

vereinbar ist. Eine durchaus vergleichbare Frage stellt sich aus Sicht des deutschen Rechts, entspricht es doch der wohl einhelligen Ansicht, dass der Vorstand der AG und der Geschäftsführer der GmbH ungeachtet des in §§ 82 Abs. 1 AktG, 37 Abs. 2 GmbHG kodifizierten Grundsatzes der unbeschränkten und unbeschränkbareren Vertretungsmacht den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegen¹⁴⁹. Der EuGH hat dem Art. 2:256 BW – und damit zugleich dem deutschen Recht, soweit nach ihm § 181 BGB Anwendung findet¹⁵⁰ – seine Vereinbarkeit mit der Richtlinie bescheinigt¹⁵¹:

„Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Regelungsgehalt dieser Vorschrift ergibt sich, dass sie die Beschränkungen der den verschiedenen Organen der Gesellschaft gesetzlich zugewiesenen Befugnisse betrifft, nicht aber die Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften bezweckt, die den Fall regeln, dass sich ein Mitglied eines Organs aufgrund seiner persönlichen Situation in einem Interessenkonflikt mit der von ihm vertretenen Gesellschaft befindet.“

Zudem betrifft die in dieser Vorschrift enthaltene Regelung der Frage, welche Handlungen der Gesellschaft Dritten gegenüber wirksam sind, die Befugnisse, die nach dem Gesetz – auf das sich Dritte berufen können – dem Gesellschaftsorgan zugewiesen sind oder zugewiesen werden können, nicht dagegen die Frage, ob ein Dritter aufgrund der Umstände des betreffenden Falles wusste oder wissen musste, dass ein Interessenkonflikt vorlag.

Somit ist die Frage, ob Handlungen, die von Mitgliedern der Organe der Gesellschaft in derartigen Fällen vorgenommen werden, Dritten gegenüber wirksam sind, nicht in der 1. Richtlinie geregelt, sondern fällt in die Zuständigkeit des einzelstaatlichen Gesetzgebers.

Dem entspricht im Übrigen auch der Vorschlag einer 5. Richtlinie zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften i. S. des Art. 58 Abs. 2 EWGV (scil.: Art. 54 Abs. 2 AEUV) im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter hinsichtlich der Struktur der Aktiengesellschaft sowie der Befugnisse und der Verpflichtungen ihrer Organe vorgeschrieben sind.“

dd) Einzel- und Gesamtvertretungsmacht

Von der in Art. 9 Abs. 1 und 2 GesR-RL geregelten Frage nach der Reichweite der Vertretungsmacht zu unterscheiden ist die Frage, ob die Mitglieder des zur Vertretung befugten Organs einzeln oder nur gemeinschaftlich vertretungsberechtigt sind. Art. 9 Abs. 3 GesR-RL lässt insoweit dem nationalen Recht weitreichenden Gestaltungsspielraum: Bei ordnungsgemäßer Offenlegung kann auch eine vom nationalen Recht

¹⁴⁹ BGHZ 56, 97, 101 = NJW 1971, 1355; Koch § 78 Rn. 6, dort auch zutr. Hinweis, dass im Rahmen des § 78 AktG im Hinblick auf § 112 AktG grundsätzlich allein der Tatbestand der Mehrfachvertretung (§ 181 Alt. 2 BGB) in Betracht kommt; zum Verhältnis von § 112 AktG und § 181 Alt. 1 BGB bei Bestellung eines Vorstandsmitglieds zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft s. aber BGH NZG 2023, 567.

¹⁵⁰ Für Übertragbarkeit der EuGH-Entscheidung auch Kindler FS Lutter, S. 486 f.; Klinke ZGR 2002, 163, 180 f.; LBS EuropUR Rn. 18.82; Kindler/Lieder/Schall/Günther Art 9 Rn. 21; Schwarz Rn. 353; aA – für Unvereinbarkeit mit der Richtlinie – Schwab ZGR 2000, 446, 451 ff., 460 ff., 475 ff.; Meilicke DB 1999, 785, 788; zuvor bereits ders. RIW 1996, 713 ff. unter unzutreffender Vermengung mit der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht; kritisch zur EuGH-Entscheidung auch Grundmann Rn. 226.

¹⁵¹ EuGH, Urt. v. 16. 12. 1997, Rs. C-104/96, Slg. 1997, I-7219, 7227, Rn. 22 ff. – Rabobank (zu Art. 9 Publizitäts-RL aF). Bemerkenswert ist, dass sich der EuGH unter anderem auf Art. 10 des – als gescheitert anzusehenden – Entwurfs einer Strukturrichtlinie beruft (dazu → § 4 Rn. 10 ff.). Indes handelt es sich nur um eine Hilfserwägung, die die aus der Publizitätsrichtlinie entwickelte Lösung lediglich bestätigen soll.

zugelassene satzungsmäßige¹⁵² Regelung der Frage Dritten entgegengehalten werden. Die Mitgliedstaaten haben somit die Möglichkeit, entweder selbst *Einzel- oder Gesamtvertretung*¹⁵³ einzuführen oder aber – im Sinne der §§ 78 Abs. 2 AktG, 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG – den Gesellschaften ein entsprechendes Wahlrecht einzuräumen. Der Offenlegung der Vertretungsbefugnis bedarf es allerdings in jedem Fall, also auch dann, wenn die Satzung der Gesellschaft nicht von den entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen abweicht (→ Rn. 18f.).

- 49 Das deutsche Recht sieht für den Fall der Gesamtvertretung in § 78 Abs. 4 AktG die Möglichkeit vor, dass gesamtvertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder Arten von Geschäften ermächtigen. Überschreitet das ermächtigte Vorstandsmitglied die Grenzen seiner Ermächtigung, liegt nach hergebrachtem Verständnis keine wirksame Vertretung vor; die Gesellschaft wird im Außenverhältnis nicht gebunden. Auch wenn dies zu Unsicherheiten im Rechtsverkehr führen kann, wird man darin keinen Verstoß gegen die Richtlinie erblicken können¹⁵⁴. Das Prinzip der unbeschränkten und unbeschränk- baren Vertretungsmacht nach Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 GesR-RL ist nicht verletzt, da die gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder zusammen unbeschränkt vertretungsberechtigt bleiben. Auch wird keine dem Schutzzweck der Richtlinie zuwiderlaufende untragbare Rechtsunsicherheit geschaffen. Hat der Vertragspartner der Gesellschaft Zweifel, ob die Ermächtigung des einzelnen Vorstandsmitglieds das konkrete Geschäft abdeckt, mag er auf Gesamtvertretung bestehen¹⁵⁵.

c) Gründungskontrolle und Nichtigkeit der Gesellschaft

- 50 Art. 10 bis 12 GesR-RL (vormals Art. 11 bis 13 Publizitäts-RL) handeln von der Gründungskontrolle vor Eintragung im Register und der Nichtigkeit der Gesellschaft. Diese Vorschriften sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass die einzelstaatlichen Regelungen über Tatbestand und Rechtsfolgen von Gründungsmängeln und nachträglich auftretenden Unwirksamkeitsgründen stark divergierten; dies wiederum war dem grenzüberschreitenden Handel abträglich, mussten doch die Gläubiger befürchten, dass die Gesellschaft nach dem auf sie anwendbaren Recht nicht wirksam

¹⁵² Zur Frage der Richtlinienkonformität des § 78 Abs. 3 S. 2 AktG (Bestimmung einer von § 78 Abs. 2 AktG abweichenden Vertretungsregelung durch den in der Satzung hierzu ermächtigten Aufsichtsrat) s. – mit Recht bejahend – Schwarz ZHR 166 (2002), 625, 630ff.; BeckOGK/Fleischer § 78 Rn. 35; Großkomm/Habersack/Foerster § 78 Rn. 64; Kindler/Lieder/Schall/Günther, Art 9 Rn. 26 mit Fn. 37; Bock S. 216; aA Einmahl AG 1969, 167, 172 f.

¹⁵³ Näher dazu Großkomm/Habersack/Foerster § 78 Rn. 45ff., 61ff.; zur Vereinbarkeit gemischter Gesamtvertretung mit Art. 9 Abs. 3 GesR-RL zutr. Kalss S. 177; LBS EuropUR Rn. 18.83; Kindler/Lieder/Schall/Günther, Art 9 Rn. 26 Fn. 37.

¹⁵⁴ So aber Schwarz ZHR 166 (2002), 625, 647ff., der deshalb in richtlinienkonformer Auslegung der Überschreitung der Ermächtigung nur noch im Innenverhältnis Bedeutung beimessen will. Wie hier dagegen Bock S. 209ff.

¹⁵⁵ Die Erteilung der Ermächtigung muss iÜ auch nicht nach Art. 14 lit. d GesR-RL offen- gelegt werden; MüKoAktG/Pentz § 37 Rn. 57; Schwarz ZHR 166 (2002), 625, 635ff.; Groß- komm/Habersack/Foerster § 78 Rn. 74; aA MüKoAktG/Spindler § 78 Rn. 69. Gute Gründe sprechen allerdings dafür, dass die generelle Möglichkeit, eine Ermächtigung zu erteilen, nach Art. 14 lit. d GesR-RL offenlegungspflichtig ist; Pentz und Schwarz a. a. O.; abl. aber Bock S. 215. Dass sich diese Möglichkeit unmittelbar aus § 78 Abs. 4 AktG ergibt, steht nicht entgegen (→ Rn. 18f.).

gegründet und somit die Geltendmachung von Ansprüchen erheblich erschwert war. Im Einzelnen werden in Art. 10 GesR-RL die vorbeugende Kontrolle der rechtmäßigen Gründung der Gesellschaft und in Art. 11 f. GesR-RL die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Nichtigkeit geregelt. Während sich die Präventivkontrolle nach Art. 10 GesR-RL seit der Digitalisierungsrichtlinie II (→ Rn. 5) neben Kapitalgesellschaften ausdrücklich auch auf Personenhandelsgesellschaften nach Anhang IIB erstreckt, gelten die Art. 11 f. GesR-RL nach wie vor nur für Kapitalgesellschaften, da es in diesen Richtlinienbestimmungen an dem nach Art. 7 Abs. 1 GesR-RL erforderlichen Anwendungsbefehl („sofern angegeben“) fehlt¹⁵⁶.

aa) (Vorbeugende) Gründungskontrolle

Durch die in Art. 10 GesR-RL vorgeschriebene präventive, d.h. vor Registereintragung durchzuführende, Gründungskontrolle soll nach Möglichkeit verhindert werden, dass das Register die Existenz von Gesellschaften verlautbart, die an einem Gründungsmangel leiden. Die Vorschrift ist durch die Digitalisierungsrichtlinie II erheblich ausgebaut worden. Während Art. 10 Abs. 1 GesR-RL nF – in der Sache im Wesentlichen unverändert – von den Mitgliedstaaten verlangt, eine vorbeugende administrative, gerichtliche oder notarielle Kontrolle des Errichtungsakts und der Satzung anzuordnen, listet Art. 10 Abs. 2 GesR-RL auf, worauf sich diese Kontrolle mindestens zu erstrecken hat (etwaige Formvorschriften, vorgeschriebene Mindestangaben in den Gründungsdokumenten, Einlageleistung gemäß nationalem Recht und sonstige „wesentliche rechtliche Anforderungen“). Zudem wird die Gründungskontrolle nun wie erwähnt auch für die Personenhandelsgesellschaften vorgeschrieben. Allerdings ist insoweit die Sonderregelung des Art. 10 Abs. 3 GesR-RL zu beachten. Danach respektiert die Richtlinie, dass eine Reihe von Mitgliedstaaten – darunter Deutschland – im Rahmen der Gründung von Personenhandelsgesellschaften auf ein Beurkundungs-, Schrift- oder Textformerfordernis für den Gesellschaftsvertrag verzichten und deshalb auch nicht die Einreichung des Gesellschaftsvertrags zum Register vorschreiben; die Richtlinie stellt daher auch die Offenlegung der Gesellschaftsverträge unter den Vorbehalt des mitgliedstaatlichen Rechts (Art. 14a lit. f GesR-RL, → Rn. 26). Muss der Gesellschaftsvertrag nicht förmlich erstellt werden, muss die vorbeugende Rechtmäßigkeitsprüfung nach Art. 10 Abs. 3 GesR-RL stattdessen aber formale und inhaltliche Kontrollen der Urkunden oder Informationen umfassen, die nach nationalem Recht für den Antrag auf Eintragung dieser Gesellschaften in das Register erforderlich sind. 51

Daneben sind sowohl bei Kapital- als auch bei Personenhandelsgesellschaften die allgemeinen Regelungen zu beachten, die gemäß Art. 13g Abs. 2–5, 13j Abs. 4, 13k Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GesR-RL generell für die Kontrolle der Richtigkeit von Registeranmeldungen (auch jenseits der Gründung) gelten¹⁵⁷. Dazu zählen insbesondere die Kontrolle der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragsteller, ihrer Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft und ihrer Identität, die Rechtmäßigkeit des Unternehmensgegenstands, die Rechtmäßigkeit der Firma der Gesellschaft und die Bestellung der Geschäftsleiter. 52

¹⁵⁶ Mit Recht kritisch Schön ZHR 189 (2025), 1, 7; s. dazu bereits oben → Rn. 12.

¹⁵⁷ Näher zu diesem unübersichtlichen Verweisungsdickicht J. Schmidt NZG 2024, 563 Rn. 42 ff.

53 Für das deutsche Recht bedeuten die Richtlinienvorgaben zur Präventivkontrolle nichts Neues. Hinsichtlich der Kapitalgesellschaften ist die Kontrolle durch das Registergericht, die eine Überprüfung der Satzung einschließt, in §§ 37–38 AktG bzw. §§ 8, 9c GmbHG geregelt. Hinzu kommt die Kontrolle durch den Notar, der die Satzung – im Einklang mit Art. 10 Abs. 1 S. 2 GesR-RL, der eine Kumulation von Registerkontrolle und notarieller Beurkundung ausdrücklich zulässt – zu beurkunden hat (§ 23 AktG, § 2 GmbHG). Anhaltspunkte dafür, dass diese Kontrollmechanismen hinter den Vorgaben des Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 GesR-RL zurückbleiben, sind nicht ersichtlich. Was die Eintragung von Personengesellschaften betrifft, so ist zwar die Einreichung des Gesellschaftsvertrags zum Register und eine entsprechende Überprüfung im deutschen Recht nicht vorgesehen; das Registergericht wird daher nur bei konkreten Anhaltspunkten für Gründungsmängel in Wahrnehmung seiner Pflicht zur Amtsermittlung (§ 26 FamFG) auf der Vorlage des Gesellschaftsvertrags bestehen¹⁵⁸. Nach Art. 10 Abs. 3 GesR-RL ist aber eine Prüfung des Gesellschaftsvertrags auch nicht unbedingt erforderlich. Da das deutsche Recht stattdessen die Registeranmeldung (§§ 106, 162 HGB) sowohl einer Vorprüfung der Eintragungsfähigkeit durch den einreichenden Notar (§ 378 Abs. 3 S. 1 FamFG) als auch einer anschließenden registerrechtlichen Prüfung unterwirft¹⁵⁹, steht es auch insoweit mit der Richtlinie in Einklang¹⁶⁰.

bb) Nichtigkeitsgründe und Rechtsfolgen der Nichtigkeit

- 54 Die möglichen *Nichtigkeitsgründe* sind – allerdings nur für Kapitalgesellschaften (→ Rn. 50) – in Art. 11 S. 1 lit. b i–vi GesR-RL abschließend geregelt¹⁶¹; Art. 11 S. 2 GesR-RL bestimmt ausdrücklich, dass Gesellschaften aus keinem anderen Grund inexistent, absolut oder relativ nichtig sein oder für nichtig erklärt werden können. Art. 11 GesR-RL gibt damit einen Mindeststandard an Gläubiger- und Verkehrsschutz vor: Den Mitgliedstaaten steht es frei, die Nichtigkeit von Gesellschaften *noch stärker einzuschränken*, indem sie etwa einen oder mehrere der in S. 1 lit. b genannten Tatbestände nicht übernehmen (→ Rn. 8)¹⁶². Auch das europäische Recht hat inzwischen zu einer Einschränkung der Nichtigkeitsgründe geführt. Nachdem nämlich die Mitgliedstaaten aufgrund der Einpersonen-Gesellschaft-Richtlinie (12. Richtlinie) verpflichtet sind, die Einpersonen-GmbH zuzulassen, kann der in lit. b vi geregelte Tatbestand allenfalls durch eine AG verwirklicht werden (→ § 10 Rn. 2, 4).
- 55 Die Problematik des Art. 11 S. 1 lit. b GesR-RL rührt daher, dass er Tatbestände enthält, deren Vorliegen sich nach dem *nicht angeglichenen* Recht der Mitgliedstaaten beurteilt. Dies gilt etwa für lit. b v betreffend die Geschäftsunfähigkeit sämtlicher Gründer, vor allem aber für lit. b ii, wonach die Nichtigkeit ausgesprochen werden kann, wenn der tatsächliche Unternehmensgegenstand rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt. Zu Recht hat sich allerdings der EuGH in seiner

¹⁵⁸ MüKoHGB/Fleischer § 106 Rn. 42.

¹⁵⁹ Näher zu der registerrechtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung MüKoHGB/Fleischer § 106 Rn. 41 ff.

¹⁶⁰ Tassius ZPG 2024, 325 Rn. 13; J. Schmidt NZG 2024, 563 Rn. 52; Lieder NJW 2024, 2065 Rn. 15; Bock MittBayNot 2025, 1, 5 mit Fn. 42.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 13. 11. 1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, 4159, Rn. 9 – Marleasing.

¹⁶² LBS EuropUR Rn. 18.85, 18.91; Grundmann Rn. 203; Kalss/Deutsch Rn. 313; Kindler/Lieder/Schall/Günther Art. 11 Rn. 3; JKS GesREur/Stiegler § 20 Rn. 87.

„Marleasing“-Entscheidung für eine restriktive Auslegung ausgesprochen und dadurch die Problematik entschärft¹⁶³:

„Die Kommission ist der Meinung, der Ausdruck ‚tatsächlicher Gegenstand des Unternehmens‘ sei so auszulegen, dass damit ausschließlich der im Errichtungsakt oder in der Satzung umschriebene Unternehmensgegenstand gemeint sei. Eine Gesellschaft könne daher nicht wegen der von ihr tatsächlich ausgeübten Tätigkeit, wie etwa der Vereitelung von Ansprüchen der Gläubiger der Gründungsgesellschafter, für nichtig erklärt werden.

Dieser Auffassung ist zu folgen. Wie sich aus der Präambel der Richtlinie 68/151 ergibt, sollen die Fälle der Nichtigkeit sowie die Rückwirkung der Nichtigklärung beschränkt werden, um die Rechtssicherheit in den Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten sowie im Verhältnis der Gesellschafter untereinander zu gewährleisten‘ (sechste Begründungserwägung)¹⁶⁴; außerdem ‚muss der Schutz Dritter ... durch Bestimmungen gewährleistet werden, welche die Gründe, aus denen im Namen der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen unwirksam sein können, soweit wie möglich beschränken‘. Daraus folgt, dass jeder in Artikel 11 der Richtlinie vorgesehene Nichtigkeitsgrund eng auszulegen ist. Der Ausdruck ‚tatsächlicher Gegenstand des Unternehmens‘ ist somit dahin zu verstehen, dass er sich auf den im Errichtungsakt oder in der Satzung umschriebenen Unternehmensgegenstand bezieht.“

Unter Berücksichtigung des Gebots richtlinienkonformer Auslegung des angeleglichen Rechts (→ § 3 Rn. 71 ff.) sollte sich damit die Gefahr einer uferlosen und zudem von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergierenden Auslegung des Art. 11 S. 1 lit. b ii GesR-RL erledigt haben. In anderem Zusammenhang hat die Richtlinie das Problem einer fehlenden Angleichung des allgemeinen Zivilrechts durchaus gesehen. Indem nämlich Art. 11 S. 2 GesR-RL Nichtexistenz, absolute und relative Nichtigkeit¹⁶⁵ und Nichtigklärung gleichstellt, hat er zum Ausdruck gebracht, dass sich die Mitgliedstaaten den Vorschriften des Art. 11 S. 1 GesR-RL nicht durch Anordnung einer bestimmten Art der Unwirksamkeit entziehen können.

Die Vorschriften der Art. 11 und 12 GesR-RL sind allerdings nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass die Kapitalgesellschaft (→ Rn. 12) tatsächlich besteht oder ihr Bestehen nach Maßgabe des Art. 16 GesR-RL verlautbart wird. Unter Hinweis auf den Schutzzweck der Vorschriften über die Offenlegung und den Zusammenhang dieser Vorschriften mit Art. 11 GesR-RL hat deshalb der EuGH entschieden, dass die Art. 11 f. GesR-RL keine Anwendung finden, wenn im Namen einer Gesellschaft gehandelt wurde, deren Bestehen sich nicht aus dem öffentlichen Register ergibt, weil die vom nationalen Recht geforderten Errichtungsfomalitäten nicht erfüllt wurden¹⁶⁶:

„Die Richtlinie zielt also nicht darauf ab, Dritten die Möglichkeit zu eröffnen, dem Anschein Glauben zu schenken, den das Verhalten von Gesellschaftsorganen oder -vertretern erweckt hat, wenn dieser Anschein nicht mit den im öffentlichen Register publizierten Angaben übereinstimmt.

Hieraus folgt, dass die Regelung des Abschnitts III der Ersten Richtlinie (scil.: nunmehr Art. 10 bis 12 GesR-RL) über die Nichtigkeit nur dann Anwendung findet, wenn Dritte durch die gemäß Abschnitt I (scil.: nunmehr Art. 14 ff. GesR-RL) offengelegten Angaben zu der Annahme veranlasst wurden, es bestehe eine Gesellschaft im Sinne der Ersten Richtlinie.

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 13. 11. 1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, 4159 f., Rn. 11 f. – Marleasing; näher zu der Entscheidung Stuyck/Wytinck CMLR 1991, 205 ff.; Samara-Krispis/Steindorff CMLR 1992, 615, 616 ff.; Fankhauser S. 115 f.; Edwards S. 48 ff.; Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 66 ff.; Klinke ZGR 1993, 1, 19 ff.

¹⁶⁴ Dem entspricht der sechste Erwägungsgrund der GesR-RL.

¹⁶⁵ Gemeint ist die Anfechtbarkeit, s. Einmahl AG 1969, 210, 211.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 20. 9. 1988, Rs. C-136/87, Slg. 1988, 4665, 4686 f., Rn. 13 ff. – Ubbink Isolatie BV; dazu auch Edwards S. 47 f.; Bock S. 355 ff.

Anders ist die Lage der Dritten dagegen, wenn keinerlei Angaben über eine Gesellschaft im Sinne der Ersten Richtlinie offengelegt wurden, insbesondere wenn die vom nationalen Recht vorgeschriebenen Errichtungsformalitäten – authentischer Errichtungsakt und vorbeugende Verwaltungskontrolle – nicht erfüllt wurden und die Gesellschaft aus diesem Grunde im öffentlichen Register als in Gründung befindliche Gesellschaft erscheint.“

- 58 Voraussetzungen und Folgen der Nichtigkeitsklärung sind in Art. 11 S. 1 lit. a und Art. 12 GesR-RL geregelt. Art. 11 S. 1 lit. a GesR-RL bestimmt zunächst, dass die Nichtigkeit durch *gerichtliche Entscheidung* ausgesprochen werden muss. Diese gerichtliche Entscheidung kann nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GesR-RL Dritten nur nach Offenlegung gemäß Art. 16 GesR-RL entgegengesetzt werden. Ein nach dem nationalen Recht zulässiger Einspruch gegen die Entscheidung darf von den Mitgliedstaaten nur innerhalb einer Frist von maximal 6 Monaten zugelassen werden (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GesR-RL).
- 59 Was die weiteren Rechtsfolgen betrifft, so bestimmt Art. 12 Abs. 2 GesR-RL, dass die Gesellschaft in *Liquidation* tritt. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft ungeachtet der Nichtigkeitsklärung fortbesteht und nach Maßgabe des einzelstaatlichen Rechts abzuwickeln ist. Die Nichtigkeitsklärung bewirkt also lediglich eine Änderung des Gesellschaftszwecks; diese erfolgt zudem nur mit Wirkung ex nunc. Nach Art. 12 Abs. 3 GesR-RL lässt denn auch der Eintritt in das Liquidationsstadium als solcher die Wirksamkeit der Verpflichtungen der Gesellschaft unberührt. Zum Schutze der Gläubiger bestimmt Art. 12 Abs. 5 GesR-RL zudem, dass die Gesellschafter zur Erbringung der gezeichneten, aber noch nicht geleisteten Einlage verpflichtet bleiben, soweit dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Mit diesen Bestandschutzregeln haben die nicht nur hierzulande schon lange anerkannten Grundsätze der *fehlerhaften Gesellschaft* europarechtliche Anerkennung erfahren¹⁶⁷, freilich nur für Kapitalgesellschaften und – wie sich aus Art. 12 Abs. 4 GesR-RL ergibt – nur für das Außenverhältnis, nicht für das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander¹⁶⁸.
- 60 Im deutschen Recht sind die Nichtigkeitsgründe und -folgen in §§ 275 ff. AktG und §§ 75 ff. GmbHG geregelt. Einer Anpassung des deutschen Rechts an die Richtlinienvorgaben bedurfte es nur insofern, als eine rechtskräftige Verfügung des Registergerichts nach § 399 FamFG (früher § 144a FGG) wegen eines Satzungsmangels nicht mehr zur Nichtigkeit der Gesellschaft führt, sondern nur noch einen Auflösungsgrund darstellt (§ 262 Abs. 1 Nr. 5 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Vgl. Kindler DStR 2008, 1335, 1339; Oechsler NJW 2008, 2471 ff. (mit rechtsvergleichenden Hinweisen); aber auch Bock S. 360 ff. Allg. zur fehlerhaften Gesellschaft C. Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002.

¹⁶⁸ Zur Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft im Innenverhältnis vgl. aber EuGH, Urt. v. 15. 4. 2010, Rs. C-215/08, ECLI:EU:C:2010:186 = ZIP 2010, 772 m. Anm. Habersack: Das nationale Recht kann die Rechtsfolgen des Widerrufs eines in einer Haustürsituation erklärten Beitritts zu einer Personengesellschaft nach Maßgabe der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft beschränken, ohne damit gegen die Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG (inzwischen ersetzt durch Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU) zu verstoßen.

¹⁶⁹ Dazu bereits → Rn. 9 mit Fn. 21.

d) Ausgewählte sonstige Bestimmungen zum Gründungs- und Registerverfahren

aa) Online-Gründung der GmbH

Während die vorstehend behandelten Richtlinienbestimmungen über die Offenlegung, die Wirksamkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen, die Gründungskontrolle und die Beschränkung der Nichtigkeitsgründe und Nichtigkeitsfolgen dem Schutz des Rechtsverkehrs, insbesondere der Vertragspartner der Gesellschaft, dienen sollen, zielen die durch die Digitalisierungsrichtlinie I (→ Rn. 5) eingeführten Vorschriften zur Online-Gründung in erster Linie auf eine *Erleichterung für die Gesellschaftsgründer* ab. Ihnen soll es ermöglicht werden, Gesellschaften in allen Mitgliedstaaten vollständig online zu errichten, ohne sich hierfür in den betreffenden Mitgliedstaat begeben zu müssen (Art. 13g Abs. 1 UAbs. 1 GesR-RL); nur ausnahmsweise kann aus Gründen des öffentlichen Interesses die physische Anwesenheit verlangt werden (Art. 13g Abs. 8 GesR-RL). Zudem soll die Online-Gründung von den Mitgliedstaaten durch die Bereitstellung online abrufbarer Musterformulare erleichtert werden (Art. 13h GesR-RL), und zwar (auch) in einer Amtssprache der EU, die von einer möglichst großen Zahl grenzüberschreitender Nutzer verstanden wird (Art. 13h Abs. 3 GesR-RL), also (auch) in englischer Sprache¹⁷⁰. Unionsweit vorgeschrieben ist die Online-Gründung jedoch *nur für die GmbH* und die entsprechenden kleinen Kapitalgesellschaftsformen der übrigen Mitgliedstaaten, nicht auch für andere Rechtsformen, insbesondere auch nicht für die AG (Art. 13g Abs. 1 UAbs. 2 GesR-RL). Zudem steht es den Mitgliedstaaten frei, die (typischerweise komplizierteren) Sachgründungen vom Online-Verfahren auszuschließen, also nur eine Online-Bargründung zuzulassen (Art. 13g Abs. 4 lit. d GesR-RL).

Das Problem der *Überprüfung der Identität der Gründer* im Rahmen der Online-Gründung löst die Richtlinie so, dass Gründer, die Unionsbürger sind, ein elektronisches Identifizierungsmittel (z.B. einen Personalausweis mit eID-Funktion) verwenden können, das entweder von dem Mitgliedstaat, in dem die Gründung stattfindet, ausgestellt wurde oder in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellt wurde und für die Zwecke der grenzüberschreitenden Authentifizierung nach Art. 6 der eIDAS-Verordnung¹⁷¹ anerkannt wird (Art. 13g Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 13b Abs. 1, 2 GesR-RL). Allerdings stellt die Verwendung eines elektronischen Identifizierungsmittels die Identifikation für sich allein nur unvollkommen sicher, da uU auch eine andere Person im Besitz des Ausweises und der zugehörigen PIN sein kann. Daher wird es für die Mitgliedstaaten naheliegen, zusätzliche Kontrollmechanismen vorzusehen, um eine zuverlässigere Identifikation der nicht physisch anwesenden Gründer zu gewährleisten – etwa eine zusätzliche audiovisuelle Fernkontrolle der Identität im Rahmen einer Videokonferenz einschließlich elektronischer Prüfung von Lichtbildern, wie sie im deutschen Recht der Online-Gründung verwendet wird (§ 16c BeurkG)¹⁷². Die Richt-

¹⁷⁰ Kindler/Lieder/SchallGünther/Lamsa Art. 13h Rn. 6; Noack DB 2018, 1324, 1326; Om-
lor DStR 2019, 2544, 2547.

¹⁷¹ Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.
Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Trans-
aktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. Nr. L 910/2014.

¹⁷² Nach § 16c BeurkG setzt die Feststellung der Beteiligten im Rahmen einer Online-Beur-
kundung neben der Authentifizierung durch das elektronische Identifizierungsmittel zusätz-
lich voraus, dass dem beurkundenden Notar elektronisch ein Lichtbild übermittelt wird, das

linie schließt eine solche zusätzliche Fernkontrolle nicht aus, wie Erwägungsgrund 10 der Digitalisierungsrichtlinie II (→ Rn. 5) nunmehr unmissverständlich klarstellt¹⁷³.

- 63 Auch im Übrigen ist die Richtlinie durchweg darauf bedacht, dass sämtliche Verfahrensschritte der Gründung bis hin zum Nachweis der Leistung der Bareinlagen (Art. 13g Abs. 6 i.V.m. § 13e GesR-RL) online abgewickelt werden können. Dies gilt allerdings nur für die Gründung, *nicht auch für spätere Satzungsänderungen*. Die Richtlinie verlangt zwar, dass sämtliche offengelegspflichtigen Unterlagen und Angaben, einschließlich etwaiger Änderungen, online zum Register *eingereicht* werden können (Art. 13j Abs. 1 GesR-RL). Daraus folgt aber nicht, dass auch die Änderung selbst online durchführbar sein muss¹⁷⁴.
- 64 Der deutsche Gesetzgeber hat die Online-Gründung der GmbH in § 2 Abs. 3 i.V.m. §§ 16aff. BeurkG umgesetzt. In der Fassung des DIRUG (→ Rn. 11) sah § 2 Abs. 3 GmbHG zunächst in Ausübung des Wahlrechts nach Art. 13g Abs. 4 lit. d GesR-RL nur die Online-*Bargründung* vor. Durch das DiREG (→ Rn. 11) wurde die Vorschrift sodann aber auch auf Sachgründungen ausgedehnt¹⁷⁵. Zugleich hat der Gesetzgeber in § 53 Abs. 3 S. 2 GmbHG über die Vorgaben der Richtlinie hinaus auch Satzungsänderungen für die Online-Beurkundung geöffnet, allerdings nur, wenn diese einstimmig beschlossen werden.

bb) Disqualifizierte Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften

- 65 Seit der Digitalisierungsrichtlinie I (→ Rn. 5) bestimmt Art. 13i GesR-RL, dass die Mitgliedstaaten Vorkehrungen treffen müssen, um ungeeignete Geschäftsleiter zu disqualifizieren, dh vom Amt des Geschäftsleiters auszuschließen (Abs. 1), und über das System der Registervernetzung (→ Rn. 4) Informationen darüber bereitzustellen, ob eine bestimmte Person disqualifiziert ist oder in einem Register eingetragen ist, das für die Disqualifikation relevante Informationen enthält (Abs. 4)¹⁷⁶. Die konkrete Ausgestaltung der Disqualifikationstatbestände wird allerdings nicht harmonisiert, sondern bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Wiewohl Art. 13i GesR-RL nur von der Disqualifikation der „Geschäftsführer“ spricht, sind damit allgemein die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs und damit auch die Vorstandsmitglieder einer AG und der Komplementär einer KGaA angesprochen, wie sich aus Art. 13i

dieser aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines amtlichen Ausweises auslesen kann. Dieses Lichtbild wird vom Notar sodann mit dem Bild des Beteiligten in der Videokommunikation abgeglichen.

¹⁷³ Die unionsrechtliche Zulässigkeit des zweistufigen Identifizierungsverfahrens nach § 16c BeurkG sollte daher spätestens seit der Digitalisierungs-RL II außer Frage stehen; zutr. Lieder NJW 2024, 265 Rn. 12 mit Nachw. auf die frühere Diskussion; s. auch schon Erwägungsgrund 22 Digitalisierungs-RL I; zweifelnd noch Franke/Schreiber RDt 2022, 116.

¹⁷⁴ Noack DB 2018, 1324 (zum Kommissionsentwurf).

¹⁷⁵ Sofern allerdings das Verpflichtungs- oder das Erfüllungsgeschäft der Einbringung der Sacheinlage aufgrund anderer Formvorschriften als § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf, wie insbesondere bei der Einbringung von Immobilien (§§ 311b Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB), von GmbH-Anteilen (§ 15 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 GmbHG) oder eines Miterbenanteils (§ 2033 Abs. 1 S. 2 BGB), bleibt es bei der Notwendigkeit der Beurkundung im Präsenzverfahren; arg. § 2 Abs. 3 S. 1 letzter Hs. GmbHG („sofern andere Formvorschriften nicht entgegenstehen“); Begr. RegE BT-Drs. 20/1672, S. 24. Näher zur Online-Gründung nach DiRUG und DiREG Stelmasczyk/Strauß GmbHR 2022, 833 Rn. 6 ff.

¹⁷⁶ Näher dazu J. Schmidt ZIP 2021, 112, 120.