

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

Kapitel 1 Die Bedeutung und Entwicklung der GmbH	1
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

Kapitel 2 Die Errichtung der GmbH	33
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
Kapitel 3 Sonderprobleme in der Gründungsphase		196
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. Grunderwerbsteuerrechtliche 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
 Kapitel 4 Satzungsgestaltung		 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. Sitzungssitz.	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
Kapitel 5 Die Unternehmergeellschaft		601
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
 Kapitel 6 Geschäftsführung und Vertretung		656
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
 Kapitel 7 Jahresabschluss, Ergebnisverwendung und Gewinn- und Verlustverteilung		848
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
 Kapitel 8 Gesellschafterversammlung und -beschlüsse		868
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, Sitzungsgestaltung und (erleichtertes Umlaufverfahren)	936
d)	Umlaufverfahren und COVID-19-Pandemie	937
2.	Virtuelle Gesellschafterversammlung bei der GmbH	938
a)	Problemansatz: Virtuelle Versammlungen und COVMG	938
b)	DiRUG und DiREG (im Überblick)	939
c)	Das Konsensprinzip des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG	940
d)	Anfechtbarkeit 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
	Kapitel 9 Satzungsänderungen	1009
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
Kapitel 10 Kapitalmaßnahmen		1050
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 berechnete 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
	Kapitel 11 Kapitalaufbringung	1132
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 Unternehmergeellschaft	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

Kapitel 12	Euroumstellung	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
Kapitel 13	Veränderung des Gesellschafterbestandes	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

Kapitel 14 Besonderheiten bei nicht (voll) geschäftsfähigen Gesellschaftern	1529
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
Kapitel 15 Konzernrecht und stille Gesellschaft	1566
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

Kapitel 16 Kapitalerhaltung	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
 Kapitel 17 Haftung der Gesellschafter		 1714
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
Kapitel 18 Liquidation		1750
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
Kapitel 19	Insolvenz	1771
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
Kapitel 20 Firmenbestattung	1861	
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
Kapitel 21	Haftung nach § 25 HGB bei Firmenfortführung	1879
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
Kapitel 22	Besondere Erscheinungsformen der GmbH	1895
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.⁴¹¹
- 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.⁴¹²

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 Gesetze⁴¹³ 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, RDt 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, RDt 2021, 134.

I. Hintergrund und gesetzliche Grundlagen

Bereits die *Juncker-Kommission* nahm sich mit ihrem Amtsantritt zehn Prioritäten für den Zeitraum ihrer Berufung vor.⁴¹⁴ Eines dieser Kernthemen war der digitale Binnenmarkt, der auch die digitale Wirtschaft und in diesem Segment digitale Lösungen für das Gesellschaftsrecht umfasst.⁴¹⁵ 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.«⁴¹⁶ 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 25.04.2018.⁴¹⁷ Neben einem Vorschlag zur Novellierung der früheren Verschmelzungsrichtlinie und der erstmaligen Kodifikation der grenzüberschreitenden Sitzverlegung und der grenzüberschreitenden Spaltung⁴¹⁸ war das Herzstück des Pakets ein Vorschlag betreffend den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren im Gesellschaftsrecht.⁴¹⁹ 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.⁴²⁰ 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«).⁴²¹ Gestützt wurde der Regelungsvorschlag auf Art. 50 Abs. 1 u. 2 AEUV.⁴²² 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 (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 (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 (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.⁴²³ Hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führte die Kommission an, dass Online-Lösungen eine deutliche Zeit- und Kostenersparnis mit sich bringen würden.⁴²⁴ Insofern bestanden bereits keine gewichtigen Zweifel, dass die Kommission hier von ihrem Initiativrecht Gebrauch machen durfte.⁴²⁵

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.⁴²⁶ Der Rechtsausschuss im Europäischen Parlament hatte am 20.11.2018 seinen Bericht⁴²⁷ zum DigitalisierungsRL-Entwurf angenommen. Das Plenum des Europäischen Parlaments billigte daraufhin am 06.12.2018 die Aufnahme von Trilogverhandlungen.⁴²⁸ Nahezu zeitgleich einigte sich die zuständige Ratsarbeitsgruppe auf einen Kompromisstext,⁴²⁹ auf dessen Grundlage der Ausschuss der Ständigen Vertreter 1 der Ratspräsidentschaft am 05.12.2018 das Trilogmandat erteilte.⁴³⁰ In den anschließenden Verhandlungen konnten das Europäische Parlament und der Rat nach nur zwei politischen Trilogsitzungen am 04.02.2019 eine Einigung⁴³¹ erzielen, die am 14.02.2019 und 18.04.2019 durch den Ausschuss der Ständigen Vertreter 1 bzw. das Plenum des Europäischen Parlaments⁴³² gebilligt wurden. Nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU⁴³³ 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*, GmbHHR 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 (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 (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; *Drygal/Grobe*, GmbHHR 2020, 985; *Halder*, NJOZ 2020, 1505; *Heckschen*, NotBZ 2020, 241; *Kalss/Nicolussi*, EuZW 2020, 41; *Kindler/Jobst*, DB 2019, 1550; *Knaier/Meier*, GmbHHR 2020, 1336; *Knaier/Meier*, GmbHHR 2021, 77; *Limmer*, DNotZ 2020, 419, 423; *J. Schmidt*, in: *FS Hopt*, 2020, S. 1097; *Schurr*, EuZW 2019, 772; *Wachter*, GmbHHR 2019, R232.

richtlinie (Richtlinie [EU] 2019/1151)⁴³⁴ 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.⁴³⁵

2. Das DiRUG

Bereits am 18.12.2020 legte das BMJV einen umfassenden Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vor.⁴³⁶ 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.⁴³⁷ Auf der Basis dieser Richtlinie hatte der Deutsche Bundestag am 10.06.2021 das DiRUG⁴³⁸ verabschiedet. Der Bundesrat hatte am 25.06.2021 beschlossen den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen,⁴³⁹ sodass das Gesetz nach Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 13.08.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.⁴⁴⁰ Das Gesetz trat mit Wirkung zum 01.08.2022 in Kraft. Wissenschaft und Literatur setzten sich bisher intensiv mit der Entstehung des DiRUG⁴⁴¹, den technischen und verfahrensrechtlichen Umsetzungen⁴⁴² und ersten zu erwartenden Praxisproblemen⁴⁴³ 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«,⁴⁴⁴ 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 (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.⁴⁴⁵ Für das Ziel, dauerhaft die Möglichkeit von Online-Hauptversammlungen einzuführen,⁴⁴⁶ wurde bereits am 09.02.2022 ein entsprechender Referentenentwurf vorgelegt,⁴⁴⁷ dem bereits am 27.04.2022 ein erweiterter Regierungsentwurf folgte.⁴⁴⁸ Die neuen Regelungen über die Online-Hauptversammlung traten am 07.07.2022 in Kraft.⁴⁴⁹ 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.«⁴⁵⁰

- 155 Am 22.03.2022 wurde sodann ein Referentenentwurf⁴⁵¹ für ein Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG) veröffentlicht. Bereits am 13.04.2022 folgte der Regierungsentwurf.⁴⁵² 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)⁴⁵³ 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 (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 (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 (Stand: 18.04.2022).

452 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Digitalisierungsrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand: 18.04.2022); zu beiden Entwürfen *Wicke*, GmbH 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 (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.⁴⁵⁴ 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.⁴⁵⁵ 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.⁴⁵⁶ Angesichts des hoheitlichen Charakters des Beurkundungsverfahrens und seiner Bedeutung ist diese gesetzgeberische Entscheidung auch sachgerecht.⁴⁵⁷ 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.⁴⁵⁸ Die wesentlichen Eckpfeiler des von der Bundesnotarkammer zu errichtenden Videokommunikationssystems sind:⁴⁵⁹

- Das Online-Portal der Bundesnotarkammer,⁴⁶⁰ 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.⁴⁶¹
- 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).⁴⁶²
- 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.

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.⁴⁶³ Dies kann insbesondere in ländlichen Gebieten nur gelingen, wenn sämtliche Notarstellen gleichbleibend lebens- und leistungsfähig sind.⁴⁶⁴ 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.⁴⁶⁵ Durch dieses System ist es bis heute möglich, auch an wirtschaftlich weniger attraktiven Standorten eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen aufrechtzuerhalten.⁴⁶⁶

- 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.⁴⁶⁷ 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.⁴⁶⁸ 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.⁴⁶⁹ Das Ergebnis wäre eine ungewollte Verlagerung von Notarstellen, was die flächendeckende Versorgung der Rechtsuchenden gefährden würde.⁴⁷⁰
- 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.⁴⁷¹ 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:⁴⁷²
- 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.⁴⁷³ Die Wirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts und der elektronischen Urkunde bleiben davon unberührt.⁴⁷⁴ 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.⁴⁷⁵ 163

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.⁴⁷⁶ 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.⁴⁷⁷ 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.⁴⁷⁸ 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.⁴⁷⁹ Abgesehen von diesen Mindestanforderungen verbleibt den Mitgliedstaaten für die Umsetzung der Online-Gründung ein weiter Spielraum.⁴⁸⁰ 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, GmbHHR 2021, 169.

staaten Elemente der vorsorgenden Rechtspflege in das Onlineverfahren einbinden können.⁴⁸¹ 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 Rechtspflege⁴⁸² 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).⁴⁸³ 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,⁴⁸⁴ was angesichts der komplexen Organisationsstruktur und der hohen Regelungsintensität von AG und KGaA auch sachgerecht ist.⁴⁸⁵
- 168 Die Gesellschaftsrechts-RL sieht keine Beschränkungen vor betreffend der Anzahl der Gründer, ebenso wenig wie etwa juristische Personen von der Gründung ausgeschlossen werden.⁴⁸⁶ 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.⁴⁸⁷ In einigen Fällen kann es zu Auseinandersetzungen und Unsicherheiten kommen, die das Online-Gründungsverfahren erheblich verzögern können, was dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung⁴⁸⁸ der Digitalisierungsrichtlinie entgegenläuft.⁴⁸⁹ 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.⁴⁹⁰ In der EU haben erste Mitgliedstaaten Erfahrungen mit Online-Gründungsverfahren bei Mehrpersonengesellschaften gesammelt. Estland z.B. eröffnet seinen Bürgern diese Möglichkeit schon heute.⁴⁹¹ 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.⁴⁹² 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,⁴⁹³ 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.⁴⁹⁴

Die Zulassung juristischer Personen als Gründer im notariellen Online-Verfahren kann zu weiteren Praxisproblemen führen.⁴⁹⁵ Juristische Personen sind nur durch gesetzliche Vertreter handlungsfähig. Hier muss neben der Identifizierung der Person auch die Vertretungsmacht geklärt werden.⁴⁹⁶ Auf die ausländischen Register kann man sich insoweit nicht immer verlassen.⁴⁹⁷ Der Schutzstandard und die Rechtswirkungen von Registereintragungen sind in den Mitgliedstaaten trotz Harmonisierung⁴⁹⁸ immer noch sehr verschieden, insbesondere aufgrund mitgliedstaatlicher Umsetzungsdefizite.⁴⁹⁹ Hinzu kommt, dass in einigen Fällen ermittelt werden muss, ob die Gesellschaft, für die der Vertreter handelt, überhaupt existiert.⁵⁰⁰ Auch hier stößt man auf das Problem der unterschiedlichen Zuverlässigkeit der nationalen Register. Eine Verbesserung bringt möglicherweise die unionsweite Vernetzung der Handels- und Unternehmensregister.⁵⁰¹ Dennoch kann die Zulassung juristischer Personen als Gründer das Online-Gründungsverfahren ebenfalls verzögern und zu Rechtsunsicherheiten sowie zu Missbrauchspotenzial führen.⁵⁰² 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 (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.⁵⁰³ 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.⁵⁰⁴

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.⁵⁰⁵
- 172 Der deutsche Gesetzgeber hatte für das DiRUG – wie aus der Regierungsbegründung hervorgeht⁵⁰⁶ – ganz bewusst andere als komplizierter gewertete Gründungsverfahren nicht mit einbezogen.⁵⁰⁷ Ausgeschlossen waren damit insbesondere die Sachgründung einer GmbH und somit auch die gemischte Bar- und Sachgründung der GmbH.⁵⁰⁸ 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.⁵⁰⁹ 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 2010⁵¹⁰ 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.⁵¹¹ 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 (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.⁵¹²

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.⁵¹³ 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,⁵¹⁴ durch den aktuell das Umwandlungsrecht in vielen Teilbereichen reformiert wird, spricht die Thematik nicht an.⁵¹⁵ 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.⁵¹⁶ Besonders im Kontext grenzüberschreitender Umwandlungsmaßnahmen, für die insbesondere im Bereich des grenzüberschreitenden Formwechsels und der grenzüberschreitenden Spaltung nach der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie⁵¹⁷ ein Zuwachs an Praxisfällen zu erwarten steht,⁵¹⁸ 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.⁵¹⁹ Sollte dies der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der Umwandlungs-RL noch erwägen,⁵²⁰ 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 (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 (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 einstuimmige, 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.⁵²¹

- 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 2010⁵²² in der Praxis äußerst beliebt.⁵²³ 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.⁵²⁴ 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.⁵²⁵ 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.⁵²⁶ 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,⁵²⁷ wird diese Rechtsunsicherheit nun deutlich entschärft.⁵²⁸ 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.⁵²⁹ 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 (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 (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 ausgeht⁵³⁰ 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.⁵³¹ Dies geschieht vor allem deswegen, weil man die Publizität des Handelsregisters vermeiden will. Mit gutem Recht spricht daher das OLG Stuttgart⁵³² davon, dass hier eine »Schattenordnung« vorbei am transparenten Handelsregister geschaffen wird. In der Vergangenheit wurde dies zu Recht kritisiert.⁵³³ Leider hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Grundlage dafür geschaffen,⁵³⁴ sodass die Zulässigkeit von Beteiligungsverträgen bei der GmbH heute allgemein anerkannt ist.⁵³⁵ 177

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.⁵³⁶ Die Kosten für den Beteiligungsvertrag und seine Änderungen sind nicht unerheblich und beschäftigen die Gerichte immer häufiger.⁵³⁷ 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.⁵³⁸ 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**«,¹ »Konsortialverträge«).² Diese Möglichkeit ist Ausdruck der Vertragsfreiheit der Gesellschafter und daher grundsätzlich zulässig.³ Inhalt können z. B. **Stimmbindungsvereinbarungen**, Vereinbarungen über die **Bestellung und Abberufung**⁴ eines Geschäftsführers,⁵ 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.^{6 7} 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,⁸ nicht aber die Gesellschaft selbst. Nebenabreden können unter den Gesellschaftern aber zu Gunsten der Gesellschafter vereinbart werden, sodass die Gesellschaft Drittbegünstigte (§ 328 BGB)⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ 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.¹² Das OLG Schleswig weist zu Recht darauf hin, dass eine GbR auch im Vorfeld einer Kapitalerhöhung zwischen den künftigen Gesellschaftern vereinbart sein kann.¹³

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 = GmbHHR 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, GmbHHR 1993, 214 = DB 1993, 829.

9 BGH v. 15.03.2010 – II ZR 4/09, NZG 2010, 988 = GmbHHR 2010, 980; BGH v. 08.02.1993 – II ZR 24/92, GmbHHR 1993, 214 = GmbHHR 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, GmbHHR 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.¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ Die neugefasste Satzung ist dann häufig als Entwurf einer entsprechenden notariellen Urkunde zu Kapitalerhöhung und Satzungsänderung Anlage des Beteiligungsvertrages.¹⁷ Eine solche, nur auf wenige Beschlüsse beschränkte Stimmbindung zur Kapitalerhöhung und Satzungsänderung gegenüber einem künftigen Gesellschafter ist zulässig.¹⁸

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.¹⁹ 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.²⁰

Bloße Stimmbindungsvereinbarungen sind nicht beurkundungsbedürftig, auch wenn sie eine Verpflichtung zur Zustimmung zu einer Satzungsänderung beinhalten.²¹ Betrifft die Satzungsänderung allerdings eine Kapitalerhöhung, muss die Übernahmeerklärung mindestens notariell beglaubigt sein, § 55 Abs. 1 GmbHG. Das OLG München²² 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.²³ 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.²⁴ Ein Venture Capital-Beteiligungsvertrag (i. w. S.) kann typischerweise in einen Beteiligungsvertrag im engeren Sinn und in eine Gesellschaftervereinbarung unterteilt werden.²⁵ Ersterer enthält insbesondere die Verpflichtung der Altgesellschafter gegenüber dem Investor, das Stammkapital der GmbH zu erhöhen²⁶ und für die Übernahme der neuen Geschäftsanteile nur den Investor zuzulassen.²⁷ Letztere regelt (neben der Satzung) die schuldrechtliche Verbindung der Gesellschafter zueinander.²⁸
- 7 Maßgeblicher Vorteil des Beteiligungsvertrags (i. w. S.) ist vor allem seine fehlende Publizität.²⁹ Dem Handelsregister muss er nicht vorgelegt werden. Teilweise wird auch als Vorteil die – vermeintlich – fehlende Beurkundungsbedürftigkeit³⁰ und die daraus folgende Kostenersparnis angeführt.³¹ 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 privatschriftliche³² 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.³³

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 Agios³⁴, das in die offenen Rücklagen fließt. Die Zahlung des Agios kann an eine positive Entwicklung der Gesellschaft gebunden werden.³⁵ 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*, GmbHHR 2016, 915, 916.

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

28 *Tholen/Weiß*, GmbHHR 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*, GmbHHR 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*, GmbHHR 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.³⁶ Hierbei handelt es sich um eine zulässige³⁷ 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.³⁸ In der neu gestalteten Satzung werden dann, je nach Einzelfall, Sonderrechte des Investors vereinbart.³⁹ Hierbei kann es sich beispielsweise um Modifizierungen der Stimmerfordernisse zugunsten des Investors, um vermögensmäßige Vorrechte oder andere Sonderrechte des Investors handeln.⁴⁰ Üblich ist auch eine Vinkulierung der Geschäftsanteile, auf welche die Exitgestaltungen in der Gesellschaftervereinbarung Bezug nehmen.⁴¹ Regelmäßig werden auch Verwässerungsschutzklauseln für den Fall künftiger Verschiebungen der Anteilsverhältnisse sowie Garantien zugunsten des Investors im Beteiligungsvertrag (i. e. S.) geregelt.⁴²

Eine solche, nur auf wenige Beschlüsse beschränkte Stimmbindung zur Kapitalerhöhung und Satzungsänderung gegenüber einem künftigen Gesellschafter ist zulässig.⁴³ 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.⁴⁴ Diese Verpflichtung wird üblicherweise gegenüber den Altgesellschaftern übernommen, seltener gegenüber der Gesellschaft (vgl. auch Rdn. 56).

bb) Gesellschaftervereinbarung

Die vom OLG Stuttgart⁴⁵ als »Schattenordnung« bezeichnete Gesellschaftervereinbarung ist als schuldrechtlicher Vertrag nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts zu behandeln.⁴⁶ Sie regelt als Nebenabrede zur Satzung die schuldrechtliche – also nicht körperschaftliche – Verbindung der Gesellschafter für den Zeitraum nach der Kapitalerhöhung.⁴⁷

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht findet auf sie keine Anwendung.⁴⁸ 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.⁴⁹ Rechte und Pflichten aus Gesellschaftervereinbarungen gehen nicht ohne Weiteres auf einen Einzelrechtsnachfolger in den Geschäftsanteil über.⁵⁰ Hierzu bedarf es einer gesonderten Abtretung (§ 398 BGB) oder Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB).⁵¹ Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen sind auch zwischen den Gesellschaftern und der GmbH möglich⁵², spielen jedoch (allgemein⁵³ und im Besonderen) bei VC-Beteiligungsverträgen keine besondere Rolle. Die Gesellschaftervereinbarung entfaltet keine (automatische) Bindungswirkung gegenüber späteren Gesellschaftern⁵⁴, genauer gesagt: zukünftigen Gesellschaftern, die nicht bereits Vertragspartner der Gesellschaftervereinbarung sind. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse.⁵⁵ In der Gesellschaftervereinbarung können auch Rechte zugunsten der Gesellschaft begründet werden.⁵⁶ Hierbei handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regelungen der §§ 328 ff. BGB (s. Rdn. 1 und 56).⁵⁷ 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.⁵⁸ Zu den Grenzen zulässiger Gesellschaftervereinbarungen ausführlich Rdn. 56 ff. Die Auslegung von Gesellschaftervereinbarungen erfolgt anders als bei den echten Satzungsbestandteilen gemäß §§ 133, 157 BGB⁵⁹ (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.).⁶⁰ Sowohl Gesellschaftervereinbarungen als auch unechte Satzungsbestandteile sind jedoch gleichermaßen als schuldrechtliche (i. d. R. Verpflichtungs-⁶¹)Verträge zu qualifizieren.⁶²
- 15 Bei Abschluss eines VC-Beteiligungsvertrags (i. w. S.) regelt die Gesellschaftervereinbarung die zukünftige Verbindung der Altgesellschafter zum dann neu als Gesellschafter hinzugetretenen Investor.⁶³ 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.⁶⁴ 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.

16
 Üblich ist es auch, dem Investor über den gesetzlichen Standard hinausgehende Informations- und Zustimmungsrechte einzuräumen.⁶⁵ Gängig sind auch Vereinbarungen, wonach der Investor für sich selbst günstigere Konditionen verlangen darf, soweit später einem weiteren Investor günstigere Konditionen eingeräumt werden (Meistbegünstigungsklauseln).⁶⁶ 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.)

17
 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.

18
 Formpflichten können sich aus verschiedenen Aspekten ergeben: Die Übernahmeerklärung des Investors hinsichtlich der neuen Geschäftsanteile unterfällt jedenfalls der Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG.⁶⁷ Entsprechend fällt der Kapitalerhöhungsbeschluss der Altgesellschafter unter § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.⁶⁸ 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.⁶⁹

aa) Formbedürftigkeit gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG

19
 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.

20
 Die **Gesellschaftervereinbarung** unterfällt nicht der Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG (in analoger Anwendung).⁷⁰ 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.⁷¹ 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.⁷² Der Investor ist also bereits Altgesellschafter. Bei externer Finanzierung tritt ein Investor als Neugesellschafter dem Gesellschafterkreis bei.⁷³
- 22 Nach allgemeiner Ansicht schützt § 55 Abs. 1 GmbHG nicht die Altgesellschafter.⁷⁴ Er dient dem Schutz des Rechtsverkehrs, der zukünftigen Gesellschafter und der Gläubiger; weiterhin bezweckt er die Aufklärung der Allgemeinheit über die Kapitalgrundlage der Gesellschaft.⁷⁵ 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.⁷⁶
- 23 Das OLG München⁷⁷ 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.⁷⁸ Dies ergebe sich daraus, dass es sich dabei dann um einen Vorvertrag zur Übernahmeverpflichtung handle.⁷⁹ Die inzwischen herrschende Meinung in der Literatur verlangt demgegenüber keine besonderen Formerfordernisse für die Verpflichtung des Investors.⁸⁰ Dies folge daraus, dass § 55 Abs. 1 GmbHG keine Warnfunktion beinhalte, sondern ausschließlich der Aufklärung der Öffentlichkeit und des Rechtsverkehrs dienen solle.⁸¹ Verkehrsschutzgesichtspunkte werden von der Verpflichtungsvereinbarung zwischen Gesellschafter und Investor nicht berührt.⁸²

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 24 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.

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.⁸³ 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.⁸⁴

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.⁸⁵ 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.⁸⁶ Daher sei § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG insoweit auf die Stimmbindungsvereinbarung im Beteiligungsvertrag (i. e. S.) nicht anwendbar.

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

cc) Formbedürftigkeit gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG

Nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf es zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter eines 28 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.⁸⁷ Der Formzwang gilt für Angebot und Annahme.⁸⁸

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.⁸⁹ Der Schutz der Parteien (vor Übereilung) ist hingegen kein Normzweck von § 15 Abs. 3 (und Abs. 4 Satz 1) GmbHG.⁹⁰
- 30 Es werden grundsätzlich von § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nur Verpflichtungen erfasst, welche die Abtretungsverpflichtung *unmittelbar* begründen, erweitern oder verändern.⁹¹ Lediglich mittelbare Abtretungsverpflichtungen werden nicht erfasst.⁹² 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.⁹³ 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 Makler⁹⁴ (§§ 652 ff. BGB) und Kommissionsvertrag⁹⁵ (vgl. den Herausgabeanspruch aus § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB) sowie für die Fälle der Anwachsung.⁹⁶
- 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«⁹⁷ (sog. **Vollständigkeitsgrundsatz**⁹⁸). Der Vollständigkeitsgrundsatz gerät von Seiten der Literatur zunehmend unter Druck. Eine im Vordringen befindliche Ansicht fordert die Aufgabe dieses Grundsatzes.⁹⁹ § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG gelte danach nur für die Abtretungsverpflichtung selbst.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ Danach beschränke sich die Beurkundungspflicht auf die Abtretungsverpflichtung selbst.¹⁰² 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.¹⁰³ Davon abweichend wird von zahlreichen Autoren geltend gemacht, dass sich der Zweck der Norm während seiner Geltungsdauer erweitert habe.¹⁰⁴ Die Formvorschrift diene auch dazu, klare Formulierungen unter Mitwirkung des Notars sicherzustellen.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶ 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).¹⁰⁷ Überträgt man diese Vorgaben auf die Beitrittsverpflichtung, so wird man eine nur mittelbare Folge annehmen können.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.¹¹¹ Entsprechendes gilt für den Verschmelzungsbeschluss und die nach dem UmwG erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilsinhaber (§ 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 GmbHG¹¹² zu erteilen, einen Verschmelzungs- beziehungsweise Spaltungsvertrag abzuschließen.¹¹³
- 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.¹¹⁴ 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 Verschmelzungen¹¹⁵

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 UmwG¹¹⁶ 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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ *Änderungen* fallen hingegen nach Ansicht des BGH unter die Beurkundungspflicht des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, wenn sie wesentliche Bestandteile des Verpflichtungsgeschäfts betreffen.¹¹⁹ 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)¹²⁰ bzw. dem Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG)¹²¹ 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 Digitalisierungsrichtlinie¹²² unter Berücksichtigung der Single-Digital-Gateway-Verordnung.¹²³ 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.).¹²⁴ 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,¹²⁵ 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.¹²⁶ 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.¹²⁷
- 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.¹²⁸ Auch der Koalitionsvertrag 2021 – 2025 enthält das Vorhaben, Gründungen mit Sacheinlagen und weitere Beschlüsse mit Videokommunikation zu ermöglichen.¹²⁹ Diese Vorhaben hat der Gesetzgeber mit dem DiREG¹³⁰ umgesetzt.¹³¹ 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).¹³² 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,¹³³ 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.¹³⁴ 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.

¹³² 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.

¹³³ Siehe BT-Drs. 20/2391, 10, 14.

¹³⁴ 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.¹³⁵ 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.¹³⁶ Als Folge können nicht beurkundungsbedürftige Gesellschaftervereinbarungen wie etwa Stimmbindungsverträge oder Vereinbarungen zu Wettbewerbsverboten mit in die Urkunde aufgenommen werden.¹³⁷ 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.¹³⁸
- 50 Zu Vorstehendem ist jedoch eine wichtige Einschränkung zu machen:¹³⁹ 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.¹⁴⁰ Das Gesetz hat hier mit dem Urkundenzusammenhang ein formelles Abgrenzungskriterium gewählt, das klar verständlich und leicht einzuhalten ist.¹⁴¹

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.).¹⁴² Unechte Satzungsbestandteile sind dogmatisch ebenfalls als schuldrechtliche Verträge zu qualifizieren und deswegen in Wirkung und Behandlung gleich den schuldrechtlichen Nebenabreden einzustufen.¹⁴³ Der Unterschied besteht in bloß formaler Hinsicht darin, dass unechte Satzungsbestandteile in die Satzung aufgenommen wurden, während schuldrechtliche Nebenabreden außerhalb dieser vereinbart werden.¹⁴⁴ Rechtlich sind sie gleichermaßen als schuldrechtliche Verträge zu behandeln.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰ 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).¹⁵¹

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