

DiRUG: Digitalisierung im Unternehmensrecht sachgerecht gestalten

Online-Gründungen ausweiten, mehr Flexibilität
beim Unternehmensregister

Einleitung

Das Deutsche Aktieninstitut beteiligt sich gerne an der Konsultation zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG). Wir begrüßen, dass der Gesetzgeber die Digitalisierung mit dem Entwurf weiter vorantreiben möchte. Folgende Änderungen am Entwurf würden aber auf die Bedürfnisse der Unternehmen besser eingehen, ohne dem Gesetzeszweck zu widersprechen:

1. Gemäß der ESEF-Verordnung müssen Emittenten ihre gesamten Jahresfinanzberichte im XHTML-Format offenlegen. § 11 Abs. 2 URV-E verlangt nun, dass Jahresfinanzberichte im ESEF-Format, die übrigen Unterlagen (z.B. Bericht des Aufsichtsrat) im XML-Format an das Unternehmensregister übermittelt werden. Wir regen an, dass Emittenten alle offlegungspflichtigen Berichte wahlweise auch im von der EU präferierten XHTML-Format einreichen dürfen. Dies würde unnötige Doppelarbeiten für die Emittenten ersparen, die durch die ESEF-Verordnung bereits zahlreiche neue Formatvorgaben erfüllen müssen.
2. Die Absicht, die Online-Gründung von GmbHs zu stärken, begrüßen wir. Die videobasierten Beurkundungsverfahren und Beglaubigungen ohne physische Zusammenkunft werden aber nur dann tatsächlich zum Einsatz kommen, wenn der Anwendungsbereich entsprechend weit ist. Denn für die Implementierung des neuen Systems (IT-technischer Roll-Out; Schulung der Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer und Prokuristen in Bezug auf das neue System) entsteht den Unternehmen zunächst ein zusätzlicher Aufwand. Unternehmen könnten geneigt sein, von einer Einführung des neuen, modernen digitalen Systems gänzlich abzusehen. Das wäre aber bedauerlich, da allerspätestens die Corona-Krise aufgezeigt hat, dass die Digitalisierung im deutschen Unternehmensrecht dringend erforderlich ist.

Nicht nur die Gründung einer GmbH sollte online möglich sein, sondern auch die vielen notwendigen gesellschaftsrechtlichen Folgeänderungen (z.B. Satzungsänderungen), die nach dem aktuellen Entwurf weiterhin einen Präsenztermin erfordern. Deshalb sollte der Anwendungsbereich um die in Abschnitt 2 genannten Vorschläge ausgeweitet werden.

1 Einreichung Jahresfinanzberichte beim Unternehmensregister

Emittenten haben gemäß der ESEF-Verordnung ihre gesamten Jahresfinanzberichte im XHTML-Format offenzulegen. Das führt dazu, dass der (Konzern-)Jahresabschluss, der (Konzern-)Lagebericht und die Bilanzeide im XHTML-Format zu Offenlegungszwecken erstellt werden müssen, während weitere offenlegungspflichtige Berichte, wie der Bericht des Aufsichtsrats, aber auch der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers nicht im ESEF-Format offengelegt werden dürfen. Insgesamt führt die ESEF-Verordnung dazu, dass Berichte zukünftig in unterschiedlichen Berichtsformaten beim Bundesanzeiger eingereicht werden müssen.

Gemäß § 11 Abs. 2 URV-E müssen Jahresfinanzberichte im ESEF-Format an das Unternehmensregister übermittelt werden; die übrigen Unterlagen (z.B. der Bestätigungsvermerk) im XML-Format.

Aus unserer Sicht ist es nicht nachvollziehbar, warum der deutsche Gesetzgeber zukünftig den Emittenten nicht die Möglichkeit einräumen möchte, alle offenlegungspflichtigen Berichte wahlweise auch im von der EU präferierten XHTML-Format einzureichen. Dies wäre sowohl für die Unternehmen als auch für das Unternehmensregister von Vorteil. Ein einheitliches Berichtsformat würde nicht nur die Einreichung beim Unternehmensregister erleichtern, sie würde auch dem Unternehmensregister den Aufwand ersparen, alle Berichte in ein einheitliches Format zu konvertieren. Einhergehend wäre damit auch der Nachteil für die Adressaten, die zukünftig die Berichte in unterschiedlichen Formaten erhalten würden.

Zudem besagt die Erläuternde Mitteilung der EU-Kommission zur ESEF-Verordnung – zumindest über das Format des Bestätigungsvermerks – explizit, dass „das geltende Unionsrecht keine Bestimmungen darüber [enthält], ob der Bestätigungsvermerk in den Jahresfinanzbericht aufgenommen oder zusammen mit dem Jahresfinanzbericht als gesondertes Dokument veröffentlicht werden sollte. Nach Artikel 4 Absatz 4 der Transparenzrichtlinie muss der Bestätigungsvermerk ‚in vollem Umfang zusammen mit dem Jahresfinanzbericht veröffentlicht‘ werden. Da auf nationaler Ebene/auf Ebene der geregelten Märkte hierzu keine speziellen Vorschriften bestehen, können die Emittenten je nach technischen Möglichkeiten wie von ihnen gewünscht verfahren.“¹ Diese von der EU-Kommission deklarierte Wahlmöglichkeit für Unternehmen, den Bestätigungsvermerk nach technischen

¹ Vgl. Erläuternde Mitteilung der Kommission zur Erstellung, Prüfung und Veröffentlichung der in den Jahresfinanzberichten enthaltenen Abschlüsse im Einklang mit der Delegierten Verordnung (EU) 2019/815 über das einheitliche europäische elektronische Format (ESEF), (2020/C 379/01)

Möglichkeiten zusammen mit dem Jahresfinanzbericht offenzulegen, würde den deutschen Unternehmen genommen werden und damit schließlich auch deutsche Unternehmen gegenüber anderen europäischen Emittenten benachteiligen.

Ein einheitliches Berichtformat wäre auch ganz im Sinne der Transparenzrichtlinie, da diese gemäß Nr. 26 der Erwägungsgründe „ein harmonisiertes elektronisches Format für die Berichterstattung“ als Ziel anstrebt. Die Vorteile von XHTML werden in der ESEF-Verordnung genannt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Vorteile für das Format der sonstigen offenzulegenden Berichte nicht gelten sollen.

Aus diesen Gründen sollte § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 URV-E so geändert werden, dass den Emittenten freigestellt wird, ob sie „in allen anderen Fällen“ im XML oder XHTML-Format einreichen möchten.

2 Online-Gründung und Online-Verfahren

2.1 Neue GmbH-Online-Gründung

Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags bei Neugründung durch Bareinlage sowie im Rahmen der Gründung der Gesellschaft gefasste Beschlüsse sollen künftig bei der GmbH und der haftungsbeschränkten UG durch ein videobasiertes Beurkundungsverfahren ohne physische Zusammenkunft erfolgen können (§ 2 Abs. 3 GmbHG-E, §§ 16a ff. BeurkG-E), wobei auch die Möglichkeit einer hybriden Gründung möglich ist (§ 16e BeurkG-E). Das ist zunächst einmal zu begrüßen, den hiermit eröffnet der Gesetzgeber für bestimmte Fälle die Möglichkeit der Online-Gründung und vollzieht damit einen ersten wichtigen Digitalisierungsschritt im Rahmen von notariellen Beurkundungen.

Auf weitere beurkundungspflichtige Vorgänge erstreckt sich der Entwurf jedoch nicht. Unseres Erachtens überzeugt es nicht, warum z.B. die Online-Gründung für den Fall einer Sachgründung ausgeschlossen wird, auch wenn Artikel 13g Abs. 4 Buchstabe d der Digitalisierungsrichtlinie den Ausschluss grundsätzlich legitimiert. Wenig überzeugend finden wir zudem die Ausklammerung der Gründungen von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Wenn sämtliche Gründungsgesellschafter mit einer Online-Gründung bzw. einer hybriden Beurkundung des Gründungsvorgangs einverstanden sind, sollte dies auch bei Aktiengesellschaften und KGaAs möglich sein. Des Weiteren sollten auch spätere beurkundungsbedürftige Vorgänge bei einer GmbH wie etwa Satzungsänderungen und Anteilsabtretungen vom Anwendungsbereich der Möglichkeit zur Online-Beurkundung umfasst sein.

Die nachfolgenden Beispiele zeigen, dass der vom Referentenentwurf erfasste Anwendungsbereich in sehr vielen Sachverhaltskonstellationen zu kurz ausfällt, und zwar für kleinere und mittlere Unternehmen (insbesondere Start-Ups) und größere Unternehmen gleichermaßen:

- Die Gründung einer Vorrats-GmbH ist künftig im Online-Verfahren möglich, nicht aber die anschließende Aktivierung dieser Vorratsgesellschaft (sog. wirtschaftliche Neugründung), da diese in aller Regel mit einer Satzungsänderung (Änderung des Unternehmensgegenstandes) verbunden ist.
- Beim Gründungsvorgang, bei dem die notarielle Aufklärung (Warnfunktion) im Hinblick auf die mit der Gründung einhergehenden Rechte und Pflichten aufgrund der für die Gesellschafter/Geschäftsführer häufig gänzlich neuen Situation in der Regel besonders umfassend benötigt wird, wird künftig ein videobasiertes Beurkundungsverfahren

ohne physische Zusammenkunft für ausreichend angesehen. Wenn die Gründer dann nur wenige Monate später die Satzung auch nur geringfügig anpassen möchten (z.B. Erhöhung des Stammkapitals im Rahmen einer Anschlussfinanzierungsrunde, Änderung des Unternehmensgegenstandes infolge einer Ausweitung des Geschäftsmodells), ist wegen § 53 Abs. 2 GmbHG auch künftig eine rein physische Zusammenkunft vor dem Notar verpflichtend.

- Wenn bei einer Start-Up GmbH auch nur ein Gründer eine Sacheinlage einbringen möchte (z.B. Einbringung von IP-Rechten) ist eine Online-Gründung auch künftig nicht möglich.
- Bei Gesellschaftsgründungen unter Beteiligung von Investoren werden typischerweise parallel zum Gesellschaftsvertrag Investoren- und Gesellschaftervereinbarungen (Investment- and Shareholders' Agreements) abgeschlossen, welche infolge von § 15 Abs. 4 GmbHG ebenfalls notariell zu beurkunden sind, weil dort typischerweise Regelungen zu nachfolgenden Kapitalerhöhungen und Anteilsübertragungen (z.B. Vorerwerbsrechte, Put- und Call Optionen usw.) enthalten sind. Ähnliches ist in der Praxis bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Rechtsform der GmbH anzutreffend (Joint Venture Agreements). Ohne eine entsprechende Anpassung des § 15 GmbHG läuft in solchen Konstellationen die Neureglung zur Online-Gründung weitgehend ins Leere, weil die Gesellschafter diese schuldrechtlichen Vereinbarungen in der Regel im Rahmen eines einheitlichen Beurkundungsvorgangs zusammen mit der Gesellschaftsgründung abschließen möchten.
- Das Aktiengesetz enthält keine dem § 15 GmbHG vergleichbaren Regelungen, sodass die Übertragung von Aktien auch ohne notarielle Beurkundung möglich ist. Insofern ist das Aktienrecht weniger streng reguliert als das GmbH-Recht. Es erscheint vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, das Aktienrecht beim Gründungsvorgang künftig strenger zu regulieren als das GmbH-Recht. Unseres Erachtens ist bei der Gesellschaftsgründung vielmehr ein beurkundungsrechtlicher Gleichlauf des AktG mit dem GmbHG sachgerecht.

Der Unternehmens-, M&A- und Start-Up-Praxis wäre daher sehr geholfen, wenn das neue System videobasierter Beurkundungen weit umfassender einsetzbar wäre als lediglich im Falle der Bargründung einer GmbH. Jedenfalls sollte auch in den vorstehend beschriebenen Fällen künftig ein Beurkundungsvorgang im Wege der Videokommunikation möglich sein. Darüber hinausgehend wäre es für Konzerne sehr hilfreich, das videobasierte Beurkundungsverfahren auch für beurkundungspflichtige Vorgänge nach dem Umwandlungsgesetz zuzulassen, wenn sämtliche am Umwandlungsvorgang beteiligten Rechtsträger damit einverstanden

sind. Das wäre eine Erleichterung für Umstrukturierungsprojekte innerhalb eines Konzernverbundes (z.B. Upstream Verschmelzung einer 100%igen Tochter-GmbH auf die Mutter-AG, Ausgliederung eines Geschäftsbereiches von der Mutter-AG in eine 100%ige Tochter-GmbH). Die besondere Notwendigkeit physischer Sitzungen beim Notar sehen wir gerade in diesen Konstellationen nicht.

Insbesondere bei Satzungsänderungen im Rahmen von Konzernsachverhalten, aber auch bei Start-Ups mit einem größeren Gesellschafterkreis wird häufig die Vorgehensweise genutzt, sich von Mitarbeitern des Notariats vertreten zu lassen (kraft Vollmacht, häufig sogar als vollmachtlose Vertreter verbunden mit einer Nachgenehmigung), um den mit der physischen Beurkundung verbundenen Zeitaufwand zu vermeiden. Bei einer Ausweitung der Videokommunikation auf weitere beurkundungspflichtige Vorgänge müsste künftig weit weniger von dieser Praxis Gebrauch gemacht werden.

Erfreulicherweise hat die Bundesregierung von der Verlängerungsoption für die Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie Gebrauch gemacht, sodass die Neuregelungen größtenteils zum 1. August 2022 in Kraft treten werden. Sofern der Gesetzgeber den oben aufgeführten Erweiterungsvorschlägen folgt, wird es sinnvoll sein, diese über die Mindestvorgaben hinausgehenden Regelungen zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen. Insbesondere die notarielle Praxis könnte sich zunächst auf die Anwendung der Mindestvorgaben konzentrieren, ohne zugleich mit einer Fülle an videobasierten Beurkundungen beschäftigt zu werden. Der 1. August 2023 bietet sich dafür an; die hier vorgeschlagenen erweiterten Möglichkeiten der videobasierten Beurkundung würden damit zusammen mit den Neuregelungen zu Bestellungshindernissen sogenannter disqualifizierter Geschäftsführer nach Art. 2 DiRUG-E in Kraft treten.

2.2 Online-Verfahren für Anmeldungen zum Handelsregister

Alternativ zur Präsenzunterschrift vor einem Notar zwecks Beglaubigung ist künftig gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB-E eine Handelsregisteranmeldung auch über das von der Bundesnotarkammer betriebene System der Videokommunikation möglich. Allerdings gilt dies nur für deutsche Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, für Einzelkaufleute sowie zur Eintragung deutscher Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit Sitz in anderen EU-/EWR-Mitgliedstaaten.

Es ist aus unserer Sicht sachgerecht, die vorstehende Neuregelung auch für Registeranmeldungen anderer Gesellschaftsformen zuzulassen, und zwar insbesondere für Handelsregisteranmeldungen von Personenhandelsgesellschaften. Personenhandelsgesellschaften stünden damit dieselben Möglichkeiten offen wie Einzelkaufleuten und Kapitalgesellschaften, was auch sachgerecht erscheint. Bei der GmbH & Co. KG, einer Gesellschaftsform, die nicht nur im deutschen Mittelstand sehr verbreitet ist (siehe primäre Zielgruppe

der Digitalisierungsrichtlinie, nämlich kleine und mittlere Unternehmen), sondern auch in Konzernstrukturen durchaus anzutreffen ist (z.B. im Rahmen von Joint Ventures), würde man mit der vorgeschlagenen Anpassung auch ein Auseinanderfallen der Vorschriften für die Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft und ihrer Komplementärin vermeiden.

Unserem oben stehenden Vorschlag folgend, die Neuerungen des videobasierten Beurkundungsverfahrens auch bei Kapitalerhöhungen von GmbHs zuzulassen, schlagen wir vor, bei Erhöhungen des Stammkapitals einer GmbH die nach § 55 Abs. 1 GmbHG erforderliche beglaubigte Erklärung zur Übernahme von Stammeinlagen auch über das von der Bundesnotarkammer betriebene System der Videokommunikation zu ermöglichen.

Kontakt

Nico Zimmermann
Junior-Referent Kapitalmarktrecht und
Corporate Governance
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main
Telefon + 49 69 92915-28
zimmermann@dai.de
www.dai.de

Das Deutsche Aktieninstitut setzt sich für einen starken Kapitalmarkt ein, damit sich Unternehmen gut finanzieren und ihren Beitrag zum Wohlstand der Gesellschaft leisten können.

Unsere Mitgliedsunternehmen repräsentieren über 85 Prozent der Marktkapitalisierung deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften. Wir vertreten sie im Dialog mit der Politik und bringen ihre Positionen über unser Hauptstadtbüro in Berlin und unser EU-Verbindungsbüro in Brüssel in die Gesetzgebungsprozesse ein.

Als Denkfabrik liefern wir Fakten für führende Köpfe und setzen kapitalmarktpolitische Impulse. Denn von einem starken Kapitalmarkt profitieren Unternehmen, Anleger und Gesellschaft.