

Heribert Heckschen · Andreas Heidinger

# Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis

Bearbeitet von

Sebastian Berkefeld, Simon Blath, Heribert Heckschen, Andreas Heidinger, Ralf Knaier,  
Matthias Kreuzlein, Pascal Salomon, Jonas Siegl, Peter Stelmaszczyk, Jannik Weitbrecht

5. Auflage

## Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2023

## Autorenverzeichnis

**Dr. Sebastian Berkefeld**

Notar, Bad Brückenau

**Dr. Simon Blath**

Referatsleiter Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

**Prof. Dr. Heribert Heckschen**

Notar, Dresden

**Dr. Andreas Heidinger**

Rechtsanwalt, Dipl. Kfm., Referatsleiter Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht a. D.,  
Deutsches Notarinstitut, Würzburg

**Ralf Knaier**

Diplom-Jurist Univ., Europajurist (Univ. Würzburg), Referent für Handels-, Gesellschafts- und  
Steuerrecht sowie für Internationales Privatrecht, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

**Dr. Matthias Kreuzlein**

Notar, Oranienburg

**Dr. Pascal Salomon**

Notar, Riesa

**Jonas Siegl**

Diplom-Jurist Univ., Würzburg

**Dr. Peter Stelmaszczyk**

Maître en Droit (Paris 1 – Panthéon-Sorbonne), Notar in Burscheid, Geschäftsführer a. D.,  
Bundesnotarkammer, Brüssel

**Dr. Jannik Weitbrecht**

Notarassessor, Weimar

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Bearbeiterübersicht	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XLIII
Literaturverzeichnis	XLIX

<b>Kapitel 1 Die Bedeutung und Entwicklung der GmbH</b>	<b>1</b>
A. Die Bedeutung der GmbH	3
I. Ursprünge	3
II. Wesensmerkmale	4
III. Erscheinungsformen	5
IV. Gesichtspunkte für die Rechtsformwahl	8
B. Die GmbH im internationalen Rechtsverkehr	12
I. Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts	12
1. Europäische Richtlinien	12
2. Europäische Verordnungen	22
3. Die Rechtsprechung des EuGH	23
II. »Konkurrierende« Gesellschaftsformen zur GmbH: Die Ltd. und die SPE	24
1. Die Ltd. englischen Rechts/Brexit	24
2. Die Europäische Privatgesellschaft (SPE)	28
3. Aussichten für die deutsche GmbH im internationalen Wettbewerb der Rechtsformen	30
C. Das MoMiG	30

<b>Kapitel 2 Die Errichtung der GmbH</b>	<b>33</b>
A. Gründungsverfahren, Form und Auslandsbeurkundung	37
I. Klassische Gründung nach § 2 Abs. 1 GmbHG	37
II. Auslandsbeurkundung	37
1. Wirtschaftliche Ausgangslage	37
2. Rechtliche Ausgangslage	39
B. Gründer	43
I. Natürliche Personen	43
II. Juristische Personen	44
III. Sonstige	44
C. Vertretung bei der Gründung	46
I. Rechtsgeschäftliche Vertretung	46
II. Vertretung ausländischer Gesellschaften	48
1. Die Anerkennung »ausländischer« Gesellschaften	48
a) Grundlagen: Die Ermittlung des anwendbaren Gesellschaftsrechts	48
b) Ermittlung der anwendbaren Norm des Internationalen Privatrechts	48
c) Das Gesellschaftsstatut nach deutschem Internationalen Privatrecht	49
2. Die Rechtslage zur Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Deutschland	53
a) Mitgliedstaaten der EU	53
b) EWR-Länder	57
c) Länder mit Freundschaftsabkommen – insbesondere bilateralen Staatsverträgen	57
d) Länder, mit denen keine Staatsverträge bestehen	59
3. Anforderungen an die Nachweise von Existenz und Vertretungsberechtigung	61
D. Genehmigungserfordernis	64
E. Die Versicherung des Geschäftsführers	70
I. System der Geschäftsführerversicherung	70

II.	Formalia . . . . .	72
III.	Inhalt und Muster. . . . .	73
IV.	Neue Fragen durch das MoMiG. . . . .	78
V.	Nachversicherung bei Verwendung der Einlageleistung. . . . .	79
	1. Materielle Auswirkungen der Verwendung . . . . .	79
	2. Auswirkungen auf die Versicherung . . . . .	80
	3. Korrektur einer ursprünglich falschen Versicherung . . . . .	82
VI.	Der für die Beurteilung der Richtigkeit relevante Zeitpunkt. . . . .	82
	1. Problemstellung . . . . .	82
	2. Lösungshinweise . . . . .	83
VII.	Versicherung bei Umwandlungen zur Neugründung. . . . .	84
F.	Die Mantelurkunde mit Belehrung des Notars (mit Muster) . . . . .	84
G.	Anmeldung sowie Prüfung und Eintragung durch das Handelsregister . . . . .	86
H.	Besonderheiten bei der Online-Gründung der GmbH . . . . .	92
	I. Hintergrund und gesetzliche Grundlagen . . . . .	93
	1. Die Digitalisierungsrichtlinie . . . . .	94
	2. Das DiRUG . . . . .	95
	3. Das DiREG . . . . .	95
	4. Die NotViKoV . . . . .	96
	II. Vorgaben des notariellen Berufsrechts und technische Grundlagen . . . . .	97
	1. Das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer. . . . .	97
	2. Örtliche Zuständigkeit des Notars . . . . .	97
	III. Ablauf der Online-Gründung . . . . .	99
	1. Anwendungsbereich . . . . .	100
	2. Einbeziehung von Sachgründungen . . . . .	102
	3. Mitbeurkundung von nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften. . . . .	105
	4. Elektronische Gründungsniederschrift . . . . .	106
	5. Identifizierung der Beteiligten. . . . .	109
	6. Beurkundung der Gründungsvollmacht mittels Videokommunikation. . . . .	110
	7. Abtretungsverpflichtungen im Gesellschaftsvertrag . . . . .	111
	8. Rechtsfolgen, bei (Mit-)Beurkundung von Beurkundungsgegenständen die nicht vom Online-Verfahren erfasst sind . . . . .	113
	IV. Online-Gründung mittels Musterprotokoll. . . . .	118
	V. Anmeldung und Online-Beglaubigung . . . . .	119
	VI. Substitution der Online-Beurkundung nach deutschem Recht durch ausländische Notare. . . . .	120
I.	Besonderheiten bei der Gründung mit Musterprotokoll . . . . .	123
	I. Entstehungsgeschichte und Grundlagen . . . . .	123
	1. Entstehungsgeschichte . . . . .	123
	2. Überblick . . . . .	124
	II. Angestrebte Vorteile . . . . .	126
	1. Kostenvorteil. . . . .	126
	2. Verfahrenserleichterung. . . . .	127
	3. Beschleunigung. . . . .	127
	III. Nachteile bei der Gründung durch Musterprotokoll. . . . .	128
	1. Die wörtliche Übernahme. . . . .	128
	2. Streitfragen zu einzelnen Teilen des Musterprotokolls . . . . .	129
	a) Rubrum/Gründer . . . . .	129
	b) Einschränkung der Gründer . . . . .	130
	c) Nr. 1 des Musterprotokolls – Firma und Sitz. . . . .	131
	d) Nr. 2 des Musterprotokolls – Unternehmensgegenstand . . . . .	132
	e) Nr. 3 des Musterprotokolls – Stammkapital/Geschäftsanteil . . . . .	132
	f) Nr. 4 des Musterprotokolls – Geschäftsführerbestellung . . . . .	133
	g) Nr. 5 des Musterprotokolls – Gründungskosten . . . . .	133
	h) Nr. 6 des Musterprotokolls – Abschriften . . . . .	135
	i) Nr. 7 des Musterprotokolls – Hinweise des Notars . . . . .	135
	3. Die Geschäftsführerbestellung. . . . .	136
	a) Struktur der Geschäftsführerbestellung . . . . .	136
	b) Inhalt der Vertretungsregelung. . . . .	139

c)	Die Befreiung von § 181 BGB	140
d)	Konsequenzen bei der Registeranmeldung	142
4.	Konsequenzen bei Abweichungen vom Musterprotokolltext	143
5.	Änderungen des Musterprotokolls in der Gründungsphase	145
6.	Inhaltliche Mängel bei Mehrpersonengründungen	146
7.	Gesellschafterlistenfunktion	147
IV.	Änderungen bzgl. der Geschäftsführerbestellung	147
1.	Änderung in der Person des Geschäftsführers	147
a)	Beschlussanforderungen	148
b)	Umfang der Vertretungsmacht	148
2.	Änderung bei der Befreiung von § 181 BGB	150
a)	Dauer der Befreiung für ersten Geschäftsführer	150
b)	Aufhebung der Befreiung	150
c)	Befreiung eines zusätzlichen Geschäftsführers	151
V.	Satzungsänderungen	152
1.	Gesellschaftsrechtliche Aspekte	152
a)	Anwendung des GmbHG	152
b)	Widersprüchlicher Satzungstext bei reiner Musterprotokolländerung	152
c)	Satzungsänderungen über Musterprotokolltext hinaus	155
d)	Satzungsbescheinigung nach § 54 GmbHG	156
2.	Kostenrecht	157
VI.	Fazit	159
VII.	Formulierungsvorschlag	160
J.	Gründungsvorgänge außerhalb des GmbHG	161
I.	Verschmelzung zur Neugründung	162
II.	Spaltung zur Neugründung	167
1.	Aufspaltung	167
2.	Abspaltung und Ausgliederung	167
3.	Ausgliederung aus dem Vermögen der öffentlichen Hand	171
III.	Formwechsel	172
IV.	Gründung durch Sitzverlegung/Formwechsel aus dem Ausland	180
1.	Zulässigkeit	181
2.	Anwendbares Recht	181
3.	Anwendungsbereich	183
4.	Verwaltungssitz im Ausland	183
5.	Beschränkungen	186
6.	Verfahrensablauf nach UmRUG	187
7.	Herausformwechsel einer GmbH	189
<b>Kapitel 3 Sonderprobleme in der Gründungsphase</b>		<b>196</b>
A.	Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH	200
I.	Die Vorgründungsgesellschaft	200
II.	Die Vorgesellschaft	202
III.	Die Vor-GmbH im Grundstücksverkehr	204
1.	Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	204
2.	Problem: Nachweis der Vertretungsmacht	204
3.	Gründerwerbsteuerrechtliche Fragestellungen in der Gründungsphase	206
B.	Haftung in der Gründungsphase	207
I.	Überblick	207
II.	Die Haftung bei der Vorgründungsgesellschaft	208
III.	Die Haftungsansätze bei der Vor-GmbH	209
1.	Die Unterbilanzhaftung/Vorbelastungshaftung	209
a)	Entstehung der Unterbilanzhaftung	209
b)	Charakter der Unterbilanzhaftung	211
c)	Unterbilanzhaftungsanspruch nach Eintragung der GmbH	212
2.	Die Verlustdeckungshaftung	213
a)	Vor-GmbH ohne Eintragungsabsicht	213

	b) Scheitern der Eintragung . . . . .	214
	c) Fortführung des Geschäftes ohne Eintragung . . . . .	215
IV.	Haftungsbeschränkung bei der Vor-GmbH . . . . .	216
V.	Handelndenhaftung . . . . .	217
VI.	Eintragungshindernis . . . . .	218
VII.	Änderungen durch das MoMiG . . . . .	220
C.	Besonderheiten bei der Einpersonen-GmbH . . . . .	220
	I. Die rechtliche Struktur der Gründungsgesellschaft . . . . .	220
	II. Die Haftung . . . . .	221
	III. Die Vertretung bei der Gründung . . . . .	222
	1. Vollmachtlose Vertretung . . . . .	223
	2. Form der Vollmacht . . . . .	223
	3. Fehlerhafte Eintragung . . . . .	224
	IV. Die Beendigung der Vor-GmbH . . . . .	226
D.	Satzungsänderung im Gründungsstadium . . . . .	226
	I. Allgemeines . . . . .	227
	II. Die registerrechtliche Behandlung . . . . .	228
E.	Gesellschafterwechsel im Gründungsstadium . . . . .	229
	I. Zulässigkeit des Gesellschafterwechsels . . . . .	229
	II. Haftung des Ausscheidenden . . . . .	229
	III. Haftung des Eintretenden . . . . .	230
F.	Treuhandkonstruktionen . . . . .	231
	I. Wirtschaftliche und praktische Ausgangslage . . . . .	231
	II. Die Formbedürftigkeit von Treuhandverträgen . . . . .	234
	1. Vorgründungsstadium . . . . .	234
	2. Gegründete Gesellschaften . . . . .	235
	a) Erwerbstreuhand . . . . .	236
	b) Vereinbarungstreuhand . . . . .	237
	c) Übertragungstreuhand . . . . .	237
	3. Änderung des Treuhandverhältnisses . . . . .	238
	a) Wechsel der Vertragsparteien . . . . .	238
	b) Änderung der übrigen vertraglichen Pflichten . . . . .	242
	4. Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG . . . . .	242
	a) Beteiligungsidentische GmbH & Co. KG . . . . .	242
	b) Einheits-KG . . . . .	243
	5. Aufhebung eines Treuhandvertrages . . . . .	243
	6. Folgen der Formnichtigkeit . . . . .	244
	III. Auswirkung einer Vinkulierungsklausel auf die Wirksamkeit der Treuhand . . . . .	245
	1. Allgemeine Vinkulierungsklausel . . . . .	245
	2. Vorliegen persönlicher Eigenschaften als Voraussetzung der Mitgliedschaft . . . . .	246
	3. Folgen bei Zustimmungsverweigerung . . . . .	247
	IV. Rechtsstellung von Treuhänder und Treugeber in der Gesellschafterversammlung . . . . .	248
	1. Einräumung eines originären Stimmrechts . . . . .	248
	2. Stimmrechtsvollmacht und Stimmbindungsvereinbarung . . . . .	249
	3. Quotentreuhand . . . . .	249
	V. Haftungsfragen . . . . .	250
G.	Mantelkauf und Vorratsgründung . . . . .	250
	I. Vorratsgesellschaft und Mantelgesellschaft . . . . .	251
	1. Mantelgesellschaft . . . . .	251
	a) Auftreten von Mantelgesellschaften in der Praxis . . . . .	251
	b) Merkmale einer Mantelgesellschaft . . . . .	252
	2. Vorratsgesellschaft . . . . .	257
	3. Mutation zu einer Vorratsgesellschaft als nachträglich verdeckte Vorratsgründung . . . . .	259
	4. Mutation einer Vorratsgesellschaft zu einer Mantelgesellschaft . . . . .	261
	5. Mutation einer Liquidationsgesellschaft/Gesellschaft in Insolvenz zur Mantelgesellschaft . . . . .	262
	II. Die Anwendung der Gründungsvorschriften . . . . .	263
	1. Methodische Einwände . . . . .	263

2.	Versicherung bei Anmeldung und Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung . . . . .	267
a)	Gegenstand von Offenlegung und Versicherung . . . . .	267
b)	Haftungsrechtliche Folgen unterbliebener Offenlegung und Versicherung. . . . .	268
c)	Registersperre ohne Offenlegung? . . . . .	269
3.	Stammkapitalaufbringung . . . . .	271
a)	Leistung von Bareinlagen. . . . .	271
b)	Freie Wahl der Einlagemittel . . . . .	272
c)	Verdeckte Sacheinlagen . . . . .	273
d)	Berücksichtigung des Gründungsaufwandes . . . . .	273
4.	Die Anwendung des Haftungssystems bei der Gründung . . . . .	274
a)	Gründerhaftung. . . . .	274
b)	Handelndenhaftung. . . . .	282
III.	Weitere Einzelfragen zu Mantel- und Vorratsgesellschaften . . . . .	284
1.	Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht . . . . .	284
2.	Euroumstellung . . . . .	287
3.	IHK-Beitragspflicht der Vorratsgesellschaften . . . . .	287
4.	Anwendung weiterer Regelungen aus dem Bereich der Gründung der GmbH . . . . .	287
5.	Aktivierung einer Komplementär-GmbH . . . . .	287
6.	Liquidation/Umwandlungsfähigkeit . . . . .	288
7.	Heilungsmöglichkeiten . . . . .	290
IV.	Fazit . . . . .	290
 <b>Kapitel 4 Satzungsgestaltung . . . . .</b>		 291
A.	Satzung und schuldrechtliche Nebenabreden . . . . .	302
I.	Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen . . . . .	302
1.	Besonderheiten beim Abschluss von Beteiligungsverträgen . . . . .	303
a)	Typischer Inhalt von Beteiligungsverträgen (i. w. S.) . . . . .	304
b)	Formbedürftigkeit von Beteiligungsverträgen (i. w. S.) . . . . .	307
c)	Formpflicht bei Änderung von VC-Beteiligungsverträgen (i. w. S.) . . . . .	313
d)	Abschluss und Änderung von Gesellschaftervereinbarungen mittels Videobeurkundung . . . . .	313
2.	Unterscheidung zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen . . . . .	316
3.	Motive für den Abschluss von Nebenabreden . . . . .	318
4.	Zulässigkeit von Nebenabreden. . . . .	318
II.	Echte und unechte Satzungsbestandteile . . . . .	324
B.	Zwingende Regelungen . . . . .	328
I.	Firma . . . . .	328
1.	Überblick . . . . .	328
2.	Grundlagen der Firmenbildung . . . . .	330
a)	Überblick . . . . .	330
b)	Namensfunktion . . . . .	332
c)	Unterscheidungskraft. . . . .	335
3.	Verbot der Irreführung. . . . .	338
a)	Überblick . . . . .	338
b)	Aktuelle Beispiele aus der Praxis und Rechtsprechung . . . . .	339
4.	Besondere Schranken der Firmenbildung . . . . .	347
a)	Öffentliche Ordnung. . . . .	347
b)	Berufs- und branchenspezifische Verbote. . . . .	348
5.	Die Sachfirma . . . . .	349
6.	Die Personenfirma . . . . .	350
7.	Die Fantasiefirma . . . . .	351
8.	Die abgeleitete Firma . . . . .	352
a)	Allgemeines . . . . .	352
b)	Voraussetzungen der Fortführung . . . . .	352
c)	Die Bildung der Firma. . . . .	353
d)	Aktuelle Beispiele aus der Praxis und der Rechtsprechung . . . . .	354

e) Folgen der Fortführung . . . . .	355
9. Der Rechtsformzusatz . . . . .	355
10. Die Prüfung durch das Registergericht . . . . .	356
11. Die Firma der GmbH & Co. KG . . . . .	357
a) Problemstellung. . . . .	357
b) Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung. . . . .	357
12. Die Firma bei der Gründung und bis zu ihrem Erlöschen. . . . .	359
13. Die Firma der UG (haftungsbeschränkt). . . . .	359
14. Haftung bei Firmenfortführung (§ 25 HGB) . . . . .	360
II. Unternehmensgegenstand . . . . .	360
1. Allgemeines. . . . .	360
2. Rechtsanwalts-GmbH. . . . .	363
3. Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungs-GmbH. . . . .	368
4. Weitere Freiberufler-GmbHs . . . . .	372
5. Gemeinnützige GmbH. . . . .	373
6. GmbH & Co. KG . . . . .	373
III. Sitz . . . . .	374
1. Satzungssitz. . . . .	374
2. Verwaltungssitz . . . . .	376
3. Inländische Geschäftsanschrift und Zustellungsbevollmächtigter . . . . .	379
a) Inländische Geschäftsanschrift unter Verwendung einer c/o-Adresse . . . . .	379
b) Zustellungsbevollmächtigte . . . . .	381
c) Erleichterung der Zustellung. . . . .	381
IV. Stammkapital und Geschäftsanteile. . . . .	382
1. Allgemeine Festsetzungen . . . . .	382
2. Satzungsregelungen bei Bargründungen . . . . .	383
3. Satzungsregelungen bei Sachgründungen . . . . .	384
4. Satzungsregelungen bei gemischten Bar- und Sachgründungen. . . . .	386
V. Gesellschafter . . . . .	387
C. Fakultative Regelungen . . . . .	387
I. Geschäftsführung und Vertretung . . . . .	387
II. Kataloge zustimmungsbedürftiger Rechtsgeschäfte . . . . .	388
III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter . . . . .	391
1. Sonderrechte und Nebenleistungsverpflichtungen. . . . .	391
2. Informationsrechte und Sonderprüfungsrechte . . . . .	394
a) Informationsrechte . . . . .	394
b) Sonderprüfungsrechte . . . . .	398
IV. Wettbewerbsverbot . . . . .	399
1. Fremdgeschäftsführer . . . . .	400
a) Wettbewerbsverbot während der Geschäftsführertätigkeit . . . . .	400
b) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	403
2. Alleingesellschafter- und Gesellschafter-Geschäftsführer . . . . .	407
3. Gesellschafter . . . . .	407
4. Aufsichtsrats- und Beiratsmitglieder . . . . .	415
5. Geltungserhaltende Reduktion . . . . .	415
V. Gesellschafterversammlung und Gesellschafterbeschlüsse . . . . .	416
1. Abstimmungsformen und Neuerungen durch das DiREG . . . . .	416
2. Beschlüsse innerhalb einer Präsenzversammlung . . . . .	417
a) Satzungsregelungen zur Einberufung. . . . .	417
b) Satzungsregelungen zum Teilnahmerecht. . . . .	419
c) Sonstige Satzungsregelungen . . . . .	420
3. Beschlüsse außerhalb einer Versammlung im Umlaufverfahren . . . . .	423
4. Beschlüsse innerhalb einer Online-Versammlung . . . . .	427
a) Hintergrund – vom DiRUG zum DiREG. . . . .	427
b) Beurkundungspflichtige Beschlüsse . . . . .	428
c) Allgemeine Zulässigkeit von Beschlüssen in Online-Versammlungen, § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. . . . .	430



d)	Verhältnis des Zustimmungserfordernisses nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zum Einstimmigkeitserfordernis des § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n.F. . . . . .	430
e)	Verhältnis des präsenzlosen Verfahrens nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zum Online-Verfahren nach §§ 16a ff. BeurkG n.F. . . . . .	431
f)	Verhältnis einer Abstimmung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zur Abstimmung in Textform nach § 48 Abs. 2 GmbHG n.F. . . . . .	432
g)	Verhältnis der Ausnahmeregelung des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zu Satzungsbestimmungen nach § 45 Abs. 2 GmbHG. . . . . .	433
5.	Konsequenzen für die Satzungsgestaltung . . . . .	433
6.	Beschlüsse im kombinierten Verfahren . . . . .	438
7.	Das Protokoll der Gesellschafterversammlung. . . . .	440
8.	Stimmrecht. . . . .	441
a)	Anteile mit und ohne Stimmrecht. . . . .	441
b)	Abdingbarkeit des Stimmverbotes aus § 47 Abs. 4 GmbHG . . . . .	444
9.	Gewinnverwendung . . . . .	447
VI.	Veränderungen im Gesellschafterbestand und bei den Geschäftsanteilen. . . . .	449
1.	Veräußerungsbeschränkungen. . . . .	449
a)	Vinkulierungsklauseln . . . . .	449
b)	Vorkaufsrechte. . . . .	461
c)	Andienungsrechte und Andienungspflichten . . . . .	462
d)	Mitverkaufsrechte und Mitverkaufspflichten . . . . .	464
e)	Texan-Shoot-out oder Auktionsverfahren . . . . .	467
2.	Antizipierte Anteilsübertragung . . . . .	468
a)	Verhältnismäßige Abtretung an die verbleibenden Gesellschafter . . . . .	468
b)	Abtretung an bestimmte Gesellschafter oder Dritte . . . . .	471
c)	Abtretung an die Gesellschaft . . . . .	471
d)	Abgrenzung zu Zwangsabtretungsklauseln. . . . .	472
3.	Ausscheiden von Gesellschaftern . . . . .	472
a)	Kündigung der Mitgliedschaft. . . . .	472
b)	Ausschluss aus der Gesellschaft . . . . .	476
c)	Ausscheiden aufgrund der Ausübung von Rückforderungsrechten. . . . .	489
d)	Sonderfall: Vesting von Geschäftsanteilen . . . . .	494
e)	Einziehung von Geschäftsanteilen . . . . .	503
f)	Zwangsabtretung von Geschäftsanteilen . . . . .	518
4.	Vererbung. . . . .	519
a)	Einziehungs- und Abtretungsklauseln . . . . .	520
b)	Erbengemeinschaften und Erbauseinandersetzung . . . . .	522
c)	Besonderheiten bei Testamentsvollstreckern. . . . .	523
5.	Abfindungsklauseln. . . . .	525
a)	Arten von Abfindungsklauseln. . . . .	526
b)	Wirksamkeit der Abfindungsklausel. . . . .	527
6.	Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. . . . .	534
a)	Die Teilung von Geschäftsanteilen. . . . .	534
b)	Zusammenlegung bzw. Vereinigung. . . . .	539
7.	Regelungen zur Vermeidung unrichtiger Gesellschafterlisten. . . . .	541
VII.	Beirat oder Aufsichtsrat der GmbH . . . . .	541
1.	Zwingender Aufsichtsrat . . . . .	541
2.	Fakultativer Aufsichtsrat . . . . .	542
a)	Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats . . . . .	542
b)	Weisungsgebundenheit des fakultativen Aufsichtsrats . . . . .	546
c)	Kompetenzen des fakultativen Aufsichtsrats. . . . .	547
d)	Haftung des fakultativen Aufsichtsrats. . . . .	548
3.	Beirat . . . . .	556
4.	Board . . . . .	559
VIII.	Einflussnahme Dritter. . . . .	564
1.	Rechtstatsächliche Ausgangslage . . . . .	564
2.	Einräumung von Zustimmungsvorbehalten zu Gesellschafterbeschlüssen . . . . .	564

3.	Einräumung von Zustimmungsvorbehalten und Weisungsrechten zu Maßnahmen der Geschäftsführung .....	565
IX.	Öffnungsklauseln .....	567
1.	Begriff, grundsätzliche Zulässigkeit und Wirkung von Öffnungsklauseln .....	567
2.	Typische Inhalte von Öffnungsklauseln .....	569
a)	Zusätzliche Zustimmungserfordernisse für Geschäftsführermaßnahmen .....	569
b)	Befreiung von § 181 BGB .....	570
c)	Wettbewerbsverbote .....	570
d)	Gewinnverwendung (§ 29 GmbHG) .....	571
e)	Organbezogene Öffnungsklauseln .....	571
X.	Bekanntmachungen .....	575
XI.	Kosten der Gründung .....	576
XII.	Geschäftsjahr .....	580
XIII.	Dauer .....	580
XIV.	Gerichtsstandsklausel .....	581
XV.	Salvatorische Klausel .....	582
XVI.	Schiedsvereinbarungen und Mediation .....	583
1.	Begriffsbestimmung .....	583
2.	Schiedsvereinbarungen .....	584
a)	Aufnahme einer Schiedsvereinbarung in die Satzung .....	584
b)	Art der erfassten Streitigkeiten .....	584
c)	Weitere inhaltliche Vorgaben .....	588
d)	Exkurs: Keine Umgehung beurkundungspflichtiger Maßnahmen im GmbHG .....	591
3.	Mediation .....	593
a)	Besondere Bedeutung der Mediation im Gesellschaftsrecht .....	593
b)	Grundsätzliches zum Verfahrensrecht .....	593
c)	Einzelfragen zur Mediation im Gesellschaftsrecht .....	594
d)	Übergang einer Mediationsabrede bei Anteilsübergang .....	599
e)	Der Inhalt einer Mediationsklausel .....	599
D.	Checkliste – Durch das DiRUG, das DiREG sowie das MoMiG oder andere Gesetzesänderungen erforderliche oder ermöglichte Satzungsänderungen und Anmeldungen .....	600
<b>Kapitel 5 Die Unternehmergeellschaft .....</b>		<b>601</b>
A.	Einführung .....	603
I.	Hintergrund der Regelungen .....	603
II.	Rechtssystematik .....	607
III.	Der Anwendungsbereich für die UG (haftungsbeschränkt) .....	608
B.	Die Gründung der UG (haftungsbeschränkt) .....	610
I.	Die Vorgründungs-UG (haftungsbeschränkt) .....	610
II.	Der Errichtungsakt .....	611
1.	Normales Gründungsverfahren nach § 2 Abs. 1 GmbHG .....	611
2.	Musterprotokoll .....	614
III.	Firma und Rechtszusatz der UG (haftungsbeschränkt) .....	616
IV.	Sitz .....	618
V.	Kapital .....	618
VI.	Kapitalaufbringung .....	619
1.	Volleinzahlungsgebot .....	619
2.	Keine Sacheinlagen .....	619
VII.	Kapitalaufbringung durch Hin- und Herzahlen .....	621
VIII.	Keine verdeckten Sacheinlagen .....	622
C.	Rücklagenbildung .....	623
D.	Pflicht zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung .....	629
E.	Anwendung des GmbH-Rechts bei Erreichen einer Stammkapitalziffer von 25.000 € .....	629
F.	Der Weg von der UG (haftungsbeschränkt) in die GmbH .....	630
G.	Keine »Rückumwandlung« einer GmbH in die UG (haftungsbeschränkt) .....	640
H.	Besondere Erscheinungsformen der UG (haftungsbeschränkt) .....	640
I.	Die UG (haftungsbeschränkt) als Komplementärin einer KG .....	640

II.	Die UG (haftungsbeschränkt) als gemeinnützige Gesellschaft . . . . .	643
III.	UG (haftungsbeschränkt) für Freiberufler . . . . .	644
IV.	UG (haftungsbeschränkt) als WEG-Verwalter . . . . .	645
V.	UG (haftungsbeschränkt) als Vorratsgesellschaft . . . . .	646
I.	Der Abschluss von Unternehmensverträgen mit der UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	646
J.	Umwandlung der UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	647
I.	Grundsätze . . . . .	647
II.	Die UG (haftungsbeschränkt) als Ausgangsrechtsträger . . . . .	647
1.	Grundsatz . . . . .	647
2.	Verschmelzung . . . . .	647
3.	Spaltung/Ausgliederung . . . . .	648
4.	Formwechsel . . . . .	648
III.	Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft . . . . .	649
1.	Verschmelzung auf die UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	649
2.	Spaltung auf die UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	650
3.	Formwechsel in die UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	650
K.	Sozialversicherungsrechtlicher Status der Gesellschafter und Geschäftsführer in der UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	651
I.	Voraussetzung der Sozialversicherungspflicht . . . . .	651
II.	Status des Gesellschafters und Geschäftsführers einer UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	652
III.	Status des UG-Gesellschafters und Geschäftsführers im Verhältnis zu Dritten . . . . .	653
IV.	Rechtsfolgen einer Umgehung der Sozialversicherungspflicht . . . . .	654
L.	Liquidation und Insolvenz . . . . .	655
 <b>Kapitel 6 Geschäftsführung und Vertretung . . . . .</b>		<b>656</b>
A.	Geschäftsführung und Vertretungsmacht . . . . .	660
I.	Geschäftsführungsbefugnis . . . . .	661
1.	Weisungsabhängigkeit . . . . .	661
2.	Kompetenzumfang . . . . .	662
3.	Einschränkungen . . . . .	663
II.	Bestellung der Geschäftsführer . . . . .	665
1.	Bestellungsvarianten . . . . .	665
2.	Bestellungshindernisse . . . . .	669
a)	Historische Entwicklung der Inhabilitätsvorschriften . . . . .	669
b)	Zwecke der Inhabilitätsvorschriften . . . . .	671
c)	Positive Voraussetzungen für das Amt des Geschäftsführers . . . . .	672
d)	Betreuung unter Einwilligungsvorbehalt, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG. . . . .	673
e)	Berufs- und Gewerbeverbote oder bestimmte strafrechtliche Verurteilungen, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 GmbHG. . . . .	673
f)	Rechtsfolgen der Geschäftsführerinhabilität . . . . .	682
3.	Anmeldung beim Handelsregister . . . . .	684
a)	Eintragung im Handelsregister . . . . .	684
b)	Anmeldebefugnis . . . . .	685
c)	Versicherung zu Bestellungshindernissen . . . . .	686
4.	Grenzüberschreitender Informationsaustausch zur Geschäftsführerinhabilität . . . . .	698
III.	Ausländischer Geschäftsführer . . . . .	699
1.	Rechtslage vor dem MoMiG . . . . .	699
2.	Rechtslage nach dem MoMiG . . . . .	701
3.	Sittenwidrigkeit der GmbH-Gründung . . . . .	702
IV.	Der faktische Geschäftsführer . . . . .	703
1.	Fehlerhaft bestellter Geschäftsführer . . . . .	703
2.	Faktischer Geschäftsführer . . . . .	704
B.	Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers . . . . .	706
I.	Grundsätze . . . . .	707
II.	Abschluss des Anstellungsvertrages . . . . .	710
1.	Beteiligte Parteien des Anstellungsvertrages . . . . .	710
2.	Form des Anstellungsvertrages . . . . .	711

	3. AGB-Kontrolle des Anstellungsvertrages . . . . .	711
	4. Geltung des AGG für den Anstellungsvertrag . . . . .	712
	5. Fehlerhafter Anstellungsvertrag . . . . .	713
III.	Inhalt des Anstellungsvertrages . . . . .	714
	1. Pflichten des Geschäftsführers aus dem Anstellungsvertrag . . . . .	714
	2. Rechte des Geschäftsführers aus dem Anstellungsvertrag . . . . .	715
IV.	Änderung des Anstellungsvertrages . . . . .	718
V.	Beendigung des Anstellungsvertrages . . . . .	718
	1. Beendigung des Organverhältnisses und Beendigung des Anstellungsverhältnisses . . . . .	718
	2. Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch Ablauf der Vertragsdauer . . . . .	721
	3. Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch ordentliche Kündigung . . . . .	721
	4. Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch außerordentliche Kündigung . . . . .	724
	5. Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch einvernehmlichen Aufhebungsvertrag . . . . .	728
	6. Zeugnisanspruch bei Vertragsbeendigung . . . . .	729
VI.	Wettbewerbsverbote . . . . .	730
	1. Wettbewerbsverbot während der Amtszeit . . . . .	730
	2. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	732
VII.	Rechtsweg für Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis . . . . .	735
VIII.	Weitere arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der GmbH . . . . .	737
C.	Die Amtsniederlegung, Aussetzung und Abberufung . . . . .	738
I.	Die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Amtsniederlegung . . . . .	738
	1. Amtsniederlegungserklärung . . . . .	738
	2. Rechtsmissbräuchliche Amtsniederlegung oder Selbstabberufung . . . . .	739
II.	Probleme des Registervollzuges der Amtsniederlegung . . . . .	742
	1. Anmeldebefugnis . . . . .	742
	2. Nachweise bei der Anmeldung . . . . .	744
III.	Abberufung des Geschäftsführers . . . . .	746
	1. Zulässigkeit . . . . .	746
	2. Verfahrensfragen . . . . .	749
	3. Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren . . . . .	750
	4. Einstweiliger Rechtsschutz . . . . .	750
IV.	Aussetzung des Geschäftsführeramtes (Mandatspause) . . . . .	752
	1. Zweck der Mandatspausenregelung . . . . .	752
	2. Hinderung an der Pflichterfüllung . . . . .	752
	3. Verfahren . . . . .	754
D.	Formulierungsvorschläge zum Geschäftsführerwechsel . . . . .	755
I.	Gesellschafterbeschluss der GmbH zur Abberufung und Neubestellung eines Geschäftsführers . . . . .	755
II.	Amtsniederlegung durch Geschäftsführer . . . . .	756
III.	Handelsregisteranmeldung bei Änderung in der Geschäftsführung der GmbH . . . . .	757
E.	Arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Status der Geschäftsführer . . . . .	759
I.	Geschäftsführer als Arbeitnehmer . . . . .	759
II.	Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers . . . . .	760
	1. Maßgeblichkeit der Stimmkraft in der Gesellschafterversammlung . . . . .	760
	2. Ausnahmen durch Einfluss weiterer Kriterien . . . . .	761
	a) Fremdgeschäftsführer . . . . .	761
	b) Gesellschaftergeschäftsführer . . . . .	767
	3. Exkurs: Sozialversicherungspflicht von mitarbeitenden Gesellschaftern . . . . .	774
	4. Änderung der maßgeblichen Verhältnisse . . . . .	775
III.	Status des Gesellschafters und Geschäftsführers im Verhältnis zu Dritten . . . . .	775
IV.	Rechtsfolgen einer Umgehung der Sozialversicherungspflicht . . . . .	777
V.	Sozialversicherung bei Selbstständigkeit . . . . .	777
VI.	Maßnahmen zur Aufhebung und Vermeidung der Selbstständigkeit . . . . .	778
F.	Sonderprobleme der Geschäftsführung . . . . .	779
I.	Geschäftsordnung . . . . .	779
II.	Ressortverteilung . . . . .	781
III.	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) . . . . .	784

G.	Die Haftung des Geschäftsführers .....	786
I.	Haftung gegenüber der GmbH .....	788
	1. Pflichten des Geschäftsführers .....	788
	a) Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers .....	788
	b) Gläubigerschützende Pflichten .....	796
	2. Fehlende Pflichtwidrigkeit .....	797
	a) Fehlende interne Zuständigkeit .....	797
	b) Anweisung und Billigung durch Gesellschafter .....	798
	c) Entlastung .....	799
	3. Pflichtwidrigkeit bei Unterlassen .....	801
	4. Verschulden .....	801
	5. Pflichtenkollision .....	804
	a) Verstoß gegen Verschwiegenheitspflicht .....	804
	b) Kollision mit ausländischem Recht .....	805
	c) Doppelmandate .....	806
	6. Schaden .....	806
	a) Vorteilsanrechnung .....	807
	b) Weitergabe von Bußgeldern .....	807
	7. Haftungsausfüllende Kausalität .....	808
	a) Kausalitätsvermutung .....	808
	b) Zurechnung im Kollegialorgan .....	808
	8. Verjährung .....	810
	9. Darlegungs- und Beweislastverteilung im Haftungsprozess .....	810
	10. D&O-Versicherung .....	811
II.	Haftung gegenüber den Gesellschaftern .....	812
III.	Haftung gegenüber Dritten .....	813
	1. Rechtsgutverletzung .....	814
	a) Haftung aus positivem Tun .....	814
	b) Haftung aufgrund Garantenstellung .....	815
	2. Schutzgesetzverletzung .....	816
	a) Betrug gem. § 263 StGB .....	816
	b) Kreditbetrug gem. § 265b StGB .....	816
	c) Untreue gem. § 266 StGB .....	817
	d) Wettbetrug gem. § 265c StGB .....	817
	3. Quasivertragliche Anspruchsgrundlagen .....	818
	4. Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen .....	818
	5. Besonderheiten bei steuerlicher Inanspruchnahme .....	820
H.	Vertretung .....	821
I.	Vertretungsmacht .....	821
	1. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht .....	821
	a) Allgemeines .....	821
	b) Missbrauch der Vertretungsmacht .....	823
	2. Gesamtvertretung/Einzelvertretung/Alleinvertretung .....	825
	3. Abstrakte und konkrete Vertretungsmacht .....	830
	4. Generalvollmacht .....	831
	5. Muster Generalhandlungsvollmacht .....	832
	6. Untervollmacht und Vollmächtsüberschneidung .....	833
II.	Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung (§ 181 BGB) .....	833
	1. Das verbotene In-sich-Geschäft .....	833
	2. Befreiung vom Verbot des § 181 BGB .....	835
	a) Mehrpersonengesellschaft .....	835
	b) »Einpersonengesellschaft« .....	836
	c) Befreiung des Notgeschäftsführers .....	837
	d) Befreiung durch nicht befreiten Geschäftsführer der Mutter-GmbH .....	837
	e) Exkurs: Befreiung des Liquidators .....	838
	f) Exkurs: Befreiung des Prokuristen .....	838
	3. Genehmigung nach Verstoß gegen § 181 BGB .....	838
	4. Die »Selbstbestellung« zum Geschäftsführer .....	839

a)	Einleitung . . . . .	839
b)	Selbstbestellung des Alleingeschafters . . . . .	839
c)	Selbstbestellung des organschaftlichen Vertreters des Alleingeschafters . . . . .	840
5.	§ 181 BGB im Kontext der GmbH & Co. KG . . . . .	843
a)	Einführung . . . . .	843
b)	KG kontrahiert mit Komplementärgeschäftsführer . . . . .	843
c)	Komplementär-GmbH kontrahiert mit ihrem Geschäftsführer . . . . .	845
d)	KG kontrahiert mit Drittgesellschaft, die durch Komplementärgeschäftsführer vertreten wird . . . . .	845
e)	KG kontrahiert mit Komplementär-GmbH . . . . .	845
f)	Problem: fehlende Direktbefreiung des Komplementärgeschäftsführers . . . . .	846

<b>Kapitel 7</b>	<b>Jahresabschluss, Ergebnisverwendung und Gewinn- und Verlustverteilung . . . . .</b>	<b>848</b>
A.	Jahresabschluss, Anhang und Lagebericht . . . . .	848
I.	Aufstellung des Jahresabschlusses . . . . .	849
II.	Feststellung des Jahresabschlusses durch Beschluss der Gesellschafterversammlung . . . . .	851
III.	Offenlegung des Jahresabschlusses . . . . .	853
B.	Ergebnisverwendung . . . . .	856
I.	Ergebnisverwendung durch Beschluss . . . . .	856
1.	Nachträglicher Ergebnisverwendungsbeschluss . . . . .	856
2.	Vorabauschüttung . . . . .	859
II.	Vorgaben für die Ergebnisverwendung durch die Satzung . . . . .	860
C.	Ergebnisverteilung . . . . .	862
I.	Gewinnverteilung . . . . .	862
1.	Gewinnverteilung ohne Satzungsregelung (§ 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) . . . . .	862
2.	Abweichende Satzungsregelung (§ 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG) . . . . .	864
a)	Allgemein . . . . .	864
b)	Gewinnvorzugsrechte einzelner Gesellschafter . . . . .	864
c)	Dividendengarantie . . . . .	865
II.	Verlustverteilung . . . . .	866
III.	Verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	866

<b>Kapitel 8</b>	<b>Gesellschafterversammlung und -beschlüsse . . . . .</b>	<b>868</b>
A.	Einberufung, Teilnahmerecht, Stimmrechtsvollmacht . . . . .	872
I.	Einberufung . . . . .	872
1.	Zuständigkeit . . . . .	872
a)	Geschäftsführer . . . . .	872
b)	Prokurist . . . . .	873
c)	Minderheitsgesellschafter . . . . .	873
2.	Einberufungsgründe . . . . .	875
3.	Adressat der Einberufung . . . . .	877
4.	Form der Einberufung . . . . .	880
5.	Einberufungsfrist und Wahl des Versammlungszeitpunktes . . . . .	882
6.	Inhalt der Ladung . . . . .	884
a)	Angabe des Versammlungsortes . . . . .	884
b)	Angabe der Tagesordnung . . . . .	885
7.	Heilungsmöglichkeit bei Vollversammlung . . . . .	886
II.	Teilnahmerecht . . . . .	887
III.	Stimmrechtsvollmacht . . . . .	889
IV.	Legitimation von Vertretern juristischer Personen und vollmachtloser Vertreter . . . . .	894
1.	Zulässige Legitimationsträger . . . . .	894
2.	Legitimationsloser Vertreter . . . . .	895
3.	Vollmachtloser Vertreter . . . . .	895
V.	Gesellschafterversammlungen in der Einheits-GmbH & Co. KG . . . . .	896

B.	Gesellschafterbeschlüsse . . . . .	897
I.	Beschlussfähigkeit . . . . .	897
II.	Beschlussantrag . . . . .	899
III.	Stimmrecht . . . . .	899
1.	Stimmverbote nach § 47 Abs. 4 GmbHG . . . . .	899
a)	Tatbestände des § 47 Abs. 4 GmbHG . . . . .	901
b)	Persönlicher Anwendungsbereich des § 47 Abs. 4 GmbHG . . . . .	906
c)	Umgehung von Stimmverboten . . . . .	908
d)	Bereichsausnahmen . . . . .	912
e)	Umgang mit Stimmverboten in der Gesellschafterversammlung . . . . .	912
2.	Treuwidrige Stimmrechtsausübung . . . . .	915
a)	Tatbestand . . . . .	915
b)	Rechtsfolgen . . . . .	916
3.	Vertretungsverbot (§ 181 BGB) . . . . .	917
4.	Uneinheitliche Stimmabgabe . . . . .	919
5.	Stimmrecht des Nießbrauchers . . . . .	922
IV.	Beschlussmehrheiten . . . . .	924
V.	Zustimmungserfordernisse . . . . .	925
VI.	Beschlussfassung . . . . .	926
VII.	Formfragen und Protokollierung . . . . .	928
1.	Formfragen . . . . .	928
2.	Protokollierung . . . . .	928
3.	Beschlussfeststellung . . . . .	929
VIII.	Konkludente Gesellschafterbeschlüsse . . . . .	931
IX.	Beschlussfassung ohne Präsenzversammlung . . . . .	933
1.	Umlaufverfahren (§ 48 Abs. 2 GmbHG) . . . . .	933
a)	Einstimmige Beschlussfassung über Sachentscheidungen (Alt. 1) . . . . .	934
b)	Einverständnis mit der schriftlichen Stimmabgabe (Alt. 2) . . . . .	935
c)	Dispositivität des § 48 Abs. 2 GmbHG, Satzungsgestaltung und (erleichtertes Umlaufverfahren) . . . . .	936
d)	Umlaufverfahren und COVID-19-Pandemie . . . . .	937
2.	Virtuelle Gesellschafterversammlung bei der GmbH . . . . .	938
a)	Problemanriss: Virtuelle Versammlungen und COVMG . . . . .	938
b)	DiRUG und DiREG (im Überblick) . . . . .	939
c)	Das Konsensprinzip des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG . . . . .	940
d)	Afnchtbarkeit und Nichtigkeit in virtueller Versammlung gefasster Beschlüsse . . . . .	942
X.	Stimmbindungsverträge . . . . .	946
C.	Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der Gesellschafter – »Holzmüller«/»Gelatine« . . . . .	947
I.	Gesetzliche Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht . . . . .	947
II.	Gesetzliche Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung im GmbH-Recht . . . . .	948
1.	Ausgangslage . . . . .	948
2.	Beschlüsse im Rahmen von § 179a AktG . . . . .	948
3.	Faktische Satzungsänderungen . . . . .	951
III.	Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht . . . . .	952
1.	Ausgangspunkt »Holzmüller« . . . . .	952
2.	Die »Gelatine«-Entscheidungen . . . . .	953
3.	Folgerungen . . . . .	954
a)	Qualitative Voraussetzungen . . . . .	954
b)	Quantitative Voraussetzungen . . . . .	956
c)	Mehrheitserfordernis . . . . .	957
d)	Formerfordernis . . . . .	957
4.	Ungelöste Fragen und Kritik . . . . .	957
a)	Notwendigkeit ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten . . . . .	957
b)	Arten zustimmungspflichtiger Maßnahmen . . . . .	957
c)	Bezugsgrößen für Erheblichkeitsschwelle . . . . .	959
d)	Umgehungsmöglichkeiten . . . . .	959
IV.	Anwendung der »Holzmüller«/»Gelatine«-Rechtsprechung im GmbH-Recht . . . . .	959
D.	Delegation von Kompetenzen der Gesellschafterversammlung auf den/die Geschäftsführer . . . . .	961

E.	Aufhebung und Änderung von Beschlüssen . . . . .	964
F.	Beschlussanfechtung . . . . .	964
	I.    Anfechtungsbefugnis . . . . .	965
	II.   Anfechtungsfrist . . . . .	965
	III.  Anfechtungsgrund . . . . .	966
	IV.   Kausalität . . . . .	967
G.	Eintragung anfechtbarer Beschlüsse . . . . .	968
H.	Beschlussfeststellungsklage . . . . .	970
I.	Nichtige Beschlüsse . . . . .	971
J.	Einstweiliger Rechtsschutz gegen Beschlussfassung und -ausführung . . . . .	973
K.	Die relative Gesellschafterstellung . . . . .	975
	I.    Die Neuregelung in § 16 Abs. 1 GmbHG . . . . .	976
	1.    Grundlagen der relativen Gesellschafterstellung . . . . .	976
	2.    Die Einziehung . . . . .	979
	3.    Grenzen der unwiderleglichen Vermutung . . . . .	982
	4.    Änderung der materiellen Rechtslage . . . . .	985
	II.   Ausnahme für unmittelbar nachfolgende Beschlüsse . . . . .	986
	III.  Der Tod eines Gesellschafters . . . . .	989
	1.    Der Tod eines Mitgesellschafters . . . . .	989
	a) System der relativen Gesellschafterstellung . . . . .	989
	b) Eingetragene bekannte Erben . . . . .	989
	c) Eingetragene unbekannte Erben . . . . .	990
	d) Der noch nicht eingetragene Erbe . . . . .	990
	e) Ladung des Erblassers . . . . .	993
	f) Pflichten des Geschäftsführers . . . . .	995
	g) Ergebnis . . . . .	995
	2.    Der Tod eines Gesellschaftergeschäftsführers . . . . .	996
	a) Ausgangssituation . . . . .	996
	b) Beschluss über Bestellung des Geschäftsführers . . . . .	996
	3.    Der Tod des einzigen Gesellschaftergeschäftsführers . . . . .	999
	a) Ladung . . . . .	999
	b) § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG . . . . .	999
	4.    Ergebnis . . . . .	1000
	IV.  Rechtssicherheit beim Systemwechsel . . . . .	1000
	1.    Ausgangslage . . . . .	1000
	2.    Vergleich mit § 16 Abs. 3 GmbHG . . . . .	1001
	3.    Teleologisches Argument . . . . .	1002
	4.    Anwendung noch des alten Legitimationssystems . . . . .	1004
	5.    Strenges Listensystem . . . . .	1005
	6.    Folgen für die Praxis . . . . .	1007
	<b>Kapitel 9 Satzungsänderungen . . . . .</b>	<b>1009</b>
A.	Vorliegen einer Satzungsänderung . . . . .	1009
	I.    Abgrenzungsfragen . . . . .	1010
	II.   Eintragungserfordernis nach § 54 Abs. 3 GmbHG . . . . .	1011
	1.    Aufhebung einer Satzungsänderung vor Eintragung . . . . .	1011
	2.    Zulässigkeit der bedingten Satzungsänderung . . . . .	1012
	3.    Geltung gegen den Rechtsnachfolger . . . . .	1013
	4.    Verpflichtung zur Durchführung einer Satzungsänderung . . . . .	1014
B.	Satzungsdurchbrechung . . . . .	1015
	I.    Zulässigkeit punktueller Abweichungen . . . . .	1016
	II.   Unzulässigkeit zustandsbegründender Abweichungen . . . . .	1018
	1.    Abstrakt-generelle Regelung mit Wirkung für die Zukunft . . . . .	1018
	2.    Abgrenzung zu punktuellen Abweichungen . . . . .	1019
	III.  Kritische Würdigung . . . . .	1023
	IV.  Umdeutung in schuldrechtliche Nebenabrede . . . . .	1025
	V.   Vorsorge durch Öffnungsklauseln . . . . .	1027



VI.	Vorgehen bei zustandsbegründender Satzungsdurchbrechung . . . . .	1028
C.	Einzelne Satzungsänderungen . . . . .	1029
I.	Die Verlegung des Sitzungssitzes . . . . .	1029
1.	Sitzverlegung in der Liquidation und bei Insolvenzreife . . . . .	1029
2.	Sitzverlegung ins Ausland und aus dem Ausland . . . . .	1030
II.	Die Änderung des Geschäftsjahres . . . . .	1031
III.	Die Änderung von Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck . . . . .	1033
IV.	Änderung der Bestimmungen zur Aufbringung und Belastung des Stammkapitals . . . . .	1036
D.	Ablauf einer Satzungsänderung . . . . .	1037
I.	Beurkundungsrechtliche Aspekte . . . . .	1037
1.	Bisherige Rechtslage . . . . .	1037
2.	Neue Rechtslage nach dem DiRUG und dem DiREG . . . . .	1038
a)	Ausgangspunkt . . . . .	1038
b)	Beurkundungspflichtige Beschlüsse nach dem DiREG . . . . .	1038
c)	Beurkundung nur nach §§ 16a ff. BeurkG n.F. . . . .	1040
d)	Allgemeine Zulässigkeit von Beschlüssen in Online-Versammlungen, § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. . . . .	1041
e)	Verhältnis des Zustimmungserfordernisses nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zum Einstimmigkeitserfordernis des § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n.F. . . . .	1042
f)	Verhältnis des präsenzlosen Verfahrens nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zum Online-Verfahren nach §§ 16a ff. BeurkG n.F. . . . .	1043
g)	Verhältnis einer Abstimmung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zur Abstimmung in Textform nach § 48 Abs. 2 GmbHG n.F. . . . .	1043
h)	Verhältnis der Ausnahmeregelung des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. zu Satzungsbestimmungen nach § 45 Abs. 2 GmbHG. . . . .	1044
i)	Mitbeurkundung nicht beurkundungsbedürftiger Beschlüsse und Erklärungen . . . . .	1045
II.	Registerverfahrensrechtliche Aspekte . . . . .	1045
1.	Inhalt der Anmeldung . . . . .	1045
2.	Prüfungsrecht des Registergerichts . . . . .	1047
<b>Kapitel 10 Kapitalmaßnahmen . . . . .</b>		<b>1050</b>
A.	Einleitung . . . . .	1052
B.	Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung der Kapitalerhöhung . . . . .	1057
I.	Schutzwürdigkeit der überstimmten Minderheit bezüglich der Kapitalerhöhung . . . . .	1057
II.	Schutz der überstimmten Minderheit mittels einer materiellen Beschlusskontrolle? . . . . .	1058
C.	Kapitalerhöhung mit Agio . . . . .	1060
D.	Die Zulassung zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile . . . . .	1064
I.	Notwendigkeit eines ausdrücklichen Zulassungsbeschlusses? . . . . .	1064
II.	Der Ausschluss von Gesellschaftern vom Bezug neuer Geschäftsanteile . . . . .	1068
1.	Formelle Voraussetzungen eines Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	1068
2.	Weitere formelle Voraussetzungen für den Beschluss über die Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss . . . . .	1071
3.	Materielle Voraussetzungen eines Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	1071
a)	Das berechtigte Interesse der Gesellschaft am Bezugsrechtsausschluss . . . . .	1072
b)	Erforderlichkeit des Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	1073
c)	Verhältnismäßigkeit des Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	1073
d)	Kein vereinfachter Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG analog . . . . .	1073
III.	Der faktische Bezugsrechtsausschluss . . . . .	1073
1.	Vorliegen eines faktischen Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	1074
2.	Rechtsfolgen des faktischen Bezugsrechtsausschlusses . . . . .	1075
IV.	Folgen eines rechtswidrigen Bezugsrechtsausschlusses für die Kapitalerhöhung . . . . .	1075
E.	Genehmigtes Kapital . . . . .	1077
I.	Allgemeines . . . . .	1077
II.	Inhalt der Ermächtigung . . . . .	1078
1.	Ausübungsfrist . . . . .	1078
2.	Nennbetrag . . . . .	1079

	3. Sonstiger Inhalt . . . . .	1079
III.	Verfahren . . . . .	1080
	1. Einführung der Ermächtigung . . . . .	1080
	2. Ausübungsbeschluss . . . . .	1081
	3. Übernahmeerklärung und Einlageleistung . . . . .	1082
	4. Satzungsanpassung . . . . .	1083
	5. Handelsregisteranmeldung bzgl. Ausübung . . . . .	1083
	6. Gesellschafterliste . . . . .	1083
	7. Zusammenfassender Überblick . . . . .	1084
IV.	Bezugsrecht . . . . .	1084
V.	Sacheinlagen, § 55a Abs. 3 GmbHG . . . . .	1085
VI.	Mängel des genehmigten Kapitals . . . . .	1086
	1. Ermächtigung . . . . .	1086
	2. Ausübung . . . . .	1086
VII.	Musterformulierungen . . . . .	1086
	1. Satzungsbestimmung über genehmigtes Kapital . . . . .	1086
	2. Anmeldung der Satzungsänderung betreffend das genehmigte Kapital zur Eintragung in das Handelsregister . . . . .	1087
	3. Ausübung des Ermächtigungsbeschlusses . . . . .	1087
	4. Satzungsänderungsbeschluss der Geschäftsführung über die Anpassung der Stammkapitalziffer . . . . .	1088
	5. Handelsregisteranmeldung nach Durchführung der Kapitalerhöhung . . . . .	1088
F.	Sachkapitalerhöhung . . . . .	1089
	I. Allgemeines . . . . .	1089
	II. Notarielle Belehrungen, Hinweise, Mitteilungen . . . . .	1090
	III. Gemischte Sacheinlage . . . . .	1090
	IV. Sachagio . . . . .	1091
G.	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln . . . . .	1097
H.	Die Kapitalerhöhung während Gründung und Insolvenz . . . . .	1102
	I. Kapitalerhöhung im Gründungsverfahren einer GmbH . . . . .	1103
	1. Die Verpflichtung zur Mitwirkung an einer später beabsichtigten Kapitalerhöhung vor Gründung der GmbH oder zu einem späteren Zeitpunkt . . . . .	1103
	2. Kapitalerhöhung im Stadium der Vor-GmbH . . . . .	1103
	a) Sofort wirksame Kapitalerhöhung . . . . .	1104
	b) Bedingte Kapitalerhöhung . . . . .	1104
	II. Kapitalerhöhung im Insolvenz- oder Liquidationsverfahren . . . . .	1105
I.	Die Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister . . . . .	1105
	I. Verschiedenes . . . . .	1105
	II. Anmeldeberechtigte Personen . . . . .	1106
	III. Die Versicherung des Geschäftsführers . . . . .	1106
J.	Haftung der Mitgesellschafter . . . . .	1108
K.	Die mangelhafte Kapitalerhöhung . . . . .	1109
	I. Allgemeines und Überblick . . . . .	1110
	II. Nichtigkeit wegen Nichteinladung von Gesellschaftern . . . . .	1111
	III. Nichtigkeit aufgrund fehlerhafter Nennbeträge . . . . .	1112
	1. Fehlerquellen . . . . .	1112
	2. Heilungsmöglichkeiten . . . . .	1113
	IV. Entstehung der Geschäftsanteile bei fehlerhafter Kapitalerhöhung . . . . .	1115
	V. Probleme bei der Aufstockung . . . . .	1117
L.	Die Rückabwicklung gescheiterter Kapitalerhöhungen . . . . .	1118
M.	Kapitalherabsetzung . . . . .	1119
	I. Ordentliche Kapitalherabsetzung . . . . .	1120
	II. Vereinfachte Kapitalherabsetzung . . . . .	1127
	<b>Kapitel 11 Kapitalaufbringung . . . . .</b>	<b>1132</b>
A.	Ausgangsproblematik . . . . .	1137
	I. Kapitalschutzsystem als Gläubigerschutz . . . . .	1137

	II.	Grundlagen der Kapitalaufbringung . . . . .	1137
B.	Voreinzahlung . . . . .		1138
	I.	Die Voreinzahlung bei der Gründung . . . . .	1139
	II.	Die Voreinzahlung bei der Kapitalerhöhung . . . . .	1141
		1. Vorleistung auf eine bestehende, aber noch nicht fällige Einlagenschuld . . . . .	1141
		2. Die Voreinzahlung auf eine noch nicht entstandene Einlageverpflichtung . . . . .	1142
		3. Schlussfolgerungen . . . . .	1146
		a) Vergleich mit der regulären Zahlungsabfolge . . . . .	1146
		b) Vergleich mit der Gründung . . . . .	1147
		c) Differenzierung zwischen Bareinlage und Sacheinlage . . . . .	1147
		d) Voreinzahlung des Agio . . . . .	1148
		e) Voreinzahlung der Resteinlageleistung . . . . .	1148
C.	Gründerhaftung . . . . .		1149
D.	Schuldtilgende Leistung zur freien Verfügung . . . . .		1149
	I.	Grundlegende Rechtslage . . . . .	1150
		1. Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	1150
		a) Leistungshandlung . . . . .	1150
		b) Tilgungsbestimmung . . . . .	1152
		c) Keine wertgleiche Deckung mehr bei Kapitalerhöhung . . . . .	1152
		d) Tilgung durch Zahlung auf debitorisches Konto . . . . .	1153
		e) Tilgung durch unmittelbare Leistung auf Drittgläubigerforderung . . . . .	1154
		f) Vergleich mit der Gründung . . . . .	1154
		g) Vergleich mit der AG . . . . .	1155
		h) Differenzierung zwischen Bareinlage und Sacheinlage . . . . .	1155
		2. Agiozahlung . . . . .	1155
		a) Leistungspflicht . . . . .	1155
		b) Kapitalschutz . . . . .	1156
		3. Verjährung . . . . .	1157
	II.	Problematik der Einlagenrückgewähr (sog. »Hin- und Herzahlen«) . . . . .	1158
		1. Ausgangslage . . . . .	1158
		a) Einführung . . . . .	1158
		b) Gesetzesänderung durch das MoMiG . . . . .	1160
		2. Das ordnungsgemäße »Hin- und Herzahlen« nach § 19 Abs. 5 GmbHG . . . . .	1161
		a) Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage . . . . .	1161
		b) Rückzahlen der Einlage . . . . .	1162
		c) Absprache . . . . .	1164
		d) Vollwertigkeit und Fälligkeit des Rückgewähranspruchs . . . . .	1165
		e) Anwendung auf UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	1166
		f) Versicherung und Offenlegung des »Hin- und Herzahlens« . . . . .	1167
		g) Beweislast für Vollwertigkeit und Liquidität . . . . .	1171
		h) Rechtsfolgen des ordnungsgemäßen »Hin- und Herzahlens« . . . . .	1172
		i) Formulierungsvorschläge für ordnungsgemäßes »Hin- und Herzahlen« . . . . .	1174
		j) Cash-Pooling . . . . .	1175
		k) Heilung der fehlgeschlagenen Einlagenrückgewähr . . . . .	1175
E.	Die (verdeckte) Sacheinlage . . . . .		1177
	I.	Die offene Sacheinlage . . . . .	1177
		1. Abgrenzung Bareinlage/Sacheinlage . . . . .	1177
		2. Einzelne Sacheinlagegegenstände und ihre Bewertung . . . . .	1178
		3. Differenzhaftung bei Sacheinlagen . . . . .	1181
		4. Gutgläubiger Erwerb . . . . .	1182
		5. Festsetzung bei der Sachkapitalerhöhung . . . . .	1183
		6. Leistung zur freien Verfügung . . . . .	1183
		7. Handelsregisteranmeldung (§ 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG) . . . . .	1184
	II.	Die verdeckte Sacheinlage . . . . .	1184
		1. Einführung – Rechtslage vor MoMiG . . . . .	1184
		2. Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren . . . . .	1185
		a) Regierungsentwurf . . . . .	1185
		b) Rechtsausschuss – endgültige Gesetzesfassung . . . . .	1186

	c) Übergangsregelung .....	1187
3.	Grundfälle der verdeckten Sacheinlage .....	1187
4.	Tatbestandsmerkmal Verkehrsgeschäft. ....	1188
5.	Drittbeteiligung .....	1188
6.	Die Sacheinlagefähigkeit des eingelegten Wirtschaftsguts .....	1190
	a) Grundlagen .....	1190
	b) Sacheinlagefähigkeit von Gesellschafterdarlehen .....	1192
7.	Verdeckte gemischte Sacheinlage. ....	1195
8.	Voreinzahlung bei Kapitalerhöhung .....	1197
9.	Die Gegenleistung .....	1201
	a) Die Nämlichkeit .....	1201
	b) Die Fremdfinanzierung .....	1202
	c) Bezahlung aus Agio .....	1202
	d) Verzögerung des Rückflusses .....	1203
	e) Die Resteinlage .....	1204
10.	Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren .....	1205
11.	Tatbestandsmerkmal Abrede .....	1205
12.	Beweislast .....	1207
13.	Vermeidungsstrategien .....	1207
	a) Offene Sacheinlage .....	1207
	b) Sonderkonto .....	1209
14.	Rechtsfolgen .....	1210
	a) Fehlende Erfüllungswirkung .....	1210
	b) Wirksame Verpflichtungs- und Ausführungsgeschäfte .....	1211
	c) Dogmatik der Anrechnung .....	1211
	d) Anrechnung bei der verdeckten gemischten Sacheinlage .....	1214
	e) Sonstige Haftung .....	1215
III.	Haftung des Geschäftsführers .....	1215
IV.	Haftung des Mitgesellschafter .....	1215
V.	Heilung verdeckter Sacheinlage. ....	1216
	1. Rechtslage vor dem MiMiG .....	1216
	a) Die Ausgangslage. ....	1216
	b) Veränderter Einlagegegenstand bei der Heilung. ....	1216
	c) Die Durchführung der Heilung. ....	1216
	d) Bezugspunkt der Werthaltigkeitskontrolle .....	1218
	2. Heilung nach dem MoMiG .....	1218
VI.	Aufrechnungsverbot .....	1221
	1. Rechtslage vor dem MoMiG. ....	1221
	2. Rechtslage nach MoMiG .....	1221
VII.	Wirtschaftliche Neugründung .....	1223
VIII.	Kaskaden-/Stafetten-/Pyramidengründung .....	1224
IX.	Anwendung auf die Unternehmergeinschaft .....	1226
F.	Übergreifende Fragen der Kapitalaufbringung .....	1228
	I. Cash-Pooling .....	1228
	1. Einführung .....	1228
	2. Cash-Pooling und Kapitalschutz vor dem MoMiG .....	1229
	3. Cash-Pooling und Kapitalaufbringung nach dem MoMiG .....	1230
	a) Ausgangslage .....	1230
	b) Fallgruppen .....	1231
	c) Praktische Schwierigkeiten. ....	1232
	d) Zulässige Cash-Pool-Gestaltung. ....	1233
	e) Fazit. ....	1234
	II. Dienstleistung. ....	1235
	1. Dienstleistungen als Sacheinlagegegenstand .....	1235
	2. Dienstleistungen als verdeckte Sacheinlage .....	1236
	3. Dienstleistung als »Einlagenrückgewähr« .....	1237

<b>Kapitel 12</b>	<b>Euroumstellung</b>	1240
A.	Ausgangslage	1241
B.	Bestandsschutz für Altgesellschaften	1241
C.	Rein rechnerische Umstellung	1242
	I. Umrechnungsbeschluss	1243
	II. Rechtsfolgen	1245
D.	Die Euroumstellung durch Glättung/Anpassung	1245
	I. Effektive und vereinfachte Kapitalherabsetzung nach allgemeinen Regeln	1246
	II. Erleichterte Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung nach der Übergangsvorschrift (Kapitalschnitt)	1247
	III. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach allgemeinen Vorschriften	1249
	IV. Kapitalerhöhung gegen Einlagen (Aufstockung)	1250
	1. Zulässigkeit und Voraussetzungen der Aufstockung	1252
	2. Umfang der Aufstockung und Rundungsproblem	1254
	3. Berechnung der proportionalen Geschäftsanteilerhöhung	1255
E.	Fehlerquellen bei der Euroumstellung	1256
F.	Umwandlung und Euroumstellung	1257
	I. Einleitung mit Übersicht	1257
	1. Übersicht: Umwandlung von GmbH und AG mit Euroumstellung	1257
	2. Gesetzliche Neuregelung ab 01.01.1999	1258
	3. Übergangsregelung des § 318 Abs. 2 UmwG	1258
	II. Umwandlung zur Aufnahme	1259
	III. Umwandlung zur Neugründung	1260
	1. »Altumwandlungen« zur Neugründung	1260
	2. »Neuumwandlungen« zur Neugründung	1260
	IV. Formwechsel	1260
	1. Konflikt mit § 247 UmwG	1260
	2. Praktische Lösung	1261
<b>Kapitel 13</b>	<b>Veränderung des Gesellschafterbestandes</b>	1262
A.	Kauf und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen	1266
	I. Allgemeines	1266
	II. Formerfordernis nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG	1267
	1. Beurkundungsbedürftigkeit	1267
	a) Grundsatz	1267
	b) Umfang der Beurkundung	1269
	c) Sonstiges	1272
	2. Die Treuhandvereinbarung	1274
	3. Auslandsbeurkundung	1279
	4. Heilung des Formmangels	1281
	5. Sonderfall: Formerfordernisse des GmbHG im Kontext der GmbH & Co. KG	1282
	III. Abtretungsbeschränkungen	1284
	IV. Erwerb und Veräußerung eigener Anteile	1284
	V. Die Haftung des Erwerbers für rückständige Einlageverpflichtungen nach § 16 Abs. 2 GmbHG	1287
	1. Die Neuregelung	1287
	2. Haftung des Erwerbers	1288
	3. Haftung des eingetragenen Erben	1290
	4. Umfang der Haftung	1291
	5. Rückständig	1293
	6. Vertragsgestaltungen zur Haftungsbegrenzung des Erwerbers	1294
	7. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	1295
	VI. Beteiligung eines Minderjährigen	1297
	VII. Formulierungsvorschläge für Geschäftsanteilsverkauf und -veräußerung	1298
	VIII. Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen	1303
B.	Gutgläubiger Erwerb (§ 16 Abs. 3 GmbHG)	1309

I.	Ausgangslage . . . . .	1310
II.	Rechtsscheinsgrundlage (§ 16 Abs. 3 Satz 1 und 2 GmbHG) . . . . .	1311
	1. Vergleich der möglichen Rechtsscheinsträger . . . . .	1312
	a) Handelsregistereintragung . . . . .	1312
	b) Verbriefung . . . . .	1312
	c) Eintragung in ein Gesellschaftsregister . . . . .	1313
	2. Anknüpfung an Gesellschafterliste . . . . .	1313
	a) Anforderungen an die Gesellschafterliste . . . . .	1313
	b) Besonderheiten für gutgläubigen Erwerb . . . . .	1314
III.	Ausschlussgründe (§ 16 Abs. 3 Satz 2–5 GmbHG) . . . . .	1318
	1. Dauer der Unrichtigkeit . . . . .	1319
	2. Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit . . . . .	1321
	3. Gutgläubigkeit des Erwerbers . . . . .	1323
	4. Widerspruch in Liste . . . . .	1325
IV.	Reichweite des Gutglaubenstatbestandes . . . . .	1332
	1. Materiell-rechtliche Berechtigung . . . . .	1332
	2. Recht am Geschäftsanteil . . . . .	1333
	3. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb . . . . .	1334
	4. Vom Nichtberechtigten . . . . .	1335
	5. Aufschiebend bedingte Abtretung . . . . .	1339
	a) Befürwortende Literatur . . . . .	1339
	b) Ablehnende Stimmen . . . . .	1340
	c) Sicherung des Ersterwerbers . . . . .	1340
	d) Rechtsprechung . . . . .	1341
	e) Ergebnis . . . . .	1342
	6. Rechtsgeschäftlicher Erwerb . . . . .	1344
	7. Ausgleich zwischen den Beteiligten . . . . .	1346
V.	Rechtspolitische Kritik . . . . .	1346
	1. Konzeptionelle Schwächen der Gesellschafterliste . . . . .	1346
	2. Geringer praktischer Nutzen . . . . .	1348
VI.	Übergangsregelung . . . . .	1349
C.	Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen . . . . .	1350
	I. Teilung . . . . .	1350
	II. Zusammenlegung . . . . .	1350
D.	Unwirksame Veränderungen im Gesellschafterbestand . . . . .	1350
	I. Häufige Gründe für die Unwirksamkeit der Abtretung . . . . .	1350
	II. Heilung der unwirksamen Abtretung . . . . .	1350
	III. Wirksamkeit anschließender Gesellschafterbeschlüsse . . . . .	1351
E.	Ausscheiden des Gesellschafters . . . . .	1351
	I. Überblick . . . . .	1352
	II. Verlust der Mitgliedschaft durch Ausschluss und Zwangseinziehung . . . . .	1353
	1. Ausschlussvarianten . . . . .	1353
	a) Ausschlussklage . . . . .	1353
	b) Ausschlussbeschluss . . . . .	1356
	c) Zwangseinziehung . . . . .	1356
	2. Abfindung . . . . .	1361
	a) Kapitalschutz . . . . .	1361
	b) Bedingungstheorie . . . . .	1363
	c) Abfindungsbeschränkung und Gläubigerbenachteiligung . . . . .	1366
III.	Verlust der Mitgliedschaft durch Austritt und einvernehmliche Einziehung . . . . .	1366
	1. Ausscheidensvarianten . . . . .	1366
	a) Austritt (Kündigung) ohne Satzungsgrundlage . . . . .	1366
	b) Austritt aufgrund satzungsmäßigen Kündigungsrechts . . . . .	1367
	c) »Austritt« durch einvernehmliche Einziehung . . . . .	1367
	2. Abfindung . . . . .	1367
	a) Kapitalschutz . . . . .	1367
	b) Bedingungstheorie . . . . .	1368
IV.	Sonderfall: Einziehung eigener Anteile . . . . .	1368

V.	Besondere Satzungsgestaltungen . . . . .	1368
1.	Verfahren: »kombinierte« Regeln zu Ausscheiden und Verwertung . . . . .	1368
2.	Entkoppelung von Ausscheiden und Abfindungszahlung . . . . .	1369
VI.	Sonderproblem Nennbetragsanpassung. . . . .	1369
1.	Das Konvergenzgebot . . . . .	1370
a)	Problembeschreibung . . . . .	1370
b)	Strittige Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG. . . . .	1371
c)	Entscheidung des BGH v. 02.04.2015. . . . .	1371
d)	Altfälle. . . . .	1371
2.	Maßnahmen zur Nennbetragsanpassung . . . . .	1372
a)	Kapitalherabsetzung. . . . .	1372
b)	Nominelle Aufstockung. . . . .	1372
c)	Kombination von nomineller Aufstockung und ordentlicher Kapitalerhöhung	1373
d)	Neubildung eines Geschäftsanteils. . . . .	1374
3.	Disquotale Aufstockung . . . . .	1376
4.	Bildung von Teilrechten . . . . .	1379
F.	Die Gesellschafterliste . . . . .	1379
I.	Übersicht . . . . .	1380
1.	Entwicklung der Gesellschafterliste . . . . .	1380
2.	Gesellschafterstellung im Innenverhältnis . . . . .	1384
3.	Haftung des Rechtsnachfolgers . . . . .	1384
4.	Rechtsscheinträger für gutgläubigen Erwerb . . . . .	1384
5.	Exkurs Transparenzregister . . . . .	1385
6.	Zusammenfassung . . . . .	1385
II.	Fragen zum Inhalt der Gesellschafterliste . . . . .	1386
1.	Gesetzlicher Mindestinhalt . . . . .	1386
2.	Angaben bei Gesellschaften. . . . .	1387
3.	Erbengemeinschaft . . . . .	1391
4.	Nennbetrag. . . . .	1394
5.	Prozentangaben. . . . .	1394
6.	Nummerierung. . . . .	1398
a)	Gründe für die Nummerierung . . . . .	1398
b)	Grundregeln der Nummerierung. . . . .	1398
c)	Nummerierung bei Teilung . . . . .	1402
d)	Kompetenz zur Nummerierung. . . . .	1406
7.	Belastungen . . . . .	1408
8.	Vermerke/Veränderungsspalte . . . . .	1408
9.	Formulierungsvorschlag für Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung . . . . .	1413
III.	Einreichung durch Geschäftsführer. . . . .	1414
1.	Einreichungspflicht. . . . .	1414
2.	Einzutragende Veränderungen . . . . .	1416
a)	Veräußerung . . . . .	1419
b)	Anteilerwerb kraft Gesetz. . . . .	1420
c)	Sonstige Fälle des Anteilerwerbes . . . . .	1421
d)	Veränderung des Umfangs der Beteiligung . . . . .	1422
e)	Veränderung anderer dinglicher Berechtigungen . . . . .	1423
f)	Verfügungsbeschränkungen . . . . .	1425
g)	Sonstige Änderungen. . . . .	1431
3.	Anknüpfung an Mitteilung und Nachweis (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). . . . .	1434
a)	Mitteilung durch Berechtigten. . . . .	1435
b)	Nachweis des Übergangs des Geschäftsanteils . . . . .	1438
4.	Maßgeblicher Zeitpunkt für Einreichung . . . . .	1443
5.	Durchführung. . . . .	1443
6.	Berichtigung fehlerhafter Listen . . . . .	1445
7.	Haftung (§ 40 Abs. 3 GmbHG) . . . . .	1452
IV.	Einreichung durch Notar . . . . .	1453
1.	Einreichungspflicht. . . . .	1455
2.	Handeln auf Mitteilung und Nachweis. . . . .	1456

3.	Prüfungspflicht des Notars	1458
a)	Listeneinreichung	1458
b)	Die materiell-rechtliche Änderung	1460
c)	Praktische Lösungsansätze	1461
d)	Gesellschafterbeschluss (insb. Kapitalerhöhung, Satzungsänderung u. ä.)	1461
4.	Mitwirkung an Veränderung	1462
a)	Unmittelbare Mitwirkung	1462
b)	Mittelbare Mitwirkung	1467
c)	Exkurs: Mitwirkung des Notars beim Erwerb von Todes wegen	1471
d)	Problematik der Abgrenzung	1473
5.	Erstellung der Liste	1476
a)	Erstellen, nicht nur unterschreiben	1476
b)	Erste Liste nach neuem Recht	1477
c)	Fehlende Voreintragung	1478
d)	Kosten	1480
6.	Zeitpunkt der Einreichung	1480
a)	Grundsätzliches	1480
b)	Anfechtbarkeit	1481
c)	Aufschiebende Bedingung	1483
d)	Einziehung	1484
e)	Kapitalerhöhung	1485
7.	Technische Durchführung der Einreichung	1487
8.	Korrektur einer fehlerhaften Notarliste	1488
9.	Übermittlung an Geschäftsführer und Gesellschafter	1489
10.	Notarbescheinigung	1490
a)	Erstellung und Einreichung	1490
b)	Prüfungspflicht	1494
c)	Rechtswirkungen	1496
11.	Haftung	1497
12.	Problemfälle	1498
a)	Sich kreuzende Listen	1498
b)	Mehrere zeitgleiche oder kurz nacheinander folgende Veränderungen	1499
c)	Ausländische Notare	1502
V.	Einreichung durch Gesellschafter	1506
VI.	Registergericht	1506
1.	Prüfungsrecht und Prüfungspflicht	1506
a)	Rechtslage vor dem MoMiG	1506
b)	Neue Rechtslage	1507
c)	Literaturstimmen	1508
d)	Rechtsprechung	1509
e)	Eigene Stellungnahme	1512
f)	Unterschriftsprüfung	1513
2.	Aufnahme im Register	1514
3.	Verfahrensfragen	1514
a)	Rechtsmittel	1514
b)	Amtslöschung	1516
VII.	Anpassung der alten Listen	1517
VIII.	Die Gesellschafterliste beim Tod eines Gesellschafters	1518
1.	Der Tod eines Mitgesellschafters	1519
a)	Bekannte Erben	1519
b)	Unbekannte Erben	1520
c)	Ergebnis	1523
2.	Der Tod eines Gesellschaftergeschäftsführers	1523
a)	Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl	1523
b)	Erfordernis eines Notgeschäftsführers	1523
3.	Der Tod des einzigen Gesellschaftergeschäftsführers	1524
G.	Die relative Gesellschafterstellung (§ 16 Abs. 1 GmbHG)	1524
H.	Bereinigung unklarer GmbH-Geschäftsanteile	1524



<b>Kapitel 14 Besonderheiten bei nicht (voll) geschäftsfähigen Gesellschaftern . . . .</b>	<b>1529</b>
A. Vertretung, Vormundschaft, Pflegschaft . . . . .	1530
B. Betreuung . . . . .	1531
C. Minderjährige Gesellschafter . . . . .	1535
I. Kurzer Umriss der Probleme . . . . .	1535
II. Erwerb der Gesellschafterstellung durch einen Minderjährigen . . . . .	1535
1. Beteiligung Minderjähriger an der Gründung der GmbH . . . . .	1535
a) Vertretung . . . . .	1535
b) Genehmigung . . . . .	1536
2. Erwerb infolge Abtretung nach Kauf, Tausch oder Schenkung . . . . .	1538
a) Vertretung . . . . .	1538
b) Genehmigung . . . . .	1539
c) Nach der Satzung erforderliche Genehmigungen . . . . .	1544
3. Eintritt durch Übernahme eines Geschäftsanteils im Rahmen einer Kapitalerhöhung . . . . .	1544
a) Vertretung . . . . .	1544
b) Genehmigungsbedürftigkeit . . . . .	1545
III. Beteiligung des Minderjährigen an Umwandlungsmaßnahmen . . . . .	1546
1. Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme . . . . .	1546
2. Verschmelzung und Spaltung zur Neugründung . . . . .	1547
3. Verschmelzung und Spaltung unter Kapitalerhöhung . . . . .	1548
4. Formwechsel . . . . .	1548
IV. Teilnahme des Minderjährigen an den laufenden Geschäften der Gesellschaft bzw. an der Geschäftsführung . . . . .	1549
V. Einberufung der Gesellschafterversammlung . . . . .	1549
VI. Gesellschafterbeschlüsse . . . . .	1550
1. Teilnahme und Stimmrechtsausübung . . . . .	1550
2. Genehmigungen . . . . .	1551
VII. Veräußerung des GmbH-Anteils und Kündigung des Minderjährigen . . . . .	1552
1. Veräußerung . . . . .	1552
a) Vertretung . . . . .	1552
b) Genehmigung . . . . .	1553
2. Kündigung und Auflösung . . . . .	1553
3. Schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen . . . . .	1553
VIII. Haftungsbeschränkung nach § 1629a BGB . . . . .	1554
D. Probleme bei geschäftsunfähigen volljährigen Gesellschaftern . . . . .	1554
I. Problembereiche . . . . .	1554
II. Wirksame Zustellungen an den Gesellschafter . . . . .	1554
1. Keine Regelung zur Behandlung der Geschäftsunfähigkeit . . . . .	1554
a) Unkenntnis der Gesellschaft über die Geschäftsunfähigkeit des Gesellschafters . . . . .	1555
b) Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Gesellschafters . . . . .	1556
c) Kenntnis der Gesellschaft von der bestehenden Geschäftsunfähigkeit . . . . .	1557
2. Satzungsmäßige Verpflichtung zur Vertreterbestellung . . . . .	1557
a) Person des Bevollmächtigten . . . . .	1561
b) Unkenntnis über die Geschäftsunfähigkeit des Gesellschafters . . . . .	1562
c) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von der Geschäftsunfähigkeit . . . . .	1562
<b>Kapitel 15 Konzernrecht und stille Gesellschaft . . . . .</b>	<b>1566</b>
A. Konzernrecht . . . . .	1567
I. Verbundene Unternehmen – Überblick . . . . .	1567
1. Mehrheitsbeteiligungen . . . . .	1567
2. Abhängigkeit . . . . .	1568
3. Konzernierung . . . . .	1570
a) Unterordnungskonzern . . . . .	1570
b) Gleichordnungskonzern . . . . .	1572
4. Wechselseitige Beteiligungen . . . . .	1572

5.	Unternehmensverträge .....	1572
a)	Beherrschungsvertrag .....	1572
b)	Gewinnabführungsvertrag .....	1573
c)	Unternehmensverträge i. S. d. § 292 AktG .....	1574
II.	Der Abschluss von Unternehmensverträgen .....	1575
1.	Vertragsschluss .....	1575
a)	Abschlusskompetenz .....	1575
b)	Formanforderungen .....	1575
c)	Besondere vertragliche Regelungen .....	1575
d)	Finanzielle Eingliederung bei Gewinnabführungsverträgen .....	1579
2.	Zustimmungsbeschluss .....	1581
a)	Erforderlichkeit .....	1581
b)	Form .....	1582
c)	Mehrheitsanforderungen .....	1583
d)	Stimmverbote .....	1584
e)	Informations-/Berichts- und Prüfpflichten .....	1584
3.	Eintragung ins Handelsregister .....	1585
a)	Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag .....	1585
b)	Teilgewinnabführungsvertrag .....	1586
4.	Fehlerhafter Unternehmensvertrag .....	1587
III.	Durchgeführter Unternehmensvertrag .....	1587
1.	Verlustrückgleich .....	1587
2.	Konzernprivileg des § 30 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GmbHG .....	1589
IV.	Änderung von Unternehmensverträgen .....	1589
V.	Beendigung von Unternehmensverträgen .....	1591
1.	Aufhebung .....	1591
a)	Zuständigkeit .....	1591
b)	Zustimmungsbeschluss .....	1593
c)	Eintragung ins Handelsregister .....	1593
d)	Steuerrechtliche Konsequenzen .....	1594
2.	Kündigung .....	1594
a)	Kündigung aus wichtigem Grund .....	1594
b)	Ordentliche Kündigung .....	1596
3.	Vertragsbeendigung zur Sicherung außenstehender Aktionäre .....	1596
4.	Rechtsfolgen der Beendigung .....	1597
a)	Sicherheitsleistung .....	1597
b)	Steuerliche Folgen bei Beendigung einer Organschaft .....	1597
VI.	Konzernvertrauenshaftung .....	1598
VII.	Unternehmensverträge in der Insolvenz .....	1599
B.	Stille Gesellschaft unter Beteiligung einer GmbH .....	1603
I.	Erscheinungsformen der Stillen Gesellschaft .....	1604
1.	Typische Stille Gesellschaft .....	1604
2.	Atypische Stille Gesellschaft .....	1604
3.	GmbH & Still .....	1605
II.	Gesellschaftsvertrag der Stillen Gesellschaft .....	1608
1.	Zuständigkeit zum Abschluss einer Stillen Gesellschaft .....	1608
a)	Typische Stille Gesellschaft .....	1608
b)	Atypische Stille Gesellschaft .....	1608
2.	Form .....	1609
3.	Einlagegegenstand .....	1609
III.	Eintragung der Stillen Gesellschaft ins Handelsregister .....	1610
1.	Typische Stille Gesellschaft .....	1610
2.	Atypische Stille Gesellschaft .....	1611
IV.	Umwandlung der Stillen Beteiligung in einen Geschäftsanteil .....	1612
V.	Umwandlung eines Geschäftsanteils in eine Stille Beteiligung .....	1613

<b>Kapitel 16 Kapitalerhaltung</b> .....	1621
A. Kapitalerhaltung bei der GmbH .....	1624
I. Verbotene Auszahlung nach § 30 GmbHG. ....	1624
1. Überblick .....	1624
2. Grundlagen. ....	1625
a) System des Kapitalschutzes .....	1625
b) Normzweck .....	1627
c) Neuregelung durch das MoMiG .....	1628
d) Bewertung der Neuregelung .....	1629
3. Das Auszahlungsverbot nach Abs. 1 .....	1630
a) Adressat des Auszahlungsverbotes .....	1630
b) Geschütztes Gesellschaftsvermögen .....	1630
c) Auszahlung .....	1636
d) Zahlungsempfänger .....	1650
e) Rechtsfolgen .....	1654
f) Beweislast .....	1658
g) Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten .....	1659
h) Verbundene Unternehmen .....	1662
4. Ausnahmen vom Auszahlungsverbot .....	1664
a) Die rechtsgeschäftliche Kompensation. ....	1664
b) Das Konzernprivileg (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1) .....	1670
c) Sonstige Ausschlussfälle .....	1670
d) Darlehensrückgewähr (Abs. 1 Satz 3). ....	1671
5. Die Rückzahlung von Nachschüssen (Abs. 2) .....	1672
a) Einordnung der Nachschüsse. ....	1672
b) Rückzahlungsvoraussetzungen .....	1673
II. Erstattung verbotener Rückzahlungen nach § 31 GmbHG. ....	1675
1. Überblick .....	1675
2. Normzweck. ....	1675
3. Der Erstattungsanspruch. ....	1676
a) Voraussetzungen .....	1676
b) Berechtigter/Gläubiger. ....	1677
c) Verpflichteter/Schuldner .....	1678
d) Art und Inhalt .....	1681
e) Einwendungen .....	1684
4. Gutgläubiger Erwerb (Abs. 2). ....	1686
a) Grundsatz .....	1686
b) Guter Glaube .....	1686
c) Rechtsfolgen .....	1687
d) Beweislast .....	1688
5. Haftung der Mitgesellschafter (Abs. 3) .....	1688
a) Voraussetzungen .....	1688
b) Haftender Personenkreis .....	1689
c) Zeitpunkt .....	1689
d) Umfang der Haftung. ....	1690
e) Beweislast .....	1691
f) Verschuldenshaftung .....	1691
6. Unverzichtbarkeit (Abs. 4) .....	1692
a) Erlass .....	1692
b) Stundung .....	1693
c) Erfüllungssurrogate .....	1693
d) Der Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch .....	1694
7. Verjährung (Abs. 5). ....	1695
a) Entwicklung (Satz 1) .....	1695
b) Verjährungsfrist (Satz 2 und 3) .....	1695
c) Hemmung und Unterbrechung .....	1696
d) Altfälle. ....	1696

8.	Haftung des Geschäftsführers (Abs. 6) . . . . .	1697
	a) Haftung gegenüber der Gesellschaft . . . . .	1697
	b) Haftung gegenüber den Gesellschaftern . . . . .	1698
III.	Rückzahlung von Gewinn gem. § 32 GmbHG . . . . .	1700
	1. Überblick . . . . .	1700
	2. Normzweck . . . . .	1700
	3. Voraussetzungen . . . . .	1700
	a) Rückforderungsanspruch der Gesellschaft . . . . .	1700
	b) Einwendungsberechtigter . . . . .	1701
	c) Gewinnverteilung . . . . .	1701
	d) Guter Glaube . . . . .	1701
	4. Rechtsfolgen . . . . .	1702
B.	Sonderfälle der Kapitalerhaltung . . . . .	1703
I.	Kreditgewährung an Geschäftsführer nach § 43a GmbHG . . . . .	1703
	1. Überblick . . . . .	1703
	2. Allgemeines . . . . .	1703
	a) Normzweck . . . . .	1703
	b) Verhältnis zu § 30 GmbHG und anderen Regelungskomplexen . . . . .	1703
	c) Begriff des Kredits . . . . .	1704
	3. Kreditgewährungsverbot . . . . .	1705
	a) Erfasster Personenkreis . . . . .	1705
	b) Gebundene Vermögensmasse . . . . .	1706
	4. Rechtsfolgen bei Verstoß . . . . .	1707
II.	Kapitalerhaltung für die gesetzliche Kapitalrücklage der UG (haftungsbeschränkt) . . . . .	1708
III.	Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co. KG . . . . .	1709
	1. Leistungsempfänger ist GmbH-Gesellschafter und Kommanditist . . . . .	1710
	2. Leistungsempfänger ist nur GmbH-Gesellschafter . . . . .	1711
	3. Leistungsempfänger ist nur Kommanditist . . . . .	1711
	4. Inhaber des Erstattungsanspruches . . . . .	1713
	5. Kreditgewährungsverbot des § 43a GmbHG bei der GmbH & Co. KG . . . . .	1713
 <b>Kapitel 17 Haftung der Gesellschafter . . . . .</b>		<b>1714</b>
A.	Durchgriffshaftung . . . . .	1715
I.	Haftung mit Privatvermögen aufgrund Rechtsgeschäfts . . . . .	1715
II.	Durchgriffshaftung wegen Sphären- oder Vermögensvermischung . . . . .	1716
III.	Durchgriff wegen deliktischer Handlungen . . . . .	1717
IV.	Materielle Unterkapitalisierung . . . . .	1718
B.	Der existenzvernichtende Eingriff . . . . .	1720
I.	Entwicklung der Rechtsprechung des BGH . . . . .	1720
II.	Die Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB . . . . .	1722
	1. Die »Trihotel«-Entscheidung des BGH . . . . .	1722
	2. Dogmatik . . . . .	1722
	a) Die Begründungsansätze des BGH . . . . .	1722
	b) Qualifizierung der Existenzvernichtungshaftung im IPR . . . . .	1723
	3. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung im Einzelnen . . . . .	1725
	a) Anspruchsgegner . . . . .	1725
	b) Eingriffshandlungen . . . . .	1725
	c) Folge des Eingriffs: Insolvenz . . . . .	1730
	d) Kausalität . . . . .	1730
	e) Subjektiver Tatbestand . . . . .	1731
	4. Die Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung . . . . .	1732
	5. Darlegungs- und Beweislast . . . . .	1732
	6. Verjährung . . . . .	1733
	7. Zusammenfassung der Haftungsvoraussetzungen . . . . .	1734
III.	Weitere Ansprüche in Situationen einer Existenzvernichtungshaftung . . . . .	1734
	1. Ansprüche wegen Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften, §§ 30, 31 GmbHG . . . . .	1734

2.	Haftung nach § 830 BGB	1735
3.	Haftung nach § 826 BGB	1735
4.	Haftung der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG	1735
a)	Pflichtverletzung bei Befolgung einer »existenzvernichtenden« Weisung	1735
b)	Verhältnis zur Haftung der Gesellschafter	1736
5.	Haftung des Geschäftsführers aus § 15b Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 4 InsO	1736
C.	Die Haftung der Gesellschafter bei Überlassung der Geschäftsführung an inhabile Geschäftsführer	1736
I.	Kreis der haftenden Gesellschafter	1736
II.	»Überlassung der Führung der Geschäfte« als haftungsbegründende Handlung	1737
III.	Subjektiver Tatbestand	1738
IV.	Umfang des zu ersetzenden Schadens	1738
V.	Darlegungs- und Beweislast sowie Verjährung	1738
D.	Haftung der Gesellschafter aufgrund einer Patronatserklärung	1739
I.	Formen der Patronatserklärung	1739
II.	Unterscheidung und Wirkung von konzerninternen und externen Patronatserklärungen	1740
III.	Beendigung	1740
1.	Allgemeines zur Kündigung	1740
2.	Die »STAR 21«-Entscheidung des BGH	1741
IV.	Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO	1742
V.	Formulierungsbeispiele	1743
1.	Harte externe Patronatserklärung	1743
2.	Harte interne Patronatserklärung	1743
3.	Weiche externe Patronatserklärung	1744
E.	Haftung bei Finanzplankrediten	1744
F.	Haftung bei wirtschaftlicher Neugründung	1745
G.	Haftung bei Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO	1745
H.	Übersicht zu weiteren möglichen Haftungsgrundlagen	1745
<b>Kapitel 18 Liquidation</b>		<b>1750</b>
A.	Die Liquidation im Gründungsstadium	1750
I.	Ausgangslage	1750
II.	Der Aufhebungsbeschluss	1751
III.	Verfahrensregelungen	1752
B.	Die Liquidation der eingetragenen GmbH	1753
I.	Auflösungsgründe	1753
1.	Ausgangslage	1753
2.	Zeitablauf (Abs. 1 Nr. 1)	1753
3.	Auflösungsbeschluss (Abs. 1 Nr. 2)	1754
4.	Auflösung durch Urteil oder Verwaltungsakt (Abs. 1 Nr. 3)	1755
a)	Auflösungsurteil	1755
b)	Verwaltungsakt	1756
5.	Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Abs. 1 Nr. 4)	1756
6.	Abweisung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (Abs. 1 Nr. 5)	1756
7.	Beschluss nach § 399 FamFG (Abs. 1 Nr. 6)	1756
8.	Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 FamFG (Abs. 1 Nr. 7)	1757
9.	Weitere gesetzliche Auflösungsgründe	1758
10.	Vertragliche Auflösungsgründe	1759
II.	Der Ablauf der Liquidation	1759
1.	Die Liquidatoren	1759
2.	Der Beschluss	1762
3.	Rechtsformzusatz	1762
4.	Die Handelsregisteranmeldung und -eintragung	1763
5.	Sperrjahr	1765
6.	Bilanzierungspflichten	1766
7.	Sitzverlegung im Liquidationsverfahren	1766
8.	Anmeldung der Vollbeendigung	1767

9.	Fortsetzungsmöglichkeiten	1767
III.	Kapitalerhöhung im Liquidationsverfahren	1768
C.	Behandlung der Gesellschaft nach Löschung	1769
D.	Nachtragsliquidation	1769
<b>Kapitel 19</b>	<b>Insolvenz</b>	<b>1771</b>
A.	Ausgangslage nach der Insolvenzordnung	1773
I.	Antragsverfahren	1773
II.	Eröffnungsgründe	1775
1.	Zahlungsunfähigkeit	1775
2.	Drohende Zahlungsunfähigkeit	1777
a)	Schuldnerperspektive	1777
b)	Gläubigerperspektive	1778
c)	Exkurs: Überblick Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG)	1779
3.	Überschuldung	1780
a)	Zweistufiger Überschuldungsbegriff	1780
b)	Qualifizierter Rangrücktritt	1781
B.	Insolvenzantrag und Massesicherung	1785
I.	Die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags	1785
II.	Sanktionen bei Verletzung der Pflicht zur Insolvenzantragstellung	1787
1.	Haftung wegen Verletzung der Pflicht des § 15a Abs. 1, 3 GmbHG	1787
2.	Haftung nach § 826 BGB	1790
3.	Schadensberechnung	1791
4.	Kausalität und Schutzzweckzusammenhang	1792
5.	Verjährung	1793
III.	Sanktionen bei Verletzung der Massesicherungspflicht	1793
1.	Haftung wegen Verletzung der Pflicht nach § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO (früher § 64 Satz 1 GmbHG)	1793
a)	Zahlungsbegriff	1794
b)	Einwendungen	1797
c)	Ausnahmetatbestände	1798
d)	Verjährung	1803
2.	Haftung nach § 15b Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 InsO (früher § 64 Satz 3 GmbHG)	1803
a)	Zahlung des Geschäftsführers an Gesellschafter	1803
b)	Kausaler Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	1806
c)	Keine Entlastung nach § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO (früher § 64 Satz 2 GmbHG)	1807
d)	Rechtsfolgen	1808
IV.	Haftung nach § 69 AO	1808
V.	Anwendung der Haftungsregelungen auf (Schein-) Auslandsgesellschaften	1809
C.	Das Insolvenzverfahren – Überblick	1809
I.	Rechtslage nach Antragsstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzeröffnungsverfahren)	1809
1.	Bestellung eines »starken« vorläufigen Verwalters	1810
2.	Bestellung eines »schwachen« vorläufigen Verwalters	1810
II.	Rechtslage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	1810
1.	Stellung des Geschäftsführers	1811
2.	Vollmachten und Vertretung nach Freigabe	1812
3.	Geltendmachung offener Einlageforderungen	1812
4.	Rechte der Gesellschafter	1814
5.	Übergang der handels- und steuerrechtlichen Pflichten	1814
6.	Beendigung des Insolvenzverfahrens	1816
III.	Rechtslage bei Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse	1816
IV.	Rechtslage bei Anordnung einer Eigenverwaltung	1816
V.	Verwertbarkeit von Firma und Marken in der Insolvenz	1817

1.	Erforderlichkeit der Zustimmung des Namensgebers? .....	1817
2.	Unterscheidbarkeit der Firma .....	1818
3.	Unterbindung der Firmenverwertung durch Satzungsgestaltung .....	1819
4.	Verwertbarkeit von Marken .....	1820
5.	Verwertbarkeit sonstiger immaterieller Rechtsgüter .....	1820
VI.	Sonderfall: Gelöschter ausländischer Rechtsträger .....	1820
D.	Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen und -sicherheiten in der Insolvenz .....	1821
I.	Der Gesellschafter als nachrangiger Insolvenzgläubiger .....	1821
II.	Die Anfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) .....	1822
1.	Sachlicher Anwendungsbereich .....	1822
a)	Gesellschafterdarlehen i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1 InsO .....	1822
b)	Darlehensgleichheit i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 Var. 2 InsO .....	1824
c)	Ausnahme für Bargeschäfte i. S. d. § 142 InsO .....	1831
d)	Anfechtung von Beraterhonoraren und Notargebühren (insbesondere bei Krisen-/Sanierungsberatung) .....	1831
e)	Anfechtbarkeit in der Gesellschafterinsolvenz .....	1835
2.	Befriedigung des Rückforderungsanspruchs .....	1835
3.	Person des Darlehensgebers .....	1836
a)	Aktueller Gesellschafter .....	1836
b)	Ausscheidender Gesellschafter .....	1837
c)	Künftiger Gesellschafter .....	1839
d)	Darlehensgewährung durch Dritte .....	1839
4.	Anfechtungsgegner .....	1843
III.	Besicherung durch die Gesellschaft nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO .....	1846
IV.	Stellung von Gesellschaftersicherheiten nach § 135 Abs. 2 InsO .....	1847
1.	Regelungshintergrund .....	1847
2.	Darlehensgewährung durch einen Dritten .....	1847
3.	Bestellung einer Sicherheit für ein Drittdarlehen .....	1848
4.	Anfechtungsgegenstand .....	1848
5.	Behandlung von Doppelsicherheiten .....	1849
V.	Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg .....	1850
1.	Sanierungsprivileg, § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO .....	1850
2.	Kleinbeteiligtenprivileg, § 39 Abs. 5 InsO .....	1851
E.	Kapitalerhöhung im Insolvenzverfahren .....	1852
I.	Kapitalerhöhung während eines laufenden Insolvenzverfahrens .....	1852
II.	Auswirkungen eines Insolvenzantrages auf eine bereits beschlossene Kapitalerhöhung .....	1853
F.	Umwandlung in Krise und Insolvenz – Überblick .....	1856
I.	Materielle Insolvenz und Umwandlungsfähigkeit .....	1856
II.	Umwandlungsfähigkeit aufgelöster Rechtsträger (§ 3 Abs. 3 UmwG) .....	1857
III.	Umwandlung im Insolvenz- und Restrukturierungsplan (i.Ü.) .....	1858
1.	Umwandlung und Insolvenzplan, §§ 217 ff. InsO (i.Ü.) .....	1858
2.	Umwandlung und Restrukturierungsplan, §§ 2 ff. StaRUG .....	1859
<b>Kapitel 20 Firmenbestattung</b> .....	<b>1861</b>	
A.	Ausgangslage .....	1861
I.	Strafbare Handlungen .....	1862
II.	Zivilrechtliche Haftung .....	1867
III.	Zuständigkeitsverlagerungen durch Sitzverlegung .....	1867
IV.	Nichtigkeit von Anteilsveräußerungen und Gesellschafterbeschlüssen .....	1870
V.	Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen wegen Gläubigerbenachteiligung sowie Unzulässigkeit eines Insolvenzantrags .....	1871
VI.	Verhalten des Notars .....	1872
B.	Gesetzliche Maßnahmen gegen Firmenbestattungen und andere missbräuchliche Verhaltensweisen .....	1874
I.	Erweiterung der Haftung in Insolvenzsituationen .....	1874
II.	Erleichterung von Zustellungen .....	1875

III.	Regelungen für Auslandsgesellschaften . . . . .	1876
1.	Anmeldung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften . . . . .	1876
2.	Insolvenzantragspflichten für Geschäftsführer und Gesellschafter ausländischer Gesellschaften . . . . .	1877
<b>Kapitel 21</b>	<b>Haftung nach § 25 HGB bei Firmenfortführung . . . . .</b>	<b>1879</b>
A.	Grundsätzliches zu § 25 HGB . . . . .	1879
I.	Grundlagen der Haftung nach § 25 HGB . . . . .	1879
II.	Normzweck . . . . .	1880
B.	Einzelne Haftungsvoraussetzungen . . . . .	1880
I.	Handelsgeschäft . . . . .	1880
II.	Firma . . . . .	1882
III.	Erwerb und Fortführung des Handelsgeschäftes . . . . .	1883
IV.	Fortführung der Firma . . . . .	1885
C.	Keine Haftung bei Erwerb vom Insolvenzverwalter . . . . .	1886
D.	Haftungsausschluss durch Eintragung im Handelsregister . . . . .	1890
I.	Eintragung bei zweifelhafter Haftung . . . . .	1890
II.	Kein Nachweis der Haftungsausschlussvereinbarung . . . . .	1891
III.	Zeitliche Vorgaben . . . . .	1893
IV.	Zuständiges Register . . . . .	1894
<b>Kapitel 22</b>	<b>Besondere Erscheinungsformen der GmbH . . . . .</b>	<b>1895</b>
A.	Die Konzeption der GmbH als wirtschaftlicher Kaufmann . . . . .	1895
B.	Die gemeinnützige GmbH (gGmbH) . . . . .	1895
I.	Status und Zulässigkeit einer gemeinnützigen GmbH . . . . .	1896
II.	Besonderheiten bei der Gründung . . . . .	1896
III.	Besonderheiten im laufenden Betrieb . . . . .	1897
IV.	Die gemeinnützige Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) . . . . .	1899
C.	Die GmbH als Rechtsform für öffentlich-rechtliche Unternehmen . . . . .	1899
D.	Die GmbH als Konzernbaustein . . . . .	1900
E.	Die GmbH mit gebundenem Vermögen und die GmbH im Verantwortungseigentum . . . . .	1901
	Stichwortverzeichnis . . . . .	1903



Registerbehörden zu führen ist. Denn anders als § 54 Abs. 1 AktG dies für die AG vorschreibt, kennt das GmbH-Recht über den Nennwert der Geschäftsanteile hinaus keine Einlageaufbringungs-pflicht der Gesellschafter, sodass sowohl Bar- als auch Sachagio grundsätzlich nicht der Prüfungs-kompetenz des Handelsregisters unterfallen.

Ausführlicher zum Sachagio vgl. auch Kap. 10 Rdn. 152 ff.

- 147 Leidet die Anmeldung an behebbaren Mängeln, muss das Registergericht den Geschäftsführern die Möglichkeit geben, die Mängel zu beheben bzw. fehlende Unterlagen nachzureichen. Stellt das Gericht unbehebbar Mängel fest, kann es die Eintragung ablehnen oder die Rücknahme der Anmeldung anregen. Die Vorgesellschaft ist vertreten durch ihre Geschäftsführer beschwerdebefugt.<sup>411</sup>
- 148 Ergibt die Prüfung keinen Anlass zur Beanstandung, trägt das Registergericht die GmbH in die Abteilung B des Handelsregisters mit dem in § 10 GmbHG genannten Inhalt ein. Mit der Eintragung ist die GmbH als juristische Person i. S. d. § 13 GmbHG entstanden.
- 149 Das Registergericht veröffentlicht die Eintragung in den durch § 10 HGB vorgeschriebenen Medien gem. § 10 HGB auf elektronischem Wege.<sup>412</sup>

Mit dem vom Deutschen Bundestag am 23.03.2017 verabschiedeten Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze<sup>413</sup> wurde auch der für die Notar-praxis relevante § 378 Abs. 3 FamFG geändert. Der deutsche Gesetzgeber verstärkt hier die Filter- und Entlastungsfunktion der Notare für das Handelsregister und verpflichtet diese nunmehr im Rahmen ihrer Amtspflichten auch zur Prüfung der Registeranmeldungen auf ihre Eintragungsfähig-keit ins Handels-, Vereins- oder Güterrechtsregister. Da Genossenschafts- und Partnerschaftsregis-ter-sachen ausdrücklich nicht erfasst sind und die Norm gemäß dem Willen des Gesetzgebers auch keine Verantwortung des Notars hinsichtlich der tatsächlichen Eintragung begründet, bleibt die Zweckerreichung der Norm fraglich. Insbesondere da keine Prüfung der mit dem Antrag bzw. der Erklärung einzureichen oder beizufügenden Dokumente verlangt wird und auch im Rahmen der bisherigen ordentlichen Notarpraxis alle einzureichenden Registeranmeldungen regelmäßig vorab, unabhängig davon, ob es sich um eigene oder Fremdurkunden handelt, zur Vermeidung von Zwi-schenverfügungen und Arbeitsmehraufwand geprüft wurden, erscheint die tatsächliche Bedeutung der Neuregelung nicht ganz klar.

## H. Besonderheiten bei der Online-Gründung der GmbH

### Schrifttum

*Berger/Brem*, Digitalisierung und Unternehmensgründung: Ein kritischer Blick auf die notarielle Beurkundung im Rahmen des neuen EU-Rechtsrahmens für die Online-Gründungen, GWR 2021, 413; *Bock*, Online-Gründung von GmbHs und veränderte Registerpublizität – der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, RNotZ 2021, 326; *Danninger/Stepien*, Die elektronische Ausfertigung – Chancen, Herausforderungen und Lösungsideen, DNotZ 2021, 812; *Freier*, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) – Überblick über die Änderungen für die notarielle Praxis, NotBZ 2021, 161; *Heckschen/Knaier*, Das DiRUG in der Praxis, NZG 2021, 1093; *Hoch*, Das DiRUG: großer Wurf oder verpasste Digitalisierungschance?, NWB 2021, 3810; *Hoffmann/Scholz*, Die Rechts-tatsachenforschung im toten Winkel des DiRUG-Regierungsentwurfs, AG 2021, 227; *Keller/Schümmer*, Digitale GmbH-Gründung, NZG 2021, 573; *Kienzle*, Die Videobeurkundung nach dem DiRUG; *Knaier*, Die Digitalisierung des deutschen Gesellschaftsrechts durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungs-RL im Gesellschaftsrecht und Handelsregisterrecht (RefE-DiRUG), GmbHR 2021, 169; *Lieder*, Die Publizität des Handelsregisters nach dem DiRUG, DNotZ 2021, 830; *Linke*, Gesetz

411 Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, § 59 Rn. 86.

412 Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregis-ter (EHUG) v. 10.11.2006, BGBl. 2006 I, S. 1553; dazu *Clausnitzer/Blatt*, GmbHR 2006, 1303; *Sei-ber/Becker*, DB 2006, 2446, 2450; *Noack*, NZG 2006, 801, 805; *Liebscher/Scharff*, NJW 2006, 3754.

413 Vgl. BT-Drucks. 18/10607 und BT-Drucks. 18/11636; Gesetz v. 01.06.2017, BGBl. I S. 1396.

zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), NZG 2021, 309; *Maume*, Die Anwendung der Blockchain-Technologie im GmbH-Recht, NZG 2021, 1189; *Meier/Szalai*, Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), ZNotP 2021, 306; *Omlor*, Intermediäre in disintermediatisierten Systemen, DNotZ 2021, 855; *Omlor/Blöcher*, DiRUG-Neuerungen im Beurkundungs- und Registerrecht, DStR 2021, 2352; *Schmelter/Greger*, Notarielle Hinweise bei GmbH-Gründungen, MittBayNot 2021, 201; *J. Schmidt*, DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, 112; *J. Schmidt*, Auf dem Weg in ein digitale(re)s Gesellschafts- und Registerrecht, NZG 2021, 849; *Schuster*, Digitale notarielle Dienstleistungen in Deutschland und Österreich, RD i 2021, 496; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbH digital – Online-Gründung und Online-Verfahren für Registeranmeldungen nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum DiRUG, ZIP 2021, 765; *Stelmaszczyk/Kienzle*, Die Onlinegründung der GmbH nach dem DiRUG, GmbHR 2021, 849; *Thiell/Nazari-Khanachayi*, Digitalisierung aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive, RD i 2021, 134.

## I. Hintergrund und gesetzliche Grundlagen

Bereits die *Juncker-Kommission* nahm sich mit ihrem Amtsantritt zehn Prioritäten für den Zeitraum ihrer Berufung vor.<sup>414</sup> Eines dieser Kernthemen war der digitale Binnenmarkt, der auch die digitale Wirtschaft und in diesem Segment digitale Lösungen für das Gesellschaftsrecht umfasst.<sup>415</sup> Das Arbeitsprogramm der Kommission für das Jahr 2017 kündigte eine »Initiative zum Unternehmensrecht [an], die den Einsatz digitaler Technologien während des Lebenszyklus eines Unternehmens sowie bei grenzüberschreitenden Unternehmensverschmelzungen und -spaltungen fördern soll.«<sup>416</sup> Im Jahr 2017 wurde dieses als »Company Law Upgrade Package« angekündigte Maßnahmenpaket allerdings nicht mehr veröffentlicht.

Nach mehrmaliger Verschiebung erschien das »Company Law Package« letztlich am 25.04.2018.<sup>417</sup> Neben einem Vorschlag zur Novellierung der früheren Verschmelzungsrichtlinie und der erstmaligen Kodifikation der grenzüberschreitenden Sitzverlegung und der grenzüberschreitenden Spaltung<sup>418</sup> war das Herzstück des Pakets ein Vorschlag betreffend den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren im Gesellschaftsrecht.<sup>419</sup> Dieser Vorschlag sollte sich in den Augen der Kommission nicht auf einzelne Teilbereiche des Gesellschaftsrechts beschränken, sondern umfassend den Einsatz digitaler Instrumente im gesamten Lebenszyklus einer Gesellschaft ermöglichen und fördern.<sup>420</sup> Regelungstechnisch schlug die Kommission keine neue für sich stehende Richtlinie vor, sondern eine Ergänzung der erst ein Jahr zuvor konsolidierten Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (nachfolgend »Gesellschaftsrechts-RL«).<sup>421</sup> Gestützt wurde der Regelungsvorschlag auf Art. 50 Abs. 1 u. 2 AEUV.<sup>422</sup> Speziell gab die Kommission an, dass Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV eine schrittweise Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV Koordinierungsmaßnahmen zum Schutz der Interessen von Unternehmen und anderen Interessengruppen vorsieht. Im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 EUV) verwies die Kommission darauf, dass nur auf supranationaler Ebene das übergeordnete Regelungsziel des reibungslosen Funktionierens des EU-Binnenmarkts während der gesamten Dauer des Lebenszyklus eines Unterneh-

414 Vgl. [https://ec.europa.eu/commission/priorities\\_de](https://ec.europa.eu/commission/priorities_de) (Stand: 18.01.2021) mit jeweils weiterführenden Erläuterungen.

415 S. hierzu die Strategie der Kommission für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final; nähere Informationen hierzu unter [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_de](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_de) (Stand: 18.01.2021); s. auch COM(2018) 239 final, S. 2.

416 Arbeitsprogramm der Kommission 2017, COM(2016) 710 final, S. 9.

417 Das gesamte Paket ist in englischer Originalsprache abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package\\_de](https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_de) (Stand: 18.01.2021).

418 COM(2018) 241 final; Überblick dazu bei *Knaier*, GmbHR 2018, R148 ff.; ausführlich *Knaier*, GmbHR 2021, 169.

419 COM(2018) 239 final; dazu im Überblick schon *Knaier*, GmbHR 2018, R148 ff.

420 COM(2018) 239 final, S. 3 ff.; s. hierzu auch den EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020 der Kommission, COM(2016) 179 final, S. 8 ff.

421 RL (EU) 2017/1132 v. 14.06.2017, ABl. L 169/46 v. 30.06.2017.

422 COM(2018) 239 final, S. 7.

mens zu gewährleisten sei. Hierzu gehört nach Ansicht der Kommission auch die Kommunikation mit Behörden bei der Gesellschaftsgründung und Übermittlung von Daten und Dokumenten.<sup>423</sup> Hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führte die Kommission an, dass Online-Lösungen eine deutliche Zeit- und Kostenersparnis mit sich bringen würden.<sup>424</sup> Insofern bestanden bereits keine gewichtigen Zweifel, dass die Kommission hier von ihrem Initiativrecht Gebrauch machen durfte.<sup>425</sup>

### 1. Die Digitalisierungsrichtlinie

- 152 Der Digitalisierungsteil des Company Law Package durchlief innerhalb von lediglich etwas mehr als zwölf Monaten das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV.<sup>426</sup> Der Rechtsausschuss im Europäischen Parlament hatte am 20.11.2018 seinen Bericht<sup>427</sup> zum DigitalisierungsRL-Entwurf angenommen. Das Plenum des Europäischen Parlaments billigte daraufhin am 06.12.2018 die Aufnahme von Trilogverhandlungen.<sup>428</sup> Nahezu zeitgleich einigte sich die zuständige Ratsarbeitsgruppe auf einen Kompromisstext,<sup>429</sup> auf dessen Grundlage der Ausschuss der Ständigen Vertreter 1 der Ratspräsidentschaft am 05.12.2018 das Trilogmandat erteilte.<sup>430</sup> In den anschließenden Verhandlungen konnten das Europäische Parlament und der Rat nach nur zwei politischen Trilogsitzungen am 04.02.2019 eine Einigung<sup>431</sup> erzielen, die am 14.02.2019 und 18.04.2019 durch den Ausschuss der Ständigen Vertreter 1 bzw. das Plenum des Europäischen Parlaments<sup>432</sup> gebilligt wurden. Nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU<sup>433</sup> am 11.07.2019 trat die Digitalisierungs-

423 COM(2018) 239 final, S. 7.

424 COM(2018) 239 final, S. 7 f. Ganz unzweifelhaft erscheint diese Aussage jedoch nicht. Die Kommission führt in Fußnote 12 auf S. 4 des Vorschlags an, dass u.a. in Estland die Online-Gründung deutlich günstiger und schneller wäre als die konventionelle Gründungsvariante. In Estland wird jedoch für das Online-Gründungsverfahren eine erhöhte Gebühr verlangt, vgl. die Informationen im estnischen Gründungsportal: <http://www.rik.ee/en/company-registration-portal> (Stand: 31.10.2022).

425 Siehe hierzu schon *Knaier*, GmbHR 2018, 560, 561.

426 Siehe zum konkreten Ablauf des Verfahrens ausführlich *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 294 AEUV Rn. 4 ff.; *Krajewski/Rosslein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, S. 71, Erg.-Lfg. (Stand: August 2020), Art. 294 AEUV Rn. 13 ff.; zur Entstehungsgeschichte der Digitalisierungs-RL *Stelmaszczyk*, in: *Wachter*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2156 ff.; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922, sprechen in diesem Zusammenhang von einer Beratung in Rekordzeit.

427 Dok. A8-0422/2018, PE 625.405v02-00, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0422\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0422_EN.html?redirect) (Stand: 31.10.2022).

428 Siehe *Stelmaszczyk*, in: *Wachter*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2157.

429 Dok. ST 14828/18 v. 29.11.2018, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14828-2018-COR-1/en/pdf> (Stand: 31.10.2022).

430 Siehe den Kompromisstext Dok. ST 6095/19 v. 08.02.2019, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6095-2019-INIT/en/pdf> (Stand: 31.10.2022).

431 Siehe *Stelmaszczyk*, in: *Wachter*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2157.

432 Der vom Plenum angenommene Text findet sich unter Dok. A8-0422/41 PE 637.714-v01-00 v. 10.04.2019; abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0422-AM-041-041\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0422-AM-041-041_DE.pdf) (Stand: 31.10.2022).

433 ABL EU Nr. L 186/2019, 80; s. zur verabschiedeten Richtlinie *Omlor*, DStR 2019, 2544; *Lieder*, NZG 2020, 81; *Knaier*, in: *Beyer/Erlar/Hartmann/Kramme/Müller/Pertot/Tuna/Wilke*, Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, 2020, S. 255; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922; *Birkefeld/Schäfer*, BB 2019, 2626; *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601; *Drygalal/Grobe*, GmbHR 2020, 985; *Halder*, NJOZ 2020, 1505; *Heckschen*, NotBZ 2020, 241; *Kalss/Nicolussi*, EuZW 2020, 41; *Kindler/Jobst*, DB 2019, 1550; *Knaier/Meier*, GmbHR 2020, 1336; *Knaier/Meier*, GmbHR 2021, 77; *Limmer*, DNotZ 2020, 419, 423; *J. Schmidt*, in: *FS Hopt*, 2020, S. 1097; *Schurr*, EuZW 2019, 772; *Wachter*, GmbHR 2019, R232.

richtlinie (Richtlinie [EU] 2019/1151)<sup>434</sup> am 31.07.2019 in Kraft. Die Mitgliedstaaten mussten die neuen EU-Vorgaben gem. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie grds. innerhalb von zwei Jahren, ins nationale Recht umsetzen, d.h. bis zum 01.08.2021. Für Mitgliedstaaten, die bei der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie auf besondere Schwierigkeiten stoßen sieht Art. 2 Abs. 3 vor, dass die Umsetzungsfrist um ein Jahr verlängert werden kann. Von dieser Option hat die Bundesregierung mit Erklärung vom 27.10.2020 gegenüber der EU-Kommission Gebrauch gemacht.<sup>435</sup>

## 2. Das DiRUG

Bereits am 18.12.2020 legte das BMJV einen umfassenden Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vor.<sup>436</sup> Der Referentenentwurf sah in Art. 30 RefE-DiRUG vor, dass das DiRUG am 01.08.2022 in Kraft treten soll, also unter voller Ausschöpfung der verlängerten Umsetzungsfrist.<sup>437</sup> Auf der Basis dieser Richtlinie hatte der Deutsche Bundestag am 10.06.2021 das DiRUG<sup>438</sup> verabschiedet. Der Bundesrat hatte am 25.06.2021 beschlossen den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen,<sup>439</sup> sodass das Gesetz nach Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 13.08.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.<sup>440</sup> Das Gesetz trat mit Wirkung zum 01.08.2022 in Kraft. Wissenschaft und Literatur setzten sich bisher intensiv mit der Entstehung des DiRUG<sup>441</sup>, den technischen und verfahrensrechtlichen Umsetzungen<sup>442</sup> und ersten zu erwartenden Praxisproblemen<sup>443</sup> auseinander. Praxiserfahrungen fehlen bisher aber noch ganz überwiegend.

153

## 3. Das DiREG

Vor diesem Hintergrund war es durchaus überraschend, mit welchem Tatendrang die neue Bundesregierung das durch das DiRUG zu Verfügung gestellte Instrumentarium bereits vor dessen Inkrafttreten erweitern wollte. Der Koalitionsvertrag »Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit«,<sup>444</sup> auf den sich die Koalition aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP am 07.12.2021 einigen konnte, sieht einige für das Gesellschaftsrecht relevante Aspekte

154

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

435 Siehe Begr. RefE-DiRUG, S. 72.

436 Der Referentenentwurf ist abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_DiRUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_DiRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (Stand: 31.10.2022); hierzu *J. Schmidt*, ZIP 2021, 112; *Knaier*, GmbHR 2021, 169; sowie der Überblick bei *Ulrich*, GmbHR 2021, R35.

437 Die Begr. RefE-DiRUG, S. 171 sieht auch ein vorgezogenes Inkrafttreten als nicht sinnvoll an: »Da die Umsetzungsfrist voll ausgeschöpft werden soll, ist ein Vorziehen des Inkrafttretens zum Quartalsbeginn am 1. Juli 2022 nicht sinnvoll.«

438 Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), siehe Plenarprotokoll 19/233, S. 30023 und BR-Drucks. 524/21 (Grunddrucksache).

439 Siehe BR-Drucks. 524/21 (Beschluss).

440 Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) v. 05.07.2021, BGBl. I 2021, S. 3338.

441 Siehe zum Referentenentwurf: *Knaier*, GmbHR 2021, 169; *J. Schmidt*, ZIP 2021, 112; *Ulrich*, GmbHR 2021, R35; *Bock*, RNotZ 2021, 326; siehe zum Regierungsentwurf: *Linke*, NZG 2021, 309; *Freier*, NotBZ 2021, 161; *Meier/Szalai*, ZNotP 2021, 306; siehe zudem *Krafka*, RD 2022, 86; *Teichmann*, GmbHR 2021, 1237.

442 Siehe insbesondere *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849; *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573; *Danninger/Stepien*, DNotZ 2021, 812; *Kienzle*, DNotZ 2021, 590; *Kienzle*, notar 2022, 67; *Omlor/Blöcher*, DStR 2021, 2352; *Schreiber/Franke*, RD 2022, 116.

443 Hierzu insbesondere *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093; *Böhringer/Melchior*, GmbHR 2022, 177; *Hoch*, NWB 2021, 3810; siehe auch *Lieder*, DNotZ 2021, 830.

444 Abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173ee-f9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Stand: 18.04.2022).

vor.<sup>445</sup> Für das Ziel, dauerhaft die Möglichkeit von Online-Hauptversammlungen einzuführen,<sup>446</sup> wurde bereits am 09.02.2022 ein entsprechender Referentenentwurf vorgelegt,<sup>447</sup> dem bereits am 27.04.2022 ein erweiterter Regierungsentwurf folgte.<sup>448</sup> Die neuen Regelungen über die Online-Hauptversammlung traten am 07.07.2022 in Kraft.<sup>449</sup> Weiter heißt es – was die für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts relevanten Bereiche betrifft – im Koalitionsvertrag: »Wir erleichtern die Gründung von Gesellschaften, indem wir die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts vorantreiben und Beurkundungen per Videokommunikation auch bei Gründungen mit Sacheinlage und weiteren Beschlüssen erlauben.«<sup>450</sup>

- 155 Am 22.03.2022 wurde sodann ein Referentenentwurf<sup>451</sup> für ein Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG) veröffentlicht. Bereits am 13.04.2022 folgte der Regierungsentwurf.<sup>452</sup> Das DiREG trat teilweise ebenso wie das DiRUG zum 01.08.2022 in Kraft. Das DiREG nimmt dabei die folgenden Eckpunkte in den Blick:
- Onlinegründung der GmbH auch bei Sachgründungen
  - Onlineregisteranmeldungen auch zu Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister
  - Online-Beurkundung für Gründungsvollmachten
  - Online-Beurkundung für einstimmig gefasste Beschlüsse zur Änderung des GmbH-Gesellschaftsvertrages einschließlich Kapitalmaßnahmen (Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals)

#### 4. Die NotViKoV

- 156 Seit dem 05.05.2022 liegt nun auch ein Referentenentwurf für eine Verordnung über den Betrieb eines Videokommunikationssystems für notarielle Urkundstätigkeiten (NotViKoV)<sup>453</sup> vor. Die Verordnung trifft die näheren Bestimmungen über die Einrichtung des Videokommunikationssystems, den technischen Betrieb des Videokommunikationssystems, die für die Funktionen des Videokommunikationssystems erforderlichen Datenverarbeitungen, die Datensicherheit und die Erteilung und Entziehung der technischen Zugangsberechtigungen.

445 Siehe hierzu etwa *Rubner/Leuering*, NJW-Spezial 2022, 15; *Herzog/Gebhard*, GWR 2021, 445.

446 Koalitionsvertrag, S. 112.

447 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_virtuelle\\_Hauptversammlung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (Stand: 18.04.2022); siehe hierzu *Lochner*, AG 2022, 320; *Guntermann*, ZIP 2022, 781; *Klein*, NZG 2022, 482; *Heckschen/Hilser*, ZIP 2022, 670, 671 f.

448 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und zur Änderung weiterer Vorschriften, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_virtuelle\\_Hauptversammlung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 18.04.2022).

449 Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften v. 20.07.2022, BGBl. I, S. 1166; s. hierzu *Heckschen*, NotBZ 2022, 281; *Höreth/Linnerz*, AG 2022, R225.

450 Koalitionsvertrag, S. 111 f.

451 Abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Digitalisierungsrichtlinie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Digitalisierungsrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 18.04.2022).

452 Abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Digitalisierungsrichtlinie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Digitalisierungsrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 18.04.2022); zu beiden Entwürfen *Wicke*, GmbHR 2022, 516; *Bochmann*, NZG 2022, 531; *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1179.

453 Der Entwurf ist abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_NotViKoV.pdf;jsessionid=47D461E7D7A85BE499DA271B15F89A1F.2\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_NotViKoV.pdf;jsessionid=47D461E7D7A85BE499DA271B15F89A1F.2_cid289?__blob=publicationFile&v=1) (Stand: 11.05.2022).

## II. Vorgaben des notariellen Berufsrechts und technische Grundlagen

### 1. Das Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer

Das notarielle Online-Verfahren ist gemäß § 16a Abs. 1 und § 40a Abs. 1 BeurkG ausschließlich über das von der Bundesnotarkammer betriebene Videokommunikationssystem nach § 78p BNotO zulässig.<sup>454</sup> Die Bundesnotarkammer erhält hiermit korrespondierend gem. §§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10, 78p BNotO als weitere Pflichtaufgabe die Einrichtung und den Betrieb eines solchen Videokommunikationssystems. Wie bereits den Betrieb des Zentralen Testamentsregisters, des Zentralen Vorsorgeregisters und seit dem 01.01.2022 des Elektronischen Urkundenarchivs übernimmt die Bundesnotarkammer auch den Betrieb des Videokommunikationssystems für die notariellen Online-Verfahren im Wege der mittelbaren Staatsverwaltung.<sup>455</sup> Die näheren technischen Bestimmungen soll gemäß § 78p Abs. 3 BNotO eine noch zu erlassende Rechtsverordnung regeln (dazu Rdn. 156).

Die Nutzung des Videokommunikationssystems der Bundesnotarkammer ist obligatorisch und schließt sämtliche andere auf dem Markt befindliche Videokommunikationssysteme durch Notare zu Beurkundungs- oder Beglaubigungszwecken aus.<sup>456</sup> Angesichts des hoheitlichen Charakters des Beurkundungsverfahrens und seiner Bedeutung ist diese gesetzgeberische Entscheidung auch sachgerecht.<sup>457</sup> Die Bundesnotarkammer kann als unter der Aufsicht des Bundesministeriums der Justiz stehende Körperschaft des öffentlichen Rechts höchste Standards bei Datensicherheit, Datenschutz, Manipulationsresistenz und Verfügbarkeit gewährleisten und insbesondere ein Abfließen hochsensibler Daten an Unbefugte verhindern.<sup>458</sup> Die wesentlichen Eckpfeiler des von der Bundesnotarkammer zu errichtenden Videokommunikationssystems sind:<sup>459</sup>

- Das Online-Portal der Bundesnotarkammer,<sup>460</sup> über das die Beteiligten bereits im Vorfeld der Beurkundung mit dem Notar kommunizieren und Entwürfe und sonstige Daten austauschen können und das eine niederschwellige Teilnahme mittels Videokommunikation an der sicheren Online-Beurkundung ermöglicht (§ 78p Abs. 2 Nr. 1 BNotO). Auf Seiten des Notars erfolgt der Zugang zum Videokommunikationssystem über die bereits flächendeckend in Betrieb befindliche XNP-Plattform der Bundesnotarkammer.<sup>461</sup>
- Die Schaffung der technischen Voraussetzungen für die Identifizierung der Beteiligten im Online-Verfahren, einschließlich der Durchführung des elektronischen Identitätsnachweises (§ 78p Abs. 2 Nr. 2 BNotO) sowie des Auslesens des amtlichen Lichtbilds der Beteiligten aus dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines amtlichen Ausweises oder Passes (§ 78p Abs. 2 Nr. 3 BNotO).<sup>462</sup>
- Die Erstellung qualifizierter Signaturzertifikate i. S. v. Art. 3 Nr. 15 eIDAS-VO zur Fußnote 20 für alle Beteiligten und das Versehen der elektronischen Niederschrift mit auf diesen Zertifikaten basierenden qualifizierten elektronischen Fernsignaturen (§ 78p Abs. 2 Nr. 4 BNotO).

### 2. Örtliche Zuständigkeit des Notars

Das Amtsbereichsprinzip dient als elementarer Baustein der deutschen Notariatsverfassung dazu, im Allgemeininteresse zum Zwecke einer geordneten Rechtspflege eine bedarfsgerechte und flächen-

454 BT-Drs. 19/28177, 115.

455 Vgl. *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 769.

456 *Herrler/Kienzle*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rn. 7.

457 *Blunk/Monden*, ZdiW 2021, 74, 75 f.; *Knaier*, GmbHR 2021, 169, 174 f.; *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 769.

458 BT-Drs. 19/28177, 110; *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 769.

459 Vgl. hierzu ausführlich *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 767 ff.

460 Abrufbar unter [www.online-verfahren.notar.de](http://www.online-verfahren.notar.de).

461 Näher hierzu *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 595 f.

462 Näher hierzu *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 596.

deckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen sicherzustellen.<sup>463</sup> Dies kann insbesondere in ländlichen Gebieten nur gelingen, wenn sämtliche Notarstellen gleichbleibend lebens- und leistungsfähig sind.<sup>464</sup> Im Präsenzverfahren soll der Notar daher gem. § 10a Abs. 2 BNotO seine Urkundstätigkeit nur innerhalb seines Amtsbereichs ausüben, sofern nicht besondere berechnete Interessen der Rechtsuchenden ein Tätigwerden außerhalb des Amtsbereichs gebieten. Trotz der grundsätzlich freien Notarwahl in Deutschland führt diese Regelung in der Praxis allein aufgrund der räumlichen Nähe zu den örtlichen Notaren zu einer Verteilung des Geschäftsaufkommens und verhindert damit eine Konzentration auf wenige Notarstellen.<sup>465</sup> Durch dieses System ist es bis heute möglich, auch an wirtschaftlich weniger attraktiven Standorten eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen aufrechtzuerhalten.<sup>466</sup>

- 160 Durch DiRUG und DiREG kommt es im notariellen Online-Verfahren zur erstmaligen Einführung einer örtlichen Beschränkung von Urkundstätigkeiten und damit zu einer konsequenten Weiterentwicklung des Amtsbereichsprinzips.<sup>467</sup> Durch diesen Schritt soll ein Interessenausgleich zwischen dem Gemeinwohlbedürfnis, die Rechtsuchenden angemessen und flächendeckend mit notariellen Leistungen zu versorgen und dem Wunsch der Beteiligten nach einer freien Wahl eines Notars geschaffen werden.<sup>468</sup> Ohne jegliche Regelung würde es zu einer Konzentration der Online-Verfahren bei wenigen, besonders leistungsfähigen Notarstellen kommen und die Bemessung der zur dauerhaften Funktionsfähigkeit des Systems der vorsorgenden Rechtspflege erforderlichen Anzahl von Notarstellen gemäß § 4 BNotO empfindlich verzerren.<sup>469</sup> Das Ergebnis wäre eine ungewollte Verlagerung von Notarstellen, was die flächendeckende Versorgung der Rechtsuchenden gefährden würde.<sup>470</sup>
- 161 § 10a Abs. 3 BNotO legt für Urkundstätigkeiten im Online-Verfahren nach den §§ 16a – 16e und 40a BeurkG fest, wann diese als im Amtsbereich und damit in Übereinstimmung mit § 10a Abs. 2 BNotO ausgeübt gelten.<sup>471</sup> Hierzu normiert § 10a Abs. 3 Satz 1 BNotO bestimmte örtliche Anknüpfungskriterien. Nur wenn mindestens eines der folgenden Anknüpfungskriterien erfüllt ist, gilt eine bestimmte Urkundstätigkeit mittels Videokommunikation als im Amtsbereich ausgeübt:<sup>472</sup>
- Für die Gründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) und für Handelsregisteranmeldungen betreffend Kapitalgesellschaften bestimmt § 10a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 BNotO als alternative Zuständigkeitskriterien den Sitz der betroffenen Gesellschaft oder den (Wohn-) Sitz eines Gesellschafters der betroffenen Gesellschaft.
  - Für Handelsregisteranmeldungen betreffend Einzelkaufleute bestimmt § 10a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNotO als Zuständigkeitskriterien die Hauptniederlassung oder den Wohnsitz des betroffenen Einzelkaufmanns.
  - Für Handelsregisteranmeldungen betreffend Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit Sitz im Ausland oder Einzelkaufleuten mit Hauptniederlassung im Ausland bestimmt § 10a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BNotO als Zuständigkeitskriterien den Sitz oder die Geschäftsanschrift der betroffenen Zweigniederlassung.
- 162 Durch den Verweis in § 10a Abs. 3 Satz 2 BNotO auf § 10a Abs. 1 Satz 2 BNotO wird den Landesjustizverwaltungen die Möglichkeit eingeräumt, den für das Online-Verfahren maßgeblichen

463 BT-Drs. 11/8307, 18; BVerfG, DNotZ 2000, 787, 790; BGH, NJW-RR 2017, 829, 830; DNotZ 2013, 630, 635.

464 Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, BNotO, § 11 Rn. 1; BeckOK BNotO/*Görk*, BNotO, § 10a Rn. 3; Diehn/*Bormann*, BNotO, § 10a Rn. 2.

465 BT-Drs. 19/28177, 107.

466 *Herrler/Kienzle*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rn. 8.

467 Dazu ausführlich *Heckschen/Knaier*, erscheint in NJW2022.

468 BT-Drs. 19/28177, 106.

469 BT-Drs. 19/28177, 107.

470 BT-Drs. 19/28177, 107.

471 Ausführlich *Herrler/Kienzle*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rn. 10 ff.

472 BT-Drs. 19/28177, 107.

Zuständigkeitsbereich unter Beibehaltung der vorgenannten örtlichen Anknüpfungspunkte abweichend vom Amtsbereich zu regeln.

Eine Missachtung der Zuständigkeitsregelungen der §§ 10a Abs. 3 und 11 Abs. 3 BNotO ist aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 10a Abs. 2 BNotO und § 11 Abs. 4 BNotO, wie eine Missachtung des Amtsbereichs- bzw. Amtsbezirksprinzips im Präsenzverfahren auch, eine Amtspflichtverletzung des Notars.<sup>473</sup> Die Wirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts und der elektronischen Urkunde bleiben davon unberührt.<sup>474</sup> Die Einhaltung der Norm wird demnach ausschließlich durch die notariellen Aufsichtsbehörden überwacht, eine Prüfung durch die Registergerichte findet nicht statt. Durch die unmittelbare Anwendbarkeit der Mitteilungspflicht des § 10a Abs. 4 BNotO sollen zudem Missbräuche verhindert und eine Aufklärung durch die Aufsichtsbehörden erleichtert werden.<sup>475</sup> 163

Eine Amtspflichtverletzung liegt durch die unmittelbare Anwendbarkeit des § 10a Abs. 2 BNotO auch bei einer Online-Beurkundung, die nicht als im Amtsbereich ausgeübt gilt, analog zum Präsenzverfahren dann nicht vor, wenn besondere berechnete Interessen der Rechtssuchenden ein solches Tätigwerden gebieten.<sup>476</sup> Hierbei sind die bestehenden Richtlinien der Notarkammern nach § 67 Abs. 2 Nr. 9 BNotO und die dort geregelten Fälle wie Gefahr im Verzug, unvorhergesehene Änderungen des Zuständigkeitsbereichs nach Fertigung des Entwurfs oder das Vorliegen einer besonderen Vertrauensbeziehung zum Notar zu beachten.<sup>477</sup> Im Falle einer Überschreitung des Amtsbezirks bedarf es gemäß § 11 Abs. 2 BNotO ebenfalls wie im Präsenzverfahren stets der Gefahr im Verzug oder der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Allerdings dürfte das Rechtfertigungsmerkmal Gefahr im Verzug sowohl bei einer Überschreitung des Amtsbereichs als auch des Amtsbezirks verfahrensspezifisch auszulegen sein. Bei einer Online-Beurkundung dürfte daher nur in Ausnahmefällen Gefahr im Verzug anzunehmen sein, da im Regelfall auch in dringenden Fällen ein zuständiger Notar zur Verfügung stehen wird.<sup>478</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die Bundesnotarkammer in ihren Richtlinienempfehlungen und die Notarkammern in ihren entsprechenden Richtlinien noch eine Präzisierung dieser Grundsätze speziell für das Online-Verfahren vornehmen werden, was jedenfalls schon aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert erscheint. 164

### III. Ablauf der Online-Gründung

Der Ablauf einer Online-Gründung entspricht in den wesentlichen zu beachtenden Schritten dem einer herkömmlichen Präsenzgründung. Im Folgenden werden daher allen voran die Besonderheiten im Online-Verfahren behandelt. 165

Im Hinblick auf die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften gibt die Digitalisierungsrichtlinie lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten sie detaillierte Regelungen für die Online-Gründung erlassen müssen (Art. 13g Abs. 2 Gesellschaftsrechts-RL) und dass die Regelungskonzepte bestimmte Mindeststandards einhalten müssen, wie etwa die Gewährleistung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gründer und ihrer Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft und die Identitätsprüfung der Antragsteller.<sup>479</sup> Abgesehen von diesen Mindestanforderungen verbleibt den Mitgliedstaaten für die Umsetzung der Online-Gründung ein weiter Spielraum.<sup>480</sup> Hierzu gehört auch, dass die Mitglied- 166

473 So auch Herrler/*Kienzle*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rn. 13.

474 BT-Drs. 19/28177, 107.

475 BT-Drs. 19/28177, 109.

476 So auch Herrler/*Kienzle*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rn. 14.

477 BT-Drs. 19/28177, 108 f.; dazu ausführlich Frenz/*Miermeister/Bremkamp*, BNotO, § 11 Rn. 22 ff.

478 BT-Drs. 19/28177, 109.

479 Dies soll vor allem der Gewährleistung von Rechtssicherheit und der Verhinderung von Missbrauch dienen (vgl. ErWG 3).

480 Dazu bereits *Knaier*, GmbHR 2021, 169.



staaten Elemente der vorsorgenden Rechtspflege in das Onlineverfahren einbinden können.<sup>481</sup> Nach Art. 13g Abs. 4 Gesellschaftsrechts-RL kann insbesondere eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Errichtungsakte und die verbindliche Mitwirkung des Notars im Online-Gründungsverfahren vorgesehen werden. Für den deutschen Gesetzgeber stellt die Implementierung des Online-Gründungsverfahrens unter gleichzeitiger Wahrung der Effizienz des deutschen Systems der vorsorgenden Rechtspflege<sup>482</sup> eine besondere Herausforderung dar

### 1. Anwendungsbereich

- 167 Nach Art. 13, 13g Abs. 1 UAbs. 2 Gesellschaftsrechts-RL sind vom Anwendungsbereich der Online-Gründung grds. alle in Anhang II der Gesellschaftsrechts-RL bezeichneten Rechtsformen erfasst, in Deutschland also die AG, die KGaA und die GmbH sowie die UG (haftungsbeschränkt).<sup>483</sup> Art. 13g Abs. 1 UAbs. 2 Gesellschaftsrechts-RL eröffnet für den deutschen Gesetzgeber eine opt-out Möglichkeit für die AG und die KGaA, die in Anhang I der 2 Gesellschaftsrechts-RL genannt sind. Von dieser Möglichkeit macht das DiRUG Gebrauch,<sup>484</sup> was angesichts der komplexen Organisationsstruktur und der hohen Regelungsintensität von AG und KGaA auch sachgerecht ist.<sup>485</sup>
- 168 Die Gesellschaftsrechts-RL sieht keine Beschränkungen vor betreffend der Anzahl der Gründer, ebenso wenig wie etwa juristische Personen von der Gründung ausgeschlossen werden.<sup>486</sup> Das DiRUG sieht dementsprechend auch keine Beschränkungen in dieser Hinsicht vor. In der Praxis kann dies durchaus Probleme bereiten.
- 169 Ein Gründungsverfahren mit mehreren Gesellschaftern ist naturgemäß wesentlich komplexer als bei einer Person, da das Verfahren mit allen beteiligten Gründern abgestimmt werden muss. Die rechtlichen Verhältnisse sämtlicher Gesellschafter müssen unter Umständen weitreichend erfasst werden.<sup>487</sup> In einigen Fällen kann es zu Auseinandersetzungen und Unsicherheiten kommen, die das Online-Gründungsverfahren erheblich verzögern können, was dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung<sup>488</sup> der Digitalisierungsrichtlinie entgegenläuft.<sup>489</sup> Auch in harmonischeren Konstellationen zeigt die deutsche Praxis mit notarieller Beratung, dass bei Mehrpersonengründungen oft eine deutlich umfangreichere Beratung und eine sehr individuell gestaltete Satzung erforderlich werden.<sup>490</sup> In der EU haben erste Mitgliedstaaten Erfahrungen mit Online-Gründungsverfahren bei Mehrpersonengesellschaften gesammelt. Estland z.B. eröffnet seinen Bürgern diese Möglichkeit schon heute.<sup>491</sup> Jeder Gründungsgesellschafter kann im digitalen Gründungsportal Änderungen am Satzungsentwurf vornehmen. Allerdings gibt das Programm den Gründern nur einige vorformulierte Gestaltungsvarianten zur

481 Siehe insbesondere ErwG 19: Achtung bestehender gesellschaftsrechtlicher Traditionen der Mitgliedstaaten.

482 *Knaier*, GmbHR 2021, 169.

483 *Knaier*, GmbHR 2021, 169.

484 Begr. Ref-E DiRUG, S. 162.

485 *Knaier*, GmbHR 2021, 169.

486 *Knaier*, GmbHR 2021, 169

487 In Deutschland klärt der Notar z.B. den Güterstand der Gesellschafter ab, um zu verhindern, dass der Ehegatte unbeabsichtigt Mitgesellschafter wird, ohne davon zu wissen (z.B. bei Gütergemeinschaft, § 1416 BGB), vgl. *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (3), der in diesem Zusammenhang die Funktion der notariellen Beratung im Beurkundungsverfahren betont.

488 Vgl. Erwägungsgrund 2 COM(2018) 239 final und die Ausführungen auf S. 4 f. in diesem Vorschlag.

489 S. zum Ziel, die Gründung durch Onlineverfahren günstiger und zügiger durchführen zu können, COM(2018) 239 final, S. 4 sowie Erwägungsgründe 2, 5 u. 17 COM(2018) 239 final.

490 Ausführlich zu den bei einer Mehrpersonengründung in der notariellen Tätigkeit zu beachtenden Beratungsaspekten *Haines*, in: Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 6 Rn. 159 ff.; *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (12) weist im Zusammenhang mit Vorschlägen für denkbare Möglichkeiten eines Online-Gründungsverfahrens auf einen gesteigerten Regelungsbedarf im Innenverhältnis bei Mehrpersonengesellschaften hin.

491 S. *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (9 f.).

Auswahl vor. Die geänderte Satzung muss danach von allen anderen Gründungsgesellschaftern im Gründungsportal digital bestätigt werden. Erst dann kann die Anmeldung abgeschlossen werden.<sup>492</sup> Das Beispiel zeigt auf, dass eine digitale Mehrpersonengründung zwar möglich ist, unter Umständen jedoch Probleme und Verzögerungen verursacht. Überdies reduziert sie die Möglichkeiten einer individuellen Vertragsgestaltung. Nichtsdestotrotz kann die gelungene Übertragung des notariellen Gründungsverfahrens in die digitale Welt diese Unwägbarkeiten adäquat auffangen zu können. Eine schrittweise Erweiterung auf Mehrpersonengründungen, wie dies teilweise vorgeschlagen wurde,<sup>493</sup> wäre zwar sinnvoll und würde dem Vorbild einiger Mitgliedstaaten entsprechen, die bei der Einführung einer rein digitalen Gründung genau so vorgegangen sind. Jedoch dürfte durch die umfassende Einbeziehung des Notars sichergestellt sein, dass zwischen den Beteiligten ein angemessener Interessenausgleich stattfindet und dass die gesellschaftsvertraglichen Regelungen bestmöglich an die individuellen Bedürfnisse der Gesellschafter angepasst werden.<sup>494</sup>

Die Zulassung juristischer Personen als Gründer im notariellen Online-Verfahren kann zu weiteren Praxisproblemen führen.<sup>495</sup> Juristische Personen sind nur durch gesetzliche Vertreter handlungsfähig. Hier muss neben der Identifizierung der Person auch die Vertretungsmacht geklärt werden.<sup>496</sup> Auf die ausländischen Register kann man sich insoweit nicht immer verlassen.<sup>497</sup> Der Schutzstandard und die Rechtswirkungen von Registereintragungen sind in den Mitgliedstaaten trotz Harmonisierung<sup>498</sup> immer noch sehr verschieden, insbesondere aufgrund mitgliedstaatlicher Umsetzungsdefizite.<sup>499</sup> Hinzu kommt, dass in einigen Fällen ermittelt werden muss, ob die Gesellschaft, für die der Vertreter handelt, überhaupt existiert.<sup>500</sup> Auch hier stößt man auf das Problem der unterschiedlichen Zuverlässigkeit der nationalen Register. Eine Verbesserung bringt möglicherweise die unionsweite Vernetzung der Handels- und Unternehmensregister.<sup>501</sup> Dennoch kann die Zulassung juristischer Personen als Gründer das Online-Gründungsverfahren ebenfalls verzögern und zu Rechtsunsicherheiten sowie zu Missbrauchspotenzial führen.<sup>502</sup> Selbst der Online-Pionier Estland bietet die elektro-

170

492 Eine Darstellung des Verfahrens in Estland bei Mehrpersonengründungen, die auf einer rechtspraktischen Präsentation bei der estnischen Notarkammer beruht, findet sich bei *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (9 f.).

493 Etwa *Teichmann*, GmbHR 2018, 1, 12.

494 Siehe hierzu *Stelmaszczyk*, in: Wachter, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2166, 2204 ff.

495 Ausführlich *Stelmaszczyk*, in: Wachter, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2167 ff.

496 Siehe zu den damit verbundenen Problemen etwa *Lieder*, NZG 2018, 1081, 1084; *Knaier*, GmbHR 2018, 560, 563 f.

497 Vgl. die in Großbritannien verbreitete Praxis des *Company Hijacking*, bei welchem die Firmenidentität durch das betrügerische Vorgehen Dritter mittels einer Fehleintragung im Register gestohlen wird, dazu ausführlich *Bock*, ZIP 2011, 2449.

498 S. zur Entwicklung der Publizitätsrichtlinie, die mittlerweile in die Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (EU) 2017/1132 v. 14.06.2017, ABl. L 169/46 v. 30.06.2017 integriert wurde *Lutter/Bayerl/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 18 Rn. 18.1 ff.

499 Zu diesem Ergebnis kommt *Bock*, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, 2016, S. 385 ff. in einer rechtsvergleichenden Studie über die Umsetzung der Publizitätsrichtlinie in Deutschland und dem Vereinigten Königreich.

500 S. hierzu kritisch in Bezug auf Gesellschaften aus einem »common-law-Staat« in der notariellen Praxis Herrler/*Süß*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 19 Rn. 80 ff.; s. auch OLG München v. 14.10.2015 – 34 Wx 187/14, NZG 2015, 1437.

501 Business Registers Interconnection System – BRIS, nutzbar über [https://e-justice.europa.eu/content\\_find\\_a\\_company-489-de.do?clang=de](https://e-justice.europa.eu/content_find_a_company-489-de.do?clang=de) (Stand: 18.01.2021); ausführlich hierzu *Lutter/Bayerl/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 18 Rn. 18.17; *Bock*, GmbHR 2018, 281 ff.

502 *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (11) kommt aufgrund der angeführten Probleme zu der Empfehlung, die elektronische Gründung auf natürliche Personen zu beschränken.

nische Gründung allein für natürliche Personen an.<sup>503</sup> Eine Beschränkung bzgl. der Staatsangehörigkeit der Gründer wird im Vorschlag nicht vorgenommen, so dass auch Angehörige von Drittstaaten grundsätzlich die Möglichkeit haben, über das Online-Verfahren eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat zu gründen. Dies wird dennoch in der Praxis kaum möglich sein, da die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind elektronische Identifizierungsmittel aus Drittstaaten anzuerkennen. Die Mitgliedstaaten, die bisher schon ein Online-Gründungsverfahren etabliert haben, stellen dieses überwiegend nur ihren eigenen Staatsbürgern zur Verfügung.<sup>504</sup>

## 2. Einbeziehung von Sachgründungen

- 171 § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-DiREG ist nun wie folgt gefasst: »Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags kann auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen, sofern andere Formvorschriften nicht entgegenstehen.« Damit wird ab 2023 die Ausnahme für Sacheinlagen gestrichen.<sup>505</sup>
- 172 Der deutsche Gesetzgeber hatte für das DiRUG – wie aus der Regierungsbegründung hervorgeht<sup>506</sup> – ganz bewusst andere als komplizierter gewertete Gründungsverfahren nicht mit einbezogen.<sup>507</sup> Ausgeschlossen waren damit insbesondere die Sachgründung einer GmbH und somit auch die gemischte Bar- und Sachgründung der GmbH.<sup>508</sup> Diese Vorgänge wären nun künftig auch digital möglich. Die verdeckte Sacheinlage wird von den Entwürfen nicht explizit angesprochen, jedoch dürfte es bei dem Instrumentarium des MoMiG-Gesetzgebers verbleiben, insbesondere bestehend aus Anrechnungsbestimmungen, Strafbarkeit für die Geschäftsführer und Beweislastumkehr, das die verdeckte Sachgründung verhindern soll, während die Eintragung der Gesellschaft ihrerseits dennoch Wirksamkeit erlangt.<sup>509</sup> Der Missbrauch des Online-Gründungsverfahrens ist in diesen Fällen zu bedauern. Es ist allerdings – insoweit gehen die Entwurfsbegründungen an der Praxis vorbei – zu betonen, dass die Sachgründung in der Praxis eine völlig untergeordnete Rolle spielt. Spätestens seitdem der BFH 2010<sup>510</sup> bei einer Bargründung mit Sachagio eine Buchwertfortführung zugelassen hat, wird von einer reinen Sachgründung nur noch selten Gebrauch gemacht. Teilweise wird jedoch in der Praxis wegen der unklaren Ausgangslage nicht ein korporatives, sondern nur ein schuldrechtliches Sachagio gewollt.<sup>511</sup> Dieses schuldrechtliche Sachagio wird nicht mit in den Kapitalerhöhungsbeschluss

503 *Teichmann*, GmbHR 2018, 1 (9 f.) benennt das Beispiel des Mitgliedstaates Estland, bei welchem trotz fortgeschrittener Digitalisierung im Gesellschaftsrecht eine notarielle Gründung erforderlich ist, wenn juristische Personen als Gründer beteiligt sind und führt an, dass in Dänemark juristische Personen elektronische Handelsregisteranmeldungen erst durchführen können, wenn sie sich in Dänemark einen Standort aufgebaut haben und ihre dort tätigen Mitarbeiter mit der Anmeldung betrauen können (S. 7, 11 f.).

504 Oftmals ist ein mitgliedstaatlicher Personalausweis Voraussetzung für den Zugang zum Registerportal. In Dänemark z.B. ist das Registerportal nur über eine sog. »nem-ID« zugänglich. Diese ist eine persönliche digitale Kennziffer, über die jeder dänische Staatsbürger verfügt, vgl. [www.nemid.nu/dk-en](http://www.nemid.nu/dk-en) (Stand: 18.01.2021).

505 Dazu ausführlich *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833, 834 ff.

506 BT-Drucks. 19/28177, S. 161.

507 Dazu *Knaier*, GmbHR 2021, 169, 171 ff.; *Linke* NZG 2021, 309, 311 hält zunächst einen schlanken Anwendungsbereich ebenfalls für ratsam; eine Erweiterung auf weitere Verfahren fordern indes *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573, 576 ff.; so auch *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 117; *Drygal/Grobe* GmbHR 2020, 985, 990 f.

508 Ausführlich *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094 f.

509 *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094 f.; zum Instrumentarium ausführlich *Wolf*, Die verdeckte Sacheinlage in GmbH und AG 2013, 121 ff.; *Jordans*, Die verdeckte Sacheinlage und die verdeckte Finanzierung nach dem MoMiG, 2011, 37 ff.

510 BFHE 229, 518 = NZG 2011, 118; vgl. auch *Wicke*, GmbHR 2022, 516.

511 Dazu im Kontext des DiREG auch *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 518.

einbezogen. Ob hier dann noch eine Buchwertfortführung einzureichen ist, erscheint zumindest fraglich.<sup>512</sup>

Aus diesem Verbot folgte aber auch, dass andere Gründungsverfahren, insbesondere solche nach dem Umwandlungsgesetz, wie die Verschmelzung zur Neugründung, Spaltung zur Neugründung, aber auch der Formwechsel nicht vom Online-Gründungsverfahren erfasst sein sollen.<sup>513</sup> Dies ändert sich mit dem DiREG m. E. nun nicht. Mit der Ermöglichung der Sachgründung im notariellen Online-Verfahren könnte man vermuten, dass die genannten Maßnahmen sämtlich auch in diesem Verfahren möglich wären. Der Referentenentwurf zum UmRUG,<sup>514</sup> durch den aktuell das Umwandlungsrecht in vielen Teilbereichen reformiert wird, spricht die Thematik nicht an.<sup>515</sup> Das Prinzip des DiRuG sowie des DiREG lautet aber: Die online-Beurkundung ist nur dort zulässig, wo sie ausdrücklich erlaubt ist und nicht anderweitig Formvorschriften – wie etwa solche des UmwG – dem entgegen stehen. Die Onlinebeurkundung ist demnach nur möglich, insoweit andere gesetzliche Bestimmungen keine abweichende Präsenzbeurkundung fordern. Die Beurkundungserfordernisse des UmwG stellen derzeit aber gerade derartige Formvorschriften dar, die eine Präsenzbeurkundung fordern. Dementsprechend bleibt es auch unter dem DiREG dabei, dass andere Gründungsverfahren nicht vom Onlineverfahren erfasst sind.<sup>516</sup> Besonders im Kontext grenzüberschreitender Umwandlungsmaßnahmen, für die insbesondere im Bereich des grenzüberschreitenden Formwechsels und der grenzüberschreitenden Spaltung nach der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie<sup>517</sup> ein Zuwachs an Praxisfällen zu erwarten steht,<sup>518</sup> wäre hier ein weiterer Effizienz- und Standortvorteil für die deutsche Rechtsordnung denkbar. Der Rechtsausschuss fordert im Vorfeld der Verabschiedung des DiRUG in der nächsten Legislaturperiode zu überprüfen, inwieweit insbesondere u.a. Vorgänge nach dem Umwandlungsgesetz in die notariellen Online-Verfahren einbezogen werden können.<sup>519</sup> Sollte dies der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der Umwandlungs-RL noch erwägen,<sup>520</sup> gilt es auch hier

173

512 So auch *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 518.

513 Dazu *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094; allgemein auch nach der Gesetzesinitiative DiREG zurecht ablehnend *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 517 f.

514 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umwandlungsrichtlinie, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_UmRUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_UmRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (Stand: 11.05.2022); dazu *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579.

515 Siehe dazu auch *Heckschen/Knaier*, Größte Reform des Umwandlungsrechts – nicht nur Richtlinienumsetzung! (Teil II), erscheint in GmbHR 2022.

516 Siehe RefE-DiREG, S. 18; RegE-DiREG, S. 22; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 517 f.

517 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU Nr. L 321/2019, 1; hierzu *Rupp/Knaier*, IPR zwischen Tradition und Innovation, Tübingen 2020, S. 103; *Heckschen/Stelmaszczyk*, BB 2020, 1734; *Brehml/Schümmer*, NZG 2020, 538; *Förster*, DStR 2020, 865; *Habersack*, ZHR 186 (2022), 1; *Kainer/Persch*, EuR 2021, 454; *Müller-Bonannil/Jenner/Thomas*, NZG 2021, 764; *M. Noack*, ZGR 2020, 90; *J. Schmidt*, in: FS Hopt, 2020, S. 1097; *J. Schmidt*, in: FS Krieger, 2020, S. 841; *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62; *Schollmeyer*, AG 2019, 541; *Schurr*, EuZW 2019, 539; *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, 61; *Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 2437.

518 Dieses Phänomen war für die grenzüberschreitende Verschmelzung nach Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in den Mitgliedstaaten der EU eindeutig zu beobachten; hierzu *Limmer/Knaier*, in: *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Teil 6 Rn. 74.1 m.w.N. auch zu empirischen Belegen des Phänomens; siehe im Detail Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/mergers/131007\\_study-cross-bordermerger-directive\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-bordermerger-directive_en.pdf) (Stand: 07.05.2022); *Biermeyer/Meyer*, Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2018, SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3253048>, S. 5 ff.

519 BT-Drs. 19/30523, 108; dies fordern auch *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573, 578; hinsichtlich des DiREG fordern *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1179 eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf einstufige, konzerninterne Umwandlungsvorgänge.

520 Siehe dazu auch *Heckschen/Knaier*, Größte Reform des Umwandlungsrechts – nicht nur Richtlinienumsetzung! (Teil II), erscheint in GmbHR 2022.

das notarielle Online-Verfahren zunächst auf die gründungsspezifischen Aspekte der Strukturmaßnahmen zu begrenzen und sorgfältig zu prüfen, inwieweit digitale Verfahren sinnvoll und rechtsicher implementiert werden können.<sup>521</sup>

- 174 Wenngleich die Sacheinlage bei der einfachen GmbH-Gründung in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielt, insbesondere da sie regelmäßig mit aufwendigen und kostenintensiven Bewertungsverfahren des Einlagegegenstandes einhergeht, kann das DiREG mehr Rechtssicherheit für die Bargründung mit Sachagio schaffen. Diese Gründungsvariante ist ebenso wie der Weg an der Sachkapitalerhöhung vorbei durch die Barkapitalerhöhung mit Sachagio seit der Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2010<sup>522</sup> in der Praxis äußerst beliebt.<sup>523</sup> Die Praxis will auf diese Weise die Anforderungen an Sachgründungsbericht und Sachgründungsprüfung des Handelsregisters vermeiden. Allerdings sind noch viele Fragen rund um die Gründung bzw. Kapitalerhöhung mit Sachagio offen: In der Literatur wird insbesondere die Frage diskutiert, ob hier nicht eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften vorliegt, der man mindestens damit begegnen muss, dass die Geschäftsführer zu versichern haben, dass das Agio keinen negativen Wert aufweist.<sup>524</sup> Steuerrechtlich ist völlig unklar, ob eine Buchwertverknüpfung entsprechend § 20 UmwStG nur möglich ist, wenn es sich um ein kooperatives, also der Gesellschaft geschuldetes Agio handelt oder auch bei einem schuldrechtlichen Agio.<sup>525</sup> Darüber hinaus wird mit guten Argumenten gefordert, dass das Agio nicht nur im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbeschluss stehen muss, sondern in gleicher Urkunde niedergelegt sein muss.<sup>526</sup> Nur so sei die Verknüpfung zwischen der Gewährung des Mitgliedschaftsrechts und der Einbringung des Sachwerts, für den die Buchwertverknüpfung beansprucht wird, gewährleistet.
- 175 Während nach dem DiRUG unklar war, ob und wie eine Bargründung mit Sachagio im notariellen Online-Verfahren abgebildet werden kann,<sup>527</sup> wird diese Rechtsunsicherheit nun deutlich entschärft.<sup>528</sup> An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass es völlig klar sein muss, dass auch nach den Entwürfen des DiREG dann, wenn Gegenstand des Agios ein Einbringungsvorgang ist, der seinerseits der Beurkundung bedarf, diese Beurkundung nicht im Online-Verfahren möglich ist.<sup>529</sup> Besonders praxisrelevant sind die Fälle, in denen Geschäftsanteile an einer GmbH, deren Übertragung nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG beurkundungsbedürftig ist, oder aber auch die Einbringung von Immobilien oder Vermögensgesamtheiten, zu denen Immobilien gehören (bspw. das Einzelunternehmen), zum Gegenstand des Agios werden sollen. Würde hier das Agio im Rahmen einer Online-Gründung eingebracht werden, wäre der Einbringungsvorgang formnichtig. Der Vermögensgegenstand verbliebe beim Einbringenden, der diesen Vorgang dann im Präsenzverfahren wiederholen müsste. Dann aber besteht auch weiterhin das Risiko, dass die Finanzverwaltung von der

521 So auch schon *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094; *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1179 fordern eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf einstimmige, konzerninterne Umwandlungsvorgänge.

522 BFH, Urt. v. 07.04.2010 – I R 55/09, NZG 2011, 118.

523 Vgl. dazu ausf. Kap. 11 Rdn. 65 ff.; *Heidinger/Knaier*, in: FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467.

524 Vgl. dazu ausf. *Heidinger/Knaier*, in: FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467, 479; siehe auch *Lubberich*, DNotZ 2016, 164, 177; *MünchKommGmbHG/Herrler*, § 8 Rn. 55; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 9c Rn. 19 und § 8 Rn. 12.

525 Siehe hierzu *Heidinger/Knaier*, in: FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467, 469 ff.; *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2020, 98.

526 Dazu und dies voraussetzend *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2020, 98.

527 Dazu *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094 f.; *Stelmazczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851; *Omlor/Blöcher*, DStR 2021, 2352, 2355 f.; *Böhringer/Melchior*, GmbHR 2022, 177, 179.

528 Dies begrüßt auch die Stellungnahme der BNotK zum RefE-DiREG, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0404\\_Stellungnahme\\_BNotK\\_DiREG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0404_Stellungnahme_BNotK_DiREG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 11.05.2022), S. 11 f.

529 So auch die Stellungnahme der BNotK zum RefE-DiREG, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0404\\_Stellungnahme\\_BNotK\\_DiREG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0404_Stellungnahme_BNotK_DiREG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 11.05.2022), S. 11 f.; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 518.

engen sachlichen und zeitlichen Verknüpfung des Einbringungsverfahrens mit dem Vorgang der Gewährung des Mitgliedschaftsrechts nicht mehr ausgeht<sup>530</sup> und dann eine Buchwertverknüpfung nicht mehr möglich ist. Schon aus steuerrechtlichen Gründen ist also insbesondere bei den Fällen äußerste Vorsicht geboten, bei denen der Einbringungsgegenstand seinerseits nur mit einem notariell zu beurkundenden Übertragungsvorgang eingebracht werden kann.

### 3. Mitbeurkundung von nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften

Die durch das DiREG neu vorgesehenen § 2 Abs. 3 Sätze 3 und 4 GmbHG ermöglichen die Mitbeurkundung von nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften und Beschlüssen im Rahmen einer GmbH-Gründung. 176

In der Praxis werden immer häufiger die Vereinbarungen der Gesellschafter anlässlich einer Gründung in ein sog. Shareholder-Agreement bzw. in einen Beteiligungsvertrag integriert.<sup>531</sup> Dies geschieht vor allem deswegen, weil man die Publizität des Handelsregisters vermeiden will. Mit gutem Recht spricht daher das OLG Stuttgart<sup>532</sup> davon, dass hier eine »Schattenordnung« vorbei am transparenten Handelsregister geschaffen wird. In der Vergangenheit wurde dies zu Recht kritisiert.<sup>533</sup> Leider hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Grundlage dafür geschaffen,<sup>534</sup> sodass die Zulässigkeit von Beteiligungsverträgen bei der GmbH heute allgemein anerkannt ist.<sup>535</sup> 177

Die Verlagerung der Satzungsregelungen in schuldrechtliche Vereinbarungen vermeidet zwar Transparenz, schafft aber auch erhebliche Fehlerquellen und bringt kostenrechtliche Nachteile mit sich. Werden nämlich (bedingte) Veräußerungs- und Erwerbsverpflichtungen im Rahmen von Mitveräußerungsrechten oder Mitveräußerungspflichten, Call-Optionen etc. in Beteiligungsverträge verlagert, so ist ohne jeden Zweifel auch der Beteiligungsvertrag beurkundungsbedürftig und seine Änderungen sind es ebenso.<sup>536</sup> Die Kosten für den Beteiligungsvertrag und seine Änderungen sind nicht unerheblich und beschäftigen die Gerichte immer häufiger.<sup>537</sup> Nicht selten wird übersehen, dass Vinkulierungsklauseln in der Insolvenz leer laufen und dann Ausschlussrechte etc., die sich nur im Beteiligungsvertrag wiederfinden, nicht aber in der Satzung, bei der Insolvenz eines Gesellschafters leerlaufen. Dies alles lässt die Praxis unbeeindruckt und in der Folge finden sich in der Satzung immer weniger die Regelungen, die für die Gesellschafter gelten, sondern sie sind im Beteiligungsvertrag integriert. Dieser wird häufig vor der Gründung der GmbH mit gesonderter Urkunde, teilweise aber auch im Rahmen einer Rahmenurkunde bei der Gründung beurkundet. 178

Unter dem DiRUG hat sich die Frage gestellt, ob die online durchgeführte GmbH-Gründung, die bspw. in Teil 2 den Beteiligungsvertrag enthält, wirksam ist.<sup>538</sup> Der Beteiligungsvertrag mit seinen zahlreichen schuldrechtlichen Vereinbarungen wäre demnach, wenn er Gegenstand der Online-Beurkundung ist, m. E. nichtig gewesen. 179

530 OLG Stuttgart v. 13.07.2011 – 8 W 252/11, ZIP 2011, 1612; siehe auch Widmann/Mayer/D. Mayer, UmwR Bd. 8 Anh. 5 »Einbringung« Rn. 29.3 ff.

531 Ausführlich hierzu jüngst Thelen, RNotZ 2020, 121; siehe auch Weitnauer, NZG 2001, 1065; Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217.

532 OLG Stuttgart v. 07.02.2001 – 20 U 52/97, BeckRS 2001, 30160267.

533 Vgl. dazu ausf. Kap. 4 Rdn. 7; siehe auch Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 30 m.w.N.

534 Siehe BGH v. 15.03.2010 – II ZR 4/09, NJW 2010, 3718; BGH v. 15.10.2007 – II ZR 216/06, NZG 2008, 73; BGH v. 08.02.1993 – II ZR 24/92, NJW-RR 1993, 607; dazu ausf. Kap. 4 Rdn. 1 ff.

535 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 89; Noack, NZG 2010, 1017; Thelen, RNotZ 2020, 121, 123.

536 Drygala/Wächter/Heckschen, Venture Capital – Beteiligungsverträge und »Unterkomplexitätsprobleme«, 2018, S. 207; siehe zum Beurkundungserfordernis bei Beteiligungsverträgen auch Thelen, RNotZ 2020, 121, 141 ff.

537 Siehe zu den Notarkosten des Beteiligungsvertrags Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 6. Aufl. 2019, Teil F Rn. 100 ff.

538 Dazu Heckschen/Knaier, NZG 2021, 1093, 1096.

## A. Satzung und schuldrechtliche Nebenabreden

## I. Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen

- 1 In zunehmendem Maße treffen die Gesellschafter einer GmbH neben ihrer Satzung weitere schuldrechtliche Vereinbarungen (sog. »**Beteiligungsverträge**« oder auch »**Gesellschaftervereinbarungen**«,<sup>1</sup> »Konsortialverträge«).<sup>2</sup> Diese Möglichkeit ist Ausdruck der Vertragsfreiheit der Gesellschafter und daher grundsätzlich zulässig.<sup>3</sup> Inhalt können z. B. **Stimmbindungsvereinbarungen**, Vereinbarungen über die **Bestellung und Abberufung<sup>4</sup> eines Geschäftsführers**,<sup>5</sup> die **Berufung von Aufsichtsrats- oder Beiratspersonen**, Regelungen über die **Anteilsabtretung** (insbesondere Put- oder Call-Optionen sowie Mitverkaufsrechte oder -pflichten, vgl. dazu Rdn. 546–554), Vereinbarungen zu künftigen Kapitalerhöhungen (vgl. Kap. 10 Rdn. 172 ff.), zur Leistung in Rücklagen oder zur Darlehensgewährung (vgl. Rdn. 56), Gewinnverwendung, Liquidationsprüfung, zum Leistungsverkehr (zur verdeckten bzw. gemischten Sacheinlage vgl. Kap. 11 Rdn. 131), Grundvereinbarungen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen oder aber satzungsüberlagernde Abfindungsbeschränkungen.<sup>6 7</sup> Derartige Vereinbarungen werden regelmäßig getroffen, wenn Venture-Capital-Unternehmen sich an der Gesellschaft beteiligen (ausf. unter Rdn. 2 ff.). Unabhängig vom Gegenstand der Nebenabrede sind daraus Verpflichtete stets die Gesellschafter,<sup>8</sup> nicht aber die Gesellschaft selbst. Nebenabreden können unter den Gesellschaftern aber zu Gunsten der Gesellschafter vereinbart werden, sodass die Gesellschaft Drittbegünstigte (§ 328 BGB)<sup>9</sup> ist. Häufig wird jedoch geregelt, dass aus der Vereinbarung keine Rechte zugunsten der Gesellschaft folgen. Dies zielt darauf ab, dass der Insolvenzverwalter keine Rechte aus der Vereinbarung ableiten können soll. Zumeist werden diese Vereinbarungen vor der Gründung einer Gesellschaft, vor dem Beitritt eines Gesellschafters, im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder anlässlich einer Umstrukturierungsmaßnahme abgeschlossen. Bei wiederkehrenden oder dauernden Pflichten kann die Vereinbarung eine **Innengesellschaft bürgerlichen Rechts** zwischen den vereinbarenden Gesellschaftern begründen, die dann neben der GmbH besteht.<sup>10</sup> Eine solche kann auch bereits neben der Vorgründungsgesellschaft bestehen und wird in den meisten Fällen auf die Dauer der Mitgliedschaft des Gesellschafters in der Gesellschaft befristet sein.<sup>11</sup> Ist der (Innen- und Mit-) Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, besteht die vertragliche Bindung auch dann fort, wenn der Geschäftsanteil in Umwandlungsfällen vom Vermögen des übertragenden in das des übernehmenden Rechtsträgers durch Gesamtrechtsnachfolge übergeht.<sup>12</sup> Das OLG Schleswig weist zu Recht darauf hin, dass eine GbR auch im Vorfeld einer Kapitalerhöhung zwischen den künftigen Gesellschaftern vereinbart sein kann.<sup>13</sup>

1 Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 104, 106 ff.

2 Dazu ausführlich *Wicke*, DStR 2006, 1137.

3 MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 133; *Wicke*, DStR 2006, 1137; GroßKomm-GmbHG/*Ulmer/Löbbe*, Bd. 1, § 3 Rn. 40; Noack/*Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, § 3 Rn. 56 f.

4 Zur Zulässigkeit von schuldrechtlichen Nebenvereinbarungen, die sog. Hinauskündigungsklauseln entsprechen *Sikora*, MittBayNot 2006, 292.

5 Dazu DNotI-Gutachten Nr. 54860 vom 30.11.2004.

6 BGH v. 15.03.2010 – II ZR 4/09, NZG 2010, 988 = GmbHR 2010, 980 = RNotZ 2010, 566, 567 m. Anm. *Leitzen*.

7 Weitere Beispiele bei Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 106 ff.; MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 132.

8 BGH v. 08.02.1993 – II ZR 24/92, GmbHR 1993, 214 = DB 1993, 829.

9 BGH v. 15.03.2010 – II ZR 4/09, NZG 2010, 988 = GmbHR 2010, 980; BGH v. 08.02.1993 – II ZR 24/92, GmbHR 1993, 214 = GmbHR 1993, 214.

10 BGH v. 21.09.2009 – II ZR 250/07, ZIP 2009, 2155; Noack/*Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, § 3 Rn. 58; *Jäger*, DStR 1996, 1935, 1376; Henssler/*Strohn/Schäfer* § 3 GmbHG Rn. 32; Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 111, GroßKomm-GmbHG/*Ulmer/Löbbe*, Bd. 1, § 3 Rn. 114, 119.

11 *Wicke*, DStR 2006, 1137, 1140.

12 *Burg/Marx*, NZG 2013, 127, 129 f.

13 OLG Schleswig v. 04.07.2014 – 17 U 24/14, GmbHR 2014, 1317.

## 1. Besonderheiten beim Abschluss von Beteiligungsverträgen

Venture Capital-Gesellschaften sind in der Regel nur dann bereit, der Gesellschaft Eigenkapital zur Verfügung zu stellen, wenn sie rechtlich vollumfänglich und über das gesetzliche Maß eines Gesellschafters hinaus abgesichert sind.<sup>14</sup> Zu diesem Zweck wird mit den Gesellschaftern ein Beteiligungsvertrag geschlossen, der zugunsten der kapitalgebenden Gesellschaft neben dem Gesellschaftsvertrag weitere Rechte begründet.

Im Beteiligungsvertrag verpflichten sich die Altgesellschafter zunächst gegenüber dem Investor zumeist, das Stammkapital der Gesellschaft um einen bestimmten Betrag zu erhöhen und ausschließlich den Venture Capital-Geber zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen. Im Gegenzug sagt der Investor die Übernahme des neuen Geschäftsanteils zu und verspricht nicht selten ein zusätzliches Agio oder eine in die Rücklagen einzustellende Einlage zu zahlen, sofern die Gesellschaft eine positive Entwicklung zeigt und bestimmte sog. »Meilensteine« erreicht.<sup>15</sup> Zusätzlich verpflichten sich die Altgesellschafter regelmäßig gegenüber dem künftigen Gesellschafter, die Satzung zu ändern und zu seinen Gunsten bestimmte Vetorechte, Sperrminoritäten, Verwässerungsschutzklauseln sowie Abreden im Hinblick auf die Veräußerung von Beteiligungen (Mitveräußerungsrechte und -pflichten, Put- und Call-Optionen) aufzunehmen.<sup>16</sup> Die neugefasste Satzung ist dann häufig als Entwurf einer entsprechenden notariellen Urkunde zu Kapitalerhöhung und Satzungsänderung Anlage des Beteiligungsvertrages.<sup>17</sup> Eine solche, nur auf wenige Beschlüsse beschränkte Stimmbindung zur Kapitalerhöhung und Satzungsänderung gegenüber einem künftigen Gesellschafter ist zulässig.<sup>18</sup>

Ob der Beteiligungsvertrag beurkundungsbedürftig ist, richtet sich nach seinem Inhalt. Enthält er etwa Mitveräußerungsrechte oder -pflichten, folgt die notarielle Form aus § 15 Abs. 4 GmbHG; bei einer antizipierten Anteilsabtretung (dazu Rdn. 563 ff.) bereits aus § 15 Abs. 3 GmbHG. Anderes kann dann gelten, wenn bei Abschluss des Beteiligungsvertrages die GmbH noch gar nicht gegründet war.<sup>19</sup> Häufig sehen aber Beteiligungsverträge, die vor der Gründung abgeschlossen werden, vor, dass sich die Beteiligten zur Gründung der GmbH verpflichten. Dann löst diese Verpflichtung die Beurkundungsbedürftigkeit aus.<sup>20</sup>

Bloße Stimmbindungsvereinbarungen sind nicht beurkundungsbedürftig, auch wenn sie eine Verpflichtung zur Zustimmung zu einer Satzungsänderung beinhalten.<sup>21</sup> Betrifft die Satzungsänderung allerdings eine Kapitalerhöhung, muss die Übernahmeerklärung mindestens notariell beglaubigt sein, § 55 Abs. 1 GmbHG. Das OLG München<sup>22</sup> fordert für die schuldrechtliche Vereinbarung zur Übernahme eines Geschäftsanteils aber keine notarielle Form. Anders als § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG hat die Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG keine Warnfunktion für den Übernehmer, sondern soll der Aufklärung der Öffentlichkeit über die Kapitalgrundlage der Gesellschaft, dem Schutz des Rechtsverkehrs, der Gläubiger und der zukünftigen Gesellschafter dienen.

14 Ausf. zu den Regelungen, die ein Beteiligungsvertrag typischerweise enthält *Weitnauer*, NZG 2001, 1065 ff.

15 Dazu *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217.

16 MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 132.

17 *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217.

18 Noack/Servatius/Haas/*Noack*, § 47 Rn. 113; *Wicke*, DStR 2006, 1137, 1139; *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217, 1218.

19 Noack/Servatius/Haas/*Servatius*, GmbHG, § 15 Rn. 35.

20 BGH v. 21.09.1987 – II ZR 16/87, ZIP 1988, 89.

21 *Altmeyen*, GmbHG, § 53 Rn. 37; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 53 Rn. 39; *Scholz/Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 112; *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 917; a. A. *Wicke*, GmbHG, § 53 Rn. 23; vgl. auch MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 135.

22 OLG München v. 04.05.2005 – 23 U 5121/04, ZIP 2005, 1070.



- 6 Der Einstieg eines Venture Capital-Investors vollzieht sich in der Praxis regelmäßig durch Kapitalerhöhung.<sup>23</sup> Die genauen Modalitäten des Investments und das anschließende Rechtsverhältnis der Altgesellschafter zum dann als Neugesellschafter hinzutretenden Investor wird durch einen Beteiligungsvertrag (im weiteren Sinn) geregelt. Die Satzung hat für die Gestaltung der VC-Beteiligung – abgesehen von ihren zwingenden Bestandteilen (§ 3 GmbHG, siehe Rdn. 81 ff.) – untergeordnete Bedeutung.<sup>24</sup> Ein Venture Capital-Beteiligungsvertrag (i. w. S.) kann typischerweise in einen Beteiligungsvertrag im engeren Sinn und in eine Gesellschaftervereinbarung unterteilt werden.<sup>25</sup> Ersterer enthält insbesondere die Verpflichtung der Altgesellschafter gegenüber dem Investor, das Stammkapital der GmbH zu erhöhen<sup>26</sup> und für die Übernahme der neuen Geschäftsanteile nur den Investor zuzulassen.<sup>27</sup> Letztere regelt (neben der Satzung) die schuldrechtliche Verbindung der Gesellschafter zueinander.<sup>28</sup>
- 7 Maßgeblicher Vorteil des Beteiligungsvertrags (i. w. S.) ist vor allem seine fehlende Publizität.<sup>29</sup> Dem Handelsregister muss er nicht vorgelegt werden. Teilweise wird auch als Vorteil die – vermeintlich – fehlende Beurkundungsbedürftigkeit<sup>30</sup> und die daraus folgende Kostenersparnis angeführt.<sup>31</sup> Besonders für ein Unternehmen mit erhöhtem Finanzierungsbedarf – um welches es sich bei einem auf Risikokapital angewiesenen Unternehmen in der Regel handelt – würde sich der rein privatschriftliche<sup>32</sup> Abschluss von Venture-Kapital-Beteiligungsverträgen im Rahmen der Kapitalbeschaffung durch den Einstieg eines Eigenkapitalgebers günstig gestalten. Verschärfend kommt für das (in der Regel) junge Unternehmen hinzu, dass in der Praxis häufig eine Verpflichtung zur Übernahme der Notar- und Eintragungskosten zugunsten des Investors vereinbart wird.<sup>33</sup>

a) *Typischer Inhalt von Beteiligungsverträgen (i. w. S.)*

aa) *Beteiligungsvertrag (i. e. S.)*

- 8 Zumeist verpflichten sich die Anteilseigner zunächst gegenüber dem Investor, das Stammkapital der Gesellschaft um einen bestimmten Betrag zu erhöhen und ausschließlich den Venture Capital-Geber zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen. Im Gegenzug sagt der Investor die Übernahme des neuen Geschäftsanteils zu und verpflichtet sich nicht selten zur Zahlung eines Agios<sup>34</sup>, das in die offenen Rücklagen fließt. Die Zahlung des Agios kann an eine positive Entwicklung der Gesellschaft gebunden werden.<sup>35</sup> Diese wird durch die Erreichung bestimmter »Meilensteine« (Milestones) nachgewiesen.

23 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 44 f.

24 Vgl. *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85 ff. und 259.

25 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85.

26 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85, 92, 118 ff. und 135; *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 916.

27 *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217; *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 128 und 135.

28 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915; *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85 und 166 ff.

29 *Hoffmann-Becking*, ZGR 1994, 445 f.; *Wicke*, DStR 2006, 1137; *Altmeppen*, GmbHG, § 3 Rn. 43; *Scholz/Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 104; *Wicke*, GmbHG, § 3 Rn. 25.

30 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 921; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 115; vgl. aber nunmehr *Scholz/Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 104.

31 Für eine weitestgehende Formfreiheit aus neuerer Zeit *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 921. Dort wird auch die Bedeutung der Kosten der Beurkundung betont.

32 Es würde freilich auch eine mündliche Vereinbarung genügen, vgl. *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217, 1220.

33 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 162.

34 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85 und 141.

35 Dazu *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217; *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85.

Der Beteiligungsvertrag im engeren Sinn enthält auf Seiten der Gesellschafter insbesondere die Verpflichtung gegenüber dem Investor, das Stammkapital der Gesellschaft zu erhöhen.<sup>36</sup> Hierbei handelt es sich um eine zulässige<sup>37</sup> Stimmbindungsvereinbarung. Die Gesellschafter geben dem Investor darüber hinaus eine Exklusivitätsgarantie für die Übernahme der neuen Geschäftsanteile. Schließlich enthält der Beteiligungsvertrag typischerweise die Verpflichtung der Gesellschafter, die Satzung der GmbH neu zu gestalten. Die Neufassung der Satzung ist dann häufig als Entwurf einer entsprechenden notariellen Urkunde zur Kapitalerhöhung und Satzungsänderung Anlage des Beteiligungsvertrages.<sup>38</sup> In der neu gestalteten Satzung werden dann, je nach Einzelfall, Sonderrechte des Investors vereinbart.<sup>39</sup> Hierbei kann es sich beispielsweise um Modifizierungen der Stimmerfordernisse zugunsten des Investors, um vermögensmäßige Vorrechte oder andere Sonderrechte des Investors handeln.<sup>40</sup> Üblich ist auch eine Vinkulierung der Geschäftsanteile, auf welche die Exitgestaltungen in der Gesellschaftervereinbarung Bezug nehmen.<sup>41</sup> Regelmäßig werden auch Verwässerungsschutzklauseln für den Fall künftiger Verschiebungen der Anteilsverhältnisse sowie Garantien zugunsten des Investors im Beteiligungsvertrag (i. e. S.) geregelt.<sup>42</sup>

Eine solche, nur auf wenige Beschlüsse beschränkte Stimmbindung zur Kapitalerhöhung und Satzungsänderung gegenüber einem künftigen Gesellschafter ist zulässig.<sup>43</sup> Es kann jedoch im Sinne der Beteiligten sein, einige der aufgezählten Rechte und Pflichten nicht in der Neufassung der Satzung zu regeln, sondern in der nicht publikten Gesellschaftervereinbarung. Dies gilt insbesondere für anteilsbezogene Exitgestaltungen, die regelmäßig in der Gesellschaftervereinbarung geregelt werden.

Der Investor verpflichtet sich im Beteiligungsvertrag (i. e. S.), die durch die angestrebte Kapitalerhöhung geschaffenen neuen Geschäftsanteile zu übernehmen.<sup>44</sup> Diese Verpflichtung wird üblicherweise gegenüber den Altgesellschaftern übernommen, seltener gegenüber der Gesellschaft (vgl. auch Rdn. 56).

#### bb) Gesellschaftervereinbarung

Die vom OLG Stuttgart<sup>45</sup> als »Schattenordnung« bezeichnete Gesellschaftervereinbarung ist als schuldrechtlicher Vertrag nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts zu behandeln.<sup>46</sup> Sie regelt als Nebenabrede zur Satzung die schuldrechtliche – also nicht körperschaftliche – Verbindung der Gesellschafter für den Zeitraum nach der Kapitalerhöhung.<sup>47</sup>

Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht findet auf sie keine Anwendung.<sup>48</sup> Dies schließt allerdings nicht aus, dass die schuldrechtliche Nebenabrede selbst eine Verletzung der Gesellschafterpflichten

36 Tholen/Weiß, GmbHR 2016, 915, 916; Weitnauer, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85, 92 f.

37 Ein solcher Stimmbindungsvertrag ist zulässig, RG v. 23.09.1927 – 495/26 II., JW 1927, 2992; Scholz/Priester/Tebben, § 55 Rn. 116; Lieder, MünchKommGmbHG, § 55 Rn. 203; GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Casper, Bd. 3, § 55 Rn. 38.

38 Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217.

39 Weitnauer, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 136 und Rn. 260 ff.

40 Vgl. ausf. Weitnauer, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 136 und 260 ff.

41 Weitnauer, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 136 und 262 f.

42 Weitnauer, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85, 128 ff. und 152 ff.

43 Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, § 47 Rn. 113, Wicke, DStR 2006, 1137, 1139; Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217, 1218 sowie die Nachweise unter Fn. 37.

44 Hergeth/Mingau, DStR 2001, 1217.

45 OLG Stuttgart v. 07.02.2001 – 20 U 52/97, BB 2001, 794, 797.

46 Scholz/Seibt, GmbHG, § 14 Rn. 23; Scholz/Cziupka, GmbHG, § 3 Rn. 111; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 3 Rn. 62.

47 Tholen/Weiß, GmbHR 2016, 915; Weitnauer, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85 und 166 ff.

48 Scholz/Seibt, GmbHG, § 14 Rn. 23.

in der GmbH darstellt.<sup>49</sup> Rechte und Pflichten aus Gesellschaftervereinbarungen gehen nicht ohne Weiteres auf einen Einzelrechtsnachfolger in den Geschäftsanteil über.<sup>50</sup> Hierzu bedarf es einer gesonderten Abtretung (§ 398 BGB) oder Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB).<sup>51</sup> Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen sind auch zwischen den Gesellschaftern und der GmbH möglich<sup>52</sup>, spielen jedoch (allgemein<sup>53</sup> und im Besonderen) bei VC-Beteiligungsverträgen keine besondere Rolle. Die Gesellschaftervereinbarung entfaltet keine (automatische) Bindungswirkung gegenüber späteren Gesellschaftern<sup>54</sup>, genauer gesagt: zukünftigen Gesellschaftern, die nicht bereits Vertragspartner der Gesellschaftervereinbarung sind. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse.<sup>55</sup> In der Gesellschaftervereinbarung können auch Rechte zugunsten der Gesellschaft begründet werden.<sup>56</sup> Hierbei handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regelungen der §§ 328 ff. BGB (s. Rdn. 1 und 56).<sup>57</sup> Derartige Konstruktionen kommen in der Praxis jedoch selten vor.

- 14 Regelungen, die als obligatorischer (echter) Satzungsbestandteil zwingend in der Satzung vereinbart werden müssen (siehe zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen Rdn. 52 und 72 ff.), können nicht Gegenstand einer Gesellschaftervereinbarung und damit eines VC-Beteiligungsvertrags (i. w. S.) sein.<sup>58</sup> Zu den Grenzen zulässiger Gesellschaftervereinbarungen ausführlich Rdn. 56 ff. Die Auslegung von Gesellschaftervereinbarungen erfolgt anders als bei den echten Satzungsbestandteilen gemäß §§ 133, 157 BGB<sup>59</sup> (analog). Zu unterscheiden ist die Gesellschaftervereinbarung von sogenannten unechten Satzungsbestandteilen. Letztere enthalten Regelungen zwischen den Gesellschaftern, die in der Satzung vereinbart werden, jedoch nicht zu den korporativen Satzungsinhalten gehören (vgl. zur mitunter schwierigen Abgrenzung Rdn. 52 f.).<sup>60</sup> Sowohl Gesellschaftervereinbarungen als auch unechte Satzungsbestandteile sind jedoch gleichermaßen als schuldrechtliche (i. d. R. Verpflichtungs-<sup>61</sup>)Verträge zu qualifizieren.<sup>62</sup>
- 15 Bei Abschluss eines VC-Beteiligungsvertrags (i. w. S.) regelt die Gesellschaftervereinbarung die zukünftige Verbindung der Altgesellschafter zum dann neu als Gesellschafter hinzugetretenen Investor.<sup>63</sup> Für den Investor hat die Planbarkeit seines Investments zentrale Bedeutung. Gleichzeitig wird er auch häufig auf Diskretion bedacht sein. Deshalb werden die anteilsbezogenen Exitgestaltungen typischerweise in der Gesellschaftervereinbarung geregelt.<sup>64</sup> Beispiele für derartiger Regelungen sind Mitveräußerungsrechte (Tag-Along-Klauseln; vgl. Rdn. 546 ff.) oder Mitveräußerungspflichten (Drag-Along-Klauseln; vgl. Rdn. 552 f.), ebenso wie Andienungsrechte (Put-Optionen; vgl.

49 Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14 Rn. 23.

50 Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14 Rn. 23; Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 113.

51 Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14 Rn. 23; Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 113.

52 Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14 Rn. 23; Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 105, 109.

53 Scholz/*Emmerich*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 115; vgl. aber Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 105, 109.

54 Gehrlein/Born/Simon/*Simon*, GmbHG, § 3 Rn. 36; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14 Rn. 23.

55 Vgl. Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, § 3 Rn. 62.

56 Missverständlich insoweit Gehrlein/Born/Simon/*Simon*, GmbHG, § 3 Rn. 36, der davon spricht, dass in der Gesellschaftervereinbarung »nicht unmittelbar« Rechte und Pflichten der Gesellschafter zur Gesellschaft begründet werden können.

57 BGH v. 15.03.2010 – II ZR 4/09, NZG 2010, 988; BGH v. 08.02.1993 – II ZR 24/92, GmbHR 1993, 214.

58 Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 114.

59 Gehrlein/Born/Simon/*Simon*, GmbHG, § 3 Rn. 36; Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 111; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, § 3 Rn. 62.

60 Vgl. Scholz/*Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 114.

61 Ausnahme: Die Gesellschaftervereinbarung enthält bereits eine antizipierte Abtretungserklärung. Dann handelt es sich um einen Verfügungsvertrag.

62 Gehrlein/Born/Simon/*Simon*, GmbHG, § 3 Rn. 39.

63 *Weitnauer*, in: *Weitnauer, Handbuch Venture Capital*, Teil F Rn. 85 und 166 ff.

64 *Weitnauer*, in: *Weitnauer, Handbuch Venture Capital*, Teil F Rn. 85 und 188 ff.

Rdn. 542 f.) und -pflichten (Call-Optionen; vgl. Rdn. 542 f.). Einen Sonderfall stellen sogenannte »Russian-Roulette-Klauseln« dar (vgl. Rdn. 556 f.), wonach jede Partei der anderen Partei alle ihre Anteile anbieten darf. Bei Ablehnung durch die andere Partei muss diese ihrerseits alle ihre Anteile der ersten Partei zum gleichen Kaufpreis zum Erwerb anbieten.

Üblich ist es auch, dem Investor über den gesetzlichen Standard hinausgehende Informations- und Zustimmungrechte einzuräumen.<sup>65</sup> Gängig sind auch Vereinbarungen, wonach der Investor für sich selbst günstigere Konditionen verlangen darf, soweit später einem weiteren Investor günstigere Konditionen eingeräumt werden (Meistbegünstigungsklauseln).<sup>66</sup> Nicht selten enthalten die Beteiligungsverträge auch Vereinbarungen zur späteren Umwandlung der betreffenden Unternehmen im Sinne eines Formwechsels z. B. in eine AG, einer Verschmelzung auf einen anderen Rechtsträger oder (selten) auch einer Abspaltung/Ausgliederung.

#### *b) Formbedürftigkeit von Beteiligungsverträgen (i. w. S.)*

Wie bereits oben beschrieben, würde besonders im Falle von Venture Capital-Investments die rein privatschriftliche Vereinbarung des Beteiligungsvertrags im Interesse der Beteiligten – insbesondere des jungen Unternehmens – liegen. Die Frage, warum und in welchem Umfang derartige Vereinbarungen beurkundungsbedürftig sind, hat enorme Bedeutung vor allem vor dem Hintergrund, dass die zentralen Abreden dort niedergelegt sind und eine Formunwirksamkeit das gesamte Investitionsgebilde zerstören könnte. Ob der Beteiligungsvertrag beurkundungsbedürftig ist, richtet sich nach seinem Inhalt. Beide Elemente des Beteiligungsvertrags (i. w. S.) – Beteiligungsvertrag i. e. S. und Gesellschaftervereinbarung – werden in der Praxis regelmäßig in einem einheitlichen Vertragswerk geregelt. Für die Frage nach der Anwendbarkeit der näher zu untersuchenden Formvorschriften des GmbHG (§ 55 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) ist zwischen den verschiedenen in Beteiligungsverträgen begründeten Verpflichtungen zu unterscheiden.

Formpflichten können sich aus verschiedenen Aspekten ergeben: Die Übernahmeerklärung des Investors hinsichtlich der neuen Geschäftsanteile unterfällt jedenfalls der Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG.<sup>67</sup> Entsprechend fällt der Kapitalerhöhungsbeschluss der Altgesellschafter unter § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.<sup>68</sup> Darüber hinaus wird jedoch die Anwendung der Formvorschriften der §§ 55 Abs. 1, 53 Abs. 2 Satz 1, 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bereits auf den Beteiligungsvertrag (i. w. S.) diskutiert, der für sich gesehen noch nicht zu einer Veränderung der gesellschaftlichen Struktur des Unternehmens führt. Er begründet vielmehr nur die mit dem Investoreneinstieg verbundenen Verpflichtungen der Beteiligten.<sup>69</sup>

#### *aa) Formbedürftigkeit gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG*

Wird eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, so bedarf es zur Übernahme jedes Geschäftsanteils an dem erhöhten Kapital gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers.

Die **Gesellschaftervereinbarung** unterfällt nicht der Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG (in analoger Anwendung).<sup>70</sup> Dies gilt auch für den Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaftervereinbarung. Letzteres wird bei Venture Capital-Investments wohl selten relevant werden. Der Investor möchte die Gesellschafterbeziehung regelmäßig in seinem Sinn neugestalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Exitregelungen.

65 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85 und 168 ff. sowie 172 ff.

66 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 85 und 166 ff.

67 *MünchKommGmbHG/Lieder*, § 55 Rn. 172; die Annahmeerklärung der Gesellschaft erfolgt formfrei.

68 *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Kapital, Teil F Rn. 47.

69 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 615.

70 *MünchKommGmbHG/Lieder*, § 55 Rn. 180.

- 21 Problematischer ist die Frage der Anwendung von § 55 Abs. 1 GmbHG im Hinblick auf die im **Beteiligungsvertrag** (i. e. S.) vereinbarte Verpflichtung des Investors, die noch neu zu schaffenden Geschäftsanteile zu übernehmen. Ob ein solcher Vorvertrag im Hinblick auf die Übernahme von Geschäftsanteilen unter § 55 Abs. 1 GmbHG zu subsumieren ist, ist umstritten.<sup>71</sup> Für eine systematische Darstellung sollte nach hier vertretener Auffassung zwischen internen und externen Finanzierungsrunden differenziert werden. Bei internen Finanzierungsrunden kommt der Investor aus dem aktuellen Gesellschafterkreis.<sup>72</sup> Der Investor ist also bereits Altgesellschafter. Bei externer Finanzierung tritt ein Investor als Neugesellschafter dem Gesellschafterkreis bei.<sup>73</sup>
- 22 Nach allgemeiner Ansicht schützt § 55 Abs. 1 GmbHG nicht die Altgesellschafter.<sup>74</sup> Er dient dem Schutz des Rechtsverkehrs, der zukünftigen Gesellschafter und der Gläubiger; weiterhin bezweckt er die Aufklärung der Allgemeinheit über die Kapitalgrundlage der Gesellschaft.<sup>75</sup> Aus diesem Schutzzweck des § 55 Abs. 1 GmbHG folgt, dass eine analoge Anwendung auf die Begründung der Verpflichtung des Investors zur Übernahme der neuen Anteile bei **internen Finanzierungsrunden** nicht möglich ist.<sup>76</sup>
- 23 Das OLG München<sup>77</sup> hat offengelassen, ob eine analoge Anwendung von § 55 Abs. 1 GmbHG auf den Vorvertrag zur Übernahme neuer Geschäftsanteile auch dann ausscheidet, wenn ein Investor nicht aus dem Kreis der Altgesellschafter stammt (**externe Finanzierungsrunde**). Es wurde bis in die jüngere Vergangenheit vertreten, dass die Verpflichtung zu einer späteren Übernahme von Geschäftsanteilen unter § 55 Abs. 1 GmbHG fällt, wenn die Übernahmeverpflichtung gegenüber der GmbH abgegeben wird.<sup>78</sup> Dies ergebe sich daraus, dass es sich dabei dann um einen Vorvertrag zur Übernahmeverpflichtung handle.<sup>79</sup> Die inzwischen herrschende Meinung in der Literatur verlangt demgegenüber keine besonderen Formerfordernisse für die Verpflichtung des Investors.<sup>80</sup> Dies folge daraus, dass § 55 Abs. 1 GmbHG keine Warnfunktion beinhalte, sondern ausschließlich der Aufklärung der Öffentlichkeit und des Rechtsverkehrs dienen solle.<sup>81</sup> Verkehrsschutzgesichtspunkte werden von der Verpflichtungsvereinbarung zwischen Gesellschafter und Investor nicht berührt.<sup>82</sup>

71 Vgl. auch die ausführliche Darstellung bei *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915 ff. sowie *Scholz/Priester/Tebben*, GmbHG, § 55 Rn. 117; vgl. zur Frage, ob die Übernahmeverpflichtung eines Darlehensgebers im Rahmen der Finanzierung durch Wandeldarlehen unter § 55 Abs. 1 GmbHG fällt *Hoene/Eickmann*, GmbHR 2017, 854, 856 f. und 858 f.

72 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915.

73 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915.

74 OLG München v. 04.05.2005 – 23 U 5121/04, NZG 2005, 756, 757; *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 55 Rn. 6 f. und 33; *MünchKommGmbHG/Lieder*, § 55 Rn. 172 und 206; *Scholz/Priester/Tebben*, GmbHG, § 55 Rn. 117.

75 OLG München v. 04.05.2005 – 23 U 5121/04, NZG 2005, 756, 757; *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915.

76 OLG München, v. 04.05.2005 – 23 U 5121/94, NZG 2005, 756, 757.

77 OLG München, v. 04.05.2005 – 23 U 5121/94, NZG 2005, 756, 757.

78 *Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 55 Rn. 40; *Bork/Schäfer/Arnold/Born*, GmbHG, 3. Aufl. 2015, § 55 Rn. 34; *Ziemons*, BeckOKGmbHG, 30. Edition 2016, § 55 Rn. 100.

79 *Bork/Schäfer/Arnold/Born*, GmbHG, 3. Aufl. 2015, § 55 Rn. 34; *Krampen-Lietzke*, RNotZ 2016, 20, 32 fordert sogar eine notarielle Beurkundung: Die in § 55 Abs. 2 Satz 2 GmbHG enthaltene Warnfunktion liefe leer, wenn sie nicht auf die schuldrechtliche Ebene übertragen werde.

80 *MünchKommGmbHG/Lieder*, GmbHG, § 55 Rn. 172 und 206; *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 916; *Scholz/Priester/Tebben*, § 55 Rn. 117; *Rowedder/Schmidt/Leithoff/Schmorbus*, GmbHG, § 55 Rn. 61; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*, GmbHG, § 55 Rn. 6 f. und 33; so bereits *Hergeth/Mingau*, DStR 2001, 1217, 1220; inzwischen ebenso *GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Casper*, Bd. 3, § 55 Rn. 99; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, § 55 Rn. 40; *Bork/Schäfer/Arnold/Born*, GmbHG, § 55 Rn. 34.

81 *MünchKommGmbHG/Lieder*, § 55 Rn. 172 und 206; *GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Casper*, Bd. 3, § 55 Rn. 99, jew. m. w. N.

82 *MünchKommGmbHG/Lieder*, § 55 Rn. 172 und 206; *GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Casper*, Bd. 3, § 55 Rn. 99, jew. m. w. N.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die Übernahmeverpflichtung des Investors unterfällt nach inzwischen wohl allgemeiner Ansicht bei internen Finanzierungsrunden nicht der Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG. Auch bei externen Finanzierungsrunden unterfällt die Übernahmeverpflichtung des Investors nach herrschender Ansicht in der Literatur nicht der Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG. Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit bei externer Finanzierung existiert soweit ersichtlich nicht. 24

*bb) Formbedürftigkeit gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG*

Der Satzungsänderungsbeschluss muss nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG notariell beurkundet werden. Die Verpflichtung der Gesellschafter im **Beteiligungsvertrag (im engeren Sinn)**, das Stammkapital der Gesellschaft zu erhöhen, stellt eine Stimmbindungsverpflichtung der Gesellschafter dar.<sup>83</sup> Der Satzungsänderungsbeschluss ist dem Abschluss des VC-Beteiligungsvertrags nachgelagert. Eine direkte Anwendung von § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG scheidet aus. Stimmbindungen der Gesellschafter sind möglich und nach ganz überwiegender Ansicht grundsätzlich formfrei zulässig.<sup>84</sup> 25

Problematisch ist dies jedoch, wenn sich – wie vorliegend – die Stimmbindung auf eine Satzungsänderung bezieht. Für diesen Fall ist umstritten, ob die Stimmbindungsverpflichtung analog § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG formbedürftig ist. Nach einer Ansicht gilt der Zweck der Norm – nach dieser Ansicht: materielle Richtigkeitsgewähr – schon für den bindenden Vorvertrag in Gestalt einer Stimmbindungsvereinbarung.<sup>85</sup> Nach Auffassung des OLG Köln und der wohl überwiegenden Ansicht jedoch greift die Funktion der notariellen Beurkundung nur beim Satzungsänderungsbeschluss selbst, nicht schon bei der Stimmbindungsvereinbarung.<sup>86</sup> Daher sei § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG insoweit auf die Stimmbindungsvereinbarung im Beteiligungsvertrag (i. e. S.) nicht anwendbar. 26

Die **Gesellschaftervereinbarung** enthält in der Praxis typischerweise keine Regelungen, für welche eine Anwendung von § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu erwägen wäre. 27

*cc) Formbedürftigkeit gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG*

Nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf es zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags. Das gilt auch, wenn der Beteiligungsvertrag eine antizipierte Anteilsabtretung vorsieht (siehe Rdn. 563 ff.). Der Zweck des Beurkundungszwangs besteht – neben der Verhinderung spekulativen Handelns mit Geschäftsanteilen – insbesondere darin, den Beweis der Anteilszuordnung zu liefern und damit die Rechtssicherheit zu erhöhen.<sup>87</sup> Der Formzwang gilt für Angebot und Annahme.<sup>88</sup> 28

83 *Weitnauer*, in: *Weitnauer, Handbuch Venture Capital*, Teil F Rn. 93; zur Formbedürftigkeit der Verpflichtung zur Durchführung einer Kapitalerhöhung nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bei Wandeldarlehen *Hoene/Eickmann*, *GmbHR* 2017, 854, 855, 857 f.

84 *Altmeyen*, *GmbHG*, § 53 Rn. 37; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, *GmbHG*, § 53 Rn. 39; *Scholz/Cziupka*, *GmbHG*, § 3 Rn. 112; *Tholen/Weiß*, *GmbHR* 2016, 915, 917; *Weitnauer*, in: *Weitnauer, Handbuch Venture Capital*, Teil F Rn. 93.

85 *Wicke*, *GmbHG*, § 53 Rn. 23; vgl. aber *MünchKommGmbHG/Wicke*, § 3 Rn. 135.

86 OLG Köln, v. 25.07.2002 – 18 U 60/02, *GmbHR* 2003, 416; *Altmeyen*, *GmbHG*, § 53 Rn. 37; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, *GmbHG*, § 53 Rn. 39; *Scholz/Cziupka*, *GmbHG*, § 3 Rn. 112; *Tholen/Weiß*, *GmbHR* 2016, 915, 917; *Weitnauer*, in: *Weitnauer, Handbuch Venture Capital*, Teil F Rn. 93.

87 BGH v. 24.03.1954 – II ZR 23/53, *BGHZ* 13, 49; BGH v. 19.04.1999 – II ZR 365/97, *BGHZ* 141, 208; weiterführend zu den Formzwecken des § 15 Abs. 3 GmbHG *Reithmann/Martiny/Reithmann/Stelmaszczyk*, *Internationales Vertragsrecht*, 9. Aufl. 2022 § 5 Rn. 5.374 ff.

88 *Scholz/Seibt*, *GmbHG*, § 15 Rn. 80.

dd) *Formbedürftigkeit gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG*

- 29 Gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, zu beurkunden. Hauptzweck des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist die Verhinderung schnellen, spekulativen Handelns mit GmbH-Geschäftsanteilen.<sup>89</sup> Der Schutz der Parteien (vor Übereilung) ist hingegen kein Normzweck von § 15 Abs. 3 (und Abs. 4 Satz 1) GmbHG.<sup>90</sup>
- 30 Es werden grundsätzlich von § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nur Verpflichtungen erfasst, welche die Abtretungsverpflichtung *unmittelbar* begründen, erweitern oder verändern.<sup>91</sup> Lediglich mittelbare Abtretungsverpflichtungen werden nicht erfasst.<sup>92</sup> Die von diesem **Unmittelbarkeitskriterium** adressierten Fälle wurden von der Rechtsprechung weiter konkretisiert: An der notwendigen Unmittelbarkeit fehlt es beim (unentgeltlichen) Auftrag (§§ 662 ff. BGB) und bei der (entgeltlichen) Geschäftsbesorgung (§§ 675 ff. BGB), wenn Gegenstand des Auftrags bzw. der Geschäftsbesorgung der Erwerb eines Geschäftsanteils ist.<sup>93</sup> Hier ergebe sich die Abtretungsverpflichtung nicht aus dem Grundgeschäft, sondern aus dem Gesetz: Gemäß § 667 BGB ist der Beauftragte beziehungsweise (über § 675 Abs. 1 i. V. m. § 667 BGB) der Geschäftsbesorger zur Abtretung des Geschäftsanteils verpflichtet. Entsprechendes gelte für den Makler<sup>94</sup> (§§ 652 ff. BGB) und Kommissionsvertrag<sup>95</sup> (vgl. den Herausgabeanspruch aus § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB) sowie für die Fälle der Anwachsung.<sup>96</sup>
- 31 Der Formzwang des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG umfasst nicht nur die Verpflichtung zur Abtretung selbst, sondern auch alle für das Zustandekommen des Verpflichtungsgeschäfts wesentlichen Nebenabreden, die »nach dem Willen der Parteien Bestandteil der Vereinbarung über die Verpflichtung zur Abtretung sein sollen«<sup>97</sup> (sog. **Vollständigkeitsgrundsatz**<sup>98</sup>). Der Vollständigkeitsgrundsatz gerät von Seiten der Literatur zunehmend unter Druck. Eine im Vordringen befindliche Ansicht fordert die Aufgabe dieses Grundsatzes.<sup>99</sup> § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG gelte danach nur für die Abtretungsverpflichtung selbst.<sup>100</sup> Dies ergebe sich aus dem historischen Zweck des Formerfordernisses, der

89 St. Rspr. BGH v. 24.03.1954 – II ZR 23/53, BGHZ 13, 49; BGH v. 19.04.1999 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 208; BGH, GmbHR 2008, 598; zuletzt auch OLG Frankfurt v. 12.05.2015 – 11 U 71/13 (Kart), ZIP 2015, 1725, 1727.

90 St. Rspr. BGH v. 19.04.1999 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 207 = GmbHR 1999, 707; BGHZ 127, 129, 135 = GmbHR 1994, 869; BGH v. 27.01.1997 – III ZR 75/96, GmbHR 1997, 605; a. A. OLG Stuttgart v. 07.07.1989 – 9 U 13/89, DB 1989, 1817; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rn. 21; *Altmeyen*, GmbHG § 15 Rn. 66.

91 BGH v. 17.11.1955 – II ZR 222/54, BGHZ 19, 69; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 15 Rn. 56.

92 BGH v. 17.11.1955 – II ZR 222/54, BGHZ 19, 69 = GmbHR 1956, 44; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 15 Rn. 56.

93 BGH v. 17.11.1955 – II ZR 222/54, BGHZ 19, 69, 70 = GmbHR 1956, 44; OLG Rostock v. 01.10.1997 – 6 U 521/96, GmbHR 1998, 641; Scholz/Seibt, GmbHG, § 15 Rn. 53; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rn. 34 m. w. N.

94 BGH v. 27.01.1997 – III ZR 75/96, GmbHR 1997, 605, 606; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing, § 15 Rn. 61.

95 BGHZ 19, 69, 70; Scholz/Seibt, GmbHG, § 15 Rn. 53; Großkomm-GmbHG/Löbbe, Bd. 1, § 15 Rn. 74.

96 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rn. 35.

97 BGH v. 27.06.2001 – VIII ZR 329/99, GmbHR 2001, 815, 816; BGH v. 30.06.1969 – II ZR 71/68, NJW 1969, 2049; *Altmeyen*, GmbHG, § 15 Rn. 72 f.; *Jasper*, in: MünchHdbGesR, Band III, 5. Aufl. 2018, § 24 Rn. 33; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rn. 30; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing, GmbHG, § 15 Rn. 89.

98 Ausführlich und kritisch hierzu *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 918 f.; ebenfalls kritisch Scholz/Seibt, GmbHG, § 15 Rn. 66b; *Herrmann*, GmbHR 2009, 625, 629 ff.

99 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 918 f.; ebenfalls kritisch Scholz/Seibt, GmbHG, § 15 Rn. 66b; *Herrmann*, GmbHR 2009, 625, 629 ff.

100 Scholz/Seibt, GmbHG, § 15 Rn. 66b; *Herrmann*, GmbHR 2009, 625, 629 ff.; *Hadding*, ZIP 2003, 2133, 2137 ff.

seinerzeit – unstreitig (s. o.) – darin lag, spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu unterbinden.<sup>101</sup> Danach beschränke sich die Beurkundungspflicht auf die Abtretungsverpflichtung selbst.<sup>102</sup> Jedenfalls gefordert wird eine Änderung von § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG de lege ferenda dahingehend, das Formerfordernis auf die Vereinbarung der Abtretungsverpflichtung zu begrenzen.<sup>103</sup> Davon abweichend wird von zahlreichen Autoren geltend gemacht, dass sich der Zweck der Norm während seiner Geltungsdauer erweitert habe.<sup>104</sup> Die Formvorschrift diene auch dazu, klare Formulierungen unter Mitwirkung des Notars sicherzustellen.<sup>105</sup>

Die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG auf den **Beteiligungsvertrag (i. w. S.)** beurteilt sich nach den dort im Einzelfall getroffenen Vereinbarungen. 32

#### aaa) Gesellschaftervereinbarung

Die Gesellschaftervereinbarung kann als schuldrechtlicher Vertrag zwar grundsätzlich formfrei vereinbart werden. Eine Formpflicht ergibt sich jedoch, wenn aus der Gesellschaftervereinbarung eine (unmittelbare) Abtretungsverpflichtung resultiert. Für die VC-Praxis bedeutet dies regelmäßig eine Formpflicht für die Gesellschaftervereinbarung. Denn die anteilsbezogenen Exitgestaltungen (beispielsweise Mitveräußerungspflichten und Mitveräußerungsrechte) sind typischerweise in der Gesellschaftervereinbarung enthalten und begründen eine Beurkundungspflicht gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (vgl. Rdn. 61 und 553). Als Gestaltungsoption ist es denkbar, die anteilsbezogenen Exitgestaltungen (wohl i. d. R. als unechte Satzungsbestandteile) in die Satzung zu verlagern.<sup>106</sup> Ob dies trotz der Transparenz der GmbH einen in der Praxis gangbaren Weg darstellt, kommt auf das im Einzelfall notwendige Maß an Diskretion an. 33

#### bbb) Beteiligungsvertrag (i. e. S.)

Grundsätzlich enthält der Beteiligungsvertrag (i. e. S.) keine unter § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG fallenden Regelungen. Ausnahmen bestehen, wenn der Beteiligungsvertrag eine Beitrittsverpflichtung i. V. m. einem Wahlrecht der Gesellschafter (oder der Gesellschaft) enthält, ob der Beitritt durch eine Kapitalerhöhung oder durch Abtretung bestehender Anteile erfolgen soll. Entsprechendes gilt, wenn eine beurkundungspflichtige Gesellschaftervereinbarung als Anlage zum Beteiligungsvertrag (i. e. S.) in diesen miteinbezogen wird. In beiden Fällen greift § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG. 34

Problematisch ist auch die Vereinbarung einer Verpflichtung zum Beitritt zu einer Gesellschaftervereinbarung, welche eine Mitverkaufspflicht (Drag-Along-Klausel) enthält. Nach Ansicht des BGH ist für die Anwendung von § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG danach zu fragen, ob die Verpflichtung zur Abtretung mittelbar oder zwangsläufig aus der Verpflichtung zum Beitritt folgt (Unmittelbarkeitskriterium, Rdn. 30).<sup>107</sup> Überträgt man diese Vorgaben auf die Beitrittsverpflichtung, so wird man eine nur mittelbare Folge annehmen können.<sup>108</sup> Eine Beurkundungspflicht wäre dann zu verneinen. Diese Lösung soll auch dem Zweck des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG genügen, spekulatives Handeln mit Geschäftsanteilen zu verhindern.<sup>109</sup> Dem könnte man entgegenhalten, dass die typischen Fälle 35

101 Allgemeine Ansicht, BGH v. 10.03.2008 – II ZR 312/06, NZG 2008, 377, 378.

102 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 922.

103 Vgl. nur *Scholz/Seibr*, GmbHG, § 15 Rn. 66b und *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15 Rn. 58.

104 Hierzu *Wicke*, ZIP 2006, 977, 979; *Walz/Fembacher*, NZG 2003, 1134, 1135; eine solche Tendenz in der Rspr. erkennend OLG Stuttgart v. 07.07.1989 – 9 U 13/89, BeckRS 1989, 30846562.

105 *Altmeppen*, GmbHG, § 15 Rn. 66; a.A. *MünchKommGmbHG/Reichert/Weller*, GmbHG, § 15 Rn. 18 f.

106 Vgl. hierzu *Weitnauer*, in: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, Teil F Rn. 96; typischerweise werden diese Regelungen jedoch außerhalb der Satzung getroffen, *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 3 Rn. 60 f.; *Scholz/Cziupka*, GmbHG, § 3 Rn. 60 und 93 ff.; *Priester*, DB 1979, 681 ff.; *Sailer-Coceani*, in *Münch-HdbGesR*, Bd. 4, § 6 Rn. 1 ff.

107 BGH v. 17.11.1955 – II ZR 222/54, BGHZ 19, 69 = GmbHR 1956, 44.

108 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 920 f.

109 *Tholen/Weiß*, GmbHR 2016, 915, 921.



des BGH, in welchen das Unmittelbarkeitskriterium verneint wurde, gesetzliche Abtretungsverpflichtungen betrafen. Hieraus ergab sich dort die Verneinung der Unmittelbarkeit. Um eine derartige Konstellation handelt es sich vorliegend jedoch nicht.

- 36 Nach anderer Ansicht unterfällt eine Vereinbarung § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, durch welche eine Verpflichtung zum Abschluss eines obligatorischen Vertrags begründet wird, der auf Abtretung eines Geschäftsanteils gerichtet ist.<sup>110</sup> Diese Lösung würde auch für die Beitrittsverpflichtung eine Formpflicht gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG begründen.

*ee) Formpflicht bei Verpflichtung zur Durchführung von Umwandlungsmaßnahmen gemäß §§ 6, 13, § 125 Satz 1 i. V. m. §§ 6, 13, § 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG*

- 37 Gemäß § 6 UmwG muss der Verschmelzungsvertrag notariell beurkundet werden.<sup>111</sup> Entsprechendes gilt für den Verschmelzungsbeschluss und die nach dem UmwG erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilshaber (§ 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG). Über die Verweisungsnorm des § 125 Satz 1 UmwG gelten die genannten Vorschriften für den Spaltungs- und Übernahmevertrag sowie für den Spaltungsplan entsprechend. Auch der Formwechselbeschluss und die nach dem UmwG erforderlichen Zustimmungserklärungen bedürfen gemäß § 193 Abs. 3 UmwG der notariellen Beurkundung.
- 38 Es stellt sich wie für die bereits diskutierten Inhalte von Beteiligungsverträgen die Frage, ob Verpflichtungen, welche sich auf die Durchführung von Umwandlungsmaßnahmen nach dem UmwG 1995 beziehen, der notariellen Beurkundung bedürfen. Bei den entsprechenden Vereinbarungen handelt es sich (wie bei der Verpflichtung zur Erhöhung des Stammkapitals) um Stimmbindungsvereinbarungen. Die Gesellschafter werden dazu verpflichtet, den Umwandlungsbeschluss (§ 13, § 125 Satz 1 i. V. m. § 13, § 193 UmwG) zu fassen. Zusätzlich kann eine Verpflichtung vereinbart werden, dem Geschäftsführer eine Weisung nach § 37 Abs. 1 GmbHG<sup>112</sup> zu erteilen, einen Verschmelzungs- beziehungsweise Spaltungsvertrag abzuschließen.<sup>113</sup>
- 39 Für die Frage, ob derartige Stimmbindungsvereinbarungen notariell beurkundet werden müssen, kommt es – wie bei §§ 53 Abs. 2 Satz 1, 55 Abs. 1, 15 Abs. 4 GmbHG – vorrangig auf den Zweck der einschlägigen umwandlungsrechtlichen Formvorschriften an.
- 40 Einheitlicher und zentraler Normzweck der §§ 6, 13 Abs. 3 Satz 1 (auf welche § 125 Satz 1 UmwG für die Spaltung verweist), 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG ist die materielle Richtigkeitsgewähr bzw. die Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit der Durchführung des Verfahrens.<sup>114</sup> Dieser Zweck allein würde noch nicht zur Annahme einer Beurkundungspflicht auch der Verpflichtung zur Durchführung von Umwandlungsmaßnahmen zwingen. Die bei §§ 6, 13 UmwG hinzutretende Warn- und Belehrungsfunktion (besonders hinsichtlich des Minderheitenschutzes des Umwandlungsgesetzes) führt jedoch zur Beurkundungsbedürftigkeit einer Verpflichtung zur Durchführung von Verschmelzungen<sup>115</sup>

110 Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing*, GmbHG, § 15 Rn. 64; GroßKomm-GmbHG/*Löbke*, § 15 Rn. 79.

111 Hierzu *Heckschen*, Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 4/2018, § 6 UmwG.

112 Vgl. hierzu MünchKommGmbHG/*Stephan/Tieves*, § 37 Rn. 107 ff.

113 Der Geschäftsführer ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwG i. V. m. § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für den Vertragsschluss zuständig.

114 Zur Bedeutung der Rechtssicherheit BR-Drucks. 75/95 S. 61 f., 216, abgedruckt bei Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 5/1995; ausführlich zu § 6 UmwG *Heckschen*, Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 4/2018, § 6 UmwG Rn. 1 ff.; zu § 13 UmwG *ders.*, Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 2/2022, § 13 Rn. 221 ff.; zu § 193 UmwG *Weiler*, Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 8/2018, § 193 UmwG 99 ff.; eingehend zum Ganzen auch *Stelmaszczyk*, RNotZ 2019, 177.

115 Vgl. für den Verschmelzungsbeschluss *Heckschen*, Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 2/2022, § 13 Rn. 231.1; für die Verpflichtung zur Erteilung der Weisung gilt Entsprechendes.

beziehungsweise Spaltungen. Die enge Verwandtschaft von § 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG mit § 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG<sup>116</sup> spricht für ein entsprechendes Ergebnis beim Formwechsel.

c) *Formpflicht bei Änderung von VC-Beteiligungsverträgen (i. w. S.)*

Das Problem der Beurkundungsbedürftigkeit ergibt sich auch, wenn vor einer zweiten (und weiteren) Finanzierungsrunde die vereinbarten Verpflichtungen noch nicht erfüllt wurden und im Rahmen der betreffenden Finanzierungsrunde Änderungsvereinbarungen getroffen werden. Wurde der Geschäftsanteil bereits übertragen, so ist eine Änderung des Verpflichtungsgeschäfts wohl formlos möglich.<sup>117</sup> Denkbar sind selbstverständlich auch Änderungen unabhängig von einer weiteren Finanzierungsrunde.

Es ist derzeit nicht geklärt, ob und in welchen Fällen die Änderung eines bestehenden Venture Capital-Beteiligungsvertrags (i. w. S.) zu beurkunden ist. Es müssten die Grundsätze gelten, die für den Vertragsschluss aufgestellt werden: Hinsichtlich des **Beteiligungsvertrags (i. e. S.)** und der Anwendung von § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und § 55 Abs. 1 GmbHG gilt das oben Gesagte entsprechend. Möglich ist nach allgemeinen Grundsätzen auch die Vereinbarung eines Formerfordernisses für die Änderung (§ 126 BGB). Wurden formpflichtige Teile des Beteiligungsvertrags in die Satzung verlagert, so ist eine formlose Änderung des übrigen Beteiligungsvertrags (i. w. S.) möglich.

Genauere Betrachtung verdienen Modifikationen einer bestehenden **Gesellschaftervereinbarung**, wenn letztere eine unter § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG fallende – noch nicht erfüllte (s. o.) – Verpflichtung enthält. Die *Aufhebung* einer Vereinbarung, die unter § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG fällt, ist formfrei möglich.<sup>118</sup> *Änderungen* fallen hingegen nach Ansicht des BGH unter die Beurkundungspflicht des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, wenn sie wesentliche Bestandteile des Verpflichtungsgeschäfts betreffen.<sup>119</sup> Hierbei handelt es sich um eine konsequente Anwendung des Vollständigkeitsgrundsatzes auch auf die Änderungsvereinbarung: Fallen Nebenabreden unter § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, die wesentlich für die Begründung der Abtretungsverpflichtung waren, so muss dies auch für spätere Änderungen dieser Nebenabreden gelten. Wesentliche *Zusätze* sind Änderungen gleichgestellt (sofern man diese überhaupt trennscharf auseinanderhalten kann). Die oben (vgl. Rdn. 31) beschriebene Literaturansicht, welche die Aufgabe des Vollständigkeitsgrundsatzes fordert, würde bei Änderungen § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nur auf eine Änderung der Abtretungsverpflichtung selbst anwenden.

d) *Abschluss und Änderung von Gesellschaftervereinbarungen mittels Videobeurkundung*

Der Abschluss einer Gesellschaftervereinbarung ist nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG beurkundungspflichtig, wenn diese eine (unmittelbare) Abtretungsverpflichtung etwa in Gestalt von Mitveräußerungspflichten oder Mitveräußerungsrechten, vorsieht (vgl. Rdn. 33). Gleiches gilt für die Änderung einer Gesellschaftervereinbarung, wenn die Änderung wesentliche Bestandteile des Verpflichtungsgeschäfts betrifft (vgl. Rdn. 43). Für die Praxis ist von Bedeutung, ob diese Formpflichten auch im Wege des neuen Video-Beurkundungsverfahrens nach dem Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)<sup>120</sup> bzw. dem Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG)<sup>121</sup> erfüllt werden können.

116 Vgl. BR-Drucks. 75/95 S. 216.

117 MünchKommGmbHG/*Reichert/Weller*, § 15 Rn. 109; GroßKomm-GmbHG/*Löbbe*, § 15 Rn. 109; zust. Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15 Rn. 58.

118 Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15 Rn. 61; Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing*, GmbHG, § 15 Rn. 79; zustimmend auch Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15 Rn. 58 und Noack/*Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, § 15 Rn. 35.

119 BGH, GmbHR 1989, 194, 195; *Wicke*, G§ 15 Rn. 17; *Altmeyen*, GmbHG, § 15 Rn. 73; zustimmend wohl auch Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15 Rn. 58; a. A. *Liese*, GmbHR 2010, 1256, 1259 f.

120 BGBl. 2021 I, 3338.

121 BGBl. 2022 I, [...].

- 45 Mit Wirkung ab dem 01.08.2022 hat das DiRUG in den §§ 16a ff. BeurkG n. F. neue beurkundungsrechtliche Vorschriften für ein notarielles Video-Beurkundungsverfahren eingeführt (näher dazu Rdn. 418 ff.). Der Anwendungsbereich des notariellen Videoverfahrens beschränkt sich nach dem DiRUG jedoch auf die Mindestumsetzung der Digitalisierungsrichtlinie<sup>122</sup> unter Berücksichtigung der Single-Digital-Gateway-Verordnung.<sup>123</sup> Als Folge erlaubt das DiRUG lediglich die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags bei der Bargründung einer GmbH sowie im Rahmen der Gründung gefasste Beschlüsse im Wege der Videobeurkundung (§ 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.d.F. des DiRUG i.V.m. § 16a Abs. 1 BeurkG n.F.).<sup>124</sup> Gesellschaftervereinbarungen können somit auf der Grundlage des DiRUG im Wege des notariellen Videoverfahrens nicht beurkundet werden, und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaftervereinbarung (unmittelbare) Abtretungsverpflichtungen enthält und damit der Beurkundungspflicht aus § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG unterliegt oder ob die Gesellschaftervereinbarung formfrei abgeschlossen werden kann. Denn nach der Konzeption des DiRUG können allein das Beurkundungserfordernis des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags sowie bestimmte Beschlüsse, die mit der Gründung in einem engen Zusammenhang stehen oder für diese erforderlich sind,<sup>125</sup> mittels der neuen Videobeurkundung erfüllt werden, während § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG für die Eingehung einer Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen weiterhin eine notarielle Beurkundung im Präsenzverfahren vorschreibt.<sup>126</sup> Auch sonstige nicht formbedürftige Rechtsgeschäfte soll(t)en nach dem DiRUG nur dann im Onlineverfahren beurkundet werden können, wenn der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i. d. F. des DiRUG eröffnet ist. Die Vorschrift sollte damit eine Scharnierfunktion zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht übernehmen, indem das neue Onlineverfahren auch verfahrensrechtlich nach § 16a Abs. 1 BeurkG n.F. nur bei den in § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.d.F. des DiRUG erfassten Willenserklärungen und Beschlüssen zulässig ist.<sup>127</sup>
- 46 Allerdings hatte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum DiRUG die Bundesregierung aufgefordert, zeitnah Regelungsvorschläge für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs zu erarbeiten.<sup>128</sup> Auch der Koalitionsvertrag 2021 – 2025 enthält das Vorhaben, Gründungen mit Sacheinlagen und weitere Beschlüsse mit Videokommunikation zu ermöglichen.<sup>129</sup> Diese Vorhaben hat der Gesetzgeber mit dem DiREG<sup>130</sup> umgesetzt.<sup>131</sup> Entscheidende Teile des Gesetzes sind bereits zum 01.08.2022, also bereits zu dem vom DiRUG vorgesehenen Start des Videoverfahrens, in Kraft treten (Art. 10 Abs. 1 DiREG). Die übrigen Teile folgen am 01.08.2023 (Art. 10 Abs. 2 DiREG).

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

123 Verordnung (EU) 2018/1724 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 02.10.2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012, ABl. EU L 295 v. 21.11.2018, 1.

124 Hinzu kommen Handelsregisteranmeldungen von Kapitalgesellschaften, von Zweigniederlassungen inländischer Kapitalgesellschaften und ausländischer Gesellschaften sowie von Einzelkaufleuten im Wege eines ähnlich ausgestalteten Verfahrens zur Video-Beglaubigung (§ 40a Abs. 1 Satz 2 BeurkG n.F. i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB n.F.).

125 Begr. DiRUG-RegE, BT-Drs. 19/28177, 161.

126 Ausf. hierzu *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851 ff.

127 *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 851; *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 767.

128 BT-Drs. 19/30523, 108.

129 Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), 111 f., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>.

130 BGBl. 2022 I, 1146.

131 Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 885; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077.

In Umsetzung dieser Vorgaben sieht das DiREG einige bedeutsame Ausweitungen des Anwendungsbereichs der Onlinebeurkundung vor (vgl. hierzu auch Rdn. 418).<sup>132</sup> Insbesondere wird § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG durch das DiREG mit Wirkung ab dem 01.08.2023 wie folgt neu gefasst: »Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags kann auch mittels Videokommunikation gemäß den § 16a bis 16e BeurkG n.F. erfolgen, sofern andere Formvorschriften nicht entgegenstehen; dabei dürfen in den Gesellschaftsvertrag auch Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft aufgenommen werden.« Der letzte Halbsatz, der erst im parlamentarischen Verfahren Eingang in das DiREG gefunden hat,<sup>133</sup> stellt klar, dass die anteilsbezogenen Exitregelungen wie z.B. Vorkaufsrechte, Mitveräußerungspflichten oder Mitveräußerungsrechte im Rahmen einer Videobeurkundung nach § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. i.V.m. §§ 16a bis 16e BeurkG n.F. mitbeurkundet werden können, wenn sie in den Gesellschaftsvertrag (gleich ob als echte oder unechte Satzungsbestandteile) aufgenommen werden.<sup>134</sup> Entsprechendes gilt über den Verweis in § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n.F., wenn die (unmittelbaren) Abtretungsverpflichtungen im Rahmen einer Satzungsänderung erstmals in die Satzung eingeführt oder geändert werden, vorausgesetzt der satzungsändernde Beschluss wird einstimmig gefasst.

Die mit Wirkung zum 01.08.2023 in § 2 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 GmbHG i.d.F. des DiREG statuierte Klarstellung, dass in den Gesellschaftsvertrag auch Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft aufgenommen werden dürfen, erklärt sich vor dem Hintergrund der ebenfalls mit Wirkung zum 01.08.2023 in Kraft tretenden Erweiterung des Anwendungsbereichs der Videobeurkundung des Gesellschaftsvertrags in § 2 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 GmbHG i.d.F. des DiREG, die unter dem Vorbehalt steht, dass »andere Formvorschriften nicht entgegenstehen« dürfen. In der Zusammenschau der Neuregelungen ist lediglich klargestellt, dass die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der Videobeurkundung des Gesellschaftsvertrags nicht entgegensteht. Hieraus lässt sich zugleich das Verständnis des DiREG-Gesetzgebers ableiten, dass Vorkaufsrechte, Mitveräußerungspflichten und Mitveräußerungsrechte bereits ab dem 01.08.2022 auf der Grundlage von § 2 Abs. 3 Satz 1 i.d.F. des DiREG im Onlineverfahren nach §§ 16a bis 16e BeurkG n.F. mitbeurkundet werden können, wenn sie in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Für dieses Verständnis spricht auch eine Parallelbetrachtung im Präsenzverfahren. Dort entspricht es einer verbreiteten und von den Gerichten nicht beanstandeten Praxis, dass ebendiese Abtretungsverpflichtungen bei einer Satzungsänderung auch im Wege eines Tatsachenprotokolls nach §§ 36 ff. BeurkG beurkundet werden. Insoweit ist also die Formvorschrift des § 53 Abs. 2 GmbHG vorrangig und § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG steht dem nicht entgegen. Ein Tatsachenprotokoll ist zwar im Rahmen des Onlineverfahrens unzulässig, doch lässt sich hieraus die Wertung ableiten, dass § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG i.V.m. § 2 Abs. 3 GmbHG n.F. – in ihrem beschränkten Anwendungsfeld – Vorrang gegenüber § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG genießen. Insgesamt tragen die Neuregelungen damit den Bedürfnissen der Praxis Rechnung. Zugleich stärkt der Gesetzgeber auf diese Weise die Transparenz der GmbH, indem er die Onlinebeurkundung der für die Praxis besonders bedeutsamen anteilsbezogenen Exitregelungen nur zulässt, wenn sie transparent in der Satzung verankert werden. Ob die Praxis diesem Weg folgt, wird von dem im Einzelfall notwendigen Maß an Diskretion abhängen. Klargestellt ist mit der Neufassung des § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG durch das DiREG zugleich, dass Gesellschaftervereinbarungen, die nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG beurkundungspflichtige Abtretungsverpflichtungen enthalten, auch über den 01.08.2023 hinaus ausschließlich im Präsenzverfahren beurkundet werden können. Die Mitbeurkundung der anteilsbezogenen Exitregelungen im neuen Onlineverfahren ist nur möglich, wenn diese im Rahmen einer GmbH-Gründung oder eines satzungsändernden Beschlusses in die Satzung aufgenommen werden. Das macht § 2 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 GmbHG i.d.F. des DiREG unmissverständlich deutlich.

<sup>132</sup> Die nachfolgenden Ausführungen folgen *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833 sowie *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1079 ff.; vgl. zum DiREG auch ausf. *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 885.

<sup>133</sup> Siehe BT-Drs. 20/2391, 10, 14.

<sup>134</sup> Siehe BT-Drs. 20/2391, 14.

- 49 Gleichwohl bringt das DiREG auch im Hinblick auf Gesellschaftervereinbarungen eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Onlinebeurkundung, und zwar für den Fall, dass die Gesellschaftervereinbarung nicht beurkundungspflichtig ist.<sup>135</sup> So ermöglicht es § 2 Abs. 3 Satz 3 GmbHG n.F., im Rahmen der GmbH-Gründung auch solche Willenserklärungen zu beurkunden, die nicht der notariellen Form bedürfen. Mit dieser Bestimmung schafft der Gesetzgeber Klarheit hinsichtlich sonstiger Willenserklärungen, die im Rahmen einer Onlinebeurkundung mitbeurkundet werden. Wenn also keine andere Vorschrift eine notarielle Beurkundung erfordert, kann die entsprechende Willenserklärung auch im Wege des Onlineverfahrens nach § 2 Abs. 3 Satz 1 a.E. GmbHG n.F. mitbeurkundet werden. Dahinter steht die Erwägung, dass Willenserklärungen, die auch formlos erklärt werden können, erst recht in der höherwertigen Form der Beurkundung mittels Onlineverfahren errichtet werden können.<sup>136</sup> Als Folge können nicht beurkundungsbedürftige Gesellschaftervereinbarungen wie etwa Stimmbindungsverträge oder Vereinbarungen zu Wettbewerbsverboten mit in die Urkunde aufgenommen werden.<sup>137</sup> Nach § 53 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n.F. i.V.m. § 2 Abs. 3 Satz 4 GmbHG n.F. gilt dies entsprechend auch für Beschlussfassungen. Mit dieser Regelung wird es auch entbehrlich, bei Satzungsbestimmungen zwischen beurkundungsbedürftigen und ggf. nicht beurkundungsbedürftigen Satzungsbestimmungen zu unterscheiden, was in der Fassung des DiRUG teilweise diskutiert wurde.<sup>138</sup>
- 50 Zu Vorstehendem ist jedoch eine wichtige Einschränkung zu machen:<sup>139</sup> Die Beurkundung nicht beurkundungspflichtiger Willenserklärungen (bzw. Beschlüsse) im Wege des Onlineverfahrens ist nur als Mitbeurkundung zu einer GmbH-Gründung bzw. zu einem satzungsändernden Beschluss möglich. Das macht § 2 Abs. 3 Satz 3 Hs. 2 GmbHG n.F. unmissverständlich deutlich, wenn er bestimmt, dass diese Willenserklärungen in die nach § 2 Abs. 3 Satz 1 GmbHG n.F. errichtete elektronische Niederschrift aufgenommen werden müssen. Grenze der Beurkundung nicht beurkundungsbedürftiger Willenserklärungen ist also die Urkunde. Ohne den entsprechenden Urkundenzusammenhang mit einer nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG beurkundungsbedürftigen Willenserklärung ist die Mitbeurkundung einer nicht beurkundungsbedürftigen Willenserklärung nicht möglich. Mit anderen Worten ist die isolierte Beurkundung einer nicht beurkundungsbedürftigen Gesellschaftervereinbarung nicht zulässig. Sie ist nur dann zulässig, wenn die Urkunde mindestens eine Willenserklärung enthält, die dem Formerfordernis des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG unterliegt.
- 51 Die vom DiREG vorgenommene Abgrenzung zwischen beurkundungsfähigen und nicht beurkundungsfähigen nicht beurkundungsbedürftigen Erklärungen (bzw. Beschlüssen) erscheint auf den ersten Blick ungewöhnlich. Sie ist aber sinnvoll, um den Anwendungsbereich der Onlineverfahren nicht zu stark auszudehnen, auf der anderen Seite jedoch die sinnvolle Mitbeurkundung von Willenserklärungen (und Beschlüssen) zu ermöglichen, die im Sachzusammenhang stehen.<sup>140</sup> Das Gesetz hat hier mit dem Urkundenzusammenhang ein formelles Abgrenzungskriterium gewählt, das klar verständlich und leicht einzuhalten ist.<sup>141</sup>

## 2. Unterscheidung zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen

- 52 Für die dogmatische Einordnung von Gesellschaftervereinbarungen/Nebenabreden im Gegensatz zu Satzungsbestandteilen muss zwischen **echten und unechten Satzungsbestandteilen** unterschieden

135 Vgl. hierzu *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833, 841 f.; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

136 *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

137 BT-Drs. 171/22, 23; dazu *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833, 841 f.; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

138 Vgl. hierzu etwa *Scheller*, GmbHR 2022, R 101; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 2 Rn. 78; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

139 Siehe zum Folgenden *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

140 So bereits *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

141 *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1084.

werden (vgl. auch Rdn. 72 ff.).<sup>142</sup> Unechte Satzungsbestandteile sind dogmatisch ebenfalls als schuldrechtliche Verträge zu qualifizieren und deswegen in Wirkung und Behandlung gleich den schuldrechtlichen Nebenabreden einzustufen.<sup>143</sup> Der Unterschied besteht in bloß formaler Hinsicht darin, dass unechte Satzungsbestandteile in die Satzung aufgenommen wurden, während schuldrechtliche Nebenabreden außerhalb dieser vereinbart werden.<sup>144</sup> Rechtlich sind sie gleichermaßen als schuldrechtliche Verträge zu behandeln.<sup>145</sup> Wichtigster Unterschied der unechten Satzungsbestandteile/schuldrechtlichen Nebenabreden zu echten Satzungsbestandteilen ist ihre schuldrechtliche Wirkung nur **zwischen den vereinbarenden Parteien**. Hingegen wirken echte Satzungsinhalte für alle Gesellschafter, auch für neu eintretende und können Rechte der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern begründen.<sup>146</sup> Für die Nebenabreden und unechte Satzungsbestandteile gilt das BGB, sodass für sie z. B. die Regelungen der §§ 305 ff. BGB (AGB) zur Anwendung kommen. Echte Satzungsregelungen sind einer AGB-Kontrolle nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB entzogen.<sup>147</sup> Zu beachten ist aber, dass wenn durch Nebenabreden eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts begründet wird (vgl. Rdn. 1), ebenfalls die AGB-Kontrolle gem. § 310 Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist.<sup>148</sup> Beim Verstoß gegen derartige Vereinbarungen kommen für Nebenabreden grundsätzlich (vgl. aber Rdn. 61 f.) ebenfalls nur bürgerlich-rechtliche Vertragsregeln zur Anwendung. Bei einem Vertragsbruch kann ein **Anspruch auf Schadensersatz** gegeben sein (§§ 280, 281 BGB i. V. m. schuldrechtlichem Vertrag). Hingegen können für Verstöße gegen echte Satzungsbestandteile **gesellschaftsrechtliche Sanktionen** greifen, wie z. B. der Ausschluss eines Gesellschafters.<sup>149</sup> Auch die **formalen Anforderungen** sind unterschiedlich. Schuldrechtliche Nebenabreden/unechte Satzungsbestandteile können ohne Beachtung der Formvorschriften aus §§ 2, 53, 54 GmbHG beschlossen und geändert werden (vgl. auch Kap. 9 Rdn. 27), mit Ausnahme von Regelungen i. S. von § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG.<sup>150</sup> Häufig sind aber Gesellschaftervereinbarungen gerade aus diesem Grund formbedürftig und gem. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG zwingend. Bei der inhaltlichen **Auslegung** der Nebenabreden und unechten Satzungsbestandteilen gilt der Parteiwille (§§ 133, 157 BGB), die echten Satzungsregelungen hingegen werden nach objektiven Kriterien des Satzungsinhaltes selbst ausgelegt (vgl. Rdn. 64).<sup>151</sup>

Grundlage der unterschiedlichen rechtlichen Behandlung und Wirkung echter und unechter Satzungsbestandteile ist das Trennungsprinzip (vgl. Rdn. 63).<sup>152</sup> 53

142 Ausführlich zu diesem Thema sogl. unter Rdn. 72 ff.

143 Gehrlein/Born/Simon/Simon, GmbHG, § 3 Rn. 39.

144 MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rn. 103; Scholz/Cziupka, GmbHG, § 3 Rn. 93 und 97.

145 Jäger, DStR 1996, 1935, 1937; Scholz/Cziupka, GmbHG, § 3 Rn. 98.

146 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 3 Rn. 56; GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Löbke, Bd. 1, § 3 Rn. 40; Podewils, GmbHR 2010, 980, 982; Wicke, GmbHG, § 3 Rn. 24.

147 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 3 Rn. 67; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 3 Rn. 56; Wicke, DStR 2006, 1137, 1140; Wicke, GmbHG, § 3 Rn. 24.

148 Wicke, DStR 2006, 1137, 1140.

149 Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing, GmbHG, § 14 Rn. 53; Scholz/Cziupka, GmbHG, § 3 Rn. 103; Wicke, GmbHG, § 3 Rn. 24.

150 Scholz/Cziupka, GmbHG, § 3 Rn. 118; Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Diss. 1994, S. 61; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 3 Rn. 66; Wicke, DStR 2006, 1137, 1139; Gehrlein/Born/Simon/Simon, GmbHG, § 3 Rn. 39; Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Diss. 1994, S. 61 f.

151 Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Diss. 1994, S. 61; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing, GmbHG, § 14 Rn. 53; Schmidt/Nachtwey, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 4 Rn. 163.

152 Scholz/Cziupka, GmbHG, § 3 Rn. 114 ff.