

Die Auswirkungen der digitalen Transformation auf die Rolle des Notars im Recht der GmbH

Slabsche, Hendrik Franz*

ZUSAMMENFASSUNG

Das Notariat ist ein wesentlicher Bestandteil des deutschen Systems der vorsorgenden Rechtspflege, welches wiederum essenziell für Rechtssicherheit ist. Es unterliegt einem zunehmenden Einsatz digitaler Mittel, wodurch sich die Frage stellt, ob auf notarielle Mitwirkung dank technologischer Entwicklungen in Zukunft verzichtet werden kann. In diesem Beitrag wird sich mit dieser Fragestellung speziell für das Recht der GmbH auseinandergesetzt und aufgezeigt, warum Notare auch in einem digitalisierten Rechtsumfeld nicht hinwegzudenken sind.

Keywords Notar; Digitalisierung; GmbH; Beurkundung; DiRUG; DiREG; Gesellschaftsrecht

A. Einleitung

Die umfassende digitale Transformation führt zu Veränderungen auch im GmbH-Recht, bezüglich dessen es in jüngerer Zeit gewichtige Digitalisierungsentwicklungen gegeben hat. In diesem Rechtsgebiet nimmt der Notar¹ aufgrund der zahlreichen Schritte im Lebenszyklus einer GmbH, bei denen seine Mitwirkung obligatorisch ist, eine zentrale Rolle ein.² Allerdings stehen notarielle Verfahren auf den ersten Blick im Widerspruch zu den mit zunehmender Digitalisierung versprochenen Vorteilen, etwa Schnelligkeit und Einfachheit rechtlicher Vorgänge.³ Belegt das deutsche Notariat demzufolge trotz aktueller Digitalisierungsbewegungen weiterhin einen prominenten Platz im Recht der GmbH? Um diese Frage zu beantworten, erfolgt zunächst eine Herausarbeitung der zentralen Rolle des Notars im (analogen) Gesellschaftsrecht (B.). Anschließend wird auf aktuelle Entwicklungen im GmbH-Recht mit Bezug zur notariellen Tätigkeit sowie die Motive hinter diesen Entwicklungen eingegangen (C.). Hierauf folgt eine Darstellung der Risiken, die mit einer Digitalisierung beurkundungsrechtlicher Vorgänge einhergehen (D.). Den Schwerpunkt bildet sodann eine Untersuchung der Lösungen, mit denen der Gesetzgeber auf ebene Risiken reagiert (E.), bevor abschließend ein Fazit gezogen wird (F.).

B. Das Notarwesen im GmbH-Recht

I. Die Aufgaben des Notars

Der Notar ist auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege tätig, § 1 BNotO. Durch sie sollen spätere Rechtsstreitigkeiten mittels umfangreicher Beratung der Parteien im Vorfeld von rechtserheblichen Handlungen vermieden werden.⁴ Hierdurch werden die Gerichte, welche sich mit eben solchen Rechtsstreitigkeiten nachsorgend befassen, entlastet.⁵ Ob und, wenn ja, welche Art der Beurkundung erforderlich ist, richtet sich allein nach dem materiellen Recht, wobei die Regelungssystematik dort nicht spiegelbildlich zu derjenigen im BeurkG ist. So verlangt § 128 BGB zwar eine „notarielle Beurkundung“, meint damit aber nur die Beurkundung gemäß des zweiten Abschnitts des BeurkG (§§ 6 – 35 BeurkG).⁶ Eine solche Beurkundung von Willenserklärungen verlangt

das GmbHG für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags (§ 2 Abs. 1 GmbHG), von Verträgen über die Abtretung von Gesellschaftsanteilen sowie Verpflichtungsvereinbarungen zu einer Abtretung (§ 15 Abs. 3 und 4 S. 1 GmbHG) und satzungsändernde Gesellschafterbeschlüsse (§ 53 Abs. 3 S. 1 GmbHG).⁷ Neben der Beurkundung von Willenserklärungen sind im BeurkG noch „Sonstige Beurkundungen“ geregelt (§§ 36 – 43 BeurkG), deren Gegenstand andere Erklärungen sowie sonstige tatsächliche Vorgänge sind.⁸ Daher fällt die öffentliche Beglaubigung im Sinne des § 129 BGB, bei der lediglich die Echtheit einer Unterschrift sowie die Identität des Unterzeichnenden bezeugt wird,⁹ unter die §§ 36 ff. BeurkG.¹⁰ Die

* Der Autor studierte Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer wirtschaftsrechtlichen Kanzlei. Der Aufsatz beruht auf einer Seminararbeit aus dem Schwerpunktbereich Law and Finance.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Slabsche, Die Auswirkungen der digitalen Transformation auf die Rolle des Notars im Recht der GmbH, FraLR 2024 (02), S. 97-104. DOI: 10.21248/gups.87032

¹Zur besseren Lesbarkeit beschränkt sich dieser Aufsatz auf das generische Maskulinum.

²Bormann/Seebach in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18 Rn. 1; Wicke, ZIP 2006, 977 (977).

³Zu diesen Vorteilen ErwGr. 2, 8 DigRL; zur Sorge einer nachlassenden Bedeutung des Notars aufgrund entsprechender gesellschaftsrechtspolitischer Tendenzen Preuß, RNotZ 2009, 529 (530); Kirchner, DNotZ-Sonderheft 2016, 115 (118); Weber (2021), Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, S. 91 f.

⁴Preuß (2005), Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, S. 77 f.; Teichmann, GmbHR 2018, 1 (2).

⁵Wicke, ZIP 2006, 977 (977); Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 26.

⁶Mansel in Jauernig BGB, § 128 Rn. 1; Einsele in MüKo BGB, § 128 Rn. 5.

⁷Da die UG (haftungsbeschränkt) eine Unterform der GmbH ist, Mayer/Weiler in BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 271, gelten die Beurkundungserfordernisse für sie gleichermaßen, sodass auf eine Differenzierung zwischen den Gesellschaftsformen verzichtet wird.

⁸Winkler BeurkG, Vor § 36 Rn. 1; Limmer in Frenz/Miermeister, § 8 BeurkG Rn. 1.

⁹Weber, S. 72.

¹⁰Einsele in MüKo BGB, § 129 Rn. 3.

öffentliche Beglaubigung hat im GmbH-Recht einen deutlich größeren Anwendungsbereich als die Beurkundung von Willenserklärungen, da gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HGB jede Anmeldung zum Handelsregister in öffentlich beglaubigter Form einzureichen ist. Die Beurkundung von Willenserklärungen ist in der Praxis, mithin auch in dieser Arbeit, indes die bedeutendere Art der Beurkundung, vor allem weil die Belehrungs- und Prüfpflichten des Notars intensiver sind.¹¹ Deren Prozedere umfasst unter anderem die Feststellung der Beteiligten sowie deren Geschäftsfähigkeit und die Verlesung der Niederschrift. Der „vorsorgende“ Charakter dieses Vorgangs ergibt sich größtenteils aus § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG, nach denen der Notar unter anderem den Willen der Beteiligten erforschen, sie über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und über Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit des Geschäfts aufklären soll. Hier wird die Prüfungs-, Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars normiert,¹² wodurch formell-rechtlich abgesichert ist, dass die materiellen Zwecke des Beurkundungsverfahrens erreicht werden.¹³

II. Zwecke notarieller Mitwirkung im GmbH-Recht

Welche materiellen Zwecke das Beurkundungsverfahren verfolgt, muss mit Blick auf das zu beurkundende Geschäft im Einzelfall festgestellt werden.

Beurkundungsvorgängen, die eine GmbH betreffen, liegt die Ausgangslage zugrunde, dass die Beteiligten unternehmerisch agieren. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass es auf die Expertise des Notars nicht ankommt. So stehen hinter dem Großteil der GmbH kleine und mittlere Unternehmen.¹⁴ Viele der Inhaber solcher Unternehmen sehen sich im Rahmen der Gründung das erste Mal mit dem Gesellschaftsrecht konfrontiert und sind insofern juristische Laien.¹⁵ Geschützt beziehungsweise gewarnt werden müssen sie vor überstürzten, potenziell folgenschweren Rechtshandlungen (sogenannte Warn- und Schutzfunktion).¹⁶ Dieser Schutz wird einerseits durch die notarielle Belehrung der Beteiligten über die rechtlichen Risiken des Geschäfts erreicht,¹⁷ andererseits durch die tatsächliche Entschleunigung des rechtsgeschäftlichen Vorgangs, sodass die Parteien bereits aufgrund der zeitlichen Verzögerung, die die Einbindung des Notars mit sich bringt, gehindert sind, überstürzt zu handeln.¹⁸ Ferner erlangt die Schlichtungsfunktion des Notars große Bedeutung, sobald Personen mit entgegengesetzten Interessen aufeinandertreffen, wie dies bei Gesellschaften mit einem größeren Gesellschafterbestand häufig der Fall ist.¹⁹ Der Notar kann hier als neutraler Dritter von immenssem Wert für die Beteiligten sein. Zwar mögen diese anwaltlich beraten sein, doch ist die Aufgabe eines Anwalts gerade, die Interessen seines Mandanten zu vertreten,²⁰ wohingegen der Notar wegen seiner Eigenschaft als Amtsträger keinen Mandanten hat, sondern im Interesse aller tätig ist.²¹ Darüber hinaus sollen spätere, gegebenenfalls kostenintensive Gerichtsverfahren vermieden werden. Rechtsökonomisch gesprochen geht es also um die Senkung von Streitbewältigungskosten.²² Dieser Gedanke hat einerseits den finanziellen Schutz der Beteiligten vor Augen, andererseits dient er auch der Entlastung der Gerichte aus organisatorisch-personeller, folglich der Entlastung der Staatskasse aus wirtschaftlicher Sicht.²³ Die Arbeit des Notars ist demgemäß gewissermaßen die Wahrnehmung

gerichtlicher Aufgaben;²⁴ er ist eine „Außenstelle der Justiz“²⁵.

Zudem ist im gesamten Gesellschaftsrecht das Handelsregister als vertrauensschaffender Bestandteil der deutschen Rechtspraxis von zentraler Bedeutung. Gesetzliche Anker der Zuverlässigkeit der im Register enthaltenen Informationen sind zum einen das Erfordernis öffentlicher Beglaubigung gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HGB, zum anderen die im Regelfall²⁶ vorzunehmende notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit nach § 378 Abs. 3 S. 1 FamFG. Zwar prüft auch das Gericht eingegangene Anmeldungen umfangreich,²⁷ doch führt die notarielle Vorbefassung zu einer erhöhten Sicherheit der Beteiligten darüber, dass es nicht zu Auseinandersetzungen mit dem Registergericht kommen wird. Außerdem werden die Gerichte entlastet,²⁸ indem sie idealiter auf fehlerfreie Anmeldungen treffen. Der Notar hält unzulässige, sachwidrige oder missverständliche Anträge von den Registergerichten fern (sogenannte Filterfunktion);²⁹ weshalb ihm die Rolle eines „Gatekeeper“³⁰ zugesprochen wird. Diese doppelte Kontrolle führt zu einem erheblichen Vertrauen in die Verlässlichkeit des deutschen Registerwesens und ist die Grundlage der Publizitätswirkung des § 15 HGB.³¹

Eine Besonderheit im Katalog der beurkundungsbedürftigen kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorgänge stellt die

¹¹Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 488.

¹²Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 494 f.; Winkler BeurkG, § 17 Rn. 242 ff.

¹³Frenz in Frenz/Miermeister, § 17 BeurkG Rn. 1.

¹⁴Wicke, ZIP 2006, 977 (981).

¹⁵Bormann, ZGR 2017, 621 (640); Berger/Brem, GWR 2021, 413 (415).

¹⁶Stadler in Jauernig BGB, § 311b Rn. 1; Kindler in BeckNotar-HdB, § 31 Rn. 19; zum Beurkundungserfordernis bei Geschäften über Grundeigentum bereits Mugdan (1899), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 621.

¹⁷BGH DNotZ 1992, 813 (815); 1996, 116 (116).

¹⁸Lieder, ZIP 2018, 805 (806); Weber, S. 77; Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 7.

¹⁹Kirchner, DNotZ-Sonderheft 2016, 115 (118); Teichmann, GmbHR 2018, 1 (13).

²⁰Preuß, DNotZ 2008, 258 (268); Priester in Hauschild/Kallrath/Wachter, § 1 Rn. 15 f.

²¹§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO: „Er hat nicht eine Partei zu vertreten, sondern die Beteiligten unabhängig und unparteiisch zu betreuen.“ Weitergehend hierzu Weber, S. 78; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 146 f.

²²Lieder, ZIP 2018, 805 (807); Stelmaszczyk in BeckOGK GmbHG, § 2 Rn. 42.

²³Ruhwinkel in MüKo BGB, § 311b Rn. 2.

²⁴BVerfGE 17, 371 (377); 131, 130 (141); DNotV, Stellungnahme zum DiRUG, S. 3.

²⁵Preuß, DNotZ 2008, 258 (264); Teichmann, GmbHR 2018, 1 (1); Noack, DB 2018, 1324 (1328).

²⁶Zu den wenigen Ausnahmen Otto in BeckOK FamFG, § 378 Rn. 30.

²⁷Otto in BeckOK FamFG, § 378 Rn. 77.

²⁸Priester in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 1 Rn. 61 f.; Bock, DNotZ 2018, 643 (651).

²⁹Priester in Hauschild/Kallrath/Wachter, § 1 Rn. 34; Bock, DNotZ 2018, 643 (644).

³⁰Lieder, NZG 2018, 1081 (1088); Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (609); Weber, S. 81.

³¹BGHZ 105, 324 (388); Priester in Hauschild/Kallrath/Wachter, § 1 Rn. 35; Weber, S. 83; Eickelberg, NZG 2015, 81 (84); Franke/Schreiber, RD 2022, 116 Rn. 4.

Abtretung von GmbH-Anteilen sowie zu solchen verpflichtende Vereinbarungen dar, weil die Übertragung von Beteiligungen an anderen Gesellschaften grundsätzlich formfrei ist.³² Hintergrund dieser ungewöhnlichen Regelung ist der Wille des historischen Gesetzgebers, sowohl den Handel mit GmbH-Anteilen zu erschweren, um solche Anteile nicht zu Spekulationsobjekten werden zu lassen, als auch das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit der Übertragung zu gewährleisten.³³

III. Zwischenergebnis

Der Notar nimmt eine zentrale Rolle im System der vorsorgenden Rechtspflege ein, welches gerade im Gesellschaftsrecht von hoher Bedeutung ist. Durch seine Mitwirkung soll es gar nicht erst zu gerichtlichen Konflikten kommen. Um dieses Ziel zu erreichen, muss er darauf achten, dass keiner der Beteiligten „über den Tisch gezogen wird“ und der zugrundeliegende rechtliche Vorgang wirksam ist. Der Notar schafft dadurch Rechtsfrieden und -sicherheit.

C. Auswirkungen der digitalen Transformation

Hieran anknüpfend ist fraglich, welche Auswirkungen die digitale Transformation auf die Rolle des Notars im GmbH-Recht hat. Hierfür werden zunächst die jüngeren Gesetzesänderungen aufgezeigt, durch welche dieses Rechtsgebiet digitaler wurde, und ihre Motive beleuchtet.

I. Gesetzesänderungen

Die nachfolgend dargestellten Gesetzesänderungen sind durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 05.07.2021 (BGBl. I S. 3338) oder das Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG) vom 15.07.2022 (BGBl. I S. 1146) eingeführt worden. Das DiRUG setzt die Vorgaben der als Digitalisierungsrichtlinie bezeichnete RL (EU) 2019/1151 (DigiRL) um, welche zusammen mit der Mobilitätsrichtlinie den Company Law Package bildet.³⁴ Durch das DiREG wurde der Anwendungsbereich der neuen digitalen Werkzeuge zum Teil noch vor Inkrafttreten der Änderungen durch das DiRUG erweitert.

1. Verfahrensrechtliche Änderungen Oben wurde bereits gezeigt, dass die Beurkundung von Willenserklärungen gemäß den §§ 6 ff. BeurkG als verfahrensrechtliches Pendant zu § 128 BGB die bedeutendste Tätigkeit des Notars ist. Folglich stellt die Einführung einer „Beurkundung [von Willenserklärungen] mittels Videokommunikation“ in den §§ 16a – 16e BeurkG auch die wichtigste Gesetzesänderung für die Praxis dar. Durch sie sollen die bewährten Standards des Präsenzbeurkundungsverfahrens möglichst ohne inhaltliche Änderung in die digitale Welt übertragen werden.³⁵ Notwendig war die Einführung, weil die DigiRL die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, die in Deutschland dem Beurkundungserfordernis unterliegende Gründung einer GmbH vollständig digital durchführbar zu machen.³⁶ Das neue Verfahren darf indes gemäß § 16a Abs. 1 S. 1 aE BeurkG nur genutzt werden „soweit dies durch

Gesetz zugelassen ist“. Die Durchführung der Online-Beurkundung setzt folglich eine entsprechende materiell-rechtliche Regelung voraus.

Da es nach dem europäischen Gesetzgeber außerdem möglich sein soll, „während des gesamten Lebenszyklus der Gesellschaft“³⁷ Unterlagen bei nationalen Registern vollständig online einzureichen, sieht der neue § 40a BeurkG erstmals die Möglichkeit vor, qualifizierte elektronische Signaturen (sowohl in Präsenz als auch mittels Videokommunikation) beglaubigen zu lassen,³⁸ jedoch gemäß Abs. 1 S. 2 ebenfalls nur, „soweit dies durch Gesetz zugelassen ist.“

2. Materiell-rechtliche Änderungen Eines der Kernanliegen der DigiRL ist es, die vollständige Online-Gründung von Kapitalgesellschaften zu ermöglichen.³⁹ Diesem ist der deutsche Gesetzgeber mit der Einfügung des § 2 Abs. 3 GmbHG nachgekommen. Dabei wurde durch das DiRUG ursprünglich nur das von der DigiRL vorgegebene Mindestmaß, namentlich Bargründungen einer GmbH, umgesetzt. Dieser beschränkte Anwendungsbereich wurde durch das DiREG erweitert, sodass nun auch Vollmachts- sowie Sachgründungen zulässig sind.⁴⁰ Der zweite Anwendungsbereich für das Videobeurkundungsverfahren betrifft satzungserändernde Gesellschafterbeschlüsse. Diesbezüglich eröffnet § 53 Abs. 3 S. 2 GmbHG die Anwendbarkeit der §§ 16a bis 16e BeurkG, allerdings nur, sofern der Beschluss einstimmig gefasst wurde. Gesellschafterbeschlüsse ohne absolute Mehrheit müssen weiterhin in einem notariellen Präsenzverfahren beurkundet werden.⁴¹ Diese Neuerung wurde erst durch das DiREG eingeführt,⁴² geht also ebenfalls nicht auf Vorgaben der DigiRL zurück. Im Übrigen ist das Online-Verfahren für keine weiteren Beurkundungen von Willenserklärungen zugelassen.⁴³ Dass die Online-Gründung etwa nicht auch für Aktiengesellschaften zulässig ist, ist auf die Öffnungsklausel in Art. 13g Abs. 1 in Verbindung mit Anhang IIa DigiRL zurückzuführen, welche es den nationalen Gesetzgebern ermöglicht, die Online-Gründung auf bestimmte Gesellschaftsformen (in Deutschland die GmbH) zu beschränken.

Hingegen für alle Typen von Gesellschaften gleichermaßen anwendbar ist die Neuheit, gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 HGB Anmeldungen zum Handelsregister im Wege der Videokommunikation beglaubigen zu lassen. Diese Norm

³²Wicke, ZIP 2006, 977 (981).

³³Begr. zum Gesetzentwurf betr. die GmbH, Reichstag Aktenstück 1890/92, Nr. 660, Bd. 125, 3724, 3729, zitiert bei König/Götte/Bormann, NZG 2009, 881 (881 f.); zu diesem Regelungshintergrund auch BGHZ 13, 49 (51 f.); BGH ZIP 1996, 1901 (1902); Wicke, ZIP 2006, 977 (979); Weller/Reichert in MüKo GmbHG, § 15 Rn. 16.

³⁴J. Schmidt, ZIP 2021, 112 (112); Franke/Schreiber, RD 2022, 116 Rn. 1.

³⁵Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 112.

³⁶Art. 13g Abs. 1 in Verbindung mit Anh. IIa DigiRL; Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 62.

³⁷ErwGr. 26 DigiRL.

³⁸Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 127.

³⁹ErwGr. 8 DigiRL; Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 62.

⁴⁰Heckschen/Knaier, NZG 2022, 885 (888 ff.).

⁴¹Born in BeckOGK GmbHG, § 53 Rn. 276.

⁴²RegE DiREG, BT-Drs. 20/1672, Art. 6 Nr. 2.

⁴³Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 443 d f.

ist das materiell-rechtliche Pendant zur Beglaubigung qualifizierter elektronischer Signaturen (auch) mittels Videokommunikation gemäß § 40a Abs. 1 S. 2 BeurkG. Dessen Anwendbarkeit ist für die Leitung einer Gesellschaft wegen zahlreicher Eintragungspflichten äußerst praxisrelevant, zum Beispiel bei Änderungen hinsichtlich der Geschäftsführer.

II. Motive für die Gesetzesänderungen

Bevor die Risiken der Digitalisierung des Rechts der GmbH beleuchtet werden, ist zu fragen, warum die Entstehung von Risiken überhaupt in Kauf genommen wird. Der europäische Gesetzgeber verfolgt mit den durch die DigiRL herbeigeführten Änderungen vor allem das Ziel, den unionsweiten Rechtsstandard nicht international in Rückstand geraten zu lassen. So wird in einem Erwägungsgrund zum Erlass der DigiRL davon gesprochen, dass das Motiv der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarkts wesentlicher Treiber der Neuregelung war.⁴⁴ Dafür brauche es ein rechtliches Umfeld, welches „den neuen wirtschaftlichen und sozialen Herausforderungen der Globalisierung und Digitalisierung gewachsen ist“⁴⁵, um unter anderem Ziele wie die „Förderung des Wirtschaftswachstums [...] und die Mobilisierung von Investitionen in die Union“⁴⁶ zu erreichen. Speziell die Einrichtung einer Online-Gründung von Kapitalgesellschaften wird zudem mit der Erwägung begründet, Kosten im Zusammenhang mit der Gründung zu senken, um damit insbesondere kleine und mittlere Unternehmen zu entlasten.⁴⁷ Weiterhin erhofft man sich als Folge der Online-Gründung und der vollständig digitalen Einreichung von Registeranmeldungen eine gesteigerte Schnelligkeit und Benutzerfreundlichkeit des Verfahrens.⁴⁸

Auch der deutsche Gesetzgeber spricht von einer Welt, die sich im digitalen Wandel befinde; an die Folgen dieses Wandels müsse sich das Recht anpassen.⁴⁹ Das Recht folgt sozusagen dem Wandel, wobei Wandel hier als Synonym für die digitale Transformation verstanden werden kann. Diese Entwicklung wurde durch die Covid-19-Pandemie und die damit einhergehende Verlagerung zahlreicher Vorgänge des privaten sowie geschäftlichen Lebens in digitale Räume erheblich beschleunigt.⁵⁰ Die hierbei gewonnenen Erfahrungen zur Digitalisierung des Gesellschaftsrechts waren größtenteils positiv, was für den deutschen Gesetzgeber ein Argument ist, für die nachpandemische Zeit an bewährten digitalen Methoden festzuhalten.⁵¹ Er hält diesen Wandel bereits für weit fortgeschritten. Exemplarisch hierfür können seine Ausführungen zur im Rahmen einer Beurkundung mittels Videokommunikation erforderlichen Hardware herangezogen werden: „Es wird davon ausgegangen, dass [...] alle [GmbH-]Gründer ein NFC-fähiges Smartphone bereits besitzen“⁵² und „dass Unternehmen bereits [...] über die Hardwarevoraussetzungen (Computer mit Webcam und Mikrofon, Smartphone mit NFC-Funktion) verfügen [...]“.⁵³ Dem EU-Gesetzgeber folgend begründen die deutschen Legislativorgane die Neurungen insbesondere mit Kostenreduktionen sowohl für die Gesellschaft selbst als auch für ihre Gesellschafter. Zuletzt verspricht sich der deutsche Gesetzgeber durch die Neuregelungen einen Bürokratieabbau.⁵⁴

D. Risiken der Digitalisierung des Kapitalgesellschaftsrechts

Der Transfer des Lebenszyklus einer Kapitalgesellschaft in die digitale Welt ist also mit einigen Hoffnungen verbunden. Jedoch birgt er zugleich Risiken: zum einen für die Beteiligten, zum anderen für die Allgemeinheit, die sich auf die Richtigkeit der rechtlichen Vorgänge verlassen können muss. Im Vordergrund steht die Sorge, im Rahmen von digitalen Verfahren die Identität der Beteiligten nicht sicher feststellen zu können,⁵⁵ wodurch Ereignisse wie der sogenannte Identitätsdiebstahl, bei dem Akteure unter Identitäten anderer Personen auftreten, erleichtert werden könnten.⁵⁶ Die Gründe hierfür sind in der Regel krimineller Natur, so dient Identitätsdiebstahl häufig der Steuerhinterziehung, Geldwäsche und anderen Wirtschaftsstraftaten.⁵⁷ Dieser ist im Vereinigten Königreich mangels materieller Kontrolle der beim dortigen Äquivalent zum Handelsregister eingereichten Dokumente ein handfestes Problem.⁵⁸ Speziell in Deutschland kommt die rechtliche Gefahr hinzu, dass die festgestellte Identität als Teil der notariellen Niederschrift gemäß § 415 Abs. 1 ZPO den vollen Beweis erbringt, damit einer (register)gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist und mit der Eintragung sowie Bekanntmachung im Handelsregister gemäß § 15 Abs. 2 HGB volle positive Publizitätswirkung entfaltet.⁵⁹

Eng hiermit verknüpft ist die Befürchtung, in einem virtuellen Beurkundungsverfahren Zweifel über die Rechts- oder Geschäftsfähigkeit oder – sofern eine Stellvertretung vorliegt – Vertretungsbefugnis der Beteiligten nicht ausräumen zu können.⁶⁰ Außerdem ist es bei einem rein digitalen Termin für den Notar deutlich schwieriger, etwaige Nötigungslagen zu erkennen, etwa wenn ein Beteiligter durch eine bei sich im Raum befindliche Person zur Abgabe bestimmter Erklärungen gezwungen wird.⁶¹

⁴⁴ErwGr. 2 DigiRL.

⁴⁵ErwGr. 3 DigiRL.

⁴⁶ErwGr. 3 DigiRL.

⁴⁷ErwGr. 8 DigiRL.

⁴⁸ErwGr. 7, 16, 24 DigiRL.

⁴⁹Begr. Regierungsfractionen-Entw. Gesetz zur Einf. virt. HV, BT-Drs. 20/1738, S. 1, 14.

⁵⁰Ebenso Berger/Brem, GWR 2021, 413 (413).

⁵¹Begr. Regierungsfractionen-Entw. Gesetz zur Einf. virt. HV, BT-Drs. 20/1738, S. 14; Stellungnahme BRat zum DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 177; Begr. RegE DiREG, BT-Drs. 20/1672, S. 23.

⁵²Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 68.

⁵³Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 69.

⁵⁴Stellungnahme BRat zum DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 177.

⁵⁵Bormann, ZGR 2017, 621 (634); Noack, DB 2018, 1324 (1328); Bock, DNotZ 2018, 643 (645).

⁵⁶Kindler/Jobst, DB 2019, 1550 (1551); Franke/Schreiber, RD 2022, 116 Rn. 2; Knaier, FS Heidinger, 2023, 257, (263 f.); Lieder, NZG 2020, 81 (85).

⁵⁷Lieder, NZG 2022, 1043 (1049 f.); DNotV, Stellungnahme zum DiRUG, S. 3.

⁵⁸Wolf, MittBayNot 2018, 510 (521); Ries, NZG 2014, 569 (569); Weber, S. 100.

⁵⁹Kienzle, DNotZ 2021, 590 (597); Lieder, NZG 2022, 1043 (1049); DNotV, Stellungnahme zum DiRUG, S. 4; BNotK, Stellungnahme zum DiRUG, S. 4.

⁶⁰BNotK, Stellungnahme zum DiRUG, S. 4.

⁶¹Kindler/Jobst, DB 2019, 1550 (1551); Wolf, MittBayNot 2018, 510 (522).

Dies kann genauso übersehen werden wie möglicherweise bestehender Beratungsbedarf, welcher in einem Präsenzverfahren durch Gestik und Mimik leichter zu identifizieren ist als bei einem Online-Verfahren, im Rahmen dessen non-verbale Kommunikation deutlich schwieriger wahrnehmbar ist.⁶² Zuletzt entfällt auch die angesprochene Warnwirkung des wortwörtlichen Gangs zum Notar, durch den die Beteiligten schon vor der Belehrung im rechtlichen Sinne die Besonderheit und das finanzielle Risiko des Bevorstehenden erkennen sollen.⁶³ Außerdem haben Online-Verfahren in der Regel eine Beschleunigung des Prozederes zur Folge, was gerade ein Ziel der Digitalisierung darstellt. Wie gezeigt ist aber auch die bewusste Entschleunigung des Beurkundungsvorgangs Teil des Übereilungsschutzes, sodass insgesamt eine gesteigerte Gefahr unzureichend überlegter Entscheidungen drohen könnte.

In infrastruktureller Hinsicht besteht insbesondere die Sorge vor Missbrauchs- und Problemanfälligkeit der genutzten Systeme, gepaart mit datenschutzrechtlichen Bedenken.⁶⁴ Da die geläufigsten Videokommunikationsportale derzeit von ausländischen, insbesondere US-Unternehmen, betrieben werden, wird die Abwicklung sensibler Vorgänge über ausländische Server wegen der damit einhergehenden datenschutzrechtlichen Gefahren als besonders riskant angesehen.⁶⁵

E. Lösungen

Es zeigt sich, dass die mit der Einführung digitaler Verfahren im GmbH-Recht verbundenen Hoffnungen durch Sorgen getrübt werden, welche der deutsche Gesetzgeber auf mehreren Wegen zu nehmen versucht. Die Art und Weise wie er technischen Fortschritt im Recht, Rechtssicherheit und Beteiligenschutz in Einklang bringen möchte, kann als Lehrstück dafür herhalten, wie die digitale Transformation zielführend und gleichzeitig sicher das Recht verändern kann.

Der Gesetzgeber beschreitet drei grundlegende Wege, um den genannten Risiken zu begegnen. Im Vordergrund steht die auch im digitalen GmbH-Recht unverändert große Bedeutung des Notars. Die zweite Methode besteht darin, den neuen digitalen Werkzeugen nur einen begrenzten Anwendungsbereich zuzuweisen, da sie in Bereichen, in denen sie nicht eingesetzt werden, auch keinen Schaden anrichten können. Drittens bildet die sichere Ausgestaltung der digitalen Infrastruktur die Grundlage für eine Vertrauensbildung der Beteiligten sowie der Allgemeinheit.

I. Einbindung der Notare

Dem Notar kommt bei der Beurkundung beziehungsweise Beglaubigung mittels Videokommunikation nach wie vor eine zentrale Rolle zu. Die Online-Verfahren sind von ihrem Ablauf und der Funktionsweise her ihren analogen Pendanten nachgebildet.⁶⁶ So ist der Gleichlauf zwischen der Beurkundung mittels Videokommunikation und der analogen Variante augenfällig. Auch erstere hat eine Niederschrift zum Ergebnis, bloß in elektronischer Form, §16b BeurkG. Außerdem ist in § 16c BeurkG ausführlich geregelt, wie der Notar die Identität der Beteiligten zu überprüfen hat (dazu unter E. III.). Zudem gelten

die allgemeinen Vorschriften über die Beurkundung, beispielsweise die grundsätzliche Vorlesungspflicht des § 13 BeurkG und die Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG, uneingeschränkt auch für das virtuelle Format. Deutlich wird die herausgehobene Stellung des Notars in der Online-Beurkundung in § 16a Abs. 2 BeurkG, wonach er die Beurkundung mittels Videokommunikation ablehnen soll, wenn er die Erfüllung seiner Amtspflichten auf diese Weise nicht mehr gewährleisten kann. Als Beispiele hierfür nennt die Norm die fehlende „Gewissheit über die Person eines Beteiligten“ oder „Zweifel an der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten“. In diesen, nicht abschließend aufgezählten Fällen,⁶⁷ hat der Notar die Beteiligten folglich auf das Präsenzverfahren zu verweisen, sofern nicht allgemeine Ablehnungsgründe, etwa nach § 4 BeurkG (Verfolgung unerlaubter Ziele), vorliegen.⁶⁸ Zwar steht das initiale Entscheidungsrecht für oder gegen das digitale Verfahren den Beteiligten zu,⁶⁹ mit dem Notar steht und fällt allerdings dessen Durchführung. Dies ist auch eine der Antworten auf die aufgezeigten Risiken der Identitätsfeststellung sowie dem Übersehen fehlender Rechts- oder Geschäftsfähigkeit.⁷⁰ Es zeigt zudem, wie der Gesetzgeber auf spezifisch virtuelle Unsicherheiten reagiert: im Zweifel lieber analog. Demnach bleibt der Notar „Herr des Verfahrens“⁷¹, was auch auf den europäischen Gesetzgeber zurückzuführen ist: Dieser ließ es in der DigiRL ausdrücklich zu, nationale gesellschaftsrechtliche Traditionen zu wahren und gestattete dementsprechend, Notare in das Online-Verfahren miteinzubeziehen.⁷² Diese explizite Duldung der Einbindung des Notars in das digitale Recht der GmbH ist eine erfolgreiche Behauptung der deutschen Ausgestaltung des Systems der vorsorgenden Rechtspflege über europäische Harmonisierungsbewegungen, denen die notarielle Mitwirkung zum Opfer gefallen wäre. Eine solche Bewegung war die geplante, aber mittlerweile verworfene, Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft, *Societas Unius Personae* (SUP), welche ohne notarielle Mitwirkung hätte gegründet werden können.⁷³ Letzteres rief, insbesondere aufgrund der befürchteten Zunahme krimineller Gefahren – der Deutsche Notarverein sprach davon, dass Europa zu einem „multikriminellen Binnenmarkt“⁷⁴ zusammenwachsen würde – einen Aufschrei

⁶²Wolf, MittBayNot 2018, 510 (522); Teichmann, GmbHR 2018, 1 (13).

⁶³Herz/Hupka, NJW 2022, 3385 Rn. 30.

⁶⁴Wachter, GmbH-StB 2018, 214, (222, 227); Heckschen/Hilser, ZIP 2022, 670 (676 f.).

⁶⁵Kienzle in Herrler, GesR, § 18a Rn. 7.

⁶⁶Zur Online-Beurkundung Lieder, NZG 2022, 1043 (1048); Bormann/Stelmaszczyk in MHLS GmbHG, § 2 Rn. 163; zur Online-HV Paschos in BeckOGK AktG, § 118a Rn. 18; Walch/Häuslemer, DNotZ 2023, 106 (110 f.).

⁶⁷Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 116.

⁶⁸Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 433m; Lieder, NZG 2018, 1081 (1088).

⁶⁹Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 433k.

⁷⁰ErwGr. 20, 21 DigiRL; Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 119 f.

⁷¹Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 116.

⁷²ErwGr. 19, 20 DigiRL.

⁷³Zu diesem Vorhaben J. Schmidt in MHLS GmbHG, System. Darst. 1 Rn. 86 ff.

⁷⁴DNotV, Stellungnahme zur RL über GmbH mit einem einzigen Gesellschafter, III. 3. k).

deutscher Notare und Gesellschaftsrechtler hervor.⁷⁵ Die Gestattung der Aufrechterhaltung notarieller Verfahren in der DigiRL ist daher auch eine direkte Antwort auf diesen Aufschrei.⁷⁶ Alles andere als eine Einbindung der Notare wäre, da die Zwecke notarieller Mitwirkung im Online- wie im Präsenzverfahren gleichermaßen einschlägig sind, aus deutscher Sicht auch nicht nachvollziehbar.⁷⁷ Das Bedürfnis nach einer Warnung, Beratung, Kontrolle und Filterung durch den Notar beziehungsweise das Beurkundungsverfahren besteht unverändert bei einer virtuellen GmbH-Gründung und -Satzungsänderung.⁷⁸ Hinzu kommen lediglich weitere Umstände, aufgrund derer eine Einbindung des Notars erst recht unumgänglich ist.

II. Regelungstechnik – Begrenzter Anwendungsbereich

An die Zwecke der jeweiligen Anordnung des Formerfordernisses knüpft auch die zweite Antwort auf die Sorgen vor der Digitalisierung des GmbH-Rechts an: die stark begrenzte Anwendung der Online-Verfahren. Dabei bedient sich der Gesetzgeber dieser Lösung auf zwei Stufen.

Auf der ersten Stufe werden gesamte, wie er sie nennt, „Sachmaterien“⁷⁹ von virtuellen Verfahren ausgeschlossen. Hierunter fallen etwa das Familien-, Erb- und Immobilienrecht, weil die Formzwecke hier, anders als im Gesellschaftsrecht, noch mehr der „Entschleunigung sowie des Schutzes und der Warnung der unerfahrenen Vertragsparteien“⁸⁰ dienen.⁸¹ Auf der zweiten Stufe erfolgt eine Eingrenzung innerhalb der Sachmaterie Gesellschaftsrecht. So hat die Online-Beurkundung mit GmbH-Gründungen sowie einstimmigen Satzungsänderungen einen überschaubaren Anwendungsbereich erhalten. Gänzlich ausgenommen sind zum Beispiel AG-Gründungen sowie die Beurkundung der Abtretung von GmbH-Anteilen. Beide Einschränkungen sind auf die Zwecke der Formerfordernisse, folglich mittelbar auf die Rolle des Notars zurückzuführen: Das Festhalten am Präsenzverfahren im Falle der AG-Gründung wird von der Literatur aufgrund deren komplexer Organisationsstruktur für richtig erachtet,⁸² wodurch die Wertung zum Ausdruck kommt, dass die notarielle Belehrung beziehungsweise Beratung im Rahmen einer AG-Gründung (noch) zu umfangreich für die digitale Welt ist. Der Grund für das Auslassen der Abtretung eines GmbH-Anteils von der Online-Beurkundung besteht darin, dass sie wie gezeigt gerade nicht zügig erfolgen soll, um spekulativen Anteilshandel zu unterbinden. Der Aspekt der Verlangsamung würde durch eine Online-Beurkundung zumindest geschwächt werden.⁸³ Hinzu kommt, dass bei einer Anteilsabtretung die Parteien im Regelfall entgegengesetzte Interessen verfolgen, da solche Abtretungen häufig Teil von Unternehmenskaufverträgen sind, eine Partei also als Käufer und die andere als Verkäufer auftritt.⁸⁴ In solchen Prozessen wird der Notar besonders stark als Vermittler beansprucht.⁸⁵ Diese Rolle in einer virtuellen Verhandlung einzunehmen ist allerdings schwieriger, weil virtuelle Gespräche schnell unübersichtlich werden, etwa wenn sich Personen ins Wort fallen, da die Technik derzeit zumindest nur die Stimme eines Teilnehmers auf einmal übertragen kann.⁸⁶ Der Notar hat es dadurch deutlich schwerer, in tatsächlicher Hinsicht „Herr des Verfahrens“

zu sein und Konflikte zu lösen.⁸⁷ Der Gesetzgeber möchte die Online-Beurkundung folglich auf einvernehmliche Vorgänge beschränken, bei denen eine Schlichtung durch den Notar nicht erforderlich ist,⁸⁸ was auch durch die Tatsache unterstrichen wird, dass nur einstimmig beschlossene Satzungsänderungen online beurkundet werden können.⁸⁹ Nach Ansicht des Gesetzgebers sind also Beratung und Schlichtung im virtuellen Rahmen nur eingeschränkt möglich.

III. Sichere Infrastruktur – Die Bundesnotarkammer

Auf die Sicherheitsbedenken hinsichtlich der im Rahmen der Online-Verfahren genutzten Technik reagiert der Gesetzgeber damit, dass er die gesamte digitale Infrastruktur staatlicher Kontrolle unterwirft, indem die Bundesnotarkammer alle erforderlichen Programme entwickelt und unterhält. Das hohe Sicherheitsniveau des Verfahrens zeigt sich bereits bei der Identitätsfeststellung. In einem Präsenzverfahren geschieht dies in der Regel dadurch, dass sich der Notar einen amtlichen Lichtbildausweis aller Beteiligten vorlegen lässt.⁹⁰ Die DigiRL lässt den Mitgliedsstaaten offen, wie sie die Identifikation im Rahmen der digitalen Gründung ermöglichen. Der von Deutschland eingeschlagene, äußerst sichere Weg ist in § 16c BeurkG detailliert beschrieben und braucht in seinen technischen Einzelheiten hier nicht aufgeführt werden.⁹¹ Um sich zu identifizieren, müssen die Beteiligten ihren Lichtbildausweis mit der sogenannten Notar-App auslesen.⁹² Diese wird genauso wie das Videokommunikationssystem, welches zur Abhaltung der Online-Verfahren dient, von der Bundesnotarkammer betrieben. Die diesbezügliche Pflicht der Kammer ist in § 78p Abs. 1 BNotO normiert. Alle digitalen Mittel sind alternativlos, sodass die Video-Beurkundung nicht mittels Videokommunikationsverfahren privater Anbieter durchgeführt werden darf.⁹³ Der

⁷⁵Ries, NZG 2014, 569 (569); Eickelberg, NZG 2015, 81 (86) mwN.

⁷⁶Teichmann, ZIP 2018, 2451 (2455).

⁷⁷Im Ergebnis ebenso Lieder, NZG 2020, 81 (83); Weber, S. 121; Bock, DNotZ 2018, 643 (646).

⁷⁸Bormann, ZGR 2017, 621 (634); Lieder, NZG 2022, 1043 (1048); Rachlitz in BeckOGK BeurkG, § 16a Rn. 25.

⁷⁹Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 113.

⁸⁰Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 113.

⁸¹Der Einschränkung zustimmend Stelmaszczyk/Kienzle, ZIP 2021, 765 (767); Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077 (1083); Rachlitz in BeckOGK BeurkG, § 16a Rn. 26.

⁸²Kindler/Jobst, DB 2019, 1550 (1550); Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (602); Knaier, GmbHR 2021, 169 (172). Dies gilt umso mehr bei der KGaA, Lieder, NZG 2018, 1081 (1083).

⁸³Hommelhoff, NZG 2023, 1217 (1218).

⁸⁴Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833 Rn. 54.

⁸⁵Walz/Fembacher, NZG 2003, 1134 (1136).

⁸⁶Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833 Rn. 33.

⁸⁷Ebenso Lieder, NZG 2022, 1043 (1049); Hertel in Staudinger, BeurkG Rn. 443d; Teichmann, GmbHR 2018, 1 (14).

⁸⁸Begr. RegE DiREG, BT-Drs. 20/1672, S. 24.

⁸⁹Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833 Rn. 33.

⁹⁰So bereits BGH DNotZ 1956, 502; Winkler BeurkG, § 10 Rn. 19; Eickelberg, NZG 2015, 81 (82 f.); zu den Ausnahmen Bock in BeckOGK BeurkG, § 10 Rn. 28 ff.

⁹¹Einen Überblick über die Technik bieten Franke/Schreiber, RDI 2022, 116.

⁹²Herz/Hupka, NJW 2022, 3385 Rn. 11.

⁹³Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 116.

Grund hierfür sind die genannten Bedenken hinsichtlich Datensicherheit – auch hinsichtlich Datenabflusses ins Ausland –,⁹⁴ Manipulationsresistenz und Zuverlässigkeit des Online-Verfahrens.⁹⁵ Dass diese Bedenken bei einer ausschließlichen Zuständigkeit der Bundesnotarkammer für das Betreiben der Programme nicht bestehen, ist auf deren Rechtsnatur zurückzuführen. Die Bundesnotarkammer ist gemäß § 77 Abs. 1 BNotO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und steht gemäß § 77 Abs. 2 BNotO unter der Aufsicht des Bundesjustizministeriums. Sie erfüllt ihre Aufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung, weshalb das virtuelle Beurkundungsverfahren, da sie dessen Infrastruktur verwaltet, hoheitlich ausgestaltet ist.⁹⁶ Dies ist auch unumgänglich, um den hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens auf dem Weg in die digitale Welt nicht zu verlieren,⁹⁷ was wiederum erforderlich ist, weil der Notar im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege staatliche Aufgaben wahrnimmt, die einer hoheitlichen Ausgestaltung bedürfen.⁹⁸ Die staatliche Aufsicht ermöglicht eine Überprüfung der digitalen Infrastruktur hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit und Datensicherheit, welche bei privaten Anbietern nicht vorgenommen werden kann.⁹⁹ Außerdem sind die Notare über die jeweiligen Notarkammern in der Lage, Einfluss auf die Bundesnotarkammer auszuüben und können somit erreichen, dass ihre Bedürfnisse bei der Gestaltung der Technik Gehör finden.¹⁰⁰

IV. Gegenbeispiel: Österreichs Umsetzung der Online-Gründung

Die Bedeutung dieses hohen Sicherheitsstandards in Deutschland wird erst recht deutlich, wenn man einen Blick nach Österreich wirft, dessen Regelungen zur Online-Gründung einer GmbH zwar ebenfalls auf die DigiRL zurückgehen, hinsichtlich der Verfahrenssicherheit und dem folglich erzeugten Vertrauen hinter dem deutschen Vorgehen indes zurückbleiben. Der Blick wird nach Österreich geworfen, weil notarielle Verfahren dort bereits zum 01.01.2019 virtuell möglich waren,¹⁰¹ sodass einige deutsche Gesellschaften Beurkundungsakte online vor einem österreichischen Notar durchführen ließen. Dieses Phänomen hat zu einer intensiven Auseinandersetzung mit den strukturellen Unterschieden der Verfahren geführt, die durch eine Entscheidung des OLG Celle,¹⁰² welches allein wegen der gemeinsamen Grundlage in der DigiRL eine Gleichwertigkeit der Verfahren annahm,¹⁰³ angeheizt wurde.¹⁰⁴

Bereits die österreichischen Vorschriften zur Identitätsfeststellung führen allerdings zu einem deutlich niedrigeren Sicherheitsniveau als diejenigen des BeurkG und der BNotO. Zwar ist im Rahmen der Gesellschaftsgründung ebenfalls eine notarielle Beurkundung erforderlich, doch kann der Notar in Österreich die Identifizierung im Online-Verfahren durch Mitarbeiter oder sogar einen externen Dienstleister durchführen lassen – die Identifizierungspflicht des Notars ist dort also nicht höchstpersönlich.¹⁰⁵ Dies ist wegen der hoheitlichen Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens in Deutschland sowohl für das Präsenz- als auch das Fernverfahren ausgeschlossen.¹⁰⁶ Zudem ist als Online-Identifizierungsverfahren

nach österreichischem Recht das sogenannte Video-Ident-Verfahren zulässig,¹⁰⁷ welches in Deutschland zum Beispiel zur Identifikation bei einer Kontoeröffnung genutzt wird.¹⁰⁸ Hierbei findet – im Unterschied zur Identifikation gemäß § 16c BeurkG – kein Auslesen und Übermitteln des Lichtbildausweises der Beteiligten statt, sondern diese müssen ihren Ausweis lediglich in die Kamera halten und kippen, um Sicherheitsmerkmale erkennbar werden zu lassen.¹⁰⁹ Da die Echtheit des in die Kamera gehaltenen Ausweises nicht zweifelsfrei überprüft werden kann,¹¹⁰ geht dieses Verfahren mit Missbrauchs- und Betrugsrisiken einher und gilt, auch nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers,¹¹¹ als unsicher.¹¹²

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zum deutschen Verfahren ist die Ausgestaltung der eigentlichen Videokommunikation. Hierfür kann sich der Notar nach österreichischem Recht der Software eines externen Anbieters aus der Privatwirtschaft bedienen.¹¹³ Die Infrastruktur des Online-Verfahrens ist somit anders als in Deutschland nicht einer staatlichen Stelle, wie etwa der österreichischen Notariatskammer, übertragen worden.¹¹⁴ Auch diese Entscheidung hat ein im Vergleich zu Deutschland enorm gesteigertes Missbrauchsrisiko zur Folge. Ferner bleiben die oben genannten Bedenken hinsichtlich der Datensicherheit und -vertraulichkeit bei Nutzung eines privaten Dienstleisters eher bestehen als bei der Verwendung eines staatlich organisierten Rahmens. Die insgesamt recht risikofreudige Ausgestaltung der Online-Beurkundung in Österreich könnte folglich zu einem

⁹⁴Kienzle in Herrler, GesR, § 18a Rn. 7; Knaier, GmbHR 2021, 169 (174 f.).

⁹⁵Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 110.

⁹⁶Stelmaszczyk in BeckNotar-HdB, § 31 Rn. 478; Bormann, GmbHR 2023, 533 Rn. 20.

⁹⁷Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 116; Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077 (1080); J. Schmidt, ZIP 2021, 112 (113); Lieder, NZG 2022, 1043 (1053); Bormann, GmbHR 2023, 533 Rn. 20.

⁹⁸BVerfGE 73, 280, (281); 131, 130 (140); Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 116; Kienzle, DNotZ 2021, 590 (595); Stelmaszczyk/Kienzle, ZIP 2021, 765 (769).

⁹⁹Weber, S. 134.

¹⁰⁰Damm, DNotZ 2017, 426 (429).

¹⁰¹Lieder, NZG 2020, 81 (84).

¹⁰²OLG Celle GmbHR 2023, 560.

¹⁰³Bormann, GmbHR 2023, 533 Rn. 2.

¹⁰⁴Das österreichische Videoverfahren ist Gegenstand vieler Beiträge deutscher Juristen, etwa Lieder, NZG 2022, 1043; Knaier, FS Heidinger, 2023, 257; Bormann, GmbHR 2023, 533; Strauß, MittBayNot 2022, 429; DNotI-Report, 2023, 9.

¹⁰⁵Bormann, GmbHR 2023, 533 Rn. 15.

¹⁰⁶Bord in BeckOGK BeurkG, § 10 Rn. 20; Lieder, NZG 2022, 1043 (1051); zur Höchstpersönlichkeit dieser Pflicht im Präsenzverfahren bereits RG JW 1932, 2864.

¹⁰⁷Schuster, RD 2021, 496 Rn. 17; Bormann, GmbHR 2023, 533 Rn. 16.

¹⁰⁸Antwort der BReg auf eine Kl. Anfrage mehrerer FDP-Abgeordneter, BT-Drs. 19/11443, S. 1.

¹⁰⁹Lieder, NZG 2022, 1043 (1051).

¹¹⁰Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (609).

¹¹¹Begr. RegE DiRUG, BT-Drs. 19/28177, S. 121.

¹¹²BNotK, Stellungnahme DiRUG, S. 5; Franke/Schreiber, RD 2022, 116 Rn. 7; Weber, S. 165 ff.; Bormann, ZGR 2017, 621 (642); Herz/Hupka, NJW 2022, 3385 Rn. 22.

¹¹³Strauß, MittBayNot 2022, 429 (432); DNotI-Report 2023, 9 (13).

¹¹⁴Lieder, NZG 2022, 1043 (1052).

reduzierten Vertrauen in die Aussagekraft des dortigen Handelsregisters führen, welche bislang in etwa derjenigen des deutschen Registers entsprach.¹¹⁵

F. Fazit

Zusammenfassend zeigt sich, wie viel Wert der deutsche Gesetzgeber auf die behutsame, und das meint für ihn vor allem sichere, Einführung von digitalen Elementen in das Recht der GmbH legt. Ein wesentliches Mittel dieser vorsichtigen Vorgehensweise ist die nach wie vor zentrale Einbindung des Notars in den Lebenszyklus einer GmbH, trotz der zunehmenden Digitalisierung dieses Zyklus. Das Gesellschafts- und Beurkundungsrecht reagieren auf die digitale Transformation, indem die auf sie zurückzuführenden Rechtsänderungen nur mit und nicht ohne den Notar vonstatten gehen können. Die eingangs aufgeworfene Frage, ob das deutsche Notariat weiterhin einen prominenten Platz im Recht der GmbH einnehmen wird, ist demnach vollumfänglich zu bejahen. Dies ist auch geboten, um die Ziele notarieller Mitwirkung, allen voran den Schutz der Beteiligten sowie die materielle Richtigkeitsgewähr der beurkundeten Vorgänge und hierauf aufbauend das hohe Vertrauen des Rechtsverkehrs, weiterhin zu erfüllen. Der deutsche Gesetzgeber schafft mit den in dieser Arbeit gezeigten Neuregelungen ein Musterbeispiel für die umsichtige Entfaltung digitaler Verfahren auf dem Gebiet notarieller Tätigkeiten.¹¹⁶

¹¹⁵Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601 (603).

¹¹⁶Ebenfalls lobende Worte finden unter anderem: DNotV, Stellungnahme zum DiRUG, S. 1; BNotK, Stellungnahme zum DiRUG, S. 1; Rachlitz in BeckOGK BeurkG, § 16a Rn. 27; Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077 (1088); Herz/Hupka, NJW 2022, 3385 Rn. 29; Knaier, GmbHR 2021, 169 Rn. 41.