

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG)

Stellungnahme der Bundesnotarkammer

10. Mai 2023



Zusammenfassung:

Die Bundesnotarkammer begrüßt uneingeschränkt das Vorhaben, den Wirtschafts- und Innovationsstandort in Deutschland unter Wahrung bewährter Sicherheitsstandards zu stärken. Gute Rahmenbedingungen für Start-ups und Wachstumsunternehmen tragen maßgeblich zu unserer Wettbewerbsfähigkeit und unserem internationalen Ansehen bei. Vor diesem Hintergrund hat sich die Bundesnotarkammer bereits verschiedentlich für eine Entlastung von Gründerinnen und Gründern ausgesprochen und konstruktive Vorschläge unterbreitet, die den Gründungsvorgang einfacher und effizienter machen – zuletzt etwa im Rahmen der Online-Konsultation des BMWK zur Start-up-Strategie der Bundesregierung sowie der Befragung des Staatssekretärsausschusses „Bessere Rechtssetzung und Bürokratieabbau“.

Zum vorliegenden Referentenentwurf regen wir an, die geplante Einführung einer Börsenmantelaktiengesellschaft systematisch im Aktiengesetz anstatt im Börsengesetz zu verorten (A. I.). Ferner überzeugt die obligatorische Öffnung der Börsenmantelaktiengesellschaft für virtuelle Hauptversammlungen nicht (A. II.). Einer Konkretisierung bedürfen die Regelungen zur Verwahrung der Einzahlungsleistungen (A. III.) sowie das Verhältnis der treuhänderischen Verwahrung nach § 45 BörsG-E zu der freien Verfügung des Vorstands über die Leistungen (A. IV.).

Die Umsetzung der (Wieder-)Einführung von Mehrstimmrechtsaktien erscheint uns – losgelöst von einer rechtspolitischen Einordnung – grundsätzlich gelungen (B. I.). Zu begrüßen ist in diesem Kontext die Ergänzung des § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AktG-E. Insoweit sollte die Begründung jedoch klarstellen, dass für die Notarin bzw. den Notar hiermit keine weitergehenden Pflichten gegenüber den bisherigen Vorgaben verbunden sind (B. II.).

Im Einzelnen:

A. Einführung einer Börsenmantelaktiengesellschaft, §§ 44 ff. BörsG-E

Die §§ 44 bis 47b BörsG-E führen eine sog. Börsenmantelaktiengesellschaft ein. Zweck der Gesellschaft ist, mittels Börsengang Kapital einzuwerben, um hiermit eine bestimmte bzw. nach bestimmten Kriterien definierte Zielgesellschaft zu erwerben.¹ Vor diesem Hintergrund sehen die §§ 44 bis 47b BörsG-E besondere Vorgaben für die Rechtsform der Börsenmantelaktiengesellschaft vor. Diese scheinen im Wesentlichen gelungen. Einzelne Vorschriften bedürfen jedoch einer Konkretisierung.

¹ Entwurfsbegründung S. 86.

I. Gesetzssystematik

In systematischer Hinsicht verwundert, dass die Spezialvorschriften betreffend die Rechtsform der Börsenmantelaktiengesellschaft im Börsengesetz geregelt werden und nicht im Aktiengesetz selbst.

Bereits der Name der Börsenmantelaktiengesellschaft legt nahe, dass es sich um eine besondere Rechtsform der Aktiengesellschaft handelt. Nach § 44 Abs. 7 BörsG-E sind die für die Aktiengesellschaft maßgeblichen Vorschriften entsprechend anwendbar, sofern sich nicht aus den Regelungen in den §§ 44 ff. BörsG-E ausnahmsweise etwas anderes ergibt. Die Begründung des Referentenentwurfs bestätigt ausdrücklich, dass es sich lediglich um eine besondere Formvariante der Aktiengesellschaft handelt.² Dort wird das Verhältnis der Börsenmantelaktiengesellschaft zur Aktiengesellschaft mit dem der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zur GmbH verglichen.³ Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist allerdings gerade unmittelbar in ihrem „Stammgesetz“ geregelt – dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Konsequenterweise wäre daher, auch die Börsenmantelaktiengesellschaft in „ihrem Stammgesetz“, dem Aktiengesetz, zu verorten.

3

Auch mit Blick auf den Anwendungsbereich des Gesetzes gemäß § 1 BörsG erscheint eine Regelung im Börsengesetz systemfremd. Hiernach enthält das Börsengesetz Regelungen insbesondere zum Betrieb und zur Organisation von Börsen, zur Zulassung von Handelsteilnehmern, Finanzinstrumenten, Rechten und Wirtschaftsgütern zum Börsenhandel, zur Ermittlung von Börsenpreisen, zu den Zuständigkeiten und Befugnissen der zuständigen obersten Landesbehörde (Börsenaufsichtsbehörde) sowie zur Ahndung verschiedener Verstöße. Zwar strebt eine Börsenmantelaktiengesellschaft gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG-E eine Börsenzulassung an. Dem Inhalt nach sind die §§ 44 ff. BörsG-E im Ergebnis jedoch gesellschaftsrechtlicher Natur. Denn sie regeln die Errichtung und Verwaltung einer juristischen Person, stellen u.a. Mindestvoraussetzungen an die Satzung (§ 44 Abs. 4 BörsG-E) und enthalten besondere Vorgaben zur Einzahlung von Einlagen (§ 45 BörsG-E), zur Durchführung der Zieltransaktion (§ 46, § 47 BörsG-E) sowie zur Abwicklung einer Börsenmantelaktiengesellschaft (§ 47b BörsG-E).⁴

II. Obligatorische satzungsmäßige Möglichkeit einer virtuellen Hauptversammlung

Gemäß § 44 Abs. 4 Nr. 3 BörsG-E hat die Satzung einer Börsenmantelaktiengesellschaft zwingend die Möglichkeit vorzusehen, eine virtuelle Hauptversammlung nach § 118a AktG durchzuführen. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll diese Regelung gewährleisten, dass

² Entwurfsbegründung S. 85.

³ Entwurfsbegründung S. 86.

⁴ So auch *Harnos*, AG 2023, 348, 359.

Vorgaben zur Durchführung der Zieltransaktion, wie etwa das Andienungsrecht nach § 47 BörsG-E, besser umsetzbar sind.⁵

Eine derartige Regelung widerspricht der Systematik des Aktienrechts sowie der gesetzgeberischen Intention bei Einführung der virtuellen Hauptversammlung. § 118a AktG stellt hier nach gerade eine Gestaltungsmöglichkeit für die Gesellschaftssatzung dar. Grundform der Hauptversammlung ist auch nach Einführung des § 118a AktG weiterhin eine Hauptversammlung in Präsenz. Dies lässt sich nicht nur einer Zusammenschau von § 118 AktG und § 118a AktG sowie dem dadurch verdeutlichten Regel-Ausnahme-Verhältnis, sondern auch den Gesetzesmaterialien entnehmen.⁶ Die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft können demnach frei wählen, ob sie in ihrer Satzung die Möglichkeit einer virtuellen Hauptversammlung vorsehen möchten.⁷ Einer Börsenmantelaktiengesellschaft soll dieses Wahlrecht dagegen nicht eröffnet werden, ohne dass hierfür zwingende Gründe ersichtlich wären, die ein Abweichen von der grundsätzlichen Systematik rechtfertigen würden.

Die Entwurfsbegründung führt lediglich an, dass diese Vorgabe der besseren Durchführung der Zieltransaktion diene. Inwieweit die Möglichkeit einer virtuellen Hauptversammlung tatsächlich hierzu beiträgt, sollte – auch in Anbetracht der Heterogenität von Start-ups – der Entscheidung der Gründerinnen und Gründer im Einzelfall überlassen werden.

III. Verhältnis zu den Vorgaben des notariellen Berufsrechts an eine Verwahrung

Ausgehend vom Gesellschaftszweck gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 BörsG-E sind die eingeworbenen Geldmittel ausschließlich für eine Zieltransaktion zu verwenden. Vor diesem Hintergrund sind auf die Einlagenverpflichtung bzw. auf die Verpflichtung zur Zahlung eines Aufgelds geleistete Zahlungen durch einen geeigneten Treuhänder zu halten. Als solche kommen gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 BörsG-E ausdrücklich auch Notarinnen und Notare in Betracht.⁸

Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen. Gemäß § 1 BNotO sind Notarinnen und Notare unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes. Prägendes Wesensmerkmal des Notaramtes ist u.a. das Gebot der Unparteilichkeit, vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Notarinnen und Notare sind nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängige und unparteiische Betreuer der Beteiligten. Als allgemeine Amtspflicht gilt diese gerade auch für Verwahrungstätigkeiten.⁹ Ihre neutrale und hoheitliche Stellung gewährleistet eine umfassende und ausgewogene Betreuung der Beteiligten.

⁵ Entwurfsbegründung S. 86.

⁶ BT-Drs. 20/1738, S. 23; vgl. zu den systematischen Bedenken auch *Harnos*, AG 2023, 348, 358.

⁷ BT-Drs. 20/1738, S. 22.

⁸ Zu der Eignung des Notars für eine Verwahrung in diesem Zusammenhang vgl. auch *Pentz* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl. 2019, § 36 Rn. 50.

⁹ Vgl. ausführlich zur Unparteilichkeit *Frenz* in: *Frenz/Miermeister*, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 7 ff.

Nähere Regelungen zur Durchführung der Verwahrung der auf die Einlageverpflichtung oder Verpflichtung zur Zahlung eines Aufgeldes geleisteten Zahlungen durch Notarinnen und Notare sieht der Referentenentwurf nicht vor. Dies ist grundsätzlich konsequent, da das Beurkundungsrecht die für notarielle Verwahrungen geltenden Vorschriften allgemeingültig und detailliert in den §§ 57 ff. BeurkG regelt. Die Vorschriften der §§ 57 ff. BeurkG lassen sich dabei ohne Weiteres praxisgerecht auf die Börsenmantelaktiengesellschaft anwenden. Weitergehenderer Vorgaben für Verwahrtätigkeiten in diesem Zusammenhang bedarf es also nicht. Allerdings fehlt bislang sowohl im Wortlaut des § 45 Abs. 2 BörsG-E als auch in der Entwurfsbegründung ein ausdrücklicher Bezug zu diesen beurkundungsrechtlichen Vorgaben. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ist insoweit eine Klarstellung geboten, nicht zuletzt da die vorschriftsmäßige Verwahrung von Wertgegenständen gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 BNotO der aufsichtsrechtlichen Prüfung unterliegt.¹⁰

Deren Vorgaben – etwa die einzelfallbezogene Prüfung eines berechtigten Sicherheitsinteresses im Sinne des § 57 Abs. 2 Nr. 3 BeurkG – tragen dem Umstand Rechnung, dass Notarinnen und Notare keine allgemeinen Verwahrstellen zur Aufbewahrung fremder Vermögensgegenstände,¹¹ sondern unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes sind.¹² Vor diesem Hintergrund regen wir an, im Wortlaut und in der Begründung klarzustellen, dass sich die Verwahrung durch eine Notarin oder einen Notar nach den Vorschriften der §§ 57 ff. BeurkG richtet und diese durch § 45 BörsG-E unberührt bleiben.

IV. Freie Verfügung des Vorstands über die geleisteten Zahlungen

Im Fall einer Bargründung ist in der Anmeldung einer Aktiengesellschaft gemäß § 37 Abs. 1, § 36 Abs. 2 AktG zu erklären, dass der eingeforderte Betrag auf jede Aktie ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und endgültig zur freien Verfügung des Vorstands steht. Selbiges gilt gemäß § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG im Falle einer Barkapitalerhöhung. Flankiert wird das Gebot der ordnungsgemäßen Leistung zur freien Verfügung des Vorstands durch die strafrechtliche Vorschrift des § 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG.¹³

Inwieweit die Leistung an einen Treuhänder der freien Verfügung des Vorstands über den Einzahlungsbetrag entgegensteht, ist im Einzelnen umstritten.¹⁴ Die Einzahlung auf ein Anderkonto steht daher in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der Erklärung des Vorstands, frei über die geleisteten Zahlungen verfügen zu können.¹⁵ Abhilfe schaffen soll insoweit § 45 Abs. 3 BörsG-E. Dieser regelt, dass abweichend von § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG in Verbindung mit § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG eine Weiterleitung der erbrachten Einlagen an

¹⁰ *Baumann* in: Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 93 Rn. 10.

¹¹ *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 20. Aufl. 2022, § 57 Rn. 8.

¹² *Kämper* in: BeckOK BeurkG, 8. Edition Stand 1.3.2023, § 57 Rn. 10.

¹³ *Pentz* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl. 2019, § 36 Rn. 51.

¹⁴ Vgl. zum Meinungsstand *Stelmaszczyk* in: BeckOGK, Stand 1.4.2023, § 36 AktG Rn. 33; *Koch*, Aktiengesetz, 17. Aufl. 2023, § 36 Rn. 7; *Vedder* in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2020, § 36 Rn. 11; *Vetter/Schulenburg* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 36 AktG Rn. 4; *Pentz* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl. 2019, § 36 Rn. 50 jeweils m. w. N.

¹⁵ Entwurfsbegründung S. 87.

den in Absatz 1 bezeichneten Treuhänder zulässig ist. Die Vorschrift nimmt zwar Bezug auf die Vorgaben zur Kapitalaufbringung (§ 36 Abs. 2, § 37 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG). Gleichzeitig kommt dem Wortlaut nach allein zum Ausdruck, dass eine „Weiterleitung an den [...] Treuhänder“ zulässig ist. Zu der Frage, ob dies einer freien Verfügung entgegensteht, äußert sich der Wortlaut dagegen nicht ausdrücklich. Lediglich der Entwurfsbegründung lässt sich entnehmen, dass § 45 Abs. 3 BörsG-E gerade dem Spannungsverhältnis zwischen treuhändischer Verwahrung und Kapitalaufbringung Rechnung tragen soll.

Da die Erklärung nach § 36 Abs. 2, § 37 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG, ggf. i. V. m. § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG, strafbewehrt ist, sollte der gesetzgeberische Wille deutlicher zutage treten. Wir regen daher folgende klarstellende Formulierung des § 45 Abs. 3 BörsG-E an:

„Die Verwahrung der nach Absatz 1 geleisteten Zahlungen durch einen geeigneten Treuhänder steht einer freien Verfügung des Vorstands im Sinne des § 188 Absatz 2 Satz 1 in Verbindung mit § 36 Absatz 2 und § 37 Absatz 1 Satz 1 und 2 des Aktiengesetzes nicht entgegen.“

V. Redaktioneller Hinweis

§ 47b Abs. 2 Satz 1 BörsG-E verweist auf „die Bestimmungen in der Satzung nach § 44 Abs. 4 des Aktiengesetzes“. Gemeint sein dürfte allerdings § 44 Abs. 4 des Börsengesetzes. Vor diesem Hintergrund sind die Wörter „des Aktiengesetzes“ ersatzlos zu streichen.

B. Einführung von Mehrstimmrechtsaktien

Vorgesehen im Referentenentwurf ist ferner, das bislang bestehende Verbot von Mehrstimmrechtsaktien abzuschaffen. § 12 Abs. 2 AktG soll hierfür ersatzlos aufgehoben werden. Ergänzend enthält § 134 Abs. 2 AktG-E nähere Regelungen zur Ausgestaltung von Namensaktien mit Mehrstimmrechten. Letztere zielen dabei darauf ab, dem Anleger- und Minderheitenschutz Rechnung zu tragen.¹⁶

I. Satzungsmäßige Grundlage der Mehrstimmrechtsaktien

Unabhängig von der rechtspolitischen Einordnung der (Wieder-)Einführung von Mehrstimmrechten, die dem Gesetzgeber obliegt, ist zu begrüßen, dass die nachträgliche Einführung von Mehrstimmrechten eines Beschlusses sämtlicher Aktionäre bedarf. § 134 Abs. 2 Satz 3 AktG-E ist insoweit allerdings missverständlich formuliert. Dem Wortlaut nach ist die Zustimmung „aller betroffener Aktionäre“ notwendig. Bei der Einführung von Mehrstimmrechtsaktien ist stets der gesamte Kreis der Aktionäre betroffen. Denn Mehrstimmrechte eröffnen ihren Inhabern ein Einflusspotential, das nicht ihrer auf das Grundkapital bezogenen Beteiligungsquote entspricht.¹⁷ Wir regen daher an, im Wortlaut das Wort „betroffener“ zu streichen.

¹⁶ Entwurfsbegründung S. 95, 97 ff.

¹⁷ So ausdrücklich auch die Entwurfsbegründung S. 98.

Andernfalls steht zu befürchten, dass die Betroffenheit als zusätzliches Tatbestandsmerkmal im Rahmen der Einführung von Mehrstimmrechtsaktien missverstanden werden könnte.

II. Aufnahme des Stimmgewichts in die notarielle Niederschrift

Gemäß § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AktG umfasst die Feststellung über die Beschlussfassung für jeden Beschluss die Zahl der Aktien, für die gültige Stimmen abgegeben wurden. Mehrstimmrechtsaktien sind künftig gemäß § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AktG-E gesondert unter Angabe der auf sie entfallenden Stimmenzahl auszuweisen. Angesichts der besonderen Beweiskraft eines notariellen Protokolls gemäß §§ 415 ff. ZPO ist diese Ergänzung zweckmäßig und daher zu begrüßen.¹⁸ Das notarielle Tatsachenprotokoll ist u.a. mit Blick auf die gefassten Beschlüsse und die Anfechtungsmöglichkeiten von zentraler Bedeutung. Die gesonderte Ausweisung der Mehrstimmrechtsaktien trägt der Nachvollziehbarkeit der Beschlussfassung – und im Ergebnis der Rechtssicherheit – besonders Rechnung.¹⁹

In der Gesetzesbegründung wäre insoweit jedoch klarzustellen, dass die Regelung keine eigenständigen neuen Pflichten für die beurkundende Notarin bzw. den beurkundenden Notar begründet. Zwischen Versammlungsleiter und Notar besteht nach der aktienrechtlichen Systematik eine Funktionstrennung: Während Ersterer die Verantwortung für den Ablauf der Hauptversammlung, die Durchführung der Abstimmung, die Ermittlung der aus ihr folgenden Ergebnisse und die Feststellung über die Beschlussfassung trägt, obliegt es der Urkundsperson, die getroffenen Beschlüsse zu protokollieren und die entsprechenden Angaben des Versammlungsleiters zum Ergebnis der Abstimmung festzuhalten.²⁰ Auch wird sich der Notar hinsichtlich der Feststellung der Zahl der auf Mehrstimmrechtsaktien entfallenden Stimmrechte grundsätzlich auf die Angaben im Teilnehmerverzeichnis verlassen dürfen und keine eigenen Nachforschungen anstellen müssen. Gemäß § 129 Abs. 1 Satz 2 AktG-E ist diese Angabe dort künftig ebenfalls vom Versammlungsleiter aufzuführen. Eine Pflicht des Notars zur Kontrolle des Teilnehmerverzeichnisses dürfte – mit Ausnahme einer summarischen Plausibilitätsprüfung – auch weiterhin nicht bestehen.²¹

* * *

¹⁸ Vgl. zu den Beurkundungszwecken etwa BGH, Urt. v. 10.10.2017 – II ZR 375/15, NJW 2018, 52, 54.

¹⁹ Entwurfsbegründung S. 97.

²⁰ Wicke in: BeckOGK, Stand 1.1.2023, § 130 AktG Rn. 81.

²¹ Zur Pflicht der Erstellung des Teilnehmerverzeichnisses vgl. Kubis in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2022, § 129 Rn. 19.

Kontakt:

Bundesnotarkammer K.d.ö.R.

Mohrenstraße 34
10117 Berlin

Telefon: +49 30 383866 – 0
Telefax: +49 30 383866 – 66
E-Mail: bnotk@bnotk.de

Büro Brüssel:
Avenue de Cortenbergh 172
B-1000 Bruxelles

Telefon: +32 2 7379000
Telefax: +32 2 7379009
E-Mail: buero.bruessel@bnotk.de