



Kersten / Bühling

**Formularbuch und Praxis der Freiwilligen
Gerichtsbarkeit**

**Leseprobe: Bargründung einer
GmbH mittels Videokommunikation
(§ 2 Abs. 3 GmbHG n.F.) (Auszug) ***

** von Dr. Johannes Scheller, Notar in Hamburg, und Martin
Wachter, Notar a.D. (Steuern, Kosten).*



Wolters Kluwer

V. Bargründung mittels Videokommunikation (§ 2 Abs. 3 GmbHG n.F.)¹

1. Überblick über die Gründungsmodalitäten

a) Seit dem 01.08.2022 (Zeitpunkt des Inkrafttretens² der durch das DiRUG³, in teils durch das DiREG⁴ modifizierter Form, bewirkten einschlägigen Änderungen des GmbHG sowie des BeurkG) eröffnet der Gesetzgeber in Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie⁵ die grundsätzliche Möglichkeit, nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 GmbHG n.F. (zunächst, d.h. bis zum 01.08.2023: nur) im Fall einer *Bargründung* (i) den *Gesellschaftsvertrag*, (ii) in die Gründungsurkunde aufgenommene *Gesellschafterbeschlüsse*, sofern keiner besonderen Beurkundungsbedürftigkeit unterliegend, sowie (iii) ihrerseits nicht nach einer anderen als § 2 Abs. 1 oder 2 GmbHG beurkundungsbedürftige, aber in die elektronische Errichtungsniederschrift aufgenommene *Willenserklärungen* mittels (Echtzeit-)Videokommunikation über das von der Bundesnotarkammer betriebene Videokommunikationssystem (§ 78p BNotO n.F.) und damit ohne körperliche Präsenz am Amtssitz des Notars zu beurkunden. Das mittlerweile gebräuchliche Unwort »Online-Gründung« ist mit Recht nicht vom Gesetzgeber aufgegriffen worden; es geht allein um einzelne Gründungs- und Verbundakte, welche alternativ zum körperlichen Präsenzverfahren mittels eines bestimmten Videokommunikationsverfahrens der Bundesnotarkammer (und nur mittels dessen, nicht etwa: unter Nutzung anderer Videokommunikationssysteme, wie MS Teams, ZOOM, Webex)⁶ formwirksam errichtet werden können.⁷ Auch die Gründung mittels Videokommunikation muss – richtigerweise bereits aufgrund fehlender Substituierbarkeit des § 2 Abs. 1 GmbHG – vor einem *Notar mit Zulassung im Inland* erfolgen; darüber bei § 142 Rdn. 11 f.; selbst wenn – bei von der h.M. angenommener prinzipieller Substitutionsoffenheit des § 2 Abs. 1 GmbHG – einem Notar mit Zulassung im Ausland von Fall zu Fall die personelle Gleichwertigkeit zugesprochen werden müsste, fehlte es jedenfalls an der *verfahrensrechtlichen Gleichwertigkeit*, sofern dieser Notar sich eines ausländischen Videokommunikationsverfahrens bedienen muss, das nicht den tragenden Grundsätzen des deutschen entspricht;⁸ verfahrensrechtliche Gleichwertigkeit scheidet vor allem dort aus, wo dem Videokommunikationsverfahren, wie z.B. jenem derzeit in Österreich praktizierten, kein gleichwertiger hoheitlicher Charakter zukommt oder dieses keine gleichwertige Identifizierungssicherheit gewährleistet.⁹

b) Folgende *Gründungsmodalitäten* sind ab dem 01.08.2022 nach Maßgabe des DiRUG und des teils bereits zu diesem Zeitpunkt anwendbaren DiREG (Ergänzungsgesetz zum DiRUG) zu unterscheiden, wobei in allen Fällen die *UG* (*haftungsbeschränkt*) als Rechtsformvariante der GmbH in Ermangelung abweichender gesetzgeberischer Anordnung gleichgestellt ist und durchweg *Vollmachtsgründungen* sowie – im Fall von Mehrpersonengründungen – *Sukzessivgründungen* i.S.d. § 128 BGB (vgl. darüber ausf. bei Rdn. 10) in allen Verfahren (Präsenz- und/oder Videokommunikationsverfahren) zulässig sind:

- *Gründung im Präsenzverfahren nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 GmbHG* (gleichviel, ob *Bar- und/oder Sachgründung*; keine Beschränkung der Gesellschafter- oder Geschäftsführeranzahl; Satzungsautonomie; Gründungsaufwand im Rahmen des Angemessenen auf die Gesellschaft abwählbar).
- *Gründung im vereinfachten Verfahren i.S.d. § 2 Abs. 1a GmbHG unter Verwendung der Anlage 1 (Musterprotokoll)* (Beschränkung auf *Bargründung* sowie auf höchstens drei Gesellschafter – Musterprotokoll Anlage 1 lit. a zu § 2 Abs. 1a Satz 2 GmbHG; Einpersonengesellschaft; Musterprotokoll Anlage 1 lit. b zu § 2 Abs. 1a Satz 2 GmbHG; Mehrpersonengesellschaft – unter Bestellung nur eines [stets von den Beschränkungen des § 181 BGB konkret befreiten] Geschäftsführers; Kostenprivilegierung; Satzungsautonomie weitgehend ausgeschaltet bis auf konkretisierende Festlegung der Mindestbestandteile i.S.d. § 3 Abs. 1 GmbHG; Gründungsaufwand maximal bis zu € 300 auf die Gesellschaft abwählbar). Zu diesen Musterprotokollen ausf. bei Rdn. 97 ff.

¹ Nicht zitierfähiger Vorabauszug aus Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Auflage, § 135, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Gründung, Satzungsbestandteile, bearbeitet von Dr. Johannes Scheller, Notar in Hamburg, und Martin Wachter, Notar a.D. (Steuern, Kosten). Die zitierfähige Fassung erscheint online auf [Wolters Kluwer Online](#) und in [gedruckter Fassung](#) voraussichtlich im Dezember 2022.

² Art. 31 Abs. 1 DiRUG.

³ Art. 20 Nr. 2b DiRUG; Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) v. 05.07.2021 (BGBl. I 3338).

⁴ Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG) v. 15.07.2022 (BGBl. I 1146).

⁵ Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.06.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. 2019 L 186, 80 v. 11.07.2019.

⁶ Unstr.; vgl. etwa J. Schmidt, ZIP 2021, 112, 113; Bock, RNotZ 2021, 326, 329; Noack/Servatius/Haas/Servatius, § 2 Rn. 72.

⁷ Abkürzend könnte – ebenfalls nicht sonderlich präzise – z.B. von einer »ViKo-Gründung« gesprochen werden.

⁸ S. etwa Lieder, ZRP 2022, 102, 103 f.; Heckschen/Knaier, NZG 2022, 885, 886 f.; P. Meier, BB 2022, 1731, 1739; ausf. Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2020, 833, 846 ff.

⁹ Vgl. etwa Wicke, GmbHR 2022, 516, 524 f. mit Verweis auf die die fehlende Gleichwertigkeit ausdrücklich hervorhebende Regierungsbegründung; ausdrücklich gegen die Gleichwertigkeit des virtuellen Beurkundungsverfahrens nach österreichischem Recht zudem Lieder, ZRP 2022, 102, 104; ausf. zu alledem nunmehr (sich gegen eine Substitution durch einen österreichischen Notar aussprechend) Lieder, NZG 2022, 1043.

- *Gründung mittels Videokommunikationsverfahren nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 Sätze 1–4 GmbHG n.F.* (bis zum Ablauf des 31.07.2023: Beschränkung auf *Bargründung*; keine Beschränkung der Gesellschafter- oder Geschäftsführeranzahl; Satzungsautonomie, indes anfänglich umstritten, ob nur auf echte Satzungsbestandteile bezogen, was von der nunmehr ganz h.L. im Einklang mit der Gesetzesbegründung zum DiREG mit Recht abgelehnt wird, die bereits die rein äußerliche Verbindung mit dem Satzungstext hinreichen lässt; umstritten ist allerdings weiterhin, ob anteilsbezogene Abtretungspflichten, zumindest sofern rein schuldrechtlich ausgestaltet und als bloßer formeller Bestandteil in den Gesellschaftsvertrag integriert, bereits vor dem 01.08.2023 formgerecht in diesem Verfahren beurkundet werden können; Gründungsaufwand im Rahmen des Angemessenen auf die Gesellschaft abwälzbar; Eintragung im Handelsregister hat binnen in der Regel zehn Werktagen nach Eingang vollständiger Anmeldung zu erfolgen, vgl. § 25 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HRV). Muster bei Rdn. 96.19M. Zur Anmeldung bei Rdn. 81.1.
- *Gründung im vereinfachten Verfahren mittels Videokommunikationsverfahren nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 Satz 5 Var. 1 GmbHG n.F. i.V.m. § 2 Abs. 1a GmbHG unter Verwendung der Anlage 1 (Musterprotokoll)* (Beschränkung auf *Bargründung* sowie auf höchstens drei Gesellschafter – Musterprotokoll Anlage 1 lit. a zu § 2 Abs. 1a GmbHG: Einpersonengesellschaft; Musterprotokoll Anlage 1 lit. b zu § 2 Abs. 1a GmbHG: Mehrpersonengesellschaft [höchstens drei] – unter Bestellung nur eines (stets von den Beschränkungen des § 181 BGB konkret befreiten) Geschäftsführers; Kostenprivilegierung;¹⁰ Satzungsautonomie weitgehend ausgeschaltet bis auf konkretisierende Festlegung der Mindestbestandteile i.S.d. § 3 Abs. 1 GmbHG; Gründungsaufwand maximal bis zu € 300 auf die Gesellschaft abwälzbar; Eintragung im Handelsregister hat binnen fünf Werktagen nach Eingang vollständiger Anmeldung zu erfolgen, sofern nur natürliche Personen Gründungsgesellschafter sind, vgl. § 25 Abs. 3 Satz 2 Var. 1 HRV; kommt es zur Eintragungsverzögerung, hat das Registergericht den Antragssteller über die Gründe zu informieren, vgl. § 25 Abs. 3 Satz 3 HRV).
- *Gründung mittels Videokommunikationsverfahren unter Verwendung der in Anlage 2 zu § 2 Abs. 3 Satz 5 bestimmten Musterprotokolle nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 Satz 5 und Satz 6 GmbHG n.F. i.V.m. § 2 Abs. 1a Satz 3–5 GmbHG¹¹* (Beschränkung auf *Bargründung*; keine Beschränkung der Gesellschafteranzahl bei Musterprotokoll Anlage 2 lit. b zu § 2 Abs. 3 Satz 5 GmbHG n.F.: Mehrpersonengesellschaft¹² [jedoch bei Musterprotokoll Anlage 2 lit. a zu § 2 Abs. 3 Satz 5 GmbHG n.F.: Einpersonengesellschaft]; keine Beschränkung der Anzahl der Geschäftsführer,¹³ denen jeweils kraft des Musterprotokolls und damit kraft Gesetzes eine konkrete Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt ist; vor dem Hintergrund einer möglichen Geschäftsführermehrzahl enthalten diese Musterprotokolle eine abstrakte Vertretungsregelung der Geschäftsführer, und zwar in der Spielart der unechten Gesamtvertretung; keine Kostenprivilegierung;¹⁴ Satzungsautonomie weitgehend ausgeschaltet bis auf konkretisierende Festlegung der Mindestbestandteile i.S.d. § 3 Abs. 1 GmbHG; Gründungsaufwand maximal bis zu € 600 auf die Gesellschaft abwälzbar; auch hier gilt das Musterprotokoll als Gesellschafterliste, vgl. § 2 Abs. 3 Satz 6 GmbHG i.V.m. § 2 Abs. 1a Satz 4 GmbHG; Eintragung hat, sollten nur natürliche Personen als Gründungsgesellschafter beteiligt sein, binnen fünf Werktagen nach Eingang der vollständigen Anmeldung zu erfolgen, vgl. § 25 Abs. 3 Satz 2 Var. 2 HRV¹⁵). Über die hinzugefügten Musterprotokolle näher bei Rdn. 97 ff. Muster bei Rdn. 104.1M, Anmeldung bei Rdn. 104.2M.
- *Gründung im gemischten Beurkundungsverfahren* nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. i.V.m. § 16e BeurkG n.F. (teils Präsenz-, teils Videokommunikationsverfahren; gesellschaftsrechtlich, insbesondere hinsichtlich allfälliger Beschränkungen der Satzungsautonomie bis zum 01.08.2023, zu bewerten wie eine Gründung mittels Videokommunikationsverfahren; erfasst sind auch Gründungen im vereinfachten Verfahren, das gemischte Beurkundungsverfahren kommt aber notwendig nur bei der Mehrpersonengesellschaft in Betracht).
- Ab dem 01.08.2023 kommt folgende Gründungsmodalität hinzu: *Sachgründung aller Art im Videokommunikationsverfahren* (auch gemischte Bar- und Sachgründung) nach Maßgabe des insoweit nicht differenzierenden § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.d.F. des DiREG, freilich nur, sofern nicht andere Formvorschriften entgegenstehen, womit als Sacheinlagegegenstand GmbH-Geschäftsanteile oder Immobilien untauglich sind. Über die Sachgründung ausf. bei Rdn. 105 ff.

¹⁰ Vgl. RegBegr. DiRUG BT-Drucks. 19/28177, 162; *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1097.

¹¹ Diese Musterprotokolle können nicht im Sinne einer vereinfachten Gründung im Präsenzverfahren verwandt werden können; vgl. auch *Böhringer/Melchior*, GmbHR 2022, 117, 181. Freilich kann der Inhalt gleichsinnig im Gründungsverfahren unter körperlicher Anwesenheit, dann aber nicht als Musterprotokoll im Rechtssinne, verwandt werden. Näher hierüber bei Rdn. 99.

¹² Vgl. *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1738.

¹³ BeckOK-GmbHG/C. *Jaeger* § 2 Rn. 86; *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1738.

¹⁴ RegBegr. DiRUG BT-Drucks. 19/28177, 162; *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1097; BeckOK-GmbHG/C. *Jaeger* § 2 Rn. 86; *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1738.

¹⁵ Rechtspolitische Kritik bei *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1097, die mit Recht darauf hinweisen, dass vor allem die Aufgabe der Kontoeröffnung zugunsten der Vor-GmbH, nicht die Registerbearbeitungszeit, für Verzögerungen im Gründungsprozess sorgt; ähnlich auch *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1738.

2. Sachliche Reichweite der Beurkundung mittels Videokommunikation

a) 01.08.2022–31.07.2023: Bar-, keine Sachgründung; ab 01.8.2023: Bar- und/oder Sachgründung

Das Beurkundungsverfahren mittels Videokommunikation ist ausweislich § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. zunächst (d.h. bis zur Erweiterung durch das DiREG ab dem 01.08.2023) nur im Fall einer *Gründung ohne Sacheinlagen* wählbar.¹⁶ Gemeint ist damit, positiv gewendet, dass die zur Beschaffung des Stammkapitals erforderlichen Einlagen allein in bar, nicht durch Sachwerte belegt werden dürfen. Formunwirksam wäre damit eine Sachgründung, und zwar sowohl der Fall der Sacheinlage (Einlage ist nach den Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag durch Leistung von Sachwerten zu erbringen) als auch der nicht (mehr) gesondert im GmbHG geregelte Fall der unechten Sachübernahme¹⁷ (vereinbarte Tilgung der Bareinlagenschuld durch Verrechnung mit Vergütungsanspruch des Gesellschafters für die Übertragung von Sachwerten). Gleich zu bewerten sind die Fälle der Mischeinlage (Verpflichtung zur Leistung der Einlage sowohl durch Geldzahlungen als auch durch Übertragung von Vermögensgegenständen im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Einheit) sowie der gemischten Sacheinlage (Verpflichtung zur Übertragung eines Vermögensgegenstandes, der nur zum Teil zwecks Erfüllung der Sacheinlagepflicht erfolgt und im Übrigen, hinsichtlich des überschießenden Teils, dem Inferenten vergütet wird).¹⁸ Daraus darf aber nicht geschlossen werden, im Fall einer nicht ordnungsgemäß festgesetzten, daher *verdeckten Sacheinlage* sei die Beurkundung mittels Videokommunikationsverfahren formunwirksam und ein Mindestbestandteil des Gesellschaftsvertrages formnichtig festgesetzt;¹⁹ ebensowenig kann (mangels jedweden normativen Anknüpfungspunkts oder irgendwelcher Anhaltspunkte für eine teleologische Reduktion) füglich behauptet werden, die Anrechnungsbestimmung des § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG finde keine Anwendung.²⁰ – Ab dem 01.08.2023 ist das Videokommunikationsverfahren aufgrund des sodann nochmals neugefassten § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.d.F. des DiREG, der ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zwischen Bar- und Sachgründung differenzieren wird, auch für Sachgründungen eröffnet, gleichviel, welcher Art; allerdings dürfen andere Formvorschriften nicht entgegenstehen, sodass als Sacheinlagegegenstand GmbH-Geschäftsanteile oder Immobilien ausscheiden.

b) Ein- oder Mehrpersonengründung

Das Gesetz schweigt über die zulässige Anzahl der Gründer, sofern nicht eines der Musterprotokolle der Anlage 1 oder das Musterprotokoll der Anlage 2 lit. a verwandt wird (darüber unten Rdn. 97 ff.). Eine Höchstanzahl besteht daher nicht,²¹ und zwar weder im Beurkundungsverfahren bei körperlicher Anwesenheit noch im Verfahren mittels Videokommunikation; im letzteren Verfahren kann bei atypisch großem Gesellschafterkreis freilich die Leistung der Internetverbindung faktische Grenzen setzen.²²

c) Gründungsgesellschafter

Jede natürliche Person kann Gründungsgesellschafter einer mittels Videokommunikation errichteten GmbH sein, gleichviel, ob sie für eigene oder (als Treuhänder) für fremde Rechnung handelt (über die Treuhandgründung bei Rdn. 30); bzgl. der Beteiligung Minderjähriger gilt das bei Rdn. 29, bzgl. der Beteiligung von Ausländern das bei Rdn. 28 Gesagte, allerdings

¹⁶ Vgl. BegrRegE BT-Drucks 19/28177, S. 161; Keller/Schümmer, NZG 2021, 573, 574; Stelmaszczyk/Kienzle, GmbHR 2021, 849, 851.

¹⁷ Für den Fall der Sachübernahme (Erwerb eines Gegenstandes durch die Gesellschaft gegen Vergütung) muss differenziert werden, ob diese unter Anrechnung auf eine Bareinlagepflicht erfolgt (dann festsetzungs-, publizitäts- und prüfungspflichtig) oder ohne eine solche Anrechnung (dann weder festsetzungs-, noch publizitäts- oder prüfungspflichtig). Den ersten Fall hatte § 5 Abs. 4 a.F. bis zur GmbH-Novelle noch ausdrücklich normiert und ihn mit als Spielart der Sacheinlage in der rechtlichen Bewertung mit dieser gleichgestellt; trotz Streichung hat sich an dieser rechtlichen Qualifikation nichts geändert (§ 27 Abs. 1 Satz 2 AktG normiert diesen Fall weiterhin, dort als »fingierte Sacheinlage«). Der Fall fehlender Anrechnung der Sachleistung auf die Bareinlagepflicht (sog. »echte Sachübernahme«) ist im GmbHG seit jeher nicht geregelt, anders als im aktienrechtlichen Gründungsrecht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 AktG).

¹⁸ All das dürfte unstreitig sein; vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 GmbHG Rn. 75; Heckschen/Knaier, NZG 2021, 1093, 1094; Stelmaszczyk/Kienzle, GmbHR 2021, 849, 852; Böhringer/Melchior, GmbHR 2022, 177, 179.

¹⁹ Zutreffend gegen Rückschlüsse aus dem Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage auf die Formwirksamkeit der Bargründung Heckschen/Knaier, NZG 2021, 1093, 109; Böhringer/Melchior, GmbHR 2022, 177, 180.

²⁰ Richtig etwa Böhringer/Melchior, GmbHR 2022, 177, 180.

²¹ Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 GmbHG Rn. 74; J. Schmidt, ZIP 2021, 112, 113; Heckschen/Knaier, NZG 2021, 1093, 1097; Wicke, GmbHR 2022, 516, 517.

²² Vgl. Stelmaszczyk/Kienzle, ZIP 2021, 765.

mit der Besonderheit, dass im Rahmen des zwingenden *zweistufigen Identifizierungsverfahrens*²³ elektronische Identifizierungsmittel aus Drittstaaten untauglich sind,²⁴ ebenso überhaupt jedwede Ausweispapiere, die nicht eID-fähig sind (worunter auch solche fallen können, die innerhalb der EU bzw. des EWR ausgestellt wurden);²⁵ damit kommt es zu einer faktischen Begrenzung der Nutzbarkeit des Videokommunikationsverfahrens. Keinerlei Besonderheiten bestehen hinsichtlich der zu bejahenden Beteiligungsfähigkeit juristischer Personen, rechtsfähiger Personengesellschaften sowie nichtrechtsfähiger Gesamthandsgemeinschaften, wie die Güter- oder die Erbengemeinschaft (darüber bei Rdn. 26). Existenz- und Vertretungsnachweise (z.B. durch im einschlägigen Auslandsstaat zugelassene Notare) im Fall einer Gründung durch Gesellschaften ausländischer Rechtsform müssen (mitsamt allfälliger Apostille bzw. Legalisation) freilich (jedenfalls derzeit) weiterhin in Papierform dem Notar vorgelegt werden.²⁶

d) Gründung durch Bevollmächtigte

Die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch Bevollmächtigte, die auch bei der Einpersonen-GmbH zulässig ist,²⁷ ist als Wirksamkeitsvoraussetzung nur aufgrund einer notariell errichteten oder beglaubigten Vollmacht (§ 2 Abs. 2 GmbHG) möglich, die in Urschrift (Beglaubigung) oder in Ausfertigung (Beurkundung) vorzulegen und in jedenfalls beglaubigter Abschrift der Urkunde nach § 12 Satz 1 BeurkG beizufügen ist.²⁸ All dies gilt im Prinzip ohne Besonderheiten auch im Fall der Gründung der GmbH mittels Videokommunikationsverfahren. Es bedarf also auch hier der Vorlage der beglaubigten Vollmacht in Urschrift oder (im seltenen Fall einer beurkundeten Vollmacht) in Ausfertigung,²⁹ die freilich nicht einer physisch gar nicht vorhandenen Niederschrift in Papierform beigefügt werden kann, anstelle dessen aber der elektronischen Niederschrift in elektronisch beglaubigter Abschrift beizufügen ist (§ 16d BeurkG n.F.). Allerdings gilt seit der Neufassung des § 12 Abs. 2 BeurkG kraft der darin angeordneten Fiktion die Vorlage der Vollmacht gegenüber dem beurkundenden Notar zugleich als deren Vorlage gegenüber den Mitgesellschaftern als den Erklärungsempfängern³⁰ (und zwar gleichermaßen im körperlichen Präsenz- wie auch im Videokommunikationsverfahren). Über die Bedeutung der Vorlage der Urschrift bzw. Ausfertigung der Vollmacht sowie zu weiteren Einzelheiten der Gründungsvollmacht bei Rdn. 15; dort auch zur Vorlage einer PDF-Datei eines Scanabdrucks einer formgerecht erteilten Vollmacht. Die bloße Beglaubigung einer Vollmachtserteilung oder einer Genehmigungserklärung (die abweichend von § 182 Abs. 2 BGB nach einhelliger Meinung ebenfalls der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG bedarf, darüber bei Rdn. 15) mittels Videokommunikationsverfahren wirkt nicht formwährend; insoweit bedarf es ausweislich des § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG i.d.F. des DiREG zwingend der notariellen Beurkundung einer Vollmachtserteilung (gleichermaßen auch einer Genehmigungserklärung)³¹; von der elektronischen Urschrift der beurkundeten Vollmacht ist eine Ausfertigung in Papierform zu erteilen und dem beurkundenden Notar vorzulegen;³² Einzelheiten m.w.N. hierzu bei Rdn. 15.

☉ Urkundseingang des Gründungsprotokolls unter Mitwirkung von Bevollmächtigten und organschaftlichen Vertretern im Videokommunikationsverfahren

UVZ-Nr.

Verhandelt zu Hamburg³³ am 01.08.2022

Vor mir, dem Notar mit dem Amtssitz in Hamburg, erschienen heute mittels Videokommunikationssystem mit der Bitte um Aufnahme einer elektronischen Niederschrift an meinem Amtssitz:

²³ Erste Stufe: Identifizierung mittels eines elektronischen Identifizierungsnachweises (§ 16c Abs. 1 Satz 1 BeurkG); taugliche Identifizierungsnachweise sind damit: (i) Online-Ausweisfunktion des deutschen Personalausweises nach § 18 PAuswG, (ii) eID-Karte für EU/EWR-Staatsangehörige nach § 12 eIDKG, (iii) elektronischer Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige nach § 78 Abs. 5 Satz 2 AufenthG i.V.m. § 18 PAuswG, (iv) eID eines anderen EU/EWR-Staats, sofern nach Art. 9 eIDAS-VO notifiziert ist und auf dem Sicherheitsniveau des Art. 8 Abs. 2 lit. c eIDAS-VO; vgl. *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 767; *Winkler*, § 16c BeurkG Rn. 4. Zweite Stufe: Auslesen eines amtlichen Lichtbilds aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines amtlichen Ausweises oder (derzeit nahezu durchgängig allein tauglich) eines Passes unter Abgleich mit dem Erscheinungsbild (§ 16c Abs. 1 Satz 2 BeurkG); auf diese zweite Stufe kann bei persönlicher Bekanntheit verzichtet werden.

²⁴ Vgl. *Herrler/Kienzle*, § 18a Rn. 42; dort näher zu den zugelassenen Identifizierungsmitteln.

²⁵ *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1097.

²⁶ *Kindler/Jobst*, DB 2019, 1550, 1553; *Lieder*, NZG 2020, 81, 85; *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 604. Zu den rechtlichen Unsicherheiten der elektronischen Apostille *Forschner/Kienzle*, DNotZ 2020, 724, 726 ff.

²⁷ *Lohr*, GmbH-StB 2017, 161. Allerdings bei der Einpersonen-Gesellschaftsgründung Nichtigkeit bei Handeln ohne Vertretungsmacht, s. OLG Frankfurt GmbHR 2017, 371; OLG Stuttgart GmbHR 2015, 487. Darüber näher bei Rdn. 15.

²⁸ S. *Lohr*, GmbH-StB 2017, 161 und zu Mängeln der Vollmacht *Stenzel*, GmbHR 2015, 567; Muster hierzu bei *KölnerHBGesR/Eckhardt*, Kap. 2 Rn. 94.

²⁹ *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 773; *P. Meier/Szalai*, ZNotP 2021, 306, 312; *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 600.

³⁰ *BegrRegE DiRUG BT-Drucks. 19/28177*, 113 f.; vgl. ferner etwa *Omlor/Blöcher*, DStR 2021, 2352, 2353.

³¹ *BegrRegE DiREG, BT-Drs. 20/1672, 22*; *BeckOK-GmbHG/C. Jaeger*, § 2 Rn. 82; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1086.

³² Vgl. etwa *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1734.

³³ Ort der Verhandlung ist der Ort, an dem die elektronische Niederschrift aufgenommen wird; vgl. § 16b Abs. 3 Satz 1 BeurkG.

1. Herr, geb. am [Datum], wohnhaft in [Anschrift],³⁴ ausgewiesen durch elektronischen Identitätsnachweis³⁵ sowie durch aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium seines Reisepasses ausgelesenes und mir elektronisch übermitteltes Lichtbild,³⁶

handelnd nicht im eigenen Namen, sondern als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Firma GmbH, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Hamburg unter HRB und der Geschäftsanschrift Hiermit bescheinige ich, der Notar, gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 BNotO diese Vertretungsberechtigung, und zwar aufgrund heutiger Einsicht in das elektronische Handelsregister des Amtsgerichts Hamburg.

2. Herr, geb. am [Datum], wohnhaft in [Anschrift], ausgewiesen durch elektronischen Identitätsnachweis und mir, dem Notar, von Person bekannt,³⁷

handelnd nicht im eigenen Namen, sondern aufgrund notariell beglaubigter Vollmacht, die mir, dem Notar, i.S.d. § 12 Abs. 2 BeurkG n.F.³⁸ in Urschrift bei Beurkundung physisch vorlag und von der eine elektronisch beglaubigte Abschrift dieser elektronischen Niederschrift beigefügt wird,³⁹ als Bevollmächtigter für [Personalien des Vollmachtgebers].

e) Beurkundung des Gesellschaftsvertrages

Wenn § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. von der zulässigen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages mittels Videokommunikation spricht, ist damit das dem Registergericht einzureichende *Gründungsstatut* gemeint, in seiner Doppelnatur als Vertrag der Gründungsgesellschafter und von ihnen festgestelltes Statut der juristischen Person. So, wie dieses als Ganzes dem Registergericht zu übermitteln ist, ist i.S.d. § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. mit dem Gesellschaftsvertrag die Vertragsurkunde, d.h. der Satzungstext im formellen, rein äußerlich verstandenen Sinne maßgebend, der mit dem Gesellschaftsvertrag im materiellen Sinne nicht deckungsgleich sein muss.⁴⁰ Denkbar wäre es zunächst bis zur Klarstellung durch das DiREG gewesen (dazu sogleich unten), die vorgenannte Bestimmung demgegenüber dahingehend zu verstehen, dass sich die Zulässigkeit des Videokommunikationsverfahrens auf die Beurkundung korporativer, *echter Satzungsbestandteile* beschränkt, also auf all jene Regelungen, die ihren Geltungsgrund im Gesellschaftsvertrag haben, wohingegen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages, denen ein Regelungscharakter fehlt oder deren Regelungswirkung nicht in der Satzungsformigkeit wurzelt (sondern vielmehr auf einem einfachen Gesellschafterbeschluss oder einer schuldrechtlichen Vereinbarung beruht). Diese Lesart wäre indes schon deshalb wenig plausibel gewesen, weil zum wirksamen Gründungsakt jedenfalls auch die Beurkundung der Übernahmeerklärungen i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG vonnöten ist, die nach herrschender Lesart zur Gründervereinbarung, nicht aber materiell (sondern nur formell) zur Satzung gehören. Überhaupt erschiene eine Differenzierung nach der Beurkundung im Videokommunikationsverfahren zugänglichen korporativen und insoweit unzugänglichen individuellen, unechten Satzungsbestandteilen nicht nur gekünstelt und angesichts der in Randbereichen teils erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen beiden Satzungskategorien äußerst unzweckmäßig. Vielmehr wird man richtigerweise jedweden im Gesellschaftsvertrag verlautbarten Vereinbarungen und Beschlüssen nicht nur formellen Satzungscharakter beimessen müssen, sondern zwischen deklariertem Inhalt und deklarierendem Satzungsinhalt unterscheiden müssen:⁴¹ Die statutarische Verlautbarung hat echte Satzungsqualität, allerdings inhaltlich beschränkten, bloß verlautbarenden Gehalt, dessen Änderung oder Beseitigung der förmlichen

³⁴ Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 DONot n.F.; demgegenüber sprach § 26 Abs. 2 Satz 1 DONot a.F. noch wenig präzise, aber gleichsinnig von »Wohnung«.

³⁵ Erste Stufe: Identifizierung mittels eines elektronischen Identifizierungsnachweises (§ 16c Abs. 1 Satz 1 BeurkG); taugliche Identifizierungsnachweise sind damit: (i) Online-Ausweisfunktion des deutschen Personalausweises nach § 18 PAuswG, (ii) eID-Karte für EU/EWR-Staatsangehörige nach § 12 eIDKG, (iii) elektronischer Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige nach § 78 Abs. 5 Satz 2 AufenthG i.V.m. § 18 PAuswG, (iv) eID eines anderen EU/EWR-Staats, sofern nach Art. 9 eIDAS-VO notifiziert und auf dem Sicherheitsniveau des Art. 8 Abs. 2 lit. c eIDAS-VO; vgl. *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 767; *Winkler*, § 16c BeurkG Rn. 4. Zweite Stufe: Auslesen eines amtlichen Lichtbilds aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines amtlichen Ausweises oder (derzeit nahezu durchgängig allein tauglich:) Passes unter Abgleich mit dem Erscheinungsbild (§ 16c Abs. 1 Satz 2 BeurkG); auf diese zweite Stufe kann bei persönlicher Bekanntheit verzichtet werden.

³⁶ Vgl. auch das Formulierungsbeispiel bei *Herrler/Kienzle*, § 18a Rn. 28.

³⁷ Bei persönlicher Bekanntheit ist im zweistufigen Identifizierungssystem des Videokommunikationsverfahrens gleichwohl die Identifizierung auf erster Stufe mittels elektronischen Identifizierungsmittels i.S.d. § 16 Satz 1 Hs. 2 BeurkG n.F. zwingend, jedoch die Identifizierung auf zweiter Stufe durch Abgleich des Erscheinungsbildes mit dem elektronisch übermittelten Lichtbild i.S.d. § 16c Satz 1 Hs. 1 BeurkG n.F. obsolet, vgl. § 16c Satz 3 BeurkG n.F.

³⁸ Die Vollmachtovorlage gegenüber dem Notar gilt danach zugleich als Vollmachtovorlage gegenüber den Mitgesellschaftern als Erklärungsempfängern.

³⁹ Dieses Beifügungserfordernis ergibt sich aus § 16d BeurkG n.F.

⁴⁰ Wohl mittlerweile unstr.; vgl., die Einbeziehung unechter Satzungsbestandteile in den Anwendungsbereich des Videokommunikationsverfahrens behandelnd, *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 2 GmbHG Rn. 78 (Online-Aktualisierung November 2021); *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 517; *Scheller*, GmbHR 2022, R101; nunmehr auch *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2020, 833, 837.

⁴¹ Vgl. *Scholz/Scheller*, § 3 GmbHG Rn. 132; in diese Richtung auch *P. Meier*, ZGR 2020, 125, 133 ff.

Satzungsänderung bedarf (wohingegen z.B. Änderung oder Aufhebung der verlautbarten Vereinbarung schuldrechtlichen Grundsätzen folgt); jeder unechte Satzungsbestandteil beinhaltet insoweit auch ein echtes Satzungsselement.

Obleich an sich die Beurkundung jedweder korporativer, echter Satzungsbestandteile mittels Videokommunikation zulässig ist, wird bzw. wurde dies jedenfalls zu den Entwurfsfassungen im Hinblick auf das *korporative Sachaufgeld* vereinzelt bezweifelt,⁴² und zwar im Lichte des Sacheinlageverbots, das hier zwar nicht einschlägig ist, in dessen Nähe sich das Sachaufgeld aber bewegen könnte, sofern man mit ihm jedenfalls bei negativem Wert des eingebrachten Gegenstandes die Befürchtung einer Umgehung der Sachgründungsvorschriften verbände, was freilich äußerst umstritten ist.⁴³ Richtig scheint, das Sachagio zuzulassen, und zwar unabhängig davon, ob es als korporatives oder schuldrechtliches Aufgeld ausgestaltet wird, solange es nur formell in die Niederschrift über die Gründung aufgenommen wird.⁴⁴ Dies gilt allerdings nicht – wie besonderer Hervorhebung bedarf – sofern das Sachaufgeld in einer ihrerseits *beurkundungsbedürftigen Übertragungspflicht*, also insbesondere in der Pflicht zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) bzw. zur Übereignung von Grundstücken (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) liegt.⁴⁵ In der ab dem 01.08.2023 geltenden DiREG-Fassung des § 2 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 GmbHG kommt diese gesetzgeberische Entscheidung darin zum Ausdruck, dass danach das Videokommunikationsverfahren dort nicht zur Verfügung stehen soll, wo andere Formgebote (als jene des § 2 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 GmbHG) entgegenstehen, d.h.: einschlägig sind und nach Sinn und Zweck nicht mittels Beurkundung im Videokommunikationsverfahren gewahrt werden können. Dahinter steht der Gedanke, dass das Videokommunikationsverfahren kraft abschließender gesetzlicher Gleichstellungsanordnung in § 2 Abs. 3 GmbHG n.F. i.V.m. § 16a Abs. 1 BeurkG nur dort als formwahrendes Substitut für das körperliche Präsenzverfahren wirkt, wo es um die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und damit um die Wahrung der Form des § 2 Abs. 1 GmbHG (oder jene des § 2 Abs. 2 GmbHG) geht. Daraus wäre indes, hätte der Gesetzgeber nicht noch korrigierend eingegriffen, weiterhin zu folgern gewesen, dass selbst *korporative Nebenleistungspflichten* i.S.d. § 3 Abs. 2 GmbHG im Videokommunikationsverfahren nicht formgerecht hätten vereinbart werden können, sofern ihre Beurkundungsbedürftigkeit nicht allein (als Nebenleistungspflichten) der Bestimmung des § 2 Abs. 1 GmbHG (i.V.m. § 3 Abs. 2 GmbHG), sondern z. B. (auch) jener des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG entspringt. Denn die heute gefestigte h.M.⁴⁶ nimmt an, dass in solchen Fällen die jeweils einschlägigen Formbestimmungen nebeneinander treten, also kumulativ zu erfüllen sind, was bislang freilich angesichts gleichlautender Präsenzverfahren im Rahmen der Gründungsbeurkundung ohne Ergebnisrelevanz war (und sich allenfalls im Fall der Einführung solcher aus sich heraus formbedürftiger Übertragungsverpflichtungen mittels im Wege des Tatsachenprotokolls beurkundeter Satzungsänderungen auswirken konnte⁴⁷). Ausscheiden müssen hätten damit im Rahmen des Videokommunikationsverfahrens auf der Grundlage dieser herrschenden, heute kaum mehr hinterfragten Ansicht als denkbarer Nebenleistungsinhalt insbesondere Vorkaufs- sowie überhaupt Vorerwerbsrechte jedweder Art, seien es solche der Mitgesellschafter oder solche der Gesellschaft selbst; ebenso wären Ankaufsrechte als deren Spiegelbild keiner formwährenden Beurkundung mittels Videokommunikation zugänglich gewesen. In all diesen Fällen statuerter Vorkaufs-, Vorerwerbs- bzw. Ankaufsrechte hätte daher zwingend auf das körperliche Präsenzverfahren ausgewichen werden müssen. Das hätte auch für die bedeutsamen statutarisch begründeten Abtretungspflichten z.B. von Gesellschaftererben gegolten,

⁴² Jedenfalls Zweifel an der Zulässigkeit äußernd und daher von dieser Gestaltung abratend *Stelmaczyk/Kienzle*, GmbHHR 2021, 849, 853; in diese Richtung wohl auch (unzulässig vor Inkrafttreten des § 2 Abs. 3 i.d.F. des DiREG) *Stelmaczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1083; *Blunk/Monden*, ZdiW 2022, 199, 201; so auch, mit ausführlicher teleologischer Begründung, *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1734; unter Verweis auf den Gesetzgebungsprozess ausdrücklich gegen Zulässigkeit des Sachagios vor dem 01.08.2023 zudem *Stelmaczyk/Strauß*, GmbHHR 2020, 833, 835 f.; richtig dagegen *Wicke*, GmbHHR 2022, 516, 518; *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1095 f.; wohl auch *Böhringer/Melchior*, GmbHHR 2022, 177, 179 f.

⁴³ Ausf. hierzu einerseits *Heckschen/Knaier*, FS 25 DNotI, 2018, S. 467 ff., andererseits Scholz/*Scheller*, § 3 GmbHG Rn. 83 (gegen die von den erstgenannten Autoren zu weite Heranziehung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auch im Fall eines per Saldo mit positivem Wert ausgestatteten Sachaufgeldes); zum Ganzen instruktiv zudem *Szalai/Kreußlein*, notar 2019, 283 ff.

⁴⁴ Im Ergebnis wohl ebenso *Stelmaczyk/Kienzle*, GmbHHR 2021, 849, 853; nunmehr aber ablehnend *Stelmaczyk/Strauß*, GmbHHR 2020, 833, 835 ff.; wohl ablehnend auch MüKo-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 340, der allerdings missverständlich suggeriert, das von ihm sog. »rein schuldrechtliche Agio«, das seines Erachtens aus dem Anwendungsbereich der Gründung mittels Videokommunikation herausfalle, sei nicht im Gesellschaftsvertrag verankert, was bei jederzeit möglicher Aufnahme der Agioverpflichtung in den Gesellschaftsvertrag als eines unechten Satzungsbestandteils aber gerade der Fall ist.

⁴⁵ Insoweit zutreffend *Stelmaczyk/Kienzle*, GmbHHR 2021, 849, 853; MüKo-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 340; a.A. *Böhringer/Melchior*, GmbHHR 2022, 177, 180, die (wohl missverständlich) hierfür als Beleg auf *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1095 verweisen, die aber nur das Sachagio außerhalb aus sich heraus formbedürftiger Einbringungsvereinbarungen für zulässig erachten.

⁴⁶ Vgl. nur BGH NJW 1969, 2049, wo der eine aufschiebend bedingte Abtretungsverpflichtung beinhaltende Gesellschaftsvertrag insoweit als Vereinbarung im Sinne des gleichermaßen Anwendung findenden § 15 Abs. 4 GmbHG verstanden wird; ferner MüKo-GmbHG/*Weller/Reichert*, § 15 Rn. 103; zum Konkurrenzverhältnis zwischen § 2 Abs. 1 GmbHG und § 15 Abs. 4 GmbHG ausf. *Grotheer*, RNotZ 2015, 4, 6 ff. sowie *Maier-Reimer*, FS Röhrich, 2005, S. 383, 392 f.; RGZ 113, 147, 149 ging dagegen noch ohne nähere Begründung von einer Exklusivität des Formgebots des § 2 Abs. 1 GmbHG aus (vgl. ferner RGZ 121, 299), was *Maier-Reimer*, FS Röhrich, 2005, S. 382, 392 mit dem Fehlen einer Vereinbarung i.S.d. § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bei korporativer Ausgestaltung des Geschäftsanteils zu erklären versucht. Im Lichte des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. steht eine Revitalisierung dieser gegenwärtig unterbeleuchteten Fragestellung zu erwarten.

⁴⁷ Hierüber *Grotheer*, RNotZ 2015, 4, 6 ff.; vgl. auch Scholz/*Scheller*, § 3 GmbHG Rn. 72.

überhaupt jedweder auszuschließender Gesellschafter, denen als Nebenleistungspflicht (als Alternative zur Einziehung) eine Abtretungspflicht auferlegt wird.

Hätte der Gesetzgeber, wie nachfolgend geschildert, nicht noch korrigierend eingegriffen, hätte der einzige Ausweg zu einem *wertungsgerechten Ergebnis*, wonach der Gesellschaftsvertrag im Fall der Bargründung insgesamt, mitsamt aller echter und unechter Bestandteile, gleich, welcher Art, § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. unterfällt, darin gelegen, die Grundannahme der kumulativen Anwendbarkeit der Formgebote aus § 2 Abs. 1 GmbHG und aus § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG fallen zu lassen, und unter Rückkehr zum überzeugenden Judikat in RGZ 113, 149⁴⁸ von einem *Exklusivitätsverhältnis* auszugehen, sodass danach zu unterscheiden gewesen wäre, ob die im Gesellschaftsvertrag verankerte Abtretungspflicht als gesellschaftliche Nebenleistungspflicht (dann § 2 Abs. 1 GmbHG unterfallend und folglich dem Videokommunikationsverfahren zugänglich) oder als reine schuldrechtliche Abrede (dann § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG unterfallend und nicht dem Videokommunikationsverfahren zugänglich) ausgestaltet ist (im letzteren Fall wäre das Videokommunikationsverfahren auch bei Aufnahme dieser schuldrechtlichen Abrede in den Gesellschaftsvertrag als unechter Satzungsbestandteil ausnahmsweise nicht eröffnet). Im Anschluss an RGZ 113, 147, 149⁴⁹ wird von breiten Teilen der Literatur in diesem Sinne eine Differenzierung zwischen korporativen, die Mitgliedschaft ausgestaltenden Abtretungspflichten, für deren Begründung allein die §§ 2, 3 Abs. 2 GmbHG gelten, und schuldrechtlichen Abtretungspflichten befürwortet, auf welche das Formgebot § 15 Abs. 4 GmbHG zwar anwendbar, aber im Falle einer Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag als dessen unechter Bestandteil durch § 2 ebenfalls gewahrt ist.⁵⁰ Aber auch ungeachtet dieser Grundsatzfrage nach dem Konkurrenzverhältnis beider Formvorschriften zueinander hätte man bei teleologischer Auslegung solche korporativen Abtretungspflichten nicht aus dem Anwendungsbereich des Videokommunikationsverfahrens herausnehmen können. So sind insbesondere statutarische Abtretungspflichten, etwa bei Verwirklichung eines Einziehungsgrundes, regelmäßig integraler (die Rechtsfolgende betreffender) Bestandteil korporativer Gesellschafterausschlussmechanismen; bei funktionaler Betrachtung sind sie als bloßer Annex zu diesen Ausschlussstatbeständen zu betrachten, die ihrerseits im Übrigen unstreitig im Videokommunikationsverfahren beurkundet werden können; sie als für das Videokommunikationsverfahren unzugänglich zu betrachten, wäre nicht wertungsgerecht.

Der *Gesetzgeber* hat nunmehr diesen aufkommenden *Meinungsstreit* durch eine *kurzfristige Änderung* der sodann in dieser geänderten Gestalt verabschiedeten Normfassung *beseitigt*, indes pauschaler und damit weitreichender als zuvor diskutiert: Nach Maßgabe des neu eingefügten *Halbs. 2 des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.d.F. des DiREG* können auch Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft (also nicht: an einer dritten Gesellschaft mbH) im Videokommunikationsverfahren formgerecht beurkundet werden, sofern sie nur in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurden, gleichviel, ob diese Aufnahme rein äußerlich oder mit korporativer Wirkung erfolgt. Dem Videokommunikationsverfahren sind mithin nicht allein als korporative Nebenleistungspflichten ausgestaltete Abtretungspflichten zugänglich, sondern jedwede, und das heißt: auch rein schuldrechtliche (und damit allein § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG unterfallende) Abtretungspflichten, vorausgesetzt, sie haben Eingang in den Satzungstext gefunden. Da Nebenleistungspflichten i.S.d. § 3 Abs. 2 GmbHG stets der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedürfen, ergibt sich insoweit bei diesen keinerlei Einschränkung, sofern sie nicht eine Sachaufgeldpflicht begründen sollen, die auf eine „Einbringung“ gerichtet ist, welche nach anderen Vorschriften als jener des § 2 Abs. 1 GmbHG beurkundungsbedürftig ist; darunter ist insbesondere die Einbringung von Geschäftsanteilen an einer „dritten“ GmbH oder jene von Immobiliareigentum zu verstehen, und zwar jeweils das Kausal- als auch das Erfüllungsgeschäft. Der im geschilderten Sinne erweiterte § 2 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 GmbHG wird indes (vgl. Art. 10 Abs. 3 DiREG) erst am 01.08.2023 in Kraft treten. Unklar bleibt damit, was im Zeitraum zwischen dem 01.08.2022 und dem 31.07.2023 gilt. Hätte sich der Gesetzgeber (sinnvollerweise) allein auf die Zulassung korporativer Abtretungspflichten beschränkt, hätte die Ergänzung als Klarstellung gewertet werden können, weil es um die aufgezeigte Streitfrage zur Reichweite des § 2 Abs. 1 GmbHG gegangen wäre. Da schuldrechtliche, als unechte Bestandteile in die Satzung aufgenommene Abtretungspflichten aber unzweifelhaft und seit jeher dem Beurkundungserfordernis aus § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG und nicht jenem für Satzungen aus § 2 Abs. 1 GmbHG unterfallen, fällt die Annahme einer Klarstellung schwer, zumal es bis dato ausdrücklicher gesetzgeberischer Wille (vor allem des DiRUG) war, das Formgebot des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG als im Videokommunikationsverfahren unerfüllbar zu

⁴⁸ Für diese zutreffende Differenzierung auch noch Scholz/Winter, 6. Aufl. 1978, § 15 GmbHG Rn. 36 und heute gleichlautend Scholz/Seibt, § 15 Rn. 51; wohl auch Altmeyden, § 15 GmbHG Rn. 79.

⁴⁹ RG v. 19.03.1926 – II 236/25, RGZ 113, 147, 149; dort wird von einem Exklusivitätsverhältnis statt von einer kumulativen Anwendbarkeit beider Formvorschriften ausgegangen.

⁵⁰ Vgl. nur Maier-Reimer, GmbHR 2017, 1325, 1333, mit unmissverständlichem Ergebnis: „Das Formerfordernis des § 15 Abs. 4 kann nur anwendbar sein, wenn die Abtretungspflicht nicht korporativ als echter Satzungsbestandteil gelten, sondern (nur) schuldrechtlich zwischen den Gesellschaftern vereinbart sein soll.“ Ebenso klar Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 15 Rn. 55: „Grundsätzlich unterfallen alle Abtretungspflichten in Gesellschaftsverträgen ebenso wie Auseinandersetzungsvereinbarungen der Form des § 15 Abs. 4. Ist eine solche Regelung materieller Satzungsbestandteil, dann gelten allein §§ 2, 3 Abs. 2.“ Wohl gleichsinnig Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, § 15 GmbHG Rn. 53: „Soweit es sich dabei um materielle Satzungsbestimmungen handelt, stellt sich die Frage des § 15 Abs. 4 nicht, da ohnehin nach den Abs. 4 grundsätzlich vorgehenden §§ 2, 3 Abs. 2 notarielle Beurkundung erforderlich ist.“ Wohl nur missverständlich anders BGH v. 30.06.1969 – II ZR 71/68, NJW 1969, 2049 = GmbHR 1969, 228.

qualifizieren. Trotzdem sollte man eine allein sinnvolle Vorwirkung anerkennen.⁵¹ Sicherster Weg wäre freilich die Mitbeurkundung von Abtretungspflichten (jedenfalls, sofern nur schuldrechtlich ausgestaltet) erst ab dem 01.08.2023.

f) Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen im Rahmen der Gründung

Wenn § 2 Abs. 3 Satz 4 GmbHG i.d.F. des DiREG seit dem 01.08.2022 das Videokommunikationsverfahren auch dort für formwährend und zulässig erklärt, wo es um die (ggf. gewillkürte) Beurkundung einstimmiger Beschlüsse geht, so ist damit zuvörderst der gründungsnotwendige Beschluss über die Bestellung der ersten Geschäftsführer gemeint. Die Gesellschafter sollen nicht im Videokommunikationsverfahren auf den heute ganz unüblich gewordenen Weg der Bestellung der ersten Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag beschränkt werden, den § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nur als einen Alternativweg vorzeichnet. Auch wenn der Gesetzgeber zunächst diesen gründungsnotwendigen Bestellungsbeschluss vornehmlich vor Augen gehabt haben dürfte, ist eine Beschränkung der Zulässigkeit des Videokommunikationsverfahrens auf diesen (einzig) gründungsnotwendigen Beschluss im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gelangt. Vielmehr waren bereits in der zunächst entworfenen Fassung des DiRUG (in der Entwurfassung noch als Teil des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) unter den zulässigen Beschlüssen sämtliche im engen sachlich-zeitlichen Zusammenhang zur Gründung stehenden erfasst.⁵² Darunter sollten z.B. jedwede (nicht gründungsnotwendigen, aber im engen Sachkontext zur gründungsnotwendigen Geschäftsführerbestellung stehenden) Festlegungen über die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer fallen,⁵³ wozu insbesondere auch Beschlüsse über Befreiungen von den Beschränkungen des § 181 BGB gezählt hätten, überdies etwa Beschlüsse über die Erweiterung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Stadium der Vor-GmbH zwecks Ermöglichung der vorzeitigen Geschäftsaufnahme,⁵⁴ zudem die Bevollmächtigung eines der Gesellschafter, den Anstellungsvertrag mit den Geschäftsführern im Namen der Gesellschafterversammlung abzuschließen. Hierher gehörten richtigerweise (wenngleich im Hinblick auf die sachliche Konnexität zur Gründung weniger eindeutig) weiterhin Beschlüsse über die Befreiung der Gesellschafter von (statutarischen) Wettbewerbsverboten, ferner Geschäftsordnungserlasse.⁵⁵ Soweit schließlich zur Entwurfsfassung des DiRUG vertreten wurde, auch die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten sei erfasst,⁵⁶ hätte man das bestreiten können, zumal der zugrundeliegende Bestellungsbeschluss ein bloßes Internum verbleibt, der Akt der Bestellung im Außenverhältnis aber den Geschäftsführern obliegt, sodass es an der sachlichen Nähe zum Gründungsakt mangelt. Aus diesen und ähnlichen Erwägungen heraus enthält § 2 Abs. 3 Satz 4 GmbHG in der Gesetz gewordenen Fassung des DiREG nicht mehr ein irgendwie geartetes Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs zur Gründung; dieser Zusammenhang wird nunmehr rein äußerlich verstanden – sämtliche Beschlüsse, sofern einstimmig gefasst, und nicht ihrerseits einer notariellen Form bedürfen (also gewillkürt beurkundet werden), können im Videokommunikationsverfahren wirksam beurkundet werden, sofern sie nur in die elektronische Niederschrift der Gründungsurkunde aufgenommen werden.⁵⁷ Es kommt also allein auf den äußerlichen Verbundakt an.

g) Gesellschaftervereinbarungen und sonstige nicht beurkundungsbedürftige Willenserklärungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages

Das DiRUG hatte zunächst vorgesehen, das Videokommunikationsverfahren nicht für sonstige, ihrerseits nicht beurkundungsbedürftige, Willenserklärungen zu öffnen, wie zum Beispiel auf den Abschluss oder die Änderung bestimmter Gesellschaftervereinbarungen bezogene, sodass etwa schuldrechtliche Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander, ggf. auch unter Einbeziehung der Gesellschaft, nicht hätten mitbeurkundet werden können.⁵⁸ In der Fassung des DiREG sind ausweislich des § 2 Abs. 3 Satz 3 GmbHG bereits ab dem 01.08.2022 nunmehr jedoch sonstige, nicht der notariellen Form bedürftige Willenserklärungen der Beurkundung im Videokommunikationsverfahren zugänglich, indes nur, sofern sie in ein und dieselbe elektronische Niederschrift (also: in die elektronische Gründungsniederschrift) aufgenommen werden.⁵⁹

⁵¹ Im Ergebnis ebenso Scholz/*Wicke*, § 2 GmbHG Rn. 168; *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2020, 833, 846 ff., indes mit abweichender Begründung; ausf. Scholz/*Scheller*, § 3 GmbHG Rn. 72; a.A. BeckOK-GmbHG/C. *Jaeger*, § 2 Rn. 83; *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1733.

⁵² Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 19/28177, 161; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 2 GmbHG Rn. 78 (Online-Aktualisierung November 2021); *P. Meier/Szalai*, ZNotP 2021, 306, 307; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851; *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 594; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 519.

⁵³ BegrRegE BT-Drucks. 19/28177, 161; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851; MüKo-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 336; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 519.

⁵⁴ MüKo-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 336; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 519.

⁵⁵ *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851; zweifelnd bis ablehnend denn auch *Böhringer/Melchior*, GmbHR 2022, 177, 180, die darauf verweisen, dass es sich um unternehmerische Zweckmäßigeitsentscheidungen handelt, was freilich für sich genommen nicht gegen den sachlichen Konnex spricht.

⁵⁶ So MüKo-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 337.

⁵⁷ Zutreffend *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084; ausf. *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2020, 833, 836 f.; Begrenzung durch den Urkundenzusammenhang; ferner *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 519.

⁵⁸ *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 852; MüKo-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 339; offener wohl *Böhringer/Melchior*, GmbHR 2022, 177, 180.

⁵⁹ Vgl. etwa *P. Meier*, BB 2022, 1731, 1733; *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2020, 833, 836 f.; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 519.

Insoweit wird man nicht danach differenzieren müssen, ob eine Gesellschaftervereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrages verbleibt oder als unechter Bestandteil in diesen aufgenommen wird; im letzteren Fall darf (und muss!) eine Beurkundung im Videokommunikationsverfahren erfolgen, weil sie zum (insoweit formbedürftigen) Satzungstext im formellen Sinne gehört. Formunwirksam wäre jedoch eine Mitbeurkundung einer in diesem Fall nichtigen Gesellschaftervereinbarung allerdings, sofern diese ihrerseits z.B. unter dem Gesichtspunkt des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG oder jenem des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig sein sollte, und zwar unabhängig davon, ob außerhalb oder innerhalb des Gesellschaftsvertrages verortet. Formnichtigkeit der Gesellschaftervereinbarung ist das Resultat also auch, wie besonderer Betonung bedarf, im Fall der Aufnahme einer *aus sich heraus beurkundungsbedürftigen Gesellschaftervereinbarung* in den Gesellschaftsvertrag (als dessen unechter Bestandteil), freilich nach Maßgabe des durch den Rechtsausschuss neu eingefügten Halbs. 2 des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.d.F. des DiREG nur, sofern es nicht (bloß) um Abtretungspflichten an der Gesellschaft selbst (und nicht: an einer dritten GmbH) geht (denn Abtretungspflichten an der Gesellschaft können nunmehr auch bei schuldrechtlicher Ausgestaltung im Videokommunikationsverfahren mitbeurkundet werden, sofern sie nur als formelle, unechte Bestandteile in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden). Gesellschafter- oder Beteiligungsvereinbarungen, vor allem auch unter Beteiligung von Wagniskapitalgebern, die Vorerwerbsrechte und damit korrespondierende Abtretungsverpflichtungen in all ihren Spielarten enthalten (solange nur auf Geschäftsanteile an der konkreten Gesellschaft bezogen!), sind mithin trotz Einschlägigkeit des Formgebots des § 15 Abs. 4 Abs. 1 GmbHG einer Beurkundung im Videokommunikationsverfahren zugänglich, sofern sie, was freilich aus Publizitätsgründen kaum ratsam ist, als unechter Bestandteil in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Folgt man der Ansicht, die harte Stimmbindungsvereinbarung im Hinblick auf künftige Satzungsänderungen angesichts der anderenfalls unterminierten Schutzzwecke des § 53 Abs. 2 GmbHG der Beurkundungsbedürftigkeit unterwirft,⁶⁰ sind freilich Stimmbindungsvereinbarungen enthaltende Gesellschaftervereinbarungen jedenfalls bis zum 31.07.2023 keiner Beurkundung im Videokommunikationsverfahren zugänglich (danach wird man diese Frage im Lichte der ab dem 01.08.2023 erfolgenden Öffnung des Videokommunikationsverfahrens für einstimmige Satzungsänderungsbeschlüsse durch § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG i.d.F. des DiREG womöglich anders bewerten müssen).

h) Änderungsvollmachten/Vollzugsvollmachten

In der Rechtsliteratur wurde zum DiRUG noch vor dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits mehrheitlich vertreten, eine Mitbeurkundung einer Änderungs- und/oder einer Vollzugsvollmacht zugunsten der Angestellten des beurkundenden Notars liege außerhalb der sachlichen Reichweite des durch § 2 Abs. 3 GmbHG i.d.F. des DiRUG eröffneten Anwendungsbereichs des Gründungsverfahrens mittels Videokommunikation.⁶¹ Diese praxisunfreundliche Ansicht war nicht zwingend einzunehmen; vielmehr hätte man z.B. a fortiori aus der Zulässigkeit gründungsbegleitender Gesellschafterbeschlüsse auf die Zulässigkeit der Erteilung derartiger im engen sachlichen Konnex zur Gründung stehender Vollmachten schließen oder sie bereits als Element des Gründungsprotokolls als erfasst ansehen können. Der Praxis wäre jedoch einstweilen zur Vorsicht zu raten gewesen. In der Fassung des DiREG ermöglicht nun jedoch § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n.F. ab dem 01.08.2022 die notarielle Errichtung einer Gründungsvollmacht im Wege der Beurkundung nach den §§ 16a ff. BeurkG n.F. Darüber bereits bei Rdn. 15. Hierunter sollen insbesondere Vollmachten für Notariatsmitarbeiter, aber auch solche für Mitgesellschafter fallen,⁶² sofern sich nach Abschluss der Errichtungsurkunde nachträglicher Änderungsbedarf an dem Gesellschaftsvertrag ergibt, wofür die allein auf Registeranmeldungen bezogene Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG nicht taugt.⁶³ Diese gesetzgeberische Nachbesserung ist aus Sicht der Praxis mit Nachdruck zu begrüßen. Umstritten ist indes die anders gelagerte Frage, ob eine Vollzugs- im Sinne einer Handelsregistervollmacht (vor allem auch zugunsten der Notariatsangestellten) zulässigerweise im Videokommunikationsverfahren mitbeurkundet werden kann. Richtigerweise sollte – trotz dessen, dass der in diesem Fall systematisch überaus unglücklich platzierte § 12 Abs. 1 S. 3 HGB n.F. ausweislich der Regierungsbegründung⁶⁴ nur auf die Form der physischen Vollmacht i.S.d. § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB n.F. verweisen soll – die im Videokommunikationsverfahren beurkundete Gründungs- auch im Sinne einer Änderungsvollmacht als Annex (im Gegensatz zu einer unzulässigen isolierten Registervollmachtserteilung) eine derartige Registervollmacht beinhalten dürfen.⁶⁵ Bzgl. der Vollzugs- und Registervollmacht zugunsten des Notars gilt im Übrigen: Unberührt von alledem bleibt die Vollmachtsvermutung zugunsten des Notars nach Maßgabe des § 378 Abs. 2 FamFG; auch wenn das Registergericht einen Nachweis der Vollmacht nicht verlangen darf, wird man es jedenfalls für zulässig halten müssen, die vermutete Vollmacht durch Erteilung im Videokommunikationsverfahren zu explizieren. Die Praxis wird gut beraten sein, künftig verstärkt die

⁶⁰ Dafür BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 53 Rn. 26; Wicke, GmbHG § 53 Rn. 23; Scholz/Scheller, § 3 GmbHG Rn. 154; a.A. Wälzholz, GmbHR 2009, 1020, 1024; Tholen/Weiß, GmbHR 2016, 915, 917; MüKo-GmbHG/Lieder § 55 Rn. 157; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 GmbHG Rn. 39 a.E.

⁶¹ Vgl. etwa Kienzle, DNotZ 2021, 590, 594; Herrler/Kienzle, § 18a Rn. 19; zu Recht kritisch Würzburger/NotHB/Wilke, Teil 5 Rn. 7.

⁶² Vgl. Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077, 1085 f.; ferner Wicke, GmbHR 2022, 516, 519; Blunk/Monden, ZdiW 2022, 199, 202; P. Meier, BB 2022, 1731, 1734.

⁶³ Vgl. Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077, 1085 f.

⁶⁴ BegrRegE DiREG, BT-Drs. 20/1672, 18.

⁶⁵ So auch BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, § 2 Rn. 85 (im Online-Verfahren errichtete Gründungsvollmacht sollte eine Registervollmacht zulässigerweise enthalten können, da Vollzugsvollmacht tragender Gedanke der gesetzlichen Regelung war); ausdrücklich die Mitbeurkundung für vertretbar haltend zudem Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077, 1086.

Möglichkeiten auszuschöpfen, Ergänzungen oder Abänderungen einer Registeranmeldung, sofern noch von der beurkundeten Erklärung sachlich abgedeckt, in notarieller Eigenurkunde nach Maßgabe des § 378 Abs. 2 FamFG vorzunehmen, und zwar selbst dann, wenn die ursprüngliche Handelsregisteranmeldung als solche nicht in Eigenurkunde vorgenommen wurde.

i) Änderungen des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung

Keinerlei Zweifel sollten in Bezug auf die Möglichkeit der formwahren Beurkundung von Änderungen des Gesellschaftsvertrages, wozu auch Ergänzungen gehören können, im Stadium der Vor-GmbH mittels Videokommunikationsverfahren bestehen,⁶⁶ und zwar bereits ab dem 01.08.2022. Sie bedürfen allesamt der Wahrung der Form des § 2 Abs. 1 GmbHG, wohingegen die Bestimmungen über Satzungsänderungen i.S.d. § 53 f. GmbHG auf die Vor-GmbH noch keine Anwendung finden (sodass es auf die neue Fassung des § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG mit Wirkung zum 01.08.2023 hierfür nicht ankommt). Im Videokommunikationsverfahren vermag daher auch das Ausscheiden sowie der Neueintritt eines Gründungsgesellschafters formgerecht beurkundet zu werden; unzulässig und formunwirksam wäre demgegenüber die Beurkundung einer aufschiebend auf die Eintragung bedingten Abtretung des künftigen Geschäftsanteils; darüber bereits bei Rdn. 56.

j) Vorvertrag

Formnichtig wäre die Beurkundung eines Vorvertrages mittels Videokommunikation; § 2 Abs. 3 GmbHG n.F. ist nicht direkt einschlägig und kann auch (angesichts des Fehlens einer Regelungslücke) nicht über eine teleologische Extension zur Anwendung gebracht werden. Zwar kommt dem Vorvertrag eine Doppelnatur – einerseits Vorvertrag, andererseits Gesellschaftsvertrag – zu; insoweit als er Gesellschaftsvertrag ist, ist er jedoch kein solcher i.S.d. § 2 GmbHG, sondern einer auf die Begründung einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts gerichteter. Angesichts des bisherigen Schweigens der Literatur zu dieser Frage ist der Praxis jedenfalls einstweilen zur Vorsicht zu raten.

☉ Mehrpersonengründung im Videokommunikationsverfahren

UVZ-Nr. 1420/2022

Verhandelt in Neustadt an der Weinstraße am 01.08.2022

Vor mir, dem Notar Dr. Markus Weinberg

mit dem Amtssitz in Neustadt an der Weinstraße,

erschieden heute mittels⁶⁷ Videokommunikationssystem⁶⁸ mit der Bitte um Aufnahme einer elektronischen⁶⁹ Niederschrift⁷⁰ an meinem Amtssitz⁷¹

⁶⁶ *Scholz/Wicke*, § 2 GmbHG Rn. 173; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851 f.; *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094; *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2020, 833, 834.

⁶⁷ Es soll gem. § 16b Abs. 3 Satz 2 BeurkG vermerkt werden, dass die Verhandlung mittels Videokommunikation erfolgt ist.

⁶⁸ Zulässig ist auch eine gemischte Beurkundung, vgl. § 16e BeurkG n.F.

⁶⁹ Es handelt sich um eine (originär) elektronisch errichtete Niederschrift, vgl. § 16b Abs. 2 BeurkG; dieses originär elektronische Dokument ist qualifiziert elektronisch zu signieren und wird in der Urkundensammlung des Notars verwahrt; es gilt kraft gesetzgeberischer Fiktion gemäß § 45 Abs. 3 BeurkG als Urschrift; eine elektronische Ausfertigung existiert jedoch nicht (die Ausfertigung verlangt daher zwingend einen Medienbruch); elektronische Kopien des Dokuments mitsamt aller qualifizierter elektronischer Signaturen dürfen nicht ausgehändigt werden, wie sich aus § 45b Abs. 1 Satz 1 BeurkG ergibt (ausgehändigt werden dürfen daher nur elektronische oder physische Abschriften, die keine Signaturen tragen, sowie papiergebundene Ausfertigungen). Zum Handelsregister einzureichen ist eine beglaubigte Abschrift der Gründungsurkunde in elektronischer Form; vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 19/30523, 103.

⁷⁰ Die Wahl des Videokommunikationsverfahrens obliegt den Beteiligten, nicht dem Notar (§ 16a Abs. 1 BeurkG eröffnet kein dahingehendes Ermessen); zu Ablehnungsgründen im Einzelfall § 16a Abs. 2 BeurkG und dazu etwa *Herrler/Kienzle*, § 18a Rn. 21 f.

⁷¹ Ort der Verhandlung ist der Ort, an dem die elektronische Niederschrift aufgenommen wird; vgl. § 16b Abs. 3 Satz 1 BeurkG.

1. Herr Ernst Winter, geb. am [Datum], wohnhaft⁷² in [Anschrift], ausgewiesen durch elektronischen Identitätsnachweis sowie durch aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium seines Passes⁷³ ausgelesenes und mir elektronisch übermitteltes Lichtbild,⁷⁴
2. Frau Margot Winter, geb. am [Datum], wohnhaft in [Anschrift], ausgewiesen durch elektronischen Identitätsnachweis sowie durch aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium seines Passes ausgelesenes und mir elektronisch übermitteltes Lichtbild,
3. Herr Walter Warmbold, geb. am [Datum], wohnhaft in [Anschrift], ausgewiesen durch elektronischen Identitätsnachweis und mir, dem Notar, von Person bekannt,⁷⁵

handelnd sowohl im eigenen Namen als auch aufgrund im Videokommunikationsverfahren beurkundeter Vollmacht, die mir, dem Notar, i.S.d. § 12 Abs. 2 BeurkG n.F.⁷⁶ in physischer Ausfertigung⁷⁷ bei Beurkundung vorlag und von der eine elektronisch beglaubigte Abschrift dieser elektronischen Niederschrift beigefügt wird,⁷⁸ als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Bevollmächtigter für

Frau Herta Warmbold, geborene Herner, geb. am [Datum], wohnhaft in [Anschrift],

wobei die Beteiligten zu 1.–3. sowie die Vertretene nachfolgend auch kurz »die Gesellschafter« genannt werden und die Beteiligten zu 1.–3. von mir, dem Notar, zunächst über die Bedeutung ihrer andauernden virtuellen Präsenz über das Videokommunikationssystem (in Ton und Bild)⁷⁹ und das Verbot einer Aufzeichnung der Beurkundungsverhandlung belehrt wurden.

Auf Ansuchen der Erschienenen, die erklärten, ausreichend Gelegenheit erhalten zu haben, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen, und jeweils auf eigene Rechnung bzw. wie angegeben zu handeln, beurkunde ich ihren Erklärungen gemäß, was folgt:

I. Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Hiermit wird durch die Gesellschafter eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma »Winter & Warmbold Pelzwaren GmbH« mit dem Sitz in Neustadt an der Weinstraße errichtet und der Gesellschaftsvertrag wie aus der Anlage I ersichtlich festgestellt. Zugleich werden die darin genannten Geschäftsanteile zu den dort

⁷² Vgl. § 10a Abs. 3 BNotO. Örtlich zuständig ist ein Notar u.a., wenn der Wohnsitz oder Sitz eines Gesellschafters in seinem Amtsbereich liegt, sofern sich dieser Wohnsitz bzw. Sitz aus einem öffentlichen Register bzw. dort einsehbaren Dokumenten ergibt; erweiternd muss dies im Sinne einer sinnvollen Auslegung dahingehend verstanden werden, dass es genügt, wenn sich der Wohnsitz z.B. eines Gesellschafters in diesem Sinne erst nach dem Vollzug und damit erst künftig (also nach Eintragung der GmbH und Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner) aus dem Register ergibt. Alternativ kann an den Wohnsitz irgendeines (auch eines nicht einzelvertretungsberechtigten) Geschäftsführers angeknüpft werden.

⁷³ Erste Stufe: Identifizierung mittels eines elektronischen Identifizierungsnachweises (§ 16c Abs. 1 Satz 1 BeurkG); taugliche Identifizierungsnachweise sind damit: (i) Online-Ausweisfunktion des deutschen Personalausweises nach § 18 PAuswG, (ii) eID-Karte für EU/EWR-Staatsangehörige nach § 12 eIDKG, (iii) elektronischer Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige nach § 78 Abs. 5 Satz 2 AufenthG i.V.m. § 18 PAuswG, (iv) eID eines anderen EU/EWR-Staats, sofern nach Art. 9 eIDAS-VO notifiziert ist und auf dem Sicherheitsniveau des Art. 8 Abs. 2 lit. c eIDAS-VO; vgl. *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 767; *Winkler*, § 16c BeurkG Rn. 4. Zweite Stufe: Auslesen eines amtlichen Lichtbilds aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines amtlichen Ausweises oder (derzeit nahezu durchgängig allein tauglich) Passes unter Abgleich mit dem Erscheinungsbild (§ 16c Abs. 1 Satz 2 BeurkG); auf diese zweite Stufe kann bei persönlicher Bekanntheit verzichtet werden.

⁷⁴ Vgl. auch das Formulierungsbeispiel bei *Herrler/Kienzle*, § 18a Rn. 28.

⁷⁵ Bei persönlicher Bekanntheit ist im zweistufigen Identifizierungssystem des Videokommunikationsverfahrens gleichwohl die Identifizierung auf erster Stufe mittels elektronischen Identifizierungsmittels i.S.d. § 16 Satz 1 Hs. 2 BeurkG n.F. zwingend, jedoch die Identifizierung auf zweiter Stufe durch Abgleich des Erscheinungsbildes mit dem elektronisch übermittelten Lichtbild i.S.d. § 16c Satz 1 Hs. 1 BeurkG n.F. obsolet.

⁷⁶ Die Vollmacht vorlage gegenüber dem Notar gilt danach zugleich als Vollmacht vorlage gegenüber den Mitgesellschaftern als Erklärungsempfängern; dazu näher im Text bei Rdn. 15.

⁷⁷ Das Muster unterstellt, dass die Vollmacht bei einem anderen Notar im Videokommunikationsverfahren beurkundet wurde. Da elektronische Ausfertigungen nicht existieren, bedarf es der Vorlage einer physischen Ausfertigung.

⁷⁸ Dieses Beifügungserfordernis ergibt sich aus § 16d BeurkG n.F.; Niederschrift und Beifügungsvermerk sind sodann (ausreichend: einheitlich) zu signieren; dazu *Herrler/Kienzle*, § 18a Rn. 51.

⁷⁹ Auf diesen Gesichtspunkt weisen mit Recht *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1099 besonders hin; im Fall technischer Störungen darf der Notar aber wohl nicht unverzüglich auf das Präsenzverfahren ausweichen, sondern hat zunächst alles Zumutbare zu unternehmen, um die technischen Störungen zu beseitigen; vgl. *Herrler/Kienzle*, § 18a Rn. 21; Einzelheiten werden Rechtsprechung und Literatur zu entwickeln haben.

aufgeführten Bedingungen übernommen.⁸⁰ Auf die Anlage wird als wesentlicher Bestandteil dieser Urkunde verwiesen, sie wurde den Beteiligten vorgelesen.

II. Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafter halten hiermit sofort [unter Verzicht auf alle Frist-, Ladungs- und Formvorschriften]⁸¹ eine erste Gesellschafterversammlung der »Winter & Warmbold Pelzwaren GmbH i.G.« ab und beschließen mit sämtlichen Stimmen:

1. Mit sofortiger Wirkung wird Herr Walter Warmbold zum ersten Geschäftsführer bestellt. Er vertritt die Gesellschaft stets einzeln. Er hat das Recht, die Gesellschaft auch bei solchen Rechtsgeschäften zu vertreten, die er mit sich selbst oder mit einem von ihm vertretenen Dritten abschließt (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB).
2. Die Einzelheiten des Anstellungsvertrages mit Herrn Walter Warmbold werden in einem besonderen Anstellungsvertrag geregelt, zu dessen Unterzeichnung im Namen der Gesellschaft Frau Margot Winter beauftragt und bevollmächtigt wird.⁸²
3. Es wird beschlossen,⁸³ dass die Geschäftsführer jeweils bereits vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister befugt sein sollen, (1.) die zur Gründung nötigen Geschäfte und Maßnahmen vorzunehmen und (2.) den Geschäftsbetrieb im Rahmen des Unternehmensgegenstandes aufzunehmen. Sämtliche solche Geschäfte gelten als für Rechnung der neu errichteten GmbH getätigt. Auf die mit der vorzeitigen Aufnahme der Geschäfte verbundenen Haftungsrisiken der zustimmenden Gesellschafter, insbesondere in Form der Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung, hat der Notar hingewiesen. Ebenso hat er auf die Pflicht hingewiesen, vor Eintragung der Gesellschaft als GmbH in Gründung bzw. mit einem ähnlichen das Stadium der Vorgesellschaft anzeigenden Zusatz zu firmieren.

III. Vollzug, Vollmacht

Die Erschienenen bevollmächtigen⁸⁴ sich jeweils wechselseitig sowie die Angestellten des Notars [Namen der Angestellten]⁸⁵, jeweils einzeln und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, sie zum Zwecke des Vollzugs dieser Urkunde zu vertreten und alle in diesem Zusammenhang erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen abzugeben, insbesondere die vorstehenden Erklärungen zu ändern bzw. zu ergänzen, entsprechende Beschlüsse der Gesellschafter zu fassen und zur Anmeldung zu bringen. Zur Ausübung der Vollmacht sind die Bevollmächtigten nur im Einvernehmen mit den Vollmachtgebern und nur vor dem beurkundenden Notar oder dessen amtlich bestellten Vertreter berechtigt. Die Vollmacht erlischt drei Monate nach Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister.

IV. Hinweise

Der Notar hat den Beteiligten den Ablauf der Gründung sowie die Bestimmungen der in der Anlage beigefügten Satzung erklärt und darauf hingewiesen,⁸⁶ dass

- die GmbH erst mit der Eintragung im Handelsregister entsteht und ein Handeln im Namen der Gesellschaft vor Eintragung, insbesondere als oder wie ein Geschäftsführer, zur persönlichen Haftung führt;
- die Gesellschafter für den Ausgleich eines bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eventuell eintretenden Verlustes persönlich haften;
- Geldeinlagen grundsätzlich nur durch bare Leistung oder Banküberweisung, nicht aber durch eine Aufrechnung oder Verrechnung mit Forderungen eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft erbracht werden können;

⁸⁰ Zuweilen wird in den Gründungsmantel auch die Übernahmeerklärung der jeweiligen Gründer aufgenommen, s. Fuhrmann/Wälzholz/Wälzholz, M. 12.1; BeckOF-Vertrag/Pfisterer, M 7.8.1.1.1; zwingend ist dies aber nicht, da diese zumindest auch in der Satzung enthalten sein muss, § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Um den Gründungsmantel zu entschlacken, wird die Übernahmeerklärung regelmäßig nur in der Satzung aufgeführt. Der hier eingeschlagene Weg stellt gewissermaßen einen Kompromiss dar, indem spezifisch auf die Übernahmeerklärungen in der Anlage verwiesen wird.

⁸¹ An sich wohl unerheblich bei der ersten Versammlung der Gründer, aber jedenfalls schadet der Zusatz nicht.

⁸² Zulässig nach § 2 Abs. 3 Satz 3 bzw. Satz 4 GmbHG i.d.F. des DiRUG; nicht einschlägig ist insoweit selbstverständlich § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG i.d.F. des DiRUG.

⁸³ Zulässig nach § 2 Abs. 3 Satz 4 GmbHG i.d.F. des DiRUG.

⁸⁴ Zulässig (weil beurkundet, nicht nur beglaubigt) nach Maßgabe von § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG i.d.F. des DiRUG. Umstritten ist indes, ob die darin enthaltene Vollzugs- im Sinne einer Registervollmacht (vor allem auch zugunsten der Angestellten) zulässigerweise im Videokommunikationsverfahren beurkundet werden kann. Richtigerweise ist dies als Annex zum Gründungsprotokoll zu bejahen; so auch BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, § 2 Rn. 85.

⁸⁵ Eine namentliche Nennung der bevollmächtigten Angestellten empfiehlt sich, ist aber nach h.M. nicht zwingend vonnöten (und zwar trotz § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB); vgl., zu § 29 GBO, OLG Jena RNotZ 2022, 28, 30 f.

⁸⁶ Eine ggf. empfehlenswerte erweiterte Liste der Hinweise findet sich unter Rdn. 14 M. Jedenfalls sollte die Erteilung der nachfolgenden Hinweise in der Urkunde oder einer zu Beweis Zwecken beigefügten Anlage dokumentiert werden.

- Leistungen der Gesellschafter vor der heutigen Beurkundung grundsätzlich nicht zur Erfüllung der Einlagepflichten führen können;
- Gesellschafter und Geschäftsführer für die Richtigkeit der im Rahmen der Gründung gemachten Angaben haften und falsche Angaben strafbewehrt sind;
- Gesellschafter persönlich mit ihrem gesamten Vermögen haften, soweit auf übernommene Einlagen entfallende Leistungen nicht erbracht wurden.

Zugleich hat er die Gesellschafter vor Rechnungen für nicht bestellte (nicht staatliche) Registereintragungen gewarnt. Weiter hat der Notar darauf hingewiesen, dass er hinsichtlich der steuerlichen Auswirkungen dieser Urkunde keine Beratung vorgenommen hat und auch keine Haftung übernimmt sowie darauf, dass die Gesellschaft verpflichtet ist, ihre wirtschaftlich Berechtigten dem Transparenzregister mitzuteilen.⁸⁷

VI. Schlussvermerk

Elektronische Niederschrift⁸⁸ hierüber von dem Notar vorgelesen,⁸⁹ von den Erschienenen genehmigt und von ihnen und dem Notar mit qualifizierten elektronischen Signaturen versehen:

sig. Ernst Winter⁹⁰

sig. Margot Winter

sig. Walter Warmbold

sig. Markus Weinberg, Notar⁹¹

Anlage

Gesellschaftsvertrag (vorsorglich bis zum 31.07.2023 ohne anteilsbezogene Abtretungspflichten)

Anmeldung im Videokommunikationsverfahren wie bei Rdn. 81.1M.

■ *Kosten.* Wie bei Beurkundung in Präsenz nach Muster Rdn. 2M. Nach § 85 Abs. 2 sowie § 121 GNotKG wird die elektronische Form der Papierform gleichgestellt. Zusätzlich fällt noch die Pauschale nach Nr. 32016 KV GNotKG von 25 € für die Inanspruchnahme des Videokommunikationssystems der BNotK an.

⁸⁷ Zu dieser Hinweisgebung, zu welcher freilich keine Pflicht besteht, sowie zu den Vorteilen einer derartig generisch gehaltenen Formulierung *Thelen*, notar 2021, 333, 335.

⁸⁸ Keiner Begründung bedarf, dass ein Verlesen vom Bildschirm im Videokommunikationsverfahren (anders als nach überkommener, aber wenig überzeugender und jedenfalls im Lichte des Stands der Technik zu überdenkender Ansicht zum Präsenzverfahren) nicht nur zulässig, sondern mangels körperlicher Niederschrift zwingend ist, falls der Notar das Dokument nicht ausdrückt und den Ausdruck verliert, was trotz des Medienbruchs als zulässig zu bewerten sein sollte; dazu in der nachfolgenden Fußnote.

⁸⁹ Das Vorleseerfordernis folgt wie im Präsenzverfahren aus § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG und bedeutet daher auch im Videokommunikationsverfahren im tradierten Sinne Verlesen ohne technische Hilfsmittel; vgl. nur Herrler/*Kienzle* § 18a Rn. 25; diese tradierte Ansicht kann aufgrund eines Wandels der tatsächlichen Normsituation und des daher insoweit heute unmaßgeblichen Vorstellungsbildes des historischen Gesetzgebers freilich nicht mehr überzeugen; dazu unlängst mit berechtigter Kritik *Spernath*, ZNotP 2021, 448, 448 ff.; richtigerweise wäre bereits *de lege lata* die Textwiedergabe mittels Sprachausgabesoftware (anders als ein Abspielen vom Tonband) ein Verlesen im Rechtssinne (zutreffend *Limmer*, DNotZ 2020, 419, 423 mit dem pointierten Fazit: »Die Kontrollfunktion durch den Notar entfällt nicht, er ist ja anwesend.«; *Spernath*, ZNotP 2021, 448, 453), wovon jedoch bis zu einer höchstrichterlichen Klärung abgesehen werden sollte und in der Praxis auch abgesehen wird (weshalb freilich eine höchstrichterliche Klärung nicht zu erwarten steht). Das Verlesen der elektronischen Niederschrift selbst erfolgt in der Regel vom Bildschirm; *Bock*, RNotZ 2021, 326, 330 f.; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 855; zulässig sollte es jedoch auch sein, dass der Notar ein ausgedrucktes Exemplar verliert, hierauf ggf. Korrekturen vornimmt und sodann die korrigierte Fassung hochlädt und signieren lässt; eine andere Sichtweise überstrapazierte den Identitätsgrundsatz, der vornehmlich im Sinne des Gebots der inhaltlichen Identität verstanden werden sollte (zu streng daher *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 602: »Die elektronische Niederschrift ist vom Bildschirm, die papiergebundene Niederschrift vom Papierdokument zu verlesen.«); auch hier empfiehlt es sich jedoch einstweilen, zur Sicherheit die elektronische Niederschrift zur Vermeidung eines Medientransfers vom Bildschirm abzulesen.

⁹⁰ Vgl. § 16b Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 BeurkG n.F. Da es sich der Kenntnis des Notars im Einzelfall entziehen kann, ob gerade der formell Beteiligte höchstpersönlich signiert, ist das höchstpersönliche Erzeugen der Fernsignatur kein Wirksamkeitserfordernis, vgl. § 16b Abs. 4 Satz 3 BeurkG.

⁹¹ Vgl. § 16b Abs. 3 Satz 3 Hs. 2 BeurkG n.F.