

Geschäftsführender Herausgeber:

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Professor Dr. Mathias Habersack, LMU München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin beim BGH, Karlsruhe

Strukturierung von Finanzierungsrunden bei einer GmbH: Ausgetretene Wege, Kostenfallen und Optimierungsmöglichkeiten

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, M. C. L., WIPIT Partnerschaft mbB Rechtsanwälte Steuerberater, München

Gestalterisches Ziel der Strukturierung einer Finanzierungsrunde durch Investoren, die einem Unternehmen Eigenkapital zum Aufbau oder zur Expansion seines Geschäftsbetriebs zur Verfügung stellen, sollte es sein, den Abschlussprozess möglichst vereinfacht und kostensparend, aber rechtssicher umzusetzen. Auch wenn das seit Erscheinen Ende 2020 mehr als 28.000-mal heruntergeladene Standardvertragswerk Finanzierungsrunde des vom deutschen Start-Up-Verband und dem Business Angel Netzwerk Deutschland (BAND) initiierten German Standard Setting Instituts (GESSI) hierfür bereits einen Weg vorzeichnet, wird gleichwohl in der anwaltlichen Beratungspraxis häufig an herkömmlichen Gestaltungsformen festgehalten, die den Zielen des einfachen Abschlusses und der Kostenersparnis nicht gerecht werden. Jedenfalls nach dem Beschluss des BGH vom 12.9.2023 II ZB 6/23, BeckRS 2023, 29212, wonach sich der Geschäftswert einer nominalen Kapitalerhöhung auch durch eine außerhalb der Urkunde vereinbarte sonstige Zuzahlung bestimmt, sollte ein Umdenken einsetzen.

I. Herkömmliche Strukturierung einer Finanzierungsrunde

1. Abschluss einer gesonderten Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung in notarieller Form

a.) Inhalt

Wesentliche Regelungen für das Investment von Investoren, seien es VC- oder Private Equity-Investoren, Business Angels oder auch Corporate Venture-Beteiligungsgesellschaften, werden herkömmlich nicht in der Satzung, sondern in einem hiervon getrennten Beteiligungsvertrag einschließlich einer Gesellschaftervereinbarung als einheitlicher Urkunde geregelt. Dabei wird idR im Teil des Beteiligungsvertrags insb. die Pflicht zur Kapitalerhöhung und zu sonstigen Zuzahlungen in die Kapitalrücklage gem. § 272 II Nr. 4 HGB, meist mit Meilensteinen und einer Pflicht zur Rückübertragung übernommener Geschäftsanteile bei Nicht-

zahlung wegen der fehlenden Kaduzierungsmöglichkeit, geregelt, ferner die Pflicht zu weiteren gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen, wie etwa dem Abschluss eines neuen Geschäftsführervertrags oder zum Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung sowie ggf. einer für den Beirat; und schließlich werden Garantien der Altgesellschafter oder auch der Gesellschaft selbst zum unbelasteten Bestand der vorhandenen Beteiligungen und zu den geschäftlichen Verhältnissen der Gesellschaft vorgesehen sowie Rechtsfolgen von Garantieverletzungen geregelt. Im Teil der Gesellschaftervereinbarung folgen Regelungen zur Neufassung der Satzung, zur Verfügung über Geschäftsanteile und zu Vorerwerbs- und Mitveräußerungsrechten, einer Mitverkaufspflicht oder auch einer Übertragungsverpflichtung in der Geschäftsleitung tätiger Gesellschafter bzw. Know-How-Träger für den Fall einer Beendigung ihrer Tätigkeit (Leaver-Fälle), zu einem Erlösvorrecht im Exit-Fall (Liquidationspräferenz), zum Schutz künftig niedrigerer Bewertungen durch kompensierende Kapitalerhöhung (Verwässerungsschutz), zu Kontroll- und Informationsrechten der Investoren, einem möglichen Mitarbeiterbeteiligungsprogramm und der Verteilung seiner Lasten, zu Pflichten zu einer Übertragung von Erfindungen (IP-Rechten) sowie zu einem Abwerb- und Wettbewerbsverbot.

Handelt es sich bei dem Beteiligungsunternehmen um eine AG, können diese vertraglichen Regelungen, da es für die Übertragung von Aktien keiner bestimmten Form bedarf, auch in Schriftform getroffen werden. Die Rechtsform der AG ist allerdings im Startup-Umfeld aufgrund des Grundsatzes der Satzungsstrenge, § 23 V AktG, und der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands, § 76 I AktG, in der Regel ungeeignet und daher auch kaum gebräuchlich. Für sie gelten daher die Gestaltungsüberlegungen im Folgenden nicht. Hingegen bedarf bei der GmbH, ebenso wie bei ihrer „kleinen Schwester“, der UG (haftungsbeschränkt), die vertragliche Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäfts-

anteils nach § 15 IV GmbHG der notariellen Form. Enthält der Beteiligungsvertrag beurkundungspflichtige Regelungen, wie etwa Call-Optionen auf Geschäftsanteile im Fall der Nichtzahlung durch Investoren oder auch in Leaver-Fällen, ferner eine Verpflichtung sämtlicher Gesellschafter zum Verkauf ihrer Geschäftsanteile unter bestimmten Voraussetzungen (Drag Along), ist er insgesamt zu beurkunden. Die Aufteilung einer einheitlichen Gesamturkunde in einen beurkundungsbedürftigen und daher beurkundeten sowie in einen nur schriftlich abgefassten Teil ist nicht möglich.

b.) Gründe dieser Gestaltung

aa.) Gewohnheit und Sorge vor Publizität

An dieser Gestaltung und entsprechenden Musterverträgen wird häufig nur aus Gewohnheit festgehalten. Vorgebracht wird die Sorge vor Handelsregisterpublizität, aufgrund derer Exit-Regeln (insoweit vor allem Mitverkaufspflichten) für jedermann einsehbar würden. Dies ist aber keine begründete Sorge: Denn idR werden auch solche Mitverkaufspflichten, ähnlich wie bestimmte wesentliche Gesellschafterbeschlüsse, etwa zu Satzungsänderungen, Geschäftsführerwechsel, Budget oder auch Umstrukturierungsmaßnahmen, nur abstrakt von einem bestimmten Mehrheitserfordernis, nicht aber von bestimmten, ohnehin nur im Bereich der Spekulation liegenden Bewertungsvorstellungen abhängig gemacht. Überdies wird in der Satzung üblicherweise die Verfügungsfreiheit über Geschäftsanteile bei personalistisch geprägten Gesellschaften durch eine Vinkulierung, also die Bindung an einen zustimmenden Beschluss der übrigen Gesellschafter, eingeschränkt, § 15 V GmbHG bzw. § 68 AktG. In diesen Kontext passen dann auch die Regelungen zu Vorerwerbs- und Mitveräußerungsrechten sowie auch die Mitverkaufspflicht.

bb.) Vollständigkeitsgrundsatz

Weiteres Argument ist häufig, dass wegen des sog. Vollständigkeitsgrundsatzes (hierzu im Einzelnen Weitnauer, Festschrift für Heribert Heckschen, 2024, S. 749 ff.) nur die Beurkundung rechtssicher sei. Nach dem Vollständigkeitsgrundsatz ist das notarielle Formerfordernis auch auf nicht beurkundungsbedürftige gesonderte (Neben)abreden zu erstrecken, sofern diese Abreden von der beurkundungsbedürftigen Vereinbarung abhängig sind (also mit ihr „stehen und fallen“) oder mittelbarer Zwang zum Abschluss eines beurkundungsbedürftigen Vertrags erzeugt wird. Dieser Vollständigkeitsgrundsatz wurde vom BGH aus Gründen des Übereilungsschutzes für Bauträgerverträge entwickelt (etwa BGH Urt. v. 6.12.1979, NJW 1980, 829 = BeckRS 1979 (Ls.)). Das Formerfordernis des § 15 IV GmbHG verfolgt jedoch keinen Schutz vor Übereilung und auch keinen Belehrungszweck, sondern soll – so die gänzlich aus der Zeit gefallene Gesetzesbegründung (hierzu Weitnauer, GWR 2024, 68 ff.) – lediglich den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen verhindern (Scholz/Seibt, 13. Aufl. 2022, § 15 GmbHG Rn. 1).

Der BGH hat erstmals in seinem Urteil vom 14.4.1986 (NJW 1986, 2642 = BeckRS 1986, 4411) das Former-

fordernis des § 15 IV 1 GmbHG auf die gesamte, die Übertragungsverpflichtung begründende Vereinbarung bezogen, dies jedoch zugleich durch eine entsprechende Anwendung von § 139 BGB eingeschränkt. Entscheidend ist somit der Parteiwille. Werden selbständige Verträge in unterschiedlichen Urkunden niedergelegt, begründet dies die widerlegbare Vermutung, dass sie nicht im rechtlichen, sondern allenfalls wirtschaftlichem Zusammenhang stehen (MüKo BGB/Busche, 9. Aufl. 2021 § 139 BGB Rn. 18; BGH NJW 2011, 2874 Rn. 24 = BeckRS 2011, 9199). Der nur wirtschaftliche Zusammenhang soll jedoch nach Ansicht des BGH (vgl. etwa Urt. v. 29.2.2021 NZG 2021, 782, dort Rn. 73 = BeckRS 2021, 6236) nicht genügen. Sehen die Parteien im Bewusstsein einer möglichen Formunwirksamkeit von der Beurkundung eines Teils einer Gesamtabrede ab, liegt kein einheitliches Rechtsgeschäft vor und findet folglich der Vollständigkeitsgrundsatz keine Anwendung (BGH Urt. v. 22.9.2016 – III ZR 427/15, NJW 2016, 3525 = BeckRS 2016, 17761). Die Verortung bestimmter Regelungen in einer eigenständigen Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung spricht somit als solche schon gegen den Zusammenhang mit der Satzung. Es ist an den Parteien zu entscheiden, ob sie bestimmte Regelungen in der Satzung regeln, deren notarielle Form die des § 15 IV GmbHG wahrt (Noack/Servatius/Haas/Servatius, 23. Aufl. 2022, § 15 GmbHG Rn. 33), oder dies für die nicht beurkundungsbedürftigen Regelungen in einer gesonderten Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung tun. Entscheiden sie sich für die Nichtbeurkundung, ist dies aufgrund der Maßgeblichkeit ihres Parteiwillens für den rechtlichen Zusammenhang rechtssicher.

Entscheidend für die Anwendung des Vollständigkeitsgrundsatzes sollte überdies der Schutzzweck der jeweiligen Formbestimmung sein. Formvorschriften, die, wie § 15 III, IV GmbHG, inzwischen aus der Zeit gefallen sind und daher ihren Zweck verloren haben, sollten nicht auch noch über ihren Zweck hinaus erweiternd angewandt werden. Aus diesem Grund hat auch das OLG Frankfurt in einem Urteil vom 12.5.2015, BeckRS 2015, 11018 = GmbHR 2015, 1040, 1042 das Formerfordernis für eine Call-Option nicht auf die in diesem Zusammenhang vereinbarte Verpflichtung zur Übernahme von Anteilen aus einer Kapitalerhöhung angewandt. Eine erweiternde Anwendung eines Formerfordernisses kann nur mit dem Schutz der betroffenen Vertragsparteien begründet werden, also damit, dass das Formerfordernis auch einen Belehrungszweck verfolgt. Einen solchen Zweck verfolgt aber § 15 IV GmbHG gerade nicht. Es ist an der Zeit sich von der „Tyrannei“ des Vollständigkeitsgrundsatzes (so schon Heidenhain, NJW 1999, 3073, 3077) mit Blick auf § 15 IV 1 GmbHG zu befreien. Entscheidend ist und bleibt der Parteiwille.

Nichts anderes gilt für das Erfordernis der notariellen Beurkundung eines Kapitalerhebungsbeschlusses bzw. einer Satzungsänderung nach § 53 GmbHG. Dieses Formerfordernis dient nur der rechtssicheren Dokumentation des Beschlusses selbst, rechtfertigt aber nicht die Erstreckung auf die vertragliche Verpflichtung, einen

solchen Beschluss zu fassen. § 53 GmbHG enthält keine § 15 III GmbHG entsprechende Regelung eines Formerfordernisses für eine solche Verpflichtung.

c.) Bemessung des Werts

Nach § 35 GNotKG sind die Werte mehrerer Verfahrensgegenstände zusammenzurechnen. Dies bedeutet, dass sich der Wert eines Beteiligungsvertrags nicht nur nach dem dort vorgesehenen Investment (Nennwert und Zuzahlungen), sei es in bar oder durch Einbringung von Wandeldarlehen, bestimmt, sondern auch nach den übrigen hierin und der Gesellschaftervereinbarung vorgesehenen Regelungen, wie insb. zu Liquidationspräferenz- und Verwässerungsschutzrechten, einer Verfügungsbeschränkung oder auch dem Wert eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms (vgl. etwa LG München I Beschl. v. 1.8.2018, MittBayNot 2019, 193 ff.). Soweit Erwerbs- und Veräußerungsrechte alle Geschäftsanteile erfassen, gilt hierfür nach herrschender Meinung die Formel, dass auf den Wert aller Anteile, d. h. die Post Money-Bewertung abzüglich des auf den geringsten Anteil entfallenden Werts abzustellen ist (Streifzug durch das GNotKG 13. Aufl., Rn. 1938, 1952). Der Wert der übrigen Regelungen zu Liquidationspräferenzen oder zum Verwässerungsschutz ist unbestimmt und daher nach § 36 I GNotKG vom Notar nach billigem Ermessen zu bestimmen. Häufig wird für diese Regelungen ein Mindestwert von jeweils etwa 10 % der Post Money-Bewertung angesetzt (LG München I, Beschl. v. 1.8.2018, MittBayNot 2019, 193 ff.). Sieht man in der Gesellschaftervereinbarung eine Innen-GbR (hierzu auch Weitnauer, Handbuch Venture Capital 7. Aufl. 2022 Teil E Rn. 113), könnte hierfür nach § 107 I GNotKG ein Höchstwert von 10 Mio. € zur Anwendung gelangen. Nach der im Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl., Rn. 1941 vertretenen Ansicht gilt dies aber nur für Vereinbarungen zwischen bereits beteiligten Gesellschaftern, jedoch nicht für Vereinbarungen über die Beteiligung von Investoren und auch nicht für Exit-Vereinbarungen.

Statt der Methode der Einzelbewertung hat sich in Berlin die Praxis einer Pauschalbewertung aller Regelungen mit Abschlägen ergeben. Nach dieser Ansicht ist es aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeit der verschiedenen Regelungen und unterschiedlicher Eintrittswahrscheinlichkeiten auch nicht zu beanstanden, Gesellschaftervereinbarungen als bedingte Verpflichtung zur Verfügung über die gesamte Gesellschaft anzusehen und je nach Eintrittswahrscheinlichkeit Abschläge von der Post Money-Bewertung von bis zu 50 %, je nach Ermessen des beurkundenden Notars, § 51 III GNotKG, vorzusehen (so etwa LG Berlin II Az. 80 OH 146/23 sowie LG Berlin Az. 80 OH 38/22).

Dies alles bedeutet, dass dem beurkundenden Notar für die Bemessung des Werts der Urkunde, die dann maßgeblich die Höhe der anfallenden Notarkosten bestimmt, ein durchaus weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist. Dies führt zu einem Beurkundungstourismus innerhalb Deutschlands. Zwar besteht keine Belehrungspflicht des Notars über die Kostenfolgen seiner Beurkundungstätigkeit gem. § 17 BeurkG, da,

so der BGH in seinem Beschluss vom 1.10.2020 V ZB 67/19 BWNotZ 2021, 17, dort Rz. 27, allgemein bekannt sei, dass die Inanspruchnahme eines Notars die gesetzliche Gebührenpflicht auslöst; anderes gilt, wenn die Beteiligten den Notar auf die Kosten vor Beurkundung ansprechen. Jedoch hat der BGH in dieser Entscheidung, dort Rz. 22, auch klargestellt, dass der Notar dann, wenn zur Erreichung des angestrebten Erfolgs mehrere in jeder Hinsicht gleich sichere und zweckmäßige Wege zur Verfügung stehen, die Pflicht hat, unter diesen Wegen den kostengünstigsten zu wählen (so auch Korintenberg, GNotKG, 22. Aufl., Rn. 21 zu § 21 GNotKG). Diese Verpflichtung trifft vorgelagert auch die die Transaktion begleitenden anwaltlichen Berater, die ihre Mandanten über die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten und ihre Kosteneffekte zur Vermeidung einer eigenen Haftung vollständig aufzuklären haben, d. h. ohne einseitig nur auf angebliche Rechtsunsicherheiten der Nichtbeurkundung hinzuweisen.

In der Praxis empfiehlt es sich daher, vor einer Finanzierungsrunde von Notaren Kostenvoranschläge einzuholen. Im Hinblick darauf, dass nach der gängigen Ansicht alle einzelnen Regelungen einer Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung den Wert bestimmen, sollte zu diesem Zweck der gesamte Vertragsentwurf vorgelegt werden. Letztlich entscheiden aber, wie oben (Ziff. I 1, b, bb) ausgeführt, die Parteien. Bestehen sie auf Beurkundung, hat der Notar nicht über die Möglichkeit einer Vertragsgestaltung ohne Beurkundungserfordernis aufzuklären (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.2.2024, ZEV 2024, 625 Rz. 16).

2. Kapitalerhöhungsbeschluss

Wird sodann im Anschluss an die Beurkundung des Beteiligungsvertrags in dessen Umsetzung das Stammkapital durch einen Beschluss der Gesellschafter erhöht, bemisst sich der Wert eines solchen Barkapitalerhöhungsbeschlusses der Gesellschafter nicht nur nach dem Nennwert der nur zu nominal (also ohne Agio, das im Kapitalerhöhungsbeschluss selbst vorgesehen wäre) ausgegebenen Geschäftsanteile, sondern auch nach dem zugrundeliegenden Wert, der sich aus gesondert vereinbarten Zuzahlungen ergibt (BGH, Beschluss vom 12.9.2023, BeckRS 2023, 29212). Obwohl dieser Beschluss in Umsetzung der Verpflichtung aus dem Beteiligungsvertrag gefasst wird, handelt es sich hierbei trotz des Abhängigkeitsverhältnisses nicht um denselben Beurkundungsgegenstand nach § 109 I 2 GNotKG, da diese Regelung nur für Rechtsverhältnisse, nicht aber Beschlüsse gilt, die unter § 109 II Nr. 4 GNotKG gesondert geregelt sind. In seinem weiteren Beschluss vom 23.7.2024 (II ZB 3/24 BeckRS 2024, 26841 = GWR 2024, 381 [Berninger]) hat der BGH diese Rechtsprechung auch für einen Kapitalerhöhungsbeschluss fortgeführt, der im Rahmen einer Spaltung nach dem UmwG gefasst wurde und bei dem das abgespaltene Vermögen im Wege der Sacheinlage eingebracht wurde. Obwohl der Rechtsgrund bereits in dem gesonderten Ausgliederungs- und Übernahmevertrag gelegt sei, sei der Wert der Beschlussfassung selbständig zu ermitteln,

da es sich hierbei um einen eigenen Beurkundungsgegenstand, § 110 Nr. 1 GNotKG, handele. Dass damit der Wert eines Investments doppelt angesetzt wird, nimmt der BGH hin. Die Zusammenfassung von Kapitalerhöhungsbeschluss und Beteiligungsvereinbarung in einer Urkunde ändert zwar am doppelten Ansatz nichts, führt aber zumindest zu einer Gebührendegression; der elektronisch beglaubigten Abschrift für das Handelsregister sollte der Beteiligungsvertrag dann jedoch nicht beigefügt werden (Vossius, notar 1/2024 S. 33).

3. Übernahmeerklärung

Dreifach angesetzt wird der Wert des Investments, wenn auch die Übernahmeerklärung beurkundet wird. Da das GNotKG es nicht verbietet, einen Teilgeschäftswert, der unterschiedliche Beurkundungsgegenstände betrifft, mehrfach zu berücksichtigen, bemisst sich der Wert einer beurkundeten Übernahmeerklärung wiederum nicht nur nach dem Nennbetrag der übernommenen Geschäftsanteile, sondern auch einschließlich der zugrundeliegenden Zuzahlung, § 97 I GNotKG. Die Begrenzung auf den Wert von 5 Mio. € in § 108 IV GNotKG gilt nicht, da es sich nicht um einen Beschluss, sondern um eine eigenständige Erklärung handelt. Auch § 51 III GNotKG, der dem Notar das Ermessen einräumt, auch einen niedrigeren Wert anzusetzen, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalls unbillig wäre, gilt hierfür nicht, da diese Regelung nur für Erwerbs- und Veräußerungsrechte sowie Verfügungsbeschränkungen gilt (somit nur für die Exit-Regelungen).

II. Kostenfolgen (beispielhaft dargestellt)

Für die Beurkundung der Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung sowie den Gesellschafterbeschluss zur Kapitalerhöhung und Satzungsänderung fällt jeweils eine 2,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21100 an, für die Übernahmeerklärung eine 1,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21200 und für die Handelsregisteranmeldung eine 0,5-Gebühr gem. KV-Nr. 22110. Wird in fremder Sprache beurkundet, erfolgt ein Zuschlag von 30%, maximal von 5.000 € gem. KV-Nr. 26001: Dies gilt allerdings bei einer doppelsprachigen Fassung, bei der die deutsche maßgeblich und nur mit einer englischen „Convenience Translation“ verbunden ist, nicht, da dieser Zuschlag die Abgabe von Erklärungen in fremder Sprache bzw. die Beurkundung, Beglaubigung oder Bescheinigung in fremder Sprache voraussetzt.

Im konkreten Beispiel einer Kapitalerhöhung um 7.600 € mit einer Zuzahlung von 1.138.400 €, basierend auf einer Pre Money-Bewertung von 4,7 Mio. €, bedeutet dies, dass sich der Geschäftswert nach GNotKG nicht nur nach dem Investment von insg. 1.146.000 € bemisst, sondern zusätzlich auch noch nach dem Wert von Garantien, einer Liquidationspräferenz und einem Verwässerungsschutz, wobei hierfür jeweils mindestens 10% der geschützten Investorenzahlungen (jeweils 114.600 €) anzusetzen sind. Im Fall einer vertraglichen Verfügungsbeschränkung erhöht sich der Geschäftswert auch noch um 10% des Werts aller Geschäftsanteile und für Vorerwerbs- und Mitveräußerungsrechte um den vollen Wert aller Geschäftsanteile

ohne den geringsten (beträge der Wert des kleinsten Anteils 300 T€, wären dies im Beispiel 5.546.000 €). Werden Gründer überdies durch ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm oder auch durch eine Regelung zu ihrem Güterstand belastet, kommen auch noch nach § 36 I GNotKG zu schätzende 10% des Werts ihrer Beteiligung hinzu. In Summe kann sich so ein Geschäftswert von ca. 8,5 Mio. € errechnen, wofür die 2,0-Gebühr 20.950 € beträgt. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt für den Beschluss über die Kapitalerhöhung und Satzungsänderung nochmals eine 2,0-Gebühr hinzu, die sich aus dem Geschäftswert des Investments von 1.146.000 € berechnet, mithin ein Betrag von 3.950 €. Dieser Wert bestimmt dann auch die 0,5-Gebühr für die Handelsregisteranmeldung. Würde auch noch die Übernahmeerklärung gesondert oder im Rahmen der Niederschrift über den Kapitalerhöhungsbeschluss beurkundet, fiel hierfür eine weitere 1,0-Gebühr aus dem Geschäftswert des Investments an. Im Ergebnis kann dies zu Beurkundungskosten von annähernd 28.000 € führen, dies bei einem nur geringen Investment und einer geringen Ausgangsbewertung.

III. Gestalterische Maßnahmen

1. Satzung als Regelungsort

Im Hinblick darauf, dass die notarielle Form der Satzung das notarielle Formerfordernis des § 15 IV GmbHG ersetzt, unterliegt der Abschluss der Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung keinem notariellen Formerfordernis, wenn die beurkundungsbedürftigen Exit-Regeln in die Satzung verschoben werden und die Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung keine sonstigen beurkundungsbedürftigen Regelungen, insb. Call-Optionen vorsieht. Diese Regelungen können als Gründe für die Einziehung der betroffenen Geschäftsanteile im Rahmen der üblichen Zwangseinziehungsregelungen erfasst werden, so etwa der Verstoß gegen wesentliche Verpflichtungen aus der gesonderten Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung oder auch die jeweiligen Leaver-Fallgestaltungen, je nach den Gründen der Beendigung der Tätigkeit.

Insoweit steht die Einziehung zwar nach § 34 III, 30 I GmbHG ebenso wie eine Call-Option der Gesellschaft wegen der Schranken des Erwerbs eigener Geschäftsanteile nach § 33 II GmbHG unter dem Vorbehalt, dass für den Erwerb ausreichend freies Vermögen vorhanden sein muss, was zumindest im Startup-Umfeld meist nicht der Fall ist. Dem kann aber dadurch begegnet werden, dass die Satzung das Recht der Gesellschafter vorsieht, anstelle der Einziehung die Zwangsabtretung auch an andere Gesellschafter oder Dritte zu beschließen, die dann die Einziehungsvergütung als Abfindung schulden (also nicht die Gesellschaft, hierzu bereits im Einzelnen Weitnauer, GWR 2023, 129, 130).

Selbst von Notarseite wird es als seit langem „unbegreiflich“ bezeichnet, weshalb nicht der „Königsweg der Aufnahme in die Satzung“ beschritten wird, andererseits aber die hohen Notarkosten bei Konsortialverträgen beklagt würden (Vossius notar 1/2024 S. 32, 33).

Auch Vossius weist darauf hin, dass die kostenrechtlich erheblich ins Gewicht fallenden Bestimmungen zu Verfügungen und zur Erlösverteilung in Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarungen, würden sie in der Satzung der Gesellschaft stehen, bei einer Satzungsneufassung schlicht unter § 108 I 1 iVm § 105 IV, VI GNotKG fallen würden. Danach ist der Geschäftswert bei der Anmeldung einer späteren Satzungsänderung (nach Gründung der Gesellschaft) auf 1 % des eingetragenen Grund- oder Stammkapitals, mindestens aber 30.000 € beschränkt. Auf den Unternehmenswert kommt es in diesem Fall somit nicht an, anders als bei der vertraglichen Regelung in einer Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung.

2. Ausgabe genehmigten Kapitals

Die durch den BGH-Beschluss vom 12.9.2023 (oben I.2) ausgelösten Beurkundungskosten für einen Barkapitalerhöhungsbeschluss der Gesellschafter, bei dem es statt nur auf den Nennwert auf den sich aus gesondert vereinbarten Zuzahlungen ergebenden „inneren Wert“ der neuen Anteile ankommen soll, können vermieden werden. Dies ist möglich, wenn für die Ausgabe der neuen Anteile genehmigtes Kapital gem. § 55a GmbHG bzw. §§ 202 ff. AktG geschaffen ist (hierzu als Schlüssel für die Vereinfachung von Investmentprozessen bereits in der Ursprungssatzung oder durch späteren Beschluss geschehen. Ist es bereits in der Satzung vorgesehen, ist der Betrag des genehmigten Kapitals dem Grund- oder Stammkapital hinzuzurechnen, § 105 I Nr. 1 GNotKG. Da 1 % des Grund- oder Stammkapitals idR nicht mehr als die Mindestgrenze von 30.000 € (vorstehend Ziff. III 1) ausmachen wird, hat die Schaffung genehmigten Kapitals idR keine kostenmäßigen Auswirkungen.

Sieht die Satzung noch kein genehmigtes Kapital vor, empfiehlt es sich, dieses im Vorfeld einer Finanzierungsrunde zu beschließen. Für diesen Beschluss gilt dann wiederum nach §§ 108 I 1 iVm 105 IV, VI GNotKG der Bewertungsansatz von 1 % des Grund- bzw. Stammkapitals und von mindestens 30.000 €.

Zwar hat die Ermächtigung der Geschäftsführung bzw. des Vorstands zur Ausgabe des genehmigten Kapitals die durch § 55a GmbHG bzw. § 202 AktG gesetzten Grenzen von 50 % des im Zeitpunkt der Ermächtigung eingetragenen Stamm- oder Grundkapitals und die längste Dauer von 5 Jahren zu beachten. Doch reicht dieser Rahmen idR zur Umsetzung einer Finanzierungsrunde aus. Sodann kann wiederum neues genehmigtes Kapital beschlossen werden, wobei die Grenze von 50 % auch auf das durch die beschlossene Kapitalerhöhung erhöhte Stamm- oder Grundkapital nach dessen Eintragung bezogen werden kann.

Um die durch die Ermächtigung des genehmigten Kapitals bestehende Verfügungsfreiheit der Geschäftsführung bzw. des Vorstands einzuschränken, kann die Ausgabe des genehmigten Kapitals an einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten einer Investorenmehrheit oder eines Beirats bzw. Aufsichtsrats gebunden werden. Dies

kann als Geschäftsführungsmaßnahme auch in einer Geschäftsordnung geregelt werden. Überdies ist es möglich, geschäftsführende Gesellschafter in der Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung persönlich zu verpflichten, nicht ohne entsprechende Zustimmung über das genehmigte Kapital zu verfügen.

Die Ermächtigung zur Ausgabe des genehmigten Kapitals kann auch zum Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter berechtigen, § 203 II AktG (entsprechend anwendbar auf die GmbH). Erfolgt die Ausgabe des genehmigten Kapitals für die Umsetzung einer Finanzierungsrunde, werden die Gesellschafter aber bereits im zugrundeliegenden Beteiligungsvertrag auf die Ausübung ihrer Bezugsrechte zum Zweck der Aufnahme neuer Investoren verzichten. Daher ist ein (bei Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung anfechtbarer) Ausschluss des Bezugsrechts durch die Geschäftsführung bzw. den Vorstand für diese Zwecke nicht erforderlich und wird ein solcher Ausschluss des Bezugsrechts von Investoren, die auf die Wahrung ihrer Bezugsrechte bedacht sind, im Zweifel auch nicht vorab konzediert werden.

Die Schaffung genehmigten Kapitals hat überdies den weiteren Vorteil, dass es für die Wandlung im Vorfeld einer Finanzierungsrunde gewählter Wandelanleihen den Abschluss einer andernfalls erforderlichen Stimmabrede mit allen Gesellschaftern erspart. Es genügt der zweiseitige Abschluss eines Darlehensvertrags zwischen Darlehensgeber und Gesellschaft, die allenfalls Gewähr dafür leisten müsste, dass genehmigtes Kapital in ausreichender Höhe erhalten bleibt.

3. Sonstiges

Selbst wenn Investoren auf der Beurkundung eines Beteiligungsvertrags bestehen sollten, empfiehlt es sich, jedenfalls die Verpflichtung zum Abschluss neuer Geschäftsführeranstellungsverträge oder zur Verabschiedung von Geschäftsordnungen nicht im Beteiligungsvertrag zu regeln, sondern hierüber im Vorfeld durch die Altgesellschafter gesondert privatschriftlich Beschluss fassen zu lassen, da andernfalls für die Beurkundung der Wert des 5-fachen Jahresgehalts anzusetzen wäre, § 99 II GNotKG. Auch ein Zustimmungsbeschluss zu Anteilsverfügungen sollte gesondert außerhalb der notariellen Niederschrift gefasst werden, da er keiner Beurkundung bedarf, aber gleichen Wert wie die zu übertragenden Anteile hätte, § 108 II GNotKG.

4. Folgen

a.) Vereinfachter Zeichnungsprozess

Folgt man den Gestaltungsempfehlungen unter Ziff. III.1 und 2, kann der Beteiligungsvertrag entweder in Schriftform, auch aufgrund erteilter Vollmachten, aber auch elektronisch über DocuSign oder ein entsprechendes Verfahren abgeschlossen werden. Die Zeichnung über DocuSign bietet den Vorteil, dass zum einen alle Parteien, ggf. durch die von vornherein festgelegten vertretungsberechtigten Personen, oder persönlich unter Verwendung ihrer E-Mail-Adressen den Beteiligungsvertrag unterzeichnen und dass zum anderen der Betei-

ligungsvertrag nebst allen Anlagen elektronisch gespeichert ist. Dieser Zeichnungsprozess wird durch den federführenden Anwalt gesteuert, der auch die Vertretungsberechtigungen zu prüfen hat. Nach Abschluss des Beteiligungsvertrags beschließt sodann die Geschäftsführung über die Ausgabe des genehmigten Kapitals in der erforderlichen Höhe in Schriftform. Die Änderung der Satzung bleibt von den Bestandsgesellschaftern in einem notariellen Beschlussprotokoll zu beschließen. Dabei sollte zur Vereinfachung das verbleibende restliche genehmigte Kapital aufgehoben und sogleich neues genehmigtes Kapital als weitere Manövriermasse geschaffen werden. Diese Beschlussfassung kann für die Altgesellschafter per Vollmacht erfolgen, vereinfachend auch in einem bloßen Feststellungsprotokoll nach §§ 36, 37 BeurkG, bei dem die Satzung nicht verlesen, sondern nur das Abstimmungsergebnis festgehalten wird. Ist all dies umgesetzt und zur Überzeugung der Investoren auch nachgewiesen, können diese gesondert die neuen Geschäftsanteile durch notariell beglaubigte Erklärungen übernehmen. Der ordnungsgemäße Ablauf der Finanzierungsrunde bleibt somit bis zuletzt unter ihrer Kontrolle.

b.) Kostenfolgen

Bei diesem Prozess fallen Notarkosten nur für die Änderung bzw. Neufassung der Satzung und für die Beglaubigung der Übernahmeerklärungen an, nicht aber für die Beurkundung einer Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung und nicht für die Kapitalerhöhung, da letztere aus genehmigtem Kapital erfolgt und es hierfür nur eines privatschriftlichen Beschlusses der Geschäftsführung bedarf. Im obigen Beispielfall, also bei einem um 7.600 € erhöhten Stammkapital, ist der Geschäftswert der Satzungsänderung aus dem Mindestwert von 30.000 € zu bemessen und beträgt die 2,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21100 250 €. Diese Kosten, also 250 €, machen weniger als 1% der Kosten bei vollständiger Beurkundung (im Beispiel unter Ziff. II ca. 28.000 €) aus. Sie sind unabhängig von der Höhe des Investments und vom Unternehmenswert, also unabhängig davon, ob es sich um eine Seed- oder Later Stage-Finanzierungsrunde handelt. Hinzu kommt nur die Gebühr für die Beglaubigung der Übernahmeerklärungen. Hierfür gilt aber lediglich eine 0,2-Gebühr nach KV-Nr. 25100 von jeweils mindestens 20 € und höchstens 70 €.

IV. Fazit

Die Aufnahme nach § 15 IV GmbHG beurkundungspflichtiger Verkaufsverpflichtungen für Geschäftsanteile in die Satzung und der Ersatz von Call-Optionen durch Einziehungsregelungen mit Abtretungsermächti-

gung führen dazu, dass eine Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung vereinfacht auch auf nur elektronischem Weg, etwa über DocuSign, abgeschlossen werden kann und hierfür ansonsten, gerade bei späteren Finanzierungsrunden mit höheren Unternehmensbewertungen, anfallende erhebliche Notarkosten eingespart werden können. Dies entspricht auch der internationalen Praxis, etwa im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Investoren aus ausländischen Rechtsordnungen reagieren häufig nur ungläubig, wenn sie von den möglichen Beurkundungskosten in Deutschland erfahren. Die kostenmäßigen Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung zum Geschäftswert von Barkapitalerhöhungsbeschlüssen von Gesellschaftern können durch die Schaffung genehmigten Kapitals und dessen Ausgabe vermieden werden.

Auf diese Weise wird allen eingangs genannten Zielen einer möglichst vereinfachten und kostensparenden, zugleich aber auch rechtssicheren Strukturierung einer Finanzierungsrunde Rechnung getragen. So wie der beurkundende Notar die Pflicht hat, den kostengünstigsten Weg zu wählen, sofern dieser gleich sicher ist, sind auch die Transaktionsanwälte verpflichtet, ihre Mandanten nicht nur einseitig auf angebliche Rechtsunsicherheiten der Nichtbeurkundung hinzuweisen, sondern sie wegen der Maßgeblichkeit des Parteiwillens auch über die hier dargestellten Gestaltungsmöglichkeiten und deren Gründe aufzuklären und ihnen die bewusste Wahl zu überlassen. Entscheiden sich die Parteien dann nach Abwägung des Für und Wider, auch unter Berücksichtigung der Kostenfolgen, für die Nichtbeurkundung, ist der Vollständigkeitsgrundsatz nicht anwendbar und Rechtssicherheit gegeben. Der gemeinsame Parteiwille sollte bestätigend im Beteiligungsvertrag festgehalten werden.

Nur dann, wenn die Parteien dennoch auf einer Beurkundung bestehen, kann der Notar die Beurkundung zwar nicht ablehnen, doch trifft ihn dann die Verpflichtung zur Wahl des kostengünstigsten, aber gleich sicheren Wegs. Im Hinblick auf den notariellen Unterbietungswettbewerb, der in der Praxis wegen der größeren Bewertungsspielräume zu beobachten ist, empfiehlt es sich jedenfalls, vor der Entscheidung über eine Beurkundung eine belastbare Kostenschätzung einzuholen; belastbar ist sie dann, wenn bestätigt wird, dass sie auch einer Überprüfung durch die Revision der zuständigen Notarkasse standhalten wird.

Ann. des Verfassers: Diesen Beitrag widme ich dem von mir hochverehrten Verleger Hans-Dieter Beck. Mit großer Betroffenheit habe ich von seinem Tod am 3.1. 2025 erfahren. Sein Geist möge dem Beck-Verlag erhalten bleiben. ■