

### 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

## Das Beurkundungserfordernis für Geschäftsanteilsübertragungen im Zeitalter der Digitalisierung

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

Im Hinblick auf den derzeit in der Diskussion befindlichen Referentenentwurf für ein viertes Bürokratieentlastungsgesetz („BEG IV“), das dem weiteren Abbau von bürokratischen Hürden und Hemmnissen dienen soll, erscheint es an der Zeit nun nach fast 20 Jahren die schon vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) diskutierte Frage aufzugreifen, inwieweit es noch sachgerecht ist, an dem in § 15 III, IV GmbHG vorgesehenen Beurkundungserfordernis für Geschäftsanteilsabtretungen und diesbezügliche Vereinbarungen festzuhalten. Dies geschieht in der Hoffnung, deswegen nicht, wie seinerzeit Heidenhain aufgrund seines Beitrags in ZIP 2001, 721 ff. durch Kanzleiter in seiner Replik ZIP 2001, 2105 ff., persönlich als ohne Ahnung von der Bedeutung des Notarwesens angegriffen zu werden.

### I. Ein neues Zeitalter

Bereits in der Gesetzesbegründung des MoMiG war auf diverse Stellungnahmen, etwa des Handelsrechtsausschusses oder des BDI, verwiesen worden, die auf das Erfordernis einer Änderung von § 15 GmbHG hingewiesen hatten (BT-Drs. 16/6140, S. 25/26). Schon damals war das Beurkundungserfordernis als „leere Förmel“ kritisiert worden, insbesondere wegen des als sinnlos empfundenen Erfordernisses, ohnehin nicht änderbare Unterlagen, wie Inventarlisten, Mietverträge etc. vorlesen zu müssen. Diesem Erschwernis wird zwar durch die Beurkundung von Bezugsurkunden (§ 13a BeurkG) abgeholfen, doch ändert dies am grundsätzlichen Beurkundungserfordernis nichts. Zu der seinerzeit ins Auge gefassten Änderung von § 15 GmbHG durch ein weiteres Gesetz zur Erleichterung von beurkundungsrechtlichen Vorschriften ist es dann bekanntlich nicht gekommen. Inzwischen sind mehr als 15 Jahre vergangen und ist die Zeit der Digitalisierung angebrochen. Seit dem 1.8.2022 ist in Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie auch die online-Gründung von GmbHs möglich und ab 1.8.2023 aufgrund des DiREG

auch die online-Sachgründung, soweit nicht beurkundungspflichtige Übertragungen, wie etwa für Grundstücke oder nach dem UmwG, Gegenstand der Sachgründung sind. Nach § 2 III 1, Hs. 2 GmbHG dürfen in den Gesellschaftsvertrag bei dessen notarieller Beurkundung mittels Videokommunikation auch Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen aufgenommen werden.

Das zum 1.7.2021 in Kraft getretene Fondsstandortgesetz (BGBl. 2021 I, 1498 ff.) hatte u. a. die Stärkung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung zum Ziel und sah daher die lohnsteuerliche Verschonungsregelung des § 19a EStG auch für den Fall einer unentgeltlichen oder verbilligten Übertragung einer Beteiligung durch Gesellschafter des Arbeitgebers vor (§ 19a I 1 EStG), jedoch ohne die Form dieses Übertragungsvorgangs bei der GmbH zu erleichtern (zur Alternative eigenkapitalähnlicher und formfreier Genussrechte Weitnauer GWR 2023, 271 ff.). Durch das im November 2023 verabschiedete Zukunftsfinanzierungsgesetz (BGBl. 2023 I Nr. 354) wurde die Digitalisierung des deutschen Finanzmarkts vorangetrieben, indem die Ausgabe von Namensaktien auch in elektronischer Form auf Grundlage der Blockchain-Technologie bei Eintragung in ein zentrales elektronisches Wertpapierregister oder auch in ein Kryptowertpapierregister gem. § 16 eWpG (bei entsprechender Satzungsregelung) zugelassen wurde, Art. 13 ZuFinG, § 10 I 2 Nr. 3, VI AktG n.F. Der Digitalisierung des Finanzmarkts widmet sich auch das im Entwurf vorgelegte Finanzmarktdigitalisierungsgesetz in Anpassung an die VO EU 2023/1114 (MiCAR), dazu etwa John/Patz, BKR 2023, 849 ff. Die vor allem im Start-up Bereich und im Mittelstand gebräuchliche Rechtsform der GmbH und erst recht ihre kleine „Schwester“ der UG (haftungsbeschränkt) wurden hierbei aber nicht bedacht. Daher bleibt die Frage: Passt hierzu und zu weitergehenden Überlegungen einer Anwendung der Blockchain-Technologie im GmbH-Recht (Maume, NZG 2021, 1189 ff.) noch das notarielle Beur-

kundungserfordernis für Übertragungen von Geschäftsanteilen an einer GmbH und wohlgernekt sogar einer UG (haftungsbeschränkt)?

## II. Zwecke von § 15 III, IV GmbHG

### 1. Erschwernisfunktion

#### a) Die Motive des Gesetzgebers

Nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers des 19. Jahrhunderts sollte die GmbH eine Mittelstellung zwischen der individualistisch geprägten Personengesellschaft und der kapitalistisch orientierten AG einnehmen (Heidenhain, ZIP 2001, 721, 722). Obwohl der Gesetzgeber vom Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen gem. § 15 I GmbHG ausgeht, sollte dennoch die Übertragbarkeit erschwert werden, um so dem auf Gewinn ausgerichteten „spekulativen Handel“ mit GmbH-Geschäftsanteilen entgegenzuwirken und die beabsichtigte Kontinuität der GmbH-Geschäftsführung zu sichern (Scholz/Seibt, 13. Aufl. 2022, § 15 GmbHG Rdnr. 1; BGH, Urt. v. 24.3.1954, BGHZ 13, 49, 51; Urt. v. 29.9.1994, BGHZ 127, 135 = GmbHR 1994, 869 = BeckRS 1994, 6119; Urt. v. 26.9.1996, GmbHR 1996, 919 = BeckRS 1996, 7034; sowie Urt. v. 10.3.2008, GmbHR 2008, 589, 590 [m. Anm. Werner] = BeckRS 2008, 6985).

#### b) Änderungen des MoMiG

Passen diese Ziele noch in die heutige Zeit? Sinn und Zweck einer notariellen Beurkundung sollte nicht eine mittelbare Behinderung von Geschäftsanteilsabtretungen durch eine Belastung der beteiligten Parteien mit Kosten sein, sondern nach § 17 BeurkG die Belehrung über etwaige Risiken der Transaktion. Heutzutage steht gerade die Erleichterung des Kapitalverkehrs im Vordergrund und damit das Ziel einer Verringerung von Transaktionskosten (so auch Scholz/Seibt aaO, § 15 GmbHG Rdnr. 7 und so bereits Triebel/Otte ZIP 2006, 1321, 1325 mit Blick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der GmbH). Gerade auch Privatinvestoren (Business Angels) in Start-ups sind an einer erleichterten Weiterübertragung ihrer Beteiligungen (Secondaries) interessiert.

Die Änderungen des GmbHG durch das MoMiG sprechen dafür, dass die Erschwernisfunktion der notariellen Beurkundung von Vereinbarungen über Geschäftsanteilsabtretungen kein hehres Prinzip mehr ist. So sollte gerade auch durch die Einführung von Geschäftsanteilen im Nennwert von auch nur € 1, § 5 II 1 GmbHG, die Abschaffung der Teilbarkeitsanforderungen für Geschäftsanteile in § 17 GmbHG a.F., oder auch des Verbots der Übernahme weiterer Geschäftsanteile bei Gründung in § 5 II GmbHG a.F. die Fungibilität der Geschäftsanteile erleichtert werden. Ebenso wurde die „kleine“ UG (haftungsbeschränkt) in § 5a GmbHG als Alternative zu der hinsichtlich der Kapitalanforderungen erleichterten und deshalb seinerzeit populär gewordenen Rechtsform der englischen Limited (Ltd.), die diese Formerfordernisse nicht kennt, geschaffen. Die UG (haftungsbeschränkt) ist aber eines

„spekulativen Handels“ der an ihr bestehenden Beteiligungen sicherlich unverdächtig.

#### c) Entscheidungsprärogative der Gesellschafter

Die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile, von der als Grundsatz nach § 15 I GmbHG auszugehen ist, kann von den Gesellschaftern durch Zustimmungsvorbehalte in der Satzung gem. § 15 V GmbHG auch mit dinglicher Wirkung beschränkt werden. Meist werden diese Regelungen ohnehin noch ergänzt durch weitere Regelungen zu einem Anteilsverkauf, etwa durch Vorerwerbs- oder Mitveräußerungsrechte. Die Entscheidung über die Fungibilität ihrer Beteiligungen sollte daher den Gesellschaftern überlassen bleiben. Wünschen sie eine personalistische Ausprägung ihrer Gesellschaft, können sie dies durch die Vinkulierung der Geschäftsanteile selbst regeln. Auch kann die Kontinuität der Geschäftsführung einfach dadurch sichergestellt werden, dass die Abberufung eines Geschäftsführers auf einen wichtigen Grund beschränkt wird, § 38 II 1 GmbHG.

#### d) Flucht ins Ausland

Einer den Gesellschaftern durch den Gesetzgeber auferlegten Erschwerung allein durch Kosten bedarf es nicht. In vielen Fällen hat dies nur zu einem „Beurkundungstourismus“ in die Schweiz geführt, da dort bereits seit 2002 nach Art. 785 OR für die Abtretung von Stammanteilen allein die Schriftform gilt, wengleich die Abtretung idR von der Gesellschafterversammlung zu genehmigen ist; nur sofern die Statuten im Zusammenhang mit der Abtretung eines Stammanteils geändert werden müssen, ist der Gesellschafterbeschluss öffentlich zu beurkunden. Da für die Beachtung der Form nach Art. 11 I Alt. 2 EGBGB auch die Beachtung der Ortsform genügt, kommt es zum Konflikt mit dem alternativ maßgeblichen Gesellschaftsstatut nach Art. 11 I Alt. 1 EGBGB, das in § 15 III, IV GmbHG die Beurkundung vorschreibt (zu dieser bislang durch den BGH noch nicht entschiedenen Frage im Einzelnen auch Scholz/Seibt, § 15 GmbHG Rdnrn. 82 ff. m. w. N.). Soweit für eine Substitution dieses Formerfordernisses die Gleichwertigkeit der ausländischen Urkundsperson verlangt wird, mag allerdings fraglich sein, ob dies mit der bloßen Erschwernisfunktion vereinbar ist. Sie ergäbe sich allein schon daraus, dass die Parteien dazu gezwungen sind, den zusätzlichen Reiseaufwand auf sich zu nehmen.

#### 2. Kein Belehrungszweck

Allgemein anerkannt ist, dass § 15 III, IV GmbHG anders als etwa § 311b I BGB für Grundstücksgeschäfte keine Belehrungsfunktion iSv § 17 BeurkG haben (etwa Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 15 GmbHG Rdnr. 29). Dies zeigt sich allein schon daran, dass nach § 15 IV 2 GmbHG durch eine nachfolgende notariell beurkundete Abtretung des Geschäftsanteils eine zuvor in nicht notarieller Form getroffene Abrede wirksam wird; Grund ist, dass mit der Übertragung der „Handel“, der verhindert oder erschwert werden soll, erfolgt und damit der Formzweck erfüllt ist (BGH Urt. V. 21.9.1994, GmbHR 1994, 869, 870 = BeckRS 1994, 6119).

Auch bedarf die Vollmacht zum Abschluss eines Anteilskaufvertrags nach § 167 II BGB keiner notariellen Form (Scholz/Seibt aaO, § 15 GmbHG Rdnr. 7), ebenso wenig die nachträgliche Genehmigung oder die Verpflichtung hierzu, § 182 II BGB (BGH Urt. v. 2.9.1996, GmbHR 1996, 919, 920 = BeckRS 1996, 7034). Auch ist anerkannt, dass die notarielle Form der Satzung nach § 2 GmbHG die Form von § 15 IV GmbHG ersetzt (Lutter/Hommelhoff aaO, § 15 GmbHG Rdnr. 55).

Den fehlenden Schutzzweck belegt auch, dass eine persönliche Anwesenheit der Parteien bei der Beurkundung nicht vorgeschrieben ist; und wie § 15 IV 2 GmbHG zeigt, ist auch eine Kenntnis des die Anteilsabtretung beurkundenden Notars von der zugrundeliegenden Abrede nicht verlangt (König ZIP 2004, 1838, 1840). Einen Schutz vor übereiltem Handeln bezweckt § 15 IV GmbHG nicht (so etwa BGH Urt. v. 25.9.1996, GmbHR 1996, 919, 920), weshalb dies auch nicht als „zweite Seite“ des Zwecks, den „spekulativen Handel“ zu erschweren, angesehen werden kann (so Wicke, ZIP 2006, 977, 979). Denn eine Warnfunktion hat jede Form, weshalb dies von der Beratungs- und Belehrungsfunktion zu unterscheiden ist (MüKo/Armbrüster/Einsele BGB 9. Aufl. 2021, § 125 Rdnr. 8). Dies zeigt sich etwa auch am bloßen Schriftformerfordernis für Bürgschaften gem. § 766 BGB, das eine Warnfunktion erfüllt, im Unterschied zu dem in § 311b III BGB vorgesehenen Beurkundungserfordernis für einen Vertrag über die Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens.

### 3. Beweisfunktion

#### a) Kein zwingendes Beurkundungserfordernis

Neben der Erschwernisfunktion soll § 15 III, IV GmbHG auch dem Beweis der Anteilsinhaberschaft dienen. Die Beweisfunktion für die Abgabe von Erklärungen ist jedoch nicht dem Beurkundungserfordernis eigen; eine solche hat jede Art der Form, auch die Schriftform gem. §§ 126, 127 BGB. Auch die Schriftform ermöglicht die Identifizierung des Ausstellers der Urkunde und erfüllt den Zweck, die Parteien eindeutig über die von ihnen übernommenen Rechte und Pflichten zu informieren (Grüneberg/Ellenberger, BGB 83. Aufl. 2024, § 125 BGB Rdnr. 3 f.). Eine Richtigkeitsgewähr für den Inhalt bietet auch die öffentliche Urkunde nach § 416 ZPO nicht. Ob die Erklärung inhaltlich richtig und wirksam ist, etwa im Fall einer Anfechtung, unterliegt der freien Würdigung nach § 286 ZPO bei der öffentlichen Urkunde ebenso wie bei einer Privaturkunde nach § 415 ZPO (Thomas/Putzo/Seiler, 43. Aufl., 2022, § 415 ZPO Rdnr. 5, § 416 ZPO Rdnr. 2; BGH Urt. v. 16.4.2015, ZIP 2015, 1447 ff. Rn. 13 = BeckRS 2015, 10929; BGH Urt. v. 4.6.2002, NJW 2002, 2707 = BeckRS 2002, 5753). Aber auch der Beweisfunktion hat der MoMiG-Gesetzgeber bereits durch die Einführung der Gesellschafterliste gem. § 40 GmbHG genüge getan, die Legitimationswirkung für die in der Gesellschafterliste eingetragenen Personen gegenüber der Gesellschaft gem. § 16 I GmbHG hat.

#### b) Richtigkeitsgewähr?

Auch wenn Lutter/Hommelhoff aaO § 15 Rdnr. 1 die Abschaffung des notariellen Beurkundungserfordernisses für das schuldrechtliche Kausalgeschäft für überdenkenswert ansehen, halten sie wegen des durch die Gesellschafterliste ermöglichten gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen, § 16 III GmbHG, das Beurkundungserfordernis der Geschäftsanteilsabtretung gem. § 15 III GmbHG für unverzichtbar. Demgegenüber ist allerdings zu bedenken, dass § 15 GmbHG nur für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen über Geschäftsanteilsabtretungen gilt, also nicht etwa für einen Rechtsinhaberwechsel durch Gesamtrechtsnachfolger im Wege des Erbgangs (Lutter/Hommelhoff, aaO § 15 GmbHG Rdnr. 25) oder auch aufgrund eines Einziehungsbeschlusses gem. § 34 GmbHG. In allen diesen Fällen liegt es nach § 40 I GmbHG in der Verantwortung der Geschäftsführer und nicht des Notars, die geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen.

#### c) Beweiswirkung auch bei digitaler Signatur

Für die neue Liste bzw. Erklärung des Geschäftsführers genügt nun auch in Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie eine Unterschrift mit qualifizierter elektronischer Signatur gem. § 126a BGB. Die Schriftform mit ihrer identifizierenden und beweisichernden Wirkung wird nach § 126a II BGB bei einem Vertrag auch dadurch eingehalten, dass die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument elektronisch signieren, indem sie ihrer Erklärung ihren Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen (hierzu Grüneberg/Ellenberger, aaO § 126a BGB Rdnrn. 3 f.). Da das elektronische Dokument das gesamte formbedürftige Geschäft enthalten muss, gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Urkunde auch hierfür. Im Hinblick auf die wechselseitige Verknüpfung der digitalen Daten kann auch das Dokument nicht unbemerkt geändert werden. Dementsprechend hat sich inzwischen in der Praxis die Unterzeichnung von Verträgen durch DocuSign eingebürgert. Auch hierbei wird der Vertrag mit allen Anlagen und Unterschriften der Vertretungsberechtigten elektronisch gespeichert und wie in einer Notarurkunde dokumentiert.

### III. Reformbedarf

#### 1. Rechtsunsicherheit aufgrund des Vollständigkeitsgrundsatzes

##### a) Anwendung im Rahmen von § 15 IV GmbHG

Der BGH Urt. v. 14.4.1986, NJW 1986, 2642, BeckRS 1986, 4411 hat in einem Fall, in dem sich die Parteien über die Übertragung eines Kommanditanteils an einer GmbH & Co. KG in Kenntnis der Formbedürftigkeit der späteren Übertragung des Geschäftsanteils auch an der Komplementär-GmbH, die als Verpflichtung bereits in der Satzung für den Fall des Austritts aus der KG vorgesehen war, das Formerfordernis von § 15 IV 1 GmbHG auf die gesamte Vereinbarung, in der die Übertragungsverpflichtung begründet wurde, „unter Einschluss aller mit ihr verbundenen Abreden, insbesondere

re derjenigen über die Gegenleistung“ ausgedehnt. Da nicht klar gewesen sei, ob durch die vereinbarte Vergütung auch eine Entschädigung für den abzutretenden Geschäftsanteil berücksichtigt worden sei und die getroffene Vereinbarung daher möglicherweise nicht durch die Satzung gedeckt sei, sei die Formunwirksamkeit der getroffenen Vereinbarung nicht auszuschließen. Doch begrenzte der BGH zugleich diese Rechtsfolge durch Anwendung der Teilunwirksamkeitsregelung des § 139 BGB: § 15 IV 1 GmbHG führe nicht zur Nichtigkeit von solchen Teilen einer Vereinbarung, die für sich allein nicht formbedürftig gewesen wären und von denen anzunehmen sei, dass sie auch ohne die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils abgeschlossen worden wären. Allerdings komme § 139 BGB nur entsprechend zum Tragen, weil die Formbedürftigkeit die gesamte Vereinbarung erfasse und sich daher der Mangel der Form als Nichtigkeitsgrund nach § 125 S. 1 BGB grds. auf alle Teile der Vereinbarung erstrecke.

Auch wenn daher eine salvatorische Erhaltungs- und Ersetzungsregelung in dem nicht beurkundungsbedürftigen Teil der Vereinbarung wegen des weitergehenden Formerfordernisses unwirksam wäre, hat sie dennoch zur Folge, dass sie demjenigen die Beweislast zuweist, der sich auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrags beruft (Grüneberg/Ellenberger, aaO, § 139 BGB Rdnr. 17). Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen die Vereinbarungen nicht in einer einzigen Urkunde zusammengefasst sind, was als solches für die Einheitlichkeit des Geschäfts spricht (MüKo/Busche, BGB 9. Aufl. 2021, § 139 BGB Rdnr. 19).

### b) Getrennte Vereinbarungen

Schwieriger wird es jedoch bei der Frage, ob die voneinander getrennten Abreden nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich im Zusammenhang stehen, da dies letztlich von der tatrichterlichen Würdigung abhängt (vgl. diese Differenzierung etwa bei BGH Urt. v. 21.2.2021 NZG 2021, 782, 789 Rn. 74 = BeckRS 2021, 6236 zum Verhältnis eines Optionsvertrags zu einem späteren Spaltungsvertrag). In diesem Fall hat der BGH auf die zum Baurärgeschäft mit Blick auf § 311b I BGB eingeführte Formel abgestellt, ob die Abreden nach dem Willen der Beteiligten ein einheitliches Ganzes bilden, also mit dem formbedürftigen Geschäft „stehen und fallen“ sollen (etwa BGH, Urt. v. 6.12.1979, BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829; sowie BGH Urt. v. 16.7.2004, NJW 2004, 3330 = BeckRS 2004, 7453). Andererseits kann sich aus dem Willen der Parteien auch ergeben, dass gerade keine rechtliche Einheit mit dem Abtretungsvertrag besteht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Parteien von der erforderlichen Beurkundung wirtschaftlich verbundener Verträge bewusst absehen (vgl. BGH Urt. v. 22.9.2016 – III ZR 427/15, NJW 2016, 3525 Rn. 14 ff., wo die bewusst in Kauf genommene Formnichtigkeit des Treuhandvertrags nicht die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags berührte). Wenn sich die Parteien nun im Fall wirtschaftlich verbundener Verträge bewusst für eine getrennte Gestaltung entscheiden und gleichzeitig gegen die vollständige Beurkundung aller Verträge, ist die rechtliche

Einheit abzulehnen. Zurecht hat zudem das OLG Frankfurt a. M. (Urt. v. 12.5.2015 GmbHR 2015, 1040, 1042 = BeckRS 2015, 11018) im Hinblick auf die anderen Erwägungen, die der Formvorschrift des § 15 IV GmbHG zugrunde liegen, abgelehnt, das Formerfordernis des § 15 IV GmbHG für eine Optionsvereinbarung auf die Übernahme eines GmbH-Geschäftsanteils im Wege der Kapitalerhöhung zu erstrecken, die ebenfalls Teil des Vertragswerks war. Weiterer Entscheidungsgrund war, dass die Übernahmevereinbarung ohnehin einer eigenen gesetzlich vorgeschriebenen Form, nämlich der notariellen Beglaubigung nach § 55 I GmbHG unterliege. Auch stützte sich das OLG Frankfurt a. M. darauf, dass die vertraglich vorgesehene salvatorische Klausel ausdrücklich auch auf in Anlage beigefügte Verträge, also nicht nur auf die konkrete Vereinbarung, sondern auf das gesamte Vertragswerk für anwendbar erklärt worden war.

### c) Sicherheitsbeurkundungen

Dennoch ist die Abgrenzung nicht immer zweifelsfrei, so wie etwa auch die Unterscheidung, ob die Verpflichtung zur Übertragung eines Geschäftsanteils nur mittelbare oder zwangsläufige Folge einer Vereinbarung ist. Bestes Beispiel hierfür sind Treuhandabreden. So soll einerseits etwa die Vereinbarung zur treuhänderischen Übernahme eines Geschäftsanteils bei Gründung einer GmbH formfrei möglich sein, da hierbei die Pflicht zur Übertragung des Geschäftsanteils bereits aus Gesetz, etwa aus § 667 BGB, folge (BGH, Urt. v. 17.11.1955 = BGHZ 19, 69). Andererseits soll aber eine nach Gründung der GmbH eingegangene Verpflichtung eines Gesellschafters, seinen Geschäftsanteil zukünftig treuhänderisch für den Treugeber zu halten, der notariellen Form von § 15 III, IV GmbHG unterliegen (BGH, Urt. v. 19.4.1999, GmbHR 1999, 707, 709 = BeckRS 1999, 30055527; hierzu auch Tholen/Weiß GmbHR 2016, 915, 919 f.). Im Unterschied hierzu ist wiederum die Verpflichtung zur Übertragung eines Anteils an einer Mitarbeiterbeteiligungs-GbR, deren Vermögen aus einem GmbH-Geschäftsanteil besteht, nicht beurkundungsbedürftig, da der Erwerb der Mitberechtigung an dem Geschäftsanteil nur gesetzliche Folge des Mitgliedschaftserwerbs ist (BGH Urt. v. 10.3.2008, GmbHR 2008, 589, 590 = BeckRS 2008, 6985).

All dies führt zu den verbreiteten, mit Kosten verbundenen Sicherheitsbeurkundungen. § 15 III, IV GmbHG werden nicht entsprechend ihrem eingeschränkten und heutzutage ohnehin überholten Zweck restriktiv verstanden, sondern über die Anwendung des Vollständigkeitsgrundsatzes in der Praxis ohne entsprechendes gesetzliches Erfordernis erweiternd angewandt. Dies gilt auch für den Investmentbereich, da hier häufig Beteiligungsverträge ohne jede Not (dazu Weitnauer GWR 2018, 245 ff.), auch dann, wenn sie keine Verkaufsverpflichtung etwa im Sinne einer Call-Option oder einer Mitverkaufspflicht vorsehen, notariell beurkundet werden. Und warum sollte etwa im Fall einer Betriebsveräußerung der gesamte Vertrag über die Veräußerung der Assets beurkundungsbedürftig sein, wenn sich hierunter, ein einzelner Geschäftsanteil von nur geringem Wert befindet?

## 2. Beurkundungserfordernis als Fremdkörper

### a) Internationaler Vergleich

Mit dem Beurkundungsbedürfnis für Vereinbarungen über Geschäftsanteilsabtretungen und die Abtretung selbst stellt sich Deutschland im internationalen Vergleich als Solitär dar (rechtsvergleichend Scholz/Seibt aaO § 15 GmbHG Rdnrn. 83 ff.). Für alle mit der GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) vergleichbaren ausländischen Rechtsformen gilt der Grundsatz der Formfreiheit von Anteilsübertragungen. In Österreich wurde mit der ab dem 1.1.2024 eingeführten Rechtsform der „Flexiblen Kapitalgesellschaft“ eine Abkehr von der notariellen Form ermöglicht, da die Urkunde über ein Rechtsgeschäft betreffend die Übertragung von Geschäftsanteilen nach § 76 II öGmbHG auch von Rechtsanwälten errichtet werden kann, Art. 1 GesRÄG 2023, § 12 I FlexKapGG. Damit soll vor allem den Bedürfnissen von Start-ups und innovativen Unternehmen Rechnung getragen werden. Daher wird aus gutem Grund die Abschaffung des Beurkundungserfordernisses zumindest für die Vereinbarung über die Geschäftsanteilsabtretung *de lege ferenda* empfohlen (Lutter/Hommelhoff aaO § 15 GmbHG Rdnr. 1; Scholz/Seibt, § 15 GmbHG Rdnr. 66b).

### b) Digitalisierung im GmbH-Recht

Es steht aber auch das Formbedürfnis der im Vordringen befindlichen Anwendung der Blockchain-Technologie im GmbH-Recht entgegen. Auch Maume NZG 2021, 1189, 1191 f. hält wegen des Formerfordernisses von § 15 III, IV GmbHG die Abtretung eines Geschäftsanteils durch Übertragung eines Token für ausgeschlossen; die GmbH könne lediglich mit Schuldverschreibungen vergleichbare Security Token emittieren (siehe im Einzelnen auch J. Engelhardt, Wagnisfinanzierung durch Security Token Offerings (STOs), 2024). Daran dürfte allerdings kaum Bedarf bestehen. Interessanter wäre es, Geschäftsanteile selbst in Tokenform digital (wie Aktien) ausgeben zu können. Zwar mag fraglich bleiben, ob sich Initial Coin Offerings (ICOs) als öffentlichem Platzierungsangebot (IPO) in der Frühphase aufgrund des hiermit verbundenen Aufwands wirklich lohnen (hierzu auch Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Aufl. 2022, Teil D Rdnrn. 140 f., ders. BKR 2018, 231 ff., 236). Im Hinblick auf die fortschreitende Digitalisierung erscheinen aber die Beurkundungserfordernisse von § 15 III, IV GmbHG als Fremdkörper, nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass gerade auch Beteiligungen an Personengesellschaften oder auch Aktien ohne Beachtung irgendeiner Form übertragbar sind. Welche Gründe gibt es, ausgerechnet Anteile an GmbHs und Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) der notariellen Form zu unterwerfen? Es gibt sie nicht, da der Zweck der Beweissicherung auch durch die Beachtung der Schriftform gem. §§ 126, 127 BGB und auch der ihr gleichgestellten elektronischen Form gem. § 126a BGB gewahrt wird. Und da die GmbH nicht börsenfähig ist, sind ihre Geschäftsanteile ohnehin nicht einem (spekulativen) Handel zugänglich.

## IV. Fazit

1. Die notarielle Beurkundung dient über die allgemeinen Funktionen einer besonderen Form, nämlich der Klarstellungs- und Beweisfunktion und als Rechtsreflex auch der Warnfunktion, hinausgehend der Belehrung der Parteien gem. § 17 BeurkG. § 15 III, IV GmbHG verfolgen aber nach dem Willen des historischen Gesetzgebers gerade nicht diesen Zweck, sondern dienen vornehmlich dazu, Geschäftsanteilsübertragungen zu verhindern, zumindest zu erschweren. Notare sollten jedoch nicht als Ver- oder Behinderer wirken, sondern ihre Beratungs- und Belehrungsfunktion erfüllen. Eine Beratung oder Belehrung wird aber bei Geschäftsanteilsübertragungen und den diesbezüglichen Vereinbarungen vom Gesetz nicht verlangt.

2. Die Erschwernisfunktion ist bereits durch die gesetzlichen Änderungen des MoMiG entkräftet. Sie ist auch in der heutigen Zeit der Digitalisierung und des technologischen Fortschritts ein Fremdkörper, der auch im internationalen Vergleich störend, da auch im Hinblick auf die hiermit verbundenen Kosten übermäßig belastend wirkt. Ausländische Investoren oder Käufer begegnen dem nur mit großem Unverständnis wodurch ein nicht unerheblicher Standortnachteil für Deutschland entsteht.

3. Auch wenn der Gesetzgeber mit dem Finanzmarktförderungsgesetz nur an eine Digitalisierung von Aktien gedacht hat, sollte er bei nächster Gelegenheit, etwa im Rahmen des BEG IV, an eine entsprechende Entschlackung dieses Formerfordernisses denken. Dies würde nicht zu Rechtsunsicherheit führen, sondern im Gegenteil wegen der ausufernden Anwendung des Vollständigkeitsgrundsatzes mehr Rechtssicherheit schaffen. Auch entspräche dies dem Willen des Gesetzgebers, wie er in § 19a EStG zum Ausdruck gebracht wurde, die Mitarbeiterkapitalbeteiligung in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu fördern. Auch für diesen Zweck würde die Abschaffung des notariellen Formerfordernisses für Anteilsübertragungen und darauf gerichtete Vereinbarungen für Erleichterung sorgen.

4. Zumindest ist der Vollständigkeitsgrundsatz bei § 15 III, IV GmbHG nur auf die unmittelbar mit der Übertragungsverpflichtung verbundenen Konditionen zu beschränken. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass die Parteien von der erforderlichen Beurkundung wirtschaftlich verbundener Verträge bewusst absehen. Die Regelung in der Satzung, § 2 GmbHG, genügt dem notariellen Beurkundungserfordernis, womit der Dokumentationszweck von § 15 IV GmbHG erfüllt wird.

5. Auch wenn § 139 BGB nur entsprechend anzuwenden ist, da die Nichtbeachtung der Form die gesamte Vereinbarung unwirksam macht, § 125 BGB, empfiehlt sich eine Erhaltungsregelung für die grds. nicht beurkundungsbedürftigen Teile, wie etwa im Verhältnis einer Beteiligungsvereinbarung zu einer eine Mitverkaufspflicht vorsehenden Satzung, um hiermit den allenfalls wirtschaftlichen Zusammenhang (im Unterschied zur rechtlichen Abhängigkeit) deutlich zu machen. ■