

Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Geschäftsführender Herausgeber:

RA Dr. Wolfgang Weitnauer

Herausgeber:

VRiBGH a. D. Prof. Dr. Wulf Goette

Prof. Dr. Mathias Habersack

RAin Dr. Hildegard Ziemons

Beiträge

- 245** Wolfgang Weitnauer
Formerfordernisse von Vereinbarungen über
Unternehmensbeteiligungen: Ein unnötiger Ballast?
- 250** Stephan Szalai
Neuigkeiten zur GmbH. Die Gesellschafterlistenverordnung
(GesLV) kommt!

Rechtsprechung

- 262** BVerfG: Rechtsprechung des BAG zur Zuvor-Beschäftigung
bei dreijähriger Unterbrechung im Rahmen sachgrundloser
Befristung ist verfassungswidrig (Michael Fuhlrott)
- 263** BVerfG: Streikverbot für Beamte ist verfassungsgemäß
(Michael Fuhlrott)
- 264** BAG: Verwirkung des Widerspruchsrechts nach
siebenjähriger widerspruchsloser Weiterarbeit beim
Erwerber (Michael Fuhlrott/Julia Madeleine Remy)
- 265** BAG: Keine Umdeutung einer Betriebsvereinbarung in
eine Gesamtzusage (Jens Ginal)

13/2018 10. Jahrgang · Seiten 245 bis 266 · 3. Juli 2018

Verlag C.H.BECK München



N050201813

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, Ettlingen

Formerfordernisse von Vereinbarungen über Unternehmensbeteiligungen: Ein unnötiger Ballast?

Dr. Wolfgang Weitnauer, M. C. L., Weitnauer Rechtsanwälte PartG mbB, München

Es hat sich eingebürgert, dass Gesellschafter- und Beteiligungsvereinbarungen, mit denen sich Investoren an Unternehmen beteiligen, notariell beurkundet werden. Auch bei Wandeldarlehenverträgen wird, soweit dort eine Verpflichtung zur Kapitalerhöhung bei späterer Wandlung vorgesehen wird, immer wieder die Frage nach dem Erfordernis einer notariellen Beurkundung aufgeworfen. Da für die Bemessung des Geschäftswerts einer notariellen Urkunde auf jede einzelne Verpflichtung, die hierin enthalten ist, abgestellt wird, ergeben sich häufig beträchtliche Zusatzkosten für das finanzierte Unternehmen, das in der Regel diese Kosten übernimmt. Gerade in der Startup-Phase müssen Gründer aber mit jedem Cent rechnen und erwarten auch die Investoren, dass ihr Geld für die Unternehmensentwicklung eingesetzt und nicht durch vermeidbare Kosten verbraucht wird. Im Folgenden wird daher diese Praxis hinterfragt und werden Gestaltungsalternativen aufgezeigt.

I. Einführung

In den USA wurde verstanden, dass es für die Unternehmensfinanzierung in der Frühphase darauf ankommt, die vertraglichen Regelungen einfach und leicht verständlich und Beratungsleistungen und Transaktionskosten gering zu halten. Zu diesem Zweck hat der Y Combinator, ein Frühphasen-Investor in Mountain View, Kalifornien, das sog. „Simple Agreement for Future Equity“ („SAFE“) entwickelt, auf dessen Grundlage dem Startup-Unternehmen zunächst ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung, also ohne Übernahme von Anteilen, ein zinsloser „Loan“ mit Wandlungsmechanismus auf unbestimmte Dauer und unverzinst zur Verfügung gestellt wird (der Mustervertrag findet sich unter https://www.ycombinator.com/docs/SAFE_cap_discount.rtf). Entsprechend hat auch das Business Angels Netzwerk Deutschland (BAND) einen Mustervertrag für Wandeldarlehen entwickelt (www.standardsinstitute.de). Ähnlich wie SAFE wird für die spätere Ausgabe der Geschäftsanteile auf die Bewertung einer folgenden Finan-

zierungsrunde abgestellt und wird somit eine in der Frühphase häufig schwierigere Verständigung über die Unternehmensbewertung, für die es in dieser Phase an verlässlichen Kriterien fehlt, vermieden.

Dreh- und Angelpunkt für das Beurkundungserfordernis für eine Beteiligungsvereinbarung, bei der der Investor ein Eigenkapitalinvestment gegen Übernahme von Geschäftsanteilen tätigt, ist § 15 IV GmbHG, da im Kontext der Gesellschaftervereinbarung auch Regeln zum späteren Verkauf der Unternehmensanteile getroffen werden. Venture Capital- oder auch Private Equity-Investoren beanspruchen für sich das Recht, zu einem späteren Zeitpunkt einen M&A-Prozess initiieren zu können, da sie nur über den späteren Verkauf ihrer Beteiligung die von ihnen angestrebte Rendite erzielen können (Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 5. Aufl., Teil F, Rdnr. 171 ff). Im Hinblick auf den Zusammenhang des Regelwerks wird dieses dann meist insgesamt beurkundet (vgl. die Vertragsmuster im Anhang 1 und 2 bei Bank/Möllmann, Venture Capital Agreements in Germany, 2017, die von einem Beurkundungserfordernis ausgehen).

II. Beurkundungserfordernis des Beteiligungsvertrags

1. Verpflichtung zur Kapitalerhöhung

Im Beteiligungsvertrag wird regelmäßig die vertragliche Grundlage für den Beschluss über die Kapitalerhöhung und Satzungsänderung vorgesehen, durch die die Beteiligung des Investors an der Gesellschaft gesellschaftsrechtlich umgesetzt wird. Demgemäß verpflichten sich die Gesellschafter, unter Verzicht auf ihr eigenes Bezugsrecht, eine Kapitalerhöhung zu beschließen und hierbei den Investor zur Übernahme neuer Geschäftsanteile zuzulassen, ferner die Satzung nach den Vorstellungen des Investors zu ändern bzw. neu zu fassen. Ferner verpflichtet sich der Investor regelmäßig zur Übernahme dieser neuen Geschäftsanteile und zur Leis-

tung der entsprechenden Stammeinlage und einer den Nennwert übersteigenden und den höheren Wert der Gesellschaft abbildenden Zuzahlung in die Kapitalrücklage gem. § 272 II Nr. 4 HGB. Diese Beschlüsse bedürfen bei der GmbH als Satzungsänderung gem. § 53 II GmbHG der notariellen Beurkundung und bei der AG gem. §§ 179, 130 I AktG der notariellen Niederschrift. Bei der Verpflichtung zur Fassung dieser Beschlüsse handelt es sich um eine Stimmbindungsvereinbarung. Diese ist auch gegenüber dem Investor als künftigen Gesellschafter zulässig (Maidl/Kreifels, NZG 2003, 1091; Rowedder/Schmidt/Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rdnr. 84). Sie bedarf, auch wenn sie sich auf eine Satzungsänderung bei einer GmbH bezieht, nach richtiger Ansicht keiner Form (OLG Köln, GmbHR 2003, 416; Baumbach/Hueck/Zöllner, 21. Aufl. 2017, § 47 Rdnr. 113 sowie § 53 Rdnr. 71; Scholz/Priester, 11. Aufl., § 53 Rdnr. 36 sowie § 55 Rdnr. 116; a. A. Lutter/Hommelhoff, 19. Aufl. 2016, § 53 Rdnr. 40: nur bei notarieller Beurkundung und Eintragung im Handelsregister). Für die AG folgt schon aus dem schwächeren Formerfordernis der notariellen Niederschrift, § 130 I AktG, dass es keinerlei Warn- oder Belehrungsfunktion zu Gunsten der Gesellschafter erfüllt, sondern nur der Dokumentation aus Gründen der Rechtssicherheit dient (Hüffer/Koch, 12. Aufl. 2016, § 130 Rdnr. 1, 12).

Für die Zeichnungsverpflichtung des Investors genügt jedenfalls bei der AG in Analogie zu § 185 I 1 AktG Schriftform, da diese nur vor Übereilung schützen und die Transparenz des Vorgangs gewährleisten soll (Hüffer/Koch, a. a. O. § 185 Rdnr. 1). Bei der GmbH ist die notarielle Unterschriftsbeglaubigung auch der vorvertraglichen Zeichnungsverpflichtung entsprechend der Form der Übernahmeerklärung nach § 55 I GmbHG nicht erforderlich, da auch § 55 I GmbHG keine Warnfunktion für den Übernehmer hat, sondern nur der Aufklärung der Öffentlichkeit über die Kapitalgrundlage der Gesellschaft dient (OLG München, NZG 2005, 756 = BeckRS 9998, 42746; Scholz/Priester, § 55 Rdnr. 117).

In der Praxis ist allerdings die vertragliche Begründung solcher Pflichten nicht erforderlich, da ohnehin diese Beschlüsse im direkten zeitlichen Zusammenhang mit dem Beteiligungsvertrag gefasst werden, da dieser, anders als etwa ein Unternehmenskaufvertrag, keinerlei Closing Conditions unterliegt. Und jedenfalls wird ein diesbezüglicher Formmangel bei Vereinbarung einer salvatorischen Klausel nicht zur Gesamtnichtigkeit führen.

2. Notarieller Formzwang des § 15 IV GmbH

a) Exit-Regeln und Vollständigkeitsgrundsatz

aa) Erfassung auch von Nebenabreden

In der Vertragspraxis enthält der Beteiligungsvertrag meist auch auf die Beteiligung bezogene Options- und Mitnahmerechte bzw. Mitveräußerungspflichten. Diese unterliegen bei der GmbH dem Formzwang des § 15 IV GmbHG, der auch durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Miss-

bräuchen (MoMiG) in 2008 nicht abgeschafft wurde. Nach wie vor ist aber nicht einsichtig, weshalb bei der GmbH ein höherer Übereilungsschutz für die Anteilsübertragung gelten sollte als bei der AG für die Aktienübertragung, die keiner notariellen Form bedarf, obwohl die Rechtsform der GmbH (und entsprechend der Unternehmergesellschaft mit beschränkter Haftung) gerade für frühphasige Unternehmen die gebräuchliche Rechtsform ist. Auch in der modernen Zeit von Initial Coin Offerings (ICO) und Token, die auf die vereinfachte Emission von Beteiligungen und deren Handelbarkeit abzielen, erscheint dieser Formzwang eher als Anachronismus.

Das Formerfordernis von § 15 IV GmbHG beschränkt sich nach h. M. nicht nur auf die eigentliche Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils, sondern ergreift nach dem Vollständigkeitsgrundsatz (BGH GmbHR 2001, 815, 816; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 15 Rdnr. 30) alle Nebenabreden, die nach dem Willen der Parteien Bestandteil der Abtretungsverpflichtung sein sollen, wie etwa die Zusicherung von Eigenschaften des Geschäftsanteils oder auch die Abtretungsbedingungen (Scholz/H. Winter/Seibt, a. a. O., § 15 Rdnr. 66).

bb) Zweck der Formvorschrift

Die entscheidende Frage ist, wie weit man mit der Vollständigkeit zu gehen hat, ob also etwa auch weitergehende Abreden, wie etwa die Verpflichtung zur Leistung des Investments, Garantieerklärungen, die Einräumung von Informationsrechten etc. gleichfalls beurkundungsbedürftig sind, weil sich in ihrem Kontext eine Verpflichtung zu einer Geschäftsanteilsübertragung findet. Dies kann nur mit dem Sinn und Zweck der Formvorschrift des § 15 IV GmbHG beantwortet werden.

Soweit sein Zweck darin gesehen wird, den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu unterbinden (so etwa Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 15 Rdnr. 30), wird diesem Zweck bereits durch die Vereinbarung einer Vinkulierung im Sinne von § 15 V GmbHG Rechnung getragen und wäre ihm auch schon durch die Beurkundung nur der Geschäftsanteilsabtretung oder auch der Verpflichtung hierzu genüge getan. Gleiches gilt für den Beweiszwang, nämlich Klarheit darüber zu verschaffen, wer Inhaber eines Geschäftsanteils ist; dem dient die jeweils aktuell zu haltende und beim Handelsregister zu hinterlegende Gesellschafterliste gem. § 40 GmbHG (ebenso kritisch hierzu MüKo-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 113 f.).

Der Schutz der Beteiligten vor Übereilung ist mit § 15 IV GmbHG jedoch nicht bezweckt (so auch BGH NJW 1996, 3338, 3339 sowie Scholz/Seibt, § 15 Rdnr. 7). Demgemäß hat auch das OLG Frankfurt (GmbHR 2015, 1040 ff. = BeckRS 2015, 11018) entschieden, dass die im Zusammenhang mit einem Beteiligungsvertrag eingegangene Verpflichtung zur Übernahme eines GmbH-Geschäftsanteils auch dann nicht der Formvorschrift des § 15 IV GmbHG unterliegt, wenn in einem anderen Teil dieses umfassenden Vertragswerks nach § 15 IV GmbHG formbedürftige Options-

rechte vereinbart sind. Zutreffend hat hierbei das OLG Frankfurt darauf hingewiesen, dass sich § 15 IV GmbHG entscheidend von der für Grundstücksgeschäfte geltenden Formvorschrift des § 311 b BGB unterscheidet, die auch auf andere, für sich selbst formfreie Geschäfte erstreckt wird, wenn diese mit dem Grundstücksgeschäft eine rechtliche Einheit bilden, also nach dem Willen der Parteien „miteinander stehen und fallen“ sollen (so BGHZ 76, 43; BGHZ 101, 393, 396, sowie NJW 2004, 3330; ferner Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 311 b Rdnr. 32). Denn die Erstreckung des Formzwangs auf das andere Geschäft ist dann gerechtfertigt, wenn bereits durch dieses Geschäft, etwa einen Bauträgervertrag, ein mittelbarer Zwang zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks herbeigeführt wird. Würde man es in diesem Fall bei der Formfreiheit des anderen Geschäfts belassen, könnte hierdurch der Zweck der Formvorschrift des § 311 b BGB umgangen werden. Dies trifft aber auf die Formvorschrift des § 15 IV GmbHG aufgrund der ihr zugrunde liegenden anderen Erwägungen nicht zu.

Zutreffend hat daher das OLG Frankfurt (a. a. O. S. 1042) entschieden, dass andere Rechtsgeschäfte nicht von der Formvorschrift des § 15 IV GmbHG erfasst werden, sofern sie – wie im entschiedenen Fall die Übernahmevereinbarung – rechtlich selbstständig sind, auch wenn sie mit dem formbedürftigen Geschäft im Zusammenhang stehen. Der BGH hat die gegen das Urteil des OLG Frankfurt eingelegte Revision mit Urteil vom 17.10.2017, IBRRS 2017, 3886 = BeckRS 2017, 131677 zurückgewiesen, wengleich er hierbei die Frage, ob die Übernahme des Geschäftsanteils wegen Verstoßes gegen § 15 IV GmbHG unwirksam sei, im Hinblick auf die Heilung eines etwaigen Mangels durch Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister, §§ 57 I, 54 III GmbHG, offengelassen hat.

b) Regelung in der Satzung

Auch wenn der Ein- und Ausstieg von Investoren miteinander verknüpft ist, so führen doch die Regelungen eines Beteiligungsvertrags und einer Gesellschaftervereinbarung, die das Investment und das weitere Miteinander der Gesellschafter und der Gesellschaft regeln, nicht zu einem mittelbaren Veräußerungszwang. Die dort hier geregelten Zuzahlungen mit einem etwaigen Bewertungsschutz, Garantien oder auch Informations- und Kontrollrechte haben eigenständige Bedeutung. Daher erscheint es sinnvoll, die formbedürftigen Regelungen einer Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung von den nicht formbedürftigen Bestandteilen zu trennen. Da üblicherweise die Verfügung über Geschäftsanteile, gerade auch zur Bindung von Gründungsgesellschaftern, die zugleich Know How-Träger sind, beschränkt und an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter gebunden wird, was nach § 15 V GmbHG ohnehin nur in der Satzung möglich ist, erscheint es naheliegend, die Regeln zu Vorerwerbs- und Mitveräußerungsrechten sowie Mitveräußerungspflichten auch dort im Kontext dieser Vinkulierungsregelung zu erfassen. Dabei wahrt die notarielle Beurkundung der Satzung gem. § 2 GmbHG auch die Form des

§ 15 IV GmbHG (Baumbach/Hueck/Fastrich, § 15 Rdnr. 33). Gegen die Verankerung der Mitnahmerechte in der Satzung könnte allenfalls die Sorge sprechen, dass hierdurch eine bestimmte Exit-Strategie durch die Handelsregisterpublizität bekannt würde, etwa wenn eine Mitveräußerungspflicht an die Erreichung eines bestimmten, dem Verkauf zugrunde gelegten Unternehmenswerts geknüpft wird. In der Regel werden aber Mitveräußerungspflichten abstrakt gefasst, etwa indem sie von einem qualifizierten Mehrheitsbeschluss und/oder von einer Investorenzustimmung abhängig gemacht werden. Und selbst wenn weitergehende Bedingungen an eine Mitveräußerungspflicht in einem Beteiligungsvertrag vereinbart würden, würde ein etwaiger Kaufinteressent sie ohnehin auch bei Durchführung eines üblichen Due Diligence-Prozesses vor seiner Beteiligung einsehen können; dabei macht eine solche Verpflichtung für ihn dann auch nur deutlich, dass er unter den genannten Voraussetzungen letztlich sämtliche Geschäftsanteile an der Gesellschaft zu erwerben vermag. Es ist daher nicht verständlich, weshalb diese Regelungen das Licht der Öffentlichkeit scheuen müssten.

Soweit daher der Beteiligungsvertrag nicht im Übrigen aus anderem Grund, etwa wegen üblicher Vesting-Regelungen bei vorzeitigem Ausscheiden aktiv tätiger Gründungsgesellschafter, sonstige Optionsrechte auf Übertragung von Geschäftsanteilen enthält, ist somit der Abschluss eines Beteiligungsvertrags bei einer GmbH, ebenso wie bei einer AG, in nur privatschriftlicher Form möglich. Jedoch bedarf es solcher vertraglicher Optionsrechte auf Übertragung von Geschäftsanteilen nicht, da auch insoweit eine alternative satzungsmäßige Regelung in Form von Einziehungsrechten aus den in der Satzung festzulegenden wichtigen Gründen möglich ist, so etwa auch bei Verstoß gegen Verpflichtungen aus einer auch außerhalb der Satzung abgeschlossenen Gesellschaftervereinbarung oder aus Anlass einer vorzeitigen Kündigung oder Niederlegung eines Geschäftsführeramts, § 34 I GmbHG. Anstelle der Einziehung wird regelmäßig in der Satzung eine Ermächtigung der Gesellschafter vorgesehen, die Abtretung des einzuziehenden Geschäftsanteils auch an Dritte oder die Gesellschaft beschließen zu können. Sollte die Gesellschaft selbst nicht zur Leistung einer Abfindung gem. §§ 34 III, 30 I GmbHG im Stande sein, können in einem solchen Fall die Gesellschafter alternativ die Anteilsübertragung auf einen Dritten beschließen, der sodann die Leistung der Abfindung schuldet (Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindieck, § 34 Rdnr. 67, 50). Daher liefe dies im Ergebnis auf einen Verkauf entsprechend einer Call Option hinaus.

c) Notarielle Beurkundungskosten

aa) Beteiligungsvertrag

Die satzungsmäßige Gestaltung hat Auswirkungen auf die mit der Beteiligung verbundenen Notarkosten. Denn der Wert eines Beteiligungsvertrags bestimmt sich nicht nur nach der Höhe des dort für den Investor vereinbarten Investments (Einlage und Zuzahlung bzw. Agio), sondern es werden kumulativ auch die weiteren Verpflichtungen des Beteiligungsvertrags zur Geschäfts-

wertwertbemessung hinzugerechnet. Werden Erwerbs- und Veräußerungsrechte in einem Beteiligungsvertrag begründet, liegen vielfache Austauschverhältnisse nach § 97 III GNotKG vor, die aber als alternative Vereinbarungen nur einmal in Ansatz gebracht werden können, da die Veräußerung oder der Erwerb eines Anteils auch nur einmal, nämlich entweder durch ein Vorkaufs- oder Ankaufsrecht oder die Mitverkaufsrechte bzw. Mitverkaufspflichten erfolgt.

Hierfür gilt die Formel, dass der Wert aller Anteile abzüglich dem Anteil mit dem geringsten Wert anzusetzen ist. Denn die Exit-Vereinbarungen beziehen sich grundsätzlich auf alle Geschäftsanteile, weshalb, vorbehaltlich von § 97 III GNotKG, gem. § 51 I 1 GNotKG der volle Wert der von der Vereinbarung betroffenen Anteile maßgebend ist; nur für reine Vorkaufsrechte ist gem. § 51 I 2 GNotKG die Hälfte dieses Werts maßgeblich. Da es sich um eine vertragliche Abrede handelt, ist der für eine Satzung nach § 107 I 1 GNotKG geltende Höchstwert von € 10 Mio. nicht anwendbar. Nur dann, wenn die Erwerbs- und Veräußerungsrechte bereits in einem früheren Beteiligungsvertrag vereinbart waren, kann nach § 51 III GNotKG auch ein niedrigerer Wert angesetzt werden.

Der Wert eines Beteiligungsvertrags bestimmt sich somit, wenn er die Exit-Regeln enthält, auch durch die dem Investment zugrunde gelegte Post-money-Bewertung, da diese den Wert der Anteile abbildet. Sind aber von vornerein die Exit-Regeln in der Satzung erfasst, gelten sie kraft der korporationsrechtlichen Bindungswirkung der Satzung auch für künftige Gesellschafter und damit auch für künftige Finanzierungsrunden, müssen also nicht jeweils neu vereinbart werden. Werden sie durch eine Satzungsänderung geändert, beträgt der Geschäftswert hierfür gem. § 105 IV Nr. 1 GNotKG 1 % des eingetragenen Grund- oder Stammkapitals, mindestens aber € 30.000.

bb) Kapitalerhöhungsbeschluss

Der Geschäftswert für den Kapitalerhöhungsbeschluss bestimmt sich dann nach dem Nominalbetrag der Kapitalerhöhung, wenn die weitergehenden Zuzahlungen als rein „schuldrechtliches Agio“ nach § 272 II Nr. 4 HGB gesondert im Beteiligungsvertrag nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern nur gegenüber den Gesellschaftern versprochen wurden (Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1958). Demgegenüber hat das OLG München mit Beschl. v. 26.2.2018, BeckRS 2018, 2573 = GWR 2018, 136 [Mösinger] entschieden, dass sich auch der Geschäftswert für die notarielle Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses um den Betrag der gesondert vereinbarten Zuzahlung nach §§ 108 I, 97 GNotKG erhöhe, da dies den Wert der erworbenen Beteiligung darstelle; hiergehen spreche nicht, dass dieser Betrag schon bei den Notarkosten für die Beurkundung der Gesellschaftervereinbarung berücksichtigt worden sei, da es sich um einen anderen Beurkundungsgegenstand nach § 110 Nr. 1 GNotKG handele. Dem kann nicht gefolgt werden. Denn der Wert des Beschlusses ist mit dem Nennwert ausdrücklich bestimmt. Auf den dahinter liegenden inneren Wert kommt es

nicht an. Anders wäre es nur, wenn ein echtes Agio zu Gunsten der Gesellschaft nach § 272 II Nr. 1 HGB versprochen würde. Um jeden Zweifel auszuschließen, dass es sich möglicherweise doch auch um eine Zahlungsverpflichtung zugunsten der Gesellschaft handeln könnte, sollte im Beteiligungsvertrag ausdrücklich geregelt werden, dass es sich hierbei nicht um einen Vertrag zugunsten der Gesellschaft im Sinne von § 328 BGB handelt.

III. Wandeldarlehen

1. Gestaltung

Anders als die bei der AG durch bedingtes Kapital, §§ 192 II Nr. 1, 198 AktG, unterlegte Wandelschuldverschreibung im Sinne von § 221 AktG ist das Wandlungsrecht beim Wandeldarlehen vertraglich auszugestalten (hierzu weiterführend Schönhaar, GWR 2016, 6 ff.). Dabei kann einem Wandeldarlehensgeber entweder nur ein Wandlungsrecht eingeräumt oder ihm auch eine Wandlungspflicht auferlegt werden. Letzteres macht aus Sicht der Gesellschaft vor allem im Rahmen einer weiteren Finanzierungsrunde Sinn, da weitere Investoren es in der Regel ausschließen werden, dass ihr Neuinvestment zur Rückzahlung an frühere Investoren verwendet wird.

Der Wandlung kann ein vorher bestimmter Wert zu Grunde gelegt werden; in der Regel wird aber auf die pre money-Bewertung der Gesellschaft im Wandlungsfall, also meist der nachfolgenden Finanzierungsrunde abgestellt. Hierbei kommen in der Regel (ähnlich dem eingangs erwähnten SAFE) die folgenden vier Modalitäten in Betracht:

- Vereinbarung einer Obergrenze der zugrunde zu legenden pre money-Bewertung (Cap);
- Vereinbarung eines Abschlags auf diese Bewertung, der dem früheren und damit höheren Investmentrisiko des Investors entspricht, in der Regel bis zu 20 % der Folgebewertung (Discount);
- Vereinbarung einer Obergrenze sowie eines Bewertungsabschlags (Cap and Discount);
- Einräumung des Rechts, die Vorteile nachfolgend abgeschlossener Finanzierungsinstrumente mit Wandlungsrecht auch auf diese Vereinbarung zu übertragen (most favoured nation-Regelung).

Bei der Wandlung wird, um die Erfordernisse eines Werthaltigkeitsnachweises gem. §§ 56, 56 a, 7 III GmbHG im Fall einer Sacheinlage des Darlehens zu vermeiden, meist der Weg einer Barkapitalerhöhung zum Nennwert mit Einbringung der Darlehensforderung in die Kapitalrücklage gem. § 272 II Nr. 4 HGB beschritten.

2. Genehmigtes Kapital oder Stimmrechtsvereinbarung

Die Wandlung kann durch die Schaffung eines genehmigten Kapitals gem. § 55 a GmbHG abgesichert werden. Da diese Satzungsregelung durch Beschlussfassung der Gesellschafter auch wieder geändert oder auf-

gehoben werden könnte, anders als etwa ein Bezugsrecht auf bedingtes Kapital bei einer Wandelanleihe nach § 192 IV AktG, sollte dies jedoch mit einer Verpflichtung der Gesellschafter verbunden werden, keinen abweichenden Beschluss bzgl. des genehmigten Kapitals zu fassen. In diesem Fall genügt der privatschriftliche Abschluss des Wandeldarlehensvertrags nur im Verhältnis zwischen Investor und Gesellschaft.

Ist ein genehmigtes Kapital hingegen nicht geschaffen, bedarf es des Einbezugs aller Gesellschafter in den Wandeldarlehensvertrag, die sich dann wiederum im Sinne einer Stimmbindungsvereinbarung (vgl. bereits oben) dazu verpflichten, im Fall der Wandlung eine Kapitalerhöhung zu beschließen, bei der dann der Wandeldarlehensgeber gegen Einbringung seiner Darlehensforderungen zur Übernahme neuer Geschäftsanteile zugelassen wird. Diese Stimmbindungsvereinbarung bedarf, anders als der Kapitalerhöhungsbeschluss selbst, keiner besonderen Form (so zu Recht auch Hoene/Eickmann, GmbHR 2017, 854, 857). Es handelt sich einzig und allein um eine schuldrechtliche Abrede zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten.

Anderes könnte nur dann gelten, wenn sich ein noch nicht als Gesellschafter beteiligter Darlehensgeber im Wandeldarlehensvertrag dazu verpflichtet, einer Gesellschaftervereinbarung beizutreten, die ihrerseits deshalb formbedürftig war, weil dort für die Gesellschafter eine Verkaufspflicht, etwa im Sinne eines Drag-along, nach § 15 IV GmbHG vorgesehen war. Doch würde dies nicht zur Gesamtunwirksamkeit des Darlehensvertrags führen, da die Form des § 15 IV GmbHG, wie oben dargelegt, nicht selbstständige Regelungen außerhalb der eigentlichen Verkaufspflicht erfasst. Sind die beurkundungsbedürftigen Regelungen aber in der Satzung enthalten, wird ohnehin jeder neu hinzutretende Gesellschafter hieran als alle Gesellschafter bindendes Recht gebunden. Auch dies spricht dafür, diese Regelungen in der Satzung zu verorten. Ist ein Investor bereits beteiligt, bedarf es ohnehin keiner weiteren Verpflichtung zum Beitritt zu einer Gesellschaftervereinbarung, da er bereits deren Partei und daher hierdurch auch vertraglich gebunden ist.

IV. Ergebnis

1. Die Finanzierung von Unternehmen über Wandeldarlehen bedarf, auch wenn für den Fall der Wandlung eine Verpflichtung der Gesellschafter zu einer Kapitalerhöhung vereinbart wird, keiner notariellen Form, da es sich insoweit um eine bloße Stimmbindungsvereinbarung handelt. Die Übernahmeerklärung bedarf nach § 55 I GmbHG nur der notariellen Unterschriftsbeglaubigung, nicht der notariellen Beurkundung. Da das Beglaubigungserfordernis keine Warnfunktion für den Übernehmer hat, sondern nur der Rechtsklarheit dienen soll, genügt die notarielle Beglaubigung der Übernahmeerklärung und der ggf. hierfür erteilten Vollmacht.

Hingegen bedarf es keiner weiteren Erstreckung des Beglaubigungserfordernisses auf eine Übernahmeverpflichtung.

2. Die Formvorschrift des § 15 IV GmbHG bezieht sich nur auf Nebenabreden der Anteilsübertragungsverpflichtung, nicht aber auf andere, hiervon rechtlich selbstständige Rechtsgeschäfte, also auf sonstige Regelungen eines umfassenden Beteiligungsvertrags, auch wenn sie mit Optionsrechten bzw. -pflichten in Zusammenhang stehen. Insoweit ist der Vollständigkeitsgrundsatz im Hinblick auf den eingeschränkten Schutzzweck von § 15 IV GmbHG, der, anders als etwa § 311 b BGB, keine Warnfunktion hat, gleichfalls nur in engen Grenzen anwendbar. Für die Beweisfunktion ist die Beurkundung der Abtretungsverpflichtung selbst ausreichend.

3. Demgemäß empfiehlt sich die Regelung von Vorverwerbs-, Mitveräußerungsrechten bzw. -pflichten im Zusammenhang mit der Vinkulierung von Geschäftsanteilen, die sich bei personalistischen GmbHs regelmäßig nach § 15 V GmbHG in der Satzung findet, gleichfalls in der Satzung. Damit sind sie auch für alle künftigen Gesellschafter verpflichtend. Die übrigen Regelungen einer Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung, so weit sie nicht ihrerseits selbst wiederum beurkundungsbedürftig sind, können daher privatschriftlich vereinbart werden. Dies gilt insbesondere für Verpflichtungen eines Investors zur Leistung von Zuzahlungen oder auch die Begründung künftiger Informations- und Kontrollrechte. Anstelle sonstiger Call Optionen, etwa im Fall eines vorzeitigen Ausscheidens in der Geschäftsführung aktiver Gründungsgesellschafter, kann gleichfalls in der Satzung Vorsorge getroffen werden, indem dies als wichtiger Grund für die Einziehung von Geschäftsanteilen geregelt wird, wobei auch hinsichtlich der zu leistenden Abfindung nach den Gründen eines Ausscheidens (Good oder Bad Leaver) differenziert werden kann. Alternativ zur Einziehung sollte stets das Recht der Gesellschafter vorgesehen werden, die Abtretung der einzuziehenden Geschäftsanteile an Gesellschafter oder Dritte zu beschließen.

4. Diese Gestaltung führt zu einer deutlichen Reduzierung von Notarkosten, die sich bei Beurkundung eines Beteiligungsvertrags nicht nur aus dem Investment, sondern auch für hier begründete Anteilsübertragungsverpflichtungen berechnen. Da hierbei auf die Unternehmensbewertung der Finanzierungsrunde abgestellt wird, fällt dies vor allem in späteren Finanzierungsrunden ins Gewicht. Aber auch ein Kapitalerhöhungsbeschluss zum Nennwert sollte nicht dadurch zu einem doppelten Ansatz von Notargebühren führen, dass der Wert des ausgegebenen Geschäftsanteils unter Ansatz einer hierfür gesondert gegenüber den übrigen Gesellschaftern versprochenen Zuzahlung über den Nennwert hinaus erhöht wird. ■