	321
c)	Bestellung des Gründungsprüfers	322
7.	Anmeldung der Aktiengesellschaft	322
IV.	Sonderproblem 1: Grundstück als Sacheinlage	323
1.	Die notarielle Beurkundung des Zeichnungsvertrages	325
a)	Vorfeldmaßnahmen	325
b)	Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung des Zeichnungsvertrages	326
aa)	Beratungsfunktion	327
bb)	Warn- und Schutzfunktion	328
cc)	Gültigkeitsgewähr	329
dd)	Beweisfunktion	331
(1)	Verwendung eines Zeichnungsvertrages im Rechtsverkehr	332
(2)	Grundbuchamt „überwacht“ die dingliche Rechtsänderung	333

(3) Vertragsänderungen	333
(4) Elektronische Urschrift ist verwahrt	336
(5) Zwischenergebnis	337
c) Resümee	337
2. Die elektronische Auffassung	338
a) Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs	338
b) Frühere Form der Auffassung	340
c) RG JW 1928, 2519 f.	341
d) Form	342
3. Ergebnis	343
V. Sonderproblem 2: GmbH-Anteil als Sacheinlage	343
1. Meinungsstand	344
2. Verpflichtungsgeschäft	346
a) Spekulativen Handel verhindern	346
b) Beweisfunktion	349
c) Beratungs- und Belehrungsfunktion	350
d) Zwischenergebnis	352
3. Verfügungsgeschäft	352
4. Vinkulierung	354
a) Rechtslage: Dispositives Versammlungssatzungsrecht im GmbHG	355
aa) Historische Auslegung	356
bb) Systematische Auslegung	357
cc) Sinn und Zweck	359
b) Mögliche Risiken	360
aa) Sicherheitslücken schließen	361
bb) Doppelte Stimmabgabe vermeiden	362
cc) Anfechtungsrisiko geringhalten	363
dd) Kommunikation unter den Gesellschaftern strukturieren	365
c) Ergebnis	368
5. Gesellschafterliste	369
a) Form	370
b) Sinn und Zweck der Gesellschafterliste	371
6. Zwischenergebnis	373
VI. Ergebnis	374

I. Endergebnisse	375
Literaturverzeichnis	381

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Wie sich bereits dem Titel der Arbeit „Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft“ entnehmen lässt, ist auch sie dem weiten Gebiet der Digitalisierung des Rechts zuzuordnen. Ganz grundsätzlich sind die Vor- und Nachteile der Technisierung von Prozessen jedweder Art darin zusammenfassen, dass diese sich schneller, effektiver und kostengünstiger durchführen lassen, wohingegen digitalen Lösungen eine erhöhte Fehleranfälligkeit und Manipulierbarkeit nachgesagt wird.¹ Auch im Bereich des Gesellschaftsrechts wird der Einsatz von Technik abseits von Gesellschaftsgründungen intensiv diskutiert. Nur beispielhaft sind der Einfluss von Big-Data auf die Organhaftung² und auf der *Blockchain*-Technologie basierende *Decentralized Autonomous Organization*³, Stimmabgaben in Hauptversammlungen⁴ oder Mitgliedschaften in GmbH⁵ und AG⁶ zu nennen.

Zwingende Formvorschriften können die Digitalisierung des Rechts ausbremsen und eine erste Hürde darstellen, dessen Überspringen in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers fällt. So zum Beispiel, wenn der rechtliche Regelungsrahmen zwingend papiergebundene Do-

1 Spindler ZGR 2018, 17 (19 f.); Zöllner, in: Noack/Spindler, Unternehmensrecht und Internet, S. 69 ff.; Claussen AG 2001, 161 (163 ff.); Schwarz/Stein DB 2017, 1525 (1526 f.); M. Müller AG 2017, R15 f.; Holten/Bauerfeind AG 2015, 489 (491 ff.); König AG 2017, 262 (266 ff.).

2 Spindler ZGR 2018 17 (42 ff.).

3 Teichmann ZfPW 2019, 247 (266 ff.); Mann NZG 2017, 1014 (1015 ff.); Langheld/Haagen NZG 2021, 724 (724 ff.); Möslein/Omlor/Urbach ZIP 2020, 2149 (2150).

4 Kruchen DZWIR 2020, 431 (449); Möslein/Omlor/Urbach ZIP 2020, 2149 (2162); Kuntz ZHR 183 (2019), 190 (204).

5 Möslein/Omlor/Urbach ZIP 2020, 2149 (2157 ff.).

6 Möslein/Omlor/Urbach ZIP 2020, 2149 (2159 ff.); Zetzsche AG 2019, 1 (13); vgl. auch zum polnischen Gesellschaftsrecht Weber-Elżanowska/Dybiński BKR 2021, 292 (292 ff.); Feind/Paluch WiRO 2018, 327 (329, 330).

kumente, persönliches Erscheinen an einem bestimmten Ort oder analoges Handeln verlangt. Sollen auch solche Bereiche digitalisiert werden, sind seit gegebenenfalls Jahrzehnten bestehende Formvorschriften zu hinterfragen. Ganz zugespitzt stellt sich die Frage, ob sich das, was seit Jahrzehnten papiergebunden oder unter persönlicher Anwesenheit durchgeführt wurde, nicht auch schneller, effektiver und kostengünstiger durch den Einsatz von technischen Hilfsmitteln vollziehen lässt. Zumindest für die GmbH musste der deutsche Gesetzgeber ein Gesetz erarbeiten, das das elektronische Gründungsverfahren umsetzt und zum 1.8.2022 in Kraft treten soll⁷. Hierzu waren die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verpflichtet, um den Anforderungen 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 Gesellschaftsrecht⁸ (kurz: RL) gerecht zu werden. So können die notarielle Beurkundung der Satzung einer GmbH sowie die im Rahmen der Gründung der Gesellschaft gefassten Beschlüsse der Gesellschafter⁹ im Fall einer Gründung ohne Sacheinlagen auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a-e BeurkG-E¹⁰ erfolgen (§ 2 Abs. 3 GmbHG-E).¹¹

Eine solche rechtliche Grenze besteht jedoch weiterhin im Gründungsrecht der Aktiengesellschaft. § 23 Abs. 1 S. 1 AktG verlangt noch immer die Präsenzbeurkundung der Satzung. Zudem wurde das elektronische Beurkundungsverfahren bewusst auf die Rechtsform der

7 BGBl 2021 I Nr. 51, S. 3338 (3369).

8 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; ABL L 186 vom 11.7.2019, S. 80.

9 Wird wie hier in der gesamten Arbeit an manchen Stellen das generische Maskulin verwendet, ist damit jedes binäre wie nicht binäre Geschlecht gemeint. Das verwendete generische Maskulin dient nur der Simplifizierung der Sprache und soll niemanden ausgrenzen.

10 Wenn nicht anders gekennzeichnet handelt es sich bei allen im Folgenden mit „-E“ gekennzeichneten Gesetzen um solche aus dem Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG) vom 5.7.2021, veröffentlicht im BGBl 2021 I Nr. 52, S. 3338.

11 Näheres hierzu C.II.3.a).

GmbH beschränkt (§ 16a Abs. 1 BeurkG-E).¹² Gründer einer Aktiengesellschaft können das elektronische Beurkundungsverfahren gem. §§ 16a-e BeurkG-E nicht nutzen. Im Rahmen dieser Arbeit ist zu überdenken, ob die rechtlichen Grenzen in § 23 Abs. 1 AktG und § 16a Abs. 1 BeurkG-E weiterhin Bestand haben sollten oder das Gründungsrecht der Aktiengesellschaft nicht auch zu digitalisieren und für sie die Online-Gründung anzubieten ist.

II. Begriffsbestimmung „Online-Gründung“

Zunächst ist festzulegen, was unter einer „Online-Gründung“ im Sinne der Arbeit zu verstehen ist. Um eine Definition für das zusammengesetzte Wort zu erarbeiten, sind die beiden Begriffe zunächst einzeln zu erläutern und inhaltlich sodann zusammenzuführen.

„Online“ fungiert als Präfix¹³ und bezieht sich auf das dahinterstehende Nomen. Ein Sinn lässt sich dem Präfix damit erst im Zusammenhang mit dem nachstehenden Wort entnehmen. Dennoch ist eine Begriffsbedeutung zu erarbeiten. Hierzu wird die Bedeutung des Adverbs „online“ herangezogen.¹⁴ Ausgehend von der Wortbedeutung des Adverbs ist jemand online, wenn er an das Datennetz oder das Internet angeschlossen und in direkter Verbindung mit der Datenverarbeitungsanlage arbeitet. Es besteht demnach eine Plattform, der man sich allein durch eine Internetverbindung ankoppeln kann. Im Sinne der Arbeit gilt das Präfix „Online“ als ein Verfahren, welches ausschließlich durch elektronische Fernkommunikationsmittel durchgeführt werden kann, ohne dass sich Personen an einem bestimmten Ort persönlich einfinden müssen. Ziel muss es sein, eine Aktiengesellschaft allein mit Hilfe eines Computers und einer Internetverbindung zu gründen. Weitere Kontur erlangt der Begriff „Online“ gem. den Erwägungsgründen 10 und 21 RL, wonach keiner der Gründer persönlich vor Behörden, Personen oder Stellen, die mit der Bearbeitung

12 Begr. DiRuG-RegE, BR-Drucks. 144/21, S. 133 f.

13 Vgl. hierzu https://www.duden.de/rechtschreibung/Online_ (zuletzt aufgerufen am: 16.11.21, 11:47 Uhr).

14 Vgl. hierzu <https://www.duden.de/rechtschreibung/online> (zuletzt aufgerufen am: 16.11.21, 11:47 Uhr).

von Aspekten der Online-Gründung betraut sind, erscheinen muss. Eine Aktiengesellschaft ist online gegründet, wenn keiner der Gründer vor einer staatlichen Stelle erscheinen muss, sondern er alle Verfahrensschritte von einem beliebigen Ort aus mit technischen Hilfsmitteln steuern kann.

Weiterhin ist der Endzeitpunkt einer Gründung festzulegen. Ausgangspunkt unserer Definition ist Art. 13a Nr. 4 RL, wonach unter dem Begriff „Gründung“ im Rahmen der Richtlinie das gesamte Verfahren bis zur Errichtung der Gesellschaft verstanden wird. Art. 13a Nr. 4 RL gibt damit einen Endzeitpunkt vor, in dem das Gründungsverfahren endet, nämlich dann, wenn die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen wurde.

Hingegen lässt sich der Definition nicht entnehmen, in welchem Zeitpunkt die Gründung beginnt. Um den Anfangszeitpunkt einer „Gründung“ zu definieren, ist auf die Sicht der Gründer abzustellen. Stellen wir uns vor, selbst Gründer zu sein, so wird für uns das Gründungsverfahren damit beginnen, einen Notar oder Rechtsanwalt aufzusuchen, um uns über das Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft zu erkundigen und die nun einzuhalten Verfahrensschritte abzusprechen. Die „Gründung“ beginnt nach deutschem Recht mit der Kontaktaufnahme zu einem Rechtsanwalt oder einem Notar.

Für das Gründungsrecht einer Aktiengesellschaft folgt daraus, dass von der ersten Kontaktaufnahme der Gründer bis zur Errichtung der Gesellschaft durch ihre Eintragung in das Handelsregister vollständig online durchgeführt werden können muss, das heißt ausschließlich unter Nutzung eines Computers, sonstiger elektronischer Hilfsmittel und einer Internetverbindung.

In manchen Teilen der Arbeit bietet es sich an, die Wortneubildung „Online-Gründung“ durch „elektronische Gründung“ zu ersetzen. Beide Redewendungen werden im Sinne der Arbeit als Synonym verwendet.

III. Gang der Untersuchung

Ziel der Arbeit ist es eine Antwort auf die Frage zu erarbeiten, ob sich das Geld- wie Sachgründungsrecht einer Aktiengesellschaft nach dem Vorbild der elektronischen Gründung einer GmbH gestalten lässt.

Um sich der aufgeworfenen Frage zu nähern, werden zunächst Argumente aus der Literatur gegeneinander abgewogen, die für und gegen die Online-Geldgründung einer Aktiengesellschaft sprechen (B.). In einem nächsten Schritt ist das geplante elektronische Geldgründungsverfahren der GmbH zu skizzieren (C.). Hierzu ist in einem kurzen historischen Abriss aufzuzeigen, wie sich europäische und nationale Vorhaben zur Realisierung einer Online-Gründung entwickelt haben und von welchen Motiven das Vorhaben einer elektronischen Gründung von Kapitalgesellschaften geleitet ist (C.I.).

Sodann sind die Grundzüge des Online-Gründungsrechts einer GmbH zu erarbeiten, anhand derer das Gründungsrecht der Aktiengesellschaft auf seine Vereinbarkeit mit den Anforderungen einer Online-Gründung untersucht wird (C.II.).

Damit ist der Grundstein dafür gelegt, das Gründungsrecht der Aktiengesellschaft in den Mittelpunkt der Darstellungen zu rücken (D.). Hierzu sind in einem ersten Schritt verschiedene Gründungsvarianten auf ihre Eignung für ein elektronisches Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft zu untersuchen, sei es mit oder ohne notarielle Beteiligung oder sei es mit oder ohne Mustersatzung (D.I., D.II. und D.III.). Teil der Darstellung ist eine empirische Untersuchung stichprobenartig ausgewählter Satzungen von Aktiengesellschaft aus dem Bundesland Brandenburg (D.III.3.).

Sind damit die Eckpfeiler der elektronischen Gründung einer Aktiengesellschaft erarbeitet, wird nun nach diesem Vorbild das Geldgründungsrecht einer Aktiengesellschaft untersucht und auf seinen Anpassungsbedarf analysiert, mit dem Ziel, erste Gesetzesvorschläge für das elektronische Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft zu erarbeiten (E. und F.).

Im Anschluss ist die elektronische Beurkundung im Aktienrecht zu beleuchten (G.). Insbesondere tritt die Identifizierung mit Hilfe elektronischer Identifizierungsmittel in das Zentrum der Darstellun-

gen (G.II.). Maßstab der Ausführungen ist dabei die dem deutschen Recht seit einem Jahrhundert innewohnende Identifizierungspflicht. Wie zu zeigen sein wird, hat sich auch die Identifizierung mit Hilfe elektronischer Identifizierungsmittel in einer elektronischen Beurkundung an ihr zu messen.

Ist das Konzept einer elektronischen Identifizierung bestätigt, sind erste praktische Probleme näher zu beleuchten (G.II.4.). Dies betrifft vor allem elektronische Gründungen durch Gesellschaften und Bevollmächtigte. Hierbei ist ein Lösungsansatz näher zu untersuchen, der die Einführung eines *Blockchain*-basierten Vollmachtregisters vorschlägt. Im Zuge dieser Ausführungen ist die Vereinbarkeit dieser Lösung mit der Datenschutzgrundverordnung zu prüfen (G.II.4.b)cc)).

Sodann sind die übrigen mit der Beurkundung der Satzung einer Aktiengesellschaft verfolgten Zwecke hervorzuheben und auf ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen einer Online-Gründung zu beleuchten (G.II.-VI.). Abschließend werden erste Gesetzesvorschläge erarbeitet und diskutiert (G.VIII.).

Nun wird die elektronische Sachgründung einer Aktiengesellschaft betrachtet (H.). In einem kurzen Überblick sind erste Argumente aus der Literatur zu sammeln, die für und gegen die elektronische Sachgründung einer Aktiengesellschaft sprechen (H.II.). Ganz zentral werden die Rechtsfolgen einer verdeckten Sachgründung im elektronischen Verfahren geprüft, sollte das elektronische Gründungsverfahren ausdrücklich nur Geldgründungen ermöglichen (H.II.2.), wie es für das Geldgründungsrecht einer GmbH vorgesehen ist.

Sodann ist das Sachgründungsrecht der Aktiengesellschaft auf seine Vereinbarkeit mit den Anforderungen einer elektronischen Gründung zu untersuchen (H.III.). Ist dieser Schritt abgeschlossen, muss die Anwendbarkeit der elektronischen Beurkundung im Immobilienrecht und bei der Übertragung von GmbH-Anteilen analysiert werden (H.IV. und H.V.). Sodann ist in einem Ergebnis festzuhalten, ob sich das Sachgründungsverfahren digitalisieren lässt wie schon das Geldgründungsverfahren einer Aktiengesellschaft (H.VI.). Abschließend werden die Endergebnisse zusammengefasst (I.).

B. Argumente für und gegen die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft

In einem kurzen Überblick sind zunächst einige Argumente zu sammeln und zu entwickeln, die für und gegen die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft sprechen. Das Meinungsspektrum in der wissenschaftlichen Literatur ist hierbei sehr übersichtlich und gespalten zugleich, wobei die Gegenstimmen die Fürsprecher einer Online-Gründung einer Aktiengesellschaft deutlich überwiegen.¹⁵ Jüngst zeichnet sich allerdings eine leicht gegenläufige Tendenz ab, so dass die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft mehr Zuspruch findet.¹⁶

I. Meinungsstand in der Literatur

1. Komplexes Gründungsverfahren

Die wissenschaftliche Literatur hat sich gerade zu Beginn der Debatte mit Erscheinen der Richtlinie (EU) 2019/1151¹⁷ einheitlich dafür ausgesprochen, die Online-Gründung auf die Rechtsform der GmbH zu beschränken und für die Rechtsform der AG nicht anzubieten. Das Gründungsverfahren der Aktiengesellschaft wurde pauschal als

15 *Lieder* NZG 2018, 1081 (1082 aE); *ders.* NZG 2020, 81 (82); *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601 (602); *Birkefeld/Schäfer* BB 2019, 2626 (2627); *Kindler/Jobst* DB 2019, 1550 (1551); *Knaier* GmbHR 2018, 560 (564); *Teichmann* ZIP 2018, 2451 (2453); *Halder* NJOZ 2020, 1505 (1511).

16 *Drygala/Grobe* GmbHR 2020, 985 (989 Rn. 24); offener, wenn auch kritisch *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922 (1923); *J. Schmidt* ZIP 2021, 112 (113).

17 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.

zu kompliziert eingestuft, als dass sich dieses digital abbilden ließe.¹⁸ Hingegen bleiben die Stimmen in der Literatur einen Hinweis schuldig, welche Gründungsschritte zu kompliziert seien.

2. Notwendige Folgeänderungen

Darüber hinaus sind die möglicherweise auftretenden Konflikte bei einer Online-Sachgründung zu nennen, die gegen die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft streiten. Gegen die Online-Sachgründung wird überwiegend angebracht, dass das Kapitalschutzsystem in einer Online-Gründung nicht angemessen geschützt werden kann und insgesamt sehr komplex sei, weshalb sich eine digitale Lösung verbiete.¹⁹

In der Praxis ist es nicht unüblich, dass Aktiengesellschaften als Holdinggesellschaft gegründet werden und das Stammkapital durch Leisten von GmbH-Anteilen erbracht wird. Selbst wenn die Online-Geldgründung einer Aktiengesellschaft künftig angeboten werden sollte, ließen sich damit nicht alle Gründungsvarianten abdecken und ein großer Teil der Praxis könnte von dem elektronischen Gründungsverfahren nicht profitieren. Problematisch ist dies deshalb, weil bei der Übertragung von GmbH-Anteilen sowohl das Verpflichtungsgeschäft (§ 15 Abs. 4 GmbHG), als auch das Verfügungsgeschäft (§ 15 Abs. 3 GmbHG) notariell beurkundet werden müssen. Es kommt häufiger vor, dass die Gründer Grundstücke als Sacheinlage leisten. Auch das allgemeine Zivilrecht stellt an das Verpflichtungsgeschäft mit der notariellen Beurkundung (§ 311b Abs. 1 BGB) und das Verfügungsgeschäft mit der Auflassung (§ 925 BGB) besondere Formerfordernisse.

Während der Transaktionen von GmbH-Anteilen und Grundstücken müssen die Beteiligten oder zumindest ein Vertreter zwingend per-

18 *Lieder* NZG 2018, 1081 (1082 aE); *ders.* NZG 2020, 81 (82); *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601 (602); *Birkefeld/Schäfer* BB 2019, 2026 (2627); *Kindler/Jobst* DB 2019, 1550 (1551); *Knaier* GmbHHR 2018, 560 (564); *Teichmann* ZIP 2018, 2451 (2453).

19 *Halder* NJOZ 2020, 1505 (1511); *Omlor* DStR 2019, 2544 (2549); *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601 (606); *Knaier* GmbHHR 2021, 169 (172); ausführlich zur Online-Sachgründung unter H.

sönlich vor einem Notar erscheinen. Die Satzung einer GmbH (§ 2 Abs. 3 GmbHG-E) ist derzeit das einzige Rechtsgeschäft, das gem. §§ 16a-e BeurkG-E elektronisch beurkundet werden darf. Um einer Vielzahl von (entstehenden) Aktiengesellschaften das elektronische Gründungsverfahren anbieten zu können, müsste eine Online-Sachgründung möglich sein. Die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft würde damit eine Vielzahl an Folgeänderungen nach sich ziehen. Gerade die Digitalisierung von Grundstückstransaktionen verlangt nach tiefgreifenden Änderungen seit über 100 Jahre bestehender Traditionen. Der Schritt zu einer elektronischen Gründung einer Aktiengesellschaft scheint damit hohen Hürden gegenüberzustehen.

3. Kein Bedarf an schneller Gründung

Zudem soll kein praktisches Bedürfnis an einer schnelleren Gründung einer Aktiengesellschaft bestehen.²⁰ Zuzugeben ist diesem Ansatz, dass die Gründung einer Aktiengesellschaft ein wohl überlegter Schritt ist, um beispielsweise einen Börsengang vorzubereiten oder eine Konzernstruktur aufzubauen. Eine Aktiengesellschaft wird man in der Start-Up-Szene eher nicht vorfinden, die durch die Online-Gründung einer GmbH gerade angesprochen werden soll.²¹

II. Bewertung der Gegenargumente

Insbesondere das erstgenannte Argument überzeugt nicht. Zum einen ist nicht dargelegt, an welchen Stellen das Gründungsverfahren zu komplex ist. Es fehlt an einer Begründung für diese These. Daran anknüpfend ist zum anderen darauf hinzuweisen, dass die Online-Gründung insbesondere nach einem elektronischen Beurkundungsverfahren verlangt, unabhängig davon, ob eine GmbH oder eine AG gegründet werden soll. Das Erfordernis der elektronischen Beurkun-

20 *Birkefeld/Schäfer* BB 2019, 2626 (2627); *Weber*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, S. 52.

21 Hierzu sogleich unter C.I.2.a).

dung ist die größte Hürde der Online-Gründung einer Kapitalgesellschaft. Denn hierbei ist darauf zu achten, kein Beurkundungsverfahren „zweiter Klasse“²² zu schaffen. Mit dem von der Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystem (§ 78p Abs. 1 BNotO-E) besteht allerdings schon die Möglichkeit, die Satzung einer GmbH elektronisch zu beurkunden.

Der letztgenannte Hinweis führt zu der Erkenntnis, dass eine digitale Infrastruktur für ein elektronisches Beurkundungsverfahren bereits besteht. Damit ist der finanzielle Erfüllungsaufwand der Online-Gründung einer Aktiengesellschaft insgesamt niedriger einzuschätzen, als jener bei der Online-Gründung einer GmbH. Allein die Einrichtung des von der Bundesnotarkammer betriebenen Videokommunikationssystems (§ 78p BNotO-E) kostet schätzungsweise 11.500.000 EUR.²³ Ebenso ist zu erwarten, dass die auf einen Wert von 2.700.000 EUR²⁴ geschätzten wiederkehrenden Verwaltungs- und Betriebskosten des Videokommunikationssystem effizienter genutzt werden können, wenn die Nutzung des Videokommunikationssystems nicht bloß auf die elektronische Beurkundung der Satzung einer GmbH beschränkt bleibt. Denn anders als vor der Etablierung der Online-Gründung einer GmbH besteht für die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft eine digitale Infrastruktur, auf die im Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft zurückgegriffen werden kann. Es existiert damit eine Kommunikationsplattform, die das Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft sinnvoll ergänzen kann und nicht erst entwickelt und etabliert werden muss.

Dass das Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft mehr Verfahrensschritte aufweist und dadurch möglicherweise komplexer ist als jenes einer GmbH, ist hingegen kein Problem, welches ausschließlich aus den Erfordernissen einer Online-Gründung herrührt. Auch wenn eine Aktiengesellschaft auf herkömmlichen Weg gegründet wird, ist ihr Gründungsverfahren komplexer. Allerdings wurde bisher keine Korrelation zwischen der Komplexität eines Gründungsverfahrens und seiner Eignung für eine elektronische Lösung nachgewiesen. Nach

22 Begr. DiRuG-RegE, BR-Drucks. 144/21, S. 134.

23 Begr. DiRuG-RegE, BR-Drucks. 144/21, S. 87.

24 Begr. DiRuG-RegE, BR-Drucks. 144/21, S. 87.

aktuellem Stand der Wissenschaft fehlt eine Untersuchung, ob das Gründungsrecht tatsächlich derart komplex ist, als dass es sich nicht sinnvoll digital abbilden ließe. Diese Lücke soll durch die vorliegende Arbeit geschlossen werden. Erst dann kann die in der Literatur aufgestellte These belegt oder widerlegt werden. Dass das Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft grundsätzlich diffiziler als jenes einer GmbH ist, mindert nicht das Interesse der Gründer einer Aktiengesellschaft, einzelne Gründungsschritte effektiver zu gestalten. Diese Erkenntnis lässt keine Rückschlüsse dahingehend zu, dass es an dem Interesse einer Online-Gründung der Aktiengesellschaft mangeln würde. Zumindest bestehen hierfür keine Anhaltspunkte. Denn der Gründungsvorgang, insbesondere die Beurkundung und Beglaubigung aller erforderlichen Dokumente, ließe sich zeiteffektiver gestalten.

Gleichermaßen verhält es sich mit dem Argument, dass die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft auch für Sachgründungen anzubieten ist. Es ist zwar richtig, dass hierfür allgemeine Formerfordernisse überdacht werden müssen. Hingegen versperrt sich der Gesetzgeber den Weg in die Digitalisierung, wenn künftig an den alten Formerfordernissen festgehalten und digitale Lösungen pauschal als zu komplex abgewiesen werden. Die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft bietet die Möglichkeit, das Formerfordernis von z.B. Zeichnungsverträgen im Rahmen von Sachgründungen zu überdenken. Damit ist die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft als Chance zu verstehen, diese Bereiche in das digitale Zeitalter zu überführen.²⁵

III. Argumente für die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft

Die bisher genannten Argumente jener Stimmen, die ein elektronischen Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft ablehnen, sind damit relativiert. Nun sind weitere Argumente zu sammeln, die für die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft sprechen.

²⁵ So im Ergebnis auch *Drygala/Grobe GmbHR* 2020, 985 (991 Rn. 34).

1. Transaktionsgeschäft dem Zweck des Beurkundungsgesetzes anpassen

Die Satzung einer GmbH lässt sich bereits elektronisch beurkunden. Hierzu wird auf das von der Bundesnotarkammer betriebene Videokommunikationssystem zurückgegriffen. Ziel des Vorhabens auf europäischer²⁶ wie nationaler²⁷ Ebene war es, den organisatorischen wie logistischen Aufwand für die Gründer zu reduzieren. Auch in der Literatur wird auf die mit der Online-Gründung einhergehenden Potentiale hingewiesen, die einer Präsenzbeurkundung nicht zugesprochen werden. So sei der Zeitaufwand für die an der Online-Beurkundung Beteiligten geringer. Zudem entfallen Kosten, die unter Umständen für eine Reise anfallen würden und auch der mit der Anfahrt anfallende logistische Aufwand. Entfällt für die Beteiligten der logistische, zeitliche und finanzielle Aufwand in einer Online-Beurkundung, dann schwinde aus Sicht der Beteiligten auch die Notwendigkeit von Vollmachtsgründungen. Denn fortan müssen die Gründer niemanden mehr für eine Online-Beurkundung bevollmächtigen, um den mit einer Präsenzbeurkundung entstehenden Aufwand zu umgehen.²⁸

Damit besteht das Potential, Abschied von in der notariellen Praxis etablierten Strukturen zu nehmen. Denn bei Beurkundungen ist es ganz häufig so, dass jene Personen, denen die Rechtswirkungen des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts unmittelbar treffen, der Beurkundung selbst gar nicht beiwohnen. Gerade bei der Gründung von Kapitalgesellschaften ist es oftmals zu beobachten, dass die Gründer von wissenschaftlichen Mitarbeitern, Referendaren und/oder Sekretären durch Vollmacht vertreten werden.

Dies ist insoweit misslich, als dass der Notar gem. § 17 Abs. 1 BeurkG den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und eindeutig in der Niederschrift wiedergeben soll. Natürlich ist die Möglichkeit, sich bei einer Beurkundung vertreten zu lassen, im Beurkundungsgesetz angelegt und mit den Kardinalpflich-

26 Richtlinie (EU) 2019/1151 ErwG 2.

27 Begr. DiRuG-RegE, BR-Drucks. 144/21, S. 69.

28 Statt vieler *Lieder* NZG 2020, 81 (86); *Omlor* DStR 2019, 2544 (2545).

ten eines Notars zu vereinbaren (§ 12 BeurkG). Die Regel sollte es aber sein, dass die rechtlich und wirtschaftlich Berechtigten und Verpflichteten aus dem Rechtsgeschäft belehrt werden. Denn nur dann wird der mit den notariellen Pflichten verfolgte Zweck erreicht, nämlich die Berechtigten und Verpflichteten zu warnen, zu belehren und aufzuklären.

Anhand der bei einer Beurkundung verfolgten Warnfunktion lässt sich dies skizzieren. Neben der Vollständigkeitsgewähr und der Reduzierung von gerichtlichen Prozessen, verfolgte der Gesetzgeber mit der notariellen Beurkundung ganz zentral eine Schutzfunktion im Interesse der Beteiligten.²⁹ Ihnen soll die notarielle Beurkundung seither Bedenkzeit verschaffen, sie vor übereiligen Entscheidungen schützen und vor folgenreichen Rechtsgeschäften warnen.³⁰ Zwar wird den Geschäftsherrn vor Augen geführt, dass ihr Vorhaben rechtlich der Einschaltung eines Notars bedarf und sich damit von Alltagsgeschäften unterscheidet. Die Tragweite des Rechtsgeschäfts wird ihnen aber nicht dadurch bewusst, dass sie theoretisch an der Beurkundung teilnehmen müssen und sich der Teilnahme durch Einschaltung eines Bevollmächtigten entziehen.³¹ Es besteht ein qualitativer Unterschied zwischen Beurkundungen, an denen die Vertragspartner des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts teilnehmen und jenen, bei denen Bevollmächtigte die Vertragspartner vertreten.

Im Ergebnis geht die mit einer Beurkundung verfolgte Aufklärung, Belehrung, Beratung und Warnung oftmals ins Leere, weil die eigentlich aufzuklärenden, zu belehrenden, zu beratenden und zu warnenden Personen gar nicht anwesend sind. Mit anderen Worten ließe sich ganz zugespitzt in Frage zu stellen, welche Funktion ein Notar bei einer Beurkundung hat, wenn von seiner fachlichen Expertise nur die Bevollmächtigten unmittelbar und die Geschäftsherrn allenfalls mittelbar profitieren.

Eine elektronische Beurkundung bietet damit ganz grundlegend das Potential, dass die notariellen Pflichten im Rahmen einer Beurkundung gegenüber jenen Personen erfüllt werden, die von dem Rechtsge-

29 Mugdan, Protokolle des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 2, S. 621.

30 Mugdan, Protokolle des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 2, S. 621.

31 Zur Warnfunktion in einer elektronischen Beurkundung, vgl. G.IV. und H.IV.1.b)bb).

schäft rechtlich und wirtschaftlich unmittelbar betroffen sind. Mit der elektronischen Gründung einer Aktiengesellschaft lässt sich das Transaktionsgeschäft in der Praxis wieder näher an den mit der notariellen Beurkundung verfolgten Sinn und Zweck heranführen.

2. Erfahrungen mit elektronischer Beurkundung erweitern

Zudem würde sich der sachliche Anwendungsbereich des elektronischen Beurkundungsverfahrens gem. §§ 16a-e BeurkG-E erweitern, ließe sich fortan auch eine Aktiengesellschaft unter Nutzung von elektronischen Fernkommunikationsmitteln gründen. Im Gegensatz zu den von Emotionen und widerstreitenden Interessen geprägten Rechtsgeschäften im Bereich des Familienrechts, bietet das überwiegend von sachlichen und rationalen Interessen geleitete Gesellschaftsrecht³² die Möglichkeit, die elektronische Beurkundung in ihrer praktischen Anwendung zu erproben. Die elektronische Beurkundung im Gründungsverfahren einer Aktiengesellschaft würde den Kreis und Erfahrungsschatz elektronisch beurkundeter Erklärungen erweitern. Diese Chance sollte nicht ungenutzt bleiben, um die Digitalisierung der Beurkundungserfordernisse außerhalb des Gesellschaftsrechts weiter vorantreiben zu können.

³² Begr. DiRuG-RegE, BR-Drucks. 144/21, S. 134.

C. Die Online-Gründung einer GmbH

Gem. § 2 Abs. 3 GmbHG-E können die Beurkundung der Satzung einer GmbH und die im Rahmen der Gründung gefassten Beschlüsse der Gesellschafter nach den § 16a-e BeurkG-E erfolgen. Bisher fehlt im Aktienrecht eine solche Vorschrift, nach der in ihrem Gründungsverfahren das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer genutzt werden kann. Das geplante elektronische Gründungsrecht der GmbH fungiert für die Arbeit als Vorbild. Aus diesem sollen Erkenntnisse erarbeitet werden, um das Aktienrecht *de lege ferenda* dem elektronischen Gründungsverfahren zuführen zu können.

Hierzu ist das Online-Gründungsrecht einer GmbH zu skizzieren. Diese Skizze dient als Vorbild, um den Anpassungsbedarf des Gründungsrechts der Aktiengesellschaft identifizieren zu können. Bevor die Konturen des GmbH-Onlinegründungsrechts erarbeitet werden, sind die Motive und die Entstehungsgeschichte des elektronischen Gründungsverfahrens der GmbH darzustellen.

I. Historie und Motive

Das am 25.04.2018 vorgestellte EU-Company Law Package soll den Gang zum Notar für die Gründung einer Kapitalgesellschaft ersparen, das europäische Gesellschaftsrecht in das digitale Zeitalter überführen und einen Beitrag zur Gesamtstrategie der Europäischen Union zur Vollendung des (digitalen) Binnenmarktes leisten.³³ Mit dem EU Company Law Package werden die Mitgliedsstaaten aufgefordert EU-Bürgern zu ermöglichen, Kapitalgesellschaften grenzüberschreitend und innerhalb der eigenen Landesgrenzen im Wege einer Online-Gründung zu errichten.

³³ Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601; COM (2015) 192 final v. 6.5.2015.

1. Societas Privata Europaea und Societas Unius Personae

Dabei ist die grenzüberschreitende Erschließung des europäischen Binnenmarktes durch die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften kein Produkt jüngster Entwicklungen.

Bereits seit 1973 versuchte man auf europäischer Ebene, mit der supranationalen Rechtsform Societas Privata Europaea, kurz SPE³⁴, den grenzüberschreitenden Marktzugang voranzutreiben. Die komplizierten und unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften³⁵ der einzelnen Rechtsordnungen europäischer Mitgliedsstaaten wirkten nach Ansicht der Kommission seit jeher hemmend auf die Neugründung vielversprechender Unternehmen.³⁶ Nach angedrohter Rücknahme des SPE-Vorschlags am 2. Oktober 2013 durch die Europäische Kommission³⁷, wurde das Vorhaben am 21. Mai 2014 endgültig für gescheitert erklärt³⁸, ehe eine finale Fassung einer Verordnung überhaupt vorgestellt werden konnte.³⁹ Im Anschluss an das Scheitern der SPE wagte die Europäische Kommission mit der supranationalen Einpersonengesellschaftsform Societas Unius Personae, kurz SUP, einen erneuten Vorstoß. Neben vielen Neuerungen gegenüber der SPE, unterschied sich die SUP von der SPE maßgebend dadurch, dass sie online gegründet werden sollte.⁴⁰ Aber auch dieses Vorhaben scheiterte. Faktoren für ihr Scheitern waren die fehlende notarielle oder gerichtli-

34 Auch Europäische Privatgesellschaft, Société Fermée Européenne, SFE oder EPG genannt, vgl. hierzu *Peters/Wüllrich* NZG 2008, 807; *Bachmann* ZGR 2001, 351 (370).

35 Hierzu *Hommelhoff/Teichmann* DStR 2008, 925 (925 f.); *Kalss/Klampfl*, in: *Daus/Ludwigs* Hdb EU-Wirtschaftsrecht, E.III. Gesellschaftsrecht Rn. 620.

36 Grünbuch zur Innovation KOM(1995) 688, S. 43 ff.; Grünbuch KOM(2000) 567 Abschnitt 2.4, Abschnitt 4 Ziel 5.

37 Anhang zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT): Ergebnisse und Ausblick, v. 2.10.2013, COM(2013) 685 final, S. 10 Fn. 40.

38 ABIEU v. 21.5.2014, C 153/3, 6; hierzu auch *Bayer/J. Schmidt* BB 2015, 1731.

39 Anhang zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT): Ergebnisse und Ausblick, v. 2.10.2013, COM(2013) 685 final, S. 10 Fn. 40.

40 *Teichmann/Götz* ZEuP 2019, 260 (272 ff.).

che Prüfung der Gründungsunterlagen und Identifizierung der Gründer sowie deren Beratung und Belehrung im Vorfeld der Gründung.⁴¹

2. EU-Company Law Package

Im Gegensatz zu den Vorhaben SPE und SUP hat die Europäische Kommission mit der Richtlinie 2019/1151 die Online-Gründung nationaler Kapitalgesellschaften erneut aufgegriffen und es bis zu einer finalen Richtlinie gebracht, die von den Mitgliedsstaaten umgesetzt werden muss. Die Richtlinie 2019/1151 ist damit ein Produkt jahrzehntelanger Arbeit, die Erschließung des europäischen Binnenmarktes voranzutreiben, und reiht sich in den Prozess von der SPE zur SUP als (vorläufiges) Ergebnis ein.⁴²

So erhofft man sich durch eine Online-Gründung, dass wirtschaftliche Aktivitäten einfacher, rascher und effizienter vollzogen werden können.⁴³ Grenzüberschreitende Gründungen würden die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) von Unternehmen stärken.⁴⁴ Neben den darzustellenden wirtschaftlichen Vorteilen für den europäischen Binnenmarkt sollen auch die Verwaltungsabläufe durch den Einsatz digitaler Instrumente verbessert werden⁴⁵. Damit steigert die Online-Gründung nicht nur die Kosteneffizienz einer Gründung, sondern senkt zugleich den praktischen Aufwand für alle an einer Online-Gründung Beteiligten.⁴⁶

41 Weber, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, S. 31 f.; Klumpen, Die elektronische Gesellschaftsgründung über die Grenze, S. 45 ff.

42 So auch Teichmann/Götz ZEuP 2019, 260 (261).

43 Richtlinie (EU) 2019/1151 ErwG 2.

44 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 13.

45 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 5.

46 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 9.

a) Start-Up-Szene stärken

Von einer Online-Gründung könnten neben größeren Kapitalgesellschaften vor allem die Start-Up-Szene profitieren. Laut der Europäischen Kommission gibt es 19,2 Mio. Kapitalgesellschaften, von denen mindestens 18,816 Mio. kleinere und mittlere Unternehmen seien.⁴⁷ Mit der Richtlinie will die Europäische Kommission gerade letztgenannten Unternehmen den grenzüberschreitenden Marktzugang mit der Gründung einer Kapitalgesellschaft im EU-Ausland erleichtern.⁴⁸ Dies sei auch notwendig, um die Gründung florierender Unternehmen zu fördern. Die kleineren und mittleren Unternehmen identifiziert die Europäische Kommission als Schlüssel für die Förderung des Wirtschaftswachstums im europäischen Binnenmarkt.⁴⁹ Neben gesteigerten wirtschaftlichen Aktivitäten erhofft sich die Europäische Union ansteigende Gründeraktivitäten. Dies soll Arbeitsplätze schaffen, aber auch soziale Werte für Unternehmen stärken,⁵⁰ insgesamt den wirtschaftlichen und sozialen Nutzen von Gesellschaften steigern⁵¹.

b) Harmonisierung der europäischen Rechtsordnungen

Das Wachstum stuft die Europäische Kommission in genannten Gebieten als gefährdet ein, ließe man die Möglichkeiten einer Digitalisierung im EU-Gesellschaftsrecht außer Acht. Hauptfaktoren der ausgemachten Hemmung des grenzüberschreitenden Wachstums sind die unterschiedlichen Vorschriften zur Online-Eintragung, zur Online-Einreichung und zur Online-Veröffentlichung in den Mitgliedstaaten. Bei analogen Gründungen sollen für die Unternehmen unnötige Kosten und Belastungen entstehen, die Unternehmen im schlimmsten Fall

47 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 2.

48 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 2.

49 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 2.

50 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 2.

51 Richtlinie (EU) 2019/1151 ErwG. 3.

von einer grenzüberschreitenden Gründung abhalten könnten.⁵² So ergab auch eine von der Europäischen Kommission durchgeführte Konsultation, dass Unternehmensverbände vollständig online durchführbare Verfahren, elektronische Identifizierungsstandards und der Grundsatz der einmaligen Erfassung als oberste Priorität bei dem Abbau bestehender Hemmnisse für eine grenzüberschreitende Tätigkeit identifizieren. Dieser Einschätzung schlossen sich Wissenschaftler und Forschungseinrichtungen an,⁵³ wurde von Notaren und Gewerkschaften jedoch kritisch bewertet, mit einem Hinweis auf das Missbrauchsrisiko.⁵⁴

Um eine florierende Wirtschaft zu fördern, müsse auch ein entsprechendes administratives und rechtliches Umfeld geschaffen werden. Dies soll durch die nun zu ermöglichenden reibungsfreieren Online-Gründungen geschehen. Ziel ist, dass künftig z.B. ein Spanier und z.B. ein Franzose eine Kapitalgesellschaft z.B. in Deutschland gründen können, ohne dass sie hierfür unmittelbar höchstpersönlich oder vertreten durch einen Bevollmächtigten mittelbar dem Notar physisch im selben Raum gegenüber sitzen oder zur Abgabe der für die Gründung einer Kapitalgesellschaft erforderlichen Unterlagen für die Anmeldung im Registergericht erscheinen müssen.⁵⁵ Als wesentlichen Vorteil einer Online-Gründung gegenüber einer analogen Gründung identifiziert die Europäische Kommission Zeit- und Kostenersparnisse.⁵⁶ Auch entstünde ohne eine grenzüberschreitende Online-Gründung eine Ungleichbehandlung zwischen Unternehmen, weil grenzüberschreitenden Unternehmungen höhere Hürden für ihre Expansionsbestrebungen gestellt seien.⁵⁷

52 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 4.

53 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 10.

54 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 10 f.

55 *Eickelberg* NZG 2015, 81 (82); *Teichmann* ZIP 2018, 2351 (2354).

56 Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 4.

57 So deutet es die Europäische Kommission an, vgl. Begründung zur Richtlinie (EU) 2019/1151 COM (2018) 239 final v. 25.4.2018, S. 4, 6.

II. Das GmbH-Online-Gründungsrecht

Anhaltspunkte für die konkrete Umsetzung der Online-Gründung von Kapitalgesellschaften finden sich auf europäischer und auch bereits auf nationaler Ebene. In der EU-Richtlinie 2019/1151⁵⁸ hat die Europäische Kommission eine geringe Anzahl zwingend umzusetzender Regelungen aufgeführt. Auf nationaler Ebene hat ursprünglich das Bundesland Nordrhein-Westfalen einen ersten Gesetzesvorschlag im Bundesrat vorgestellt, mit welchem die Richtlinie der Europäischen Kommission umgesetzt werden soll.⁵⁹ Daneben besteht ein Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG) vom 5. Juli 2021, welches am 1.8.2022 in Kraft treten wird.⁶⁰

Ziel ist es, ein Vorbild für die Online-Gründung einer Aktiengesellschaft zu erarbeiten und das im Online-Gründungsrecht der GmbH bestehende Wissen zu nutzen. Anhand dieses Vorbildes sollen die Möglichkeiten und Grenzen einer Online-Gründung von Aktiengesellschaften aufgezeigt werden. Zudem sollen erste Erkenntnisse gesammelt und Formulierungsvorschläge bewertet werden, die auch bei der Umsetzung der Online-Gründung von Aktiengesellschaften zu berücksichtigen sind. Im Rahmen der Darstellung ist zu erarbeiten, ob der Gesetzesvorschlag des Bundeslandes NRW und das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG)⁶¹ die Vorgaben der europäischen Richtlinie erfüllen oder hinter den Vorgaben zurückbleiben.

1. Personeller Anwendungsbereich

Zu klären ist, ob neben natürlichen Personen auch Gesellschaften in den personellen Anwendungsbereich der Online-Gründung fallen und eine Kapitalgesellschaft online gründen können.

58 Alle im Folgenden Art. sind solche der Richtlinie (EU) 2019/1151.

59 Gesetzesantrag NRW, BR-Drucks. 611/19.

60 BGBl. 2021 I Nr. 52, S. 3338 (3369).

61 BGBl. 2021 I Nr. 52, S. 3338.

a) Vorgaben der Richtlinie 2019/1151 (EU)

Ob neben natürlichen Personen auch Gesellschaften die Möglichkeit einer Online-Gründung durch die Mitgliedsstaaten zu eröffnen ist, beantwortet die Richtlinie nicht eindeutig.

Der Anwendungsbereich der Online-Gründung ist gem. Art. 13g RL ausdrücklich nicht auf natürliche Personen beschränkt, während für elektronische Sachgründungen den Mitgliedsstaaten ganz eindeutig eine Opt-Out-Möglichkeit eröffnet wurde. Da es für Online-Gründungen durch Gesellschaften an einem solch ausdrücklichen Hinweis fehlt, könnten sie in den personellen Anwendungsbereich fallen. Andernfalls hätte eine ausdrückliche Regelung aufgenommen werden müssen. Die Europäische Kommission hat die Online-Gründung durch Gesellschaften als denklogisch vorausgesetzt, was Art. 13g Abs. 3 lit. a) RL untermauert. Dort heißt es, dass die von den Mitgliedsstaaten zu schaffenden Regelungen auch Verfahren zur Gewährleistung der erforderlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragssteller und ihrer Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft umfassen müssen. Hieraus ist abzuleiten, dass Gesellschaften eine Kapitalgesellschaft online gründen können sollen und der personelle Anwendungsbereich insoweit nicht auf natürliche Personen beschränkt ist.⁶² Andernfalls wäre es nicht notwendig, dass Antragssteller ihre Befugnis zur Vertretung einer Gesellschaft nachweisen müssten.

b) Gesetzesvorschlag NRW

Auch der Gesetzesvorschlag des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen beschränkt den personellen Anwendungsbereich der Online-Gründung einer GmbH nicht auf natürlichen Personen. In § 2 Abs. 3 GmbHG-E-NRW⁶³ heißt es nur, dass auf die Beurkundung mittels Fernkommunikation nicht zurückgegriffen werden kann, wenn Sacheinlagen vereinbart sind.

62 So auch *Birkefeld/Schäfer* BB 2019, 2626 (2628); *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601 (605).

63 Gesetzesantrag NRW, BR-Drucks. 611/19, S. 2.

Vom Anwendungsbereich der Online-Gründung nimmt der Gesetzesvorschlag somit nur die Sachgründung aus. Die Gründung durch Gesellschaften wäre durch die gewählte Formulierung möglich.

c) Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG)

Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG) weicht von dem Gesetzesvorschlags des Bundeslandes NRW nicht ab und schränkt den Anwendungsbereich der Online-Gründung in personeller Hinsicht nicht ein. Trotz entgegengebrachter Kritik⁶⁴ ist es natürlichen Personen und Gesellschaften möglich, eine GmbH im Rahmen eines elektronischen Gründungsverfahrens zu gründen. Mit dem Gesellschaftsregister für die GbR und dem Handelsregister für die OHG, die KG, die AG und die GmbH bestehen Register, mit denen sich die Existenz einer inländischen Gesellschaft künftig rechtsicher beurteilen lässt. Der Existenznachweis ausländischer Gesellschaften lässt sich hingegen nicht einheitlich beschreiben. Er hängt von der Zuverlässigkeit der ausländischen Register und von dem Umstand ab, ob die Gesellschaft überhaupt in ein Register einzutragen ist.

d) Zwischenergebnis

Nach der Richtlinie müssen auch Gesellschaften eine GmbH elektronisch gründen können. Sowohl der Gesetzesvorschlag des Bundeslandes NRW und das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG) setzen diese Vorgabe um, in dem sie den persönlichen Anwendungsbereich der elektronischen Gründung nicht einschränken.

2. Vollmachtsgründungen

Fraglich ist, ob sich Gründer von Bevollmächtigten bei einer Online-Gründung vertreten lassen können.

⁶⁴ *Lieder NZG* 2018, 1081 (1083 f.); *Knaier GmbHR* 2018, 560 (563 f.); *Teichmann GmbHR* 2018, 1 (11 f.); *ders. ZIP* 2018, 1081 (1083 f.); *Stelmaszczyk/Kienzle ZIP* 2021, 765 (772).