

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 187499****letzte Aktualisierung: 25. März 2022****GmbHG §§ 53, 55, 3 Abs. 2, 15 Abs. 4****Gesellschaftervereinbarung mit Agiopflicht neben Kapitalerhöhungsbeschluss; Beurkundungsbedürftigkeit; Abgrenzung zwischen schuldrechtlichem und korporativem Agio; Vollständigkeitsgrundsatz; Änderung oder Aufhebung von Call-Option und Put-Option****I. Sachverhalt**

Im Rahmen der Finanzierungsrunde einer Start-up-GmbH soll neben einen (beurkundeten) Kapitalerhöhungs- und Satzungsneufassungsbeschluss eine privatschriftliche Gesellschaftervereinbarung treten. Diese Vereinbarung soll ein schuldrechtliches Agio und andere Verpflichtungen der Gesellschafter untereinander enthalten (z. B. ein Wettbewerbsverbot). Sie wird eine frühere Gesellschaftervereinbarung ersetzen, die beurkundet wurde, weil sie Put- und Call-Optionen sowie weitere Verpflichtungen zur Veräußerung und zum Erwerb von Geschäftsanteilen enthielt. In der neuen Gesellschaftervereinbarung wird keinerlei Regelung über die Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung von Geschäftsanteilen getroffen sein, denn diese werden nun in der Satzung abschließend geregelt. Es findet also eine Verschiebung der Regelungen zur Put- und Call-Option von der Gesellschaftervereinbarung in die Satzung statt.

Ein beteiligter Rechtsanwalt geht unter Verweis auf OLG Dresden v. 17.6.1996 (2 U 546/96, GmbHR 1997, 746) von der Beurkundungsbedürftigkeit der Nebenvereinbarung aus. Die Entscheidung bejahe die Beurkundungsbedürftigkeit einer schuldrechtlichen Zuzahlungsverpflichtung gegenüber der Gesellschaft. Im vorliegenden Fall sei die Entscheidung anzuwenden, da die Verpflichtung für die Gesellschaft von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sei.

II. Fragen

Muss die Gesellschaftervereinbarung beurkundet werden? Bilden die Satzungsänderungen und die Gesellschaftervereinbarung ein einheitliches Rechtsgeschäft?

III. Zur Rechtslage**1. Beurkundungsbedürftigkeit gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG****a) Einordnung als schuldrechtliches oder korporatives Agio**

Ein Agio (Aufgeld) lässt sich bei der Kapitalerhöhung der GmbH sowohl korporativ wie schuldrechtlich begründen (BGH DNotZ 2008, 461 Rn. 13; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 3 Rn. 57; Gutachten DNotI-Report 2015, 146, 147). Das **korporative Agio ist als Nebenvereinbarung i. S. d. § 3 Abs. 2**

GmbHG beurkundungsbedürftig (vgl. Gutachten DNotI-Report 2015, 146, 147). Im Rahmen der Kapitalerhöhung bedeutet dies: Es muss als Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses mitbeurkundet (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und daneben auch in die Übernahmeerklärung aufgenommen werden (vgl. BGH DNotZ 2008, 461 Rn. 15). Eine Vereinbarung außerhalb der Satzung sagt nicht zwingend etwas über den **schuldrechtlichen oder korporativen Charakter** des Agios aus. Gleichwohl entscheidet am Ende allein der **Parteiwille** im Einzelfall. Ein schuldrechtliches – und damit beurkundungsfreies – Agio ist daher auch dann anzunehmen, wenn eine korporative Regelung näherliegend oder „natürlicher“ gewesen wäre (Servatius, § 3 Rn. 57).

Die oben erwähnte Entscheidung des OLG Dresden v. 17.6.1996 (GmbHR 1997, 746) steht dem nicht entgegen, denn sie leitet die Beurkundungsbedürftigkeit gerade aus dem korporativen Charakter der Vereinbarung ab. Diesen korporativen Charakter ermittelt das OLG anhand der „objektiven Interessenlage und dem mutmaßlichen Parteiwillen“ (GmbHR 1997, 746, 747), wobei es die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der Leistung und das Fehlen einer Gegenleistung als wesentliche Anhaltspunkte wertet. Auf solche Anhaltspunkte kommt es indes nicht an, wenn ein entgegenstehender tatsächlicher Parteiwille auszumachen ist. Kurz gesagt: Es ist der Parteiwille im Einzelfall zu ermitteln, allein die **wirtschaftliche Bedeutung** ist für die korporative Qualität **nicht ausschlaggebend**. Ob das Agio mitbeurkundet werden muss, bleibt am Ende also Tatfrage. Für die schuldrechtliche Qualität spricht vorliegend die Tatsache, dass es offenbar nur um eine Verpflichtung unter den Gesellschaftern gehen soll. Bei einer **Verpflichtung auch gegenüber der Gesellschaft** muss die Vereinbarung nicht zwingend korporativ sein, allerdings soll sie dann auch **als schuldrechtliche ausnahmsweise beurkundungsbedürftig** sein, weil sie als Entgelt für die Übernahme eines Geschäftsanteils geleistet werde (vgl. Szalai/Kreußlein, notar 2019, 223, 229). Gleiches soll bei einer Vereinbarung allein unter Gesellschaftern gelten, wenn das Agio aus gesellschaftsrechtlichen Gründen zwingend sei, also vor allem wegen der Gefahr, dass Anteile der Altgesellschafter bei unterwertiger Ausgabe verwässert würden (Szalai/Kreußlein, notar 2019, 223, 229; fraglich, ob dann nicht gleich ein korporatives Agio angenommen werden müsste, vgl. Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 461).

b) Etwaiger Umfang der Beurkundung

Selbst wenn man im vorliegenden Fall ein korporatives Agio und damit eine Beurkundungspflicht bejahen müsste, führt dies u. E. noch nicht zur Beurkundungsbedürftigkeit der gesamten Gesellschaftervereinbarung. Vielmehr ginge es zunächst lediglich darum, dass das Agio als Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses beurkundet (und als Teil der Übernahmeerklärung beglaubigt) würde. Ein Vollständigkeitsgrundsatz, der auch weitere, an sich beurkundungsfreie Vereinbarungen beurkundungsbedürftig machen würde, müsste sich aus der einschlägigen Formvorschrift überhaupt herleiten lassen. Soweit es um **§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG** geht, nimmt man wohl allgemein **kein Vollständigkeitsgebot** an (zum Streit über den Formzweck s. im Übrigen GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 49). So soll der vom Kapitalerhöhungsbeschluss inhaltlich nicht zu trennende Zulassungsbeschluss nicht zu beurkunden sein (MünchKommGmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 105; Herrler/Blath, § 6 Rn. 477). Speziell für Einbringungsverträge zeigen sich die Grenzen der Formbedürftigkeit an der h. M. zu § 57 Abs. 3 Nr. 3 GmbHG: Zwar sind hiernach die Einbringungsverträge („Ausführungsverträge“) der Anlage beizufügen. Die Vorschrift soll aber keinen Formzwang begründen, sodass Dokumente nur vorzulegen sind,

wenn sie existieren (MünchKommGmbHG/Lieder, § 57 Rn. 25; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 57 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 57 Rn. 12). Davon abgesehen scheint im Rahmen der Kapitalerhöhung das Formgebot des § 55 Abs. 1 GmbHG (mindestens Beglaubigung der Übernahmeerklärung) anderweitige Formvorschriften im Hinblick auf den Übernahmevertrag zu „sperren“ (so zumindest zu § 15 Abs. 4 GmbHG das OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.5.2015, BeckRS 2015, 11018; offen BGH NZG 2018, 29 Rn. 34; vgl. auch MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 128).

2. Beurkundungsbedürftigkeit gem. § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG

Anknüpfungspunkt für eine Beurkundungsbedürftigkeit aus § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG könnte die ursprüngliche Gesellschaftervereinbarung mitsamt ihrer Call- und Put-Optionen sein (vgl. zur Beurkundungsbedürftigkeit von Optionen Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 55), wenn man die **neue Gesellschaftervereinbarung als Änderung dieser beurkundungsbedürftigen Vereinbarung** begriffe. Im Prinzip sind auch Vertragsänderungen im Geltungsbereich von § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG beurkundungsbedürftig (vgl. Servatius, § 15 Rn. 30; MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 110). Selbst wenn sich die neue Vereinbarung als Änderung der ursprünglichen verstehen ließe, bestünde die Änderung jedoch in einer **Aufhebung der Abtretungsverpflichtungen**. Die Aufhebung einer Verpflichtung i. S. d. § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG ist indes **nicht beurkundungsbedürftig** (Servatius, § 15 Rn. 35; Heidinger/Blath, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 9).

Hinsichtlich der **Aufnahme der Optionen in die Satzung** ist zu unterscheiden: Hätte sie den Zweck, die Optionen zu **korporativen Satzungsbestandteilen** zu machen (davon soll bei Aufnahme in die Satzung regelmäßig auszugehen sein, vgl. OLG München NZG 2021, 1454 Rn. 73; Scholz/Cziupka, § 3 Rn. 97; anders Servatius, § 3 Rn. 55), müsste § 15 Abs. 4 GmbHG u. E. eher zurücktreten. Eine Brücke von korporativen Satzungsbestandteilen zu einfach-schuldrechtlichen Abreden lässt sich u. E. nicht ohne Weiteres schlagen. Freilich ließe sich fragen, ob weitere Abreden aus der Gesellschaftervereinbarung nach dem Parteiwillen eigentlich korporative Qualität haben sollen und daher ebenfalls in die Satzung aufzunehmen wären.

Anders könnte man die Beurkundungsbedürftigkeit gem. § 15 Abs. 4 GmbHG beurteilen, wenn die Verlagerung von Abtretungsverpflichtungen aus der Gesellschaftervereinbarung in die Satzung allein dazu diene, die Gesellschaftervereinbarung zu einem beurkundungsfreien Rechtsgeschäft zu machen – was nicht nur für den Abschluss, sondern auch für etwaige spätere Vertragsänderungen Bedeutung hätte. Ob insoweit von einer **Umgehung des § 15 Abs. 4 GmbHG** die Rede sein kann, erscheint bisher kaum diskutiert. Denkmöglich scheint eine solche Umgehung jedenfalls. Unseres Erachtens dürfte es jedoch schwer fallen, insoweit praxistaugliche Kriterien aufzustellen. Auch sollte zu berücksichtigen sein, dass sich korporative Bestimmungen auf einer anderen Regelungsebene bewegen und andere Wirkungen zeitigen. Soweit sich die Beteiligten für diese Regelungsart mitsamt ihrer rechtlichen Konsequenzen entscheiden, muss ihnen die Möglichkeit dazu eröffnet sein. Dann sind grundsätzlich aber auch nur die Formvorgaben einzuhalten, die der Gesetzgeber speziell für die Einführung (sowie Veränderung und Abschaffung) dieser Regelungen vorgesehen hat.

Wenn man die fraglichen **Call- und Put-Optionen** lediglich **als unechte Satzungsbestandteile** einzuordnen hätte, also als schuldrechtliche Abreden, die nur der Form nach

Satzungsbestandteil sind, wäre die Fortgeltung des § 15 Abs. 4 GmbHG naheliegend. Zunächst müssten die Abreden durch Willenserklärungsbeurkundung in die Satzung aufgenommen werden, um wirksam entstehen zu können. Sodann wäre es denkbar, dass von den formbedürftigen Optionen die weiteren Abreden der Gesellschaftervereinbarung abhängen und darum mitbeurkundet werden müssten.

3. Ergebnis

Ein schuldrechtliches Agio, das im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung der GmbH vereinbart wird, ist auch dann nicht beurkundungsbedürftig, wenn es für die Gesellschaft von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist.

Ein korporatives Agio ist als Nebenvereinbarung i. S. d. § 3 Abs. 2 GmbHG beurkundungsbedürftig. Wird es im Rahmen einer Kapitalerhöhung begründet, so muss es als Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG mitbeurkundet und daneben in die Übernahmeerklärung aufgenommen werden. Aus § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG folgt u. E. kein Vollständigkeitsgrundsatz, sodass eine begleitende Gesellschaftervereinbarung aufgrund dieser Norm nicht mitbeurkundet werden muss.

Werden im Rahmen einer Satzungsänderung Geschäftsanteilsabtretungsverpflichtungen aus einer Gesellschaftervereinbarung in die Satzung verlagert, so ist diese Änderung der Gesellschaftervereinbarung als Aufhebung einer Verpflichtung gem. § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG regelmäßig nicht beurkundungsbedürftig.