

YPOG Briefing:

Neue Formerfordernisse bei der Gewährung von Wandeldarlehen?

Berlin, 14. November 2022 | Dr. Ansgar Frank

Wandeldarlehen sind ein beliebtes Finanzierungsinstrument von Start-Up-Unternehmen, die vorwiegend im Rahmen von Frühphasen- und Brückenfinanzierungen eingesetzt werden. In der Finanzierungspraxis wurden Wandeldarlehensverträge und damit in Zusammenhang stehende Gesellschafterbeschlüsse bislang häufig in Schrift- oder Textform abgeschlossen bzw. gefasst. Diese Rechtspraxis ist jüngst durch ein Urteil des OLG Zweibrücken vom 15. Mai 2022 (Aktenzeichen 8 U 30/19) ins Wanken geraten.

Bei dem bislang wenig beachteten Urteil handelt es sich (soweit ersichtlich) um das erste obergerichtliche Urteil zu den Fragen der Formbedürftigkeit des Wandeldarlehensvertrags sowie des dem Vertrag zugrundeliegenden Gesellschafterbeschlusses, welche in der juristischen Literatur uneinheitlich beurteilt werden.

Kernaussagen des Urteils

Nach Auffassung des Gerichts sei die Unterschrift des Darlehensgebers unter dem Wandeldarlehensvertrag notariell zu beglaubigen, sofern es sich bei diesem nicht um einen Gesellschafter handelt und er sich im Wandeldarlehensvertrag einer verbindlichen Wandlungsverpflichtung unterwirft.

Sofern dem Darlehensgeber umgekehrt ein Wandlungsrecht zusteht, sei der dem Wandeldarlehensvertrag zugrundeliegende Gesellschafterbeschluss notariell zu beurkunden, sofern der Wandeldarlehensvertrag für den Fall der Ausübung des Wandlungsrechts eine verbindliche satzungsändernde Kapitalerhöhung vorsieht.

Genügt der Wandeldarlehensvertrag nicht dem postulierten Formerfordernis, sei er in Gänze unwirksam mit der Folge, dass der Darlehensgeber den ausgereichten Darlehensbetrag vom Darlehensnehmer zurückfordern könne. Die Wandlung des Darlehensbetrags in Eigenkapital könnte folglich weder der Darlehensgeber noch der Darlehensnehmer entsprechend den Bestimmungen des Wandeldarlehensvertrags verlangen.

Begründung des Gerichts

Gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG bedarf es bei der Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH einer zumindest öffentlich beglaubigten Erklärung des Übernehmers neuer Geschäftsanteile. Sofern ein Darlehensgeber sich im Wandeldarlehensvertrag zur Übernahme verpflichtet, bedürfe nach Auffassung des Gerichts nicht erst die Übernahmeerklärung als solche, sondern bereits die Eingehung einer Übernahmeverpflichtung der öffentlichen Beglaubigung, jedenfalls wenn der Darlehensgeber nicht

bereits Gesellschafter des Darlehensnehmers sei. Dies ergebe sich aus Wortlaut und Zweck der Regelung des § 55 Abs. 1 GmbHG.

Darüber hinaus spreche nach Auffassung des Gerichts (in einer nicht entscheidungstragenden Passage des Urteils; *obiter dictum*) Vieles für ein Erfordernis notarieller Beurkundung des Wandeldarlehensvertrags im Falle einer für den Darlehensnehmer verbindlichen, satzungsändernden Kapitalerhöhung bei Ausübung des Wandlungsrechts. Dieses Formerfordernis leitet der Senat aus der Regelung des § 53 Abs. 2 GmbHG ab, wonach ein Gesellschafterbeschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH notariell beurkundet werden muss.

Einordnung und Kritik

Das Urteil des Gerichts bietet in vielerlei Hinsicht Anlass zur Auseinandersetzung und Kritik.

Beglaubigungserfordernis des Wandeldarlehensvertrags?

Unzweifelhaft bedarf die Übernahmeerklärung des Darlehensgebers zum Zeitpunkt der Wandlung des Wandeldarlehens in Eigenkapital zumindest der öffentlichen Beglaubigung. Ob dieses durch § 55 Abs. 1 GmbHG postulierte Formerfordernis hingegen auch für eine vertragliche Übernahmeverpflichtung gleichermaßen gilt, ist zweifelhaft. Für eine solche Verpflichtung gilt im Ausgangspunkt zunächst der Grundsatz der Formfreiheit.

Von diesem Grundsatz wird bei Vorverträgen regelmäßig dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Formzweck des Hauptvertrags bereits die Geltung des Formerfordernisses für den Vorvertrag erfordert. Liegt der Formzweck des Hauptvertrags etwa im Schutz vor übereilter Bindung (Warnfunktion), sprechen gute Gründe dafür, bereits den Vorvertrag dem Formerfordernis zu unterwerfen. Dient die Formvorschrift für den Hauptvertrag hingegen dem Klarstellungs- und Beweissicherungsinteresse, so ist der Vorvertrag dagegen formlos wirksam, da durch die Beachtung der vorgeschriebenen Form bei Abschluss des Hauptvertrags diesen Formzwecken Genüge getan wird.

Der Normzweck des § 55 Abs. 1 GmbHG liegt nach überwiegend vertretener Auffassung jedoch gerade nicht darin, den Übernehmer vor der durch die Übernahmeerklärung übernommenen Verpflichtung zu warnen oder ihn gar sachkundig zu belehren. Sinn und Zweck der Formvorschrift liegt vielmehr darin, den Rechtsverkehr und die Öffentlichkeit sowie die Gläubiger und künftigen Gesellschafter über die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft aufzuklären und die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung sicherzustellen. Mit anderen Worten: Es geht dem Gesetzgeber darum, verlässlich zu dokumentieren, wer Inhaber der Geschäftsanteile einer GmbH ist.

Dieser Formzweck erfordert jedoch nicht, bereits eine Übernahmeverpflichtung dem Formerfordernis zu unterwerfen; zur Wahrung des Formzwecks reicht es aus, dass die Übernahmeerklärung des Darlehensgebers im Zuge der Wandlung des Wandeldarlehens in Eigenkapital öffentlich beglaubigt wird. Im Übrigen überzeugt auch die Differenzierung des Senats danach, ob die Übernahmeverpflichtung von einem Gesellschafter oder Nichtgesellschafter abgegeben wird, nicht. Selbst wenn man den Normzweck des § 55 Abs. 1 GmbHG im Übereilungsschutz sehen oder der Norm gar eine Belehrungsfunktion beimessen würde, müsste das Formerfordernis konsequenterweise für Gesellschafter und Nichtgesellschafter gleichermaßen gelten.

Beurkundungserfordernis des Wandeldarlehensvertrags?

Zweifelhaft ist überdies das Postulat des Senats, der Wandeldarlehensvertrag sei im Falle eines Wandlungsrechts des Darlehensgebers notariell zu beurkunden. Zunächst ist das Urteil des Gerichts in sich inkonsistent. Während nach den Leitsätzen des Urteils Vieles dafür spreche, dass der dem Wandeldarlehensvertrag zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss notariell beurkundet hätte werden müssen, sei nach den Entscheidungsgründen des Urteils der Wandeldarlehensvertrag selbst formunwirksam, da dieser gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung bedurft hätte.

§ 53 Abs. 2 GmbHG begründet das Erfordernis der Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses, durch den der Gesellschaftsvertrag einer GmbH geändert wird. Sofern nicht ausnahmsweise sämtliche Gesellschafter ebenfalls Parteien des Wandeldarlehensvertrags sind und dieser einen (schriftlichen) Gesellschafterbeschluss enthält, ist die Herleitung eines auf den Wandeldarlehensvertrag bezogenen Formerfordernisses aus § 53 Abs. 2 GmbHG unstimmtig und daher fernliegend. Ein solches Formerfordernis kann sich allenfalls für den dem Wandeldarlehensvertrag zugrundeliegenden Gesellschafterbeschluss ergeben, wovon offenbar auch der Senat ausgeht, wenn man die Leitsätze des Urteils zugrunde legt. Dass die Formerfordernisse für den Abschluss eines Vertrags einerseits und den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter zu dessen Abschluss unabhängig voneinander zu betrachten sind, lässt sich etwas anhand eines Vergleichs zum Abschluss eines Unternehmensvertrags erkennen: Während der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung einer vertragsbeteiligten Aktiengesellschaft gemäß §§ 293 Abs. 1 S. 2, 130 Abs. 1 AktG notariell zu beurkunden ist, kann der Vertrag selbst gemäß § 293 Abs. 3 AktG schriftlich abgeschlossen werden.

Das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Wandeldarlehensvertrags kann sich indes aus dessen Vertragsinhalten ergeben. Enthält der Vertrag etwa eine Verpflichtung des Darlehensgebers im Falle der Wandlung des Wandeldarlehens in Eigenkapital einer zwischen dem Darlehensnehmer und dessen Gesellschaftern bestehenden Gesellschaftervereinbarung beizutreten, die ihrerseits Verpflichtungen der Gesellschafter zum Verkauf und zur Abtretung von Geschäftsanteilen enthält (z.B. in Gestalt einer sog. Drag-Along-Verpflichtung), an welche der Darlehensgeber im Falle der Wandlung des Wandeldarlehens ebenfalls gebunden wäre, so ist nach überwiegend vertretener Ansicht bereits der Wandeldarlehensvertrag beurkundungspflichtig. Dieses Formerfordernis ergibt sich jedoch nicht aus § 53 Abs. 2 GmbHG, sondern aus einer Erstreckung der Regelungen des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG auf den Wandeldarlehensvertrag nach den Grundsätzen der Vorwirkung von Formerfordernissen auf Vorverträge. Der Formzweck liegt hier nach überwiegender Auffassung indes in erster Linie darin, den Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu erschweren. In der Praxis lässt sich eine Beurkundungspflicht aus diesem Gesichtspunkt in aller Regel jedoch durch entsprechende Vertragsgestaltung vermeiden.

Beurkundungserfordernis des zugrundeliegenden Gesellschafterbeschlusses?

Das Erfordernis eines dem Abschluss eines Wandeldarlehensvertrags zustimmenden Gesellschafterbeschlusses ergibt sich im Regelfall aus der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung der GmbH. Danach fallen Änderungen des Gesellschaftsvertrags der GmbH (einschließlich Kapitalerhöhungen) in die ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafter. Die Geschäftsführung als organschaftliches Vertretungsorgan der GmbH kann die Gesellschaft daher grundsätzlich nicht Dritten gegenüber zur Vornahme einer Änderung des Gesellschaftsvertrags verpflichten.

Ausnahmsweise kann eine derartige Verpflichtung von der Geschäftsführung mit (prozessual durchsetzbarer) Wirkung für die Gesellschaft eingegangen werden, wenn die Gesellschafter die Geschäftsführung durch mit satzungsändernder Mehrheit gefassten Gesellschafterbeschluss ermächtigen, die Gesellschaft zu einer genau bestimmten Änderung des Gesellschaftsvertrags für einen konkreten Einzelfall (etwa einer Kapitalerhöhung) zu verpflichten.

Ob ein solcher Ermächtigungsbeschluss gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf, wird in der juristischen Literatur uneinheitlich beurteilt. Soweit ersichtlich handelt es sich bei dem Urteil des OLG Zweibrücken um die erste obergerichtliche Entscheidung zu dieser äußerst praxisrelevanten Rechtsfrage, weshalb der Aussage des Gerichts besondere Bedeutung zukommen dürfte, obgleich das Postulat des Formerfordernisses durch den Senat weder eingehend begründet wurde noch im konkreten Fall entscheidungstragend war.

Die Frage, ob bereits der Ermächtigungsbeschluss (und nicht erst der Kapitalerhöhungsbeschluss im Falle der Ausübung des Wandlungsrechts durch den Darlehensgeber) gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG notariell beurkundet werden muss, d.h. ob dem Formerfordernis eine entsprechende zeitliche und inhaltliche Vorwirkung zukommt, wird man abermals anhand der Normzwecks der Vorschrift zu beurteilen haben.

Der Bundesgerichtshof hat in älteren Entscheidungen den Formzweck nicht nur in der Beweissicherung über das Zustandekommen des Satzungsänderungsbeschlusses gesehen, sondern auch eine Warnfunktion bejaht und den Sinn und Zweck der Regelung in der inhaltlichen Prüfung des Beschlusses und der Belehrung der Gesellschafter durch einen Notar gesehen.

In Bezug auf das Formerfordernis des § 53 Abs. 2 GmbHG berücksichtigt diese Auffassung jedoch nicht, dass die erforderliche Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach allgemeiner Auffassung nicht zwingend im Wege der Beurkundung von Willenserklärungen, sondern auch im Wege der Tatsachenbeurkundung der Gesellschafterversammlung durch den Notar zulässig ist. Hinweis- und Belehrungspflichten treffen den Notar im Rahmen dieses Beurkundungsverfahrens indes grundsätzlich nicht, was auch der Bundesgerichtshof in anderem Zusammenhang erkannt hat.

Daraus folgt nach überzeugender Auffassung zugleich, dass der Zweck des Formerfordernisses nicht in der Warnung der Gesellschafter oder in ihrer Belehrung durch den Notar zu sehen ist, sondern sich in der Beweissicherung über das Zustandekommen des Gesellschafterbeschlusses erschöpft. Folglich erstreckt sich das Formerfordernis für den Satzungsänderungsbeschluss gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG nach den vorstehend geschilderten Grundsätzen zur Übertragung eines vertraglichen Formerfordernisses auf einen Vorvertrag auch nicht auf den Ermächtigungsbeschluss der Gesellschafter zum Abschluss eines Wandeldarlehensvertrags durch die Geschäftsführung einer GmbH.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die durch das Urteil bejahten Formerfordernisse in Bezug auf den Wandeldarlehensvertrag und den zugrundeliegenden Gesellschafterbeschluss bei genauerer Auseinandersetzung nicht zu überzeugen vermögen.

Ausblick und Handlungsmöglichkeiten

Das Urteil des OLG Zweibrücken ist bislang nicht rechtskräftig. Derzeit ist eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts, die Revision nicht zuzulassen, beim Bundesgerichtshof anhängig. Das Rechtsmittel wurde nach Auskunft des 2. Zivilsenats im September 2022 durch den

Rechtsmittelführer begründet. Die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde wird voraussichtlich im Frühjahr 2023 erfolgen. Es bleibt zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof die Chance nutzen wird, die vom OLG Zweibrücken aufgeworfenen Formfragen höchstrichterlich zu klären und damit für Rechtssicherheit zu sorgen.

Bis dahin stellt sich die Frage, wie die Rechtspraxis mit dem Urteil des Gerichts umgehen wird. Soweit ersichtlich handelt es sich um die erste obergerichtliche Entscheidung zu den in der juristischen Literatur umstrittenen Formerfordernissen, sodass zu erwarten ist, dass die Beratungspraxis dem Judikat folgen wird und fortan im Interesse der Transaktionssicherheit die Beachtung der Formerfordernisse anraten wird. Bei Zugrundelegung des Urteils entfielen jedoch wesentliche Vorteile des Wandeldarlehens als Finanzierungsinstrument im Vergleich zu einer Eigenkapitalfinanzierung (geringe Transaktionskosten und geringer administrativer Aufwand) mit der Folge, dass die Praxistauglichkeit des Finanzierungsinstruments durch das Urteil insgesamt infrage gestellt ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Beratungspraxis aufgefordert, Investoren und Start-Up-Unternehmen Alternativgestaltungen zu empfehlen, die sich durch ein größeres Maß an Rechtssicherheit auszeichnen. Denkbar wäre beispielsweise, den Wandeldarlehensvertrag nicht nur zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer (bilateraler Wandeldarlehensvertrag) sondern unter Einschluss der Gesellschafter des Darlehensnehmers (multilateraler Wandeldarlehensvertrag) abzuschließen. Durch einen multilateralen Wandeldarlehensvertrag verpflichtet sich nicht der Darlehensnehmer im Falle der Ausübung des Wandlungsrechts des Darlehensgebers zur Vornahme einer Kapitalerhöhung; diese Verpflichtung gehen stattdessen unmittelbar die Gesellschafter des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber ein. Derartige Verpflichtungen der Gesellschafter zur Durchführung einer Kapitalerhöhung sind nach überwiegender Auffassung als sog. Stimmbindungsvereinbarungen formfrei zulässig. Ein nach Ansicht des OLG Zweibrücken notariell zu beurkundender Ermächtigungsbeschluss der Gesellschafter dürfte bei dieser Vertragsgestaltung wohl entbehrlich sein. Konsequenterweise sollte der Gesellschaftsvertrag (bzw. die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung) von Start-Up-Unternehmen dahingehend angepasst werden, dass multilaterale Wandeldarlehensverträge keinen gesellschaftsvertraglich bzw. durch Geschäftsordnung begründeten Zustimmungsvorbehalten der Gesellschafter unterliegen.

Wird ein Wandeldarlehen indes durch einen Darlehensgeber gewährt, der nicht bereits Gesellschafter des Darlehensnehmers ist, dürfte es mit Blick auf das Urteil des OLG Zweibrücken bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Formfragen angezeigt sein, die Unterschrift des Darlehensgebers unter dem Wandeldarlehensvertrag öffentlich beglaubigen zu lassen. Eine schlichte Unterschriftsbeglaubigung dürfte im Regelfall im Vergleich zu einer notariellen Beurkundung des Wandeldarlehensvertrags administrativ darstellbar und auch unter Kostengesichtspunkten im Hinblick auf ein höheres Maß an Rechtssicherheit empfehlenswert sein.

Wir werden diese und weitere Entwicklungen im Blick behalten und über Neuigkeiten informieren. Für Fragen und Vorschläge zum praktischen Umgang mit dem Urteil des OLG Zweibrücken stehen wir gerne zur Verfügung.

* * * * *