

§ 2

Form des Gesellschaftsvertrages (13. Auflage 2022)

(1) Der Gesellschaftsvertrag bedarf notarieller Form. Er ist von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen.

(1a) Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist das in Anlage 1 bestimmte Musterprotokoll zu verwenden. Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste. Im Übrigen finden auf das Musterprotokoll die Vorschriften dieses Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung.

(2) Die Unterzeichnung durch Bevollmächtigte ist nur auf Grund einer notariell errichteten oder beglaubigten Vollmacht zulässig. Die notarielle Errichtung der Vollmacht kann auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen.

(3) Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags kann im Fall einer Gründung ohne Sacheinlagen auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen. *[ab 1.8.2023: Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags kann auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen, sofern andere Formvorschriften nicht entgegenstehen; dabei dürfen in den Gesellschaftsvertrag auch Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft aufgenommen werden.]* In diesem Fall *[ab 1.8.2023: Im Fall der Beurkundung mittels Videokommunikation]* genügen abweichend von Absatz 1 Satz 2 für die Unterzeichnung die qualifizierten elektronischen Signaturen der mittels Videokommunikation an der Beurkundung teilnehmenden Gesellschafter. Sonstige Willenserklärungen, welche nicht der notariellen Form bedürfen, können mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes beurkundet werden; sie müssen in die nach Satz 1 errichtete elektronische Niederschrift aufgenommen werden. Satz 3 ist auf einstimmig gefasste Beschlüsse entsprechend anzuwenden. Die Gründung mittels Videokommunikation kann auch im Wege des vereinfachten Verfahrens nach Absatz 1a oder unter Verwendung der in Anlage 2 bestimmten Musterprotokolle erfolgen. Bei Verwendung der in Anlage 2 bestimmten Musterprotokolle gilt Absatz 1a Satz 3 bis 5 entsprechend.

Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 geändert durch Gesetz vom 28.8.1969 (BGBl. I 1969, 1513); Abs. 1 Satz 1 erneut geändert durch die GmbH-Novelle von 1980 (BGBl. I 1980, 836); Abs. 1a eingefügt durch MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026); Abs. 1a Satz 2 geändert, Abs. 3 eingefügt m.W.v. 1.8.2022 durch DiRUG vom 5.7.2021 (BGBl. I 2021, 3338); Abs. 2 Satz 2 geändert, Abs. 3 Satz 1 geändert, Sätze 3 und 4 eingefügt m.W.v. 1.8.2022/1.8.2023 durch DiREG vom 15.7.2022 (BGBl. I 2022, 1146); s. dazu Rz. 160 ff.

I. Überblick	1	e) Verfahren	22
II. Gesellschaftsvertrag		f) Formmängel	24
1. Rechtsnatur	3	4. Vertragsänderungen im Gründungs-	
2. Inhalt	7	stadium	26
3. Notarielle Form		III. Vertretung beim Vertragsabschluss	
a) Zweck des Formerfordernisses	10	1. Form	30
b) Umfang des Formerfordernisses ...	12	2. Gesetzliche und organschaftliche	
c) Zuständigkeit des in Deutschland		Vertretung	35
zugelassenen Notars	14	3. Mängel	36
d) Im Ausland zugelassene Notare	15	IV. Auslegung	39

V. Gesellschafter	46	b) Errichtung der Gesellschaft, Firma und Sitz (Nr. 1 des Musterprotokolls)	129
1. Ausländer	47	c) Unternehmensgegenstand (Nr. 2 des Musterprotokolls)	130
2. Geschäftsunfähige, Minderjährige, Betreuung	48	d) Stammkapital, Geschäftsanteil, Einlage (Nr. 3 des Musterprotokolls)	
3. Ehegatten, eingetragene Lebenspartner	54	aa) Stammkapital	131
4. Kaufleute	55	bb) Ein Geschäftsanteil	132
5. Testamentsvollstrecker		cc) Keine Angabe der prozentualen Beteiligung	133
a) Schon bestehende GmbH	56	dd) Einlagen	135
b) Gründung einer GmbH	58	e) Geschäftsführer und Vertretung (Nr. 4 des Musterprotokolls)	136
6. Juristische Personen	59	f) Gründungskosten (Nr. 5 des Musterprotokolls)	137
7. OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft	60	g) Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften (Nr. 6 des Musterprotokolls)	138
8. GbR, nichtrechtsfähiger Verein, Erbengemeinschaft	61	h) Notarielle Hinweise (Nr. 7 des Musterprotokolls)	139
9. Treuhänder		5. Abweichungen vom Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a Satz 3)	
a) Überblick	66	a) Keine „vom Gesetz abweichenden Bestimmungen“	140
b) Zulässigkeit, Begründung	68	b) Rechtsfolgen	141
c) Rechtsstellung	74	6. Satzungsänderungen	
d) Haftung	81	a) Anwendung der allgemeinen Vorschriften (§§ 53 f.) und Kostenprivileg (§ 105 Abs. 6, § 108 Satz 1 GNotKG)	143
10. Anknüpfung der Gesellschaftereigenschaft an besondere Eigenschaften ...	82	b) Anpassung des Texts des Musterprotokolls?	144
VI. Mängel des Gesellschaftsvertrages und des Beitritts		c) Beifügung von Satzungstext und Satzungsbescheinigung	145
1. Überblick	84	d) Satzungsänderungen vor Eintragung	146
2. Mängel des Gesellschaftsvertrages		7. Gesellschafterliste und Registeranmeldung (§ 2 Abs. 1a Satz 4)	147
a) Gründungsphase	85	8. Kostenprivilegierung	148
b) Vollzug der Vorgesellschaft	86	9. Rechtspraktische und -politische Bewertung	
c) Nach Eintragung	89	a) Rechtspolitischer Kompromiss	149
3. Die fehlerhafte Beitrittserklärung ...	92	b) Musterprotokoll als Fremdkörper im System	150
a) Trotz Eintragung unwirksame Beitrittserklärungen	93	c) Keine Beschleunigung des Eintragsverfahrens	151
b) Durch Eintragung geheilte Beitrittsmängel	99	d) Reformvorschlag	152
VII. Vorvertrag		10. Musterprotokoll	153
1. Überblick	103	X. Online-Gründung (§ 2 Abs. 3) (Wicke)	160
2. Begriff, Voraussetzungen	105	1. Überblick und Rechtsgrundlagen ...	161
3. Form	108	2. Anwendungsbereich	162
VIII. Vorgründungsgesellschaft	111	a) Bargründungen	163
IX. Vereinfachtes Gründungsverfahren (§ 2 Abs. 1a) (Wicke)		b) Sachgründungen	164
1. Überblick	121		
2. Positionen im Gesetzgebungsverfahren	122		
3. Voraussetzungen (§ 2 Abs. 1a Satz 1)			
a) Allgemeines	123		
b) Gesellschafter	124		
c) Geschäftsführer und Vertretung ...	125		
4. Weitere Einzelheiten des „vereinfachten Verfahrens“			
a) Urkundeneingang	128		

c) Nebenleistungspflichten		b) Kostenmäßige Privilegierung nur von Anlage 1	186
aa) Vorrang anderer Formvorschriften	165	c) Verweis auf die Vorschriften des vereinfachten Verfahrens (§ 2 Abs. 3 Satz 6)	187
bb) Verpflichtungen zur Abtretung von Anteilen an der Gesellschaft selbst	167	d) Verkürzte Eintragungsdauer; Kritik	188
cc) Zulässigkeit des Sachgrios	169	4. Ausgestaltung des Online-Verfahrens	
d) Sonstige Willenserklärungen	170	a) Funktionsäquivalentes Abbild	191
e) Gesellschafterbeschlüsse	172	b) Besonderheiten bei Verlesung, Signatur und Identifikation	192
f) Änderungen des Gesellschaftsvertrags in der Vor-GmbH	173	c) Einstieg und Abwicklung über das Gründer-Portal der Bundesnotarkammer	195
g) Satzungsänderungen der eingetragenen GmbH		d) Notarauswahl und Amtsbereich	196
aa) Anwendung der Vorschriften über die elektronische Gründungsniederschrift	174	e) Ausdrückliche Zulassung der Online-Beurkundung durch Gesetz	197
bb) Beurkundung von Willenserklärungen mittels Videokommunikation	175	f) Ablehnung der Beurkundung mittels Videobeurkundung	199
cc) Kein Beurkundungserfordernis aufgrund anderer Formvorschriften	178	g) Gemischte Beurkundung	201
dd) Aufnahme sonstiger Willenerklärungen und einfacher Gesellschafterbeschlüsse	179	h) Vollmachten und Vertretungsnachweise	202
ee) Satzungsänderungen aufschiebend bedingt auf Eintragung der GmbH im Handelsregister	180	i) Elektronische Anmeldung und Gesellschafterliste	
h) Rechtsfolgen bei einer Überschreitung des Anwendungsbereichs	181	aa) Online-Beglaubigung der qualifizierten elektronischen Signatur	205
3. Online-Gründung mittels Musterprotokolls (§ 2 Abs. 3 Satz 3 und 4)		bb) Weitere Handelsregisteranmeldungen	206
a) Erweiterung der Anzahl von Gesellschaftern und Geschäftsführern gemäß Anlage 2	183	cc) Gesellschafterliste	207
		dd) Elektronische Einreichung der Unterlagen	209
		5. Kosten	210
		6. Bewertung und Ausblick	211
		7. Musterprotokoll für das Online-Verfahren	216

Schrifttum: *Ballerstedt*, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949; *Bormann*, Die digitalisierte GmbH, ZGR 2017, 621; *Bayer/Hoffmann/J. Schmidt*, Satzungscomplexität und Muster-satzung, GmbHR 2007, 953; *Geier*, Anpassung von Gesellschaftsverträgen an sich verändernde Realstrukturen, ZGS 2008, 8; *Heckschen*, Die GmbH-Gründung 10 Jahre nach dem MoMiG – Eine Bestandsaufnahme, GmbHR 2018, 1093; *Heckschen/Knaier*, Das DiRUG in der Praxis, NZG 2021, 1093; *Hommelhoff*, Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970; *Joussen*, Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, 1995; *Keller/Schümmer*, Der RegE zum DiREG: Mehr Digitalisierung für das Gesellschaftsrecht, DB 2022, 1179; *Kindler/Jobst*, Die Online-Gründung nach dem Company Law Package – Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins Deutsche Recht, DB 2019, 1550; *Körber/Effer-Uhe*, Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht von Prokuristen und GbR-Gesellschaftern bei der Gründung von Kapitalgesellschaften, DNotZ 2009, 92; *M. Lutter*, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994; *Noack*, Satzungsergänzende Verträge der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern, NZG 2013, 281; *Paal*, Die digitalisierte GmbH, ZGR 2017, 590; *Schröder/Diller*, Antidiskriminierung bei der Aufnahme als Gesellschafter, NZG 2006, 728; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *Teichmann*, Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften, GmbHR 2018, 1; *Teichmann*, Die GmbH im europäischen Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2017, 543; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 1998; *Wachter*, Vertretungsfragen bei der Gründung einer Einpersonen-GmbH, GmbHR 2003, 660; *H. P. Westermann*, Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft, 1994; *Wicke*,

Echte und unechte Bestandteile im Gesellschaftsvertrag der GmbH, DNotZ 2006, 419; *Wicke*, Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im GmbH-Recht, ZIP 2006, 977; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965. Schrifttum zum vereinfachten Gründungsverfahren s. vor Rz. 121.

I. Überblick

- § 2 regelt die **Form** des Gesellschaftsvertrages, die Gründung der GmbH in einem **vereinfachten (Präsenz-)Verfahren**, die **Vertretung** bei der Errichtung der GmbH auf der Grundlage einer Vollmacht sowie die Online-Gründung der GmbH in Form eines speziell hierfür geschaffenen Videoverfahrens. Der Gesellschaftsvertrag bedarf der notariellen Form und muss von sämtlichen Gesellschaftern unterzeichnet werden (§ 2 Abs. 1; Rz. 10 ff.). Dies gilt auch für die Errichtung einer Einpersonengesellschaft (13. Aufl., § 1 Rz. 60) sowie im Fall der Online-Gründung. § 2 Abs. 1a, der das **vereinfachte Gründungsverfahren** regelt, ist durch das **MoMiG** mit Wirkung zum 1.11.2008 in das Gesetz eingefügt worden und stellt eine kostengünstige Variante der GmbH-Gründung dar (Rz. 121 ff.). § 2 Abs. 3 wurde durch das **DiRUG**¹ in Umsetzung der **Digitalisierungsrichtlinie**² aufgenommen und bereits vor Inkrafttreten des DiRUG durch das **DiREG**³ wieder geändert. Die Gesellschafter können sich bei dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages vertreten lassen, jedoch ist die Vollmacht zum Abschluss des Vertrages abweichend von § 167 Abs. 2 BGB gemäß § 2 Abs. 2 formbedürftig, um die ordnungsmäßige Legitimation des für einen Gesellschafter tätig gewordenen Vertreters sicherzustellen (Rz. 30 ff.). Eine im Wesentlichen übereinstimmende Regelung findet sich in § 4 Abs. 3 Satz 2 öGmbHG. Der **Inhalt** des Gesellschaftsvertrages ergibt sich im Einzelnen aus § 1 und aus den §§ 3 bis 5.
- Der **Abschluss des Gesellschaftsvertrages** in der durch § 2 vorgeschriebenen Form ist nach dem Gesetz die **erste Stufe**, die **zur Entstehung einer GmbH** führt. Damit ist die Gesellschaft errichtet (s. 13. Aufl., § 1 Rz. 2) und die **Vor-GmbH** entsteht (s. im Einzelnen 13. Aufl., § 11 Rz. 27 ff.). Die nächste Stufe umfasst die Bestellung der Geschäftsführer (§ 6), die i.d.R. bereits in der Gründungsurkunde erfolgt, sowie die Leistung der Einlagen in dem durch § 7 umschriebenen Mindestumfang. Erst danach ist die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister gemäß den §§ 7 und 8 zulässig. Darauf folgt die Prüfung der Anmeldung durch das Registergericht (§ 9c). Fällt die Prüfung positiv aus, wird die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen (§ 10), womit der Gründungsvorgang abgeschlossen ist (§§ 11, 13). Eine GmbH kann **außerdem** nach dem UmwG durch **Verschmelzung** und **Spaltung** (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) jeweils zur Neugründung oder durch **Formwechsel** gegründet werden. § 2 gilt dafür nicht; jedoch ergeben sich für diese Fälle aus dem UmwG entsprechende Formvorschriften (s. insbesondere die §§ 6, 36, 37, 135 Abs. 2, §§ 158, 193, 197, 217 ff. UmwG)⁴.

1 Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), BGBl. I 2021, 3338.

2 Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. EU Nr. L 186 v. 11.7.2019, S. 80.

3 Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG), BGBl. I 2022, 1146.

4 *Heinze* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 2.

Herr/Frau¹

...

...

...².

Herr/Frau¹

...

...

...².

Herr/Frau¹

...

...

...².

1. Die Erschienenen errichten hiermit nach § 2 Abs. 1a GmbHG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung [mittels Videokommunikation]⁵ unter der Firma ... mit dem Sitz in ...

2. Gegenstand des Unternehmens ist ...

3. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt ... Euro (i.W. ... Euro) und wird wie folgt übernommen: Herr/Frau¹... übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von ... Euro (i.W. ... Euro) (Geschäftsanteil Nr. 1,

Herr/Frau¹ ... übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von ... Euro (i.W. ... Euro) (Geschäftsanteil Nr. 2),

Herr/Frau¹ ... übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von ... Euro (i.W. ... Euro) (Geschäftsanteil Nr. 3).

Die Einlagen sind in Geld zu erbringen, und zwar sofort in voller Höhe/zu 50 % sofort, im Übrigen sobald die Gesellschafterversammlung ihre Einforderungen beschließt³.

4. Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wird Herr/Frau⁴ ..., geboren am ..., wohnhaft in ..., bestellt. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit.

5. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 Euro, höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals. Darüber hinausgehende Kosten tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile.

6. Von dieser Urkunde erhält eine Ausfertigung jeder Gesellschafter, beglaubigte Ablichtungen die Gesellschaft und das Registergericht (in elektronischer Form) sowie eine einfache Abschrift das Finanzamt – Körperschaftsteuerstelle –.

7. Die Erschienenen wurden vom Notar/von der Notarin insbesondere auf Folgendes hingewiesen: ...

Hinweise:

1 Nicht Zutreffendes streichen. Bei juristischen Personen ist die Anrede Herr/Frau wegzulassen.

2 Hier sind neben der Bezeichnung des Gesellschafters und den Angaben zur notariellen Identitätsfeststellung ggf. der Güterstand und die Zustimmung des Ehegatten sowie die Angaben zu einer etwaigen Vertretung zu vermerken.

3 Nicht Zutreffendes streichen. Bei der Unternehmergesellschaft muss die zweite Alternative gestrichen werden.

4 Nicht Zutreffendes streichen.

5 Hinweis auf die Videokommunikation im Falle einer Präsenzbeurkundung zu streichen.

154–159 Einstweilen frei.

X. Online-Gründung (§ 2 Abs. 3) (Wicke)

Schrifttum: *Blunk/Monden*, Online-Berkundung im Gesellschaftsrecht, ZdiW 2021, 74; *Bock*, Online-Gründungen von GmbHs und veränderte Registerpublizität – der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, RNotZ 2021, 326; *Böhringer/Melchior*, Auswirkungen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts und des DiRUG auf die notarielle Praxis bei Anmeldungen in Regis-

tersachen, GmbHR 2022, 177; *Drygala/Grobe*, Die geplante Regelung der Onlinegründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung – die Hälfte einer halben Lösung, GmbHR 2020, 985; Freier, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) – Überblick über die Änderungen für die notarielle Praxis, NotBZ 2021, 161; *Heckschen/Knaier*, Das DiRUG in der Praxis, NZG 2021, 1093; *Hoch*, Das DiRUG: großer Wurf oder verpasste Digitalisierungschance?, NWB 2021, 3810; *Keller/Schümmer*, Digitale GmbH-Gründung, NZG 2021, 573; *Kienzle*, Die Videobeurkundung nach dem DiRUG, DNotZ 2021, 590; *Kienzle*, Die Online-Gründung – ein Ausblick auf die Videobeurkundung in der notariellen Praxis, notar 2022, 67; *Knaier*, Die Digitalisierung des deutschen Gesellschaftsrechts durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungs-RL im Gesellschaftsrecht und Handelsregisterrecht (ReFe-DiRUG), GmbHR 2021, 169; *Lieder*, Das DiREG – Mehr Digitalisierung wagen?!, ZRP 2022, 102; *Linke*, Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), Analyse des Regierungsentwurfs, NZG 2021, 309; *Meier/Szalai*, Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) – Die neuen Regelungen zur Onlinegründung von Kapitalgesellschaften, ZNotP 2021, 306; *Omlor/Blöcher*, DiRUG-Neuerungen im Beurkundungs- und Registerrecht, DStR 2021, 2352; *J. Schmidt*, DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, 112; *J. Schmidt*, DiRUG, Auf dem Weg in ein digitale(re)s Gesellschafts- und Registerrecht, NZG 2021, 849; *Stelmaszczyk/Kienzle*, Die Onlinegründung der GmbH nach dem DiRUG, GmbHR 2021, 849; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbH digital – Online-Gründung und Online-Verfahren für Registeranmeldungen nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum DiRUG, ZIP 2021, 765; *Stelmaszczyk/Strauß*, Die Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum DiREG – eine erste Einordnung, ZIP 2022, 1077; *Teichmann*, Die digitale GmbH-Gründung: Ein Entwicklungssprung für die vorsorgende Rechtspflege, GmbHR 2021, 1237; *Wicke*, Gründungen mit Bar- oder Sacheinlagen und Gesellschafterbeschlüsse im Onlineverfahren: Neuerungen durch das DiREG, GmbHR 2022, 516.

1. Überblick und Rechtsgrundlagen

Die GmbH kann seit dem 1.8.2022, auch in der Rechtsformvariante der UG (haftungsbeschränkt), wahlweise online errichtet werden⁷¹¹. Zu diesem Zweck sieht § 2 Abs. 3 vor, dass die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags als erster Schritt des Gründungsverfahrens mittels Videokommunikation gemäß §§ 16a ff. BeurkG erfolgen kann. Parallel kann die Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung aufgrund Ergänzung der handels- und beurkundungsrechtlichen Verfahrens- und Formvorschriften in den § 12 Abs. 1 HGB, § 129 Abs. BGB und 40a BeurkG elektronisch vorgenommen werden. Sowohl die Online-Beurkundung nach § 2 Abs. 3 als auch die Online-Beglaubigung (jeweils samt der Unterzeichnung mittels qualifizierter elektronischer Signatur) sind ausschließlich über das von der Bundesnotarkammer betriebene Videokommunikationssystem gemäß § 78p BNotO zulässig. Für die Online-Gründung ist optional das vereinfachte Verfahren nach § 2 Abs. 1a eröffnet und zudem die Verwendung der in Anlage 2 zum GmbHG aufgenommenen erweiterten Musterprotokolle (hier Rz. 216) vorgesehen.

Die gesetzlichen Vorschriften über die Online-Gründung wurden durch das DiRUG⁷¹² eingeführt und, einer Vorgabe des Koalitionsvertrags folgend, bereits vor ihrem Inkrafttreten durch das DiREG⁷¹³ inhaltlich erweitert⁷¹⁴. Die Einführung erfolgte in **Umsetzung der Digi-**

711 S. Art. 31 Abs. 1 DiRUG; von der Option in Art. 13g Abs. 1 Unterabs. 2 GesRRL, die Online-Gründung auch für andere Rechtsformen zu eröffnen, hat der Gesetzgeber bislang keinen Gebrauch gemacht. S. Begr. RegE BT-Drucks. 19/28177, S. 161.

712 Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 5.7.2021, BGBl. I 2021, 3338.

713 Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG) vom 15.7.2022, BGBl. I 2022, 1146.

714 S. zum DiREG *Wicke*, GmbHR 2022, 516; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077; *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1179.

talisierungRL und der dadurch geänderten GesRRL⁷¹⁵: Nach deren Art. 13g Abs. 1 ist zu gewährleisten, dass die Gründung vollständig online durchgeführt werden kann, ohne dass Gründer oder Antragsteller persönlich vor der zuständigen Stelle erscheinen müssen, gleichzeitig ist den Mitgliedstaaten aber gemäß Art. 13g Abs. 4 lit. c GesRRL gestattet, Notare und andere Personen oder Stellen mit der Bearbeitung von Online-Gründungen zu betrauen. **Ziel** der Regelungen ist es, die Gründung auf der Zeit- und Kostenschiene **effizienter** zu gestalten und gleichzeitig **die Vorzüge der vorsorgenden Rechtspflege** zu wahren, insbesondere die Zuverlässigkeit des Registerwesens⁷¹⁶. Die Online-Gründung muss gemäß Art. 13g Abs. 7 GesRRL grundsätzlich innerhalb von zehn Tagen ab Erfüllung aller Formalitäten und Einzahlung des Stammkapitals abgeschlossen, also im Handelsregister eingetragen sein, bei Gründung durch natürliche Personen unter Verwendung eines Musterprotokolls innerhalb von fünf Tagen; andernfalls ist über die Gründe der Verzögerung zu unterrichten (§ 25 Abs. 3 HRV).

2. Anwendungsbereich

- 162 Nach § 2 Abs. 3 Satz 1 kann die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags im Fall einer **Gründung ohne Sacheinlagen auch mittels Videokommunikation** erfolgen. Die Vorschrift wird **zum 1.8.2023** erweitert und das Online-Verfahren auf **Sachgründungen** erstreckt unter der Voraussetzung, dass **andere Formvorschriften**, namentlich § 15 **nicht entgegenstehen**, wobei in den Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft selbst aufgenommen werden dürfen. Das spätere Inkrafttreten dieser und einiger weiterer durch das DiREG eingeführten Regelungen wird damit erklärt, dass diese einen erheblicheren organisatorischen und technischen Aufwand erfordern⁷¹⁷. Es ist in der Praxis üblich, dass in die Gründungsurkunde weitere Abreden der Gesellschafter aufgenommen werden oder die notwendigen Gesellschafterbeschlüsse gefasst werden, wie insbesondere die Bestellung des ersten Geschäftsführers. Zu diesem Zweck bestimmt das Gesetz in § 2 Abs. 3 Satz 2, dass **auch sonstige Willenserklärungen** und in § 2 Abs. 3 Satz 3, dass **einstimmig gefasste Beschlüsse** (§ 2 Abs. 3 Satz 3), jeweils soweit sie nicht der notariellen Form bedürfen, mittels Videokommunikation beurkundet werden können, sofern sie **in die elektronische Gründungsniederschrift** aufgenommen werden. Darüber hinaus ist es zulässig, dass nachträgliche einvernehmliche Änderungen des Gesellschaftsvertrags im Online-Verfahren vereinbart werden. Zu diesem Zweck können entsprechende **Vollzugsvollmachten** mittels Videokommunikation erteilt werden (§ 2 Abs. 2 Satz 2). Die Online-Gründung steht neben natürlichen Personen auch Personengesellschaften und (inländischen wie ausländischen) juristischen Personen offen, ohne dass die Zahl der Gründer limitiert wäre⁷¹⁸.

a) Bargründungen

- 163 Das Onlineverfahren ist gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 richtlinienkonform bis zum 31.7.2022 auf Bargründungen beschränkt. Sacheinlagen sind auf Grundlage der Vorschrift angesichts der

715 S. zur Gesetzesentwicklung *Bock*, RNotZ 2021, 326; *Teichmann*, GmbHR 2021, 1237, 1242; *J. Schmidt*, ZIP 2021, 113; *Stelmaszyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849; *Omlor/Blöcher*, DStR 2021, 2352; *Kindler/Jobst*, DB 2019, 1550.

716 Vgl. eingehend *Teichmann*, GmbHR 2021, 1237, 1242 ff.

717 RegE DiREG BT-Drucks. 20/1672, S. 27.

718 *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Rz. 74.

erhöhten Komplexität zunächst ausgeschlossen⁷¹⁹. Dies gilt auch für die **gemischte Bar- und Sachgründung** oder eine **Mischeinlage**⁷²⁰.

b) Sachgründungen

Das DiREG ändert die Regelung des § 2 Abs. 3 Satz 1 mit Wirkung **ab dem 1.8.2023** und lässt auch **Sachgründungen mittels Videobeurkundung** unter der Voraussetzung zu, dass andere Formvorschriften nicht entgegenstehen⁷²¹, wobei in den Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft selbst aufgenommen werden dürfen (dazu Rn. 167). Demgemäß wird eine Sachgründung im Online-Verfahren nur zulässig sein, sofern die Vereinbarung der Verpflichtung zur Einbringung des Gegenstands **nicht nach allgemeinen Vorschriften der notariellen Beurkundung** bedarf. Der Geltungsanspruch anderer Formvorschriften, die eine Beurkundung im Präsenzverfahren voraussetzen, wie insbesondere § 311b Abs. 1 BGB oder § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, aber auch etwa § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt daher unberührt⁷²². Dieser Vorbehalt verdient Zustimmung, da bei den genannten Vorschriften andere Formzwecke im Vordergrund stehen, insbesondere der Schutz unerfahrener Beteiligter stärkere Beachtung verdient⁷²³, sie regelmäßig eine höhere Komplexität aufweisen und das Online-Verfahren angesichts der eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten typischerweise hierfür nicht geeignet ist. Gleichzeitig wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die DigitalisierungsRL über die Gründungsvorschriften hinausgehende Formvorschriften, die eine Beurkundung im Präsenzverfahren voraussetzen, unberührt lässt⁷²⁴. Daher sind auch **Gründungsverfahren nach dem UmwG**, wie die Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung oder der Formwechsel, **ausgeschlossen**⁷²⁵. 164

c) Nebenleistungspflichten

aa) Vorrang anderer Formvorschriften

Soweit bei der Online-Gründung nicht eines der Musterprotokolle verwendet wird (§ 2 Abs. 1a, 3 Satz 5 und 6⁷²⁶), können in die Satzung **grundsätzlich** in gleicher Weise **wie bei einer Präsenzversammlung gesellschaftsvertragliche Regelungen jeglicher Art** aufgenommen werden. Besondere Fragen stellen sich aber, wenn den Gesellschaftern im Verfahren der Videobeurkundung außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere statutarische Verpflichtungen im Sinne des § 3 Abs. 2 gegenüber der Gesellschaft, sog. Nebenleistungspflichten, auferlegt werden sollen⁷²⁷. Im Schrifttum wird die Problematik bislang primär bezogen auf Bargründungen mit Sachagio diskutiert, bei der die Gesellschafter zusätzlich zu der Bar einlage die Verpflichtung übernehmen, als Aufgeld einen Sachgegenstand, z.B. in Form eines Betriebs oder einer Beteiligung, in die GmbH einzubringen⁷²⁸. Nach § 2 Abs. 3 Satz 1 in der ab dem 1.8.2023 geltenden (weiter reichenden) Fassung kann die Beurkundung des Gesell- 165

719 *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, Rz. 71.

720 *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 852; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, Rz. 76.

721 Mit guten Gründen kritisch *Lieder*, ZRP 2022, 102.

722 RegE DiREG BT-Drucks. 20/1672, S. 24.

723 Begr. RegE BT-Drucks. 19/28177, S. 113.

724 *Lieder*, NZG 2018, 1081, 1085; *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 606; kritisch *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573, 577.

725 *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1094; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 852.

726 S. Rz. 183 ff.

727 Dazu aktuell *Scheller*, GmbHR 2022, R101.

728 Dazu *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, Rz. 76; *Heinze* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 340; *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1095; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 853.

schaftsvertrags nur dann mittels Videokommunikation erfolgen, sofern andere Formvorschriften nicht entgegenstehen. Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber damit unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass der Geltungsanspruch anderer Formvorschriften, die eine Beurkundung im Präsenzverfahren voraussetzen, unberührt bleibt. Im praktisch wohl häufigsten Fall des Sachagios in Gestalt von GmbH-Anteilen wäre daher zu berücksichtigen, dass die Einbringung ebenso wie die zugrundeliegende Verpflichtung der Formpflicht der Vorschrift des § 15 Abs. 3 bzw. 4 unterliegen würde, für die das Online-Verfahren nicht eröffnet ist⁷²⁹.

- 166 Wieweit der **Formvorbehalt gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1** zugunsten anderer Formvorschriften im Einzelfall reicht, ist noch **nicht abschließend geklärt**. Die Problematik ist dadurch erschwert, dass das **Verhältnis der Vorschriften der §§ 2 und 53** über die Beurkundung der Gründung und Änderung des Gesellschaftsvertrags **zu anderen Formvorschriften wie § 15 und § 311b BGB** im Schrifttum allgemein bislang nur wenig Aufmerksamkeit erlangt hat⁷³⁰. Nach heute h.M. unterliegt eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, etwa in Gestalt einer Pflicht zur Einbringung eines Geschäftsanteils oder auch eines Vorerwerbsrechts an Anteilen der betreffenden Gesellschaft, der Vorschrift des § 15 Abs. 4⁷³¹. Gleichzeitig wird davon ausgegangen, dass bei einer Abtretung im Rahmen einer GmbH-Satzung § 2 formwährend wirkt⁷³². Während für die Gründung nach § 2 Abs. 1 die weitreichenden Regelungen über die Beurkundung von Willenserklärungen §§ 6 ff. BeurkG gelten, die gleichzeitig die Vorgaben des § 15 und § 311b BGB erfüllen⁷³³, genügt allerdings für Satzungsänderungen eine Tatsachenniederschrift im Sinne der §§ 36 f. BeurkG, die bei Anwendung des § 15 Abs. 4 nicht ausreicht. Dennoch wird im Schrifttum davon ausgegangen, dass eine Satzungsänderung auch nach §§ 36 f. BeurkG beurkundet werden kann, wenn zugleich besondere Formvorschriften gelten, die in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich (außerhalb von satzungsändernden Beschlüssen) zu einer Beurkundung gemäß §§ 6 ff. BeurkG führen⁷³⁴. Für das Online-Verfahren ist angesichts der klaren Regelung in § 2 Abs. 3 Satz 1 aber davon auszugehen, dass eine Verpflichtung zur Einbringung von Geschäftsanteilen an einer anderen GmbH nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden kann. Dies gilt für eine Sacheinlage gemäß § 5 Abs. 4 in gleicher Weise wie für Nebenleistungspflichten im Sinne von § 3 Abs. 2⁷³⁵.

bb) Verpflichtungen zur Abtretung von Anteilen an der Gesellschaft selbst

- 167 Wie die auf Vorschlag des Rechtsausschusses eingeführte Vorschrift des § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 bestimmt, dürfen allerdings **in den Gesellschaftsvertrag auch Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft selbst aufgenommen** werden (im Unterschied zur Abtretungsverpflichtung bezogen auf andere Gesellschaften) (s. dazu auch

729 *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1095; *Heinze* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 340; Entsprechendes gilt für § 311b Abs. 1 bzw. § 925 BGB im Hinblick auf Immobilien.

730 S. dazu *Grotheer*, RNotZ 2015, 4; aktuell *Scheller*, GmbHR 2022, R101.

731 Vgl. BGH v. 14.4.1986 – II ZR 155/85, NJW 1986, 2642; ferner BGH v. 30.6.1969 – II ZR 71/68, NJW 1969, 2049; BGH v. 30.6.2003 – II ZR 326/01, GmbHR 2003, 1062 = NJW-RR 2003, 1265 (dazu kritisch *Maier-Reimer*, GmbHR 2017, 1325); *Weller/Reichert* in MünchKomm. GmbHG, § 15 Rz. 103; *Ebbing* in Michalski u.a., § 15 Rz. 65; *Löbbe* in Habersack/Casper/Löbbe, § 15 Rz. 53; a.A. und für ein Exklusivverhältnis von § 2 Abs. 1 und § 15 Abs. 4 *Scheller*, GmbHR 2022, R101, 102 unter Berufung auf RGZ 113, 147, 149.

732 *Weller/Reichert* in MünchKomm. GmbHG, § 15 Rz. 103; *Ebbing* in Michalski u.a., § 15 Rz. 65.

733 Vgl. BGH v. 14.4.1986 – II ZR 155/85, NJW 1986, 2642; *Weller/Reichert* in MünchKomm. GmbHG, § 15 Rz. 103; *Ebbing* in Michalski u.a., § 15 Rz. 65.

734 *Grotheer*, RNotZ 2015, 4, 7; zustimmend *Priester/Tebben*, 12. Aufl., § 53 Rz. 70a.

735 *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093, 1095; *Heinze* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 340; Entsprechendes gilt für § 311b Abs. 1 BGB bzw. § 925 BGB im Hinblick auf Immobilien.

13. Aufl., § 3 Rz. 72). Damit sind insbesondere in der Praxis häufig vereinbarte Vorkaufs- oder Vorwerbsrechte für Mitgesellschafter im Kontext von Vinkulierungsklauseln⁷³⁶ oder auch Abtretungsverpflichtungen an Mitgesellschafter oder die Gesellschaft selbst als Alternative zur Einziehung von Geschäftsanteilen angesprochen⁷³⁷. Nach Wortlaut und Sinn und Zweck des § 2 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 sind davon nicht erfasst Angebote, die eine Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft zugunsten von außenstehenden Dritten begründen und auch nicht dingliche Übertragungsakte gemäß § 15 Abs. 3. Wie die Gesetzesbegründung hervorhebt, fallen Abtretungsverpflichtungen aber **unabhängig davon** unter die Norm, ob es sich um eine korporative Bestimmung, also um einen materiellen, **echten Satzungsbestandteil** oder ob es sich um einen **unechten Satzungsbestandteil** handelt⁷³⁸. Die Regelung hat allerdings zur Voraussetzung, dass die entsprechenden Vereinbarungen **im Rahmen des Gesellschaftsvertrags** getroffen werden, so dass eine Anwendung auf schuldrechtliche Nebenabreden ausscheidet.

Da die gesamte Vorschrift des § 2 Abs. 3 Satz 1 mit beiden Halbsätzen erst am **1.8.2023** in Kraft tritt, stellt sich die Frage, ob schon **vor diesem Stichtag Verpflichtungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft** bei einer Online-Gründung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden können. Dies ist nach hier vertretener Auffassung zu bejahen. Entsprechende Klauseln können ohne weiteres im Rahmen einer „Bargründung ohne Sacheinlagen“ getroffen werden und sind daher vom Wortlaut des § 2 Abs. 3 Satz 1 in der Fassung des DiRUG erfasst. Zu berücksichtigen ist weiter, dass Verpflichtungen zur Abtretung von Anteilen an der Gesellschaft in Satzungen von Mehrpersonensatzungen zum üblichen Standard gehören, und es daher unpraktikabel wäre, sie im Zeitraum vom 1.8.2022 bis zum 31.7.2023 nicht zuzulassen. Folge wäre, dass die betreffenden Regelungen aus sämtlichen einschlägigen Vertragsmustern zweckwidrig entfernt werden müssten und, wo dies übersehen würde, zahlreiche Beanstandungen durch Registergerichte drohen würden. Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber entsprechende übliche gesellschaftsvertragliche Abtretungsverpflichtungen generell zulassen wollte und insoweit kein auf ein Jahr befristetes Sonderrecht schaffen wollte. Für eine gegenteilige Sichtweise gibt es weder einen Anhaltspunkt in der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2, noch einen vernünftigen Grund. 168

cc) Zulässigkeit des Sachagios

Soweit andere Formvorschriften nicht entgegenstehen, wäre eine **Bargründung** mit einer Nebenverpflichtung gemäß § 3 Abs. 2 zur Leistung eines **Sachagios**, z.B. in Form eines Betriebs oder von Aktienbesitz vom Wortlaut des § 2 Abs. 3 Satz 1 sowohl in der bis zum 31.7.2023⁷³⁹ als auch in der danach geltenden Fassung erfasst und könnte im Rahmen des Online-Verfahrens erfolgen⁷⁴⁰. Der Regierungsentwurf zum DiREG stellt die Zulässigkeit der Bargründung mit Sachgründung ausdrücklich klar⁷⁴¹. Der Gründungsvorgang ist zwar gegenüber der reinen Bareinlage komplexer, die Sacheinlagevorschriften sind bei einem Sachagio richtiger Weise aber nur sehr eingeschränkt anwendbar und die Werthaltigkeitsprüfung des Registergerichts beschränkt sich darauf, dass der Wert der erbrachten Einlage nicht aufgrund eines Negativsaldos gemindert ist⁷⁴². Wenn das Sachagio nicht korporativ als Nebenleistungspflicht, sondern **rein schuldrechtlich** vereinbart wird, ist zusätzlich zu bedenken, 169

736 S. dazu etwa *Wicke*, § 3 Rz. 22.

737 *Wicke*, Anh. § 34 Rz. 9.

738 BT-Drucks. 20/2391, S. 14.

739 A.A. *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1083.

740 Vgl. zum Sachagio *Scheller* hier 13. Aufl., § 3 Rz. 82; *Wicke*, § 5 Rz. 19.

741 RegE DiREG BT-Drucks. 20/1672, S. 24.

742 *Scheller* hier 13. Aufl., § 3 Rz. 83; *Wicke*, § 5 Rz. 19.

§ 33

Erwerb eigener Geschäftsanteile (13. Auflage 2022)

(1) Die Gesellschaft kann eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben oder als Pfand nehmen.

(2) Eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlage vollständig geleistet ist, darf sie nur erwerben, sofern sie im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf. Als Pfand nehmen darf sie solche Geschäftsanteile nur, soweit der Gesamtbetrag der durch Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile gesicherten Forderungen oder, wenn der Wert der als Pfand genommenen Geschäftsanteile niedriger ist, dieser Betrag nicht höher ist als das über das Stammkapital hinaus vorhandene Vermögen. Ein Verstoß gegen die Sätze 1 und 2 macht den Erwerb oder die Inpfandnahme der Geschäftsanteile nicht unwirksam; jedoch ist das schuldrechtliche Geschäft über einen verbotswidrigen Erwerb oder eine verbotswidrige Inpfandnahme nichtig.

(3) Der Erwerb eigener Geschäftsanteile ist ferner zulässig zur Abfindung von Gesellschaftern nach § 29 Abs. 1, § 122i Abs. 1 Satz 2, § 125 Satz 1 in Verbindung mit § 29 Abs. 1 und § 207 Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes, sofern der Erwerb binnen sechs Monaten nach dem Wirksamwerden der Umwandlung oder nach der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung erfolgt und die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf.

[Abs. 3 in der Fassung des Regierungsentwurfs zum UmRUG: (3) Der Erwerb eigener Geschäftsanteile ist ferner zulässig zur Abfindung von Gesellschaftern nach § 29 Abs. 1, nach § 125 Satz 1 in Verbindung mit § 29 Abs. 1, nach § 207 Abs. 1, nach § 313 Abs. 1, nach § 327 in Verbindung mit § 313 Abs. 1, und nach § 340 Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes, sofern der Erwerb binnen sechs Monaten nach dem Wirksamwerden der Umwandlung oder nach der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung erfolgt und die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf.]

Text neu gefasst durch Gesetz vom 4.7.1980 (BGBl. I 1980, 836); Abs. 2 Satz 1 geändert durch Gesetz vom 19.12.1985 (BGBl. I 1985, 2355); Abs. 3 eingefügt durch Gesetz vom 28.10.1994 (BGBl. I 1994, 3210) und geändert durch Gesetz vom 19.4.2007 (BGBl. I 2007, 542); Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 neu gefasst durch Gesetz vom 25.5.2009 (BGBl. I 2009, 1102); Änderung des Abs. 3 geplant durch Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) (s. Rz. 16).

I. Grundlagen

1. Regelungsgegenstand 1

2. Normzweck

- a) Normzweck des § 33 Abs. 1 Alt. 1
(kein Erwerb nicht voll eingezahlter
Anteile) 3
- b) Normzweck des § 33 Abs. 1 Alt. 2
(keine Inpfandnahme nicht voll
eingezahlter Anteile) 4

c) Normzweck des § 33 Abs. 2 Satz 1,
Satz 3 (kein Erwerb aus gebundenem
Vermögen) 7

d) Normzweck des § 33 Abs. 2 Satz 2
(keine Inpfandnahme zur Besicherung
von Krediten aus dem gesetzlich
gebundenen Vermögen) 11

e) Normzweck des § 33 Abs. 3 (Erleichterungen im Rahmen von Umwandlungen) 12

3. Gesetzesgeschichte, Reform	14	3. Rechtsfolgen von Verstößen	
4. Zwingender Charakter	17	(§ 33 Abs. 2 Satz 3)	
5. Bilanzielle Behandlung eigener Anteile		a) Nichtigkeit (nur) des Verpflichtungs-	
a) Vom Bruttoausweis zum Nettoausweis		geschäfts	81
des gezeichneten Kapitals	19	b) Rückabwicklung	
b) (Keine) Auswirkungen auf den		aa) Rückabwicklung nach Bereiche-	
Kapitalschutz	22	rungsrecht	86
c) Bilanzielle Auswirkungen der		bb) Erstattungsanspruch nach § 31	89
Weiterveräußerung	25	cc) Darlegungs- und Beweislast	90
d) Anteile am herrschenden oder mit		c) Geschäftsführerhaftung	91
Mehrheit beteiligten Unternehmen	27	4. Weitere Anforderungen außerhalb	
6. Praktische Bedeutung	28	von § 33 Abs. 2	
7. Verhältnis zu anderen Vorschriften		a) Gesellschafterbeschluss	92
a) Kaduzierung, Preisgabe, Einziehung	31	b) Gleichbehandlungsgebot,	
b) Kapitalerhaltung nach § 30 Abs. 1	34	Andienungsrecht	94
c) Regelung im Aktiengesetz	35	IV. Erleichterungen in Umwandlungs-	
II. Erwerb und Inpfandnahme nicht		fällen (§ 33 Abs. 3)	
voll eingezahlter Geschäftsanteile		1. Allgemeines	97
(§ 33 Abs. 1)		2. Voraussetzungen	
1. Allgemeines	38	a) Erwerb zur Abfindung im Rahmen	
2. Erwerb	39	von Umwandlungsmaßnahmen	
3. Inpfandnahme	42	aa) Bisheriger Anwendungsbereich	98
a) Offene Einlageforderung	45	bb) Neufassung durch das UmRUG	99
b) Abgrenzung	47	cc) Praktische Bedeutung	100
c) Maßgeblicher Zeitpunkt	51	dd) Voraussetzungen der Abfindungs-	
d) Handlungsoptionen bei fehlender		pflicht	103
Volleinzahlung	54	b) Ausdehnung auf weitere Erwerbs-	
5. Rechtsfolgen von Verstößen		tatbestände (Analogie)?	104
a) Nichtigkeit des Erwerbs und des zu-		c) Sechsmonatige Erwerbsfrist	106
grundlegenden Verpflichtungs-		d) Erwerb aus ungebundenem	
geschäfts	58	Vermögen	108
b) Rückabwicklung	60	3. Rechtsfolgen bei Nichtvorliegen	
c) Geschäftsführerhaftung	62	der Voraussetzungen	109
d) Folgen bei Weiterveräußerung des		a) Verstoß gegen die Kapitalgrenze bei	
Geschäftsanteils	63	voll eingezahlten Geschäftsanteilen	110
III. Erwerb und Inpfandnahme voll ein-		aa) Anfechtbarkeit des Umwand-	
gezahlter Geschäftsanteile (§ 33 Abs. 2)		lungsbeschlusses	111
1. Erwerbsvoraussetzungen nach		bb) Keine Unwirksamkeit des Ver-	
§ 33 Abs. 2 Satz 1		pflichtungsgeschäfts, aber Anwen-	
a) Allgemeines	64	dung der Kapitalerhaltungsregeln	112
b) Erwerb aus ungebundenem		cc) Besonderheiten beim Form-	
Vermögen		wechsel?	115
aa) Möglichkeit der Bildung einer		b) Verstoß gegen § 33 Abs. 3 bei nicht	
(fiktiven) Rücklage ohne Min-		voll eingezahlten Geschäftsanteilen	116
derung des gebundenen Ver-		aa) Erwerb außerhalb des sachlichen	
mögens	66	Anwendungsbereichs des	
bb) Maßgeblicher Zeitpunkt	71	§ 33 Abs. 3	117
2. Voraussetzungen der Inpfandnahme		bb) Erwerb außerhalb der Erwerbs-	
nach § 33 Abs. 2 Satz 2		frist	118
a) Allgemeines	74	cc) Erwerb aus gebundenem	
b) Präzisierung der Kapitalgrenze im		Vermögen	119
Rahmen der Inpfandnahme	76	4. Rechtsfolgen bei zulässigem Erwerb	
c) Maßgeblicher Zeitpunkt	80	nach § 33 Abs. 3	124
		V. Rechtliche Behandlung eigener	
		Geschäftsanteile	

<p>1. Allgemeines, Eintragung in die Gesellschafterliste 127</p> <p>2. Mitgliedschaftsrechte 129</p> <p>a) Mitverwaltungsrechte 130</p> <p>b) Vermögensrechte 132</p> <p>aa) Gewinnbezugsrecht – allgemeine Grundsätze 133</p> <p>bb) Gewinnbezugsrecht – Sonderfälle 137</p> <p>cc) Sonstige Vermögensrechte 140</p> <p>c) Teilnahme an Kapitalmaßnahmen .. 141</p> <p>3. Mitgliedschaftspflichten 142</p> <p>VI. Veräußerung und Belastung eigener Geschäftsanteile</p> <p>1. Veräußerung 145</p> <p>a) Gesellschafterbeschluss 146</p> <p>b) Gleichbehandlungsgebot, Bezugsrecht und Verwässerungsschutz 151</p> <p>c) Rechtsfolgen der Veräußerung 154</p> <p>2. Belastung 156</p> <p>VII. Sonderfälle</p> <p>1. Umkehrschutz, Einbeziehung Dritter</p>	<p>a) Konzernsachverhalte, Erwerb durch ein abhängiges Unternehmen 157</p> <p>aa) Entsprechende Anwendung des § 33 Abs. 1 158</p> <p>bb) Entsprechende Anwendung des § 33 Abs. 2 161</p> <p>cc) Abgrenzung: Erwerb durch ein herrschendes Unternehmen 165</p> <p>b) Treuhandverhältnisse, mittelbare Stellvertretung</p> <p>aa) Erwerb/Inpfandnahme für Rechnung der GmbH 166</p> <p>bb) Erwerb/Inpfandnahme durch die GmbH für Rechnung eines Dritten 169</p> <p>2. GmbH & Co. KG 170</p> <p>a) Entsprechende Anwendung des § 33 Abs. 1 171</p> <p>b) Entsprechende Anwendung des § 33 Abs. 2 172</p> <p>3. „Keinpersonen“-GmbH 173</p>
---	---

Schrifttum: *Becker*, Eigene Geschäftsanteile der GmbH, RdW 1938, 700; *Beeser*, Inpfandnahme von Eigenaktien, AcP 159 (1960), 56; *v. Benckendorff*, Erwerb eigener Aktien im deutschen und US-amerikanischen Recht, 1998; *T. Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, 2002; *Bloching/Kettinger*, Stellt die BGH-Entscheidung vom 24.11.2003 das Kapitalschutzsystem der GmbH wieder auf die Füße? – Eine Untersuchung anhand § 33 GmbHG, GmbHR 2005, 1098; *Bloching/Kettinger*, Kapitalerhaltung oder Kapitalquelle? – Eine Analyse des § 33 Abs. 2 GmbHG im Licht der aktuellen Rechtsprechung zum Kapitalschutz, BB 2006, 172; *Bretschneider*, Die gesellschafterlose Gesellschaft mit beschränkter Haftung, DStZ 1991, 420; *Brodmann*, Aktienrecht, 1928; *Brodmann*, GmbH-Gesetz, 2. Aufl. 1930; *Buchwald*, Der eigene Anteil der GmbH, GmbHR 1958, 169; *Büscher*, Das neue Recht des Aktienrückkaufs, 2013; *Cahn*, Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen, in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II, 18. Kap., S. 763; *Emmerich*, Wechselseitige Beteiligungen bei AG und GmbH, NZG 1998, 622; *Falk*, Die bilanzielle und ertragsteuerliche Behandlung eigener Anteile nach dem BilMoG, 2013; *Felix*, Effektive Kapitalherabsetzung der GmbH und eigener Geschäftsanteil, GmbHR 1989, 286; *Fetsch*, Gestaltungsprobleme der GmbH & Co., Synchronisierung der Beteiligungen – Unterkapitalisierung, DNotZ-Sonderheft 1969, 111; *Geißler*, Der Erwerb eigener GmbH-Anteile zur Realisierung von Strukturmaßnahmen, GmbHR 2008, 1018; *Gerken*, Eigene Geschäftsanteile im Recht der GmbH, Rpfleger 1997, 343; *Gersch/Herget/Marsch/Stützle*, GmbH-Reform 1980, 1980; *Grothus*, Das Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, GmbHR 1958, 17; *Habersack*, Das Andienungs- und Erwerbsrecht bei Erwerb und Veräußerung eigener Anteile, ZIP 2004, 1121; *Hachenburg*, Zum Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in FS Cohn, 1915, S. 79; *Heckschen/Weitbrecht*, Formwechsel und eigene Anteile, ZIP 2017, 1297; *Henze*, Anm. zu BGH v. 29.6.1998 – II ZR 353/97, BB 1998, 1968; *Hirsch*, Der Erwerb eigener Aktien nach dem KonTraG, 2004; *Hösel*, Eigene Geschäftsanteile der GmbH, DNotZ 1958, 5; *Hunscha*, Die GmbH & Co. KG als Alleingeschafterin ihrer GmbH-Komplementärin, 1974; *Hüttemann*, Erwerb eigener Anteile im Bilanz- und Steuerrecht nach BilMoG, in FS Herzig, 2010, S. 595; *Jordans*, Verpfändung eigener Geschäftsanteile, GmbHR 2013, R246; *Kersting/Hauser*, Erwerb eigener Anteile durch die GmbH und Saldotheorie, in 2. FS Karsten Schmidt, 2019, S. 625; *Kessler/Suchan*, Kapitalschutz bei Erwerb eigener Anteile nach BilMoG, in FS Hommelhoff, 2012, S. 509; *N. Klein*, Fragen im Zusammenhang mit dem (fehlgeschlagenen) Erwerb eigener Geschäftsanteile, NZG 2016, 1241; *Kreutz*, Von der Einmann- zur „Keinmann“-GmbH?, in FS Stimpel, 1985, S. 379; *Kropff*, Nettoausweis des gezeichneten Kapitals und Kapitalerhaltung, ZIP 2009, 1137; *Kühnberger*, Eigenkapitalausweis und Kompetenzregeln für die AG bei der

Kapitalaufbringung und -erhaltung nach BilMoG, BB 2011, 1387; *Kühnberger*, Gesellschaftsrechtliche Implikationen des BilMoG, DStR 2012, 1149; *Lehmeier*, Anteilsvergütung von Auftragnehmern bei Start-up-Unternehmen als Finanzierungsbeitrag, WPg 2018, 975; *Lieder*, Eigene Geschäftsanteile im Umwandlungsrecht – Umgehungsprobleme und Zeitpunktstreit, GmbHR 2014, 57; *Lieder*, Eigene Geschäftsanteile im Umwandlungsrecht, GmbHR 2014, 232; *Lüken*, Der Erwerb eigener Aktien nach §§ 71 ff. AktG, Deregulierungs- und Liberalisierungsbestrebungen im europäischen Gesellschaftsrecht, 2004; *Lutter*, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964; *Lutter*, Die GmbH-Novelle und ihre Bedeutung für die GmbH, die GmbH & Co. KG und die Aktiengesellschaft, DB 1980, 1317; *Maltschew*, Der Rückerwerb eigener Aktien in der Weltwirtschaftskrise 1929-1931, 2004; *Müller/Reinke*, Behandlung von eigenen Anteilen im handelsrechtlichen Einzel- und Konzernabschluss unter Beachtung von E-DRS 31, DStR 2015, 1127; *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen, 1982; *Obser*, Fallstricke im Zusammenhang mit eigenen Anteilen bei der GmbH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, in FS Kessler, 2021, S. 355; *Oldenburg*, Die Keimmann-GmbH – Ein unmögliches Rechtsgebilde?, 1985; *Oser/Kropp*, Eigene Anteile im Gesellschafts-, Bilanz- und Steuerrecht, Der Konzern 2012, 185; *Paulick*, Die GmbH ohne Gesellschafter, 1979; *Priester*, Zeitpunkt der Rücklagendeckung beim Erwerb eigener GmbH-Anteile, GmbHR 2013, 1121; *Priester*, Teileingezahlte GmbH-Anteile bei Umwandlungsvorgängen, ZIP Beilage 2016, 57; *Rodewald/Pohl*, Neuregelungen des Erwerbs von eigenen Anteilen durch die GmbH im Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG), GmbHR 2009, 32; *Schilling*, Die GmbH & Co. KG als Einheitsgesellschaft, in FS Barz, 1974, 67; *Schindler*, Neues zum „Zeitpunktstreit“ beim Erwerb eigener Geschäftsanteile, GWR 2013, 308; *Karsten Schmidt*, Volleinzahlungsgebot beim Formwechsel in die AG oder GmbH?, ZIP 1995, 1385; *Schmidtman*, Abstrakte und konkrete Bilanzierungsfähigkeit eigener Anteile nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, StuW 2010, 286; S. *Schön*, Geschichte und Wesen der eigenen Aktie, 1936; *Schuler*, Einziehung von GmbH-Anteilen kraft Satzung, GmbHR 1962, 114; *Schultze-Petzold*, Die GmbH als Träger eigener Geschäftsanteile, 1991; *Schwab*, Abfindungsanspruch außenstehender Aktionäre bei Beendigung des Unternehmensvertrags durch Verschmelzung, BB 2000, 527; *Steding*, Die gesellschaftslose GmbH – eine rechtlich zulässige Unternehmensvariante?, NZG 2003, 57; *Verhoeven*, GmbH-Konzernrecht: Der Erwerb von Anteilen der Obergesellschaft, GmbHR 1977, 97; *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006; *Verse*, Inhaltskontrolle von „Hinauskündigungs-klauseln“ – eine korrekturbedürftige Rechtsprechung, DStR 2007, 1822; *Verse*, Auswirkungen der Bilanzrechtsmodernisierung auf den Kapitalschutz, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, 2010, S. 67; *Winkler*, Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH, GmbHR 1972, 73; *Ziebe*, Der Erwerb eigener GmbH-Geschäftsanteile in den Staaten der Europäischen Gemeinschaft, GmbHR 1983, 38; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963.

I. Grundlagen

1. Regelungsgegenstand

Anders als eine Personengesellschaft (§ 711 Satz 2 BGB n.F.) kann eine GmbH nach Maßgabe 1 des § 33 auch Geschäftsanteile an sich selbst („eigene Geschäftsanteile“) erwerben. Gleiches gilt für die UG (haftungsbeschränkt)¹, da es sich bei ihr nur um eine Rechtsformvariante der GmbH handelt (13. Aufl., § 5a Rz. 7). Möglich ist allerdings immer nur der **derivative Erwerb** eines bereits bestehenden Anteils, sei es im Wege der Einzelrechtsnachfolge (durch Anteilsabtretung nach §§ 413, 398 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG), sei es im Wege der erb- oder umwandlungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge. Die grundsätzliche Zulässigkeit des derivativen Erwerbs eigener Anteile wird in § 33 vorausgesetzt, aber **im Interesse des Kapitalschutzes** diversen **Einschränkungen** unterworfen, die auch auf den Fall der Inpfandnahme eigener Anteile erstreckt werden. Während Abs. 1 jedenfalls in Alt. 1 (Verbot des Erwerbs nicht voll eingezahlter Anteile) dem Schutz der **Kapitalaufbringung** dient (Rz. 3), schützt

¹ Unstreitig, s. nur *Paura* in Habersack/Casper/Löbbecke, § 5a Rz. 20.

Abs. 2 die **Kapitalerhaltung** (Rz. 8 f.). Abs. 3 schließlich enthält eine Ausnahme vom Erwerbsverbot des Abs. 1 Alt. 1, um Umwandlungsvorgänge zu erleichtern (Rz. 12).

- 2 Ein **originärer Erwerb** eigener Anteile durch „Selbstzeichnung“ im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung ist dagegen nicht Regelungsgegenstand des § 33, sondern **ausnahmslos unzulässig**. Soll die Gesellschaft im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung gleichwohl eigene Anteile übernehmen, begründet dies ein Eintragungshindernis². Das Verbot der Selbstzeichnung wird zwar anders als im Aktienrecht (§ 56 Abs. 1 AktG) im GmbH-Gesetz nicht explizit ausgesprochen; eine Selbstzeichnung widerspräche aber auch in der GmbH evident dem Gebot der Kapitalaufbringung, da die Gesellschaft keine Einlage an sich selbst leisten kann.

2. Normzweck

a) Normzweck des § 33 Abs. 1 Alt. 1 (kein Erwerb nicht voll eingezahlter Anteile)

- 3 § 33 Abs. 1 Alt. 1 schließt – vorbehaltlich der Ausnahme des § 33 Abs. 3 – den Erwerb solcher Geschäftsanteile durch die GmbH aus, auf welche die **Einlagen noch nicht vollständig geleistet** (Rz. 45 ff.) sind. Dahinter steht die Überlegung des historischen Gesetzgebers, dass der noch offene Teil der Einlageforderung bei einem Erwerb durch die Gesellschaft „hinfällig“ zu werden droht³. § 33 Abs. 1 Alt. 1 soll mit anderen Worten der Aufrechterhaltung der Einlageforderung und damit im Interesse des Gläubigerschutzes der realen **Aufbringung des Stammkapitals** dienen⁴. In der Tat würde die Einlageforderung beim Erwerb des Anteils durch die GmbH durch **Konfusion** erlöschen, da die Gesellschaft nicht zugleich Gläubigerin und Schuldnerin derselben Forderung sein kann⁵. Sofern die offene Resteinlage bereits in vollem Umfang fällig und damit im Sinne von § 16 Abs. 2 „rückständig“ ist (13. Aufl., § 16 Rz. 53), könnte man zwar einwenden, dass auch bei Zulassung des Erwerbs durch die GmbH immerhin noch der Veräußerer nach § 16 Abs. 2 voll in Anspruch genommen werden könnte⁶. Indes hat es der Gesetzgeber auf eine Differenzierung nach der Fälligkeit der Einlageforderung offensichtlich nicht ankommen lassen wollen. Auch in dem Fall einer bereits vollständig fälligen (Rest-)Einlage bleibt das Erwerbsverbot des § 33 Abs. 1 Alt. 1 daher uneingeschränkt anwendbar; für eine teleologische Reduktion ist kein Raum⁷.

b) Normzweck des § 33 Abs. 1 Alt. 2 (keine Inpfandnahme nicht voll eingezahlter Anteile)

- 4 Wesentlich schwerer fällt die Bestimmung des Normzwecks für die Regelung des § 33 Abs. 1 Alt. 2, die auch die **Inpfandnahme** (Rz. 42 f.) nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile durch

2 Allg.M., statt vieler BGH v. 9.12.1954 – II ZB 15/54, BGHZ 15, 391; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 5 Rz. 10 (dort auch zu den Folgen, wenn die Gründung bzw. Kapitalerhöhung gleichwohl eingetragen wird); *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 12; s. auch schon 13. Aufl., § 5 Rz. 20.

3 Begr. zu § 33, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660, S. 3746.

4 BGH v. 15.11.1993 – II ZR 32/93, DStR 1994, 107 m. Anm. *Goette*; OLG Rostock v. 30.1.2013 – 1 U 75/11, GmbHR 2013, 305; *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, Rz. 1; *Paura* in Habersack/Casper/Löbbe, Rz. 2; *Pentz* in Rowedder/Pentz, Rz. 2; *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 20; *Lieder*, GmbHR 2014, 57, 59.

5 OLG Rostock v. 30.1.2013 – 1 U 75/11, GmbHR 2013, 305; *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 44; *Schindler* in BeckOK GmbHG, Rz. 6; *Thiessen* in Bork/Schäfer, Rz. 4.

6 Nach § 425 Abs. 2 BGB entlastet die bei einem Gesamtschuldner eintretende Konfusion den anderen Gesamtschuldner nicht. Zum Sonderfall des Erwerbs nach § 33 Abs. 3 s. aber noch Rz. 125.

7 *Paura* in Habersack/Casper/Löbbe, Rz. 25.

die GmbH ausschließt. Diese Erweiterung geht auf die GmbH-Novelle von 1980 (Rz. 14) zurück⁸. Ausweislich der Materialien soll sie dem Umstand Rechnung tragen, dass die Inpfandnahme eigener Anteile „**ähnliche Gefahren**“ in sich berge wie der Erwerb eigener Anteile⁹. Zudem könne ohne ein Verbot der Inpfandnahme das Verbot des Erwerbs eigener Anteile **umgangen** werden¹⁰. Beide Begründungselemente erschließen sich indes nicht unmittelbar, sie werden in den Materialien auch nicht näher erläutert. Die Gefahr, dass die offene Einlageforderung durch Konfusion erlischt, besteht bei der Verpfändung des Geschäftsanteils an die Gesellschaft (§ 1274 Abs. 1 Satz 1, § 413, § 398 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG) gerade nicht, da die Gesellschaft nicht Inhaberin des Anteils und damit auch nicht Einlageschuldnerin wird¹¹. Daran ändert sich auch im Verwertungsfall nichts, weil der Geschäftsanteil auch dann nicht der Gesellschaft anheimfällt, sondern sie ihn lediglich nach Maßgabe des § 1277 BGB verwerten kann (13. Aufl., § 15 Rz. 194) und bereits durch § 33 Abs. 1 Alt. 1 ausgeschlossen ist, dass die Gesellschaft den nicht voll eingezahlten Anteil im Rahmen der Pfandverwertung selbst übernimmt¹². Auch der Gedanke des Umgehungsschutzes bleibt unklar, da die Verpfändung auch bei wirtschaftlicher Betrachtung kein dem Erwerb vergleichbares Ergebnis herbeiführt¹³.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass der Gesetzgeber der GmbH-Novelle 1980 die angeführte Begründung zu § 33 Abs. 1 Alt. 2 **aus dem Aktienrecht übernommen** hat¹⁴. Das Aktienrecht stellt seit jeher die Inpfandnahme eigener Aktien dem Erwerb gleich (Art. 215d Abs. 1 ADHGB 1884, § 226 Abs. 1 HGB 1900, § 226 Abs. 3 HGB 1931¹⁵, § 65 Abs. 4 AktG 1937, § 71 Abs. 3 AktG 1965, seit 1978 § 71e AktG); die Gleichstellung ist dort nach dem Vorbild des deutschen Rechts auch unionsrechtlich vorgegeben¹⁶. Zur Begründung dieser Gleichstellung werden in den Materialien zum AktG 1965 exakt dieselben Begründungselemente („ähnliche Gefahren“, Umgehungsschutz) angeführt¹⁷, die später in der Begründung der GmbH-Novelle wiederkehren. Die „ähnlichen Gefahren“ werden hier allerdings näher erläutert, und zwar mit der Erwägung, dass **in Krisenzeiten der Wert des Pfandgegenstands sinke** und daher gerade in einer Krise der Gesellschaft die Gefahr drohe, dass diese sich aus dem Pfand nicht voll befriedigen könne¹⁸. Die Plausibilität dieser Begründung ist im aktienrechtlichen Schrifttum umstritten. Teilweise wird ein plausibler Normzweck für die Be-

8 Zu der früher geltenden Fassung, die nur den Erwerb erfasste, war anerkannt, dass die Inpfandnahme dem Erwerb nicht gleichzustellen war; s. *Brodmann*, § 33 Anm. 1 b); *Scholz*, 1. Aufl. 1960, Rz. 2; deutlich auch Begr. zu § 33, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660, S. 3747 (Ausdehnung des Verbots auf die Inpfandnahme bei der GmbH „nicht erforderlich“).

9 Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 41.

10 Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 41.

11 *Gersch/Herget/Marsch/Stütze*, GmbH-Reform 1980, Rz. 294; *Paura* in Habersack/Casper/Löbbecke, Rz. 14; *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 66; *Sosnitzer* in Michalski u.a., Rz. 8.

12 Nicht einleuchtend daher die Hinweise bei *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 66 und *Schindler* in BeckOK GmbHG, Rz. 26, dass es bei Verfall oder Verwertung des Pfandes doch noch zu einem Erlöschen der Einlageforderung kommen könne; wie hier *Paura* in Habersack/Casper/Löbbecke, Rz. 14; *Kersting* in Noack/Servatius/Haas, Rz. 5.

13 Abweichend insoweit *Gersch/Herget/Marsch/Stütze*, GmbH-Reform 1980, Rz. 294, die dieses Begründungselement für „zutreffender“ halten, ohne dies näher zu erläutern. Auch im Übrigen wird im Schrifttum das Argument des Umgehungsschutzes zumeist ohne Weiteres übernommen; s. etwa *Paura* in Habersack/Casper/Löbbecke, Rz. 14; *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 66.

14 Zutreffend *Pentz* in Rowedder/Pentz, Rz. 20 („aktienrechtlicher Ursprung“).

15 In der Fassung der Notverordnung vom 19.9.1931, RGBl. I 1931, 493; abgedruckt bei *Merkt* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 71 AktG Rz. 105.

16 Art. 66 GesR-RL (Richtlinie [EU] 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts); früher Art. 24 Richtlinie 77/91/EWG, Art. 27 Richtlinie 2012/30/EU.

17 Begr. RegE AktG 1965 bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 91 f.

18 Begr. RegE AktG 1965 bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 91.

schränkungen der Inpfandnahme eigener Aktien darin gesehen, dass die Gesellschaft ihrem Aktionär nicht im **Vertrauen auf eine im Krisenfall nicht werthaltige Sicherheit** einen Kredit einräumen soll, den sie ohne diese Sicherheit nicht vergeben hätte¹⁹. Dem wird entgegengehalten, dass die Gesellschaft auch einen Kredit ganz ohne Sicherheit vergeben könnte²⁰. Überzeugender sei daher das Begründungselement des Umgehungsschutzes: Wäre die Inpfandnahme ohne Einschränkungen statthaft, so wäre die Gesellschaft beim Ausfall der Forderung u.U. gezwungen, die eigenen Aktien nach § 71 Abs. 1 Nr. 1 AktG zur Schadensabwehr zu übernehmen, wenn sich im Rahmen der Pfandverwertung keine Abnehmer finden lassen; aus der bloßen Inpfandnahme drohe daher letztlich doch ein Erwerb zu werden²¹.

- 6 Überträgt man diese aktienrechtlichen Begründungsansätze auf § 33 Abs. 1 Alt. 2, muss man allerdings bedenken, dass sich die Begründung des AktG 1965 auf einen anderen Regelungskontext bezieht. Das AktG 1965 kannte noch kein grundsätzliches Verbot des Erwerbs oder der Inpfandnahme nicht voll eingezahlter Aktien. Der geltende § 71 Abs. 2 Satz 3 AktG, der gemeinsam mit § 71e AktG das aktienrechtliche Pendant zu § 33 Abs. 1 bildet, wurde erst 1978 im Zuge der Umsetzung der früheren Kapitalrichtlinie eingeführt²². Deshalb lässt sich auch die Begründung des AktG 1965 nicht ohne weiteres auf § 33 Abs. 1 übertragen, wie es der Gesetzgeber der GmbH-Novelle 1980 angenommen hat. Im Gegenteil trägt jedenfalls das angeführte Umgehungsschutzargument im Rahmen des § 33 Abs. 1 Alt. 2 bei Licht besehen nicht; denn die Möglichkeit, dass die Gesellschaft mangels Abnehmer in der Pfandverwertung den verpfändeten Geschäftsanteil selbst übernimmt, ist bei nicht voll eingezahlten Anteilen schon durch § 33 Abs. 1 Alt. 1 ausgeschlossen. Es bleibt daher nur das Argument, dass die Gesellschaft davon abgehalten werden soll, sich eine im Krisenfall nicht werthaltige Sicherheit bestellen zu lassen. Diese **ratio legis** ist aber ebenfalls **fragwürdig**, da die Gesellschaft unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (Deckung durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch) selbst im Stadium der Unterbilanz ganz auf eine Besicherung ihrer Forderung gegen den Gesellschafter verzichten kann (13. Aufl., § 30 Rz. 85). Zur Rechtfertigung der Norm mag man daher allenfalls anführen, dass ein sorgfältig handelnder Geschäftsleiter in der Regel dennoch keinen unbesicherten Kredit gewähren wird und das Verbot des § 33 Abs. 1 Alt. 2 der Gefahr vorbeugt, dass er im Vertrauen auf das Pfandrecht an eigenen Anteilen einen Kredit ausreicht, den er ohne Sicherheit nicht gewährt hätte²³.

19 *Cahn* in BeckOGK AktG, § 71e AktG Rz. 3; *Bezenberger* in K. Schmidt/Lutter, § 71e AktG Rz. 1.

20 *Lutter/Drygala* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2011, § 71e AktG Rz. 6; *Merkt* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 71e AktG Rz. 3; *Oechsler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 71e AktG Rz. 1; dagegen jedoch *Bezenberger* in K. Schmidt/Lutter, § 71e AktG Rz. 1 und *Cahn* in BeckOGK AktG, § 71e AktG Rz. 3: einen unbesicherten Kredit wird ein pflichtgemäß handelnder Vorstand in der Regel nicht vergeben.

21 *Lutter/Drygala* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2011, § 71e AktG Rz. 6; *Merkt* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 71e AktG Rz. 3; ähnlich *Beeser*, AcP 159 (1960), 56, 62 f., der die Umgehungsgefahr darin erblickt, dass die AG mit dem Schuldner vereinbaren könnte, er solle die Schuld nicht begleichen, sondern es zur Verwertung des Pfands kommen lassen. Kritisch zu dem Argument des Umgehungsschutzes *Bezenberger* in K. Schmidt/Lutter, § 71e AktG Rz. 1 („ziemlich weit hergeholt“).

22 Durch das Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 13.12.1978, BGBl. I 1978, 1959, in Umsetzung von Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. d Richtlinie 77/91/EWG (heute Art. 60 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie (EU) 2017/1132).

23 So (zur AG) *Cahn* in BeckOGK AktG, § 71e AktG Rz. 3; ähnlich *Bezenberger* in K. Schmidt/Lutter, § 71e AktG Rz. 1.

c) Normzweck des § 33 Abs. 2 Satz 1, Satz 3 (kein Erwerb aus gebundenem Vermögen)

In Abgrenzung zu § 33 Abs. 1 befasst sich § 33 Abs. 2 mit dem Erwerb und der Inpfandnahme von eigenen Geschäftsanteilen, auf welche die **Einlage vollständig geleistet** (Rz. 45 ff.) ist. Nach § 33 Abs. 2 Satz 1 ist der Erwerb solcher Anteile nur zulässig, wenn die Gesellschaft im Erwerbszeitpunkt eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das gebundene Vermögen der Gesellschaft (Stammkapital, ggf. zuzüglich im Gesellschaftsvertrag vorgesehener gebundener Rücklagen) zu mindern. Die Gesellschaft darf ihre eigenen Anteile mit anderen Worten **nur aus Mitteln erwerben, die sie auch an die Gesellschafter ausschütten dürfte**²⁴. Das ist konsequent, weil der Erwerb eigener Anteile bei wirtschaftlicher Betrachtung kein Austauschgeschäft (entgeltlicher Erwerb eines Vermögensgegenstands), sondern eine **Ausschüttung** von Gesellschaftsvermögen an den veräußernden Gesellschafter beinhaltet²⁵. Die Zahlung des Erwerbspreises führt zu einem Vermögenstransfer aus dem Gesellschaftsvermögen an den veräußernden Gesellschafter, dem kein Vermögenszufluss aufseiten der Gesellschaft gegenübersteht. Die Gesellschaft erwirbt zwar die Anteile; diese stellen in ihrer Hand aber keinen Vermögenswert, sondern nur eine „wertlose Rechtshülse“ dar²⁶, da sie der Gesellschaft keine Mitgliedschaftsrechte vermitteln (Rz. 129 ff.). Auch die Möglichkeit, die Anteile wieder zu veräußern, ändert daran nichts²⁷.

Soweit § 33 Abs. 2 Satz 1 verbietet, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen für einen Erwerb eigener Anteile einzusetzen, handelt es sich somit um nichts anderes als eine besondere Ausprägung des Grundsatzes der **Kapitalerhaltung** nach § 30 Abs. 1 Satz 1²⁸. Zweck der Erhaltung des Stammkapitals ist wie bei § 30 Abs. 1 allein der **Schutz der Gläubiger**; die Mitgesellschafter des veräußernden Gesellschafters werden nur reflexweise geschützt (13. Aufl., § 30 Rz. 3).

24 Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 101: „nur aus dem ausschüttungsfähigen Vermögen“ (zu der Parallelvorschrift des § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG); aus dem Schrifttum statt vieler *Pentz* in *Rowedder/Pentz*, Rz. 23; *Thiessen* in *Bork/Schäfer*, Rz. 27.

25 *Bezenberger* in *K. Schmidt/Lutter*, § 71 AktG Rz. 1, 4; *Bezenberger*, Erwerb eigener Aktien, Rz. 63 ff. (zur AG); *Hüttemann* in *FS Herzig*, S. 595, 597; *Verse* in *VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, 2010*, S. 67, 82 f.; vgl. auch Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 65 re. Sp. und S. 66 o.: „Wirtschaftlich betrachtet liegt (...) in jedem Rückkauf eine Auskehrung frei verfügbarer Rücklagen an die Anteilseigner.“

26 *Bezenberger*, Erwerb eigener Aktien, Rz. 54 ff., 59; *Bezenberger* in *K. Schmidt/Lutter*, § 71 AktG Rz. 2; *Cahn* in *BeckOGK AktG*, § 71 AktG Rz. 2 (jeweils zur AG); *Hüttemann* in *FS Herzig*, S. 595, 596 („wertloses Aktivum“); *Verse* in *VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, 2010*, S. 67, 83; der Sache nach auch schon *Brodmann*, Aktienrecht, § 226 HGB Anm. 1 a); *Brodmann*, Anm. 2. h); abweichend noch *Kropff*, ZIP 2009, 1137, 1140 f. („ein im Prinzip fungibler Wert wie die anderen Vermögensgegenstände der Aktivseite“). Dem Charakter als wertlose Rechtshülse entspricht es, dass eigene Anteile nicht auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen werden; s. § 272 Abs. 1a HGB und dazu Rz. 19 f.

27 Treffend *Bezenberger*, Erwerb eigener Aktien, Rz. 55 (zur AG): „[Die] Wiederveräußerungsmöglichkeit gibt der Gesellschaft nichts, was sie nicht schon hat, denn sie kann von Haus aus jederzeit Kapital gegen Ausgabe neuer Aktien aufnehmen und braucht dazu keine schon vorhandenen Aktien zu erwerben.“ Ebenso *Bezenberger* in *K. Schmidt/Lutter*, § 71 AktG Rz. 2; *Cahn* in *BeckOGK AktG*, § 71 AktG Rz. 2; *Hüttemann* in *FS Herzig*, S. 595, 596 f.; *Verse* in *VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, 2010*, S. 67, 83 m.w.N.

28 Vgl. Begr. RegE GmbH-Novelle 1980, BT-Drucks. 8/1347, S. 42 („entsprechend § 30 Abs. 1“). Bei einem Verstoß gegen die Stammkapitalbindung nach § 33 Abs. 2 Satz 1 liegt daher stets zugleich ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 vor; *Schindler* in *BeckOK GmbHG*, Rz. 38; s. noch Rz. 34.

- 9 Allerdings geht § 33 Abs. 2 Satz 1 seit dem Bilanzrichtliniengesetz (BiRiLiG)²⁹ über die Erhaltung des Stammkapitals hinaus, indem auch etwaige **nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklagen**, die nicht für Ausschüttungen verwendet werden dürfen, in den Schutz einbezogen werden. Diese Erweiterung hat der Gesetzgeber mit einer Angleichung an das Aktienrecht begründet³⁰; auch dort werden statutarisch gebundene Rücklagen miteinbezogen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 AktG). Anders als beim Schutz des Stammkapitals geht es hier aber nicht um einen zwingenden Schutz der Gläubiger, sondern um die Absicherung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, welche die Gesellschafter jederzeit im Wege der Satzungsänderung (§§ 53 f.) wieder aufheben können³¹.
- 10 § 33 Abs. 2 Satz 3 regelt die **Rechtsfolgen** eines Verstoßes gegen das Erwerbsverbot des § 33 Abs. 2 Satz 1 in der Weise, dass nur das schuldrechtliche Kausalgeschäft, nicht aber – wie bei Verstößen gegen Abs. 1 (Rz. 58) – auch das Verfügungsgeschäft der Übertragung nichtig ist. Diese Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen hielt der Gesetzgeber aus Gründen der **Rechtssicherheit** für geboten³². Im Vergleich zu § 30 Abs. 1 liegt darin eine Verschärfung³³, da diese Vorschrift nur eine Auszahlungssperre begründet, aber nicht die Nichtigkeit des der Auszahlung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts begründet (13. Aufl., § 30 Rz. 120).

d) Normzweck des § 33 Abs. 2 Satz 2 (keine Inpfandnahme zur Besicherung von Krediten aus dem gesetzlich gebundenen Vermögen)

- 11 § 33 Abs. 2 Satz 2 dehnt die Beschränkungen für den Erwerb voll eingezahlter Anteile auf die **Inpfandnahme** eigener Anteile aus. Die Vorschrift ordnet an, dass die Gesellschaft keinen durch eigene Anteile besicherten Kredit ausreichen darf, soweit der Betrag der gesicherten Forderung oder (falls niedriger) der Wert der als Pfand genommenen Anteile höher ist als das über das Stammkapital hinaus vorhandene Vermögen. Die Materialien zur GmbH-Novelle 1980, auf die diese Vorschrift (ebenso wie § 33 Abs. 1 Alt. 2) zurückgeht, verweisen auch hier wieder darauf, dass die Erwerbsbeschränkungen ansonsten „leicht umgehbar“ seien³⁴. Insbesondere sei es „misslich, wenn die Inpfandnahme zugelassen würde, obwohl schon nach den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft im Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung die ihr verpfändeten eigenen Geschäftsanteile unter Verrechnung mit der gesicherten Forderung nicht übernehmen könnte, weil dieser Erwerb nach § 33 Abs. 2 Satz 1 verboten wäre.“³⁵ Die **Umgehungsgefahr** sieht der Gesetzgeber demnach offenbar in der Möglichkeit, dass der Schuldner die besicherte Forderung nicht begleicht und die Gesellschaft mangels anderer Abnehmer in der Pfandverwertung gezwungen ist, die Anteile unter Verrechnung mit der gesicherten Forderung selbst zu übernehmen³⁶. Als weiteres Anliegen der Vorschrift mag man in Anknüpfung an die Überlegungen zu § 33 Abs. 1 Alt. 2 und zu § 71e AktG (Rz. 5 f.) anführen, dass die Geschäftsführer daran gehindert werden sollen, im **Vertrauen auf eine**

29 Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 19.12.1985, BGBl. I 1985, 2355.

30 Begr. RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317, S. 109 unter Hinweis auf § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG a.F.

31 *Kersting/Hauser* in 2. FS Karsten Schmidt, S. 625, 627 f.

32 Begr. RegE GmbH-Novelle 1980, BT-Drucks. 8/1347, S. 42 f. zu § 33 Abs. 4 RegE, der § 33 Abs. 2 Satz 3 der Gesetz gewordenen Fassung entspricht; s. dazu auch noch Rz. 81.

33 *Paura* in Habersack/Casper/Löbbe, Rz. 43.

34 Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 42; ebenso – allerdings ohne Präzisierung, worin genau die Umgehungsgefahr gesehen wird – die h.L., etwa *Roßkopf/Notz* in MünchKomm. GmbHG, Rz. 107; *Schindler* in BeckOK GmbHG, Rz. 55; *Sosnitza* in Michalski u.a., Rz. 28.

35 Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 42.

36 So auch (jeweils zur Parallelfrage im Rahmen des § 71e AktG) *Lutter/Drygala* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2011, § 71e AktG Rz. 6; *Merkt* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 71e AktG Rz. 3; kritisch *Bezenberger* in K. Schmidt/Lutter, § 71e AktG Rz. 1 (Umgehungsgefahr „ziemlich weit hergeholt“).

im **Krisenfall nicht werthaltige Sicherheit** einen Kredit aus dem gebundenen Vermögen auszureichen. Allerdings lässt sich diesem Begründungsansatz auch hier wieder entgegenhalten, dass die Gesellschaft seit dem MoMiG unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (Deckung durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch) im Stadium der Unterbilanz sogar gänzlich unbesicherte Kredite an Gesellschafter ausreichen kann, ohne gegen die Kapitalerhaltung zu verstoßen (13. Aufl., § 30 Rz. 85). Es bleibt daher allenfalls das Argument, dass ein sorgfältig handelnder Geschäftsleiter von der Möglichkeit der unbesicherten Kreditvergabe in der Regel keinen Gebrauch machen wird und durch § 33 Abs. 2 Satz 2 davon abgehalten werden soll, im Vertrauen auf eine im Krisenfall nicht werthaltige Sicherheit einen Kredit auszureichen, den er ohne diese Sicherheit nicht vergeben hätte³⁷.

e) Normzweck des § 33 Abs. 3 (Erleichterungen im Rahmen von Umwandlungen)

Der durch das Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG)³⁸ eingefügte § 33 Abs. 3 enthält eine – unnötig kompliziert formulierte – **Ausnahme zu § 33 Abs. 1 Alt. 1**. Die Regelung ermöglicht den Erwerb auch nicht voll eingezahlter eigener Anteile, sofern der Erwerb zur Erfüllung von Abfindungsansprüchen erfolgt, die Minderheitsgesellschaftern im Rahmen von Umwandlungsmaßnahmen nach § 29 Abs. 1, § 122i Abs. 1 Satz 2, § 125 Satz 1, § 207 Abs. 1 UmwG gegen die Gesellschaft zustehen. Ausschlaggebend hierfür war die Erwägung des Gesetzgebers, dass ansonsten Umwandlungen in eine GmbH in zahlreichen Fällen unüberwindbare Hindernisse bereitet würden³⁹. Der Normzweck besteht mithin darin, **Umwandlungen in eine GmbH zu erleichtern** oder gar erst zu ermöglichen. Vor Einführung des § 33 Abs. 3 war eine entsprechende Regelung nur für bestimmte Umwandlungen von einer AG oder KGaA in eine GmbH (§ 375 Abs. 1 Satz 5, § 388 AktG a.F., § 33 Abs. 3 Kap-ErhG) vorgesehen.

Einschränkend sieht § 33 Abs. 3 vor, dass der Erwerb nicht voll eingezahlter eigener Anteile im Rahmen von Umwandlungsmaßnahmen nur **zeitlich begrenzt** möglich ist (nur binnen sechs Monaten nach Wirksamwerden der Umwandlung bzw. nach rechtskräftiger Entscheidung im Spruchverfahren über die Abfindung, Rz. 106 f.). Diese Befristung beruht auf der Wertung, dass das Zurücktreten des Kapitalschutzes nur für eine begrenzte Zeit hingenommen werden kann⁴⁰. Zudem wiederholt § 33 Abs. 3 im Interesse der Kapitalerhaltung die Beschränkungen des § 33 Abs. 2 Satz 1; auch im Rahmen des Abs. 3 darf die Abfindung somit nur aus ungebundenen Vermögen geleistet werden. Abs. 3 enthält daher nur eine Ausnahme von Abs. 1 Alt. 1, aber **keine Erleichterung gegenüber § 33 Abs. 2 Satz 1**⁴¹.

3. Gesetzesgeschichte, Reform

§ 33 ist im Lauf der Jahrzehnte mehrfach verändert worden. Die **ursprüngliche Fassung** aus dem Jahr 1892 beschränkte sich noch auf Regelungen, die im Kern dem heutigen § 33 Abs. 1 Alt. 1 und Abs. 2 Satz 1 entsprechen, wobei allerdings das Verbot des § 33 Abs. 2 noch als bloße „Soll“-Vorschrift ausgestaltet war und daher als bloße Ordnungsvorschrift angesehen

³⁷ So zu § 71e AktG Cahn in BeckOGK AktG, § 71e AktG Rz. 3; Bezzenberger in K. Schmidt/Lutter, § 71e AktG Rz. 1.

³⁸ Gesetz vom 28.10.1994, BGBl. I 1994, 1994.

³⁹ Begr. RegE UmwBerG, BT-Drucks. 12/6699, S. 175.

⁴⁰ Begr. RegE UmwBerG, BT-Drucks. 12/6699, S. 175.

⁴¹ Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, Rz. 30; Paura in Habersack/Casper/Löbke, Rz. 67; Schindler in BeckOK GmbHG, Rz. 66.