

**Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen
nach dem Regierungsentwurf des MoMiG**

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Marcel Leeser

aus: Bonn

Referent: [Professor Dr. Barbara Grunewald]

Korreferent: [Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb]

Tag der mündlichen Prüfung: [11. Dezember 2008]

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2008 abgeschlossen und ist im Sommersemester 2008 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen worden.

Der Stand des Gesetzgebungsverfahrens und entsprechende Literaturbeiträge zum Gutgläubigen Erwerb nach dem RegE MoMiG wurden bis zum 30. Juni 2008 berücksichtigt. Das MoMiG ist am 01. November 2008 in Kraft getreten. Die für die vorliegende Arbeit maßgeblichen §§ 16 und 40 GmbHG haben sich jedoch im Vergleich zur Fassung des RegE MoMiG nicht inhaltlich verändert.

Ein besonderer Dank gebührt der verehrten Betreuerin meiner Arbeit, Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald. Sie hat die Arbeit angeregt, mir genügend Freiraum zu ihrer Anfertigung gegeben und sie vor allem durch ihre stete Bereitschaft zur kritischen und wertvollen Diskussion gefördert. Mein Dank gilt auch Frau Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb für ihr Interesse und die Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich nicht zuletzt meinen lieben Eltern Margret und Franz-Adolf Leeser für ihren Zuspruch und ihre stets liebevolle und großzügige Unterstützung auf meinem gesamten bisherigen Lebensweg.

Darüber hinaus danke ich meiner Schwester Janine Leeser, Frau Agathe Kessenich, Frau Rechtsanwältin Irmtraud Wendland, Frau Rechtsanwältin Eike Münnich, Herrn Dr. Dieter Schüngeler, Herrn Rechtsanwalt Michael Wirges sowie den Eheleuten Gerlinde und Manfred Müller für ihre Hilfestellungen und Motivation auf meinem Weg zu dieser Qualifikation.

Köln, im Dezember 2008

Marcel Leeser

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Einführung in die Problematik | 1 |
| Gang der Untersuchung | 6 |
| Kapitel I | |
| Kein gutgläubiger GmbH-Anteilserwerb nach aktueller Rechtslage und das praktische Bedürfnis nach der Vereinfachung von Anteilsübertragungen durch Einführung des Gutgläubensschutzes | |
| A. Analyse der aktuellen Rechtslage | 8 |
| I. Übertragung des GmbH-Gesellschaftsanteils gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG | 8 |
| II. Anmeldung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 16 GmbHG | 9 |
| III. Gesellschafterliste gemäß § 40 GmbHG | 12 |
| 1. Aktualität der Gesellschafterliste | 13 |
| a) Einreichungspflicht der Geschäftsführer gemäß § 40 Abs.1 S.1 GmbHG | 13 |
| b) Anzeigepflicht des Notars gemäß § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG | 13 |
| 2. Richtigkeitsgewähr der eingereichten Gesellschafterliste | 15 |
| 3. Ergebnis | 16 |
| IV. Kein Gutgläubensschutz aus anderen Gesetzen | 17 |
| 1. Gutgläubiger Erwerb bei der Übertragung von Sachen | 17 |
| 2. Abtretung unter Urkundenvorlegung | 18 |
| 3. Gutgläubiger Erwerb von Wertpapieren | 19 |
| 4. Keine analoge Anwendung von Gutgläubensvorschriften auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen | 19 |
| 5. Grundsätze über die fehlerhafte Personengesellschaft | 20 |
| B. Der gutgläubige Erwerb im deutschen Rechtssystem und seine Berechtigung | 22 |
| I. Gegenüberstehende Interessen von wahren Berechtigten und Erwerber | 22 |
| II. Umriss des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen | 23 |

| | |
|---|-----------|
| C. Das praktische Bedürfnis nach der Vereinfachung der GmbH-Anteilsübertrag | 24 |
| D. Anteilsübertragungen vergleichbarer europäischer Gesellschaften als Wettbewerbsvorteil gegenüber der GmbH | 27 |
| I. Die englische Private Limited Company by Shares (Limited) | 27 |
| II. Die französische Société à responsabilité limitée (S.A.R.L.) | 29 |
| E. Vom Regierungsentwurf abweichende Konzeptionen eines Gutgläubensschutzes bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen | 30 |
| I. Unmittelbare Eintragung der Änderungen im Gesellschafterbestand im Handelsregister und Schutz des § 15 HGB | 30 |
| Stellungnahme | 30 |
| II. Führung eines Anteilsbuches bzw. -registers durch die Gesellschaft | 31 |
| Stellungnahme | 31 |
| III. Schaffung eines mit öffentlichem Glauben versehenen Registers | 31 |
| Stellungnahme | 32 |
| IV. Die wertpapierrechtliche Lösung | 33 |
| Stellungnahme | 34 |
| V. Erwerberschutz durch das Rechtsinstitut der Verwirkung bzw. Gutgläubensschutz de lege ferenda mit Verwirkungselement | 36 |
| Stellungnahme | 36 |

Kapitel II

Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Mai 2007

| | |
|---|-----------|
| A. Maßgebliche Gesetzesneufassungen des Regierungsentwurfes (GmbHG-RegE) | 38 |
| I. § 16 GmbHG-RegE | 38 |
| II. § 40 GmbHG-RegE | 39 |
| III. § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RegE | 39 |
| IV. § 9 Abs.1 der HandelsRegVO-RegE | 40 |

| | |
|---|-----------|
| B. Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE, Kritik und eigene Stellungnahme | 41 |
| Vorüberlegung | 42 |
| I. Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts daran | 44 |
| II. durch Rechtsgeschäft | 44 |
| 1. Kritik von Drygala | 45 |
| 2. Stellungnahme | 46 |
| III. Verkehrsgeschäft (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal) | 46 |
| IV. unrichtige Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils | 46 |
| 1. Diskrepanz zwischen Eintragung und wahrer Rechtslage | 46 |
| 2. Der neue § 40 GmbHG-RegE | 47 |
| a) Kritik und Vorschlag von Breitenstein/Meyding | 54 |
| b) Stellungnahme | 54 |
| c) Kritik und Vorschlag von Flesner | 55 |
| d) Stellungnahme | 56 |
| e) Kritik und Vorschlag von Rau | 57 |
| f) Stellungnahme | 59 |
| 3. Haftung von Geschäftsführung und beurkundendem Notar | 62 |
| a) Geschäftsführerhaftung | 62 |
| b) Notarhaftung | 63 |
| c) Keine Zurechnung von Notarverschulden zu Lasten der Geschäftsführer | 64 |
| 4. Treuhandverhältnisse und Transparenz der Gesellschafterliste | 65 |
| a) Vollmachttreuhand | 66 |
| b) Ermächtigungstreuhand | 66 |
| c) Echte (fiduziarische) Treuhand | 68 |
| d) Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils von Treugeber auf Treuhänder | 69 |

| | |
|--|-----|
| 5. Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen und dadurch entstehende Probleme | 69 |
| a) Ansicht von Zöllner und Rau | 71 |
| b) Stellungnahme | 71 |
| 6. Anteilsübertragungen nach ausländischem Ortsrecht, Art. 11 Abs.1, 2. Alt. EGBGB | 73 |
| V. Ausnahme bei Unrichtigkeit der Liste weniger als drei Jahre <u>und</u> keine Zurechnung der Unrichtigkeit an den Berechtigten | 76 |
| 1. Die Dreijahres-Frist | 77 |
| 2. Zurechnung der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste | 79 |
| 3. Grundsätzliche Kritik an der Dreijahres-Frist | 83 |
| a) Kritik und Korrekturvorschlag von Müller | 84 |
| b) Kritik und Korrekturvorschlag von Schockenhoff/Höder und Hamann | 85 |
| c) Kritik und Korrekturvorschlag von Kallmeyer (Centrale GmbH Dr. Otto Schmidt) | 86 |
| d) Kritik und Korrekturvorschlag von Grunewald und Haas/Oechsler | 87 |
| e) Weitere Kritik der Literatur an der Dreijahres-Frist | 87 |
| f) Korrekturvorschlag von Rau | 88 |
| g) Stellungnahme | 88 |
| aa) Anknüpfung an die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste | 89 |
| bb) Verkürzung der Dreijahres-Frist auf ein Jahr | 93 |
| VI. Ausnahme bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der mangelnden Berechtigung des Veräußerers durch den Erwerber | 98 |
| VII. Ausnahme bei zugeordnetem Widerspruch gegen Unrichtigkeit | 102 |
| 1. Vergleich mit dem Grundbuchrecht und Einführung des Bewilligungsprinzips | 104 |
| 2. Eintritt der rechtlichen Wirkung des Widerspruchs mit Zuordnung | 105 |
| 3. Widerspruchsberechtigung | 105 |
| 4. Konstellationen zivilrechtlicher Streitigkeiten bezüglich der Gesellschafterstellung | 108 |
| 5. Beweislastverteilung | 110 |

| | |
|--|-----|
| VIII. Übergangsregelung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RegE | 111 |
| 1. Neugesellschaften | 111 |
| 2. Altgesellschaften | 112 |
| 3. Kritik an der Übergangsfrist des § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RegE | 113 |
| 4. Stellungnahme | 113 |
| IX. Als <u>Rechtsfolge</u> bestimmt § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE die Wirksamkeit des Erwerbs vom Nichtberechtigten | 115 |
| 1. Erwerb wie vom Gesellschafter | 115 |
| 2. Kein Gutgläubensschutz hinsichtlich bloßer Verfügungsbefugnis oder Vertretungsmacht | 116 |
| a) Kritik und Vorschlag von Haas/Oechsler | 117 |
| b) Stellungnahme | 117 |
| 3. Wirkung zugunsten des Erwerbers | 119 |
| 4. Rückerwerb des Nichtgesellschafters vom gutgläubigen Erwerber | 120 |
| 5. Gutgläubiger Erwerb bei Kaduzierung, Abandon und Amortisation | 121 |
| 6. Gutgläubiger Erwerb von Teilen eines Geschäftsanteils | 122 |
| 7. Gutgläubiger Erwerb bei nicht existenten Geschäftsanteilen / fehlerhafter Kapitalerhöhung | 124 |
| 8. Gutgläubiger Erwerb von Rechten an GmbH-Geschäftsanteilen | 129 |
| a) Die Bestellung und Übertragung eines Pfandrechts am GmbH-Geschäftsanteil | 130 |
| b) Gutgläubiger Pfandrechterwerb vom Nichtberechtigten | 132 |
| aa) Gutgläubiger Ersterwerb | 132 |
| bb) Kein gutgläubiger Zweiterwerb nach § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE | 133 |
| c) Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts am GmbH-Geschäftsanteil | 135 |
| d) Gutgläubiger Ersterwerb eines Nießbrauchsrechts vom Nichtberechtigten | 136 |
| e) Grundsätzlich kein gutgläubiger Zweiterwerb nach § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE | 136 |
| 9. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen | 138 |
| a) Kritik an der Nichteinführung der Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs | 139 |

| | |
|--|-----|
| b) Stellungnahme | 140 |
| aa) Bedürfnis der Praxis nach Rechtssicherheit bei Verfügungen über GmbH-Anteile | 141 |
| bb) Keine entgegenstehenden höherwertigen Interessen | 144 |
| cc) Vorschlag zur Umsetzung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs in Gesetz und Praxis | 145 |
| c) Der gutgläubige lastenfreie Erwerb und weitere Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen | 151 |
| aa) Treuhandvereinbarungen | 152 |
| bb) Unterbeteiligungen | 152 |
| cc) Individualvertragliche Vorkaufsrechte | 153 |
| dd) Statutarische Zustimmungserfordernisse / Vinkulierungen | 155 |
| ee) Offene Einlagenverpflichtungen | 157 |
| ff) Ergebnis | 159 |
| d) Gutgläubiger Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung | 159 |
| aa) Kein gutgläubiger Erwerb eines Pfändungspfandrechts vom Nichtberechtigten | 161 |
| bb) Gutgläubiger Hinwegerwerb eines Pfändungspfandrechts | 162 |
| cc) Gutgläubiger Erwerb bei Verwertungsveräußerung | 164 |
| e) Kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb in der Insolvenz des Gesellschafters | 165 |
| f) Exkurs: Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Gesellschafterliste | 167 |
| g) Muster einer „doppelspaltigen Gesellschafterliste“ | 170 |
| 9. Verfassungsmäßigkeit des gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs von GmbH-Anteilen im Hinblick auf die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG | 171 |
| a) Schutzbereich des Art. 14 GG | 171 |
| b) Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG | 172 |
| b) Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs.1 S. 2 GG | 173 |

Kapitel III

Thesen zu dem Regierungsentwurf des MoMiG hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen und eigene Formulierungsvorschläge

| | |
|---|-----|
| A. Thesen in Übereinstimmung mit dem Regierungsentwurf | 177 |
| B. Thesen zur Auslegung und Ergänzung des Regierungsentwurfes | 178 |
| C. Thesen in Abweichung zum Regierungsentwurf | 180 |
| D. Zusammenfassung der Formulierungsvorschläge | 183 |
| I. § 16 GmbHG n.F. | 183 |
| II. § 40 GmbHG n.F. | 184 |
| III. § 3 Abs. 3 EGGmbHG n.F. | 185 |
| IV. § 9 Abs.1 der HandelsRegVO n.F. | 185 |
| V. § 52 Abs. 2 UmwG n.F. | 185 |

Anhang 1

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 29. Mai 2006 – Begründung der relevanten Gesetzesänderungen –

| | |
|---|-----|
| I. Begründung zur Neufassung des § 16 GmbHG (zu Art.1 Nr. 8 RefE MoMiG) | 186 |
| II. Begründung zur Änderung des § 40 GmbHG (zu Art.1 Nr. 17 RefE MoMiG) | 190 |
| III. Begründung zur Einführung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG (zu Art. 2 RefE MoMiG) | 191 |
| IV. Begründung zur Änderung der HandelsRegVO (zu Art.13 RefE MoMiG) | 191 |

Anhang 2

Maßgebliche Gesetzesneufassungen des Referentenentwurfes (GmbHG-RefE)

| | |
|------------------------------|-----|
| I. § 16 GmbHG-RefE | 192 |
| II. § 40 GmbHG-RefE | 192 |
| III. § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RefE | 193 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| IV. § 9 Abs.1 HandelsRegVO-RefE | 193 |
|---------------------------------|-----|

Anhang 3

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Mai 2007 – Begründung der relevanten Gesetzesänderungen –

| | |
|---|-----|
| I. Begründung zur Neufassung des § 16 GmbHG (zu Art.1 Nr. 15 RegE MoMiG) | 194 |
| II. Begründung zur Änderung des § 40 GmbHG (zu Art.1 Nr. 27 RegE MoMiG) | 198 |
| III. Begründung zur Einführung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG (zu Art. 2 RegE MoMiG) | 201 |
| IV. Begründung zur Änderung der HandelsRegVO (zu Art.13 RegE MoMiG) | 201 |

Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger / Roth, Günther H.: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 5. Auflage, München 2005 (zit.: Roth/Altmeyden, GmbHG-Kommentar).
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred: GmbH-Gesetz Kommentar, 18. Auflage, München 2006 (zit.: Baumbach/Hueck/Bearbeiter, GmbHG-Kommentar).
- BDI / Hengeler Mueller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, Berlin 2006 (zit.: BDI/Hengeler Mueller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen).
- Böttcher, Lars / Blasche, Sebastian: Die Grundbuchfähigkeit der GbR im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, S. 121-125 (zit.: Böttcher/Blasche, NZG 2007).
- Böttcher, Lars / Blasche, Sebastian: Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen entsprechend der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung nach dem MoMiG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, S. 565-569 (zit.: Böttcher/Blasche, NZG 2007).
- Bohrer, Michael: Fehlerquellen und gutgläubiger Erwerb im Geschäftsanteilsverkehr – Das Vertrauensschutzkonzept im Regierungsentwurf des MoMiG, Deutsches Steuerrecht 2007, S. 995-1003 (zit.: Bohrer, DStR 2007).
- Bormann, Michael: Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung, GmbH-Rundschau 2006, S. 1021-1025 (zit.: Bormann, GmbHR 2006).
- Breitenstein, Jürgen / Meyding, Bernhard: GmbH-Reform: Die „neue“ GmbH als wettbewerbsfähige Alternative oder nur „GmbH light“ ?, Betriebs-Berater 2006, S. 1457 ff. (zit.: Breitenstein/Meyding, BB 2006).
- Brodmann, Erich: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, Berlin Leipzig 1924 (zit.: Brodmann, GmbH-Kommentar).
- Canaris, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 23. Auflage, München 2000 (zit.: Canaris, Handelsrecht).
- Deutscher Notarverein, Stellungnahme zur GmbH-Reform vom 26. September 2003 (zit.: DNotV, Stellungnahme zur GmbH-Reform vom 26. September 2003).
- Drygala, Tim: Für eine alternative Rechtsform neben einer reformierten GmbH – Leipziger Entwurf einer Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KmbH), Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S.1797-1805 (zit.: Drygala, ZIP 2006).
- Eidenmüller, Horst: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, München 2006 (zit.: Eidenmüller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, 2006).
- Feine, Hans Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipzig 1949 (zit.: Feine, GmbH).
- Flesner, Patrick: Die GmbH-Reform (MoMiG) aus Sicht der Akquisitions- und Restrukturierungspraxis, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, S. 641-648 (zit.: Flesner, NZG 2006).

Gätsch, Andreas / Schulte, Norbert: Notarielle Beurkundung bei im Ausland erfolgenden GmbH-Anteilsveräußerungen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, S. 1954-1959 (zit.: Gätsch/Schulte, ZIP 1999).

Gesmann-Nuissl, Dagmar: Quo vadis GmbH ? – zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), Wirtschaft- und Bankrecht 2006, S. 1756 ff. (zit.: Gesmann-Nuissl, WM 2006).

Goette, Wulf: Die GmbH: Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, 2. Auflage, München 2002 (zit.: Goette, Die GmbH).

Götze, Cornelius / Bressler, Stefan: Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, S. 894-899 (zit.: Götze/Bressler, NZG 2007).

Grau: Lücken im Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs bei unwirksamer Übertragung von GmbH-Anteilen, in Festschrift für Hermann Oberneck, Halle 1929 (zit.: Grau, in FS Oberneck).

Grunewald, Barbara: Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen: Eine neue Option, Der Konzern 2007, S. 13-15 (zit.: Grunewald, Der Konzern 2007).

Grunewald, Barbara / Gehling, Christian / Rodewig, Désirée: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 685-692 (zit.: Grunewald/Gehling/Rodewig bzw. Grunewald bzw. Gehling bzw. Rodewig, ZIP 2006).

Grunewald, Barbara: Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen – Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 1990, 371 ff. –, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1991, S. 452-466 (zit.: Grunewald, ZGR 1991).

Grunewald, Barbara / Noack, Ulrich: Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH – Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland, GmbH-Rundschau 2005, S. 189-195 (zit.: Grunewald/Noack, GmbHR 2005).

Haas, Ulrich / Oechsler, Jürgen: Missbrauch, Cash Pool und gutgläubiger Erwerb nach dem MoMiG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, S. 806-813 (zit.: Haas/Oechsler, NZG 2006).

Hachenburg, Max / Ulmer, Peter: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Großkommentar, Erster Band, Allgemeine Einleitung, §§ 1 – 34 GmbHG, 8. Auflage, Berlin - New York 1992 (zit.: Hachenburg/Ulmer/Bearbeiter, GmbHG-Großkommentar Bd. 1).

Haerendel, Holger: Die Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Akte im Ausland, Deutsches Steuerrecht 2001, S. 1802-1805 (zit.: Haerendel, DStR 2001).

Hamann, Hanjo: GmbH-Anteilserwerb vom Nichtberechtigten – Die Mischung verschiedener Gutglaubenstatbestände im MoMiG-Regierungsentwurf, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, S. 492-494 (zit.: Hamann, NZG 2007).

Harbarth, Stephan: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 57-64 (zit.: Harbarth, ZIP 2008).

Heckschen, Heribert: Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege, Deutsches Steuerrecht 2007, S. 1442-1451 (zit.: Heckschen, DStR 2007).

Hiddemann, Hans-Joachim: Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1982, S. 435-451 (zit.: Hiddemann, ZGR 1982).

Hofmann, Paul: Das GmbH-Recht im Spiegel der Festschriften (II), GmbH-Rundschau 1979, S. 97 ff. (zit.: Hofmann, GmbHR 1979).

Hohner, Georg: Die Bereinigung fehlerhafter GmbH-Anteile, in Festschrift für Carl Hans Barz, Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Berlin - New York 1974, S. 147-170 (zit.: Hohner, in FS Barz).

Jarass, Hans / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 9. Auflage, München 2007 (zit.: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar).

Just, Clemens: Die englische Limited in der Praxis, München 2005 (zit.: Just, Die englische Limited).

Kallmeyer, Harald: Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 1.9.2006 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom 29.05.2006, GmbH-Rundschau 2006, GmbH-Dokumentation, S. 978-982 (zit.: Kallmeyer (Centrale GmbH Dr. Otto Schmidt), GmbHR 2006).

Krefting: Bericht Deutscher Notartag 1961 in Hamburg, Diskussion zum Recht der GmbH unter der Leitung von Dr. Gustav Römer (Krefting, Deutscher Notartag 1961).

Kühn, Manfred: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ?, GmbH-Rundschau 1970, S. 201-202 (zit.: Kühn, GmbHR 1970).

Lange: Bericht Deutscher Notartag 1961 in Hamburg, Diskussion zum Recht der GmbH unter der Leitung von Dr. Gustav Römer (Lange, Deutscher Notartag 1961).

Leuering, Dieter / Simon, Stefan: Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, Neue Juristische Wochenschrift – Spezial 2005, S. 171-172 (zit.: Leuering/Simon, NJW-Spezial 2005).

Levedag, Christian: Die englische Limited im Überblick, GmbH-Rundschau – Sonderheft: Römermann, Volker / Wachter, Thomas: Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S. 5-17 (zit.: Levedag, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest).

Lüke, Gerhard: Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, Juristenzeitung 1955, S. 484-487 (zit.: Lüke, JZ 1955).

Lutter, Marcus: Die Grenzen des sogenannten Gutgläubensschutzes im Grundbuch, Archiv für die Civilistische Praxis 164 (1964), S. 122-182 (zit.: Lutter, AcP 164 (1964)).

Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter: GmbH-Gesetz Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000 (zit.: Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter, GmbH-Kommentar).

Martin, Arno: Pfändungspfandrecht und Widerklage im Verteilungsverfahren, 1963 (zit.: Martin, Pfändungspfandrecht und Widerklage im Verteilungsverfahren).

Maurer, Frank: Vorrechte in der vertragsrechtlichen Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 2004, S. 57-67 (zit.: Maurer, BWNotZ 2004).

Michalski, Lutz: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, Band I, §§ 1 – 34 GmbHG, München 2002 (zit.: Michalski/Bearbeiter, GmbHG-Kommentar Bd. I).

Miras, Antonio: Auswirkungen der geplanten GmbH-Reform nach dem MoMiG auf die notarielle Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 2007, S. 101-106 (zit.: Miras, BWNotZ 2007).

Müller, Klaus J.: Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf den Unternehmens- und Beteiligungskauf, GmbH-Rundschau 2006, S. 953-959 (zit.: Müller, GmbHR 2006).

Müller, Welf / Hense, Burkhard: Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 3. Auflage, München 2002 (zit.: Müller/Hense/Bearbeiter, Hdb. GmbH).

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 53 a – 75 AktG, 2. Auflage, München 2003 (zit.: MünchKomm AktG/Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432 BGB, 4. Auflage, München 2003 (zit.: MünchKomm BGB/Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705 – 853 BGB, 4. Auflage, München 2004 (zit.: MünchKomm BGB/Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854 – 1296 BGB, 4. Auflage, München 2004 (zit.: MünchKomm BGB/Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Erbrecht, §§ 1922 – 2385 BGB, 4. Auflage, München 2004 (zit.: MünchKomm BGB/Bearbeiter).

Münzberg, Wolfgang: Die Gefährdung des Pfändungspfandrechts durch Vollstreckungsschuldner und Dritte, Zeitschrift für Zivilprozeß 78 (1965), S. 287-307 (zit.: Münzberg, ZZP 78).

Noack, Ulrich: Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, Der Betrieb 2007, S. 1395-1400 (zit.: Noack, DB 2007).

Noack, Ulrich: Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, Der Betrieb 2006, S. 1475-1483 (zit.: Noack, DB 2006).

Palandt, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. Auflage, München 2007 (zit.: Palandt/Bearbeiter).

Petz, Carsten: Anmeldung einer Anteilsabtretung – eine eher unscheinbare Norm, GmbH-Rundschau 2006, S. 852-860 (zit.: Petz, GmbHR 2006).

Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd: BGB Kommentar, 1. Auflage, Neuwied 2006 (zit.: PWW/Bearbeiter).

Pupeter, Alexander: Der Unterbeteiligte als „virtueller“ Gesellschafter einer GmbH, GmbH-Rundschau 2006, S. 910-919 (zit.: Pupeter, GmbHHR 2006).

Randenborgh, Wolfgang van / Kallmeyer, Harald: Pro und Contra: Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Rechtsgeschäfte durch ausländische Notare ?, GmbH-Rundschau 1996, S. 908-911 (zit.: van Randenborgh/Kallmeyer, GmbHHR 1996).

Rau, Stephan: Der Erwerb einer GmbH nach In-Kraft-Treten des MoMiG – Höhere Transparenz des Gesellschafterkreises, gutgläubiger Erwerb und vereinfachte Stückelung, Deutsches Steuerrecht 2006, S.1892-1900 (zit.: Rau, DStR 2006).

Recq, Jean-Gabriel / Smyrek, Daniel Sven: Die französische S.A.R.L., GmbH-Rundschau Sonderheft: Römermann, Volker / Wachter, Thomas: Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S. 54-59 (zit.: Recq/Smyrek, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest).

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 29. Mai 2006 (RefE MoMiG).

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Mai 2007 (RegE MoMiG).

Reinicke, Dietrich: Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, Neue Juristische Wochenschrift 1964, S. 2373 – 2382 (zit.: Reinicke, NJW 1964).

Rodewald, Jörg: Die Legitimation des Veräußerers von Geschäftsanteilen als GmbH-Gesellschafter, GmbH-Rundschau 1995, GmbH-Praxis, S. 718-720 (zit.: Rodewald, GmbHHR 1995).

Römermann, Volker: Der Entwurf des „MoMiG“ – die deutsche Antwort auf die Limited, GmbH-Rundschau 2006, S. 673-681 (zit.: Römermann, GmbHHR 2006).

Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithof, Christian: GmbHG-Kommentar, 4. Auflage, München 2002 (zit.: Rowedder/Schmidt-Leithof/Bearbeiter, GmbHG-Kommentar).

Schervier, Joachim: Beurkundung GmbH-rechtlicher Vorgänge im Ausland, Neue Juristische Wochenschrift 1992, S. 593-598 (zit.: Schervier, NJW 1992).

Sachs, Michael: Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2007 (zit.: Sachs/Bearbeiter, GG-Kommentar).

Schmidt, Christian R. / Bierly, Jennifer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 1210-1213 (zit.: Schmidt/Bierly, NJW 2004).

Schmidt, Karsten: Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig – Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.01.2001, Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 993-1003 (zit.: K. Schmidt, NJW 2001).

Schockenhoff, Martin / Höder, Andreas: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG: Nachbesserungsbedarf aus Sicht der M&A-Praxis, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 1841-1847 (zit.: Schockenhoff/Höder, ZIP 2006).

Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, I. Band, §§ 1 – 34 GmbHG, 10. Auflage, Köln 2006 (zit.: Scholz/Bearbeiter, GmbHG-Kommentar Bd. I bzw. 10. Auflage).

Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, I. Band, §§ 1 – 44 GmbHG, 9. Auflage, Köln 2000 (zit.: Scholz/Bearbeiter, GmbHG-Kommentar Bd. I, 9. Aufl.).

Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, II. Band, §§ 45 – 87 GmbHG, 9. Auflage, Köln 2002 (zit.: Scholz/Bearbeiter, GmbHG-Kommentar Bd. II, 9. Aufl.).

Seibert, Ulrich: GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 1157-1168 (zit.: Seibert, ZIP 2006).

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 883 – 902 BGB, Berlin 2002 (zit.: Staudinger/Bearbeiter, BGB-Kommentar).

Thomas, Heinz / Putzo, Hans, Zivilprozessordnung – Kommentar, 26. Auflage, München 2004 (zit.: Thomas/Putzo).

Triebel, Volker / Otte, Sabine: 20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen ?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 311-316 (zit.: Triebel/Otte, ZIP 2006).

Triebel, Volker / Otte, Sabine: Reform des GmbH-Rechts: MoMiG – ein vernünftiger Schritt zur Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber Strecke ?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 1321-1327 (zit.: Triebel/Otte, ZIP 2006).

Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Winter, Martin: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Großkommentar, Band I, Einleitung, §§ 1 – 28 GmbHG, Tübingen 2005 (zit.: Ulmer/Habersack/Winter/Bearbeiter, GmbHG-Großkommentar Bd. I).

Vossius, Oliver: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, Der Betrieb 2007, S. 2299-2304 (zit.: Vossius, DB 2007).

Vossius, Oliver: Zum Entwurf eines ganzheitlichen GmbH-Reformgesetzes aus der Praxis, GmbH-Rundschau 2005, GmbH Report, R 373-374 (zit.: Vossius, GmbHR 2005).

Vossius, Oliver / Wachter, Thomas: Gesetz zur Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2005, abrufbar unter www.gmbhr.de/heft/21_05/blickpunkt.htm (zit.: Vossius/Wachter, Begründung zum Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes).

Walz, Robert / Fembacher, Tobias: Zweck und Umfang der Beurkundung nach § 15 GmbHG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2003, S. 1134-1143 (zit.: Walz/Fembacher, NZG 2003).

Weiler, Frank: Haftung für rückständige Einlagen bei angefochtenem GmbH-Anteilserwerb, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 1754-1761 (zit.: Weiler, ZIP 2006).

Wicke, Hartmut: Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im GmbH-Recht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 977-982 (zit.: Wicke, ZIP 2006).

Wiedemann, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München - Berlin 1965 (zit.: Wiedemann, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften).

Wiegand, Wolfgang: Der öffentliche Glaube des Erbscheins, Juristische Schulung 1975, S. 283-286 (zit.: Wiegand, JuS 1975).

Winkler, Karl: Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Akte im Ausland, Neue Juristische Wochenschrift 1974, S. 1032-1034 (zit.: Winkler, NJW 1974).

Wolff, Martin / Raiser Ludwig, Sachenrecht, 10. Auflage, Tübingen 1957 (zit.: Wolff/Raiser, Sachenrecht).

Ziemons, Hildegard: Mehr Transaktionssicherheit durch das MoMiG?, Betrieb-Berater 2006, BB-Special 7, Heft 37, S. 9-14 (zit.: Ziemons, BB 2006, BB-Special 7).

Zöllner, Wolfgang: Übertragung von GmbH-Anteilen – Zwei rechtspolitische Grundsatzfragen, Die GmbH-Reform in der Diskussion, S. 175 ff., VGR (Hrsg.) Band 11, 2006 (zit.: Zöllner, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006).

Einführung in die Problematik

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen. Der Gesetzgeber plant dessen Zulassung und gesetzliche Ausgestaltung in dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.05.2007 (RegE MoMiG). Hierzu soll ein neuer § 16 Abs. 3 GmbHG eingeführt werden. Als Anknüpfungspunkt für das Vertrauen des Erwerbers in die Berechtigung des Veräußerers soll die Gesellschafterliste dienen, deren Bedeutung durch diese neue Funktion erheblich aufgewertet wird.

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vom 20.04.1892 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.05.1898, zuletzt geändert durch das Justizkommunikationsgesetz vom 22.03.2005, schützt den vermeintlichen Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils bislang nicht in seinem guten Glauben an die Gesellschafterstellung des Veräußerers. Gestreng dem römisch-rechtlichen Grundsatz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ findet ein Rechtsübergang beim share deal in nahezu keinem Fall¹ statt, wenn der Veräußerer nicht Inhaber des GmbH-Anteils oder in sonstiger Weise verfügungsbefugt ist. Der vermeintliche Erwerber bleibt ex post darauf verwiesen, gegebenenfalls bestehende Schadensersatzansprüche gegen den nicht berechtigten Veräußerer geltend zu machen. Die Einfachheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs wird dadurch erheblich beeinträchtigt.

Die Koalitionsvereinbarung der Bundesregierung für die 16. Wahlperiode² sieht eine umfassende Reform des GmbH-Rechts zur Sicherung des Wirtschaftsstandortes Deutschland und seiner Attraktivität für Investoren vor. Unternehmensgründungen sollen nachhaltig erleichtert und beschleunigt, die Attraktivität der GmbH als Unternehmensform auch – und gerade – im Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen gesteigert sowie Missbräuche bei Insolvenzen bekämpft werden.³ Im November 2005 stellte die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries die geplante GmbH-Reform erstmals vor. Ausschlaggebend für die Novellierung des GmbH-Rechts war – wenn auch nicht allein entscheidend – die durch den EuGH in mehreren Entscheidungen⁴ zugelassene und mit der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG und Art. 48 EG begründete Möglichkeit ausländischer Gesellschaften, die in einem Mitgliedsstaat der Euro-

¹ Einzige Ausnahme de lege lata bildet der gutgläubige Erwerb eines in den Nachlass fallenden GmbH-Geschäftsanteils gemäß § 2366 BGB vom Erbscheinsberechtigten, der tatsächlich nicht Erbe ist.

² „Große Koalition“ bestehend aus CDU/CSU und SPD unter der Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel.

³ Begleitschreiben des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) vom 07.06.2006 zum RefE MoMiG, S.3.

⁴ EuGH v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97 – Centros, GmbHR 1999, S.474;

EuGH v. 05.11.2002 – Rs. C-208/00 – Überseering, GmbHR 2002, S.1137;

EuGH v. 30.09.2003 – Rs. C-167/01 – Inspire Art, GmbHR 2003, S.1260 mit Komm. W.Meilicke;

EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – Sevic Systems AG, NJW 2006, S.425.

päischen Union gegründet worden sind, ihren Verwaltungssitz in ein anderes, beliebiges EU-Land – und damit auch nach Deutschland – zu verlegen, ohne dadurch ihre Rechtsfähigkeit zu verlieren. Auf die zugezogenen Gesellschaften ist bezüglich Gründung und Rechtsfähigkeit stets das Recht ihres Gründungslandes anzuwenden (Gründungstheorie). Die früher angewandte Sitztheorie ist mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar.⁵ Folge dieser Entscheidungen ist ein Wettbewerb unter den verschiedenen Gesellschaftsformen im europäischen Wirtschaftsraum. Die deutsche GmbH steht daher in Konkurrenz beispielsweise mit der englischen Private Limited Company by Shares (Limited) und der französischen S.A.R.L., für deren Gründung jeweils kein gesetzliches Mindestkapital vorgeschrieben ist, oder der spanischen S.L.N.E.. Diese sogenannte „Blitz-GmbH“ kann mit elektronischen Formularmustern und einem Mindestkapital von nur 3.012,- EUR innerhalb von 48 Stunden nach der Gründung durch notariellen Vertrag im Handelsregister eingetragen werden kann.⁶

Am 09. Februar 2006 fand in Berlin ein Arbeitstreffen von Juristen aus Wissenschaft und Unternehmen, Notaren und Rechtsanwälten⁷ statt, um die Möglichkeiten zur gesetzlichen Strukturierung eines gutgläubigen Anteilsenerwerbs zu erörtern und rechtswissenschaftliche und praktische Fragestellungen zu diskutieren. Am 29.05.2006 wurde der RefE MoMiG veröffentlicht. Nach knapp einjähriger Diskussion, zahlreichen Literaturbeiträgen sowie Stellungnahmen aus der Praxis erschien sodann am 23.05.2007 der RegE (BT-Drucks.16/6140). Es folgten die Stellungnahme des Bundesrates vom 06.07.2007 (BR-Drucks.354/1/07), die Gegenäußerung der Bundesregierung vom 25.07.2007 sowie die Öffentliche Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses zur Modernisierung des GmbH-Rechts vom 23.01.2008.

Die Schwerpunkte⁸ der Novellierung des GmbH-Rechts durch das MoMiG liegen insbesondere in der Vereinfachung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen unter Beibehaltung des Mindeststammkapitals von 25.000,- EUR durch Einführung der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft als „Einstiegsvariante der GmbH“, welche nicht das anfängliche Vorhandensein des gesetzlichen Mindestkapitals, wohl aber eine diesbezügliche Ansparpflicht über die Gewinne der Gesellschaft vorschreibt, Einführung des dem Entwurf als Anlage beigefügten Musterprotokolls für einfache Standardgründungen (Gesellschafts-

⁵ vgl. Gätsch/Schulte, ZIP 1999, S.1954 (1958).

⁶ Grunewald/Noack, GmbHR 2005, S.189.

⁷ Teilnehmer des „Berliner Kreises“: RA Dr. Hans Diekmann, Frankfurt/M.; Prof. Dr. Tim Drygala, Leipzig; RA Christian Gehling, Düsseldorf; RA Stephan Gittermann, Frankfurt/M.; RA Ulrich Grohé, Berlin; Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln; RAin Dr. Katherine Knauth, Köln; RA Dr. Thomas Kremer, Düsseldorf; Notar Prof. Dr. Dieter Mayer, München; Prof. Dr. Ulrich Noack, Düsseldorf; RAin Désirée Rodewig, Köln; RA Dr. Maximilian Schiessl, Düsseldorf; MinRat Prof. Dr. Ulrich Seibert, Berlin; RA Dr. Arndt Stengel, Frankfurt/M.; RA Wolfgang Sturm, Köln; Prof. Dr. Rüdiger Veil, Hamburg; RA Dr. Eberhard Vetter, Köln; RA Dr. Jochen Vetter, Düsseldorf; Notar Dr. Oliver Vossius, München; RA Hans-Ulrich Wilsing, Köln.

⁸ Pressemitteilung des BMJ vom 23.05.2007.

vertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste), Beschleunigung der Registereintragung durch Abkoppelung des Eintragungsverfahrens von verwaltungsrechtlichen Genehmigungen und einer gesetzlichen Regelung über die Zulässigkeit „verdeckter Sacheinlagen“, wenn der Gesellschafter die Werthaltigkeit der erbrachten Sacheinlage nachweisen kann. Geschäftsanteile müssen künftig nur noch auf einen Betrag von mindestens einem Euro lauten. Sie können in Zukunft leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren an einen Dritten übertragen werden.

Darüber hinaus soll die Attraktivität der GmbH als Rechtsform vergrößert werden. Durch Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG soll es der deutschen GmbH ermöglicht werden, künftig ihren Verwaltungssitz auch im Ausland wählen zu können. Die Aufwertung der Gesellschafterliste in §§ 16 Abs. 1 und 40 GmbHG-RegE bringt mehr Transparenz, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs in § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE mehr Rechtssicherheit. Das Eigenkapitalersatzrecht soll u.a. durch die Abschaffung der Rechtssprechungsregeln zu § 30 GmbHG und die Neuregelung kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen (§§ 32 a und 32 b GmbHG) im Insolvenzrecht dereguliert werden. Ziel ist auch die Sicherung des Cash-Pooling durch Schaffung einer allgemeinen Regelung über verbotene Auszahlungen des Gesellschaftsvermögens.

Dem Aspekt „Bekämpfung von Missbräuchen“ trägt das MoMiG dadurch Rechnung, dass im Handelsregister künftig eine inländische Geschäftsanschrift der GmbH eingetragen werden muss. Ist eine Zustellung an diese Adresse nicht möglich, können Gläubiger leichter eine öffentliche Zustellung im Inland bewirken. Die Pflichten der Gesellschafter im Insolvenzfall werden verschärft. So sind die Gesellschafter künftig bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und gleichzeitiger Führungslosigkeit der Gesellschaft selbst zur Stellung des Insolvenzantrages verpflichtet. Schließlich erfolgt eine geringfügige Erweiterung des Zahlungsverbotes in § 64 GmbHG. Erweitert werden ebenso die bisherigen Ausschlussgründe für Geschäftsführer u.a. in § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG.

Die vom Referentenentwurf beabsichtigte Herabsetzung des Mindestkapitals integriert den bereits in der vorherigen Wahlperiode vom Bundeskabinett verabschiedeten, zu kurz gegriffenen und letztlich gescheiterten Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH vom 15.04.2005 (MindestkapG)⁹. Mit gleicher Intention der Vereinfachung und Beschleunigung des deutschen Gesellschaftsrechts ist am 01.01.2007 das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (E-HUG) in Kraft getreten.

⁹ MindestkapGE – BR-Drucks.619/05.

Die gesetzliche Einführung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen in § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ist ein Grundpfeiler der Reform. Sie ist ein wichtiger Mosaikstein zur Verbesserung der Attraktivität dieser Gesellschaftsform im europäischen Wettbewerb. Begrüßenswerte Folge des geplanten Gutgläubensschutzes wäre eine erhebliche praktische Erleichterung für die Vorbereitung und Abwicklung von Anteilsübertragungen insbesondere älterer GmbHs sowie die Steigerung von Transparenz und Rechtssicherheit. Die fast revolutionär anmutende¹⁰ Aufnahme des bereits seit Jahrzehnten in der Rechtsliteratur diskutierten¹¹ Gutgläubensschutzes in den RefE / RegE MoMiG wurde dementsprechend von Vertretern aus der Praxis angeregt.¹²

Das Gesetzgebungsverfahren befindet sich im finalen Stadium, so dass im dritten Quartal 2008 mit einem Inkrafttreten der neuen Regelung gerechnet werden kann. Zu Beginn soll der Wortlaut der künftig maßgeblichen Norm, **§ 16 Abs. 3 GmbHG-RegE**, vorgestellt werden:

„Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.“

Mit dem RegE wurden bereits erhebliche Veränderungen am Wortlaut des neuen § 16 Abs. 3 GmbHG gegenüber dem vorherigen RefE vorgenommen. § 16 Abs. 3 GmbHG-RefE lautete noch wie folgt:

„Zugunsten desjenigen, der einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig, als die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht worden ist. Dies gilt nicht, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist.“

¹⁰ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841.

¹¹ Grau, in FS Oberneck, S.173; Hohner, in FS Barz, S.147; Kühn, GmbHR 1970, S.201.

¹² Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685; vgl. Vossius/Wachter, Begründung zum Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes, S.11; DNotV, Stellungnahme zur GmbH-Reform vom 26. September 2003.

Unter Berücksichtigung der bisherigen Beiträge der Gesetzgebungsorgane sowie aus Literatur und Praxis soll die vorliegende Arbeit umfassend zu der geplanten Neufassung des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE Stellung nehmen, mögliche Schwächen der Regelung aufzeigen und einen eigenen Lösungsweg sowie Verbesserungsvorschläge in der gesetzlichen Formulierung erarbeiten.

Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit soll die aktuelle Rechtslage analysiert werden. Zu Beginn soll klarstellend aufgezeigt werden, dass ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem jetzigen GmbHG nicht möglich ist und auch sonst keine gesetzliche Stütze findet. Sodann soll in einem nächsten Schritt auf den gutgläubigen Erwerb im deutschen Recht an sich und dessen Teleologie eingegangen werden. Es werden grobe Umriss definiert, inwiefern ein gutgläubiger Erwerb überhaupt bei GmbH-Anteilen in Betracht kommen kann. Darauf folgend wird das Bedürfnis der Praxis nach der Vereinfachung des Anteilerwerbs beleuchtet und begründet, warum der Gutgläubensschutz die Attraktivität der deutschen GmbH für Investoren stärken kann. Nicht unberücksichtigt bleibt dabei ein kurzer Blick auf die mit der GmbH vergleichbaren, ausländischen Gesellschaftsformen der englischen Limited und der französischen S.A.R.L. sowie die Frage, ob dort ein gutgläubiger Anteilerwerb zugelassen ist. Schließlich werden diejenigen, u.a. in der Vergangenheit vorgeschlagenen Lösungsansätze der Literatur und des Arbeitstreffens vom 09.02.2006 vorgestellt und diskutiert, welche die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen auf andere Weise als durch die Anknüpfung an die Eintragungen in der Gesellschafterliste schaffen wollen. Im Ergebnis wurden diese Konzepte vom Gesetzgeber zu Recht verworfen.

Das zweite Kapitel befasst sich intensiv mit dem RegE MoMiG und dessen Lösungsansatz. Gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE kann der Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eingetragen ist.

Ausnahmen hiervon gelten, wenn

1. die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist,
2. dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder
3. der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist.

Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE in Zusammenhang mit der Neufassung des § 40 GmbHG-RegE sollen präzise herausgearbeitet werden. Es soll analysiert werden, welchen Umfang der Gutgläubensschutz in der Rechtsfolge des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE voraussichtlich haben wird. Dabei richtet sich die Prüfung im Hinblick auf die bisher erforderliche und zumeist aufwendige Due Diligence im Vorfeld des Anteilskaufes insbesondere auf die Frage, ob der RegE mit der Formulierung des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE das missverständlich erklärte Regelungsziel der Verfasser des RefE erreicht, dass man in Zukunft „nur noch eine – in der Regel sehr kurze – Kette von Veräußerungen bis zu dem Dreijahres-Stichtag nachweisen und garantieren“ müsse.¹³ Es wird dem Vorschlag nachgegangen, den gutgläubigen Erwerb auch auf nicht existente bzw. nicht-so-wie-eingetragene existente Geschäftsanteile zu erstrecken. Ebenso wird die Frage behandelt, ob nicht bereits mit der anstehenden Änderung des GmbHG ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb von GmbH-Anteilen eingeführt werden sollte bzw. wie eine nachträgliche Einführung in der Zukunft ausgestaltet werden könnte. Abschließend wird die Verfassungsmäßigkeit des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE im Hinblick auf die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG überprüft.

Im dritten Teil der Arbeit stellt der Verfasser ein überarbeitetes Regelungskonzept vor, das im Vergleich zu der Lösung des RegE MoMiG übereinstimmende sowie dazu abweichende Thesen enthält. Anliegen dieses letzten Kapitels ist zudem die Präsentation von Formulierungsvorschlägen hinsichtlich der maßgeblichen Normen mit dem Ziel, den nur eingeschränkten Gutgläubensschutz des aktuellen RegE MoMiG im Interesse des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit auszubauen.

¹³ vgl. Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.51.

Kapitel I

Kein gutgläubiger GmbH-Anteilserwerb nach aktueller Rechtslage und das praktische Bedürfnis nach der Vereinfachung von Anteilsübertragungen durch Einführung des Gutglaubensschutzes

A. Analyse der aktuellen Rechtslage

Ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ist de lege lata unbestritten nicht möglich.¹⁴ Der Schutz des redlichen Erwerbers, der an die Gesellschafterstellung des Veräußerers glaubt, findet im GmbHG keine Stütze. Der Regelungsgehalt sonstiger gesetzlicher Vorschriften, die einen gutgläubigen Erwerb in Bezug auf andere Gegenstände ermöglichen, ist weder unmittelbar noch analog auf den Spezialfall des GmbH-Anteilserwerbs übertragbar. Ein gutgläubiger Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils oder eines Rechtes daran ist lediglich gemäß § 2366 BGB vom Erbscheins-Erben möglich.¹⁵

I. Übertragung des GmbH-Gesellschaftsanteils gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG

Der Geschäftsanteil bezeichnet nach allgemeinem Verständnis in Rechtsprechung¹⁶ und Literatur¹⁷ die Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis in ihrer Zusammenfassung als Mitgliedschaft. Gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG sind Geschäftsanteile an einer GmbH veräußerlich und vererblich. Zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter fordert § 15 Abs. 3 GmbHG einen in notarieller Form geschlossenen Vertrag zwischen dem abtretenden Gesellschafter und dem Erwerber. Gemäß § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG bedarf auch die Vereinbarung über die Begründung der Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils eines notariellen Vertrages, wobei ein Formmangel dieses schuldrechtlichen Kausalgeschäftes durch den formwirksamen Abschluss des Erfüllungsgeschäftes geheilt werden kann.¹⁸

¹⁴ statt aller: Müller, GmbHR 2006, S.953 (954).

¹⁵ Wiegand, JuS 1975, S.283 (284); Palandt/Edenhofer, § 2366 Rn 1; MünchKomm BGB/Mayer, § 2366 Rn 12; Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 21.

¹⁶ z.B. BGH DB 1972, S.132.

¹⁷ z.B. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 14 Rn 2.

¹⁸ Der RegE MoMiG sieht keine Änderung des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG und damit keine Flexibilisierung des Formerfordernisses der notariellen Beurkundung vor.

Bereits aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 GmbHG („durch Gesellschafter“) ergibt sich, dass die abtretende natürliche oder juristische Person Gesellschafter sein muss. Ist der Veräußerer Nichtberechtigter, so ist die Abtretung ohne Ermächtigung bzw. Genehmigung des wahren Gesellschafters unwirksam.¹⁹ Der Erwerber wird daher nur dann Inhaber des Geschäftsanteils, wenn der Veräußerer zum Zeitpunkt des notariellen Abtretungsvertrages selbst Gesellschafter ist oder für diesen über dessen Anteil wirksam verfügen kann. Anderenfalls behält der wahre Gesellschafter seinen Geschäftsanteil und damit sein Mitgliedschaftsrecht. Unerheblich ist, ob der vermeintliche Erwerber die fehlende Berechtigung des Veräußerers im Zeitpunkt der fehlerhaften Übertragung kennt oder kennen muss oder kennen kann.

Ist der Veräußerer dagegen Gesellschafter, so erhält der Erwerber den Anteil mit denjenigen Lasten und Mängeln, mit denen der Anteil zum Zeitpunkt des Erwerbs behaftet ist.²⁰ Unerheblich ist wiederum, ob der Erwerber die Belastungen und Mängel des Anteils kennt oder kennen muss oder kennen kann. Rechte Dritter an dem Anteil bleiben daher trotz wirksamer Übertragung erhalten.

Das GmbHG sieht einen gutgläubigen bzw. einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen nicht vor.²¹ Der Erwerber ist auch dann schutzlos, wenn der Geschäftsanteil vor der Abtretung gemäß § 21 Abs. 2 S.1 GmbHG wegen verzögerter Einzahlung auf die Stammeinlage kaduziert oder gemäß § 27 Abs.1 S.1 oder 2 GmbHG der Gesellschaft zur Verfügung gestellt (abandonniert) worden ist.²²

II. Anmeldung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 16 GmbHG

Im Fall der rechtsgeschäftlichen Übertragung oder Belastung²³ eines GmbH-Anteils muss der Erwerber durch einseitige empfangsbedürftige Mitteilung²⁴ des Veräußerers oder des Erwerbers²⁵ unter Nachweis des Rechtsübergangs bei der Gesellschaft angemeldet werden. Zum Nachweis genügt, dass die Gesellschaft in Person ihrer Geschäftsführer vom Rechtsüber-

¹⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 28.

²⁰ Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 281.

²¹ OLG München OLGR 22, S.15; Grau, in FS Oberneck, S.173; Hohner, in FS Barz, S.147; Kühn, GmbHHR 1970, S.201; Hofmann, GmbHHR 1979, S.97; Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 281; Hachenburg/Ulmer/Zutt, GmbHG-Großkommentar Bd. I (8.Auflage 1992), § 15 Rn 135 f.; Scholz/Winter, GmbHG-Kommentar Bd. I, 9. Aufl., § 15 Rn 108; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 15 u. 101; Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 21; Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 11; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 28; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 127; MünchKomm BGB/Roth, § 398 Rn 28; Müller/Hense/Schacht, Hdb. GmbH, § 12 Rn 70; Feine, GmbH, S.313, 391.

²² Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 101.

²³ vgl. Peetz, GmbHHR 2006, S.852 (854); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 2.

²⁴ vgl. Peetz, GmbHHR 2006, S.852 (856); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 3.

²⁵ vgl. Peetz, GmbHHR 2006, S.852 (855); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 5.

gang etwa durch Vorlage der formgerechten Abtretungsurkunde überzeugend unterrichtet wird.²⁶ Die Anmeldung dient gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG als Legitimation des Erwerbers gegenüber der Gesellschaft und begründet eine unwiderlegliche Vermutung dafür, dass der Erwerber nunmehr anstelle des Veräußerers Gesellschafter ist.²⁷ § 16 Abs.1 GmbHG schützt daher die Gesellschaft bei Unklarheiten hinsichtlich des Anteilsübergangs.

Die Anmeldung ist dagegen keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Abtretung. Die materielle Wirksamkeit eines formgerechten Abtretungsvertrages wird durch eine fehlende Anmeldung nicht berührt. Bei wirksamer Abtretung ist der Erwerber auch ohne Anmeldung Inhaber des Geschäftsanteils und kann über diesen verfügen. Ausschließlich im internen Verhältnis zur Gesellschaft ist die Anmeldung maßgebend.²⁸ Sie kann für potentielle Erwerber in der Regel keinen Rechtsschein für die Gesellschafterstellung des angemeldeten Veräußerers begründen. In der wirksamen Anmeldung des Veräußerers als Gesellschafter liegt keine jedem Außenstehenden Dritten entgegenzuhaltende Legitimation, die einen unangreifbaren Erwerb der GmbH-Geschäftsanteile von diesem Angemeldeten ermöglichen könnte.²⁹ Es fehlt der Anmeldung zudem an Publizität und einer hinreichenden Richtigkeitsgewähr.

Die Anmeldung nach § 16 GmbHG macht einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen auch nicht überflüssig, was am folgenden Beispiel verdeutlicht wird:

G ist wahrer Gesellschafter der X-GmbH. V ist für den Geschäftsanteil des G zu Unrecht als Gesellschafter bei der X-GmbH angemeldet. Er schließt mit K einen notariell beurkundeten Abtretungsvertrag über diesen Anteil. Die Geschäftsführer der X-GmbH haben keine Kenntnis von der tatsächlichen Berechtigung des G. Unter Vorlage der Abtretungsurkunde meldet sich K bei der Gesellschaft an. K macht den nun fälligen Gewinnbezugsanspruch geltend und erhält von der Gesellschaft 1.000,- EUR. Sodann meldet sich G und es stellt sich heraus, dass K mangels Berechtigung des Veräußerers V nicht Gesellschafter geworden ist. Hat die X-GmbH gegen K einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten 1.000,- EUR ?

In diesem Beispielfall scheidet ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs.1 S.1, 1. Alt. BGB aus. Die Gesellschafterstellung des K wurde aufgrund der Anmeldung unwiderleglich vermutet. Im Leistungszeitpunkt besteht damit ein Rechtsgrund gegenüber der X-GmbH. Die Unwirksamkeit der Abtretung berührt die Wirkungen der Anmeldung nicht.³⁰ Für empfangene

²⁶ BGH GmbHR 1997, S.165 (166); BGH NJW 1969, S.628; Peetz, GmbHR 2006, S.852 (856); Rodewald, GmbHG 1995, S.718; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 6.

²⁷ Weiler, ZIP 2006, S.1754; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 1.

²⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 9; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 16 Rn 2; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 16 Rn 3.

²⁹ Kühn, GmbHR 1970, S.201; Rodewald, GmbHR 1995, S.718 (719).

³⁰ vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 4.

Leistungen während der Scheingesellschafterstellung qua Anmeldung liegt ebenso ein Rechtsgrund vor wie für Leistungen an die Gesellschaft.³¹

Dieser Rechtsgrund fällt auch nicht im Sinne des § 812 Abs.1 S. 2, 1.Alt. BGB nachträglich weg. Die unwiderlegliche Vermutungswirkung der Anmeldung kann bei Unwirksamkeit der Abtretung lediglich für die Zukunft sowohl durch den Veräußerer als auch durch den vermeintlichen Erwerber beseitigt werden. Das rechtstechnische Mittel dieser Anmeldebehebung ist umstritten. In Anfechtungsfällen ist uneinheitlich von Anzeige³² bzw. Meldung³³ der Anfechtung an die Gesellschaft, von einem Nachweis der Anfechtungsberechtigung³⁴ oder einem Widerruf³⁵ der Anmeldung die Rede. Denkbar ist ferner, dass die Anmeldeerklärung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung ebenfalls mit einem zur Anfechtung berechtigenden Willensmangel behaftet ist, also selbst Gegenstand einer Anfechtungserklärung sein kann.³⁶ Als dogmatisch vorzugswürdig erscheint jedoch der Vorschlag, der Gesellschaft die Unwirksamkeit der Veräußerung analog § 16 Abs.1 GmbHG unter Beifügung entsprechender Nachweise kundzutun.³⁷ Dies gilt auch für Fälle der Unwirksamkeit außerhalb der Anfechtung. Ebenso wie der Angemeldete die Unwirksamkeit der Veräußerung anmelden kann, so muss auch die Gesellschaft die Anmeldewirkungen bei anderweitigem Nachweis der Unwirksamkeit der Veräußerung nachträglich beseitigen können.

Erlangt die X-GmbH sichere Kenntnis von der Unwirksamkeit der Übertragung zwischen V und K, so kann und darf sie ab diesem Zeitpunkt den bislang angemeldeten Erwerber K nicht länger als Gesellschafter behandeln. Ob dies zugleich die Wiederanmeldung des V oder direkt die Anmeldung des G oder nur die Abmeldung des K bedeutet, kann offen bleiben. Jedenfalls erfolgt die Änderung in allen Fällen nur ex nunc.³⁸

K muss die Dividende nicht an die X-GmbH zurückzahlen. Jedoch wird er ex nunc nicht mehr als Gesellschafter behandelt. Dieses Ergebnis ist trotz des Behaltendürfens der Dividende nicht vergleichbar mit einem gutgläubigen Anteilswerb. Hätte K den Geschäftsanteil gutgläubig erwerben können, so wäre er endgültig materiell berechtigter Gesellschafter geworden. G hätte sein Mitgliedschaftsrecht unwiederbringlich verloren.

³¹ Weiler, ZIP 2006, S.1754 (1756); Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 28.

³² OLG Hamm ZIP 2006, S.233.

³³ BGH NJW 1990, S.1915 (1916).

³⁴ BGH ZIP 1982, S.837 (838).

³⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbH-Kommentar, § 16 Rn 4; Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 17.

³⁶ Weiler, ZIP 2006, S.1754 (1755); Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 16 Rn 58.

³⁷ so Weiler, ZIP 2006, S.1754 (1756).

³⁸ vgl. Weiler, ZIP 2006, S.1754 (1756); Peetz, GmbHR 2006, S.852 (858); Rowedder/Schmidt-Leithof/Pentz, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 45; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 48; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 16 Rn 26; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 4.

III. Gesellschafterliste gemäß § 40 GmbHG

Gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, durch formlose Übermittlung zum Handelsregister – Registergericht des Gesellschaftssitzes – einzureichen. Die Gesellschafterliste wird nicht eingetragen oder bekanntgemacht; sie ist aber als Bestandteil der Registerakten gemäß § 9 Abs. 1 HGB für jedermann zur Einsicht offen und auch jederzeit online abrufbar.³⁹ Das Registergericht hat keine sachliche Prüfungspflicht, aber nach umstrittener Auffassung ein Beanstandungsrecht bei offensichtlicher oder erkannter Unrichtigkeit.⁴⁰ Ein im Sinne des § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundender Notar hat die Abtretung ebenfalls unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen, § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG.

Die eingereichte Gesellschafterliste dient als tatsächliches Informationsmittel für die Öffentlichkeit, insbesondere für die Gläubiger der Gesellschaft. Sie hat keine konstitutive Rechtswirkung.⁴¹ Eine Aufnahme in die Gesellschafterliste „schafft“ keine Mitgliedschaft und durch die Nichtaufnahme in sie geht eine bestehende Mitgliedschaft nicht verloren.⁴² Da die Eintragung in die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste keine unmittelbare Handelsregistereintragung bzw. die Stellung als GmbH-Gesellschafter keine „eintragungspflichtige Tatsache“ im Sinne des § 15 HGB ist⁴³, kann der Rechtsverkehr auf die Informationen in der Registerakte nicht vertrauen.

Als Anknüpfungspunkt für den guten Glauben des Erwerbers an die Gesellschafterstellung des in die Liste aufgenommenen Veräußerers ist die Gesellschafterliste in ihrer Ausgestaltung de lege lata untauglich. Sie dient zwar Publizitätszwecken, indem sie der eingetragenen GmbH durch Veröffentlichung der Gesellschafternamen die Anonymität nimmt. Die Gesellschafterliste kann jedoch ausschließlich Indizwirkung für die Gesellschafterstellung der Eingetragenen entfalten.⁴⁴ Hauptmanko der Gesellschafterliste ist die mangelnde Zuverlässigkeit gegenüber dem Rechtsverkehr. Nach derzeitiger Rechtslage kann sie keine hinreichende Aktualitäts- und Richtigkeitsgewähr für ihren Inhalt bieten.

³⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 13.

⁴⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 13; Roth/Altmeyen, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 7; Scholz/Schneider, GmbHG-Kommentar Bd. I, 9. Aufl., § 40 Rn 22; a.A. BayObLG DB 1985, S.1521.

⁴¹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 20.

⁴² LG Frankfurt, GmbHR 1962, S.118.

⁴³ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 20.

⁴⁴ vgl. Rodewald, GmbHG 1995, S.718 (719).

1. Aktualität der Gesellschafterliste

a) Einreichungspflicht der Geschäftsführer gemäß § 40 Abs.1 S.1 GmbHG

Der Wortlaut des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG („unverzüglich“) scheint zwar auf den ersten Blick die Aktualität der Gesellschafterliste gewährleisten zu können. Dagegen waren die Geschäftsführer nach der Rechtslage vor dem Handelsrechtsreformgesetz von 1998 lediglich zur alljährlichen Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste verpflichtet.⁴⁵ Jedoch kann die Gesellschafterliste auch bei unverzüglicher Einreichungspflicht nicht aktualisiert und damit unrichtig sein. Die Geschäftsführung könnte von der Übertragung des Geschäftsanteils nichts erfahren und daher keine aktuelle Gesellschafterliste eingereicht haben. Die Geschäftsführung könnte auch Kenntnis von der Übertragung haben, eine berichtigte Gesellschafterliste aber aus anderen Gründen nicht einreichen. Diese Entscheidung kann missbräuchlich sein, falls der Gesellschafterbestand gegenüber den Gläubigern verheimlicht werden soll. Sie kann aber auch seriös motiviert sein, z.B. falls ein Familiengeschafter einen nicht vinkulierten Geschäftsanteil auf einen Nachkommen übertragen will, ohne dies anderen Familienangehörigen, die ein Vorkaufsrecht haben, zu offenbaren.⁴⁶

b) Anzeigepflicht des Notars gemäß § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG

Auch die in Satz 2 geregelte unverzügliche Anzeigepflicht des an der Übertragung beteiligten Notars an das Registergericht bietet keine hinreichende Aktualitätsgewähr. Sofern die Geschäftsführer bei einem Gesellschafterwechsel noch keine aktualisierte Liste eingereicht haben, führt die Anzeige des Notars zunächst dazu, dass das Registergericht an die Gesellschaft herantreten muss, damit diese dann durch ihre Geschäftsführer aktiv wird. Nicht selten wendet sich die Gesellschaft vor Einreichung einer neuen Gesellschafterliste an ihre rechtlichen Berater. Somit löst die bloße Anzeigepflicht des Notars zahlreiche Arbeitsvorgänge (Notar, Registergericht, Gesellschaft, eventuell Rechtsanwalt der Gesellschaft) und damit zeitliche Verzögerungen aus, welche die beabsichtigte Aktualität der Gesellschafterliste verhindern.⁴⁷

⁴⁵ In dem Beschluss vom 08.04.1991 - BGH BB 1991, S.925 (927) - hatte der Bundesgerichtshof noch klargestellt, dass ein über das Publizitätsinteresse hinausgehendes Interesse, sich jederzeit aus dem Handelsregister auch über die im Laufe des Jahres eingetretenen Änderungen im Gesellschafterbestand zu unterrichten, vom Gesetz ebenso wenig geschützt und anerkannt werde, wie es einen Schutz vor künftigen Veränderungen der Zusammensetzung der GmbH gebe. Ein registerrechtlicher Schutz des Vertrauens auf einen bestimmten unveränderten Gesellschafterbestand einer GmbH sei dem Gesetz mithin grundsätzlich fremd. Mit der Handelsrechtsreform von 1998 hat der Gesetzgeber dann „ein legitimes Interesse des Rechtsverkehrs an zutreffender Information über den aktuellen Gesellschafterbestand“ ausdrücklich anerkannt.

⁴⁶ BDI/Hengeler Müller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, S.36.

⁴⁷ DNotV, Stellungnahme zur GmbH-Reform vom 26. September 2003, Ziffer 3., a), aa).

Die Anzeigepflicht des Notars wird ausschließlich durch einen verfügenden Abtretungsvertrag ausgelöst, nicht dagegen bei Veränderungen im Gesellschafterbestand kraft Gesetzes, Hoheitsaktes oder Anwachsung, an denen ein Notar mangels Geltung des § 15 Abs. 3 GmbHG gar nicht (unmittelbar) beteiligt ist. Dazu zählen die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge, z.B. Erbfolge, Umwandlungsvorgänge wie Formwechsel, Spaltung oder Verschmelzung, Fälle der dinglichen Surrogation, des § 22 Abs. 4 GmbHG, der Einziehung nach § 34 GmbHG sowie der Übertragung aufgrund von Versteigerungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung oder nach §§ 23 S.1, 27 Abs. 2 S.1 GmbHG.⁴⁸ Die Anzeigepflicht deckt daher die möglichen Veränderungen des Gesellschafterbestandes nicht vollständig ab. Darüber hinaus hat die Anzeigepflicht des Notars im Hinblick auf die Aktualität der Gesellschafterliste zwei weitere Schwächen: den Streit um ihren notwendigen Inhalt und die Umgehungsmöglichkeit durch Anteilsübertragungen im Ausland und in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge (z.B. Erbe).

Der notwendige Inhalt der notariellen Anzeige ist umstritten. Nach einer Ansicht hat die Anzeige die Gesellschaft und den Gesellschaftsanteil genau zu bezeichnen sowie den Abtretenden und den Erwerber jeweils mit den für die Gesellschafterliste erforderlichen Angaben zu benennen.⁴⁹ Nach anderer Meinung verlangt der Zweck des § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG lediglich die Bezeichnung der Gesellschaft und die Tatsache einer Änderung im Gesellschafterbestand.⁵⁰ Dieser Streit zur bisherigen notariellen Anzeigepflicht soll in der vorliegenden Arbeit offen bleiben. Seine Existenz allein zeigt aber, dass die Anzeigepflicht *de lege lata* nicht zuverlässig die Aktualität der Gesellschafterliste gewährleisten kann. Die bloße Anzeigepflicht begründet jedenfalls keine Aussage des Notars über die Wirksamkeit der Abtretung.

Schließlich kann die notarielle Anzeigepflicht durch Anteilsübertragungen im Ausland umgangen werden. Bei Anwendung ausländischen Ortsrechts gemäß Art. 11 Abs.1 EGBGB kann eine Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen sogar formlos vollzogen werden, wenn das berufene ausländische Recht eine der deutschen GmbH im Wesentlichen vergleichbare Rechtsform kennt und anders als § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG keine notarielle Form der Anteilsveräußerung verlangt.⁵¹ Nach Ansicht des überwiegenden Teils der Oberlandesgerichte⁵² und des Schrifttums⁵³ ist Art. 11 Abs.1 EGBGB bei der Veräußerung von GmbH-

⁴⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 27.

⁴⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 15.

⁵⁰ OLG Celle GmbHG 1999, S.711; Roth/Altmeyen, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 9; Michalski/Terlau/Schäfers, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 17.

⁵¹ Gätsch/Schulte, ZIP 1999, S.1954 (1959).

⁵² OLG Frankfurt a.M. DB 1981, S.1456; BayObLG GmbHR 1978, S.39.

⁵³ Gätsch/Schulte, ZIP 1999, S.1954 (1959); Schervier, NJW 1992, S.593 (597 f.); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 22; Roth/Altmeyen, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 90; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 82; Hachenburg/Ulmer/Zutt, GmbHG-Großkommentar Bd.1, § 15 Rn 59; Palandt/Heldrich, Art. 11 EGBGB Rn 8, 13.

Geschäftsanteilen uneingeschränkt sowohl auf das Verpflichtungs- als auch auf das Verfügungsgeschäft anzuwenden. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Abtretung von Geschäftsanteilen nicht um Maßnahmen handelt, welche die Grundlagen der Gesellschaftsverfassung betreffen. Ebenso tendiert der Zweite Zivilsenat des BGH⁵⁴ zur alternativen Anwendbarkeit der Ortsform gemäß Art. 11 Abs.1 EGBGB neben der Geschäftsform auch bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen. Der Senat konnte diese umstrittene Frage in dem zitierten Beschluss aber letztlich offen lassen.

In anderen Auslandsfällen unter Geltung der § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG kann das vorgeschriebene Beurkundungserfordernis grundsätzlich durch einen ausländischen Notar erfüllt werden, soweit Gleichwertigkeit mit einem deutschen Notar vorliegt. Nach vorgenannter BGH-Entscheidung ist diese Gleichwertigkeit gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit eines deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.⁵⁵ Die Entscheidung betrifft die Änderung einer GmbH-Satzung. Erst recht müssen dann auch Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, die im Gegensatz zu Satzungsänderungen nicht die wesentliche Verfassung der Gesellschaft berühren, bei Gleichwertigkeit der Urkundspersonen wirksam im Ausland beurkundet werden können.⁵⁶ Die notarielle Anzeigepflicht gemäß § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG tritt in solchen Fällen der Auslandsbeurkundungen nicht ein. Die Anzeigepflicht ist keine Voraussetzung der Wirksamkeit der Anteilsübertragung, sondern sie ist als von deutschen Notaren zu beachtende Verfahrensnorm zu qualifizieren und kann daher ausländische Notare außerhalb des Hoheitsgebietes der Bundesrepublik Deutschland nicht verpflichten, zumal diese jeweils das eigene Verfahrensrecht des Staates ihrer Niederlassung zu beachten haben, das lediglich mit dem deutschen Recht vergleichbar sein muss.

2. Richtigkeitsgewähr der eingereichten Gesellschafterliste

Die von der Geschäftsführung zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste wird ohne Prüfung ihrer materiellen Richtigkeit zu den Handelsregisterakten genommen und kann dort infolge der Publizität der Registerakten gemäß § 9 Abs.1 HGB u.a. von den Gesellschaftsgläubigern eingesehen werden.⁵⁷ Das Registergericht trifft keine Rechtspflicht, die in

⁵⁴ BGH ZIP 1981, S.402.

⁵⁵ BGH ZIP 1981, S.402.

⁵⁶ vgl. Goette, Die GmbH, § 5 Rn 10.

⁵⁷ BGH BB 1991, S.925 (926 f.); Kühn GmbHR 1970, S.201; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 13; Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 6.

der Gesellschafterliste enthaltenen Angaben auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen, weil die Liste keine konstitutive Wirkung hat. Es ist vielmehr allein Aufgabe der Geschäftsführer der Gesellschaft, für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts der Gesellschafterliste zu sorgen.⁵⁸ Eine Gewähr für die Richtigkeit der Angaben der Geschäftsführung bietet die Gesellschafterliste daher nicht. Auch die Anzeigepflicht des Notars gemäß § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG schafft keine Sicherheit dafür, dass die Gesellschafterliste nach der Anzeige vollständig und richtig eingereicht wird. Der Notar muss lediglich eine von ihm gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundete Abtretung dem Handelsregister anzeigen. Zur Wirksamkeit der beurkundeten Abtretung oder zu der von ihm angenommenen Richtigkeit der bisherigen Gesellschafterliste muss sich der Notar nicht einlassen. Bei sonstigen Veränderungen im Gesellschafterbestand ist eine notarielle Anzeige gar nicht vorgesehen und bei Auslandsbeurkundungen kann sie übergangen werden.

3. Ergebnis

Der Gesellschafterliste fehlt es also zum einen an einer Prüfung ihrer materiellen Richtigkeit und zum anderen an einem unumgehbaren gesetzlichen Aktualitätspostulat. In Hinblick auf die Möglichkeit, dass sich der Kreis der Gesellschafter schon am Tag nach der Listenaufstellung verändern kann⁵⁹, ist ein Vertrauen des Rechtsverkehrs auf den Inhalt der Gesellschafterliste nicht gerechtfertigt.

De lege ferenda könnte der Registerbestand nur dann Basis des gutgläubigen Erwerbs sein, wenn gesetzlich eine größtmögliche Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit und Aktualität der Gesellschafterliste geschaffen würde.⁶⁰ Auf diese Problematik wird insbesondere in den weiteren Kapiteln näher eingegangen.

⁵⁸ LG Frankfurt, GmbHR 1962, S.118.

⁵⁹ Rodewald, GmbHR 1995, S.718 (719).

⁶⁰ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (686).

IV. Kein Gutgläubensschutz aus anderen Gesetzen

Sonstige zivilrechtliche Vorschriften zum Schutz des redlichen Erwerbers sind weder direkt, noch analog auf die Abtretung von GmbH-Anteilen anwendbar.

1. Gutgläubiger Erwerb bei der Übertragung von Sachen

Die Schutzvorschriften in §§ 932 - 934, 936 BGB sowie § 366 HGB gelten nur für bewegliche Sachen, zu denen Mitgliedschaftsrechte wie GmbH-Geschäftsanteile nicht gehören.⁶¹ Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen ist in den Fällen der §§ 929 S.1, 932 Abs.1 S.1 BGB, der §§ 929 S.2, 932 Abs.1 S. 2 BGB, der §§ 929 a Abs.1, 932 a BGB sowie der §§ 930, 933 BGB der unmittelbare Besitz des Veräußerers, der gemäß § 1006 Abs.1 S.1 BGB die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Veräußerers auslöst. Bei der Übertragung gemäß §§ 931, 934 1. Alt. BGB ist der mittelbare Besitz des Veräußerers im Sinne des § 1006 Abs. 3 BGB maßgeblich. Bei gutem Glauben des Erwerbers nicht nur an das Eigentum des Veräußerers, sondern auch an die Lastenfreiheit der übertragenen Sache, ermöglicht § 936 BGB einen gutgläubig lastenfreien Erwerb.

Ergänzend dazu regelt § 892 Abs.1 S.1 BGB für die Übertragung oder Belastung von Grundstücken den Schutz des redlichen Erwerbers, der auf die unwidersprochene Eintragung des vermeintlichen Eigentümers im Grundbuch vertrauen darf. Die Grundbucheintragung als Anknüpfungspunkt für den guten Glauben begründet gemäß § 891 Abs.1 BGB ebenfalls eine gesetzliche Eigentumsvermutung bzw. Vermutung für die Inhaberschaft des sonstigen eingetragenen Rechts.⁶²

Auch beim Unternehmenskauf in Form des Anteilskaufes (share deal) sind die vorstehenden Bestimmungen nicht anwendbar. Ein Unternehmenskauf liegt vor beim Erwerb sämtlicher Anteile oder wenn die verbleibenden Restanteile so geringfügig sind, dass das Unternehmen als im Ganzen verkauft angesehen werden kann.⁶³ Erforderlich ist jedenfalls der Erwerb von Anteilen in Höhe der satzungsändernden Mehrheit⁶⁴, wobei die Tendenz des BGH hin zu schärferen Anforderungen geht und auch von Seiten der Literatur teilweise ein Erwerb von 90 - 95 % der Anteile gefordert werden.⁶⁵ Das Unternehmen als Gegenstand der Übertra-

⁶¹ OLG München OLGR 22, S.15; Kühn, GmbHR 1970, S.201; Rodewald, GmbHR 1995, S.718; Palandt/Bassenge, §§ 932, 933, 943 jeweils Rn 1; Hachenburg/Ulmer/Zutt, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 135; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 101.

⁶² Palandt/Bassenge, § 891 Rn 1.

⁶³ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 7.

⁶⁴ BGH NJW 1980, S.2409.

⁶⁵ Hiddemann, ZGR 1982, S.441; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 153.

gung ist keine Sache im Sinne der §§ 932 ff. BGB oder des § 892 BGB, sondern ein „sonstiger Gegenstand“ im Sinne von § 453 Abs.1 BGB. Über diesen wird aber nicht gesondert verfügt. Der Begriff „sonstiger Gegenstand“ bezieht sich nur auf das Gewährleistungsrecht. Maßgeblich bleibt die Anteilsübertragung nach § 15 GmbHG. Anders ist die Rechtslage beim asset deal, bei dem der Erwerber nicht der Gesellschaft gehörende Sachen gutgläubig erwerben kann.

§ 366 Abs.1 HGB betrifft den Fall der Veräußerung einer beweglichen Sache durch einen nicht berechtigten Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes. Der Schutz des redlichen Erwerbers wird im Handelsrecht gegenüber den §§ 932 ff. BGB erweitert. Während der Erwerber im Allgemeinen Zivilrecht zwingend an das Eigentum des Veräußerers glauben muss, genügt im Fall des § 366 Abs.1 HGB bereits der gute Glaube an die bloße Verfügungsbefugnis des Veräußerers. Anknüpfungspunkt des guten Glaubens ist wiederum der Besitz des Kaufmanns im Sinne des § 1006 BGB. Zusätzlich zum Besitz tritt bei Kaufleuten die besondere Wahrscheinlichkeit bestehender Verfügungsmacht als ergänzende Rechts-scheingrundlage hinzu.⁶⁶

2. Abtretung unter Urkundenvorlegung

Der GmbH-Geschäftsanteil ist ein nicht verkörpertes Mitgliedschaftsrecht. Dessen Abtretung ist grundsätzlich vergleichbar mit der Abtretung von Forderungen gemäß § 398 BGB. Die Ausstellung von Anteilsscheinen durch die Gesellschaft, in denen das Mitgliedschaftsrecht schriftlich festgehalten wird, ist zulässig.⁶⁷ Ein solcher GmbH-Anteilsschein könnte eine Urkunde im Sinne des § 405 Abs.1 BGB darstellen. § 405 Abs.1 BGB macht eine eng begrenzte Ausnahme von dem Grundsatz, dass Forderungen nicht gutgläubig erworben werden können. Er schließt bei verbrieften Forderungen zu Gunsten des gutgläubigen Zessionars den Einwand des Scheingeschäfts (§ 117 BGB) und der vereinbarten Unabtretbarkeit der Forderung (§ 399 BGB) aus.⁶⁸ Jedoch ist § 405 BGB auf die Abtretung von GmbH-Anteilen nicht entsprechend anwendbar, da es sich bei der Regelung der Anteilsabtretung in § 15 GmbHG um eine abschließende Sonderregelung handelt.⁶⁹ Die §§ 398 ff. BGB sind auf die Abtretung anderer Rechte als Forderungen gemäß § 413 BGB nur dann entsprechend anwendbar, soweit nicht das Gesetz – hier: § 15 GmbHG – ein anderes vorschreibt.

⁶⁶ Canaris, Handelsrecht, § 29 Rn 2.

⁶⁷ Rodewald, GmbHR 1995, S.718; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 14 Rn 64.

⁶⁸ Palandt/Grüneberg, § 405 Rn 1.

⁶⁹ Kühn, GmbHR 1970, S.201; Rodewald, GmbHR 1995, S.718; Ulmer/Habersack/Winter/Löbbecke, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 282; Palandt/Grüneberg, § 413 Rn 2.

3. Gutgläubiger Erwerb von Wertpapieren

Auch die Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von Wertpapieren wie etwa § 793 Abs.1 BGB iVm. § 935 Abs. 2 BGB, Art. 16 Abs. 2 WG oder Art. 19 iVm. Art. 21 ScheckG kommt nicht in Betracht, da Anteilsscheine über einen GmbH-Geschäftsanteil keine Wertpapiere, sondern reine Beweisurkunden darstellen.⁷⁰ Der gutgläubige Erwerb nach Art. 16 Abs. 2 WG knüpft an den Besitz des Orderpapiers ergänzt durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten an. Diese Voraussetzungen fingieren gemäß Art. 16 Abs.1 S.1 WG die rechtmäßige Inhaberschaft (Wortlaut: „gilt als rechtmäßiger Inhaber“). Auch der Gutglaubensschutz nach Art. 21 ScheckG knüpft an den Besitz des Orderschecks ergänzt durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten an. Die Rechtmäßigkeit der Inhaberschaft des durch Indossament ausgewiesenen Besitzers wird gemäß Art. 19 S.1 ScheckG fingiert (Wortlaut: „gilt als rechtmäßiger Inhaber“). Dagegen verkörpert ein GmbH-Anteilsschein das bescheinigte Mitgliedschaftsrecht nicht. Das Mitgliedschaftsrecht wird durch die Ausgabe eines Anteilsscheins nicht in wertpapierrechtlichem Sinne verbrieft. Denn die Wirksamkeit der Übertragung und Verpfändung des Mitgliedschaftsrechts an einer GmbH ist gesetzlich nicht an die Übergabe des – ohnehin fakultativen – Anteilsscheins gebunden. Eine wirksame Übertragung und Verpfändung kann problemlos ohne Übergabe der Anteilsurkunde erfolgen. Daher kann umgekehrt die Vorlage der Anteilsurkunde den Veräußerer auch nicht legitimieren und einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen.

4. Keine analoge Anwendung von Gutglaubensvorschriften auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen

Der Rechtsgehalt all dieser genannten Vorschriften kann nicht auf das Mitgliedschaftsrecht „GmbH-Anteil“ übertragen werden. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgedanken des gutgläubigen Erwerbs aller übertragbaren Gegenstände. Trotz vergleichbarer Interessenlagen scheidet eine Analogie einzelner Vorschriften bereits an dem Fehlen einer planwidrigen Gesetzeslücke. Der historische Gesetzgeber von 1892 wollte mit Einführung des Formerfordernisses gerade die Übertragung von GmbH-Anteilen erschweren und damit einen „spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen“ im Recht der GmbH verhindern.⁷¹

⁷⁰ RGZ 53, S.109; RGZ 57, S.415; OLG Köln GmbHR 1995, S. 293; Kühn, GmbHR 1970, S.201; Rodewald, GmbHR 1995, S.718; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 14 Rn 7; Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 282; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 14 Rn 64 u. 64a; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 14 Rn 37 ff.; vgl. Brodmann, GmbHG-Kommentar, S.73, Ziff.6.

⁷¹ vgl. Entwurf eines GmbHG v. 11.02.1892, Reichstag Aktenstück Nr. 660, S.3729; Walz/Fembacher, NZG 2003, S.1134 (1139 f.); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 21.

Insoweit ist § 15 GmbHG de lege lata abschließend. Die Entscheidung zur Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen de lege ferenda obliegt dem Gesetzgeber.

5. Grundsätze über die fehlerhafte Personengesellschaft

Schließlich finden die Grundsätze über die fehlerhafte Personengesellschaft nach der neueren Rechtsprechung⁷² und der überwiegenden Ansicht in der Literatur⁷³ keine entsprechende Anwendung bei einer nichtigen oder sonst fehlerhaften Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen. Selbst im Falle einer Änderung der Judikatur könnten diese Grundsätze nicht die Rechtswirkungen eines gutgläubigen Erwerbs ersetzen.

Nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft kann ein mit Abschlussmängeln behafteter, aber tatsächlich in Vollzug gesetzter Gesellschaftsvertrag in der Regel⁷⁴ nicht mehr ex tunc beseitigt und rückabgewickelt werden. Die fehlerhaft zustande gekommene Gesellschaft gilt ab Invollzugsetzung aus Gründen des Verkehrsschutzes für Dritte und des Bestandsschutzes für die Gesellschafter als wirksam und ist lediglich durch Kündigung aufgrund des Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes ex nunc, das heißt mit Wirkung ausschließlich für die Zukunft, vernichtbar.⁷⁵ Im Jahr 1975 dehnte der BGH diese Rechtsprechung zunächst auf die fehlerhafte Übertragung von Geschäftsanteilen aus.⁷⁶

Mittlerweile hat der BGH diese Rechtsprechung für die fehlerhafte Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ausdrücklich aufgegeben.⁷⁷ Anders als bei Personengesellschaften regelt bei der GmbH im Falle der fehlerhaften Anteilsübertragung § 16 GmbHG das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern. Der Schutz gemäß § 16 GmbHG nach Anmeldung der möglicherweise nichtigen oder anfechtbaren Übertragung ist ausreichend. § 16 Abs. 2 GmbHG betrifft den Fall der Rechtshandlungen zwischen der Gesellschaft und dem Veräußerer vor der Anmeldung des Erwerbers, die der Erwerber gegen sich gelten lassen muss. Entsprechend ist § 16 Abs. 2 GmbHG auf den umgekehrten Fall der Rechtshandlungen zwischen der Gesellschaft und dem Erwerber nach dessen Anmeldung anzuwenden, die wie-

⁷² BGH NJW 1990, S.1915 (1916).

⁷³ Grunewald, ZGR 1991, S.452; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 29; Roth/Altmeyen, GmbH-Kommentar, § 15 Rn 23; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 129; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 103; Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 43; Ulmer/Habersack/Winter/ Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd.1, § 15 Rn 281.

⁷⁴ Ausnahmen bestehen in der Anwendung dieser Grundsätze, soweit die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft gewichtige Interessen der Allgemeinheit (etwa Nichtigkeit gemäß § 134 BGB iVm. Verbotsgesetz) oder bestimmter schutzwürdiger Personen (etwa Minderjähriger) entgegenstehen.

⁷⁵ BGH NJW 2000, S.3558, NJW 1988, S.1324, NJW 1958, S.668; MünchKomm BGB/Ulmer, § 705 Rn 265 ff..

⁷⁶ BGH WM 1975, S.512 (514).

⁷⁷ BGH NJW 1990, S.1915 (1916).

derum der Veräußerer gegen sich gelten lassen muss.⁷⁸ Die Unwirksamkeit der Übertragung ist daher allein für die Rechtsbeziehung zwischen Veräußerer und Erwerber von Belang. Eines Rückgriffs auf die Grundsätze der Personengesellschaft bedarf es nicht, selbst wenn im Einzelfall die Rückabwicklung nach allgemeinen Regeln, insbesondere nach Bereicherungsgrundsätzen, umständlich ist.⁷⁹

Diese Argumentation ist erst recht auf den im Rahmen dieser Arbeit relevanten Fall übertragbar. Ebenso wie bei der Unwirksamkeit einer Anteilsübertragung durch den Berechtigten greift § 16 GmbHG zum Schutze der Gesellschaft auch im Fall der Anteilsabtretung durch den zu Unrecht bei der Gesellschaft angemeldeten Nichtgesellschafter ein. Mangels gutgläubigen Erwerbs ist diese Abtretung trotz einer späteren Anmeldung des vermeintlichen Erwerbers nichtig. Tatsächlicher Gesellschafter ist ein Dritter, der sein Mitgliedschaftsrecht nicht verliert. Hinsichtlich der Leistungen, die der jeweils Angemeldete aufgrund dieser Anmeldung an die Gesellschaft geleistet oder von dieser erhalten hat, dürften Rückabwicklungsprobleme in der Regel nicht entstehen. Denn bei dem Anmeldeprinzip des § 16 Abs.1 GmbHG handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Ordnungsvorschrift, die die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung und Verfassung der Gesellschaft höher wertet als den individuellen Anspruch auf rückwirkende Rechtsvernichtung.⁸⁰ Leistungen aufgrund der Anmeldung erfolgen mit Rechtsgrund, so dass auch hier kein Bedürfnis nach der Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschafterwechsel besteht.

Selbst eine Änderung der Rechtsprechung und die Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschafterwechsel auf den vorliegenden Fall könnte nicht die gleiche Rechtswirkung schaffen wie ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen. Die Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschafterwechsel würden lediglich dazu führen, dass die mit dem vermeintlichen Erwerber in Vollzug gesetzte, fehlerhafte Gesellschafterstellung nicht ex tunc, sondern nur für die Zukunft ab dem Zeitpunkt, zu dem die Unwirksamkeit der Übertragung durch Erklärung geltend gemacht wird, beseitigt werden könnte. Die auf der fehlerhaften Gesellschafterstellung beruhenden empfangenen und gewährten Leistungen dürften nicht erst nach § 16 Abs.1 GmbHG, sondern bereits aus eigenem Recht behalten werden und müssten nicht rückwirkend wieder erstattet werden. Ein gutgläubiger Anteilserwerb hingegen würde einen tatsächlichen Erwerb der Gesellschafterstellung vom Nichtberechtigten ermöglichen, während der ursprünglich wahre Gesellschafter sein Recht verlieren würde.

⁷⁸ Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 23.

⁷⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 29

⁸⁰ Weiler, ZIP 2006, S.1754 (1758).

B. Der gutgläubige Erwerb im deutschen Rechtssystem und seine Berechtigung

I. Gegenüberstehende Interessen von wahrem Berechtigten und Erwerber

Bei der Veräußerung eines Gegenstandes durch einen Nichtberechtigten stehen sich zwangsläufig die Interessen des wahren Berechtigten und die des Erwerbers gegenüber. Der Erwerber möchte die Berechtigung an dem Gegenstand von dem vermeintlich Berechtigten erlangen, der wahre Berechtigte will seine Rechtsstellung behalten. Beide Parteien sind schutzwürdig, wenn der Berechtigte die Veräußerung nicht verursacht hat und der Erwerber redlich ist, das heißt, wenn er den Veräußerer für den wahren Berechtigten hält. Dieser Konflikt kann nur zu Lasten einer der beiden Parteien gelöst werden. Dem jeweils anderen stehen in der Regel lediglich Herausgabe- (z.B. § 816 BGB) bzw. Schadensersatzansprüche (z.B. §§ 311a Abs. 2 S.1, 437 Nr. 3, 453 Abs.1 BGB) gegen den nicht berechtigten Veräußerer zu. Schweigt das Gesetz zu dieser Konfliktsituation, so scheitert der Rechtsübergang und der wahre Berechtigte bleibt Inhaber des Rechts. Die gesetzliche Zulassung des gutgläubigen Erwerbs kann nur durch eine rechtspolitische Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten des redlichen Erwerbers erfolgen. Der Gesetzgeber müsste den Verkehrsschutz beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen höher bewerten als die Rechtserhaltungsinteressen der wahren Gesellschafter, denen bei Zulassung des gutgläubigen Erwerbs immer die latente Gefahr des irreversiblen Rechtsverlustes ohne die Garantie eines vollwertigen Ausgleichs droht.⁸¹ Im Beispiel des besonders intensiven Verkehrsschutzes der §§ 892, 893 BGB spricht Lutter⁸² gar von einer „fast grob wirkenden Lösung“. Dennoch ist die Ausgestaltung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs rechtspolitisch sinnvoll und wird kaum noch ernsthaft in Frage gestellt.

Eine neu zu schaffende Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen müsste verfassungsgemäß sein und wäre insbesondere an Art. 14 Abs.1 GG zu messen. Dabei müsste der Gesetzgeber die entgegenstehenden Interessen auf schonende Weise in einen angemessenen Ausgleich bringen, indem die Voraussetzungen des Gutgläubenschutzes auf eine gesicherte Basis gestellt werden. Sie müssten überdies so bestimmt gefasst werden, dass sich Anteilshaber künftig auf die neue Rechtslage einstellen können und gegebenenfalls in die Lage versetzt werden, durch aktives Handeln einen gutgläubigen Erwerb und damit den eigenen Rechtsverlust abwenden zu können.

⁸¹ vgl. MünchKomm BGB/Gursky, § 892 Rn 8.

⁸² Lutter, AcP 164 (1964), S.122 (125).

II. Umriss des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen

Mit dem gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen sollen die Fälle erfasst werden, bei denen der Veräußerer eines real existierenden GmbH-Geschäftsanteils an diesem nicht berechtigt ist, weil er weder selbst Inhaber des Geschäftsanteils ist noch für den wahren Berechtigten über dessen Anteil verfügen darf, der Erwerber aber an die Berechtigung des Veräußerers glaubt, etwa weil letzterer in der Gesellschafterliste als Inhaber des veräußerten Anteils eingetragen ist. Der gute Glaube an die Berechtigung des Veräußerers soll sich nur auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers aufgrund seiner Gesellschafterstellung beziehen können und nicht wie bei § 366 HGB auf die bloße Verfügungsbefugnis, ohne dass der Veräußerer selbst Eigentümer des Anteils ist.

Der Gutgläubensschutz kommt sowohl bei der Anteilsübertragung zu Gunsten des Erwerbers als auch bei dem Ersterwerb von Rechten an Geschäftsanteilen wie Pfand- oder Nießbrauchsrechten in Betracht. Darüber hinaus wird der gutgläubige lastenfreie Erwerb von GmbH-Anteilen diskutiert und in dieser Arbeit befürwortet.

Grundsätzlich nicht gemeint ist dagegen ein Erwerb kraft guten Glaubens von Anteilen, die tatsächlich gar nicht existieren. Hier scheidet von Anfang an ein zurechenbarer Rechtscheintatbestand, an den der gute Glaube geknüpft werden könnte, aus. Denn eine Eintragung von nicht existierenden Anteilen in der Gesellschafterliste („100 % +“) gibt es in der Regel nicht. Durch den Glauben eines Erwerbers an das Bestehen eines Geschäftsanteils kann ein solcher auch nicht entstehen, ebenso wie es keinen gutgläubigen Erwerb einer tatsächlich nicht existierenden Sache geben kann.⁸³ Jede Gutgläubensvorschrift setzt ein reales Übertragungsobjekt (bewegliche Sache, Grundstück, Wechsel etc.) voraus.

Ausnahmen könnten in diesem Zusammenhang bei der zukünftigen Behandlung von Gründungsfehlern oder in der Vergangenheit vollzogenen und eingetragenen, jedoch unwirksamen Kapitalerhöhungen zugelassen werden. Hier findet der vermeintlich entstandene Geschäftsanteil jeweils seine Fixierung in dem (geänderten) Gesellschaftsvertrag. Der vermeintliche Erwerber des neuen Geschäftsanteils wird überdies in die Gesellschafterliste eingetragen. Indes ist der Geschäftsanteil aufgrund der unentdeckt gebliebenen Unwirksamkeit tatsächlich fehlerhaft. Es wird zu prüfen sein, ob der gutgläubige Erwerb auch ein solches Hindernis überwinden können soll und damit faktisch den dem Geschäftsanteil anhaftenden Fehler endgültig beseitigen kann.

⁸³ Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (12).

C. Das praktische Bedürfnis nach der Vereinfachung der GmbH-Anteilsübertragung

Die Möglichkeit der Gründung einer GmbH besteht seit 1892, dem Jahr des Inkrafttretens des GmbHG. Seither ist die gesetzliche Struktur der heute rund 975.000 existierenden GmbH nahezu unverändert. Aus heutiger Sicht wirft insbesondere die Anteilsübertragung älterer GmbH mit einer großen Anzahl von Gesellschaftern zahlreiche Probleme auf.⁸⁴ In vielen Gesellschaften wurden etwa Kapitalerhöhungen vollzogen oder deren Geschäftsanteile wurden im Laufe des letzten Jahrhunderts mehrfach übertragen, geteilt und wieder zusammengelegt. Zweifel im Einzelfall über die Anteilsinhaberschaft oder die Existenz der Anteile sind daher vorprogrammiert, wenn der jeweilige Veräußerer seine Stellung als Gesellschafter nicht sicher nachweisen kann.⁸⁵ Dabei muss der abzutretende Anteil im Rahmen der Due Diligence⁸⁶ im Vorfeld der Anteilsübertragung auf einen Gründungsanteil oder einen durch Kapitalerhöhung entstandenen Anteil zurückgeführt werden, der entweder durch den Veräußerer selbst oder durch seine Rechtsvorgänger übernommen wurde und zwischenzeitlich nicht an einen Dritten übertragen worden ist. Hat der Veräußerer den Anteil von einem Rechtsvorgänger erworben, so kann er sich nur durch den Nachweis einer ununterbrochenen Kette von Anteilsübertragungen seit der Entstehung des Geschäftsanteils legitimieren („title research“).⁸⁷

Aus Sicht des potentiellen Anteilserwerbers muss rechtssicher feststellbar sein, wer bzw. ob der Veräußerer aktuell Anteilsinhaber ist. Denn ohne Gutgläubensschutz ist der Investor dem erheblichen Risiko ausgesetzt, die Anteile letztlich doch nicht zu erwerben und lediglich auf Schadensersatzansprüche gegen den nicht berechtigten Veräußerer angewiesen zu sein. Die Überprüfung und der Nachweis der Berechtigung des Veräußerers in der praktischen Vorbereitung der Anteilsübertragung sind jedoch häufig mit großem Aufwand und dementsprechend hohen Kosten für die Beteiligten verbunden.⁸⁸ Es müssen u.U. weit zurückliegende und aus der Natur der Sache heraus nicht vollständig rekonstruierbare Sachverhalte geprüft werden. Neben der nachträglichen Prüfung der Kette der über die Jahrzehnte erfolgten

⁸⁴ vgl. Müller, GmbHR 2006, S.953 (954); Kühn, GmbHR 1970, S.201 (202); Hohner, in FS Barz, S.147 (151 f.); Grau, in FS Oberneck, S.180 (181, 203).

⁸⁵ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685; Walz/Fembacher, NZG 2003, S.1134 (1136).

⁸⁶ Die Prüfung der Gesellschafterstellung des Veräußerers ist nur ein Unterpunkt einer umfassenden Due Diligence (=gehörige Sorgfalt) im Vorfeld eines Anteilskaufs, wodurch insbesondere der Wert des Anteils bestimmt werden soll. Das Institut der Due Diligence stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und basiert auf dem Rechtssatz „caveat emptor“ (=der Käufer sei auf der Hut“), der besagt, dass der Käufer grundsätzlich keine Gewährleistungsrechte hat und diesen dazu mahnt, die Kaufsache vor Vertragsschluss sorgfältig zu überprüfen, um nicht völlig schutzlos zu sein.

⁸⁷ Noack, DB 2006, S.1475 (1478); Müller, GmbHR 2006, S.953 (954).

⁸⁸ Triebel/Otte, ZIP 2006, S.1326; ZIP 2006, S.311 (316); Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.690; Vossius, GmbHR 2005, R 373.

notariellen Abtretungen auf ihre formelle und materielle Wirksamkeit, hat sich die Zurückverfolgung der Anteilsberechtigung gegebenenfalls auf folgende Punkte⁸⁹ zu erstrecken:

- die Wirksamkeit des Zwischenerwerbs von Todes wegen etwa mit Problemen der Vor- und Nacherbschaft oder der Anfechtung von Testamenten und Erbverträgen,
- die Wirksamkeit vollzogener Teilungen und Zusammenlegungen von Geschäftsanteilen,
- das Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zurückliegender Abtretungen von Geschäftsanteilen im Sinne des § 15 Abs. 5 GmbHG nach der zum Zeitpunkt der jeweiligen Zwischenverfügung gültigen Fassung der Satzung wie z.B. Genehmigung der Gesellschafterversammlung bei Vinkulierung,
- die Wirksamkeit etwaiger Vollmachten, die für die Abtretung nach § 15 Abs. 3 GmbHG gemäß § 167 Abs. 2 BGB formlos möglich sind⁹⁰,
- die Einhaltung devisenrechtlicher und güterrechtlicher Vorschriften sowie die Beachtung von Verfügungsbeschränkungen aufgrund von Beschlagnahmen etc..

Trotz einer umfangreichen Due Diligence erlangt der Investor gleichwohl niemals abschließende Gewissheit, dass er den Geschäftsanteil tatsächlich erwirbt. Letztlich bleibt dem Investor neben oder statt des Gewährleistungsrechts die Möglichkeit, sich vom Veräußerer ausdrücklich im Wege eines selbständigen Schuldversprechens nach § 311 Abs.1 BGB garantieren zu lassen, dass die veräußerten Anteile in dem vertraglich bezeichneten Umfang diesem auch tatsächlich zustehen.⁹¹ Hat der Investor nach erfolgter Anteilsübertragung durch den unerkannt nichtberechtigten Veräußerer das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen bereits nach seinen Vorstellungen umgestaltet, bevor der wahre Gesellschafter sein Recht geltend macht, ist die Rückabwicklung des Anteilskaufvertrages oft mit großen Schwierigkeiten verbunden.⁹²

Noch schwieriger gestaltet sich in der Praxis die Nachprüfung der Existenz⁹³ und der Lastenfreiheit des Geschäftsanteils⁹⁴, da hier der Beweis negativer Tatsachen, z.B. des Nichtbestehens von Gründungsfehlern, Nichtigkeitsgründen einer Kapitalerhöhung, Nießbrauchsrechten und Pfandrechten an dem Geschäftsanteil, erbracht werden muss.

Auch bei der Verpfändung von GmbH-Anteilen müssen die Berechtigung des Verpfänders und die derzeit bestehenden Belastungen des Geschäftsanteils mit nicht weniger großem

⁸⁹ Kühn, GmbHR 1970, S.201 (202).

⁹⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 23.

⁹¹ Müller, GmbHR 2006, S.953 (954).

⁹² Breitenstein/Meyding, BB 2006, S.1457 (1459).

⁹³ vgl. Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

⁹⁴ vgl. Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (15).

Aufwand überprüft werden. Die Verpfändung eines GmbH-Geschäftsanteils bedarf ebenfalls gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung und ist nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie eine Anteilsübertragung.⁹⁵ Unklarheiten über die Beteiligungsverhältnisse an der GmbH können folglich die Verwendung von Geschäftsanteilen als Kreditsicherheit, gleichgültig ob durch Übertragung oder durch Verpfändung, erheblich beeinträchtigen.⁹⁶ Damit werden Kreditaufnahmen durch GmbH-Gesellschafter wesentlich erschwert. Eine kreditgewährende Bank wird die Verpfändung des Geschäftsanteils als Sicherheit nur bei sicherem Nachweis der Berechtigung akzeptieren, wobei die Kosten der Due Diligence in der Regel vom Gesellschafter allein getragen werden. Anderenfalls müsste auf andere Sicherungsmittel zurückgegriffen werden. Soweit dies im Einzelfall nicht möglich ist, droht das Scheitern der Kreditverhandlungen.

Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ist in der Lage, die vorgenannten Probleme zum Teil zu lösen und so die Transaktionskosten zu senken, den Schutz des Erwerbers durch Beseitigung der bestehenden Rechtsunsicherheiten zu verbessern und damit – gerade im internationalen Vergleich – die Attraktivität der Rechtsform der GmbH erheblich zu steigern.⁹⁷

Noch weiter im Sinne der Sicherheit des Rechtsverkehrs gingen diesbezüglich die Anwendung des Gutgläubensschutzes auf tatsächlich nicht existente Geschäftsanteile und die Zulassung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen.

⁹⁵ Leuring/Simon, NJW-Spezial 2005, S.171; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 48.

⁹⁶ vgl. Breitenstein/Meyding, BB 2006, S.1457.

⁹⁷ Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (690); vgl. auch Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.34.

D. Anteilsübertragungen vergleichbarer europäischer Gesellschaften als Wettbewerbsvorteil gegenüber der GmbH

I. Die englische Private Limited Company by Shares (Limited)

Im englischen Recht erfolgt die Übertragung von voll aufgezahlten Anteilen an der Limited regelmäßig durch ein vom Zedenten unterschriebenes Formular (Stock Transfer Form). In diesem Formular hat der Übertragende seinen Namen, seine Anschrift und weitere Angaben zu den übertragenen Anteilen (Anzahl, Nominalbetrag und Anteilsklasse) und die Höhe der Gegenleistung sowie den Namen und die Anschrift des Erwerbers einzutragen. Bei nicht aufgezahlten Anteilen ist das Formblatt vom Veräußerer und Erwerber gemeinsam zu unterzeichnen (executed).⁹⁸ Das Formular ist dem London Stamp Office als zuständiger Steuerbehörde vorzulegen. Es wird eine Stempelsteuer (stamp duty) von derzeit 0,5 % des Wertes der Gegenleistung in der Regel von dem Erwerber erhoben. Nach Rücksendung des gestempelten Formulars an den Veräußerer oder den Erwerber wird dieses zusammen mit dem Anteilszertifikat (share certificate) des Veräußerers an die Gesellschaft übersandt, die den Gesellschafterwechsel in das Gesellschafterbuch einträgt und dem Erwerber innerhalb von zwei Monaten ein neues Anteilszertifikat auf seinen Namen ausstellt.⁹⁹ Die Geschäftsführung der Gesellschaft (board of directors) trägt die Gewähr dafür, dass der neue Gesellschafter in die Gesellschafterliste (register of members) eingetragen wird. Die Veränderungen in der Zusammensetzung der Gesellschaft sind dem Register im Rahmen der jährlich vorzulegenden Erklärung (annual return) mitzuteilen. Eine Beteiligung eines Notars an der Anteilsübertragung kennt das englische Recht nicht.¹⁰⁰

Im Recht der Limited gibt es bei mangelnder Berechtigung des Veräußerers grundsätzlich die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen. Denn für die Stellung als Gesellschafter ist die Eintragung im Gesellschafterbuch zwingend erforderlich und konstitutiv. Nur die im Gesellschafterbuch eingetragenen Gesellschafter werden als Inhaber der dort für die verzeichneten Anteile angesehen, und nur das Gesellschafterbuch hat abschließende Beweiskraft für die Frage, wer Anteilseigner ist.¹⁰¹ Neben dem Gesellschafterbuch erbringt das Anteilszertifikat, das mit dem offiziellen Siegel bzw. Stempel der Gesellschaft zu versehen ist und den Zusatz „securities“ tragen muss, einen prima facie - Nachweis dafür, dass der im Zertifikat namentlich aufgeführte Inhaber auch tatsächlich Inhaber der dort aufge-

⁹⁸ Levedag, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.15.

⁹⁹ Levedag, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.15.

¹⁰⁰ Just, Die englische Limited, VII Rn 230; vgl. BDI/Hengeler Mueller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, S.37.

¹⁰¹ Levedag, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.10.

zählten Anteile ist.¹⁰² Das Anteilszertifikat hat damit „wertpapierähnlichen Charakter“. Sicherungsrechte Dritter an den Limited-Geschäftsanteilen sind in einer gesonderten Liste zu registrieren.

Ein gutgläubiger Erwerb von Limited-Geschäftsanteilen wird nicht durch eine gesetzliche Gutgläubensvorschrift, sondern insofern durch das Rechtsinstitut der Verwirkung (estoppel) ermöglicht. Geht ein lückenloser Nachweis der Berechtigung des Veräußerers aus dem Anteilszertifikat hervor und hat der Veräußerer diesen Rechtsschein der Berechtigung durch Vorlage dieser Urkunde beim Erwerber gesetzt, so steht die Einrede des „estoppel“ der Unwirksamkeit der unberechtigten Anteilsübertragung entgegen.¹⁰³

Aufgrund des Eintragungserfordernisses hinsichtlich sämtlicher Sicherungsrechte ist im Recht der Limited sogar ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb von Anteilen möglich. Wer nicht darauf achtet, als Gläubiger eines Rechts an dem Anteil in der entsprechenden Liste vermerkt zu sein, kann dieses Rechts durch Veräußerung des Anteils verlieren.

Die deutsche GmbH hat somit im Hinblick auf Anteilsübertragungen gegenüber der Limited einen klaren Wettbewerbsnachteil. Zwar fallen mit der englischen Stempelsteuer Kosten an, die das deutsche Recht nicht kennt. Übertragungen von Limited-Geschäftsanteilen sind jedoch ohne notarielle Beurkundung auf einfachem Wege möglich. Wegen der konstitutiven Wirkung der Eintragung des jeweiligen Erwerbers im Gesellschafterbuch und der damit verbundenen Ausstellung des wertpapierähnlichen Anteilszertifikates kann der Rechtsverkehr darauf vertrauen, dass der Inhaber des Zertifikates Gesellschafter ist. In Kombination mit dem Rechtsinstitut des „estoppel“ gewährt dies grundsätzlich Rechtssicherheit bei der Übertragung von Geschäftsanteilen. Allerdings bringt dieses System auch große Gefahren in den Fällen gefälschter Anteilszertifikate mit sich. Die Echtheit solcher Papiere ist für den Erwerber insbesondere in Fällen mangelnder Vergleichbarkeit mit bereits erworbenen Papieren der betreffenden Gesellschaft nur schwer zu erkennen. Stempel sowie individuelles Layout der Zertifikate der Gesellschaft können in der Regel leicht gefälscht werden. Es findet mangels Formerfordernis keine zusätzliche Überprüfung durch einen Notar statt. Das Institut des „estoppel“ wird beim Nachweis eines gefälschten Zertifikates nicht eingreifen. Es kommt dann unter Umständen zu schwierigen Rückabwicklungsfragen.

¹⁰² Levedag, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.11.

¹⁰³ Triebel/Otte, ZIP 2006, S.311 (316).

II. Die französische Société à responsabilité limitée (S.A.R.L.)

Die französische S.A.R.L. wurde 1925 nach dem Vorbild der deutschen GmbH gegründet.¹⁰⁴ Die Übertragung der S.A.R.L.-Anteile erfolgt durch schriftliche Abtretung und Handelsregistereintragung. Seit dem 01.01.2006 wird für jede Übertragung eine Registergebühr in Höhe von 5 % des Kaufpreises oder des tatsächlichen Wertes des verkauften Geschäftsanteils erhoben. Die Hinzuziehung eines Notars ist nicht notwendig.¹⁰⁵

Das französische Recht knüpft einen Gutgläubensschutz an den Inhalt der Gesellschafterliste beim Handelsregister (*opposabilité aux tiers*). Durch die Handelsregistereintragung des Gesellschafterwechsels sowie des neuen Gesellschafters entsteht eine dem deutschen § 15 HGB vergleichbare Wirkung. Für die Übertragung der Anteile an der S.A.R.L. gilt daher, dass die aus der eingereichten Gesellschafterliste ersichtlichen Personen Dritten und der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter gelten, es sei denn, dem Dritten bzw. der Gesellschaft ist etwas anderes bekannt.

Abgesehen von dem Nachteil der Prüfungspflicht des jeweiligen Registergerichts und der hierfür anfallenden Gebühr, durch welche die Möglichkeit des gutgläubigen Anteilserwerbs erkauft wird, sind Anteilsübertragungen an der S.A.R.L. im europäischen Wettbewerb mit dem Nachteil behaftet, dass sie auch ohne satzungsmäßige Vinkulierung vielfältigen Beschränkungen unterliegen. So sind lediglich Abtretungen auf andere Gesellschafter und Familienangehörige prinzipiell frei, können aber in der Satzung eingeschränkt werden. Bei Übertragungen auf Dritte müssen hingegen die Gesellschafter durch Beschluss mit einfacher Mehrheit zustimmen.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Recq/Smyrek, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.54.

¹⁰⁵ Recq/Smyrek, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.57.

¹⁰⁶ Recq/Smyrek, Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, S.57.

E. Vom Regierungsentwurf abweichende Konzeptionen eines Gutgläubensschutzes bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen

Der Regierungsentwurf des MoMiG knüpft in seinem § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE den Gutgläubensschutz im Ergebnis zu Recht an den Inhalt der Gesellschafterliste. Diese Aufwertung der Gesellschafterliste geht einher mit der Steigerung ihrer Richtigkeitsgewähr. Zudem soll gemäß § 16 Abs.1 GmbHG-RegE statt auf die Anmeldung zukünftig auch im Verhältnis zu der Gesellschaft auf den Inhalt der Gesellschafterliste abgestellt werden. Der Regierungsentwurf ist in seiner Grundkonzeption anderen Vorschlägen überlegen und daher vorzugswürdig. Er ist jedoch in Inhalt und Formulierung verbesserungsfähig, weil er u.a. den konsequenten Schritt hin zu einem umfassenden Gutgläubensschutz nicht wagen will.

Neben der Lösung des Regierungsentwurfes wurden sowohl in der älteren Literatur als auch in der aktuellen Diskussion andere systematische Ansätze¹⁰⁷ vorgeschlagen, die den Gutgläubenserwerb nicht an die Eintragung in der Gesellschafterliste knüpfen wollen und im Folgenden dargestellt und diskutiert werden.

I. Unmittelbare Eintragung der Änderungen im Gesellschafterbestand im Handelsregister und Schutz des § 15 HGB

Nach Grau¹⁰⁸ sollte vorgesehen werden, dass die Gründungsgesellschafter einer GmbH sowie jeder Austritt und jeder Eintritt in eine GmbH im Handelsregister einzutragen wäre, wobei dieser Eintragung mindestens der Schutz des § 15 HGB zukommen müsste. Diesen Vorschlag sieht u.a. auch Kühn¹⁰⁹ als gangbare und gegenüber einer Verbriefung der GmbH-Anteile vorzugswürdige Lösung an.

Stellungnahme:

Dieser Ansatz würde die volle Transparenz des Gesellschafterbestandes gewährleisten. Seit Inkrafttreten des E-HUG am 01.01.2007 könnte der jeweilige Gesellschafterbestand im elektronischen Handelsregister über das Internet abgerufen werden. Die Handelsregistereintragung hätte den weiteren Vorteil, dass sie aufgrund der Prüfung durch das Registergericht die Vermutung ihrer materiellen Richtigkeit für sich hätte. Hierin liegt aber zugleich der entscheidende Nachteil, dass jeder Gesellschafterwechsel einen hohen Arbeits- und damit Kostenaufwand beim Registergericht auslösen würde. Ziel der Reformierung ist aber gerade die

¹⁰⁷ Eine Kurzübersicht gibt Hamann, NZG 2007, S.492 f..

¹⁰⁸ Grau, in FS Oberneck, S.173 (202).

¹⁰⁹ Kühn, GmbHR 1970, S.201 (202); Flesner, NZG 2006, S.641 (644); Rodewald, GmbHR 1995, S.718 (720).

Senkung der Transaktionskosten. Ebenso besteht ein hohes Staatshaftungsrisiko bei Falscheintragungen.¹¹⁰

Auch die Forderung Rodewalds¹¹¹ nach einer Anwendung des § 15 HGB de lege ferenda auf das Vertrauen auf die Richtigkeit der bloßen Gesellschafterliste ist abzulehnen. § 15 HGB gilt ausschließlich für eintragungspflichtige Tatsachen. Dessen Anwendungsbereich sollte nicht verwischt werden, wenn sachlich näher liegende Möglichkeiten ersichtlich sind. Sollte sich eine künftige Regelung des gutgläubigen Erwerbs auf die dem GmbH-Recht spezifische Gesellschafterliste beziehen, so müsste diese Regelung konsequenterweise auch im GmbHG zu verorten sein.

II. Führung eines Anteilsbuches bzw. -registers durch die Gesellschaft

Nach dem Vorschlag Wiedemanns¹¹² sollte ein von der GmbH zu führendes, fakultatives oder obligatorisches Anteilsbuch eingeführt werden, dessen Eintragungen Rechtsscheinwirkungen zukommen sollen oder an die zumindest Beweiserleichterungen zu knüpfen wären.

Stellungnahme:

Die gesellschaftsinterne Führung von Anteilsbüchern ist als Ausgangspunkt eines Gutgläubensschutzes ungeeignet. Gegenüber den in den Registerakten öffentlich zugänglichen Gesellschafterlisten haften dieser Lösung erhebliche Nachteile an. Zum einen wäre ein internes Anteilsbuch nicht für jedermann und nicht jederzeit einsichtsfähig, da die Gesellschaft eine Einsicht verweigern könnte; zum anderen käme den Eintragungen im Anteilsbuch durch die Geschäftsführung der Gesellschaft kein hoher Grad an Zuverlässigkeit zu.

III. Schaffung eines mit öffentlichem Glauben versehenen Registers

Vossius und Wachter vertreten die Auffassung¹¹³, dass ein öffentliches Anteilsregister ähnlich dem Grundbuch geschaffen werden sollte. Nach deren Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes hätte die Gesellschaft einen Gesellschaftsnotar zu bestimmen, welcher das Anteilsregister der GmbH führen würde. Die GmbH hätte Namen und Anschrift des Notars

¹¹⁰ vgl. oben D. III.

¹¹¹ Rodewald, GmbHR 1995, S.718 (720).

¹¹² Wiedemann, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S.145 (147); vgl. auch Hohner, in FS Barz, S.147 (159).

¹¹³ Vossius/Wachter, Begründung zum Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes, S.25; vgl. auch Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (VI. Zusammenfassung).

dem Handelsregister mitzuteilen. Nach Beurkundung einer Anteilsübertragung hätten die Parteien die Unterlagen an die Gesellschaft zu senden, die diese an den Gesellschaftsnotar weiterzureichen hätte. Der Gesellschaftsnotar würde den Vertrag sodann auf seine Wirksamkeit überprüfen, gegebenenfalls zusätzliche Unterlagen nachfordern, die Eintragung in das Anteilsregister vornehmen, die Beteiligten unterrichten und schließlich eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen. Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb wäre aber nicht das Anteilsregister, sondern die Gesellschafterliste. § 27 des Entwurfes eines GmbH-Reformgesetzes von Vossius und Wachter lautet wie folgt:

„Zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Geschäftsanteil oder ein Recht an einem solchen durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt die Gesellschafterliste als richtig, die im Zeitpunkt des Erwerbs beim Handelsregister zuletzt eingereicht war, es sei denn, dass dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt war oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, oder der von der Eintragung in das Anteilsregister Betroffene binnen eines Jahres nach Einreichung der Gesellschafterliste Widerspruch beim Handelsregister erhoben hat.“

Stellungnahme:

Die Zwischenschaltung eines Gesellschaftsnotars als weiteren Hoheitsträger neben dem Notar, der zuvor die Beurkundung der Anteilsabtretung vorgenommen hat, ist zu kompliziert und verursacht einen wesentlich höheren Arbeitsaufwand und damit höhere Transaktionskosten. Es ist nicht erforderlich, dass zwei Notare die Wirksamkeit des Abtretungsvertrages prüfen. Zur Senkung der Kosten wären Veräußerer und Erwerber gezwungen, die Anteilsabtretung durch den Gesellschaftsnotar vornehmen zu lassen. Zudem ist nicht erforderlich, dass nach notarieller Prüfung der Abtretung neben der umgehend einzureichenden Gesellschafterliste noch eine Eintragung in eine weitere Liste, das Anteilsbuch, erfolgt. Da der gutgläubige Erwerb auch nach dieser Lösung an die Gesellschafterliste anknüpfen würde, hätten die parallel geführten Anteilsbücher keine eigenständige Bedeutung.

Mit entsprechender Begründung sind auch Vorschläge über die Schaffung eines eigenen öffentlichen GmbH-Anteilsregisters etwa bei dem zuständigen Handelsregister, das ähnlich dem Grundbuch ausgestaltet wäre, zurückzuweisen. Es ist nur schwer vorstellbar, dass die Registergerichte ähnlich den Grundbuchämtern die Geschäftsanteile von knapp einer Million GmbH betreuen können.¹¹⁴

¹¹⁴ so Noack, DB 2006, S.1475 (1478).

IV. Die wertpapierrechtliche Lösung

Bereits in den 60er-Jahren wurde aus den Reihen der Notarpraxis¹¹⁵ vorgeschlagen, die GmbH-Geschäftsanteile zu verbriefen und die Innehabung des Briefes, dessen Übergabe neben der notariellen Beurkundung zusätzliches Abtretungserfordernis sein müsste, mit Gutgläubenschutz oder wenigstens mit Beweiserleichterungen zu versehen.

In der aktuellen Diskussion vertreten Gehling¹¹⁶ und Ziemons¹¹⁷ die wertpapierrechtliche Lösung. Das GmbHG müsste de lege ferenda die Ausstellung eines auf den Namen lautenden Anteilsbriefes zulassen. Der GmbH-Anteilsschein wäre ein Orderpapier und könnte nach den Art. 12 Abs.1 und 2 sowie Art. 13 Abs.1 WG übertragen werden. Neben der Übergabe des Anteilsbriefes sollte ein Indossament in notarieller Form Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verfügung über den Anteil sein. Ein gutgläubiger Erwerb wäre in analoger Anwendung des Art. 16 Abs.1 S.1 (ohne den letzten Halbsatz) WG möglich. Bei Abhandenkommen des Anteilsscheins würde § 935 Abs. 2 BGB einen Gutgläubenserwerb hindern.

Aus dem Gesellschaftsvertrag nicht ersichtliche Belastungen durch Rechte Dritter oder Verfügungsbeschränkungen (z.B. Nießbrauch, Sicherungseigentum, Treuhand, Vorerwerbs- und Vorkaufsrechte, auflösend bedingte Übertragungen) müssten auf der Urkunde vermerkt werden.¹¹⁸ Diejenigen Belastungen, die nicht auf dem Anteilsbrief vermerkt seien, sollten im Wege des gutgläubig lastenfreien Erwerbs untergehen. Der gutgläubige Erwerb sollte auch statutarische Verfügungsbeschränkungen überwinden, es sei denn, diese seien in der gegenwärtig geltenden Fassung des Gesellschaftsvertrages bestimmt und würden von der Gesellschaft oder dem betroffenen Gesellschafter innerhalb von sechs Monaten durch Widerspruch geltend gemacht. Noch weiter als Ziemons geht offensichtlich Gehling, indem er den gutgläubig lastenfreien Erwerb auch bezüglich rückständiger Einlageleistungen und Ansprüchen aus Einlagenrückgewähr für möglich hält.¹¹⁹

Der Schutz des guten Glaubens sollte nach Auffassung Gehlings¹²⁰ für neu gegründete GmbH zwingend und für bestehende Gesellschaften fakultativ sein. Bei letzteren könnten Anteilsbriefe über die Geschäftsanteile nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens ausgestellt werden. Ziemons¹²¹ hingegen sieht weder bei Neu- noch bei Altgesellschaften ein rechtspolitisches Bedürfnis für einen Zwang zur Verbriefung der Geschäftsanteile.

¹¹⁵ Lange, Deutscher Notartag 1961, S.87; Krefting, Deutscher Notartag 1961, S.80.

¹¹⁶ Gehling, ZIP 2006, S.689 f..

¹¹⁷ Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (12 ff.).

¹¹⁸ Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (12).

¹¹⁹ Gehling, ZIP 2006, S.689; a.A. Ziemons, BB 2007, BB-Special 7, S.9 (12).

¹²⁰ Gehling, ZIP 2006, S.689.

¹²¹ Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (12).

Ein Gutgläubensschutz nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen würde, so Gehling, die Komplexität und Kosten der Anteilsübertragung nicht erhöhen, Verzögerungen dagegen vermeiden und auf international bekannten Strukturen aufbauen. Maßgeblicher Nachteil einer Anknüpfung des guten Glaubens an die Gesellschafterliste sei der Ausfall des Gutgläubensschutzes zwischen der Anteilsübertragung und der Berichtigung der Gesellschafterliste. Um einen gutgläubig lastenfreien Anteilserwerb zu ermöglichen, müssten Rechte Dritter an dem Anteil in der Gesellschafterliste offen gelegt werden, was den Charakter der Gesellschafterliste deutlich verändere und zu einer Schmälerung der Attraktivität der GmbH als mittelständischer Rechtsform führe.

Der Gefahr von Fälschungen der Anteilsscheine bzw. der schwierigen Feststellung der Echtheit will Ziemons dadurch begegnen, dass man die notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Ausstellers der Urkunde verlangen würde.¹²²

Stellungnahme:

Ziele der Neuregelung sind die Schaffung von Transparenz des Gesellschafterbestandes sowie die Zulassung des gutgläubigen Erwerbs, welche bedingt ist durch die Erfüllung des erstgenannten Ziels. Die wertpapierrechtliche Lösung führt aber nicht zur vollen Transparenz des Gesellschafterbestandes, da die Übertragung der Anteilsscheine für außenstehende Dritte nicht erkennbar ist. Vielmehr hätte die wertpapierrechtliche Verbriefung mit dem Anteilsbrief die Existenz einer dritten, neben der Anmeldung nach § 16 Abs.1 GmbHG und der Gesellschafterliste im Sinne des § 40 GmbHG stehenden Legitimationsgrundlage zur Folge. Dies wäre voraussichtlich auch nicht kostengünstiger als die Anknüpfung an die Gesellschafterliste. Denn die Verbriefung selbst, die anschließende Verwahrung der Anteilsbriefe durch eine Bank oder einen Notar und nicht zuletzt die von Ziemons¹²³ vorgeschlagene notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Urkundenausstellers würden zusätzliche Kosten erzeugen.

Anteilsbriefe können zudem kaum über längere Zeiträume hinweg fälschungssicher gehalten werden. Selbst bei einer kostenaufwändigen Anteilsverbriefung nach zum Ausgabezeitpunkt technisch aktuellstem Stand und notarieller Unterschriftsbeglaubigung kann ein Fälschungsrisiko nicht dauerhaft ausgeschlossen werden. Denn die rasante Entwicklung technischer Möglichkeiten der originalgetreuen Fälschung von Schrift- oder Bildwerken dürfte auch von kriminellen Elementen der Gesellschaft nicht ungenutzt bleiben.

¹²² Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (13).

¹²³ Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (13).

Bei Zweifeln des potentiellen Erwerbers ist die Echtheit der Papiere nur schwer zu prüfen. Ob der Anteilsbrief tatsächlich von der Gesellschaft ausgestellt worden ist, kann auch von dem beurkundenden Notar oft nicht mit Gewissheit beurteilt werden, wenn er die Unterschrift nicht zufällig selbst beglaubigt hat. Praktische Schwierigkeiten entstehen insbesondere dann, wenn ausländische Urkunden auf ihre Echtheit geprüft werden müssen. Mit der Reform soll aber die Akzeptanz der GmbH gesteigert und deren Verbreitung auch im europäischen Ausland erreicht werden.¹²⁴

Dagegen ist die Akzeptanz von Anteilsbriefen auch international rückläufig. In Dänemark etwa ist die Verbriefung von Anteilen abgeschafft worden. Auch bei börsennotierten Gesellschaften ist eine Entwicklung „weg vom Papier“ zu beobachten. Die Einführung einer wertpapierrechtlichen Verbriefung von GmbH-Anteilen wäre in Zeiten der Dematerialisierung von Aktien ein Rückschritt.¹²⁵

Schließlich müsste der Gesetzgeber im Zuge der Schaffung des „Wertpapiers GmbH-Anteil“ neben § 935 Abs. 2 BGB für den Fall Vorsorge treffen, dass der Anteilsbrief dem Gesellschafter abhanden kommt. Dies könnte durch einen Verweis auf die Vorschriften über die Kraftloserklärung von Urkunden oder durch Zulassung eines Aufgebotsverfahrens erfolgen. Die Attraktivität von GmbH-Anteilen für Investoren würde durch diese neuen zeit- und kostenaufwendigen Verfahren aber nicht gesteigert.

Der wertpapierrechtliche Ansatz verfehlt somit die Ziele des Gesetzgebers und ist abzulehnen. Insbesondere kann er eine wesentliche Vereinfachung der maßgeblichen Vorschriften des GmbHG nicht leisten, die der Regierungsentwurf zum MoMiG dagegen ermöglicht: Die Anknüpfung an eine einheitliche Legitimationsgrundlage hinsichtlich der Gesellschafterstellung, nämlich an die Gesellschafterliste in § 16 Abs.1, § 16 Abs. 3 und § 40 GmbHG-RegE.

Auch die vermittelnde Lösung, der Gesellschaft entsprechend dem Recht der Grundsicherheiten eine Wahl zwischen Buch- und Brieflösung zu eröffnen¹²⁶, ist aus den gleichen Gründen abzulehnen. Sie hat den zusätzlichen Nachteil, dass es in Zukunft für einen gutgläubigen Erwerb gar zwei alternative Legitimationsgrundlagen, entweder die Eintragung in einem öffentlichen Gesellschafterregister oder die Innehabung eines Anteilsbriefes, geben würde. Damit entfernt sich dieser Entwurf noch weiter von der erstrebten Vereinfachung der Anteilsübertragung.

¹²⁴ § 4a GmbHG-RegE gemäß Art.1 Ziffer 4 RegE MoMiG ermöglicht die Verlegung des Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland und schafft damit Waffengleichheit gegenüber ausländischen Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz schon bisher in Deutschland nehmen können.

¹²⁵ so Noack, DB 2006, S.1475 (1478).

¹²⁶ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (690).

V. Erwerberschutz durch das Rechtsinstitut der Verwirkung bzw. Gutgläubensschutz de lege ferenda mit Verwirkungselement

Nach Ansicht Hohners¹²⁷ kann bereits nach geltendem Recht den schlimmsten durch Verstöße gegen die §§ 15, 17 GmbHG bedingten Verzerrungen durch die Heranziehung des Instituts der Verwirkung begegnet werden. Jedoch sei de lege ferenda im Interesse potentieller Anteilserwerber dogmatisch sauber eine Gutgläubensvorschrift zu empfehlen, die denjenigen, der (etwa) zehn Jahre von der Gesellschaft als Gesellschafter anerkannt und behandelt wurde, dinglich als Inhaber des Geschäftsanteils gelten ließe.¹²⁸ Den Gutgläubensschutz will auch Hohner an die Eintragung in ein bei der Gesellschaft entsprechend dem Aktienbuch bei vinkulierten Aktien geführtes Anteils- oder Gesellschafterbuch knüpfen.¹²⁹ Entscheidend bei dieser Lösung ist jedoch das Zeitelement, das grundsätzlich die Interessen des wahren Berechtigten berücksichtigt, nach Ablauf der festgelegten Verwirkungsfrist jedoch der Rechtssicherheit den Vorrang gewährt.

Eine ähnliche Lösung schlagen Triebel/Otte¹³⁰ als Alternative vor. Danach könnte für den Zeitraum bis zur Ersitzung des Rechtstitels eine dem „estoppel“ englischen Rechts vergleichbare Verwirkung der Unwirksamkeitseinrede etabliert werden, soweit der Veräußerer selbst den falschen Rechtsschein gesetzt hat.

Stellungnahme:

Die Fristen- bzw. Verwirkungslösung ist dem GmbH-Recht nicht fremd. So entschied bereits der BGH in dem Urteil vom 23.03.1981 – II ZR 27/80, dass die Nichtigkeit eintragungspflichtiger Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH in entsprechender Anwendung des § 242 Abs. 2 S.1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden könne, wenn seit der Eintragung ins Handelsregister drei Jahre verstrichen seien.¹³¹

Auch der Regierungsentwurf enthält in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE eine Dreijahres-Frist in Anknüpfung an die unrichtige Eintragung in die Gesellschafterliste. Die Kombination aus Gutgläubensschutz und einem derart dominierenden Zeitelement von zehn Jahren ist zum Schutz des wahren Berechtigten jedoch grundsätzlich nicht notwendig. Andererseits besteht auch kein Bedürfnis dafür, nach Ablauf dieses Zeitraums immer ein „Ersitzen“ der Gesellschafterstellung anzunehmen, obwohl hier vielleicht überhaupt keine Verfügung über den

¹²⁷ Hohner, in FS Barz, S.147 (153).

¹²⁸ Hohner, in FS Barz, S.147 (158).

¹²⁹ Hohner, in FS Barz, S.147 (159).

¹³⁰ Triebel/Otte, ZIP 2006, S.311 (316).

¹³¹ BGH GmbHR 1982, S.67 f..

Anteil an einen Dritten stattfindet und insofern auch kein Vertrauen in die Berechtigung des Veräußerers geschützt werden muss.¹³²

An der englischen „estoppel“-Lösung stört, dass es hiernach genügen würde, dass der Veräußerer den Rechtsschein seiner vermeintlichen Berechtigung gegenüber dem Erwerber setzt. Insofern könnte der wahre Berechtigte einen gutgläubigen Wegerwerb seines Geschäftsanteils durch einen Dritten selbst nicht verhindern.

Schließlich ist entscheidender Nachteil der Ersitzung und der Verwirkung, dass es hierbei nicht auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers ankommt. Bei den Kombinationslösungen aus Ersitzungs- bzw. Verwirkungselementen mit dem guten Glauben an einen Rechtsscheinträger tritt die Gutgläubigkeit zumindest in den Hintergrund.

¹³² vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (687).

Kapitel II

Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Mai 2007

A. Maßgebliche Gesetzesneufassungen des Regierungsentwurfes (GmbHG-RegE)

I. § 16 GmbHG wird wie folgt gefasst:

„§ 16

*Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter oder Veränderungen des Umfangs
ihrer Beteiligung; Erwerb vom Nichtberechtigten*

- (1) Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) eingetragen ist. Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung gilt als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird.*
- (2) Für Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem der Erwerber gemäß Absatz 1 Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt, haftet der Erwerber neben dem Veräußerer.*
- (3) Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.“*

II. § 40 GmbHG wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sind. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.“

b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Hat ein Notar an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Liste muss mit der Bescheinigung des Notars versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.“

c) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3 und nach dem Wort „haften“ werden die Wörter *„denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und“* eingefügt.

III. § 3 Abs. 3 EGGmbHG lautet wie folgt:

(3) Bei Gesellschaften, die vor dem ... (Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes) gegründet worden sind, findet § 16 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der ab dem ... (Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes) geltenden Fassung für den Fall, dass die Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste bereits vor dem ... (Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes) vorhanden und dem Berechtigten zuzurechnen ist, hinsichtlich des betreffenden Geschäftsanteils frühestens auf Rechtsgeschäfte nach dem ... (Einsetzen: Datum sechs Kalendermonate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes) Anwendung. Ist die Unrichtigkeit dem Berechtigten im Fall des Satzes 1 nicht zuzurechnen, so ist abweichend von dem ... (Einsetzen: Datum sechs Kalendermonate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes) der ... (Einsetzen: Datum 36 Kalendermonate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes) maßgebend.“

IV. In § 9 Abs.1 der Handelsregisterverordnung wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:

„Ein Widerspruch gegen eine Eintragung in der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 3 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist der Gesellschafterliste zuzuordnen und zudem besonders hervorzuheben.“

B. Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE, Kritik und eigene Stellungnahme

§ 16 Abs. 3 GmbHG-RegE schützt den Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils in seinem guten Glauben daran, dass der in die Gesellschafterliste eingetragene Veräußerer auch tatsächlich Gesellschafter der betreffenden GmbH ist. Der Geschäftsanteil kann daher bei unrichtiger Eintragung des Veräußerers in die Gesellschafterliste grundsätzlich gutgläubig erworben werden. Im Einzelnen hat der gutgläubige Anteilserwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE folgende Voraussetzungen:

- I. **Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts daran,**
- II. **durch Rechtsgeschäft,**
- III. **Verkehrsgeschäft** (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal),
- IV. **unrichtige Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils,**
- V. **Ausnahme bei Unrichtigkeit der Liste weniger als drei Jahre und keine Zurechnung der Unrichtigkeit an den Berechtigten,**
- VI. **Ausnahme bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der mangelnden Berechtigung des Veräußerers durch den Erwerber,**
- VII. **Ausnahme bei zugeordnetem Widerspruch gegen Unrichtigkeit,**
- VIII. **Übergangsfrist.**
- IX. **Als Rechtsfolge bestimmt § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE die Wirksamkeit des Erwerbs vom Nichtberechtigten.**

In einer **Vorüberlegung** soll zunächst aufgezeigt werden, warum die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers, den gutgläubigen Erwerb an den Inhalt der Gesellschafterliste zu knüpfen, gegenüber anderen Alternativen vorzugswürdig ist.

Sodann werden die einzelnen Voraussetzungen und die Rechtsfolge des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE anhand der Entwurfsbegründung und im Vergleich zu anderen Gutgläubensvorschriften erläutert. In einem jeweils anschließenden Absatz wird die bislang in der Literatur geäußerte Kritik¹³³ dargestellt und hierzu selbst kritisch Stellung genommen. Schließlich wird nach der Feststellung der Rechtswirkungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE dessen Verfassungsmäßigkeit anhand des Art. 14 GG überprüft.¹³⁴

¹³³ Zum Teil bezieht sich diese Kritik auf den RefE vom 29.05.2006. Sie ist jedoch, soweit im RegE keine entsprechende Änderung vorgenommen worden ist, weiterhin verwertbar.

¹³⁴ vgl. hierzu auch Hamann, NZG 2007, S.492 (493).

Vorüberlegung

Bereits im Arbeitstreffen vom 09.02.2006¹³⁵ vertrat die Mehrheit der Teilnehmer die Ansicht, dass ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen an den Inhalt der Gesellschafterliste geknüpft werden solle. Die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste solle bei rechtsgeschäftlichen Anteilsübertragungen durch eine notarielle Bescheinigung nach dem Vorbild des § 54 Abs.1 S. 2 GmbHG erhöht werden, die der Notar unverzüglich nach beurkundeter Abtretung zugleich mit der Einreichung der neuen Gesellschafterliste dem Registergericht übersenden müsse. Die bisher allein vom Geschäftsführer geführte Gesellschafterliste biete keine ausreichende Rechtsscheingrundlage. Zugleich solle die Legitimation des Erwerbers gegenüber der Gesellschaft statt von der Anmeldung in § 16 Abs.1 GmbHG von der Eintragung des Erwerbers in die Gesellschafterliste abhängig gemacht werden. Dies schaffe einen weiteren Anreiz für den Gesellschafter, für die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu sorgen, da er sonst seine Rechte als Gesellschafter nicht geltend machen könne.

Diese Diskussionsergebnisse des Berliner Arbeitskreises haben dem Reformgesetzgeber den richtigen Weg gewiesen. Die Anknüpfung des guten Glaubens an die Gesellschafterliste ist die konsequente Fortsetzung der Reform von 1998, bei der die Jahresliste des § 40 Abs.1 GmbHG a.F. durch die aktuelle Gesellschafterliste des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG ersetzt und die Verpflichtung des Notars zur Anzeige an das Register nach § 40 Abs.1 S.2 GmbHG eingeführt worden ist. Statt der bloßen Anzeige ist der Notar nun selbst zur unverzüglichen Einreichung der Gesellschafterliste unter Beifügung der notariellen Bescheinigung befugt und verpflichtet. Die Einbeziehung des Notars bewirkt eine hohe Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste. Da der Notar die neue Gesellschafterliste unverzüglich nach Wirksamwerden der jeweiligen Veränderung einreichen muss, wird die Gesellschafterliste stets aktuell sein. Ein Notar, der z.B. nach notarieller Beurkundung der Anteilsabtretung und Eintritt aller sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen schuldhaft die Einreichung der neuen Liste verzögert, würde sich erheblichen Haftungsrisiken aussetzen.

Dem wahren Gesellschafter, der fälschlicherweise nicht in der Liste eingetragen ist, kann nach aktueller Rechtslage mangels eines Widerspruchsrechts oder Anspruchs auf Änderung der Liste nicht vorgeworfen werden, er habe mit der Falscheintragung einen Rechtsschein gesetzt. Unter diesen Voraussetzungen würde ein gutgläubiger Erwerb den wahren Berechtigten gegenüber dem gutgläubig Erwerbenden unbillig benachteiligen.

¹³⁵ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (690).

Wesentlicher Vorteil der Lösung des Arbeitskreises ist, dass mit Änderung des § 16 Abs.1 GmbH das Anmeldeerfordernis durch die Eintragung in die Gesellschafterliste ersetzt werden soll. Um seine Rechte gegenüber der Gesellschaft geltend machen zu können, steht dem Gesellschafter zukünftig ein Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Berichtigung der Gesellschafterliste zu, den er notfalls im Klagewege, insbesondere zügig im einstweiligen Rechtsschutz, durchsetzen kann. Dadurch wird der Gesellschafter in zumutbarer Weise selbst mit in die Pflicht genommen, für die Richtigkeit der Liste zu sorgen. Zudem soll ihm ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden, das ihn zwar nicht gegenüber der Gesellschaft berechtigt, aber den Rechtsschein der Falscheintragung zerstören und damit den gutgläubigen Erwerb eines Dritten auf einfache und schnelle Weise verhindern kann. Widerspruch gegen die Falscheintragung eines Dritten soll sowohl derjenige Gesellschafter einreichen können, der selbst nie in die Gesellschafterliste eingetragen war, als auch derjenige Gesellschafter, der nach seinem Anteilswerb zwar in die Gesellschafterliste eingetragen worden ist, nun aber Kenntnis von der unrichtigen Eintragung eines Dritten erlangt hat. Ob der wahre Gesellschafter rechtzeitig Kenntnis von der Falscheintragung erlangt, liegt allerdings in seiner eigenen Verantwortung und Risikosphäre, da die Geschäftsführer der Gesellschaft (oder künftig auch die beurkundenden Notare) im Falle der Veranlassung einer unrichtigen Dritteintragung wohl von falschen Tatsachen und daher in der Regel nicht von der Berechtigung des wahren Gesellschafters ausgehen. Folglich ist nicht zu erwarten, dass der wahre Gesellschafter über die Dritteintragung benachrichtigt wird, erst recht nicht, wenn er bezüglich des streitigen Anteils selbst nicht als Gesellschafter eingetragen ist. Daraus folgt die Obliegenheit des wahren Gesellschafters, den Inhalt der Gesellschafterliste von Zeit zu Zeit zu überprüfen. Anderenfalls, das heißt bei unentdeckter Falscheintragung eines Dritten, droht künftig latent ein Rechtsverlust. Da die Gesellschafterliste ab Inkrafttreten des E-HUG jederzeit und ohne Aufwand von dem Gesellschafter online eingesehen werden kann, ist ihm dies zuzumuten. Spätestens die Tatsache, dass der Gesellschafter von der GmbH, gerade weil er nicht in der Liste steht, nicht zur Gesellschafterversammlung eingeladen wird, müsste diesem Anlass geben, die Liste zu überprüfen. Ebenso kann von dem Gesellschafter verlangt werden, im Falle einer Falscheintragung sein Recht auf Berichtigung geltend zu machen oder Widerspruch zu erheben. Unterlässt er die Beseitigung des Rechtsscheins, so verursacht er dessen Fortbestehen verantwortlich mit. Ein gutgläubiger Erwerb durch einen Dritten von dem Eingetragenen ist daher gerechtfertigt. Mit diesem Entwurf des Gutgläubenserwerbs auf der Grundlage einer privat geführten Gesellschafterliste wird somit eine neue Form des Rechtscheinerwerbs beschrieben, der die Interessen aller Beteiligten zu wahren scheint.¹³⁶

Auch die Transaktionskosten werden nicht erhöht.

¹³⁶ Gesmann-Nuissl, WM 2006, S.1756 (1758).

Die von dem Notar zu erstellende Bescheinigung und die Einreichung der Gesellschafterliste könnten als gebührenfreie Nebengeschäfte zur Beurkundung der Abtretung im Sinne der §§ 35, 147 Abs. 3 KostO definiert werden, obwohl diese neuen Pflichten ein „Mehr“ gegenüber der bloßen Abtretungsanzeige darstellen.¹³⁷ Zu bedenken ist aber, dass der Notar die zu bescheinigenden Tatsachen im Rahmen der Abtretungsbeurkundung ohnehin zu prüfen hat.¹³⁸ Auch das zusätzliche Haftungsrisiko des Notars etwa wegen verzögerter Einreichung der Gesellschafterliste rechtfertigt keinen eigenen Gebührentatbestand.

I. Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts daran

Der Gutgläubensschutz tritt ein bei Anteilsübertragungen und sonstigen Verfügungen über den Geschäftsanteil. Die besondere Problematik des Begriffs „Geschäftsanteil“ und damit die Frage, ob auch ein entgegen der Angabe in der Gesellschafterliste tatsächlich nicht existenter bzw. ein nicht-so-wie-eingetragen existenter Geschäftsanteil gutgläubig erworben und damit so wie eingetragen zur Entstehung gebracht werden kann, wird später im Rahmen der Rechtsfolge des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE aufgegriffen und diskutiert¹³⁹, wenn zunächst die weiteren Voraussetzungen der Gutgläubensnorm dargestellt und erläutert worden sind. Nach dem derzeitigen Willen der Entwurfsverfasser sollen nichtexistente Geschäftsanteile nicht gutgläubig erworben werden können. Geschützt werde nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des eingetragenen Veräußerers.¹⁴⁰

Die Bestellung z.B. eines Pfandrechts an dem Geschäftsanteil etwa als dingliche Sicherheit für einen Kreditgeber ist nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie dessen Übertragung. Ist der Besteller des Pfandrechts nicht Gesellschafter oder durch den Gesellschafter zur Verfügung über den Geschäftsanteil ermächtigt, aber in der Gesellschafterliste eingetragen, muss auch der redliche Pfanderwerber, der an die Gesellschafterstellung des Bestellers glaubt, geschützt werden.

II. durch Rechtsgeschäft

Erforderlich ist ein derivativer Erwerb durch Rechtsgeschäft, das eine Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber über den Übergang (Abtretung) oder die Belastung (etwa Verpfän-

¹³⁷ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (691).

¹³⁸ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (686).

¹³⁹ siehe Kapitel II, B, IX, 5.-7..

¹⁴⁰ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88; Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV.,1.,a)).

dung) des GmbH-Geschäftsanteils voraussetzt. Gemeint ist daher ein Verfügungsgeschäft, das auf die Rechtsänderung an dem Geschäftsanteil gerichtet ist und von dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft zu trennen ist. Das Rechtsgeschäft muss wirksam sein.¹⁴¹ Bei Abtretung oder Verpfändung bedarf die Einigung auf Rechtsänderung zu ihrer Formwirksamkeit der notariellen Beurkundung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG. Daran wird sich durch das MoMiG nichts ändern.

Entsprechend der Rechtslage bei § 892 BGB, §§ 932 ff. BGB etc. findet ein gutgläubiger Anteilserwerb bei einem Erwerb kraft Gesetzes nicht statt. Hierunter fallen z.B. umwandlungsrechtliche Vorgänge. Auch der Erbe des eingetragenen Erblassers, der tatsächlich nicht Gesellschafter war, erwirbt den GmbH-Geschäftsanteil daher nicht gemäß § 1922 Abs.1 BGB iVm. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE.

Ein gutgläubiger Erwerb des sich aus der Gesellschafterliste ergebenden Geschäftsanteils durch einen Dritten von dem durch Erbschein ausgewiesenen Erben gemäß § 2266 BGB ist ebenfalls nicht möglich, da der öffentliche Glaube des Erbscheins dem Dritten nur Gewähr für das Erbrecht des darin Ausgewiesenen im Sinne des § 2365 BGB bietet, nicht aber dafür, dass der GmbH-Geschäftsanteil zur Erbschaft und damit dem Erben gehört.¹⁴²

Gesellschafterbeschlüsse sind keine Rechtsgeschäfte. Ein gutgläubiger Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils aufgrund Beschlusses der Gesellschafter (z.B. Einziehungsbeschluss) ist daher nach § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE nicht möglich.¹⁴³

1. Kritik von Drygala

Die Beibehaltung des Formerfordernisses der notariellen Beurkundung in § 15 Abs. 3 GmbHG wird u.a. kritisiert von Drygala.¹⁴⁴ Damit werde die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen erkauf und ein weiterer Wettbewerbsnachteil gegenüber der Limited, die eine privatschriftliche Gründung und Anteilsübertragung kenne, auf Dauer zementiert.

¹⁴¹ a.A. offenbar Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., b), aa)), wobei das dort genannte Beispiel 2 diese Ansicht nicht begründet.

¹⁴² vgl. Palandt/Edenhofer, § 2366 Rn 5.

¹⁴³ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., b), cc)).

¹⁴⁴ Drygala, ZIP 2006, S.1797 (1798).

2. Stellungnahme:

Das Beurkundungserfordernis ist kein Wettbewerbsnachteil der deutschen GmbH. Neben der vom historischen Gesetzgeber im Jahr 1892 beabsichtigten Erschwerungsfunktion erfüllt die notarielle Beurkundung eine Beweisfunktion und bietet Gewähr für die Neutralität der Beratung, Aufklärung der Parteien, Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde.¹⁴⁵ Mit den erweiterten Notarpflichten des neuen § 40 GmbHG-RegE erlangt die verlässliche Dokumentation der Übertragungsvorgänge durch den Notar eine gesteigerte Bedeutung. Die Mitwirkung des Notars bei Anteilsübertragungen und die unmittelbare Einreichung der neuen Gesellschafterliste durch den Notar wird das bisherige Verfahren verkürzen und beschleunigen. Schließlich haben die Notarkosten mit der Stempelsteuer bei der Limited-Anteilsübertragung und den Kosten der Registereintragung bei der französischen S.A.R.L. vergleichbare Äquivalente an anfallenden Kosten.

III. Verkehrsgeschäft (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal)

Eine Selbstverständlichkeit aller Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs ist das notwendige Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts. Ein Verkehrsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, bei dem auf der Erwerberseite mindestens eine Person beteiligt ist, die nicht auch auf der Veräußererseite beteiligt ist (Geschäft „at arms' length“).¹⁴⁶ Daher ist ein gutgläubiger Erwerb bei persönlicher oder wirtschaftlicher Identität von Veräußerer- und Erwerberseite ausgeschlossen. Auch der gute Glaube des Erwerbers an die eigene Nichtbeteiligung auf Veräußererseite wird nicht geschützt.

IV. unrichtige Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils

1. Diskrepanz zwischen Eintragung und wahrer Rechtslage

Der Veräußerer muss als Gesellschafter der GmbH in die Gesellschafterliste eingetragen sein.¹⁴⁷ Ist die Eintragung richtig, so bedarf es des gutgläubigen Erwerbs nicht, da in diesem Fall ein Erwerb vom Berechtigten gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG stattfinden kann. Die Eintragung muss daher im Zeitpunkt der Übertragung falsch, der wahre Gesellschafter mithin nicht

¹⁴⁵ Walz/Fembacher, NZG 2003, S.1134 ff..

¹⁴⁶ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., b), cc)); Palandt/Bassenge, § 892 Rn 5.

¹⁴⁷ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., c)).

eingetragen sein. Die Falscheintragung muss gerade denjenigen Geschäftsanteil betreffen, der übertragen oder belastet werden soll.

2. Der neue § 40 GmbHG-RegE

§ 40 GmbHG-RegE regelt die Eintragung der Erwerber von Geschäftsanteilen in die Gesellschafterliste. Nach § 40 Abs.1 GmbHG-RegE bleiben die Geschäftsführer nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung zur unverzüglichen Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste zum Handelsregister verpflichtet. Ihnen obliegt eine Prüfpflicht und sie haften bei Pflichtverletzungen nach § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE dem Veräußerer, dem Erwerber und den Gläubigern für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.

Gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE ist ein Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder ihrer Beteiligungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt hat, künftig verpflichtet, unverzüglich nach Wirksamwerden dieser Veränderung die Liste anstelle¹⁴⁸ der Geschäftsführer zum Handelsregister einzureichen. Die Formulierung „anstelle“ stellt klar, dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungs- und Pflichtenbereich des Notars liegen. Es handelt sich somit um eine eigenständige und nicht nur ergänzende Amtspflicht des Notars.¹⁴⁹

Die Verpflichtung der Geschäftsführer entfällt in diesem Moment, jedoch bleibt die Pflicht der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste unberührt.¹⁵⁰ Wie sich aus § 40 Abs. 2 S.1 GmbHG-RegE ergibt, hat der Notar eine Abschrift der aktualisierten Gesellschafterliste an die Gesellschaft zu übermitteln. Damit werden die Geschäftsführer und auch die Gesellschafter zwingend über jede Änderung der Liste durch einen Notar informiert. Dies ist zum einen für § 16 Abs.1 GmbHG-RegE und zum anderen für die Pflicht der Geschäftsführer zur Erstellung künftiger Listen notwendig.¹⁵¹

Die unmittelbare Einreichungspflicht des Notars gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE greift insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretungen ein, da diese notariell beurkundet

¹⁴⁸ Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 41; Der RefE sprach noch von „in Vertretung“ der Geschäftsführer; kritisch hierzu Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (10).

¹⁴⁹ Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 41; Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (V., 2., a)).

¹⁵⁰ vgl. Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.100f.; Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 41.

¹⁵¹ vgl. Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

werden müssen. Die alleinige Handlungspflicht der Geschäftsführer nach Absatz 1 bleibt dagegen relevant bei Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder deren Beteiligungen, an denen ein Notar nicht beteiligt ist. Welche Fälle hiermit gemeint sind, hängt wiederum von der Auslegung des Wortes „mitgewirkt“ in § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE ab. Die Begründung zum RegE bleibt hier mit den Angaben „(Gesamtrechtsnachfolge, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen)“ wagen.¹⁵² Sicher liegt keine notarielle Mitwirkung bei einem Anteilswerb des gesetzlichen oder testamentarisch bestimmten Erben kraft Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB vor. Eine Mitwirkung ist auch dann nicht gegeben, wenn der Erbe oder Vermächtnisnehmer aufgrund eines öffentlichen Testamentes zur Niederschrift eines Notars gemäß §§ 2231 Nr.1, 2232 BGB bestimmt worden ist. Denn es wird unstreitig sein, dass die Mitwirkung des Notars an der Anteilsübertragung eine „unmittelbare“ sein muss. Sie muss also auf den direkten Wechsel in den Personen der Gesellschafter oder ihrer Beteiligungen gerichtet sein.¹⁵³ Daher reicht auch die notarielle Beurkundung eines Erbvertrages nicht aus. Dies ergibt sich bereits aus praktischen Gründen. Ein Notar, der an einem Erbvertrag oder einem öffentlichen Testament mitgewirkt hat, erhält möglicherweise gar keine Kenntnis von dem späteren Eintritt des Erbfalles und kann daher auch nicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE verpflichtet sein.¹⁵⁴ In diesen Fällen bleibt es also bei der alleinigen Verantwortlichkeit der Geschäftsführer. Anderes gilt, wenn der Notar Auseinandersetzungsvereinbarungen unter Erben beurkundet und diese unmittelbare Wirkung im Sinne des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE entfalten. Hier sollten eine „Mitwirkung“ angenommen und die Notarpflichten nach Absatz 2 ausgelöst werden.¹⁵⁵

Dem natürlichen Wortsinn nach liegt eine „Mitwirkung“ auch bei jeder umwandlungsrechtlichen Maßnahme vor. Verschmelzungsverträge müssen gemäß § 6 UmwG notariell beurkundet werden. Für Spaltungsverträge¹⁵⁶ gilt § 6 UmwG kraft gesetzlicher Verweisung in § 125 S.1 UmwG. Gleiches gilt für die Fälle der Vermögensübertragung.¹⁵⁷ Umwandlungsverträge bewirken regelmäßig unmittelbare Veränderungen im Sinne des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE. Denn das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers geht mit Eintragung der jeweiligen Maßnahme im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über (vgl. § 20 Abs.1 Nr.1 und § 131 Abs.1 Nr.1 S.1 UmwG). Zählt zu diesem Vermögen eine GmbH-Beteiligung, so wird der übernehmende Rechtsträger neuer Gesellschafter.

¹⁵² vgl. Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

¹⁵³ vgl. Rau, DStR 2006, S.1892 (1896); Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (V., 1., b)) unterteilt in unmittelbare und mittelbare Mitwirkung, wobei letztere die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages umfassen würde.

¹⁵⁴ vgl. Rau, DStR 2006, S.1892 (1896).

¹⁵⁵ so auch Rau, DStR 2006, S.1892 (1896).

¹⁵⁶ Hierunter fällt auch die Ausgliederung (§§ 152 - 173 UmwG).

¹⁵⁷ vgl. zur Vollübertragung § 176 UmwG und zur Teilübertragung § 177 UmwG.

Der bereits im RefE und nun auch im RegE gewählte Begriff „Mitwirkung“ setzt sich deutlich von den bisher verwandten Begriffen „Beurkundung einer Abtretung“ in § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG und „Veräußerung eines Geschäftsanteils“ in § 16 Abs.1 GmbHG ab.¹⁵⁸ Aus der Entwurfsbegründung ergibt sich jedoch nicht zweifelsfrei, ob eine Erweiterung der notariellen Mitteilungspflicht durch den Begriff der „Mitwirkung“ von den Entwurfsverfassern tatsächlich beabsichtigt ist. Dagegen könnten zunächst zwei Formulierungen der Entwurfsbegründung des MoMiG sprechen.¹⁵⁹ Erstens verweist die Begründung darauf, dass der Notar schon bisher zu einer Mitteilung an das Registergericht verpflichtet gewesen sei.¹⁶⁰ Diese Verpflichtung galt aber nach § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG bislang nur für Anteilsabtretungen. Zweitens heißt es in der Begründung: „In Fällen, in denen der Notar an einer Veränderung nicht mitwirkt (Gesamtrechtsnachfolge, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen), bleibt die Einreichungspflicht mit Haftungsandrohung allein bei den Geschäftsführern“.¹⁶¹ Eine Gesamtrechtsnachfolge tritt aber neben den Erbfällen gerade auch in umwandlungsrechtlichen Fällen ein. Beide Formulierungen deuten somit darauf hin, dass die Einreichungspflicht nur für den Fall der Anteilsübertragung oder -belastung gelten soll. Überdies ist der Notar z.B. bei Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages nicht in der Lage, eine Aussage über die Wirksamkeit des Anteilsübergangs zu treffen, da die Gesamtrechtsnachfolge die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers voraussetzt, nachdem die Verschmelzung bereits in das Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen worden sein muss, §§ 19, 20 UmwG. Andererseits ist auch die Wirksamkeit einer durch den Notar beurkundeten Einzelabtretung in der Regel von aufschiebenden Bedingungen abhängig, die der Notar ebenfalls zu prüfen hat.

Die Entwurfsbegründung enthält mit dem Hinweis, dass ein Notar in den meisten Fällen der Veränderung der Personen oder der Beteiligungshöhe in amtlicher Eigenschaft mitwirkt¹⁶², auch eine Aussage, die für eine weite Auslegung des Begriffs „Mitwirkung“ und daher für einen weiten Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE spricht. Die Änderung des § 40 GmbHG wurde zudem maßgeblich beeinflusst durch den Vorschlag von Wicke¹⁶³, der sich ebenfalls ausdrücklich auf Anteilsübertragungen und andere Vorgänge „mit Auswirkung auf die Personen der Gesellschafter oder den Umfang ihrer Beteiligung“ bezieht.¹⁶⁴ Mithin muss § 40 GmbHG-RegE nach dessen Sinn und Zweck, die Richtigkeit der Gesellschafterliste in möglichst vielen Fällen zu erhöhen, extensiv ausgelegt werden. In diesem Zusammenhang dürfte davon auszugehen sein, dass die Entwurfsverfasser den weiten Begriff der „Mit-

¹⁵⁸ Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

¹⁵⁹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

¹⁶⁰ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.100.

¹⁶¹ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

¹⁶² Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.100.

¹⁶³ so Seibert, ZIP 2006, S.1157 (1160); Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

¹⁶⁴ Wicke, ZIP 2006, S.977 (982).

wirkung“ bewusst gewählt haben. Gemäß dem dann maßgeblichen, natürlichen Wortsinn dieses neuen Begriffes entsteht die Einreichungs- und Bescheinigungspflicht des beurkundenden Notars künftig auch bei dem Beurkunden umwandlungsrechtlicher Verträge. Auch hierdurch wird der Rechtsübergang „unmittelbar“ bewirkt, obwohl dieser noch von der Handelsregistereintragung abhängt. Der Notar muss folglich in Zukunft bei jedem von ihm zu beurkundenden, umwandlungsrechtlichen Vertrag die Parteien befragen, ob GmbH-Beteiligungen im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers stehen, die dann im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen. Die erforderlichen Eintragungen muss der Notar abwarten und sich durch die Vertragsparteien nachweisen lassen. Eine unzumutbare Zusatzbelastung der Notare entsteht dadurch nicht. Jedenfalls ist ein gewisser zusätzlicher Aufwand im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel der höheren Transparenz und Zuverlässigkeit der Gesellschafterliste gerechtfertigt.¹⁶⁵

Die notarielle Einreichungs- und Bescheinigungspflicht sollte bei teleologischer Betrachtung selbst bei einem Rechtsformwechsel greifen, obwohl hier keine Vermögensübertragung, sondern gemäß § 202 Abs.1 Nr.1 UmwG eine bloße Namensänderung der an der GmbH beteiligten Gesellschaft erfolgt. Die Identität der formwechselnden Gesellschaft bleibt gewahrt. Die „Mitwirkung“ des Notars ergibt sich hier aus § 193 Abs. 3 S.1 UmwG. Danach müssen der Umwandlungsbeschluss und die erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilsinhaber der formwechselnden Gesellschaft etc. notariell beurkundet werden.

Zuzustimmen ist Ziemons, wenn sie eine „Mitwirkung“ des Notars auch bei Beglaubigungen der Anmeldung der Durchführung einer Kapitalerhöhung bzw. einer Kapitalherabsetzung annimmt. Ebenso wie bei der Übernahme einer Stammeinlage im Wege einer Kapitalerhöhungen dürfte auch die notarielle „Mitwirkung“ an Gesellschafterbeschlüssen, die zu Beteiligungs- oder Gesellschafterveränderungen führen, genügen, um die Pflichten nach Absatz 2 auszulösen.¹⁶⁶ Ebenso halten Götze/Bressler und Bohrer Geschäftsanteilsveräußerungen, Kapitalerhöhungen und Gesamtrechtsnachfolgen nach dem UmwG für Fälle, in denen der Notar künftig einreichungspflichtig ist.¹⁶⁷ Nach Ansicht von Vossius sei die Vornahme einer Beglaubigung unter einen Fremdentwurf (z.B. unter einen Gesellschafterbeschluss oder eine Handelsregisteranmeldung) keine Mitwirkung, da den Notar hier nur eingeschränkte Prüfungspflichten treffen würden (§§ 40 Abs. 2, 3, 4 BeurkG).¹⁶⁸

¹⁶⁵ so auch Rau, DStR 2006, S.1892 (1895); Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (10).

¹⁶⁶ Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (10); wohl auch Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (V., 1., b)..

¹⁶⁷ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (895); Bohrer, DStR 2007, S.995 (998).

¹⁶⁸ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (V., 1., b, aa)).

Weitere Fälle einer Mitwirkung sind die Beurkundung von Erbscheinsanträgen oder die Anmeldung einer Anwachsung bei einer KG, die Gesellschafterin einer GmbH ist (wenn der Notar die Anmeldung entworfen hat).¹⁶⁹

Die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste wird durch die notarielle Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE zusätzlich erhöht, weil diese eine materielle Prüfung des Notars der ihm vorliegenden Unterlagen voraussetzt. Die Liste gibt kein Tatsachenzugnis, sondern enthält eine beurteilende Bewertung des Veräußerungsvorganges, ein gutachterliches Zeugnis, zugewiesen dem Sachverstand des Notars.¹⁷⁰ Dieser muss daher die Wirksamkeit jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder ihrer Beteiligungen prüfen, die unmittelbar auf der von ihm beurkundeten Maßnahme (z.B. Abtretungsvertrag, Verpfändungsvertrag, Erbauseinandersetzungsvertrag, Verschmelzungsvertrag, Spaltungsvertrag oder Rechtsformwechselbeschluss) beruht. Die sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie der Eintritt aufschiebender Bedingungen oder die Vornahme erforderlicher Handelsregistereintragungen hat sich der Notar in eigener Verantwortung und auf eigene Initiative von den Vertragsparteien nachweisen zu lassen. Bei aufschiebend bedingten Anteilsabtretungen muss der Notar infolge seiner Pflichten aus § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE Informationen über den Eintritt der aufschiebenden Bedingung einholen und darf die Gesellschafterliste erst bei sicherem Bedingungseintritt einreichen.¹⁷¹ Nach anderer Ansicht¹⁷² zum Referentenentwurf soll der Notar wegen § 16 Abs.1 S. 2 GmbHG-RefE zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste mitsamt Bescheinigung nur nach Mitteilung und Nachweis der betroffenen Gesellschafter verpflichtet sein. Dies ist abzulehnen. Ein solches Erfordernis stünde dem Gesetzeszweck einer schnellen, sicheren und unbürokratischen Einreichung der aktualisierten Liste entgegen. Die eigenverantwortliche „Mitwirkung“ des Notars soll diesen Prozess beschleunigen und diesen nicht bei fehlender Mithilfe durch die Vertragsparteien blockieren. Der Notar kann und muss die Mithilfe der Parteien verlangen. § 16 Abs.1 S. 2 GmbHG-RefE bezog sich vielmehr nur auf die Geschäftsführer, die im Gegensatz zum beurkundenden Notar nicht notwendigerweise in den Vorgang involviert sind. Überdies kann sich der Notar Informationen über etwaig erfolgte Eintragungen beim Handelsregister auch selbst verschaffen. Im Falle der durch Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Abtretung und Vereinbarung der Zahlung auf das Anderkonto des Notars erlangt der Notar bei Zahlungseingang automatisch sichere Kenntnis von dem Eintritt der Bedingung. Eine zusätzliche Mitteilung oder ein Nachweis durch die Parteien ist hier nicht nötig, um die Einreichungs- und Bescheinigungspflicht des Notars auszulösen. Dementsprechend heißt es im Regierungs-

¹⁶⁹ vgl. Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (V., 1., b), bb)), der hier von mittelbarer Mitwirkung spricht.

¹⁷⁰ vgl. Bohrer, DStR 2007, S.995 (1000).

¹⁷¹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1894); weiterhin zum RegE Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (896); Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 39.

¹⁷² Noack, DB 2006, S.1475 (1477).

entwurf nun nicht mehr im § 16, sondern im § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG-RegE: *„Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis“*.

In diesem Zusammenhang schlagen u.a. Schockenhoff/Höder¹⁷³ den Notaren im Interesse der Rechtssicherheit und insbesondere der eigenen Absicherung vor, mit einem so genannten Closing Memorandum zu arbeiten. Dieses Dokument solle von den Vertragsparteien unterzeichnet werden, sobald alle Closing Conditions eingetreten und sämtliche Closing-Handlungen (etwa Kaufpreiszahlung oder Registereintragung einer umwandlungsrechtlichen Maßnahme) vorgenommen worden seien. Die Pflicht der Parteien zur Unterzeichnung des Dokuments solle in dem zugrunde liegenden Vertrag vereinbart werden. Das unterzeichnete Closing Memorandum erbringe den unwiderleglichen Nachweis, dass sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen und Bedingungen eingetreten seien und somit das Closing stattgefunden habe. Für den Notar stelle das Dokument ein klares Indiz dar, dass der Geschäftsanteil nun auf den Erwerber übergegangen sei. Eine detaillierte Prüfung der einzelnen Bedingungen erübrige sich damit für den Notar.

Dies kann jedoch nicht gelten bei Zweifeln oder Anhaltspunkten dafür, dass die Angaben der Vertragsparteien tatsächlich nicht zutreffen.¹⁷⁴ Der Notar ist nicht nur neutraler Berater bei der Gestaltung und Beurkundung von Verträgen, sondern er nimmt aufgrund seiner Amtstellung auch öffentliche Funktionen im Interesse des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit wahr. Der Notar darf daher den Angaben der Vertragsparteien nicht blind vertrauen, sondern er hat dafür zu sorgen, dass die Eintragungen in der Gesellschafterliste richtig sind. § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE weist ihm diese Pflicht nun ausdrücklich zu. Wie der Notar diese Pflicht erfüllt, liegt in seinem Ermessen.¹⁷⁵ Begründete Zweifel an einer Veränderung im Sinne von § 40 Abs.1 GmbHG-RegE hat er jedenfalls durch Aufklärung zu beseitigen.¹⁷⁶

Zudem wird man den Notar im Rahmen der notariellen Aufklärungspflicht gemäß § 17 Abs.1 BeurkG für verpflichtet halten müssen, die Vertragsparteien darauf hinzuweisen, dass er unter den gegebenen Umständen einer aufschiebend bedingten Abtretung eine veränderte Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einreichen kann, wenn ihm der Eintritt sämtlicher Bedingungen mitgeteilt wurde. In diesem Zusammenhang muss er auch auf die möglichen Folgen einer materiell unrichtigen Liste hinweisen (Unwirksamkeit von Gesellschafterhandlungen des Erwerbers und Gefahr des gutgläubigen Erwerbs eines Dritten vom noch eingetragenen Veräußerer).¹⁷⁷ Gerade auch diese Belehrung über die Obliegenheiten

¹⁷³ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1846); Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (896).

¹⁷⁴ Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 40.

¹⁷⁵ offen gelassen auch von Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (11).

¹⁷⁶ Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 40.

¹⁷⁷ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (896).

der Gesellschafter und die Risiken unterlassener Listenprüfung dient als rechtsethische Rechtfertigung für das Vertrauensschutzkonzept des MoMiG.¹⁷⁸

Für die Pflicht des Notars, die Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung einzureichen, ist jedoch unerheblich, ob nachträglich Unwirksamkeitsgründe eintreten können. Er muss das Eintreten etwa auflösender Bedingungen oder der Voraussetzungen von Rückübertragungsklauseln nicht überwachen.¹⁷⁹ Das „Wirksambleiben“ des Vertrages unterliegt mithin nicht seinen Prüfpflichten. Bei Eintreten entsprechender Ereignisse haben vielmehr die Geschäftsführer nach § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE die Pflicht zur Einreichung einer weiteren Liste, oder es entsteht, wenn der Notar bei dem Ereignis mitwirkt, eine neue Pflicht des Notars aus § 40 Abs. 2 S.1 GmbHG-RegE.¹⁸⁰

Ein Fall sich kreuzender Gesellschafterlisten kann entstehen, wenn zur gleichen Zeit Veräußerungen von Geschäftsanteilen derselben GmbH stattfinden, die von unterschiedlichen Notaren betreut werden. Diese reichen dann jeweils eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister ein, welche die jeweils andere Veräußerung noch nicht berücksichtigt. Hier obliegt es kraft ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht den Geschäftsführern, für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen. Die entsprechende Erkenntnismöglichkeit haben sie, weil die Notare eine einfache Abschrift der von ihnen zum Handelsregister eingereichten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln haben.¹⁸¹

Um die Aktualität der Gesellschafterliste werden sich nach der Reform nicht nur der Notar oder die Geschäftsführer sorgen, sondern auch der neue Gesellschafter selbst. Dieser hat künftig ein erhebliches Interesse an seiner unverzüglichen Eintragung in die Liste, da er gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG-RegE nur dann seine Rechte gegenüber der Gesellschaft ausüben kann. Nach derzeitiger Rechtslage genügt hierzu die Anmeldung gegenüber der Gesellschaft. Mit dem Eintragungserfordernis korrespondiert ein Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf die Eintragung seiner Person in bzw. auf Aktualisierung der Gesellschafterliste, da mit dem Anteilserwerb, der die Eintragung gerade nicht voraussetzt, ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem jeweiligen Neugesellschafter und der Gesellschaft entsteht.¹⁸² Zudem ist ein solcher Anspruch des Neugesellschafters auch bei dem vergleichbaren § 67 Abs. 2 AktG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt. Das Eintragungserfordernis des § 16 Abs.1 GmbHG-RegE soll nicht mehr auf rechtsgeschäftliche

¹⁷⁸ Bohrer, DStR 2007, S.995 (999).

¹⁷⁹ Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 39.

¹⁸⁰ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

¹⁸¹ Götz/Bressler, NZG 2007, S.894 (896).

¹⁸² Dieses gesetzliche Schuldverhältnis entsteht bereits mit Anteilserwerb durch notarielle Beurkundung der Abtretung und ist gerade unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste, vgl. Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16 - zu Abs.1), S.86.

Einzelnerwerber von Anteilen beschränkt sein, sondern für alle Gesellschafter gelten.¹⁸³ Der Wortlaut enthält insoweit keine Beschränkung.

a) Kritik und Vorschlag von Breitenstein/Meyding

Breitenstein/Meyding¹⁸⁴ wollen den „komplizierten Weg“ des Referentenentwurfs (und damit auch des Regierungsentwurfs) zum MoMiG dadurch vereinfachen, dass die Einreichung der Gesellschafterliste beim Registergericht zur Wirksamkeitsvoraussetzung für den Anteilserwerb gemacht wird. Dadurch werde eine volle Transparenz des jeweiligen Gesellschafterbestandes gewährleistet.

b) Stellungnahme

Volle Transparenz würde auch durch diesen Vorschlag nicht erreicht. In den Fällen des gesetzlichen Anteilserwerbs tritt der Rechtsübergang in dem jeweils hierfür bestimmten Zeitpunkt ein (z.B. Todeszeitpunkt des Erblassers, Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister) und kann nicht an die Eintragung des neuen Gesellschafters in der Gesellschafterliste gebunden sein. Beim derivativen Erwerb durch Rechtsgeschäft bliebe der abtretende Veräußerer Inhaber des Geschäftsanteils bis zur Eintragung des Erwerbers in der Gesellschafterliste. Die Situation wäre vergleichbar mit der Übereignung von Grundstücken gemäß §§ 925 Abs.1 S.1, 873 Abs.1 BGB. Käufer von Geschäftsanteilen würden den vereinbarten Kaufpreis nicht bereits bei Abschluss des notariellen Abtretungsvertrages, sondern erst nach Eintragung in der Gesellschafterliste zahlen und wären in der Zwischenzeit zumindest wirtschaftlich abgesichert. Die Transparenz der Liste würde jedoch nicht maßgeblich erhöht, da die Zeit zwischen Abtretungsvertrag und Eintragung aufgrund der unmittelbaren Einreichung der neuen Gesellschafterliste künftig sehr kurz sein wird. Zudem kann die Liste trotz der Eintragung als Wirksamkeitserfordernis falsch sein. Wäre ein Veräußerer zwar in die Liste eingetragen, hätte er den Geschäftsanteil von dem Voreingetragenen aber wegen der Nichtigkeit des damaligen Abtretungsvertrages in Wirklichkeit gar nicht erworben, so wäre der Voreingetragene nach wie vor der wahre Gesellschafter. Denn allein die Eintragung in der Gesellschafterliste kann nicht einziges Wirksamkeitserfordernis der Anteilsübertragung sein. Es bedarf vielmehr eines wirksamen Abtretungsvertrages.

¹⁸³ Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

¹⁸⁴ Breitenstein/Meyding, BB 2006, S.1457 (1460).

Oft werden in Abtretungsverträgen aufschiebende Bedingungen vereinbart, welche nicht mit dem jeweiligen Zeitpunkt der Einreichung der Liste zum Handelsregister harmonieren. Der Notar im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE kann das Eintreten dieser Bedingungen individuell überprüfen. Die Registergerichte dagegen können hiermit nicht belastet werden. Die Erhöhung der Eintragung zum Wirksamkeitserfordernis der Abtretung müsste aber wohl eine Prüfungspflicht des Registergerichts zur Folge haben, da durch die Eintragung nicht nur ein zurückliegender Anteilsübergang öffentlich dokumentiert würde, sondern der Übergang selbst bewirkt würde. Anderenfalls, bei Auseinanderfallen von Eintragung und Bedingungs- und damit Wirksamkeitseintritt, bestünde in vielen Fällen Rechtsunsicherheit. Eine Prüfpflicht würde die Registergerichte bei knapp einer Million deutscher GmbH überlasten. Die Kosten von Anteilsübertragungen würden dadurch wesentlich erhöht, was den gesetzgeberischen Zielen widerspricht.

c) Kritik und Vorschlag von Flesner

Flesner¹⁸⁵ kritisiert, dass die Gesellschafterliste nicht als Rechtscheinträger dienen könne, da die Eintragungen von der wahren Rechtslage abweichen könnten. Beispielsweise bliebe die Mitwirkung von Scheingesellschaftern an Strukturmaßnahmen der Gesellschaft weiterhin möglich. Unklar sei, ob der gutgläubige Erwerb auch die Stückelung der Anteile erfasse. Nach Ansicht Flesners¹⁸⁶ solle die Wirksamkeit der Anteilsübertragung von deren Eintragung in das Handelsregister abhängig gemacht werden. Dabei solle ausschließlich der mitwirkende Notar den Gesellschafterwechsel mit dem im Referentenentwurf vorgesehenen Richtigkeitsvermerk anzeigen dürfen, um Fehlerquellen auszuschließen. Die Beteiligung des Notars als eine mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Person würde eine zusätzliche Prüfung durch das Handelsregistergericht obsolet machen. Zur Vermeidung von Verzögerungen solle das elektronische Handelsregister so ausgestaltet werden, dass die Eintragung unmittelbar nach der unverzüglichen Übermittlung durch den Notar erfolge.¹⁸⁷

Die Einführung der Eintragung als Wirksamkeitserfordernis würde den größtmöglichen Druck auf den Erwerber ausüben, sich als Gesellschafter registrieren zu lassen und gewährleisten, dass die Eintragungen im Handelsregister mit hinreichender Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit entsprächen. Wegen dieser Übereinstimmung dürfte eine Gefahr der Mitwirkung eines Scheingesellschafters an Strukturmaßnahmen der Gesellschaft weitgehend vermieden wer-

¹⁸⁵ Flesner, NZG 2006, S.641 (643).

¹⁸⁶ Flesner, NZG 2006, S.641 (643).

¹⁸⁷ Flesner, NZG 2006, S.641 (644).

den und ein Zeitraum unrichtiger Eintragungen¹⁸⁸ würde nicht mehr gegeben sein. Wegen der Mitwirkung des Notars könnte sich der gutgläubige Erwerb auch auf die Stückelung der Anteile beziehen.

d) Stellungnahme

Die Kritik Flesners, welche mögliche Schwachstellen der Gesellschafterliste anspricht, ist im Hinblick auf den von ihm unterbreiteten Verbesserungsvorschlag einer durch den Notar veranlassten Handelsregistereintragung in sich widersprüchlich. Denn Gesellschafterliste und Handelsregister sind als Rechtsscheinträger künftig vergleichbar. Die Rechtswirkungen unterbliebener Handelsregistereintragungen hinsichtlich eintragungspflichtiger Tatsachen ergeben sich insbesondere aus § 15 Abs.1 HGB. Wegen der negativen Publizität des Handelsregisters könnte der wahre Gesellschafter, der nicht als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen wäre, diese Tatsache einem Dritten (Erwerber) nicht entgegensetzen, es sei denn, die Tatsache war dem Dritten bekannt. Der Dritte könnte den Anteil daher von dem eingetragenen Veräußerer gutgläubig erwerben. Eine fast identische Rechtsfolge begründet nun § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE. Ebenso ist die Druckwirkung der Eintragung in die Gesellschafterliste auf den Erwerber wesentlich erhöht worden, indem die Eintragung in § 16 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE das bisherige Anmeldeerfordernis ersetzt. Ohne Eintragung kann der Erwerber sämtliche Gesellschafterrechte nicht ausüben. Ein größerer Handlungsdruck entstünde auch durch das Erfordernis der Handelsregistereintragung nicht. Zunächst ist also festzuhalten, dass die Gesellschafterliste in ihrer Wirkung als Rechtsscheinträger nicht hinter dem Handelsregister zurücksteht.

In ihrer Tauglichkeit als Rechtsscheinträgerin ist die Gesellschafterliste gegenüber dem Handelsregister nur deshalb benachteiligt, weil vor Eintragung einer Tatsache im Handelsregister eine amtliche Prüfung durch das Registergericht erfolgt. Genau hierauf will auch Flesner verzichten.¹⁸⁹ Bereits oben¹⁹⁰ wurde gezeigt, dass eine Prüfungspflicht des Handelsregisters zu einer Überlastung der Registergerichte und einer erheblichen Kostensteigerung bei Transaktionen führen würde. Zur Gewährleistung der Richtigkeit einzutragender Tatsachen vertraut auch Flesner ganz auf den Notar als maßgebliche Prüfungsinstanz. Insofern besteht auch hier kein Unterschied zum Regierungsentwurf. Die Folgen des Auftretens von Scheingesellschaftern können durch die Handelsregistereintragung nicht verhindert werden. Zudem ist eine Handelsregistereintragung ohne vorherige Prüfungspflicht des Registergerichts sy-

¹⁸⁸ Gemeint ist die Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S.2 GmbHG-RegE.

¹⁸⁹ Flesner, NZG 2006, S.641 (643).

¹⁹⁰ siehe Kapitel I, E, I, Stellungnahme.

stempfremd. Es müsste eine Ausnahmeregelung im Handelsregisterrecht geschaffen werden, obwohl es sich um eine spezielle Problematik des GmbH-Rechts handelt.

Eine ausschließliche Einreichungsberechtigung und -pflicht des Notars ist ebenfalls abzulehnen. In den Fällen, in denen ein Notar gerade nicht am Übergang des Geschäftsanteils mitwirkt, sollten die Geschäftsführer zur Vermeidung von Aktualitätslücken der Gesellschafterliste weiterhin verpflichtet bleiben.

Der Regierungsentwurf dereguliert und erleichtert die Stückelungsvorschriften in §§ 5 und 17 GmbHG. Nach § 5 Abs. 2 GmbHG-RegE müssen die nach Teilung bestehenden Geschäftsanteile hinsichtlich des Betrags der entsprechenden Stammeinlage lediglich auf volle Euro lauten. Die gleichzeitige Übertragung mehrerer Teile von Geschäftsanteilen eines Gesellschafters an denselben Erwerber wird erlaubt. § 17 GmbHG, der die Teilung von Geschäftsanteilen erschwert, wird ganz aufgehoben. Eine Teilung erfolgt im Zeitpunkt des Anteilsüberganges (Closing). Teilt ein als Gesellschafter eingetragener Nichtberechtigter künftig seinen vermeintlichen Geschäftsanteil mittels Veräußerung in mehrere Anteile auf, so ist unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE auch ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich. Maßgeblich als Anknüpfungspunkt für den guten Glauben bleibt die ursprüngliche Gesellschafterliste vor Teilung und Individualisierung der Teilanteile, soweit der veräußerte Teilanteil eindeutig aus dem vorher ungeteilten Anteil hervorgeht. Der Verbleib der übrigen Teilanteile ist entsprechend in der Gesellschafterliste zu dokumentieren. Eine Erleichterung durch das Erfordernis der Handelsregistereintragung ist auch hier nicht ersichtlich.

Teilt ein in die Liste eingetragener Nichtberechtigter seinen vermeintlichen Anteil ohne Veräußerungsabsicht in mehrere Teile auf und veranlasst er seine Eintragung als Gesellschafter dieser Anteile, so wird er gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE nicht durch gutgläubigen Erwerb zum Berechtigten der Teilanteile. Denn es würde an dem Erfordernis des Rechtsgeschäftes bzw. Verkehrsgeschäftes fehlen. In der Regel wäre zudem Bösgläubigkeit gegeben. Unklarheiten bezüglich der Stückelung von Anteilen bestehen folglich nicht. Der Vorschlag Flesners ist daher abzulehnen.

e) Kritik und Vorschlag von Rau

§ 16 Abs.1 S. 2 GmbHG-RefE (bzw. nunmehr § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG-RegE) bestimmt, dass die Änderung der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer „auf Mitteilung und

Nachweis“ erfolgt. Rau hält diese Regelung vor dem Hintergrund der beabsichtigten Erhöhung der Transparenz der Gesellschafterstruktur für unverständlich.¹⁹¹ Erhält ein Geschäftsführer ohne eine solche Mitteilung sichere Kenntnis vom Gesellschafterwechsel oder dessen Namensänderung, sollte der Geschäftsführer auch weiterhin zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste verpflichtet sein. Sinnvoll sei zudem eine Regelung, dass ein neuer Gesellschafter, der Anteile nicht unter notarieller Mitwirkung – z.B. als Erbe – erwerbe, der Gesellschaft hierüber Mitteilung machen müsse.

Zusätzlich zu den notariellen Pflichten in § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE hält Rau bei aufschiebend bedingten Anteilsabtretungen zur Vermeidung schwebend unwirksamer Zwischenverfügungen die Einführung einer notariellen Verpflichtung zur vorzeitigen Mitteilung der Beurkundung an das Registergericht für sinnvoll, falls die Bedingungen nicht innerhalb einer bestimmten Frist – etwa nach zwei Monaten – eingetreten sind, deren Eintritt aber noch möglich ist.¹⁹² Nach § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE werden die Notarpflichten dagegen erst nach Wirksamkeit der Anteilsabtretungen ausgelöst.

Statt der Einreichung immer wieder neuer Gesellschafterlisten, die Änderungen regelmäßig hinsichtlich eines bestimmten Geschäftsanteils enthalten und die Eintragungen hinsichtlich der übrigen Anteile unverändert lassen, schlägt Rau als konsequentere Lösung die Einführung eines Gesellschaftsregisters ohne Prüfpflichten der zuständigen Handelsregisterbeamten vor.¹⁹³ Denn die „Gesellschafterliste“ bezeichne nicht die letzte eingereichte, aktuelle Gesellschafterliste, sondern die Gesamtheit aller beim Handelsregister eingereichten – und künftig auch elektronisch – einsehbaren Gesellschafterlisten. Diese Gesamtheit sei ohnehin einem Gesellschaftsregister ähnlich.¹⁹⁴

Die Registerbeamten hätten lediglich nach chronologischem Eingang die von den jeweiligen Notaren oder Geschäftsführern mitgeteilten Gesellschafterwechsel einzutragen. Die Verantwortung für die Richtigkeit der Eintragung läge alleine beim mitteilenden Notar oder Geschäftsführer.¹⁹⁵ Ein solches Register wäre übersichtlicher und würde das Problem der Einreichung sich zeitlich überschneidender Gesellschafterlisten vermeiden. Ein Gesellschaftsregister würde es im Übrigen erlauben, auch den guten Glauben an mindestens drei Jahre alte Eintragungen von Gesellschaftern zu schützen, die ihren Anteil in der Zwischenzeit wieder anderweitig veräußert hätten.¹⁹⁶

¹⁹¹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1896).

¹⁹² Rau, DStR 2006, S.1892 (1898).

¹⁹³ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897, 1899).

¹⁹⁴ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897).

¹⁹⁵ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897).

¹⁹⁶ Rau, DStR 2006, S.1892 (1899).

f) Stellungnahme

Der Ansicht Raus nach der Auslösung der Einreichungspflicht des Geschäftsführers bei sicherer Kenntnis von einer Änderung im Sinne des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE auch ohne zusätzliche Mitteilung oder Nachweis ist nicht zuzustimmen. An § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG-RegE ist festzuhalten. Im Gegensatz zum noch missverständlichen Referentenentwurf (Formulierung „in Vertretung der Geschäftsführer“ in § 40 Abs.1 S. 3 GmbHG-RefE) stellt der Regierungsentwurf jetzt klar, dass die Einreichungspflicht des Notars nicht nur eine Pflicht ist, sondern auch ein exklusives Recht des Notars, der an einer Anteilsübertragung mitwirkt. Der Notar handelt nicht als Vertreter des Geschäftsführers, sondern aufgrund eigener gesetzlicher Legitimation und Verantwortung. Die Gesetzesbegründung nimmt hierzu Stellung.¹⁹⁷ Die neue Formulierung in § 40 Abs. 2 S.1 GmbHG-RegE „anstelle“ führt zu einem Wegfall der Verpflichtung und somit auch des Rechts der Geschäftsführung zur Erstellung und Einreichung einer aktualisierten Liste, wenn ein Notar bei einer Veränderung im Sinne des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE mitgewirkt hat. Dies ist zur Erreichung des Ziels einer höheren Richtigkeitsgewähr und Aktualität der Gesellschafterliste auch folgerichtig. Nur so können Missbräuche, insbesondere auch durch die Geschäftsführung, vermindert werden. In Fällen, in denen der Geschäftsführer zugleich der Mehrheitsgesellschafter ist, könnte dieser durchaus ein Interesse an Manipulationen der Liste bzw. Verzögerungen der Neueintragung des Erwerbers haben, wenn für ihn die Person des Erwerbers unerwünscht ist und der Gesellschaftsvertrag kein Zustimmungserfordernis der Gesellschaftermehrheit hinsichtlich der Anteilsabtretung vorschreibt. Denkbar ist auch, dass ein Geschäftsführer die Wirksamkeit des Anteilserwerbs mangels hinreichender Rechtskenntnis falsch bewertet. Die Kompetenzen bei Mitwirkung des Notars müssen daher klar zwischen Geschäftsführung und Notar abgegrenzt und nur letzterem zugewiesen werden. Die Verpflichtung der Geschäftsführung zur nachfolgenden und laufenden Kontrolle einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste bleibt unberührt.¹⁹⁸ Die Legitimation der Geschäftsführung, Änderungen an der Gesellschafterliste vorzunehmen, besteht daher nur dann, wenn sie „auf Mitteilung und Nachweis“ von einer Veränderung „aus anderen Gründen“ erfahren haben, die nicht in Zusammenhang mit einer Veränderung unter Mitwirkung eines Notars stehen. Ein solch anderer Grund ist z.B. der gesetzliche Übergang des Geschäftsanteils auf den Erben eines Gesellschafters qua Erbfall. Hier darf die Einreichung einer geänderten Liste durch die Geschäftsführung nur erfolgen, wenn der Erbe seine Gesellschafterstellung durch Vorlage des Erbscheins oder – soweit möglich – durch Vorlage sonstiger öffentlicher Urkunden gegenüber der Geschäftsführung nachweist. Stellt der Geschäftsführer bei der Kontrolle der Liste einen Fehler

¹⁹⁷ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.100.

¹⁹⁸ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.100, 101.

fest, so hat er diesen Fehler durch Einreichung einer neuen Liste zu beseitigen. Zuvor sollte der Geschäftsführer verpflichtet sein, den betroffenen eingetragenen Gesellschafter zu einer Stellungnahme aufzufordern. Dies ist in § 67 Abs. 5 AktG für das Aktienregister ausdrücklich geregelt. Denn hat sich der Geschäftsführer geirrt und liegt tatsächlich gar kein Fehler der Liste vor, so kann er sich gegenüber dem betroffenen Eingetragenen, dessen Eintragung er möglicherweise beseitigt oder verändert, gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE schadensersatzpflichtig machen. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass dieses Verfahren der vorgeschalteten Gelegenheit zur Stellungnahme auch hier anzuwenden ist, ohne dass es einer ausdrücklichen Gesetzesformulierung bedürfte.¹⁹⁹

Die von Rau geforderte gesetzliche Mitteilungsverpflichtung von Gesellschaftern in Fällen des Anteilserwerbs, an denen ein Notar nicht beteiligt ist, sollte dahingehend konkretisiert werden, dass der Erwerber nicht nur zur Information der Gesellschaft verpflichtet wird, sondern darüber hinaus zum Nachweis seiner Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden.²⁰⁰ Dadurch können Lücken der Richtigkeitsvermutung der Liste bei alleiniger Zuständigkeit der Geschäftsführung, etwa dem Anteilserwerb kraft Erbfolge oder infolge von Auslandsbeurkundungen, geschlossen werden.

Grundsätzlich macht auch die Absicherung des Erwerbers bei Vereinbarung aufschiebender Bedingungen durch eine vorzeitige Mitteilung an das Registergericht Sinn. Das Vorliegen aufschiebender Bedingungen, deren Eintreten längere Zeit auf sich warten lassen kann, könnte dazu führen, dass der Erwerber trotz der Priorität der Abtretung zu seinen Gunsten die Gesellschafterstellung letztlich doch nicht erlangt.²⁰¹ Gemäß § 161 Abs.1 S.1 BGB sind Zwischenverfügungen des Veräußerers über den Geschäftsanteil vor Eintritt der Bedingung schwebend wirksam. Der Bedingungseintritt begründet deren Unwirksamkeit. Zum Schutz des Zwischenerwerbers sind jedoch gemäß § 161 Abs. 3 BGB die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb entsprechend anwendbar. Wenn der Zwischenerwerber das Recht kraft guten Glaubens auch von einem Nichtberechtigten hätte erwerben können, ist er beim Erwerb vom noch Berechtigten erst recht schutzwürdig, vorausgesetzt, dass er hinsichtlich der Beschränkungen der Verfügungsmacht gutgläubig ist.²⁰² Die Mitteilung des Abtretungsvertrages an das Registergericht müsste daher die Aufnahme dieser Tatsache in die Gesellschafterliste nach sich ziehen. Ein Zwischenerwerber könnte dann – ähnlich wie bei Vorliegen eines Widerspruchs – nicht mehr von einer unbeschränkten Verfügungsmacht des Veräußerers ausgehen. Ein gutgläubiger Erwerb nach § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3

¹⁹⁹ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101, 102.

²⁰⁰ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (687); Bohrer, DStR 2007, S.995 (999); Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (895).

²⁰¹ vgl. hierzu die Kritik von Peetz, GmbHR 2006, S.852 (859), die Kautelarpraxis könne die Notarpflichten nach § 40 Abs.1 S. 2 und 3 GmbHG-RefE durch einfache Bedingung in den Übertragungsakten leer laufen lassen.

²⁰² Palandt/Heinrichs, § 161 Rn 3.

GmbHG-RegE analog schiede dann aus. Die Mitteilung sollte aber nur erfolgen, wenn der ausbleibende Bedingungseintritt den vertraglichen Vereinbarungen widerspricht. Dort sind meist Fristen für den Eintritt diverser Bedingungen detailliert geregelt. Der Notar könnte eine Überschreitung dieses Zeitplanes feststellen. Eine Wartefrist von zwei Monaten nach Überschreitung der vertraglichen Fristen für den Bedingungseintritt erscheint angemessen.

Auch ohne gesetzliche Regelung kann dieses grundsätzliche Problem der Schutzlosigkeit des aufschiebend bedingten Erwerbers vor Zwischenverfügungen jedoch dadurch vertraglich zwischen den Parteien gelöst werden, dass der eingetragene Veräußerer dem Erwerber mit Vertragsabschluss die sofortige Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste bewilligt, die einen gutgläubigen Zwischenerwerb eines Dritten nach § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE analog vom Veräußerer ausschließt. Hierauf werden Anteilserwerber in Zukunft wohl bestehen. Der beurkundende Notar sollte den Erwerber auf diese Möglichkeit hinzuweisen haben.

Die Einführung eines Gesellschaftsregisters ist ebenfalls ein konstruktiver Vorschlag. Der Regierungsentwurf sieht vor, dass Notare und Geschäftsführer, die einen Gesellschafterwechsel mitteilen möchten, jeweils eine gesamte Liste einreichen müssen, die mit Ausnahme des mitzuteilenden Wechsels alle Angaben der letzten eingereichten Gesellschafterliste übernimmt. Neben der überflüssigen Abschreibearbeit für das Sekretariat des Notars bzw. des Geschäftsführers begünstigt dieses Verfahren an sich vermeidbare Fehlerquellen wie Schreibfehler oder Überschneidungen von einzureichenden Listen. Werden dem Handelsregister in engem zeitlichen Zusammenhang zwei Gesellschafterwechsel mitgeteilt, ohne dass die Beteiligten die jeweils andere Maßnahme kennen, so verweisen beide eingereichten Gesellschafterlisten dann jeweils nur auf den eigenen Wechsel und übernehmen im Übrigen die Angaben der letztbekannt eingereichten Liste. Die hier zuletzt eingereichte Liste wäre in diesem Fall bereits zum Zeitpunkt ihrer Einreichung falsch, da sie den kurz zuvor mitgeteilten Wechsel mangels Kenntnis nicht berücksichtigt. Zur Feststellung und Beseitigung solcher Umstände müssten die Handelsregisterbeamten die eingereichten Listen zumindest auf Schlüssigkeit überprüfen.²⁰³ Bei Einführung eines Gesellschaftsregisters würden die einreichungspflichtigen Personen dem Handelsregister nur den vorgenommenen Wechsel schriftlich und konkret bezeichnet mitteilen. Die zuständigen Handelsregisterbeamten müssten diese Wechsel dann – statt dem Handelsregister jeweils eine vollständige neue Liste zuzuordnen – lediglich nach chronologischem Eingang der Mitteilungen in das Register übertragen. Ein solches Register wäre daher übersichtlicher als eine Vielzahl angesammelter Gesellschafterlisten.

²⁰³ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897).

Gegen eine dringende Notwendigkeit der Einführung eines Gesellschaftsregisters spricht, dass auch dieses Verfahren fehleranfällig wäre. Schreib- oder Zuordnungsfehler wären hier bei dem übertragenden Registerbeamten denkbar. Hinzu kommt, dass sich das System der einzureichenden Gesellschafterlisten in der Vergangenheit bewährt hat. Sein Vorteil liegt darin, dass im Regelfall die zuletzt eingereichte Liste aktuell und vollständig ist. Sie ist daher ohne weitere Änderungen allein maßgeblich. Ausnahmefälle wie zeitliche Überschneidungen sind äußerst selten. In diesen Fällen der zeitlich unmittelbar nacheinander eingehenden Gesellschafterlisten ist den zuständigen Handelsregisterbeamten eine kurze Überprüfung der Schlüssigkeit zuzumuten. Gegebenenfalls haben sie auf eine Berichtigung der Liste hinzuwirken. Dies bedeutet lediglich einen geringen Arbeitsaufwand im Einzelfall. Das Argument Raus²⁰⁴, nur ein Gesellschaftsregister würde im Übrigen den Schutz des guten Glaubens an mindestens drei Jahre alte Eintragungen von Gesellschaftern erlauben, die ihren Anteil in der Zwischenzeit wieder anderweitig veräußert haben, ist nicht überzeugend. Letztlich bleibt die Forderung nach Einführung eines Gesellschaftsregisters eine Geschmacksfrage. Im Zuge der jetzigen Reform ergibt sich nach Ansicht des Verfassers keine Erforderlichkeit einer solchen Systemumstellung.

3. Haftung von Geschäftsführung und beurkundendem Notar

a) Geschäftsführerhaftung

Die Erweiterung der Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer in § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE für schuldhaft unterlassene oder unzutreffende Ausfertigungen der Gesellschafterliste nun auch gegenüber Veräußerer und Erwerber von Geschäftsanteilen ist sachgerecht. Im Vergleich zum Referentenentwurf wählt nun der Regierungsentwurf mit „denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat“ eine allgemeinere Formulierung. Gemeint sind hiermit der Alt- und der Neugesellschafter.²⁰⁵ Damit wird neben der Möglichkeit der Zwangsgeldfestsetzung gemäß § 14 HGB (bis zu 5.000,- EUR) ein wesentlicher Anreiz für die Geschäftsführer geschaffen, die Gesellschafterliste auf aktuellem Stand gemäß der ihnen bekannten oder mitgeteilten und nachgewiesenen Veränderungen zu halten.²⁰⁶

Aus § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG-RegE („auf Mitteilung und Nachweis“) folgt nach der Entwurfsbegründung eine Prüfungspflicht für die Geschäftsführer.²⁰⁷ Vor Ausfertigung und Einrei-

²⁰⁴ vgl. Rau, DStR 2006, S.1892 (1899).

²⁰⁵ Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 44.

²⁰⁶ vgl. Rau, DStR 2006, S.1892 (1896).

²⁰⁷ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.99.

chung einer neuen Gesellschafterliste müssen die Geschäftsführer prüfen, ob eine wirksame Veränderung überhaupt vorliegt. Über den Umfang der Prüfungspflicht enthält die Entwurfsbegründung nur rudimentäre Angaben. Dem Geschäftsführer kann jedenfalls nicht diejenige Prüfung aufgebürdet werden, die nach bisherigem Recht den Erwerber von Geschäftsanteilen vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Eine Schadensersatzpflicht tritt nur bei schuldhaftem Verhalten und vor allem bei kollusivem Zusammenwirken zu Lasten des wahren Berechtigten ein. Der Geschäftsführer könne sich ohne weitere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass der in die Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter zum Verkauf der Anteile legitimiert gewesen sei.²⁰⁸

Unbestreitbar wird allerdings sein, dass der Geschäftsführer die Wirksamkeit der ihm vorgelegten Urkunden jedenfalls mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prüfen hat und daraus ein erhebliches Haftungsrisiko resultiert.²⁰⁹ Die Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE fördert die unverzügliche Einreichung der neuen Gesellschafterliste, die auch in Fällen ohne notarielle Mitwirkung mit einer gewissen Richtigkeitsgewähr ausgestattet sein muss, und ist daher hinzunehmen.

b) Notarhaftung

Eine Schadensersatzpflicht des Notars gegenüber Gläubigern der Gesellschaft etwa gemäß § 19 BNotO, § 40 Abs. 2 GmbHG analog oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG wird nach derzeitiger Rechtslage allgemein verneint, weil die bisherige Mitteilungspflicht des Notars nicht dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger diene.²¹⁰ Diese Argumentation ist in Bezug auf Gesellschaftsgläubiger wohl weiterhin überzeugend. Nicht haltbar wird dagegen künftig die Verweigerung von Schadensersatzansprüchen der jeweiligen Veräußerer und Erwerber sein, die nun auch in den Schutz des § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE einbezogen werden.

Die neuen Mitwirkungspflichten des Notars haben eine wesentlich gewichtigere Qualität als die derzeitige bloße Mitteilungspflicht. Sie dienen der Sicherstellung der Transparenz des Gesellschafterkreises, dem Schutz eines möglichen Anteilserwerbers und des Gesellschafters vor dem Verlust seines Anteils durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten.²¹¹ Der die Anteilsabtretung beurkundende oder an einer sonstigen Veränderung mitwirkende, deutsche

²⁰⁸ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.89.

²⁰⁹ vgl. Breitenstein/Meyding, BB 2006, S.1457 (1460).

²¹⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich/Zöllner/Noack, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 19.

²¹¹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1896).

Notar ist den Vertragspartnern daher bei Pflichtverletzungen (z.B. Nichteinreichung der Liste, verzögerter Einreichung der Liste, Einreichung einer fehlerhaften Liste oder Unterlassen der Übermittlung der Liste an die Gesellschaft) gemäß § 19 BNotO kraft Amtshaftung²¹² zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet. Der Notar haftet für eigenes Verschulden. Seine Haftung erstreckt sich auf die durch § 40 Abs. 2 S.1 GmbH-RegE hinzutretende Pflicht zur unverzüglichen Einreichung der aktualisierten Liste, die mit der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE zu versehen ist.

c) Keine Zurechnung von Notarverschulden zu Lasten der Geschäftsführer

Nach der noch missverständlichen Formulierung im Referentenentwurf „in Vertretung der Geschäftsführer“ in § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG-RefE stellte sich die Frage, ob ein Verschulden des Notars hinsichtlich der Einreichungspflicht auch den Geschäftsführern im Rahmen des Schadensersatzanspruches nach § 40 Abs. 2 GmbHG-RefE (jetzt § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE) zugerechnet werden sollte. In Betracht kam § 278 S.1, 1.Alt. BGB, da es den Anschein hatte, als sollte der Notar qua gesetzlicher Vertretungsbefugnis für die Geschäftsführer handeln.

Die neue Formulierung „anstelle“ in § 40 Abs. 2 S.1 GmbHG-RegE löst diese Frage dahingehend, dass die Pflichtenkreise von Geschäftsführung und mitwirkendem Notar strikt getrennt bleiben. Die Pflicht der Geschäftsführer entfällt bei Mitwirkung des Notars.²¹³ Eine Zurechnung von Notarverschulden zu Lasten der Geschäftsführer scheidet daher aus. Der Notar handelt nicht in Vertretung der Geschäftsführer, sondern erfüllt eine ausschließlich eigene Pflicht gegenüber den ihn beauftragenden Vertragsparteien. Gemäß § 40 Abs. 2 S.1 a.E. GmbHG-RegE ist der Notar jedoch verpflichtet, eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Diese Übermittlung dient der Information der Gesellschafter im Hinblick auf § 16 Abs.1 GmbHG-RegE und ist zugleich wegen der Pflicht der Geschäftsführer zur Erstellung künftiger Gesellschafterlisten²¹⁴, aber auch zur Kontrolle²¹⁵ der geänderten Liste durch die Geschäftsführer notwendig.

In diesem Zusammenhang sollen kurz drei mögliche Fallgestaltungen notarieller Pflichtverletzungen durchgespielt werden:

²¹² Rau, DStR 2006, S.1892 (1896); Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 45.

²¹³ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.100.

²¹⁴ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

²¹⁵ vgl. Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

Im **ersten Fall** unterläuft dem Notar ein Fehler bei der Erstellung der neuen Gesellschafterliste, der den Geschäftsführern bei nachträglicher Überprüfung nach Übersendung an die Gesellschaft auffallen muss. Hier haften die Geschäftsführer nicht für die falsche Einreichung, möglicherweise aber für eigenes Verschulden, wenn sie die geänderte Gesellschafterliste trotz Zweifeln an der Richtigkeit bzw. Anhaltspunkten für einen vorhandenen Fehler nicht sorgfältig kontrolliert und den Notar auf den Fehler aufmerksam gemacht haben.

Im **zweiten Fall** handelt es sich um einen Fehler des Notars, der den Geschäftsführern auch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht auffallen kann. Eine Verschuldenszurechnung auf die Geschäftsführer ist hier mangels eigener Einreichungspflicht abzulehnen. Ein eigenes Kontrollverschulden liegt ebenfalls nicht vor.

Im **dritten Fall** verzögert der Notar die Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste und deren Übermittlung an die Gesellschaft, ohne dass die Geschäftsführer anderweitig von einem Wechsel im Bestand der Gesellschafter Kenntnis erlangt haben. Auch hier trifft das Auswahlrisiko hinsichtlich des Notars die Vertragsparteien. Es besteht nur eine Haftung des Notars für eigenes Verschulden.

4. Treuhandverhältnisse und Transparenz der Gesellschafterliste

Grundsätzlich bleiben Treuhandverhältnisse weiterhin möglich.²¹⁶ Diese könnten der Transparenz der Gesellschafterliste entgegenstehen, wenn der Treuhänder als Gesellschafter eingetragen ist, der Anteil aber materiell-rechtlich oder auch nur wirtschaftlich dem Treugeber zuzurechnen ist. Ein Treuhandvertrag ist meist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder, der im Fall der fremdnützigen Verwaltungstreuhand die Vermögensinteressen des Treugebers zu treuer Hand verwaltet. Dazu erhält der Treuhänder vom Treugeber Vermögensrechte übertragen oder ihm wird eine Rechtsmacht im Außenverhältnis eingeräumt, die im Innenverhältnis durch die Treuhandvereinbarung beschränkt ist.²¹⁷ Zu unterscheiden ist zwischen der so genannten echten (fiduziarischen) Treuhand, bei der der Treugeber durch Vollrechtsübertragung auf den Treuhänder die Verfügungsmacht über das Treugut verliert, und der unechten Treuhand, bei der der Treugeber Vollrechtsinhaber bleibt, der Treuhänder aber zu Verfügungen im Namen des Treugebers (Vollmachtstreuhand) oder im eigenen Namen (Ermächtigungstreuhand) ermächtigt wird. Im Folgenden sollen die Auswirkungen der verschie-

²¹⁶ Römermann, GmbH 2006, S.673 (676); Rau, DStR 2006, S.1892 (1894).

²¹⁷ Palandt/Bassenge, § 903 Rn 33.

denen Formen der Treuhand auf die Transparenz der Gesellschafterliste untersucht werden. Dabei muss zunächst geklärt werden, wer jeweils die Gesellschafterstellung erlangt, wenn der Treuhänder von dem ihm durch den Treugeber zur Verfügung gestellten Investitionskapital einen GmbH-Geschäftsanteil von einem Dritten erwirbt und diesen Anteil für den Treugeber zu treuer Hand verwalten soll.

a) Vollmachtstreuhand

Der Treuhänder ist zu Rechtsgeschäften im Namen des Treugebers bevollmächtigt. Es gelten die §§ 164 ff. BGB, insbesondere das Erfordernis der Offenkundigkeit gemäß § 164 Abs.1 S. 2 BGB. Die Vollmacht kann auch im Rahmen des § 15 Abs. 3 GmbHG formfrei erteilt werden. Vertragspartner des veräußernden Gesellschafters ist der durch den Treuhänder vertretene Treugeber. Dieser wird Gesellschafter und entsprechend in die Gesellschafterliste eingetragen. Folglich ist Transparenz der Gesellschafterliste gewährleistet. Anteilshaber und Eingetragener sind identisch. Ein Erwerb des Anteils von dem eingetragenen Treugeber ist ein Erwerb vom Berechtigten und damit unproblematisch. Auch in Zukunft wird ein gutgläubiger Erwerb von dem Vollmachtstreuhand nicht möglich sein, da mangels Eintragung in die Gesellschafterliste schon kein Rechtsscheintatbestand besteht.

b) Ermächtigungstreuhand

Die Ermächtigungstreuhand ist ein weiterer Fall der unechten Treuhand. Der Treugeber ist dabei Vollrechtsinhaber, der Treuhänder wird lediglich im Sinne von § 185 Abs.1 BGB ermächtigt, in eigenem Namen Verfügungen und sonstige Rechtshandlungen betreffend das Treugut für Rechnung des Treugebers vorzunehmen. Offenkundigkeit ist nicht gegeben, da der Treugeber in der Regel unerkannt bleiben will. Anderenfalls könnte er wie in Modell a) Vollmacht erteilen. Es handelt sich bei der Ermächtigungstreuhand um einen Fall der mittelbaren Stellvertretung.

Im Fall des GmbH-Anteilskaufs durch den Treuhänder im eigenen Namen für Rechnung des Treugebers wird zunächst der Treuhänder Inhaber des Geschäftsanteils. Denn der Treuhänder als mittelbarer Stellvertreter erwirbt Eigentum zu vollem Recht nach den für den Gegenstand geltenden Übereignungsvorschriften und er ist dem Treugeber schuldrechtlich gebunden, das Eigentum nur nach Maßgabe der Treuhandvereinbarung auszuüben.²¹⁸ Bei Ab-

²¹⁸ BGH NJW 1954, S.190; Palandt/Bassenge, § 903 Rn 37.

schluss eines Gesellschaftsvertrages durch einen Treuhänder wird dieser dann Gesellschafter.²¹⁹ Er verliert diese Gesellschafterstellung erst mit seinem Ausscheiden, z.B. durch Übertragung auf den Treugeber.²²⁰ Übertragen auf die GmbH-Anteilsabtretung vor dem beurkundenden Notar, die der Treuhänder in eigenem Namen annimmt, folgt daraus, dass der Treuhänder die Gesellschafterstellung von dem veräußernden Gesellschafter selbst erlangt und auch in der Gesellschafterliste eingetragen wird. Mangels Offenkundigkeit ist der Treugeber außer dem Treuhänder gerade niemandem bekannt. Die Gesellschafterliste ist in diesem Zeitpunkt richtig. Eingelegener und – wenn auch nur formaler, da vertraglich gebundener – Gesellschafter ist der Treuhänder. Um nach jetziger Rechtslage Gesellschafterrechte wahrnehmen zu können, würde sich der Treuhänder bei der Gesellschaft anmelden, § 16 Abs.1 GmbHG.

Damit nun der Treugeber gemäß dem Modell der Ermächtigungstreuhand Vollrechtsinhaber wird, muss der Treuhänder den erworbenen GmbH-Geschäftsanteil an den Treugeber weiter abtreten. Dies kann formwirksam nur durch notarielle Beurkundung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG erfolgen. Nach bisheriger Rechtslage ist der beurkundende Notar gemäß § 40 Abs.1 S. 2 GmbHG nur zur Anzeige der Abtretung gegenüber dem Registergericht ohne Angabe der Vertragspartner und der weiteren Einzelheiten verpflichtet. Der Treugeber, der durch die wirksame Abtretung Gesellschafter der GmbH geworden ist und unerkannt bleiben will, erreicht diese Anonymität, indem er die Anmeldung seiner Person bei der Gesellschaft gemäß § 16 Abs.1 GmbHG unterlässt. Danach gilt gegenüber der Gesellschaft weiterhin der Treuhänder als Gesellschafter. Die Geschäftsführer erfahren nicht, dass statt des Treuhänders nun der Treugeber Gesellschafter der GmbH ist. Folglich kommt es auch nicht zu einer Eintragung des Treugebers in die Gesellschafterliste. Der Treuhänder bleibt weiterhin ermächtigt, den Geschäftsanteil in eigenem Namen für Rechnung des Treugebers etwa durch Geltendmachung des Gewinnbezugsrechts oder Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung zu verwalten. Die Gesellschafterliste ist falsch und spiegelt die Gesellschafterverhältnisse nicht transparent wieder. Eingelegener ist der Treuhänder, anonymer Gesellschafter dagegen ist der Treugeber. Grundsätzlich wäre daher in Zukunft unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ein gutgläubiger GmbH-Anteilserwerb von dem eingetragenen Treuhänder möglich. Jedoch wird das Modell der Ermächtigungstreuhand, das die Identität des wahren Gesellschafters verschleiern, durch die Reform erschwert oder sogar unmöglich gemacht. Denn in Zukunft ist jeder – zumindest inländische – die Anteilsabtretung oder Anteilsbelastung beurkundende Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE zur eigenhändigen Einreichung der aktuellen Gesellschafterliste in Vertretung der Ge-

²¹⁹ BGH WM 1962, S.1354; Palandt/Sprau, § 705 Rn 10.

²²⁰ BGH BB 1971, S.368; Palandt/Sprau, § 705 Rn 10.

geschäftsführer nebst Bescheinigung und Information der Geschäftsführer verpflichtet. Die Person des Treugebers kann folglich nicht mehr anonym bleiben. Von dieser gesetzlichen Pflicht kann der Notar von Treuhänder und Treugeber als Vertragsparteien der Abtretung auch nicht entbunden werden. In Zukunft sind daher heimliche Weiterübertragungen des Geschäftsanteils an Treugeber nicht mehr möglich.

c) Echte (fiduziarische) Treuhand

Bei dieser Art des Treuhandverhältnisses wird der Treuhänder Vollrechtsinhaber hinsichtlich des Treuguts. Er ist nur im Innenverhältnis vertraglich an die Beschränkungen seiner Rechtsmacht gebunden. Er kann im Treuhandvertrag den Weisungen des Treugebers unterworfen sein. Der Treugeber selbst hat keine Verfügungsmacht über das Treugut. Ihm stehen nur vertragliche Ansprüche gegen den Treuhänder zu.

In seinem Beschluss vom 12. Dezember 2005 unterstreicht der 2. Zivilsenat des BGH²²¹ erneut, dass ein Treuhandvertrag hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils grundsätzlich dem Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliege. Bereits in einer früheren Leitentscheidung hat der Senat²²² maßgeblich darauf abgestellt, ob die getroffene Treuhandabrede zwangsläufig die Verpflichtung zur Geschäftsanteilsübertragung begründe. Der Formzwang gelte bei Bejahung dieser Frage nicht nur für die Treuhandabrede, die einen bereits gehaltenen Geschäftsanteil betreffe (Vereinbarungstreuhand), sondern nach dem Sinn der Formvorschrift in gleicher Weise für eine Treuhandabrede, die sich auf vorhandene, aber noch zu erwerbende, bei Beendigung des Treuhandverhältnisses jedoch an den Treugeber herauszugebende Geschäftsanteile beziehe. In seinem aktuellen Beschluss erkennt der Senat²²³ eine Ausnahme von § 15 Abs. 4 GmbHG nur dann an, wenn sich die Treuhandabrede auf noch nicht existierende Geschäftsanteile bezieht und vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages geschlossen wurde. Enthält die Treuhandvereinbarung demnach zugleich eine aufschiebend bedingte Rückabtretung des bereits existierenden Anteils vom Treuhänder auf den Treugeber, so muss der beurkundende Notar diese Vereinbarung dem Handelsregister und auch der Gesellschaft gemäß § 40 Abs. 2 S.1 GmbHG-RegE mitteilen.²²⁴ Transparenz ist daher in diesem Fall gewährleistet.

²²¹ BGH WM 2006, S.1388 (1389).

²²² BGH WM 1999, S.1118.

²²³ BGH WM 2006, S.1388 (1389).

²²⁴ BGH WM 2006, S.1388; Rau, DStR 2006, S.1892 (1894).

Erwirbt der Treuhänder dagegen von dem ihm durch den Treugeber zur Verfügung gestellten Investitionskapital einen GmbH-Geschäftsanteil von einem Dritten, so handelt er in eigenem Namen und wird wie im Modell b) selbst Gesellschafter, in die Gesellschafterliste eingetragen und nach bisherigem Recht bei der Gesellschaft angemeldet. Anders als bei der Ermächtigungstreuhand bleibt er bei der echten Treuhand Inhaber des Geschäftsanteils und überträgt diesen nicht an den Treugeber weiter. Die Gesellschafterliste ist richtig. Der Treuhänder ist tatsächlich Gesellschafter und als Gesellschafter eingetragen. Die Gesellschafterliste spiegelt jedoch auch hier die tatsächliche Rechtslage nicht transparent wider. Denn der Geschäftsanteil, den der Treuhänder als Gesellschafter lediglich verwaltet, ist wirtschaftlich dem nicht eingetragenen Treugeber zuzurechnen. Der Treugeber erteilt dem Treuhänder in der Regel im Innenverhältnis Weisungen, an deren Befolgung der Treuhänder vertraglich gebunden ist.

Veräußert der eingetragene Treuhänder den Geschäftsanteil entgegen den Weisungen des Treugebers an einen Dritten weiter, so liegt dennoch kein Fall des gutgläubigen Erwerbs vor. Der Dritte erwirbt den Anteil vom Berechtigten. Der Treuhänder ist nicht bloß formal Gesellschafter. Die Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders im Innenverhältnis hat auf das Außenverhältnis keinen Einfluss. Im Innenverhältnis macht sich der Treuhänder aus dem Treuhandverhältnis gegenüber dem Treugeber schadensersatzpflichtig.

d) Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils von Treugeber auf Treuhänder

Will der Treugeber zum Zwecke der fiduziarischen Treuhand einen GmbH-Geschäftsanteil auf den Treuhänder übertragen, so ist dies unproblematisch möglich, wenn der Treugeber Gesellschafter ist. Ist der Treugeber zwar in der Gesellschafterliste eingetragen, aber nicht der wahre Gesellschafter, so kommt zukünftig ein gutgläubiger Erwerb des Geschäftsanteils durch den Treuhänder bei der eigennützigen Sicherungstreuhand in Betracht, mangels Verkehrsgeschäft aber nicht bei der fremdnützigen Verwaltungstreuhand.²²⁵

5. Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen und dadurch entstehende Probleme

Im Zusammenhang mit der künftig stärkeren Inanspruchnahme und Verantwortung des die Anteilsabtretung beurkundenden Notars, der anstelle der Geschäftsführer die aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen und statt der früheren pauschalen Mittei-

²²⁵ vgl. Palandt/Bassenge, § 903 Rn 37.

lung nun eine ausführliche Bescheinigung abgeben muss, stellt sich die Frage, ob in Zukunft Auslandsbeurkundungen nicht mehr zuzulassen sind. Immerhin findet der neu eingeführte, gutgläubige Erwerb seine entscheidende Rechtfertigung in der Beteiligung des Notars.

Nach der Rechtsprechung des BGH genügt – im Fall der Änderung einer GmbH-Satzung – eine Auslandsbeurkundung grundsätzlich den Anforderungen des deutschen Rechts an eine notarielle Beurkundung, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit eines deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.²²⁶ Diese vom BGH aufgestellten Bedingungen an die ausländische Urkundsperson können wohl auch auf die Beurkundung von Verfügungen über GmbH-Geschäftsanteile übertragen werden. Solche Beurkundungen bedürfen keines höheren Schutzniveaus als Beurkundungen von Änderungen des Gesellschaftsvertrages.

Mit der Änderung des § 40 GmbHG und der damit verbundenen Einführung der Einreichungs- und Bescheinigungspflicht der deutschen Notare, die einen Vorgang nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkunden, erhöhen sich allerdings die Anforderungen an die ausländische Urkundsperson im Sinne der BGH-Rechtsprechung. Wegen des Territorialprinzips gilt weder der bisherige § 40 GmbHG für ausländische Urkundspersonen, noch wird der neue § 40 GmbHG-RegE diese öffentlich-rechtlich verpflichten können.²²⁷ Die künftig in § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE für deutsche Notare hinzutretenden Pflichten dienen als Legitimation für die Einführung des gutgläubigen Erwerbs und werden mithin als tragende Grundsätze des deutschen Beurkundungsrechts im Sinne der BGH-Rechtsprechung anzusehen sein. Eine Vergleichbarkeit ausländischer Notare mit deutschen Notaren scheidet insofern aus. Dennoch werden Auslandsbeurkundungen weiterhin zulässig bleiben. Denn dies entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers. Durch den MoMiG-Regierungsentwurf soll § 4 a Abs. 2 GmbHG gestrichen und somit für deutsche GmbH gerade die Möglichkeit geschaffen werden, ihren Verwaltungssitz auch ins Ausland zu verlegen. Damit solle der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch ausschließlich im Rahmen einer (Zweig-) Niederlassung, die alle Geschäftsaktivitäten erfasst, außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes zu entfalten.²²⁸ Dann kann aber nicht gleichzeitig ein faktischer Zwang zu Beurkundungen ausschließlich im Inland geschaffen werden. An anderer Stelle erwähnt die Entwurfsbegründung, dass weiterhin bestehende Lücken, z.B. bei der Auslandsbeurkun-

²²⁶ BGH ZIP 1981, S.402.

²²⁷ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (896); Breitenstein/Meyding, BB 2006, S.1457 (1460); Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (10); Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (688); Roth/Altmeyden, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 8; Baumbach/Hueck/Fastrich/Zöllner/ Noack, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 16.

²²⁸ Begründung RegE zu Nummer 4 (Änderung von § 4a), S.65.

derung, nunmehr geschlossen würden.²²⁹ Diese Aussage deutet darauf hin, dass die Entwurfsverfasser das Problem der Auslandsbeurkundungen gesehen haben und der Regierungsentwurf die fehlende Mitwirkung eines deutschen Notars im Hinblick auf die Legitimation des Gutgläubensschutzes durch sein Regelungssystem ausgleicht. Gemeint sind hier wohl § 16 Abs.1 GmbHG-RegE sowie die Dreijahres-Frist und die Zurechnungsregelung in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE.

a) Ansicht von Zöllner und Rau

Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung unterwerfe sich ein ausländischer Notar, der die Beurkundung eines dem deutschen Gesellschaftsrecht zuzurechnenden Vorgangs übernehme, damit immanant der Beachtung aller vom deutschen Gesellschaftsrecht vorgeschriebenen Regeln als Vertragsrecht.²³⁰ Dabei könne implizit die Anwendung deutschen Vertragsrechts oder einer parallelen Wertung im anwendbaren ausländischen Recht für das zwischen Anteilserwerber und ausländischem Notar über die Beurkundung bestehende Vertragsverhältnis vorausgesetzt werden, Art. 28 EGBGB. Der ausländische Notar habe die Pflichten aus § 40 Abs.1 S. 2 und 3 GmbHG-RefE (jetzt § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE) dann als vertragliche Nebenpflichten zu beachten.²³¹ Eine Haftung ausländischer Notare gegenüber den Vertragsparteien für Verletzungen der Einreichungs- und Bescheinigungspflicht könnte dann aufgrund vertraglicher Schadensersatzansprüche angenommen werden.²³²

b) Stellungnahme

Die vorgenannte Ansicht unterstellt bei Fehlen einer ausdrücklichen oder konkludenten Rechtswahl gemäß Art. 27 EGBGB eine implizite Anwendbarkeit deutschen Rechts gemäß Art. 28 EGBGB auf den Beurkundungsvertrag zwischen der Urkundsperson und in der Regel dem Erwerber als Auftraggeber. Dabei deutet die Vermutung gemäß Art. 28 Abs. 2 S.1 EGBGB eher auf die Anwendbarkeit des Rechts des Beurkundungsstaates hin, da die Urkundsperson die charakteristische Vertragsleistung erbringt. Die implizite Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den Dienstleistungsvertrag über die Notarleistung könnte sich aber aus Art. 28 Abs.1 S.1 EGBGB ergeben, wenn dieser Vertrag die engsten Verbindungen zum Staat Deutschland aufwiese. Dies könnte der Fall sein, wenn Veräußerer und Erwerber ihren

²²⁹ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.84.

²³⁰ Zöllner, Die GmbH-Reform in der Diskussion in der Diskussion, 2006, S.175 (180).

²³¹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

²³² Rau, DStR 2006, S.1892 (1896).

Geschäfts- bzw. Wohnsitz in Deutschland haben, ein Geschäftsanteil an einer deutschen GmbH Gegenstand der Abtretung ist und die Vertragsparteien hinsichtlich des Abtretungsvertrages die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbaren. Dann spricht Einiges dafür, dass auch der Dienstleistungsvertrag mit dem Notar deutschem Recht unterliegen soll.

Eine solche Auslegung des Art. 28 Abs.1 S.1 EGBGB ist jedoch zweifelhaft. Denn der Dienstvertrag mit dem Notar über die Beurkundungsleistung ist rechtlich und tatsächlich unabhängig von dem zu beurkundenden Vertrag, der im geschilderten Beispiel tatsächlich die engsten Verbindungen zu Deutschland aufwies. Für den Notarvertrag gilt dies indes nicht. Bei Verträgen mit einem ausländischen Staat oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften besteht im Zweifel die engste Verbindung zum Recht des betroffenen Staates.²³³

Entsprechendes müsste bei einem Vertrag mit einem ausländischen Notar gelten, der das Verfahrens- und Berufsrecht seines Staates zu beachten hat und kraft öffentlich-rechtlich verliehener Befugnis dieses Staates Verträge beurkunden oder beglaubigen darf. Folglich liegt die Anwendung deutschen Rechts gemäß Art. 28 EGBGB eher fern.

Einem Anteilserwerber, der einen ausländischen Notar mit der Beurkundung der Anteilsabtretung betraut, ist daher zu empfehlen, mit dem Notar die Befolgung aller einem deutschen Notar bei einer Anteilsabtretung obliegenden Pflichten und Obliegenheiten vertraglich gesondert zu vereinbaren.²³⁴

Im Zuge der GmbH-Reform könnte der deutsche Gesetzgeber denjenigen, der Begünstigter einer beabsichtigten Veränderung im Sinne des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE ist und mit der Beurkundung des zugrunde liegenden Vertrages einen ausländischen Notar betraut, gesetzlich verpflichten, mit dem ausländischen Notar hinsichtlich der Notarpflichten die Anwendbarkeit deutschen Rechts zu vereinbaren. Dies würde vermutlich die Kosten von Auslandsbeurkunden wesentlich erhöhen, da sich der ausländische Notar zunächst in das deutsche Notarrecht einarbeiten müsste.

Alternativ und vereinfachend könnte der Gesetzgeber den Anteilserwerber dazu verpflichten, mit dem ausländischen Notar neben der Beurkundung die Beachtung lediglich der konkreten Notarpflichten aus § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE zu vereinbaren. Auch der ausländische Notar kann eine Liste bescheinigen, wenn er nach Stellung und Funktion im Rechtsleben dem inländischen Notar vergleichbar ist.²³⁵

²³³ Palandt/Heldrich, Art. 28 EGBGB, Rn 2.

²³⁴ vgl. Götz/Bressler, NZG 2007, S.894 (896); Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

²³⁵ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (V., 1., c)) mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

6. Anteilsübertragungen nach ausländischem Ortsrecht, Art. 11 Abs.1, 2. Alt. EGBGB

Probleme werfen überdies Anteilsübertragungen in solchen Ländern auf, nach deren Ortsrecht im Sinne des Internationalen Privatrechts die Geschäftsanteile formfrei oder durch einfache Schriftform wirksam abgetreten oder belastet werden können. Auch hier ist kein deutscher Notar oder eine mit diesem vergleichbare Urkundsperson beteiligt. Nach Art. 11 Abs.1 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft mit Auslandsbezug formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf den seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (Geschäftsrecht, 1.Alt.), oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (Ortsrecht, 2.Alt.). Das Geschäftsrecht, das bei der deutschen GmbH in der Regel zu einer Anwendung des § 15 Abs. 3 GmbHG gelangen würde, könnte so durch das alternativ gültige Ortsrecht ersetzt werden.

Die Anwendbarkeit des Art. 11 Abs.1 EGBGB auf die Verfügung über GmbH-Geschäftsanteile und damit die mögliche Ausschaltung der Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3 GmbHG ist jedoch umstritten und bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden worden. Auf Ebene der Oberlandesgerichte tendiert die Rechtsprechung²³⁶ ebenso wie die herrschende Meinung in der Literatur²³⁷ zu einer Anwendbarkeit des Art. 11 EGBGB, da dessen Wortlaut keine Einschränkung des Anwendungsbereichs für Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts enthalte. Neben den Vertretern der Gegenansicht²³⁸, die die Ortsform im Gesellschaftsrecht zum Teil in analoger Anwendung des Art. 11 Abs. 5 EGBGB pauschal nicht alternativ zulassen wollen, differenziert eine weitere Ansicht²³⁹ nach der Art des Gesellschaftsakts. Jedenfalls Anteilsübertragungen seien danach auch in der Ortsform nach Art. 11 Abs.1, 2.Alt EGBGB zulässig, da durch sie lediglich der Bestand der Gesellschafter und nicht die Verfassung der Gesellschaft verändern werde. Rechtsakte mit satzungänderndem Charakter dagegen unterstünden zwingend und ausschließlich dem Gesellschaftsstatut als Geschäftsstatut. Die Einhaltung einer ausländischen Ortsform etwa für Gesellschafterbeschlüsse zur Gründung, Satzungsänderung, Kapital- und Umwandlungsmaßnahmen genüge nicht.

Es bleibt in der derzeit bestehenden Rechtsunsicherheit abzuwarten, wie sich der Bundesgerichtshof in dieser bisher offen gelassenen²⁴⁰ Frage entscheiden wird. Die nun durch § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE erhöhte Verantwortlichkeit des beurkundenden Notars spricht gegen eine Zulassung des Ortsrechts, kann aber bei der Auslegung des Art. 11 Abs.1 EGBGB nicht

²³⁶ vgl. BayOBLG GmbHR 1978, S.39; OLG Stuttgart GmbHR 2000, S.721 (724).

²³⁷ Haerendel, DStR 2001, S.1802 (1803); Goette, DStR 1996, S.709 (711).

²³⁸ van Randenborgh/Kallmeyer, GmbHR 1996, S.908; Winkler, NJW 1974, S.1032.

²³⁹ vgl. Goette, DStR 1996, S.709.

²⁴⁰ BGH ZIP 1989, S.1052.

alleine ausschlaggebend sein. Sollte das Ortsrecht nach Art. 11 Abs.1, 2.Alt EGB zugelassen werden, so könnte eine GmbH-Anteilsabtretung z.B. in Luxemburg ohne die Mitwirkung eines Notars vollzogen werden.

Der Regierungsentwurf räumt den Gesellschaften zur Lösung dieses Problems kein Wahlrecht hinsichtlich der Möglichkeit des gutgläubigen Anteilserwerbs ein. Auch für die Fälle der Anteilsübertragungen kraft ausländischem Ortsrecht gehen die Verfasser des Regierungsentwurfs wohl davon aus, dass Lücken in der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste entweder durch § 16 Abs.1 GmbHG-RegE vermieden oder durch § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE aufgewogen werden. Unabhängig von der den gutgläubigen Erwerb hemmenden Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE muss ein Weg gefunden werden, wie die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen auch nach Abtretungen im Ausland auf ein gesichertes Fundament gestellt werden kann. Der Gesetzgeber müsste dazu eine für die Vertragsparteien einfache und kostengünstige Regelung schaffen, die die Richtigkeit und Aktualität der Gesellschafterliste gewährleistet.

In Betracht käme zum Beispiel eine gesetzliche Verpflichtung der Vertragsparteien in allen Fällen der Anteilsabtretung bzw. -belastung im Ausland zur unverzüglichen Benachrichtigung der Geschäftsführer der GmbH unter Abgabe einer Wissenserklärung in Bezug auf die zugrunde liegenden Tatsachen. Die Übertragung eines Geschäftsanteils hat für den Juristen zwei Aspekte, nämlich den tatsächlichen Akt einer Übertragung und die Rechtswirksamkeit des Akts.²⁴¹ Obwohl die Vertragsparteien in der Regel persönlich nicht in der Lage sein werden, die materielle Berechtigung des Veräußerers oder die materielle Wirksamkeit des Vorgangs zu überprüfen, wäre ihnen zuzumuten, selbst oder durch ihre Rechtsbeistände die Gesellschafterliste online einzusehen und eine Erklärung an die Geschäftsführer entsprechend § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE dahin gehend abzugeben, dass aus den ihnen vorliegenden Unterlagen keine Tatsachen ersichtlich seien, welche die Rechtsnachfolge und damit die Richtigkeit der neuen Liste in Frage stellen würden. Denn den tatsächlichen Akt einer Übertragung könnte auch ein juristischer Laie feststellen. Diesem würde auch nicht schwerfallen, eine lückenlose Übertragungskette vom zuletzt Eingetragenen zu seiner Person festzustellen.²⁴²

Ebenso könnte ein Erwerber gesetzlich verpflichtet werden, eine dem deutschen Notar vergleichbare, ausländische Urkundsperson bei der Anteilsübertragung einzuschalten und diese vertraglich zu den Handlungen im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE zu verpflichten.

²⁴¹ Peetz, GmbHR 2006, S.852 (856).

²⁴² vgl. Peetz, GmbHR 2006, S.852 (856).

Allerdings wird der Gesetzgeber bei Unterlassung solcher Pflichten weder den Veräußerer noch den Erwerber mit Sanktionen belegen können und wollen. Mangels eines allgemeinen öffentlichen Interesses an der Richtigkeit der Eintragungen in der privat geführten Gesellschafterliste könnte z.B. die gesetzliche Androhung von Bußgeldern unverhältnismäßig sein. Die Richtigkeit und Aktualität der Gesellschafterliste dient zunächst dem Schutz der Gesellschaft und der Gesellschafter selbst. Durch die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs entsteht nun auch gegenüber Dritten Vertrauensschutz im Hinblick auf die Eintragungen in der Liste.²⁴³ Ob dieser Vertrauensschutzaspekt auch ein Interesse des Rechtsverkehrs z.B. an der vertraglichen Einbeziehung des ausländischen Notars nach sich zieht und dieses höher zu werten ist als die Freiheit der Vertragsparteien, im Ausland einen Notar einzuschalten oder nicht, erscheint zumindest fraglich. Letztlich ist bei einer Ersparnis des Notars immer die eigene Rechtsstellung des Erwerbers gefährdet, wenn die Auslandsbeurkundung nicht ordnungsgemäß in der Gesellschafterliste eingetragen wird. Eine gesetzliche Verpflichtung könnte daher jedenfalls der Warnung des Erwerbers dienen.

Möglich wäre alternativ eine Regelung, die dem Erwerber die Ausübung seiner Gesellschafterrechte im Sinne des § 16 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE verweigern würde, wenn zumindest die Eintragung in die Gesellschafterliste im Falle einer Auslandsbeurkundung oder eines Anteils-erwerbs im Ausland ohne notarielle Mitwirkung nicht über einen (ausländischen) Notar oder eine hiermit vergleichbar ausgebildete Urkundsperson vorgenommen würde.

Die faktisch entscheidende und ausreichende „Sanktion“ des Erwerbers für die Vornahme von Anteilsübertragungen im Ausland ohne Notar bzw. mit Notar ohne Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE könnte der neue § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE enthalten. Durch die Formulierung „. . . **und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist**“ könnte der Veräußerer eines GmbH-Geschäftsanteils im Ausland in dem Fall, dass eine ordnungsgemäße Eintragung des Erwerbers in der Gesellschafterliste weder über einen Notar noch über die Geschäftsführer veranlasst wird, auch ohne Beachtung der Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE einen gutgläubigen Erwerb eines Dritten zu Lasten des Erwerbers bewirken. Denn dem Erwerber könnte die Unrichtigkeit der Liste seit dem eigenen Anteilserwerb zuzurechnen sein.

²⁴³ vgl. Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.87.

V. Ausnahme bei Unrichtigkeit der Liste weniger als drei Jahre und keine Zurechnung der Unrichtigkeit an den Berechtigten

Diese Voraussetzung geht von der Annahme aus, dass die Erhöhung der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste, der Rechtsanspruch des wahren Gesellschafters auf Eintragung sowie das Widerspruchsrecht alleine nicht ausreichen, um einen gutgläubigen Anteilserwerb zu Lasten des wahren Gesellschafters zu rechtfertigen. Nach der Entwurfsbegründung ist eine vollständige Anbindung des guten Glaubens an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste nicht möglich. Die Gesellschafterliste werde privat geführt und das Handelsregister sei eine nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle.²⁴⁴

Allein die unrichtige Eintragung des Veräußerers genügt daher nicht als Rechtsscheintatbestand. Der wahre Gesellschafter soll grundsätzlich durch ein zusätzliches Zeitmoment vor einem Verlust seines Geschäftsanteils geschützt werden. So wird die Gesellschafterliste auch als „hinkender Rechtsscheinträger“ mit „Ersitzungskomponente“ bezeichnet.²⁴⁵

Nach dem ursprünglich positiv formulierten Text des Referentenentwurfs „. . . **gilt der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig, als die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten . . . ist**“ wird das Zeitmoment nunmehr wie folgt im Regierungsentwurf als negativ formulierte Ausnahme vom gutgläubigen Erwerb (Beweislastumkehr) integriert: „**Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist**“.

Aufgrund des neuen Zusatzes „. . . **und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist**“ steht das Zeitmoment nicht mehr alleine, sondern es wird seinerseits relativiert durch die weitere kumulative Voraussetzung, dass die Unrichtigkeit der Liste dem wahren Rechtsinhaber nicht zurechenbar sein darf. Anderenfalls entfällt sein Schutz durch die Dreijahres-Frist.

²⁴⁴ vgl. Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.87; Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 37.

²⁴⁵ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897); Miras, BWNotZ 2007, S.101 (105).

1. Die Dreijahres-Frist

Nach dem Referentenentwurf stellte sich die Frage, ob die Gesellschafterliste für den Zeitraum von drei Jahren lediglich hinsichtlich des Geschäftsanteils ununterbrochen unrichtig oder ob ausschließlich der Veräußerer in den letzten drei Jahren vor dem gutgläubigen Erwerb ununterbrochen falsch in der Gesellschafterliste eingetragen gewesen sein muss.

Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE sprach davon, dass ein- und dieselbe Eintragung unverändert bis zum Erwerbszeitpunkt für mindestens drei Jahre in der Liste gestanden haben muss.²⁴⁶ Die ursprüngliche Zielvorgabe der Begründung des Referentenentwurfs, „in Zukunft sei also nur noch eine – in der Regel sehr kurze – Kette von Veräußerungen bis zu dem Dreijahres-Stichtag nachzuweisen und zu garantieren“²⁴⁷, war insofern nicht realisierbar. Denn danach sollte in sämtlichen Fallgestaltungen, in denen der Erwerber die letzten drei Jahre geprüft hat, entweder ein Erwerb vom Berechtigten, oder hilfsweise ein gutgläubiger Erwerb erfolgen. Dies würde nach dem Wortlaut aber nur auf diejenigen Fälle zutreffen, in denen der Veräußerer seit mindestens drei Jahren in die Gesellschafterliste eingetragen war und keine verdeckte Anteilsübertragung vorgenommen hat, die einen Erwerb vom Berechtigten darstellt oder selbst nach § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE wirksam ist.

Hinsichtlich anderer Konstellationen, in denen der Veräußerer z.B. erst seit zwei Jahren in die Liste eingetragen wäre, konnte man aufgrund der Zielvorgabe der Entwurfsverfasser demgegenüber zu der Auslegung gelangen, dass unter „der unrichtigen Eintragung“ im Sinne der § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE jede falsche Eintragung verstanden werden sollte. Damit kam auch die unrichtige Eintragung eines Dritten in Betracht, von dem der jetzige Veräußerer sein vermeintliches Recht ableitet. Diese vorherige unrichtige Eintragung müsste selbst nicht drei Jahre lang bestanden haben, solange sie nur außerhalb des Dreijahreszeitraums vor dem Erwerbszeitpunkt liegt. Sie könnte sich dann mangels gutgläubigen Erwerbs des jetzigen Veräußerers in dessen ebenfalls unrichtiger Folgeeintragung perpetuiert haben.²⁴⁸

Die missverständliche Formulierung des Referentenentwurfes an dieser Stelle wurde kritisiert von Müller. Müsste der aktuelle Veräußerer selbst kontinuierlich mindestens im Zeitraum der letzten drei Jahre vor dem Erwerb in die Liste eingetragen gewesen sein, so müsste die erforderliche Due Diligence zwangsläufig bis zur Gründung der Gesellschaft oder

²⁴⁶ vgl. Müller, GmbHR 2006, S.953 (956).

²⁴⁷ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.51.

²⁴⁸ Müller, GmbHR 2006, S.953 (957).

bis zu einem Dreijahres-Zeitraum in der Vergangenheit zurückreichen, der im Fall der Nichtberechtigung des damaligen Veräußerers einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht hätte.²⁴⁹

Die Begründung des Regierungsentwurfes nimmt zu dieser Frage nun eindeutig Stellung. Entscheidend sei, dass der- oder die diejenigen, die im Laufe der vorangegangenen drei Jahre als Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen gewesen seien, durchgehend nicht die wahren Berechtigten gewesen seien. Unerheblich sei, ob mehrere Listen eingereicht worden seien, die den Geschäftsanteil verschiedenen Personen zuweisen würden. Sämtliche im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterlisten würden insoweit als eine fortgeschriebene Liste behandelt. Die Dreijahresfrist beginne mit Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmals einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweise. Werde anschließend eine bezüglich dieses Geschäftsanteils richtige Liste eingereicht, so beginne hinsichtlich dieses Geschäftsanteils die Dreijahresfrist erneut, wenn eine neue unrichtige Liste in das Handelsregister aufgenommen werde.²⁵⁰ Damit ist klargestellt, dass ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen auch dann in Betracht kommt, wenn der Veräußerer selbst z.B. seit einem Jahr unrichtig in der Gesellschafterliste eingetragen ist, die vorherigen Eintragungen derjenigen Personen, von denen der Veräußerer sein vermeintliches Recht ableitet, jedoch ebenfalls unrichtig waren, und diese fortlaufende Unrichtigkeit der Gesellschafterliste insgesamt seit mindestens drei Jahren besteht. Diese Änderung bzw. Klarstellung durch den Gesetzgeber ist zu begrüßen und wird relevant in folgendem Beispielfall:

A veräußert im Jahr 2008 einen Geschäftsanteil an B, der ihn im Jahr 2010 an C weiterveräußert. Sowohl B als auch C werden in der Gesellschafterliste eingetragen. Beide Übertragungen schlagen wegen einer nicht beachteten Vinkulierungsklausel fehl. Im Jahr 2012 – die Vinkulierungsklausel ist inzwischen abgeschafft – veräußert C den betroffenen Geschäftsanteil an den gutgläubigen D. In diesem Fall „mehrfacher“ Unrichtigkeit kommt es für den Beginn und Ablauf der Dreijahres-Frist ausschließlich auf die erstmalige Unrichtigkeit an. D kann den Geschäftsanteil somit gutgläubig von C erwerben, und zwar ohne dass es darauf ankäme, ob A oder B die Unrichtigkeit der Liste zuzurechnen ist.²⁵¹

Vossius zieht zur Begründung desselben Ergebnisses den Rechtsgedanken der §§ 943, 900 Abs.1 S. 2 BGB bei der Ersitzung heran. Maßgeblich sei die ununterbrochen unrichtige „Listenkette“, die auf den ersten Nichtberechtigten zurückführe.²⁵²

²⁴⁹ vgl. Müller, GmbHR 2006, S.953 (955 f.).

²⁵⁰ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88.

²⁵¹ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897).

²⁵² Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a, ee)).

2. Zurechnung der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste

Ist die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem Berechtigten zuzurechnen, ist der gutgläubige Erwerb nach dem Gesetzeswortlaut auch vor Ablauf des Dreijahreszeitraums ebenso möglich wie nach Ablauf des Dreijahreszeitraums (dann unabhängig von der Zurechenbarkeit).²⁵³ Der Ablauf der Dreijahres-Frist bildet also die konzeptionelle „Wasserscheide“ zwischen Veranlassungs- und reinem Rechtsscheinprinzip.²⁵⁴

Dem wahren Berechtigten, der sich nach Erwerb seines Geschäftsanteils nicht darum gekümmert hat, dass die Gesellschafterliste geändert wird und seine Rechtsstellung richtig wiedergibt, ist die Unrichtigkeit der Liste ohne Wartefrist zuzurechnen. Eine zurechenbare Unrichtigkeit liegt beispielsweise vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen werde und der wahre Erbe es unterlasse, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.²⁵⁵

Anders liegt der Fall, wenn einem Gesellschafter die Unrichtigkeit in keiner Weise zuzurechnen sei. Dies sei beispielsweise gegeben, wenn der Geschäftsführer ohne Wissen des Gesellschafters eine falsche Liste einreiche, in der seine Rechtsstellung nicht mehr vollständig aufgeführt sei. In diesem Fall könne ein gutgläubiger Erwerb durch einen Dritten erst eintreten, wenn die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste hinsichtlich des Geschäftsanteils drei Jahre lang unrichtig sei.²⁵⁶

Eine Zurechnung ist dann zu bejahen, wenn der Berechtigte die Unrichtigkeit (mit-)veranlasst oder sonst (mit-)zuverantworten hat. Schuldhaftes Handeln ist nicht erforderlich, denn es geht nicht um Vorwerfbarkeit, sondern um die Abgrenzung von Risikosphären.²⁵⁷ Bohrer verlangt einen besonderen, über die Teilnahme am Geschäftsanteilsverkehr hinausgehenden Zurechnungsgrund, der einen vorfristigen Rechtsverlust legitimiert.²⁵⁸

Das Zurechnungsmoment des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE sollte in den folgenden zwei Fallbeispielen nach Götze/Bressler²⁵⁹ eingreifen und einen gutgläubigen Erwerb auch vor Ablauf der Dreijahres-Frist legitimieren:

²⁵³ Harbarth, ZIP 2008, S.57 (60); Hamann, NZG 2007, S.492 (493); Noack, DB 2007, S.1395 (1399).

²⁵⁴ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897).

²⁵⁵ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88; a.A. Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a), bb), Abwandlung Beispiel 9).

²⁵⁶ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88.

²⁵⁷ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897).

²⁵⁸ Bohrer, DStR 2007, S.995 (999).

²⁵⁹ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897, 898).

Beispiel 1:

A hält seit dem Jahr 2008 einen Geschäftsanteil. Er veräußert ihn im Jahr 2011 aufschiebend bedingt an B. Die Eintragung des B in die Gesellschafterliste unterbleibt, weil dem beurkundenden Notar der noch im Jahr 2011 erfolgte Bedingungseintritt nicht mitgeteilt wird. Im Jahr 2013 veräußert A denselben Geschäftsanteil noch einmal an den gutgläubigen C. Die Zurechenbarkeit der unrichtigen Eintragung des A ist B zuzurechnen. Denn die Benachrichtigung des Notars fällt ohne Rücksicht auf die internen Absprachen zwischen den Vertragsparteien zumindest auch in den Verantwortungsbereich des Erwerbers B.²⁶⁰

Beispiel 2:

B hat im Jahr 2008 einen Geschäftsanteil durch einen von einem US notary public „beurkundeten“ Vertrag von A erworben und ist seither in der Gesellschafterliste eingetragen. B veräußert den Geschäftsanteil im Jahr 2010 an den gutgläubigen C. Auch hier kann C den Geschäftsanteil gutgläubig vom Listengeschafter B erwerben, weil A durch seine Mitwirkung an einer formunwirksamen Übertragung seines Anteils die Unrichtigkeit der Liste in zurechenbarer Weise mitverursacht hat.²⁶¹

Ein weiterer Fall der zurechenbaren unrichtigen Eintragung ist meines Erachtens in folgendem Beispiel eines nichtigen Rechtsgeschäfts/Nicht-Rechtsgeschäfts nach Vossius²⁶² gegeben, welcher selbst eine Zurechnung verneint:

Gesellschafter-Geschäftsführer A will seinen Geschäftsanteil an B übertragen. Um Beratungs- und Beurkundungskosten zu sparen, wird gar kein Vertrag beurkundet, sondern nur durch A eine Liste zum Handelsregister eingereicht, die B als Inhaber ausweist. Nach einem Jahr veräußert B den Anteil an C weiter.

Nach Vossius scheidet eine Zurechnung der Falscheintragung des B an A im Fall des Nicht-Geschäfts aufgrund des „dem Zurechnungsbegriff immanenten Wertungselements“ aus.²⁶³ Nach meinem Dafürhalten gibt dieser Fall geradezu ein Paradebeispiel für eine dem A zuzurechnende Falscheintragung des B ab. Es kann letztlich zum Schutz des Rechtsverkehrs nicht darauf ankommen, ob ein Rechtsgeschäft gar nicht gewollt oder aufgrund mangelnder Beachtung der Form nichtig ist. Maßgeblich ist hier, dass A selbst die unrichtige Eintragung und damit den Rechtsschein selbst geschaffen hat.

²⁶⁰ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

²⁶¹ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

²⁶² Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., b), aa)).

²⁶³ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., b), aa)).

Zuzustimmen ist Vossius jedoch in seiner Grundaussage, dass die Zurechnung in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE nicht in sämtlichen Fällen auf die schlicht kausale Veranlassung der Einreichung der unrichtigen Gesellschafterliste abstellen kann, sondern zudem ein wertendes Element enthalte.²⁶⁴ So dürfte dem Veräußerer, der durch arglistige Täuschung zur notariellen Abtretung seines Geschäftsanteils veranlasst worden ist und das Verfügungsgeschäft fristgemäß anfight, die notarielle Einreichung der Gesellschafterliste, welche den arglistigen Erwerber als Inhaber aufführt, nicht zuzurechnen sein. Es kommt dann für die Frage, ob ein Dritter von dem arglistigen Erwerber und Nichtberechtigten gutgläubig erwerben kann, auf den Ablauf der Dreijahres-Frist an. Die Frist beginnt wegen § 142 Abs.1 BGB rückwirkend mit der Einreichung der Liste und nicht erst mit dem Zugang der Anfechtungserklärung.²⁶⁵ Im Falle der Anfechtung ist das Rechtsgeschäft ex tunc nichtig. Die Gesellschafterliste war von Anfang an unrichtig.

Keine direkte Aussage treffen die Entwurfsverfasser zu der auf der Hand liegenden Problematik von **Anteilsübertragungen im Ausland ohne Notar** und **Auslandsbeurkundungen**. Die Gesellschafterliste wird im Falle einer Anteilsübertragung im Ausland dann unrichtig, wenn die Abtretung entweder ohne Notar erfolgt oder der beurkundende ausländische Notar beispielsweise mangels eigener Verpflichtung nach § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE oder mangels vertraglicher Verpflichtung gegenüber dem Erwerber keine neue Gesellschafterliste beim deutschen Handelsregister einreicht, in welcher der Erwerber als Gesellschafter eingetragen ist. Wenn der Erwerber sodann ebenfalls keine Aktualisierung der Liste über die Geschäftsführer veranlasst, wird ihm die nunmehr seit dem Erwerb bestehende unrichtige Eintragung des Veräußerers nach meiner Ansicht ebenso zuzurechnen sein wie im „Scheinerben-Beispiel“ der Entwurfsverfasser oder in den oben genannten Beispielen von Götze/Bressler.

In diesem Fall könnte der Veräußerer auch vor Ablauf von drei Jahren einen gutgläubigen Erwerb eines Dritten bewirken, indem er den Geschäftsanteil ein weiteres Mal überträgt. Auslandsbeurkundungen sind daher in Zukunft für Erwerber aufgrund der neuen Zurechnungsregelung in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE besonders riskant, wenn sie sich nicht selbst erfolgreich um ihre zeitnahe Eintragung in die Gesellschafterliste bemühen. Der sicherste Weg für den Erwerber einer Anteilsabtretung im Ausland ist daher die Involvierung eines Notars mit der vertraglich vereinbarten Verpflichtung zur Prüfung und unverzüglichen Listeneinreichung entsprechend § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE. Unterlässt er dies, so obliegt ihm zumindest die Bewirkung seiner Eintragung über die Geschäftsführer der Gesellschaft unter Vorlage des Abtretungsvertrages als Nachweis.

²⁶⁴ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a), aa), Zweite Abwandlung Beispiel 8).

²⁶⁵ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a), aa), Zweite Abwandlung Beispiel 8).

Nach dem Referentenentwurf wurde der Erwerber in dem Fall, dass der Veräußerer ursprünglich Gesellschafter und auch seit mindestens drei Jahren in der Gesellschafterliste eingetragen war, jedoch seinen Geschäftsanteil innerhalb der letzten drei Jahre weiterveräußert hat, ohne dass dies in der Liste nachgetragen wurde (**verdeckte Anteilsübertragung**), in seinem guten Glauben an die Gesellschafterstellung des Veräußerers nicht geschützt.²⁶⁶ Denn die Gesellschafterliste muss seit mindestens drei Jahren falsch sein. Diese Voraussetzung wäre hier nicht erfüllt, da die Gesellschafterliste bis zur Veräußerung an den Dritten richtig war und erst seit kürzerer Zeit als drei Jahren falsch ist.

Fraglich ist, ob und wann hier das durch den Regierungsentwurf eingeführte Zurechnungselement in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen kann, obwohl die Eintragung des Veräußerers erst seit weniger als drei Jahren unrichtig ist. Maßgeblich wird sein, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsprechung künftig annehmen wird, dass die unrichtige Eintragung dem damaligen Erwerber der verdeckten Anteilsübertragung zuzurechnen ist.

Aufgrund der Gesetzesformulierung in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE „**Dies gilt nicht, wenn . . .**“ trägt der Erwerber der verdeckten Anteilsübertragung und wahre Berechtigte gegenüber dem vermeintlich gutgläubigen Erwerber die Beweislast für seine mangelnde Zurechenbarkeit.²⁶⁷

Nach der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins vom 05.09.2007 werde dem Risiko des Käufers eines Geschäftsanteils, dass der als Gesellschafter in der Gesellschafterliste eingetragene Verkäufer den Geschäftsanteil zuvor auf einen Dritten übertragen hat, durch die neue Regelung begegnet. Für diesen praktisch wohl am häufigsten vorkommenden Fall der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste stelle die Begründung zum Regierungsentwurf klar, dass dem Dritten, der sich nicht um die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste kümmerge, deren Unrichtigkeit zuzurechnen sei.²⁶⁸

Registerseitige Verzögerungen im Verfahren zur Einstellung der neuen Gesellschafterliste in das elektronische Handelsregister seien dem Erwerber dagegen nicht zuzurechnen. Insofern sei der gutgläubige Erwerb des Geschäftsanteils vom vorherigen, noch als solchem in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter in der Praxis nicht bereits ab dem ersten Tag der Unrichtigkeit möglich, weil es regelmäßig aufgrund nicht in der Sphäre des neuen

²⁶⁶ Müller, GmbHR 2006, S.953 (956 ff.); weiterhin zum RegE Heckschen, DStR 2007, S.1442 (1450).

²⁶⁷ Noack, DB 2007, S.1395 (1399).

²⁶⁸ Stellungnahme DAV Nr. 43/07, abrufbar unter www.anwaltverein.de, S.14.

Gesellschafters liegender Gründe einige Tage dauern dürfte, bis eine neue Gesellschafterliste elektronisch einsehbar sei.²⁶⁹

Noack sieht hier eine gewisse Rechtsunsicherheit. Kriterien der Zurechenbarkeit gebe es von Gesetzes wegen nicht; auch die Begründung des Regierungsentwurfes sei nur beispielhaft (Scheinerben-Fall). Daher werde die Praxis nur in klaren Fällen innerhalb des Dreijahreszeitraums ohne Garantien und ähnliche Rückversicherungen agieren können.²⁷⁰

Nach meiner Auffassung handelt es sich bei Fällen der verdeckten Anteilsübertragung ebenso wie in den besprochenen Fällen der bedingten Anteilsübertragung mit unterlassener Benachrichtigung des Notars über den Bedingungseintritt sowie von Anteilsübertragungen im Ausland in der Regel um Fälle, in denen die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem jeweiligen Berechtigten zuzurechnen ist. Jedoch bleibt für den späteren gutgläubigen Erwerber je nach den Umständen des Einzelfalls und der fehlenden Rechtsprechung hierzu ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit. Ob die Praxis ohne Garantien auskommen wird, bleibt bis zum Vorliegen einer gesicherten Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit abzuwarten.²⁷¹ Jedenfalls ist die Regelung in dieser Fassung sachgerecht²⁷² und ausgewogen und lässt Raum für eine interessengerechte Konkretisierung durch die Rechtsprechung im praktischen Einzelfall.

3. Grundsätzliche Kritik an der Dreijahres-Frist

Die Dreijahres-Frist des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE sah sich sowohl in ihrer Existenz als auch in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung massiver Kritik ausgesetzt. An dieser Kritik dürfte auch nach der Veröffentlichung des Regierungsentwurfes festgehalten werden²⁷³, da die grundsätzlichen Schwächen der Dreijahres-Frist durch die Überarbeitung und das Hinzutreten des Zurechnungselementes in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE nur teilweise beseitigt worden sind.

²⁶⁹ Stellungnahme DAV Nr. 43/07, abrufbar unter www.anwaltverein.de, S.14.

²⁷⁰ Noack, DB 2007, S.1395 (1399).

²⁷¹ vgl. hierzu Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899), die sogar von einem zusätzlichen Garantiebedarf des Anteilskäufers hinsichtlich der Richtigkeit der Gesellschafterliste ausgehen.

²⁷² so auch Grunewald, Stellungnahme zum MoMiG, abrufbar unter www.uni-koeln.de, S.8; Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899); Bohrer, DStR 2007, S. 995 (1001).

²⁷³ Vossius, DB 2007, S.2299 ff.; Heckschen, DStR 2007, S.1442 (1450); Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (566).

a) Kritik und Korrekturvorschlag von Müller

Müller²⁷⁴ sah Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung des § 16 Abs. 3 GmbHG-RefE voraus, die ihren Grund in dem Zusammenspiel des guten Glaubens des Erwerbers mit der geforderten Unrichtigkeit der entsprechenden Eintragung des Veräußerers in die Gesellschafterliste seit mindestens drei Jahren haben. Das gesetzgeberische Ziel der Beschränkung der Due Diligence und entsprechender Garantien auf den Dreijahres-Zeitraum unmittelbar vor dem Erwerb könne nicht in sämtlichen Fällen zuverlässig erreicht werden. Misslich für den Erwerber sei insbesondere, dass für den Beginn des Laufs der Dreijahres-Frist an einen für ihn nicht aus der Liste erkennbaren Zeitpunkt – nämlich den Eintritt der Unrichtigkeit – angeknüpft werde. Der Erwerber müsse also eigens ermitteln, ob ein Gutgläubenschutz in Betracht komme. Dazu müsse er in Erfahrung bringen, ob die Unrichtigkeit länger als drei Jahre bestehe. Doch werde der Erwerber gerade durch diese Ermittlung bösgläubig, wenn er den Fristbeginn und damit den Zeitpunkt des Unrichtigwerdens der Liste und damit die Unrichtigkeit der Liste selbst in Kenntnis gebracht habe. Er verliere den Gutgläubenschutz mithin in dem einzigen Fall, in dem er von Interesse wäre – nämlich wenn er herausfinde, dass Gutgläubenschutz an sich in Betracht käme, die Liste also tatsächlich seit mehr als drei Jahren falsch sei.²⁷⁵

Müller schlägt daher vor, den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen an die Eintragung selbst, ohne Rücksicht auf deren Unwirksamkeit, anzuknüpfen.²⁷⁶ Danach sei das Wort „unrichtig“ in § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE zu streichen. Übertragen auf den Regierungsentwurf müsste § 16 Abs. 3 S. 1, 2 GmbHG-RegE nach Müller etwa wie folgt heißen:

„Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer zum Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Eintragung dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist.“

²⁷⁴ Müller, GmbHR 2006, S.953 (959), so auch Hamann, NZG 2007, S.492 (493).

²⁷⁵ Müller, GmbHR 2006, S.953 (957, 959).

²⁷⁶ Müller, GmbHR 2006, S.953 (957, 959).

b) Kritik und Korrekturvorschlag von Schockenhoff/Höder und Hamann

Schockenhoff/Höder stellten „erhebliche Mängel des Referentenentwurfs“ fest.²⁷⁷ Ähnlich der Argumentation Müllers widerlegten sie die Aussagen der Entwurfsbegründung²⁷⁸ zum Schutzzumfang des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE. Der Erwerber werde gerade nicht in seinem guten Glauben daran geschützt, dass die Gesellschafterliste vor drei Jahren richtig und der Veräußerer in dem in der Liste angegebenen Umfang Gesellschafter gewesen sei. Dies werde in dem Fall deutlich, indem ein seit mehr als drei Jahren Eingetragener den Anteil an einen gutgläubigen Erwerber veräußern wolle, diesen Anteil jedoch bereits ein Jahr zuvor wirksam an einen Dritten veräußert habe und diese Änderung nicht in der Gesellschafterliste eingetragen worden sei. Hier greife der Gutgläubensschutz nicht.

Die allgemeine Ansicht sowohl der Entwurfsverfasser²⁷⁹ als auch der anfänglichen Stellungnahmen aus der Literatur²⁸⁰, durch die Neuregelung erübrige sich generell eine Überprüfung der Übertragungskette für eine länger als drei Jahre zurückliegende Zeitspanne, widerspreche dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE. Problematisch sei das Tatbestandsmerkmal der „Unrichtigkeit über drei Jahre“. Der Erwerber könne nicht feststellen, ob er im Ernstfall Gutgläubensschutz genieße oder nicht. Ihm bleibe lediglich, sich vom Veräußerer garantieren zu lassen, dass dieser keine Zwischenverfügungen in den letzten drei Jahren getroffen habe.²⁸¹

Zur Schließung dieser Schutzlücke schlagen auch Schockenhoff/Höder die Streichung des Wortes „unrichtig“ in § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE vor.²⁸² Konsequenz dessen sei ein Widerspruch zu dem intendierten Schutzzweck der Entwurfsverfasser, dem wahren Gesellschafter drei Jahre lang die Möglichkeit des Widerspruchs gegen die unterbliebene Eintragung in die Gesellschafterliste zu gewähren.²⁸³

Über die Kritik an der nur teilweise erfolgreichen Umsetzung der Regelungsabsicht der Verfasser hinaus halten Schockenhoff/Höder die Dreijahres-Frist an sich für überflüssig und fordern deren Streichung.²⁸⁴ Dieses Erfordernis solle dem Berechtigten eine Karenzzeit für die Berichtigung der Gesellschafterliste geben, entwerte den Gutgläubensschutz aber weitgehend. Der Berechtigte könne auf andere Weise geschützt werden. Bei rechtsgeschäftlichem

²⁷⁷ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841.

²⁷⁸ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.51.

²⁷⁹ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.51.

²⁸⁰ Seibert, ZIP 2006, S.1157 (1160); Römermann, GmbHR 2006, S.673 (677); Noack, DB 2006, S.1475 (1478).

²⁸¹ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1843).

²⁸² Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1842).

²⁸³ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1843).

²⁸⁴ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1845).

Übergang finde zukünftig eine Prüfung durch den beurkundenden Notar statt, was einen ausreichenden Schutz darstelle. Soweit ein Anteilsübergang aufgrund Gesamtrechtsnachfolge stattfinde, sei dieser vor einer Änderung der Gesellschafterliste gemäß dem Vorschlag Grunewalds durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.²⁸⁵

Dieser Kritik schließt sich nunmehr Hamann in Bezug auf den Regierungsentwurf an. Würde man wie der RegE an die Unrichtigkeit der Liste anknüpfen, könne der gutgläubige Erwerber die Feststellung, dass er die Eigentumsverhältnisse nicht prüfen müsse, weil die Karenzzeit bereits verstrichen sei, schon deshalb nicht treffen, weil er dazu erfahren haben müsste, seit wann der Veräußerer unrichtig in die Liste eingetragen sei – er müsste bösgläubig sein, um seinem guten Glauben vertrauen zu dürfen, oder dürfte sich gar keine Gedanken machen. Würde man auf das Merkmal der „Unrichtigkeit“ verzichten und lediglich an die Eintragung des Veräußerers in der Liste anknüpfen, bliebe dem Erwerber die Karenzzeit verwehrt, wenn der Veräußerer schon mindestens drei Jahre vor der Veräußerung eingetragen gewesen sei. Verschiedene Erwerber würden also ohne triftigen Grund und ohne Zugewinn an Rechtssicherheit ungleich behandelt. Dieses Dilemma lasse sich nicht konsequent lösen, ohne Karenzzeit und Unrichtigkeitserfordernis aufzugeben.²⁸⁶ Nach Auffassung von Hamann sollte § 16 Abs. 3 GmbHG daher wie folgt²⁸⁷ lauten:

„Die rechtsgeschäftliche Veräußerung oder Belastung eines Geschäftsanteils durch einen Nichtberechtigten bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung des Nichtberechtigten in der in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste. Sie ist ausgeschlossen, wenn die Eintragung dem Berechtigten nicht zuzurechnen, der andere Teil nicht in gutem Glauben oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Für den Widerspruch gilt § 899 BGB entsprechend.“

c) Kritik und Korrekturvorschlag von Kallmeyer (Centrale GmbH Dr. Otto Schmidt)

Kallmeyer²⁸⁸ würde ebenfalls das Wort „unrichtig“ in § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE streichen. Zudem solle § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RefE wie folgt lauten:

²⁸⁵ vgl. Grunewald, ZIP 2006, S.685 (687); Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1845).

²⁸⁶ Hamann, NZG 2007, 492 (493).

²⁸⁷ Hamann, NZG 2007, 492 (494).

²⁸⁸ Kallmeyer (Centrale GmbH Dr. Otto Schmidt), GmbHR 2006, S.978 (980).

„Dies gilt nicht, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist oder dem Geschäftsführer höchstens drei Monate vor dem Erwerb ein entgegenstehender Vorerwerb mitgeteilt und nachgewiesen wurde.“

Zum Schutz des wahren Berechtigten, der noch nicht in die Liste eingetragen sei, genüge eine Frist von allenfalls drei Monaten, in denen er einen gutgläubigen Erwerb durch Mitteilung und Nachweis seines eigenen Erwerbs gegenüber dem Geschäftsführer ausschließen könne. Die mögliche Säumnis des Geschäftsführers dürfe dabei nicht zu Lasten des Erwerbers gehen.

d) Kritik und Korrekturvorschlag von Grunewald und Haas/Oechsler

Grunewald²⁸⁹ und Haas/Oechsler²⁹⁰ plädieren für eine Kürzung der Dreijahres-Frist auf ein Jahr. Im Zeitalter des elektronischen Handelsregisters sei die Dreijahres-Frist zu lang bemessen. Sie erschwere jedem berechtigten Gesellschafter die rasche Weiterveräußerung seines Geschäftsanteils, weil vor Ablauf der drei Jahre seit seinem eigenen Erwerb der Zweiterwerb dieses Anteils ein Risikogeschäft bedeute. Dies widerspreche der Zielsetzung des Entwurfs, die Investition und Deinvestition in GmbH-Geschäftsanteile zu erleichtern.

e) Weitere Kritik der Literatur an der Dreijahres-Frist

Bereits im Vorfeld des Referentenentwurfes hielt Grunewald²⁹¹ eine Dreijahres-Frist für grundsätzlich entbehrlich. Ein solches „Ersitzen“ der Legitimationsbasis für den gutgläubigen Erwerb würde die schnelle Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen blockieren. Die Absicherung des wahren Berechtigten liege in der Beteiligung des Notars. Im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge müsse ein Nachweis durch öffentliche Urkunden erfolgen, um die Eintragung des neuen Berechtigten in der Gesellschafterliste erreichen zu können. Ebenfalls machen sich Triebel/Otte²⁹² für eine Streichung der Dreijahres-Frist stark, insbesondere mit Hinweis darauf, dass der wahre Berechtigte künftig ohne großen Aufwand online die Gesellschafterliste einsehen und Korrekturen veranlassen könne und daher eine Frist von drei Jahren zu dessen Schutz nicht erforderlich sei.

²⁸⁹ Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

²⁹⁰ Haas/Oechsler, NZG 2006, S.806 (812, 813); weiterhin zum RegE Heckschen, DStR 2007, S.1442 (1450).

²⁹¹ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (687); Grunewald, Stellungnahme zum MoMiG, abrufbar unter www.uni-koeln.de, S.8.; so auch Heckschen, DStR 2007, S.1442 (1450).

²⁹² Triebel/Otte, ZIP 2006, S.1321 (1326).

f) Korrekturvorschlag von Rau

Rau vertritt die Auffassung, dass die Einführung der Dreijahres-Frist zumindest für einen Übergangszeitraum rechtspolitisch vernünftig sei, da der gutgläubige Rechtserwerb im Hinblick auf GmbH-Geschäftsanteile ein Novum in der deutschen Rechtsordnung sei, an das sich der Geschäftsverkehr erst gewöhnen müsse.²⁹³ Die Dreijahres-Frist solle aber dergestalt geändert werden, dass sie sich nicht nur auf die aktuelle unrichtige Eintragung eines vermeintlichen Inhabers eines Geschäftsanteils, sondern auch auf ältere unrichtige Eintragungen beziehen könne.²⁹⁴ In dem von Rau vorgeschlagenen Gesellschaftsregister²⁹⁵ müsste diese Eintragung lediglich mindestens drei Jahre Bestand gehabt haben. Die innerhalb der letzten drei Jahre erfolgten unwirksamen Anteilsübertragungen würden dann gegenüber einem Erwerber als wirksam fingiert, soweit ihre Unwirksamkeit alleine auf der seit mehr als drei Jahren unrichtigen Eintragung des damaligen Veräußerers beruhe. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Schutz der Dreijahres-Frist zu Gunsten des wahren Gesellschafters davon abhängen solle, ob der vor mehr als drei Jahren unrichtig eingetragene den Geschäftsanteil weiterveräußert habe oder nicht. Der wahre Gesellschafter, der seit mehr als drei Jahren nicht mehr in der Gesellschafterliste bzw. dem Gesellschaftsregister eingetragen gewesen sei und keinen Widerspruch eingereicht habe, sei in beiden Fällen gleich zu behandeln. Der Schutz der Dreijahres-Frist soll nach Rau in beiden Fällen verwirkt sein. Dies entspreche eher dem gesetzgeberischen Ziel der Rechtssicherheit bezüglich aller Anteilsabtretungen, die länger als drei Jahre zurücklägen.²⁹⁶

Nach einem Zeitraum von drei bis fünf Jahren nach Wirksamwerden der Gutgläubensregelungen des MoMiG solle dann über eine Streichung oder deutliche Reduzierung der Dreijahres-Frist nachgedacht werden.²⁹⁷

g) Stellungnahme

Die Überarbeitung des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE im Regierungsentwurf hat zum Teil die zuvor berechtigte Kritik am Referentenentwurf aufgegriffen und stellt hierzu eine erhebliche Verbesserung dar. Insbesondere das nun zusätzlich eingeführte Zurechnungselement in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE beseitigt oder entschärft zumindest noch zuvor vorhandene Schutzlücken des gutgläubigen Erwerbers.

²⁹³ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897).

²⁹⁴ Rau, DStR 2006, S.1892 (1898).

²⁹⁵ siehe Kapitel II, B, IV, 2., e).

²⁹⁶ Rau, DStR 2006, S.1892 (1898).

²⁹⁷ Rau, DStR 2006, S.1892 (1899).

Dennoch bleibt die Umsetzung des Gutgläubenschutzes nach wie vor nur sehr zurückhaltend ausgestaltet. Der Schutz des redlichen Erwerbers in § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE geht nicht weit genug. Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs sollten daher erneut überdacht werden. Um tatsächlich in allen Fällen Rechtssicherheit für den Erwerber herzustellen, bedarf es einer konsequenteren Vorgehensweise, die zugleich die schutzwürdigen Interessen des wahren Berechtigten hinreichend wahrt. Im Ergebnis schlage ich hierzu vor, die Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE auf ein Jahr zu verkürzen.

aa) Anknüpfung an die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste

Der isolierten Kritik an der Anknüpfung des Referentenentwurfes an die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste war wegen des Problems verdeckter Anteilsübertragungen zuzustimmen. Denn für Dritte – wie den Erwerber – ist nicht zu erkennen, ob eine Unrichtigkeit der Liste vorliegt und falls ja, wann diese Unrichtigkeit eingetreten ist und damit der Lauf der Dreijahres-Frist begonnen hat. Nunmehr ist aber festzustellen, dass der Regierungsentwurf mit der Einführung des Zurechnungselementes in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE ein Mittel geschaffen hat, um das Problem verdeckter Anteilsübertragungen des ursprünglich berechtigten Veräußerers an einen Dritten im Dreijahreszeitraum im Einzelfall lösen zu können. Das Argument von Müller, der Erwerber müsse auch über den Zeitraum der vergangenen drei Jahre hinaus ermitteln, wann die Eintragung des Veräußerers unrichtig geworden sei, und daher seine eigene Bösgläubigkeit herbeiführen, überzeugt nicht mehr. Denn ist der Veräußerer seit mindestens drei Jahren eingetragen, so bestehen vier Möglichkeiten:

Erstens – der Veräußerer ist tatsächlich der wahre Berechtigte. Hier findet ein Erwerb vom Berechtigten statt.

Zweitens – der Veräußerer war niemals wahrer Berechtigter. Dann ist die Liste seit dessen Eintragung falsch. Das Datum der Falscheintragung ergibt sich aus der Gesellschafterliste. In diesem Fall muss der Erwerber nicht weiter ermitteln, was er jedoch aufgrund seiner Unkenntnis der Unrichtigkeit auch nicht weiß. Ein gutgläubiger Erwerb fände statt.

Drittens – der Veräußerer hat den Geschäftsanteil vor dem Dreijahres-Stichtag als Berechtigter oder unter den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs wirksam an einen Dritten veräußert, der selbst noch nicht eingetragen ist. In diesem Fall ist der Veräußerer seit mindestens drei Jahren falsch in der Gesellschafterliste eingetragen. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE würde greifen. Der Erwerber muss nicht nachprüfen, wann konkret die zurückliegende Ver-

fügung stattgefunden hat, soweit geprüft wurde, dass keine Verfügung innerhalb der letzten drei Jahre stattgefunden hat. Denn entweder ist die Eintragung dann richtig oder seit mindestens drei Jahren falsch. Der Erwerber muss darüber hinaus nicht weiter ermitteln, bis er durch Kenntnis der Unrichtigkeit seinen guten Glauben verliert. Das Argument Müllers läuft daher ins Leere. Abschließend kann also grundsätzlich der Entwurfsbegründung in dem Punkt zugestimmt werden, dass den Erwerber Verfügungen über den Geschäftsanteil in der Vergangenheit noch vor dem Dreijahres-Stichtag nicht interessieren müssen, um den Anteil entweder vom Berechtigten oder gutgläubig von dem seit drei Jahren Eingetragenen erwerben zu können.

Viertens – der Veräußerer hat den Geschäftsanteil innerhalb der letzten drei Jahre als Berechtigter oder unter den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs wirksam an einen Dritten veräußert, der selbst noch nicht eingetragen ist (verdeckte Anteilsübertragung).

Es ist hier weiter zu differenzieren:

Hat der nicht berechtigte Veräußerer den Geschäftsanteil in den letzten drei Jahren an einen gutgläubigen Erwerber unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE übertragen, so kann auch jetzt gutgläubig erworben werden. Denn mangels Eintragung des gutgläubigen Vorerwerbes hat sich an der mindestens dreijährigen Unrichtigkeit der Liste hinsichtlich der Eintragung des Veräußerers nichts geändert.

Hat der Veräußerer seinen Geschäftsanteil in den letzten drei Jahren jedoch als Berechtigter an einen Dritten übertragen, so wäre der jetzige Erwerber nach der Fassung des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE des Referentenentwurfes nicht geschützt, da die Eintragung des Veräußerers noch nicht seit drei Jahren unrichtig wäre. Der Erwerber müsste nachprüfen, ob in den letzten drei Jahren verdeckte Anteilsübertragungen erfolgt sind. Eine solche Prüfung negativer Tatsachen ist für den Erwerber nahezu unmöglich und immer mit Unsicherheiten behaftet, so dass der Erwerber letztlich hinsichtlich der letzten drei Jahre nach wie vor auf eine Garantie des Veräußerers angewiesen bliebe. Die Streichung des Wortes „unrichtig“ in § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE und die Anknüpfung an die bloße Eintragung des Veräußerers hätten jedoch möglicherweise zur Folge gehabt, dass ein Erwerber in krassen Ausnahmefällen schutzlos wäre, etwa wenn der Veräußerer den Geschäftsanteil nur einen Tag oder eine Woche nach dem Erwerb an einen gutgläubigen Dritten weiter veräußern würde. Der Erwerber hätte in diesem Fall keine faire Chance, seine Rechtsstellung durch eine Eintragung abzusichern.²⁹⁸

²⁹⁸ vgl. Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

Der Regierungsentwurf bietet freilich einen völlig neuen und interessengerechten Lösungsvorschlag. Das Problem der verdeckten Anteilsübertragungen kann durch das Zurechnungselement in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE sachgerecht gelöst werden. Die Lösung des Einzelfalls durch die Rechtsprechung muss nicht starr sein, sondern kann im Rahmen der Zurechenbarkeit, für dessen Fehlen der Erwerber der verdeckten Anteilsübertragung die Beweislast trägt, unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls erfolgen. Ist der Veräußerer, der ursprünglich Berechtigter war, seit drei Jahren in der Gesellschafterliste eingetragen, und hat er über den Geschäftsanteil in dem Dreijahreszeitraum wirksam verfügt, fehlt es jedoch an der Eintragung des Erwerbers in der Gesellschafterliste, so wird nach der künftigen Regelung des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE wohl in etwa 90 % der Fälle ein gutgläubiger Anteilserwerb erfolgen können. Denn durch die Einbindung des Notars in die Anteilsabtretung im Regelfall wird es in den allermeisten Fällen künftig zu einer korrekten und zeitnahen Einreichung der neuen Gesellschafterliste nach einem Anteilserwerb kommen. Bei bedingten Anteilsübertragungen dürfte der Käufer in Zukunft auf geeignete Regelungen im Kaufvertrag drängen, die eine unverzügliche Mitteilung vom Vertragsvollzug an den Notar sicherstellen, damit dieser möglichst umgehend eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen kann.²⁹⁹ Es wird sich dann die Frage stellen, ob ein mögliches Verschulden bzw. eine Verzögerung des Notars dem Erwerber zuzurechnen sein wird. Ist ein Notar nicht an dem Anteilserwerb beteiligt, so liegt die Verantwortung allein beim Gesellschafter, der die Geschäftsführer unter Vorlage öffentlicher Urkunden von seinem Anteilserwerb zu informieren und darauf zu achten hat, dass eine Eintragung zügig erfolgt. Auch hier wird die Rechtsprechung im Laufe der Zeit festlegen, welche Zeit dem Erwerber zugestehen ist, um die Eintragung zu veranlassen. Ein Erwerber, der sich um seine Eintragung bemüht, welche letztlich an einem Verschulden des Registergerichts oder der Geschäftsführer scheitert, wird im Rechtsstreit mit dem vermeintlichen gutgläubigen Erwerber darlegen und nachweisen können (z.B. schriftliche Aufforderung an die Geschäftsführer), dass eine Zurechnung hier nicht anzunehmen ist. Scheitert in einem solchen Fall der gutgläubige Erwerb mangels Zurechenbarkeit der unrichtigen Eintragung, so ist dies die einzig gerechte Lösung zu Gunsten des wahren Berechtigten. In allen anderen Fällen kann sich der gutgläubige Erwerber auf die dreijährige Eintragung des Veräußerers in der Liste verlassen.

Folglich ist der Vorschlag zur Streichung des Unrichtigkeitserfordernisses und zur Anknüpfung lediglich an die dreijährige Eintragung des Veräußerers aufgrund der innovativen Überarbeitung des Gesetzentwurfes und der hierdurch erreichten Lösung des Problems verdeckter Anteilsübertragungen im Dreijahreszeitraum als überflüssig abzulehnen.³⁰⁰

²⁹⁹ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899).

³⁰⁰ vgl. hierzu auch Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

Auch der Vorschlag von Kallmeyer einer Erweiterung des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RefE ist abzulehnen. Wenn der Veräußerer seit mindestens drei Jahren in der Liste eingetragen ist, jedoch innerhalb der letzten drei Jahre wirksam über den Anteil verfügt hat, ohne dass der Erwerber eingetragen worden sei, müsste dieser nach Ansicht Kallmeyers einen gutgläubigen Erwerb bereits dadurch ausschließen können, dass er seinen Erwerb dem Geschäftsführer mitteilt und nachweist. Er solle nicht warten müssen, bis eine neue Liste mit seiner Eintragung eingereicht werde, was allein von der Person des Geschäftsführers abhängt.³⁰¹ Diese Ansicht verkennt, dass die Mitteilung an den Geschäftsführer keine Außenwirkung hat und somit der Rechtsverkehr hiervon keine Kenntnis erlangen kann. Einem gutgläubigen Erwerber bliebe dann immer die Unsicherheit, dass nicht bereits zuvor ein anderer Erwerber der Geschäftsführung eine solche interne Erwerbsmitteilung gemacht hat. Da der Rechtschein der Gesellschafterliste als Basis für einen gutgläubigen Erwerb dienen soll, muss ein derartiges Erwerbshindernis dort in irgendeiner Form für den Rechtsverkehr kenntlich gemacht werden. So besteht für den Erwerber immer die Möglichkeit, mit dem Veräußerer vertraglich zu vereinbaren, dass dieser für den Zeitraum bis zur Eintragung des Erwerbers die Zuordnung eines Widerspruchs gegen seine eigene Eintragung als Inhaber bewilligt, was den gutgläubigen Erwerb eines Dritten ausschließen würde. Ist der Veräußerer noch keine drei Jahre in der Gesellschafterliste eingetragen, könnte also ein gutgläubiger Erwerb eines Dritten nicht ohne das Zurechnungselement in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE erfolgen, so wäre der Erwerber ebenfalls sicher, wenn die Verzögerung seiner Eintragung ausschließlich auf Gründen beruht, die ihm selbst nicht zuzurechnen sind.

Schließlich ist der Vorschlag von Rau abzulehnen, den Gutglaubensschutz auch auf mindestens dreijährig unrichtige Eintragungen in der Vergangenheit zu beziehen, so dass ein gutgläubiger Erwerb auch von dem nicht seit drei Jahren unrichtig Eingetragenen möglich ist, wenn dessen unwirksamer Anteilserwerb auf einer zurückliegenden, mindestens drei Jahre unrichtigen Eintragung beruht. Dieses Verständnis des Gutglaubensschutzes setzt die Einführung des von Rau vorgeschlagenen³⁰² und hier abgelehnten³⁰³ Gesellschaftsregisters voraus.³⁰⁴ Unabhängig hiervon wäre die Ansicht Raus auch aus einem anderen Grund verfehlt. Denn dann müsste bei einem Anteilserwerb von einem Veräußerer, der noch nicht drei Jahre in der Liste bzw. dem Register eingetragen ist, nachträglich geprüft werden, ob eine alte, unter Umständen weit zurückliegende Voreintragung eines Dritten tatsächlich falsch war, und ob die unwirksame Anteilsübertragung an den jetzigen Veräußerer mit Ausnahme der Berechtigung des Voreingetragenen alle Voraussetzungen einer wirksamen Anteilsüber-

³⁰¹ vgl. Kallmeyer (Centrale GmbH Dr. Otto Schmidt), GmbHR 2006, S.978 (980).

³⁰² siehe Kapitel II, B, IV, 2., e).

³⁰³ siehe Kapitel II, B, IV, 2., f) Stellungnahme.

³⁰⁴ Rau, DStR 2006, S.1892 (1898).

tragung erfüllt hätte. Entsprechend würde dies gelten für Vorvor- und Vorvorvoringetragene usw., da jede dreijährig unrichtige Eintragung in der Vergangenheit die Wirksamkeit aller darauf folgenden Übertragungen fingieren würde. Dies kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, der eine klare und einfache Regelung beabsichtigt und gerade Prüfungen von in der Vergangenheit liegenden Tatsachen im Interesse des Rechtsverkehrs an der Rechtsklarheit vermeiden möchte.

bb) Verkürzung der Dreijahres-Frist auf ein Jahr

Grund für die Tatbestandsvoraussetzung der Unrichtigkeit der dreijährigen Eintragung ist das Ziel der Entwurfsverfasser, dem wahren Berechtigten ganze drei Jahre lang die Möglichkeit zu geben, einen Widerspruch gegen seine unterbliebene Eintragung einzureichen und dadurch einen gutgläubigen Erwerb durch Dritte zu verhindern bzw. den Anspruch auf seine eigene Eintragung geltend zu machen.³⁰⁵ Eine Widerspruchseinreichung nach Ablauf der dreijährigen Frist seit der Falscheintragung ist dann vergebens, wenn die Veräußerung durch den eingetragenen Nichtberechtigten nach Ablauf der Dreijahres-Frist, aber vor Einreichung des Widerspruchs, erfolgt ist. Der wahre Berechtigte, der drei Jahre lang die falsche Eintragung eines Dritten widerspruchslos geduldet hat, hat dadurch selber einen Beitrag zur Existenz des Rechtsscheins geleistet und ist nicht mehr schutzwürdig. Dieses Element der eigenen Veranlassung erscheint den Entwurfsverfassern im Gegensatz zum reinen Rechtsscheinprinzip nötig, weil das Vertrauen in die Richtigkeit der privat geführten Gesellschafterliste geringer ist als das Vertrauen in die Richtigkeit der Rechtsscheintatbestände der Grundbucheintragung oder des Besitzes³⁰⁶. Durch die Einführung des Zurechnungselementes in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE ist dieses Veranlasserprinzip erweitert worden. Der Erwerber, der auch innerhalb der Dreijahres-Frist die Falscheintragung eines Dritten zurechenbar, das heißt trotz Mitveranlassung oder zumindest sicherer Kenntnis, duldet, kann seinen Geschäftsanteil ebenfalls durch gutgläubigen Erwerb verlieren.

Die Wirksamkeit vorangegangener Einzelübertragungen wird zukünftig jeweils durch einen Notar bestätigt. Dies stellt für rechtsgeschäftliche Abtretungen einen ausreichenden Schutz dar und stellt die privat rechtlich durch die Geschäftsführer geführte Gesellschafterliste auf den sicheren Grund einer kompetenten und neutralen juristischen Überprüfung. Die Mitwirkung eines Notars stellt eine ausreichende Legitimation dar, da die Richtigkeit, Vollständig-

³⁰⁵ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.51; Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88.

³⁰⁶ Bei dem Rechtsscheinträger Besitz gehen die Meinungen dagegen auseinander, ob dieser stärker oder schwächer als die Gesellschafterliste ist.

keit und Aktualität der Gesellschafterliste wesentlich erhöht wird. Der Notar als neutrale Person, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet und juristisch umfassend ausgebildet ist, ist in der Lage, eine verbindliche Erklärung darüber abzugeben, ob die Übertragung wirksam ist.³⁰⁷ Er muss die Vornahme der Prüfung der Wirksamkeit künftig gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE gegenüber dem Register bestätigen. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Nichtberechtigter einen Geschäftsanteil veräußert, ist zwar bislang auf Grund der teilweise unzutreffenden Gesellschafterlisten und der fehlenden Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen höher als die Wahrscheinlichkeit der unwirksamen Grundstücksveräußerung. Nach der Einführung des gutgläubigen Erwerbs greift dieser Einwand jedoch nicht mehr.³⁰⁸ Zudem gilt in Zukunft für alle Fälle des Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen, dass die Gesellschafterstellung des Erwerbers gegenüber der GmbH und damit die Ausübung seiner Rechte als Gesellschafter gemäß § 16 Abs.1 GmbHG-RegE an die Eintragung des Erwerbers in der Gesellschafterliste geknüpft ist. Folglich wird ein Erwerber seine Eintragung nicht nur wegen der Gefahr eines Rechtsverlustes veranlassen, sondern um seine Stimm- oder Gewinnbeteiligungsrechte etc. überhaupt wahrnehmen zu können. Daher bedarf es grundsätzlich der Dreijahres-Frist nicht.

In Fällen der Gesamtrechtsnachfolge ist zu unterscheiden. Eine „Mitwirkung“ des Notars im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE ist wohl bei denjenigen zu beurkundenden Verträgen gegeben, die in einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang und damit noch „unmittelbar“ eine Gesamtrechtsnachfolge zur Folge haben. Beispiele sind der Verschmelzungsvertrag (bzw. Spaltungsvertrag) mit der anschließenden Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs.1 Nr.1 UmwG (bzw. § 131 Abs.1 Nr.1 S.1 UmwG) durch Eintragung im Handelsregister. Solche Mitwirkungshandlungen gemäß §§ 6, 125 S.1 UmwG im zeitlich unmittelbaren Vorfeld des gesetzlichen Anteilsübergangs sollten nach dem Sinn und Zweck des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE die notarielle Pflicht zur Einreichung und Bescheinigung auslösen.³⁰⁹ Der Notar sollte die Wirksamkeit des Übergangs prüfen und bestätigen müssen. Dazu hätte er die Handelsregistereintragung abzuwarten. Nach dieser weiten Auslegung des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE wäre die Dreijahres-Frist als zusätzliche Rechtfertigung des Gutgläubensschutzes auch für diese Fälle nicht erforderlich.

Anders liegen dagegen die Fallgestaltungen der Gesamtrechtsfolge, in denen ein Notar gar nicht oder nur mittelbar an dem Anteilsübergang mitwirkt. Darunter fielen bei enger Auslegung des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE auch die vorgenannten Umwandlungsfälle. Eine notarielle Mitwirkung scheidet etwa bei der Erbfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB aufgrund eines

³⁰⁷ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (686)

³⁰⁸ Rau, DStR 2006, S.1892 (1897).

³⁰⁹ siehe Kapitel II, B, IV, 2..

eigenhändigen Testamentes oder durch gesetzliche Erbfolge von vornherein aus. Eine nur mittelbare Mitwirkung des Notars liegt bei öffentlichen Testamenten (§§ 2231 Nr.1, 2232 S.1 BGB) oder Erbverträgen (§ 2276 Abs.1 S.1 BGB) vor. Der spätere Rechtsübergang durch den meist zeitlich ungewissen Erbfall tritt ausschließlich kraft Gesetzes ein.

Um die Richtigkeit der Eintragungen in der Gesellschafterliste in diesen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge hinreichend abzusichern, bedarf es – wie von Grunewald und Schockenhoff/Höder vorgeschlagen³¹⁰ – eines vorherigen Nachweises des Anteilsübergangs entweder durch öffentliche Urkunden (z.B. durch Erbschein, grundsätzlich auch durch eröffnetes öffentliches Testament³¹¹ oder Registerauszug) oder durch eine notarielle Bescheinigung der Wirksamkeit der Rechtsnachfolge gegenüber dem Handelsregister. Auch im Rahmen des § 12 Abs. 2 S. 2 HGB muss eine Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Als Aussteller einer alternativ zum Nachweis der Rechtsnachfolge an dem Anteil geeigneten Bescheinigung kommt wiederum ein Notar in Betracht. Die dadurch entstehenden Kosten des Erwerbers sind im Interesse der Richtigkeit und Sicherheit der Gesellschafterliste hinzunehmen. Mangels vorheriger Mitwirkung des Notars scheidet hier die Annahme eines gebührenfreien Nebengeschäftes³¹² aus. Die notarielle Bescheinigung sollte inhaltlich die Gesellschaft, den nummerierten Geschäftsanteil mit Nennwert der Stammeinlage, den vorherigen Inhaber sowie den einzutragenden Rechtsnachfolger konkret bezeichnen und sowohl den Grund als auch die Wirksamkeit der Rechtsnachfolge bestätigen. Zur Regelung einer solchen Nachweispflicht vor Eintragung ist die Einfügung eines entsprechenden Satzes in § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE anzuraten.

Die Geschäftsführer und das Registergericht müssen die Wirksamkeit der Rechtsnachfolge nicht selbst prüfen, sondern dürfen von der nachgewiesenen Berechtigung des in der öffentlichen Urkunde bzw. notariellen Bescheinigung genannten Rechtsnachfolgers ausgehen. Durch die Zwischenschaltung des Notars als neutraler Person mit hoheitlichen Befugnissen³¹³ wird die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste auch in diesen Fällen erheblich gesteigert. Mithin bedarf es dann auch bei der Gesamtrechtsnachfolge in Erbfällen der Dreijahres-Frist nicht.

Eine Lücke im neuen Regelungssystem der §§ 16 und 40 GmbHG-RegE könnte lediglich nach Anteilsübertragungen im Ausland bestehen. Wie oben³¹⁴ bereits dargelegt, sind diese teilweise gemäß Art. 11 Abs.1, 2. Alt. EGBGB nach Ortsrecht formlos möglich oder werden

³¹⁰ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (687); Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1845).

³¹¹ vgl. KG Berlin NZG 2007, S.101.

³¹² vgl. Rodewig, ZIP 2006, S.685 (691).

³¹³ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (686).

³¹⁴ siehe Kapitel II, B, IV, 5. und 6..

durch ausländische Personen beurkundet, die nach der herrschenden Auffassung³¹⁵ ohne ausdrückliche, vertragliche Einbeziehung in den Notarvertrag nicht an die Pflichten des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE gebunden sind. Lediglich die Geschäftsführer sind in diesen Fällen zur Einreichung der neuen Liste beim Handelsregister verpflichtet. Erlangen sie keine Kenntnis von der Anteilsabtretung oder wird eine aktualisierte Liste aus sonstigen Gründen nicht eingereicht, so bleibt oder wird die Gesellschafterliste falsch.

Da die unmittelbare Einreichungs- und Bescheinigungspflicht der deutschen Notare künftig elementar für die Begründung des Gutgläubensschutzes ist, entfielen nach der BGH-Rechtsprechung³¹⁶ die geforderte Vergleichbarkeit der ausländischen Urkundsperson mit einem deutschen Notar, was zur Unwirksamkeit eines im Ausland beurkundeten Abtretungsvertrages führen würde. Dieses Ergebnis kann von den Verfassern des MoMiG jedoch – wie oben gezeigt³¹⁷ – nicht beabsichtigt sein.

Zur Behebung des Problems der mangelnden Legitimationsgrundlage des Gutgläubensschutzes nach Anteilsübertragungen im Ausland wurde die Einführung eines Wahlrechts im Hinblick auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes diskutiert.³¹⁸ Der Regierungsentwurf wie auch zuvor der Referentenentwurf sehen von einem Wahlrecht ab. Ein solches Wahlrecht der Gesellschaften bezüglich eines gutgläubigen Anteilserwerbs hätte zur Folge, dass Anteile von Gesellschaften, die sich für einen gutgläubigen Erwerb entscheiden würden, nicht mehr im Ausland übertragbar wären. Die Entwurfsverfasser sind der Auffassung, dass der Entwurf Lücken bei Auslandsbeurkundungen bereits schließt.³¹⁹ Anteilsübertragungen im Ausland nach Art. 11 oder Art. 27 EGBGB bleiben in der Entwurfsbegründung unerwähnt. Mangels Notarpflichten des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE greift zur Erhöhung der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste nur § 16 Abs.1 GmbHG-RegE. Die jeweiligen Erwerber von GmbH-Anteilen werden voraussichtlich auch in Fällen der Anteilsübertragung im Ausland wegen § 16 Abs.1 GmbHG-RegE in den meisten Fällen zügig auf ihre Eintragung bestehen. Ohne die Mitwirkung eines Notars fehlt es dieser Eintragung jedoch an einer juristischen Prüfung des zugrunde liegenden Abtretungsvorganges und damit an einer hinreichenden Legitimation für die Gutgläubenswirkung.

Dies würde im Hinblick auf den Schutz des wahren Berechtigten durch die Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE kompensiert. Auch ohne ausreichende Richtigkeitsgewähr

³¹⁵ a.A. Zöllner, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S.175 (180); Rau, DStR 2006, S.1892 (1895).

³¹⁶ BGH ZIP 1981, S.402.

³¹⁷ siehe Kapitel II, B, IV, 5. und 6..

³¹⁸ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (688 f.).

³¹⁹ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.48.

der jeweiligen Eintragung hätte der wahre Gesellschafter, der sich drei Jahre nicht um seinen Geschäftsanteil sorgte, den Schutz seiner Gesellschafterstellung vor einem Rechtsverlust verwirkt. Insofern enthielt der Referentenentwurf eine Regelung, welche die Interessen des wahren Berechtigten nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.

Hinzu tritt nunmehr die Verschärfung durch den Regierungsentwurf. Ist die Falscheintragung etwa des Veräußerers einer Anteilsabtretung im Ausland dem Erwerber zuzurechnen, so kann ein gutgläubiger Erwerb auch vor Ablauf der Dreijahres-Frist erfolgen. Auch diese Regelung beschneidet die Rechtsstellung des Erwerbers und wahren Berechtigten nicht unverhältnismäßig. Wenn dieser die Vornahme der Anteilsübertragung im Ausland oftmals mit dem Zweck, die in Deutschland anfallenden Notarkosten zu ersparen, bevorzugt, so muss er sich eben selbst um seine Eintragung in der Gesellschafterliste kümmern.

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung sollte die Dreijahres-Frist im Interesse des Rechtsverkehrs an einer sicheren und zugleich schnellen Übertragbarkeit und Belastbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen möglichst gestrichen oder zumindest gekürzt werden. Als Ergebnis der obigen Prüfung kann zusammenfassend festgehalten werden, dass sich die Notwendigkeit der Dreijahres-Frist nur auf die Fälle der Anteilsübertragung im Ausland ohne Mitwirkung eines Notars beschränkt. Diese Fälle sind trotz der geringeren Kosten mit großem Abstand in der Minderzahl. Selbst dann kann die Dreijahres-Frist bei zurechenbarer Unrichtigkeit der Liste gemäß § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE außer Kraft gesetzt werden. Es ist nicht einzusehen, warum die Einfachheit, Klarheit und Schnelligkeit von Anteilsübertragungen wegen dieser wenigen Einzelfälle in so erheblichem Maße durch die Dreijahres-Frist beschränkt werden sollten.

Als Lösung zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs auch im Hinblick auf vorangegangene Anteilsübertragungen im Ausland mit oder ohne Beurkundung und einer damit zusammenhängenden, dem Erwerber nicht zurechenbaren unrichtigen Eintragung bietet sich schließlich an, die Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE schlicht auf die Dauer von einem Jahr zu verkürzen. Der Zeitraum eines Jahres ist zum Schutz des wahren Berechtigten ausreichend.³²⁰ Dieser müsste künftig die Gesellschafterliste lediglich einmal pro Jahr einsehen und möglichen Falscheintragungen widersprechen. Dies kann jedem GmbH-Gesellschafter zugemutet werden. Jedem Erwerber von GmbH-Geschäftsanteilen durch Abtretung im Ausland ist ohnehin und bereits wegen § 16 Abs.1 GmbHG-RegE und § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE dringend anzuraten, sich unverzüglich um seine Eintragung als Gesellschafter zu bemühen. Sieht der Gesellschafter die Gesellschafterliste dann etwa am 04. Juli

³²⁰ vgl. Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

2012 kurz vor der anstehenden Gesellschafterversammlung ein und ist er dort als Gesellschafter eingetragen, so hat er bis zum 04. Juli 2013 Rechtssicherheit hinsichtlich seines Anteils. Denn bis dahin kann keine anderweitige, diesem nicht zurechenbare Eintragung mindestens ein Jahr bestanden haben. Ist am 04. Juli 2013 ein anderer als Gesellschafter eingetragen, so kann der wahre Gesellschafter die Zuordnung eines Widerspruchs zum Handelsregister notfalls durch einstweilige Verfügung erzwingen und dadurch zeitlich unmittelbar einem gutgläubigen Erwerb durch Dritte von dem Eingetragenen vorbeugen.

Auch für potentielle Erwerber von GmbH-Geschäftsanteilen ist die einjährige Frist akzeptabel. Ist sich der Erwerber nicht sicher, dass der Veräußerer der wahre Berechtigte ist, so muss er keine kostenaufwändige Due Diligence mehr durchführen, sondern muss lediglich eine Frist von einem Jahr seit der Neueintragung des Veräußerers abwarten, um den Geschäftsanteil in jedem Fall erwerben zu können. Eine bereits seit einem Jahr bestehende Eintragung wird im Großteil der Fälle gegeben sein. Das Problem zwischenzeitlicher verdeckter Anteilsübertragungen wird dabei wieder durch das Zurechnungselement in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE abgeschwächt.

Die einjährige Verwirkungsfrist stellt im Gegensatz zur Dreijahres-Frist, die zügig aufeinander folgende Anteilsübertragungen blockieren würde, eine ausgewogene Kompromisslösung für die angesprochenen Probleme dar.

VI. Ausnahme bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der mangelnden Berechtigung des Veräußerers durch den Erwerber

Im Gegensatz zur Fassung des Referentenentwurfes, der in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RefE einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nur dann ausschloss, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste hinsichtlich des zu übertragenden Anteils bekannt ist, stellt der Regierungsentwurf in § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE nunmehr die grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers wie in § 932 Abs. 2 BGB der positiven Kenntnis von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste gleich.

Die positive Kenntnis des Erwerbers kann auch bei Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen fehlen, wenn ein Rechtsirrtum beim Erwerber vorliegt.³²¹ Im Rahmen des § 892 BGB hat die Rechtsprechung³²² es jedoch als positive Kenntnis angesehen, wenn der Erwerber über die

³²¹ BGH NJW 1961, S.777; Palandt/Bassenge, § 892 Rn 24, § 932 Rn 9.

³²² BGH LM § 892 Nr. 5.

Unrichtigkeit so aufgeklärt worden ist, dass sich ein redlich Denkender der Überzeugung vor ihr nicht verschließen würde. In Fällen des bewussten Sich-Verschließens vor der Wahrheit kann daher bereits von positiver Kenntnis, jedenfalls aber von grob fahrlässiger Unkenntnis ausgegangen werden.

Der BGH hat bei § 932 Abs. 2 BGB grob fahrlässige Unkenntnis dann angenommen, wenn der Erwerber die Nichtberechtigung des Veräußerers nur deshalb nicht kennt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben und dasjenige unbeachtet gelassen hat, was sich im gegebenen Fall jedem aufgedrängt hätte.³²³ Im Einzelfall können Zweifel an der Berechtigung des Veräußerers bzw. das Vorliegen einer konkreten Verdachtsituation zu Nachprüfungs- und Erkundigungspflichten des Erwerbers führen, bei deren Verletzung er als bösgläubig anzusehen wäre.³²⁴

Übertragen auf den GmbH-Anteilserwerb bedeutet dies, dass der Erwerber grundsätzlich nur dann Ermittlungen anstellen muss, wenn ein Verdacht gegen die Berechtigung des Veräußerers vorliegt, der auch bei nur durchschnittlichem Merk- und Erkenntnisvermögen ohne besonders hohe Aufmerksamkeit und besonders gründliche Überlegung nicht unberücksichtigt bleiben kann.³²⁵ An die Nachforschungspflichten des Erwerbers dürfen keine höheren Anforderungen gestellt werden als im Bereich des § 932 BGB, da die Eintragung in die Gesellschafterliste angesichts der damit einhergehenden Prüfungspflichten und Haftungsrisiken der Beteiligten ein deutlich verlässlicher Rechtsscheinträger ist als der vergleichsweise flüchtige Besitz bei § 932 BGB.³²⁶

Aus der negativen Formulierung in § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE „**Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn ...**“ folgt eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Erwerbers.³²⁷ Derjenige, der sich auf den gutgläubigen Anteilserwerb beruft, muss lediglich die tatsächlichen Erwerbsvoraussetzungen des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE darlegen und beweisen. Der wahre Berechtigte, der den gutgläubigen Erwerb bestreitet, muss die tatsächlichen Umstände für die positive Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste vortragen und beweisen.

§ 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RefE entsprach noch der Formulierung in § 892 Abs.1 S.1 BGB oder in § 2366 BGB für den Erbschein. Nach dem Referentenentwurf wäre daher ein gut-

³²³ BGH NJW-RR 2000, S.576 (577); BGH NJW 1994, S.2022 (2023).

³²⁴ BGH ZIP 1983, S.438 (441).

³²⁵ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

³²⁶ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

³²⁷ Bohrer, DStR 2007, S.995 (1000), spricht von einer gesetzlichen Vermutung des guten Glaubens.

gläubiger Erwerb selbst bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste in Betracht gekommen. Dies wurde von Rau³²⁸ kritisiert. Der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nur bei positiver Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit erscheint Rau aus der Perspektive des tatsächlichen Gesellschafters nicht sachgerecht. Der Gutgläubenschutz solle daher auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Erwerbes entfallen.³²⁹ An die grob fahrlässige Unkenntnis würden üblicherweise hohe Anforderungen gestellt. Um das gesetzgeberische Ziel, den Aufwand von Due Diligences zu beschränken, nicht zu torpedieren, könne zusätzlich geregelt werden, dass ein Anteilserwerber ohne Vorliegen besonderer Indizien nicht zwingend eine Due Diligence länger als drei Jahre zurückliegender Anteilserwerbsvorgänge durchzuführen brauche.

Die Kritik Raus am Referentenentwurf ist grundsätzlich berechtigt. Ein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs ausschließlich bei positiver Kenntnis war nicht sachgerecht. Anders als beim Grundbuch, das nach § 892 BGB ein mit öffentlichem Glauben versehener Rechtscheinträger ist und in das Eintragungen ausschließlich entweder nach materieller Prüfung durch das Grundbuchamt oder jeweils mit Einwilligung desjenigen, dessen Voreintragung durch die Eintragung betroffen wird, erfolgen (§§ 19 ff. GBO), handelt es sich bei der Gesellschafterliste lediglich um ein privat durch die Geschäftsführer geführtes Register. Die künftige notarielle Prüfung im Regelfall des rechtsgeschäftlichen Anteilserwerbs gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE steigert zwar die Richtigkeitsgewähr und Aktualität der Gesellschafterliste erheblich und rechtfertigt auch die Anknüpfung des gutgläubigen Erwerbs an den Inhalt der Liste, jedoch wird diese hierdurch nicht zu einem öffentlich geführtem Register, das in jeder Hinsicht vergleichbar mit dem Grundbuch wäre. Der subjektive Maßstab des § 932 Abs. 2 BGB ist auch nach Ansicht von Hamann³³⁰ bei Geltung des Veranlasserprinzips einzig konsequent.

Der jetzt im Regierungsentwurf enthaltene Ausschluss der Gutgläubensschutzes auch bei grober Fahrlässigkeit zwingt den Erwerber faktisch dazu, zumindest bei deutlichen Anhaltspunkten und Zweifeln an der Berechtigung des Veräußerers diesbezüglich eine Due Diligence auch für den Zeitraum vor der Dreijahres-Frist durchzuführen. Dies ist im Hinblick auf Art. 14 GG und dem Schutz des wahren Berechtigten hinzunehmen.

Allerdings teile ich die Sorge von Harbarth³³¹, dass die Obliegenheitsanforderungen des Erwerbers von der Rechtsprechung vor dem Hintergrund des erheblichen Due Diligence Auf-

³²⁸ Rau, DStR 2006, S.1892 (1898).

³²⁹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1898).

³³⁰ Hamann, NZG 2007, S.492 (494).

³³¹ Harbarth, ZIP 2008, S.57 (60).

wands, den Erwerber jedenfalls bei größeren Akquisitionen betreiben, überspannt werden könnten. Insofern birgt die Aufnahme der „grob fahrlässigen Unkenntnis“ in § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE auch die Gefahr, dass der gutgläubige Erwerb letztlich durch die Rechtsprechung wieder ausgehöhlt werden könnte. Es muss einem Erwerber nach dem Gesetzeszweck jedenfalls in Fällen, in denen keine Anhaltspunkte für die Nichtberechtigung des Veräußerers bestehen, künftig erlaubt sein, eine Due Diligence ganz zu unterlassen oder zumindest auf den Zeitraum bis zum Dreijahres-Stichtag zu beschränken. Das Unterlassen einer Due Diligence dürfte nicht automatisch als grobe Fahrlässigkeit angesehen werden.³³²

Für den Zeitpunkt der Bösgläubigkeit ist grundsätzlich auf die Vollendung des Rechtserwerbs, den Abschluss des notariellen Abtretungsvertrages bzw. den Eintritt der letzten aufschiebenden Bedingung, abzustellen. Auch im Bereich der Gutglaubenstatbestände der §§ 892, 932 BGB muss der gute Glaube grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbstatbestandes vorliegen.³³³ Der Regelung des § 892 Abs. 2 BGB lässt sich die Wertung entnehmen, wonach die Gutgläubigkeit bis zu dem Zeitpunkt fortauern muss, ab dem die Wirksamkeit des Erwerbs nur noch von Ereignissen abhängt, auf deren Eintritt die Parteien keinen Einfluss mehr haben. Folgerichtig geht die herrschende Meinung zu den §§ 892, 932 BGB davon aus, dass es bei bedingt vereinbarten Übertragungen grundsätzlich nicht schadet, wenn der bei Einigung noch vorhandene gute Glaube im Moment des Bedingungseintritts zerstört ist.³³⁴

Liegt der Bedingungseintritt allerdings in den Händen der Parteien, so ist der Zeitpunkt des Bedingungseintritts maßgeblich.³³⁵ Dies ist bei M&A-Transaktionen von Bedeutung, denn hier steht die Abtretung des Geschäftsanteils regelmäßig (auch) unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung. In einem solchen Fall muss die Gutgläubigkeit des Erwerbers daher noch im Moment der Zahlung andauern.³³⁶ Dies gilt auch dann, wenn – wie regelmäßig – die Fälligkeit des Kaufpreises ihrerseits von Bedingungen abhängt, welche die Parteien nicht beeinflussen können; denn auch in einem solchen Fall hängt die Vollendung des Rechtserwerbs von einem selbständigen Willensakt des Erwerbers, der Kaufpreiszahlung, ab.³³⁷

Ist für die Wirksamkeit der Verfügung eine privat- oder öffentlich-rechtliche Genehmigung (z.B. behördliche oder insbesondere fusionskontrollrechtliche Genehmigung) erforderlich, so

³³² vgl. Müller, GmbHR 2006, S.953 (956 f.); Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

³³³ BGH NJW 2001, S.359 (360); Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

³³⁴ MünchKomm/Wacke, § 892 Rn 57.

³³⁵ Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 57.

³³⁶ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899).

³³⁷ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899).

geht die herrschende Meinung zu § 892 BGB davon aus, dass der gute Glaube auch noch bei Erteilung der Genehmigung vorliegen muss.³³⁸ Legt man jedoch wieder die Wertung des § 892 Abs. 2 BGB zugrunde, sollte es auch hier auf den Augenblick der Antragstellung bei der jeweiligen Behörde ankommen.³³⁹

Im Falle einer dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnenden Falscheintragung des Veräußerers müssen der Ablauf der Frist gemäß § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE und die Gutgläubigkeit des Erwerbers kumulativ vorliegen. Hat ein Erwerber den Geschäftsanteil vor Ablauf dieser Frist erworben und erfährt er später und ebenfalls noch vor Ablauf der Frist, dass sein eingetragener Veräußerer tatsächlich nicht der Berechtigte war, so scheidet sein Gutgläubenserwerb aus. Vossius begründet dies mit § 937 Abs. 2 BGB analog („mala fides superveniens nocet“). § 900 Abs.1 S.1 BGB enthalte den entsprechenden Rechtsgedanken („während dieser Zeit“). Allerdings könne nach Ablauf der Frist § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE ein Dritter den Geschäftsanteil vom bösgläubigen Nichtberechtigten gutgläubig erwerben.³⁴⁰

VII. Ausnahme bei zugeordnetem Widerspruch gegen Unrichtigkeit

Der Gesetzestext zum Widerspruch, der den Rechtsschein der unrichtigen Eintragung zerstört und somit den gutgläubigen Anteilserwerb verhindert, ist im Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf geändert und erweitert worden. Zum einen muss der Widerspruch nicht mehr bloß zum Handelsregister eingereicht sein, sondern er muss der Gesellschafterliste bereits zugeordnet und damit über das elektronische Handelsregister für Jedermann online einsehbar sein. Zum anderen enthält der Regierungsentwurf in § 16 Abs. 3 S. 4 und 5 GmbHG-RegE folgende klarstellende Erweiterung, die sich zur Verhinderung von Missbräuchen an § 899 Abs. 2 BGB anlehnt³⁴¹:

„Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.“

Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung eines Widerspruchs muss der Anspruch des Antragstellers auf Einreichung einer korrigierten Liste glaubhaft gemacht wer-

³³⁸ MünchKomm/Wacke, § 892 Rn 57; Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 196.

³³⁹ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899).

³⁴⁰ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., b)).

³⁴¹ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.89.

den.³⁴² Der zugeordnete Widerspruch beendet nicht die Wirkung des § 16 Abs.1 GmbHG-RegE zu Gunsten des Eingetragenen im Verhältnis zur Gesellschaft. Er beseitigt auch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten, seinen Anteil wirksam zu veräußern.³⁴³

Das Widerspruchsrecht ähnelt den §§ 892 Abs.1 S.1, 894, 899 BGB und schützt die Interessen des wahren Berechtigten. Es sichert den Anspruch des wahren Gesellschafters gegen die GmbH auf Berichtigung der Gesellschafterliste und entsprechende Eintragung seiner Person als Gesellschafter. Im Grundbuchrecht ergibt sich ein solcher Berichtigungsanspruch gegen den als Berechtigter Eingetragenen aus § 894 BGB. Im Gesellschaftsrecht bedarf es keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anspruchsgrundlage. Der Rechtsanspruch des Gesellschafters auf Eintragung in die Gesellschafterliste ist unmittelbare Folge des mit dem Anteils-erwerb entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und der Gesellschaft.³⁴⁴ In der Entwurfsbegründung wird darauf hingewiesen, dass eine entsprechende einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter bei der Parallelvorschrift des § 67 Abs. 2 AktG für das Aktienregister bei der Namensaktie auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt sei.³⁴⁵ Die Gegenansicht³⁴⁶, die dem wahren Gesellschafter einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Listenberichtigung nicht zugesteht, wird nach Inkrafttreten des MoMiG und der dadurch erhöhten Rechtswirkungen der Eintragung nicht mehr vertretbar sein.

Aufgrund der Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE hat der wahre Gesellschafter nach Eintritt der ihm nicht zuzurechnenden Unrichtigkeit der seinen Anteil betreffenden Eintragung in der Gesellschafterliste drei Jahre lang Zeit, durch Zuordnung des Widerspruchs einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern. Der wahre Gesellschafter kann durch Onlineeinsicht sofort und ohne nennenswerten Aufwand die Eintragungen in der Liste nachprüfen, bei Unrichtigkeit entweder mit Zustimmung des Eingetragenen den Widerspruch einreichen lassen oder diesen durch einstweilige Verfügung erzwingen und somit seinen Anteil für einen gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten „sperrern“. Nach der oben vertretenen Ansicht³⁴⁷ reicht hierzu ein Zeitraum von einem Jahr bei weitem aus.

Die Zuordnung eines Widerspruchs vor Vollendung des Rechtserwerbs schließt einen gutgläubigen Erwerb aus. Anders als bei der Frage des guten Glaubens dürfte auch keine Ausnahme für den Fall gelten, dass die Wirksamkeit des Erwerbs nur noch von für die Parteien

³⁴² Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.89.

³⁴³ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.89; Harbarth, ZIP 2008, S.57 (60).

³⁴⁴ Römermann, GmbHR 2006, S.673 (676).

³⁴⁵ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.48; Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.85.

³⁴⁶ Scholz/Schneider, GmbHG-Kommentar Bd. I, 9. Aufl., § 40 Rn 26.

³⁴⁷ siehe Kapital II, B, V, 3., g), bb).

nicht beeinflussbaren Ereignissen abhängt.³⁴⁸ Käufer von Geschäftsanteilen werden unter der Geltung des MoMiG daher künftig erwägen, sich für den Fall, dass der Gesellschafterliste nach Unterzeichnung, aber vor Vollzug der Transaktion ein Widerspruch zugeordnet wird, ein vertragliches Rücktrittsrecht einräumen zu lassen.³⁴⁹

1. Vergleich mit dem Grundbuchrecht und Einführung des Bewilligungsprinzips

§ 892 Abs.1 BGB fordert einen gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragenen Widerspruch. Die Eintragung des Widerspruchs im Grundbuch erfolgt gemäß § 899 Abs. 2 S.1 BGB aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894 BGB betroffen wird. Dem entsprechend ist nach § 13 Abs.1 S. 2 GBO jeder zur Stellung eines Eintragungsantrages berechtigt, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Bei der 2. Alternative hängt eine Eintragung gemäß § 19 GBO wiederum von der Bewilligung desjenigen ab, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird. Übertragen auf die Gesellschafterliste wäre derjenige, der aktuell als Gesellschafter eingetragen ist, von der Eintragung eines Widerspruchs betroffen. Seine gegenüber der GmbH nach § 16 Abs.1 GmbHG-RegE bestehende Gesellschafterstellung würde durch den Widerspruch zwar nicht unmittelbar gefährdet. Er könnte auch wirksam über den Anteil verfügen, falls er tatsächlich der wahre Berechtigte ist. Jedoch würden potentielle Erwerber durch den Widerspruch erheblich abgeschreckt. Daher würde der Eingetragene den Widerspruch in der Regel nicht bewilligen. Diese Eintragungsbewilligung müsste dann wie beim Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 899 Abs. 2 S.1 BGB durch eine einstweilige Verfügung ersetzt werden. Dem folgt nun der Regierungsentwurf.

Nach dem Konzept des Referentenentwurfes sollte der Widerspruch unabhängig von einer Bewilligung des Eingetragenen in den Registerordner aufgenommen und nach § 9 Abs.1 S. 3 der HandelsRegVO-RefE der Gesellschafterliste zugeordnet werden. Der Widerspruch sollte nicht auf inhaltliche Richtigkeit geprüft, nicht eingetragen und auch nicht bekannt gemacht werden. Damit wäre er zeitlich unmittelbar nach dessen Einreichung über das elektronische Handelsregister jederzeit und für Jedermann online einsehbar.³⁵⁰ Dies beruhte wohl auf dem Gedanken, dass das Bewilligungsprinzip des Grundbuchrechts nicht 1:1 auf die Gesellschafterliste übertragbar sei. Ein Antrag des wahren Gesellschafters auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Eingetragenen könnte mangels Anordnungsanspruch

³⁴⁸ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899).

³⁴⁹ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (899).

³⁵⁰ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.52.

unbegründet sein. Denn für die Eintragungen in die Gesellschafterliste sind die Geschäftsführer der GmbH verantwortlich. Der wahre Gesellschafter hat einen Anspruch auf Berichtigung der Liste gegen die Gesellschaft und nicht gegen den zu Unrecht Eingetragenen.³⁵¹ Dem wahren Berechtigten muss aber ein Anspruch gegen den unrichtig Eingetragenen auf Zustimmung zur Korrektur der Liste zustehen, der dann im einstweiligen Verfügungsverfahren zügig durchgesetzt werden kann.

2. Eintritt der rechtlichen Wirkung des Widerspruchs mit Zuordnung

Der Zeitpunkt, ab wann der Widerspruch seine rechtliche Wirkung entfaltet, ergab sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE des Referentenentwurfes. Dieser verlangte einen zum Handelsregister „eingereichten“ Widerspruch. Was unter der „Einreichung“ zu verstehen war, blieb auch nach Lektüre der HandelsRegVO unklar. In Betracht kamen einerseits das Eingangsdatum des Widerspruchs beim Registergericht und andererseits der Zeitpunkt, in dem der Widerspruch der Gesellschafterliste zugeordnet worden und daher für die Öffentlichkeit sichtbar ist. Der Begriff war jedoch nach dem Sinn und Zweck der Norm auszulegen. Der Widerspruch hat den Charakter einer Schutzschrift³⁵² und zerstört einen gutgläubigen Erwerb, weil ein potentieller Erwerber, der vor notarieller Anteilsabtretung Einsicht in die Registerakten nimmt und den Widerspruch wahrnehmen kann, nicht mehr sicher von der Berechtigung des Veräußerers ausgehen kann und daher nicht mehr auf diese vertrauen darf. Ein Widerspruch, der sich zum Zeitpunkt des Abtretungsvertrages in der Phase zwischen Eingang und Veröffentlichung befindet, konnte mangels öffentlicher Wahrnehmbarkeit im Interesse des Rechtsverkehrs noch nicht als „eingereicht“ gelten. Er löst daher zum Nachteil des Widersprechenden noch keine rechtsscheinzerstörende Wirkung aus. Entscheidend auf die öffentliche Erkennbarkeit des eingereichten Widerspruchs und damit auf den Zeitpunkt der Zuordnung stellen auch Haas/Oechsler ab.³⁵³ Der Wortlaut des Regierungsentwurfes hält nunmehr in § 16 Abs. 3 S. 4 und 5 GmbHG-RegE richtig den Zeitpunkt der Zuordnung des Widerspruchs zur Liste für maßgebend.

3. Widerspruchsberechtigung

Nach dem Referenten- wie dem Regierungsentwurf bleibt offen, welchen Personen ein solches Widerspruchsrecht und damit ein Antragsrecht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren

³⁵¹ vgl. Hamann, NZG 2007, S.492 (494).

³⁵² Vossius/Wachter, Begründung zum Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes, S.25.

³⁵³ Haas/Oechsler, NZG 2006, S.806 (812).

zustehen soll.³⁵⁴ Neben dem wahren Gesellschafter können auch die GmbH selbst, die Geschäftsführer oder die Mitgesellschafter ein berechtigtes Interesse an einer Widerspruchsmöglichkeit haben, etwa bei Missachtung einer Vinkulierungsklausel.³⁵⁵

Der Handelsrechtsausschuss des DAV geht davon aus, dass Antragsteller in dem einstweiligen Verfügungsverfahren nur derjenige sein könne, der sich als „wahrer Berechtigter“ darstellt. Ebenso sei davon auszugehen, dass Antragsgegner in diesem einstweiligen Verfügungsverfahren nur derjenige sei, gegen dessen in der Gesellschafterliste behauptete Inhaberschaft sich der Widerspruch richte, weil dessen Zustimmung zum Widerspruch anstelle einer einstweiligen Verfügung genügen würde.³⁵⁶ Das Hauptsacheverfahren werde sich im Regelfall ebenfalls nur gegen diese in der Gesellschafterliste als Inhaber des Rechts ausgewiesene Person auf Duldung der Berichtigung der Gesellschafterliste richten, weil davon auszugehen sei, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft auf der Grundlage eines rechtskräftigen Urteils zugunsten des wahren Berechtigten eine berichtigte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen würden. Nur wenn sie diese verweigern würden, habe der wahre Berechtigte auch gegen die Gesellschaft selbst, vertreten durch ihre Geschäftsführer, Klage auf Einreichung einer neuen, berichtigten Gesellschafterliste zu erheben.³⁵⁷ Insofern unterscheidet sich das Verfahren von dem zum Vorbild genommenen Grundbuchberichtigungsverfahren, weil bei Letzterem das Grundbuchamt nach rechtskräftiger Verurteilung des Verpflichteten das Grundbuch berichtige, eine solche Berichtigung durch das Handelsregister im Falle der Gesellschafterliste aber nicht zur Verfügung stehe.³⁵⁸

Auch nach meinem Dafürhalten sollte das Widerspruchsrecht grundsätzlich auf den nicht eingetragenen, wahren Gesellschafter beschränkt sein. Soweit in Zukunft auch Belastungen des GmbH-Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eintragbar sein sollten und damit ein gutgläubiger Rechtserwerb bzw. ein gutgläubig lastenfreier Erwerb möglich wäre, so sollte auch der nicht eingetragene, wahre Berechtigte etwa eines Pfandrechts am Geschäftsanteil einen Widerspruch gegen eine unrichtige Eintragung im Wege der einstweiligen Verfügung erzwingen können.

Sollten dagegen die Geschäftsführer der GmbH nach Prüfung der Rechtslage der begründeten Auffassung sein, der Eingetragene sei etwa wegen Verstoßes gegen eine Vinkulierungsklausel nicht der wahre Gesellschafter, so stellt sich die Frage, ob diese selbst eine korrigierte Liste einreichen können, ein Widerspruchsrecht haben oder gar nicht gegen die

³⁵⁴ Noack, DB 2006, S.1475 (1478).

³⁵⁵ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (687).

³⁵⁶ Stellungnahme DAV Nr. 43/07, NZG 2007, S. 735 (739), abrufbar unter www.anwaltverein.de, S.15.

³⁵⁷ Stellungnahme DAV Nr. 43/07, NZG 2007, S. 735 (739), abrufbar unter www.anwaltverein.de, S.15.

³⁵⁸ Stellungnahme DAV Nr. 43/07, NZG 2007, S. 735 (739), abrufbar unter www.anwaltverein.de, S.15.

aus ihrer Sicht unrichtige Liste vorgehen können. Nach der Gesetzesbegründung bleibt bei Mitwirkung eines Notars im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE die Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer **aus anderen Gründen** unrichtigen Liste unberührt.³⁵⁹ Damit gibt der Gesetzgeber deutlich zu erkennen, dass die Geschäftsführer dann, wenn ein Notar die Wirksamkeit der Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils anerkannt und gegenüber dem Registergericht bestätigt hat, keine Möglichkeit haben sollen, wegen eigener Zweifel an der Prüfung des Notars die Liste zu korrigieren. Sie sind lediglich zu Korrekturhandlungen befugt, wenn die Liste aus anderen Gründen unrichtig wird. Ein eigenes Widerspruchsrecht der Geschäftsführer, die immerhin gemäß § 40 Abs.1 GmbHG-RegE für die Richtigkeit der Gesellschafterliste zuständig sind, ist daher in obigen Fällen des vermuteten Notarfehlers mangels Befugnis zur Einreichung einer neuen Liste durchaus als sachdienlich anzusehen und daher zu befürworten.³⁶⁰

Mitgesellschaftern hingegen ist kein Widerspruchsrecht zuzugestehen. Obwohl für diese die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises durchaus von Belang ist, haben sie lediglich ein faktisches, aber kein rechtlich geschütztes Interesse, auf die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises Einfluss zu nehmen. Auch haben sie nach der gesetzlichen Konzeption keine Verantwortung für die Richtigkeit der Gesellschafterliste.³⁶¹

Unklar war nach dem Referentenentwurf zudem, ob das Registergericht eingereichte Widersprüche in eng begrenzten Ausnahmefällen, etwa bei offensichtlicher Unbegründetheit, zurückweisen können sollte mit der Folge, dass die Einreichung einen gutgläubigen Erwerb von dem Eingetragenen nicht verhindern kann. Dagegen sprach die Tatsache, dass das Registergericht die Zulässigkeit und die Begründetheit des Widerspruchs überhaupt nicht prüft. Es erkennt daher auch eine offensichtliche Unbegründetheit nicht. Überdies müssten die Ausnahmefälle gesetzlich festgelegt werden. Folglich war davon auszugehen, dass der Referentenentwurf eine solche Ausnahmezurückweisung bei Widersprüchen nicht vorsah. Diese Frage hat sich durch die Neuformulierung des Regierungsentwurfes erledigt, als dass die Zuordnung eines Widerspruchs aufgrund einer Bewilligung des Betroffenen oder einer einstweiligen Verfügung erfolgt. Spielraum für eine offensichtliche Unbegründetheit des Widerspruchs bleibt daher kaum noch.

Ebenso wie bei § 892 BGB kann nur ein sachlich begründeter, also zutreffender Widerspruch den gutgläubigen Erwerb hindern. Wenn die Gesellschafterliste die Rechtslage korrekt wiedergibt, ist auch ein zugeordneter Widerspruch naturgemäß bedeutungslos.

³⁵⁹ Begründung RegE zu Nummer 27 (Änderung von § 40), S.101.

³⁶⁰ so auch Harbarth, ZIP 2008, S.57 (61).

³⁶¹ Harbarth, ZIP 2008, S.57 (61).

Unbegründet und damit wirkungslos ist aber auch ein Widerspruch, der berechtigterweise gegen die Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Nichtberechtigten protestiert, das fragliche Recht aber nicht für den wirklichen Rechtsinhaber, sondern für einen anderen Nichtberechtigten reklamiert.³⁶²

4. Konstellationen zivilrechtlicher Streitigkeiten bezüglich der Gesellschafterstellung

Streitigkeiten hinsichtlich der Gesellschafterstellung sind zwischen den Beteiligten auf dem Zivilrechtsweg zu klären. Bestehe Uneinigkeit zwischen mehreren Prätendenten, so sei diese zwischen den Beteiligten zivilrechtlich zu klären. Gleichfalls sei in einem zivilrechtlichen Verfahren die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Korrektur der Liste oder die Rücknahme eines Widerspruchs einzuklagen.³⁶³ Denkbar sind folgende Konstellationen sowohl im einstweiligen Rechtsschutzverfahren als auch im Klagewege:

a)

Derjenige, der tatsächlich Gesellschafter und nicht in der Gesellschafterliste eingetragen ist, begehrt die Eintragung seiner Person als Gesellschafter. Der Anspruch auf Eintragung besteht trotz § 40 Abs.1 GmbHG-RegE nicht unmittelbar gegen die Geschäftsführer, sondern gegen die Gesellschaft selbst und müsste dieser gegenüber gerichtlich geltend gemacht werden. Die Geschäftsführer veranlassen die Eintragung lediglich als organschaftliche Vertreter der GmbH. Gleichwohl sind sie in § 40 Abs.1 GmbHG-RegE nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter auch persönlich verpflichtet und können sich nach § 40 Abs. 3 GmbHG-RegE schadenersatzpflichtig machen.

Eine entsprechende Leistungsklage auf Eintragung gegen den unrichtig Eingetragenen wäre in der Regel schon mangels Anspruchsgrundlage unbegründet. Eine solche Verpflichtung wäre zudem unmöglich. Der Eingetragene ist rechtlich nicht in der Lage, die Eintragung des Klägers etwa durch Bewilligung zu veranlassen. Die Bewilligungsmöglichkeit gilt ausschließlich für die Zuordnung eines Widerspruchs zur Liste. Eine Klage gegen den unrichtig Eingetragenen mit dem Antrag auf Feststellung der Gesellschafterstellung des Klägers³⁶⁴ wäre unbegründet, da der Kläger hiermit seine Eintragung nicht erreichen könnte. Fraglich wäre bereits ein feststellbares Rechtsverhältnis zwischen den Parteien.

³⁶² vgl. Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 126.

³⁶³ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.89.

³⁶⁴ vgl. Grunewald, ZIP 2006, S.685 (687).

b)

Derjenige, der sich für den wahren Gesellschafter hält und nicht in der Gesellschafterliste eingetragen ist, hat durch einstweilige Verfügung die Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste erwirkt. Der als Gesellschafter Eingetragene begehrt die Entfernung bzw. Löschung des der Gesellschafterliste zugeordneten Widerspruchs aus dem Registerordner. Damit ist er grundsätzlich auf das Hauptsacheverfahren verwiesen.

In anderen Fällen, in denen der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet ist, etwa durch vorgetäuschte Bewilligung des Betroffenen gegenüber dem Handelsregister, besteht ein Anspruch des Eingetragenen auf Löschung des Widerspruchs aus §§ 1004 Abs.1 S.1, 823 Abs.1 BGB, wenn ein absolutes Recht durch den zugeordneten Widerspruch beeinträchtigt würde, bzw. aus §§ 823 ff. BGB.

Ist der Eingetragene tatsächlich Gesellschafter, so könnte seine Gesellschafterstellung als absolutes Recht beeinträchtigt sein. Der Widerspruch verhindert lediglich einen gutgläubigen Anteilswerb von dem Eingetragenen. Der tatsächliche Gesellschafter verfügt als Berechtigter über seinen Anteil und ist daher zwar nicht auf einen gutgläubigen Erwerb angewiesen. Zur Gesellschafterstellung des Eingetragenen gehört jedoch auch seine „Listenposition“, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen könnte und damit potentiellen Käufern Sicherheit bietet. Ein der Liste zugeordneter Widerspruch, der einen gutgläubigen Erwerb verhindern würde, hat somit abschreckende Wirkung für Kaufinteressenten und schränkt dadurch faktisch die Verfügungsmöglichkeiten des Eingetragenen über seinen Anteil ein. Der eingetragene, wahre Gesellschafter kann daher gemäß §§ 1004 Abs.1 S.1, 823 Abs.1 BGB gegen den Widersprechenden auf Entfernung bzw. Löschung des Widerspruchs aus den (elektronischen) Registerunterlagen klagen. Der unrichtig als Gesellschafter in die Liste Eingetragene hat keinen Anspruch auf Löschung des Widerspruchs. Zwar wird auch dessen „Listenposition“ durch den Widerspruch beeinträchtigt. Es fehlt hier jedoch an der tatsächlichen Gesellschafterstellung, mithin an einem absoluten Recht.

Im Grundbuchrecht dagegen gibt es vier Möglichkeiten, die Löschung eines eingetragenen Widerspruchs zu erreichen. Eine rückwirkende Löschung des Widerspruchs erfolgt auf Bewilligung des Widerspruchsberechtigten, die gemäß § 894 BGB erzwingbar ist, wenn der Widerspruch in Rechtsbestand und Rechtsinhalt nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt.³⁶⁵ Darüber hinaus wird der Widerspruch auf Unrichtigkeitsnachweis (§§ 22, 29 GBO), nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung (§ 25 GBO) und auf begründetes Rechtsmittel

³⁶⁵ BGH NJW 1969, S.93; Palandt/Bassenge, § 894 Rn 2.

gegen die Eintragung (§ 71 Abs.1 GBO) gelöscht.³⁶⁶ Diese Möglichkeiten sind mit Ausnahme des Unrichtigkeitsnachweises entsprechend auf die Gesellschafterliste übertragbar.

c)

Ein Widerspruch war zum Handelsregister eingereicht und der Gesellschafterliste zugeordnet. Der eingetragene Gesellschafter hat den Geschäftsanteil dennoch an einen Dritten abgetreten. War der Eingetragene zugleich wahrer Gesellschafter, so ist der Zessionar wirksam Gesellschafter geworden. War der Eingetragene nicht wahrer Gesellschafter, so ist auch ein gutgläubiger Zessionar aufgrund des Widerspruchs nicht Gesellschafter geworden. Auch hier kann der wahre Gesellschafter gegen die GmbH auf Korrektur der Gesellschafterliste klagen.

d)

Die einstweilige Verfügung zur Erzwingung des Widerspruchs wird zwar zum Handelsregister eingereicht und der Widerspruch der Gesellschafterliste zugeordnet, jedoch wird die einstweilige Verfügung dem unrichtig Eingetragenen nicht zugestellt. Gemäß §§ 922 Abs. 2, 929 Abs. 2 und 3, 936 ZPO wird die einstweilige Verfügung wirkungslos. Fraglich ist dann, ob der aufgrund der Entscheidung zugeordnete Widerspruch dennoch seine gutgläubenszerstörende Wirkung im Sinne des § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE behält. Dies ist deshalb zu bejahen, weil der Rechtsverkehr nur auf den Inhalt der Liste vertrauen kann. Bei einem eingetragenen Widerspruch scheidet daher ein gutgläubiger Erwerb bis zu dessen Löschung unabhängig davon, ob die zugrunde liegende einstweilige Verfügung rechtlich Bestand hat oder nicht. Nach anderer Ansicht von Vossius liege kein wirksamer Widerspruch mehr vor. Dem Dritten könne aber u.U. eine grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Berechtigung des Eingetragenen vorgehalten werden.³⁶⁷

5. Beweislastverteilung

Die Formulierung des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RefE des Referentenentwurfes („kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht“) belastete den gutgläubigen Erwerber mit der Darlegungs- und Beweislast für die negative Tatsache, dass ein Widerspruch des wahren Gesellschafters nicht eingereicht worden ist. Anders ist dies bei § 892 Abs.1 S.1 BGB. Hier trägt der wahre Eigentümer auch die Beweislast dafür, dass im Grundbuch ein Widerspruch eingetragen ist. Diese Beweislastverteilung ist nur folgerichtig, da sowohl ein eingetragener Widerspruch als auch die positive Kenntnis des Erwerbers die für den wahren Eigentümer gün-

³⁶⁶ Palandt/Bassenge, § 899 Rn 6.

³⁶⁷ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., c) Abwandlung Beispiel 13).

stigen Tatsachen darstellen. Ein gesetzliches Abweichen von diesem Grundsatz ist nur durch sachliche Gründe gerechtfertigt, welche sich im Fall des § 16 Abs. 3 GmbHG-RefE nicht erschließen und in der Entwurfsbegründung auch nicht genannt wurden.

Richtigerweise hat der Regierungsentwurf die Beweislast nunmehr in § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE umgekehrt, so dass der wahre Berechtigte darlegen und nachweisen muss, dass zum Zeitpunkt des vermeintlich gutgläubigen Erwerbs ein Widerspruch der Gesellschafterliste zugeordnet war.

VIII. Übergangsregelung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RegE

Nach dem Referentenentwurf soll die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs zwingend für alle Gesellschaften gelten. Die Übergangsregelung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RegE unterscheidet jedoch zwischen Altgesellschaften und Neugesellschaften.

1. Neugesellschaften

Anders als noch der Referentenentwurf mit dem geplanten Inkrafttreten des MoMiG zum 01. Oktober 2007 lässt der Regierungsentwurf das Datum des Inkrafttretens, das nunmehr für das dritte oder vierte Quartal 2008 geplant ist, offen. Neugesellschaften sind Gesellschaften, die am oder nach dem Datum des Inkrafttretens des MoMiG gegründet werden. Hinsichtlich der Gründung ist gemäß § 11 Abs.1 GmbHG der Tag maßgeblich, an dem die GmbH in das Handelsregister eingetragen wird. Dies gilt auch für die neue Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), auf die grundsätzlich die Regelungen des GmbHG angewendet werden.³⁶⁸ Für Neugesellschaften gelten die Regelungen des gutgläubigen Erwerbs von Beginn an.

Ist z.B. der Veräußerer eines Geschäftsanteils an einer Neugesellschaft seit dem 02. Dezember 2008 zu Unrecht in der Gesellschafterliste eingetragen, so kann der Erwerber den betreffenden Geschäftsanteil ab dem 03. Dezember 2011 durch notariell beurkundeten Abtretungsvertrag gutgläubig erwerben. Die Fristberechnung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften. Fristbeginn ist gemäß § 187 Abs.1 BGB der 03. Dezember 2008. Das Fristende fällt gemäß § 188 Abs. 2, 1. Halbs. BGB auf den 02. Dezember 2011, das heißt, erst mit Ablauf dieses Tages, 24.00 Uhr, war der Veräußerer im Sinne des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-

³⁶⁸ Begründung RegE zu Nummer 6 (Einfügung eines § 5a), S.70.

RegE nicht mehr weniger als drei Jahre lang unrichtig in der Gesellschafterliste eingetragen. Einem notariellen Abtretungsvertrag vom 02. Dezember 2011 käme die Fiktionswirkung daher nicht zugute.

Ist der Veräußerer eines Anteils an einer Neugesellschaft z.B. seit dem 10. Januar 2009 zu Unrecht in der Gesellschafterliste eingetragen und ist diese Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten im Sinne des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE zuzurechnen, so kann sogar bereits im Jahr 2009 ein gutgläubiger Erwerb eines Dritten stattfinden.

2. Altgesellschaften

Altgesellschaften sind GmbH, die vor dem Datum des Inkrafttretens des MoMiG gegründet worden sind. Nach § 3 Abs. 3 S.1 EGGmbHG-E beginnt für diese die Dreijahres-Frist des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE frühestens ab dem Datum **sechs Kalendermonate nach Inkrafttreten des MoMiG**. Die gegenüber dem Referentenentwurf stark verkürzte Übergangsfrist von sechs Monaten gilt jedoch nur dann für Altgesellschaften, wenn die unrichtige Eintragung, auf welcher der gutgläubige Erwerb beruhen soll, bereits am Tag des Inkrafttretens des MoMiG vorhanden und dem wahren Berechtigten auch zuzurechnen ist.

Bei einem unterstellten Inkrafttreten des MoMiG zum 01. September 2008 und einer zu diesem Zeitpunkt vorliegenden und dem Berechtigten zuzurechnenden unrichtigen Eintragung in der Gesellschafterliste einer Altgesellschaft würde der Lauf der Dreijahres-Frist im Sinne des § 187 Abs. 2 S.1 BGB am 01. März 2009 beginnen. Fristablauf wäre dann gemäß § 188 Abs. 2, 2. Halbs. BGB der 29. Februar 2012. Ein gutgläubiger Erwerb wäre daher frühestens am 01. März 2012 möglich.

Ist die am Tag des Inkrafttretens des MoMiG vorhandene unrichtige Eintragung dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen, so gilt gemäß § 3 Abs. 3 S. 2 EGGmbHG-RegE eine abweichende Übergangsfrist von 36 Kalendermonaten nach Inkrafttreten des MoMiG.

Wird die Gesellschafterliste erst nach dem Datum des Inkrafttretens des MoMiG unrichtig, so ist der Tag des Unrichtigwerdens als Ereignis im Sinne des § 187 Abs.1 BGB für die Fristberechnung maßgeblich. Unerheblich ist dabei, ob die Gesellschafterliste durch das Unrichtigwerden einer zuvor richtigen Eintragung oder durch eine neue Falscheintragung unrichtig wird.

Mit der Übergangsregelung beabsichtigen die Entwurfsverfasser ein allmähliches Hineinwachsen der Altgesellschaften in die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs, ohne sie mit Verwaltungsaufwand zu belasten und ohne unangemessene Härten aufgrund nachlässiger Führung der Gesellschafterlisten in der Vergangenheit eintreten zu lassen.³⁶⁹ Der Regierungsentwurf vermeidet es, den Altgesellschaften gesetzlich vorzuschreiben, ihre Anteilsverhältnisse vor dem Inkrafttreten der Reform notariell überprüfen und bescheinigen zu lassen, um eine Basis für den Gutgläubensschutz zu schaffen.

3. Kritik an der Übergangsfrist des § 3 Abs. 3 S.1 EGGmbHG-RegE

Nach Ansicht Flesners sollte die Übergangsvorschrift dahin gehend geändert werden, dass innerhalb eines angemessenen Zeitraums die aktuelle Beteiligungsstruktur der Gesellschaft durch einen Notar zum Handelsregister einzureichen ist.³⁷⁰

Schockenhoff/Höder fordern die Verkürzung der Übergangsfrist auf ein Jahr.³⁷¹ Die Übergangsfristen seien deutlich zu lang. Die Neuerung des gutgläubigen Erwerbs würde bei Altgesellschaften praktisch erst in weiter Ferne relevant. Die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH müsse aber jetzt oder wenigstens möglichst bald gestärkt werden. Eine einjährige Übergangsfrist sei angemessen und zumutbar. Die GmbH-Gesellschafter könnten sich ausreichend auf das Risiko des möglichen Verlusts ihrer Anteile durch einen gutgläubigen Erwerb einstellen und die Gesellschafterlisten berichtigen.

4. Stellungnahme

Der Meinung Flesners ist nicht zuzustimmen. Die Entwurfsverfasser haben sich bewusst und mit guten Gründen gegen eine gesetzliche Verpflichtung der GmbH-Gesellschafter zur Berichtigung sämtlicher Listen entschieden. Hierdurch bleiben den Gesellschaftern unnötige Kosten und Verwaltungsaufwand erspart, wenn die Gesellschafterlisten ohnehin richtig sind und insofern kein Korrekturbedarf besteht. Der Druck des § 16 Abs.1 GmbHG-RegE sowie des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE wird sämtliche GmbH-Gesellschafter – nach Hinweis auf die möglichen Folgen einer Nichteintragung in Fachzeitschriften oder den Medien – dazu veranlassen, ihre Eintragung in der Gesellschafterliste nachzuprüfen und zu veranlassen sowie gegebenenfalls einen Widerspruch gegen die Falscheintragung Dritter zuordnen zu lassen.

³⁶⁹ Begründung RegE zu Artikel 2 (EGGmbHG), S.111.

³⁷⁰ Flesner, NZG 2006, S.641 (644).

³⁷¹ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1845).

Die Forderung von Schockenhoff/Höder nach der Verkürzung der Übergangsfrist von drei Jahren auf ein Jahr nach dem Inkrafttreten des MoMiG bezog sich auf § 3 Abs. 3 S.1 EGGmbHG-RefE des Referentenentwurfes, der noch keine Unterscheidung zwischen zuzurechnender und nicht zuzurechnender Falscheintragung machte. Für die auch im Regierungsentwurf gebliebene 36-monatige Übergangsfrist des § 3 Abs. 3 S. 2 EGGmbHG-RegE für nicht zuzurechnende unrichtige Eintragungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoMiG ist die Forderung nach einer Verkürzung der Übergangsfrist zu unterstützen.

Die Kombination von dreijähriger Übergangsregelung und dreijähriger Wartefrist verzögert jede praktische Auswirkung des gutgläubigen Erwerbs von Anteilen an Altgesellschaften um ganze sechs Jahre. Dies würde dazu führen, dass der gutgläubige Erwerb von Inkrafttreten des MoMiG an unbeachtet bliebe oder zumindest mangels praktischer Auswirkung in vielen Fällen in Vergessenheit geriete. Nach jahrelanger Verdrängung des Risikos einer Nichteintragung würden im Jahr 2012 sodann sämtliche Anteilsinhaber von Altgesellschaften in Panik verfallen und sich plötzlich um ihre Eintragung bemühen. Letzteres sollte vielmehr sofort nach Inkrafttreten des MoMiG geschehen. Darüber hinaus sind Geschäftsführer einer GmbH bereits nach geltendem Recht zur korrekten Führung der Gesellschafterliste verpflichtet. Auch die Gesellschafter haben schon derzeit einen Anspruch auf Berichtigung der Liste.³⁷² Allein im Hinblick auf § 16 Abs.1 GmbHG-RegE sollten sie diesen Anspruch – falls erforderlich – unverzüglich wahrnehmen. Es werden daher durch den Regierungsentwurf grundsätzlich keine neuen Pflichten oder Obliegenheiten geschaffen, an deren Nichteinhaltung werden nur neue und gegebenenfalls einschneidende Rechtsfolgen geknüpft.³⁷³

Nach der hier vertretenen Lösung der einjährigen Übergangsfrist und der ebenfalls einjährigen Wartefrist in § 16 Abs. 3 S.2 GmbHG-RegE im Fall zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoMiG vorhandener und dem Berechtigten nicht zuzurechnender Falscheintragungen eines Dritten wäre ein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils an einer Altgesellschaft bereits zwei Jahre nach Inkrafttreten des MoMiG möglich. Der wahre und nicht eingetragene Berechtigte wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt.

Es ist ihm zuzumuten, sich ebenso wie Gesellschafter von Neugesellschaften um seine eigene Eintragung zu bemühen bzw. zumindest den Rechtschein einer Falscheintragung durch Zuordnung eines Widerspruchs zu zerstören. Hierzu hat er in den zwei Jahren nach Inkrafttreten des MoMiG ausreichend Zeit. Die Gesellschafterliste wird für Jedermann jederzeit und weltweit online zur Überprüfung der dortigen Eintragungen zugänglich sein.

³⁷² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 14.

³⁷³ vgl. Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1845).

IX. Als Rechtsfolge bestimmt § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE die Wirksamkeit des Erwerbs vom Nichtberechtigten

1. Erwerb wie vom Gesellschafter

Der gutgläubige Erwerb führt zum Erwerb wie vom Gesellschafter. Der Erwerber erwirbt so, als entspräche die Eintragung der wahren Rechtslage. Mit Eintragung des Erwerbers als neuer Gesellschafter wird die Gesellschafterliste richtig. Der nicht eingetragene bisherige Gesellschafter verliert sein Recht. Wegen seines Rechtsverlustes kann der bisherige Berechtigte gemäß § 816 Abs.1 S.1 BGB von dem nicht berechtigten Veräußerer das durch die Verfügung Erlangte – in der Regel den Kaufpreis für die Abtretung des Geschäftsanteils – heraus verlangen. Gegen den gutgläubigen Erwerber ist er jedoch auf § 816 Abs.1 S. 2 BGB bei unentgeltlicher Abtretung und auf 826 BGB bei sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung beschränkt. In letzterem Fall liegen aber regelmäßig die Voraussetzungen eines Gutgläubigererwerbs bereits nicht vor. In Betracht kommt überdies eine Anfechtung der Anteilsabtretung nach den §§ 129 ff. InsO oder nach dem AnfG. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Erwerber gemäß § 823 BGB scheidet aus, da eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit dem § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE entgegensteht, der einen gutgläubigen Erwerb bei einfacher Fahrlässigkeit des Erwerbers zulässt. Auch § 1004 BGB greift nicht, da der gutgläubige Erwerb ein rechtmäßiger Erwerb ist.

Der Erwerb wie vom Berechtigten tritt unabhängig davon ein, ob der Erwerber tatsächlich Einsicht in die unrichtige Gesellschafterliste genommen oder auf den Inhalt der Liste vertraut hat.³⁷⁴ Die Gesellschafterliste entfaltet als Rechtsscheinträger ebenso wie das Grundbuch positive Publizität und damit abstrakten Verkehrsschutz.

Der Erwerb wird durch den guten Glauben nicht zum Erwerb vom Berechtigten; er ist lediglich ein Erwerb wie vom Berechtigten. Auch der Wortlaut des § 816 Abs.1 S.1 BGB deutet darauf hin, dass der gutgläubige Erwerb ein Erwerb vom Nichtberechtigten bleibt, der lediglich aufgrund § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE gegenüber dem ursprünglich Berechtigten wirksam wird. Die den Mangel der Nichtberechtigung des Veräußerers heilende Wirkung des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE bezieht sich nicht auf den gesamten Inhalt der Gesellschafterliste, sondern nur darauf, dass der eingetragene Veräußerer Gesellschafter des abgetretenen Geschäftsanteils ist.

³⁷⁴ Bohrer, DStR 2007, S.995 (999).

Im Falle des gutgläubigen Erwerbs etwa eines Pfand- oder Nießbrauchrechts an dem Geschäftsanteil wird die mangelnde Gesellschafterstellung des zu Unrecht eingetragenen Bestellers ebenso überwunden. Sonstige unrichtige Eintragungen bleiben von der Wirkung des guten Glaubens unberührt.

Der Gutgläubensschutz hat ausschließlich aktuellen Bezug. § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE schützt den Erwerber in seinem Glauben an die Berechtigung des Veräußerers im Zeitpunkt der Verfügung. Seine Gutgläubigkeit muss sich darauf beziehen, dass der Veräußerer aktuell Berechtigter bzw. (Voll-)Rechtsinhaber an dem Geschäftsanteil ist.³⁷⁵ Sein guter Glaube entfällt dementsprechend auch nur dann, wenn er weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, dass der Veräußerer gegenwärtig nicht Gesellschafter ist. Die missverständliche Aussage der Begründung des Referentenentwurfes, der Erwerber werde in seinem guten Glauben darauf geschützt, dass der Veräußerer vor drei Jahren Gesellschafter in dem in der Liste angegebenen Umfang gewesen sei³⁷⁶, ist dementsprechend in der Begründung des Regierungsentwurfes nicht mehr enthalten. Die Annahme der damaligen Entwurfsverfasser, die Schutzwirkung der Norm bezöge sich auf einen zurückliegenden Zeitpunkt, war unzutreffend und vermengte Tatbestands- und Rechtsfolgenseite.³⁷⁷ Wer tatsächlich vor drei Jahren Gesellschafter war, interessiert den Erwerber in der Regel nicht. Dieser will lediglich den Geschäftsanteil oder ein Recht daran wirksam erwerben. Die weniger als drei Jahre lang bestehende Unrichtigkeit der Eintragung ist nunmehr im Regierungsentwurf als Einwendung des wahren Berechtigten ausgestaltet.

2. Kein Gutgläubensschutz hinsichtlich bloßer Verfügungsbefugnis oder Vertretungsmacht

Der Erwerber muss an die Gesellschafterstellung des eingetragenen Veräußerers und dessen hierauf basierende Verfügungsberechtigung³⁷⁸ glauben. Nicht ausreichend ist, dass der Erwerber in dem Bewusstsein, dass ein Dritter Gesellschafter ist, annimmt, dass der Veräußerer von dem Dritten ermächtigt sei, in dessen Namen oder in seinem eigenen Namen über den GmbH-Geschäftsanteil zu verfügen.³⁷⁹ Die bloße Verfügungsbefugnis und die Vertretungsmacht werden zudem nicht in die Gesellschafterliste eingetragen. Auch bei § 892 BGB und den §§ 929 ff. BGB wird der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis nicht geschützt.³⁸⁰

³⁷⁵ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897); Bohrer, DStR 2007, S.995 (998); Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (566).

³⁷⁶ Begründung RefE zu Nummer 8 (Änderung von § 16), S.51.

³⁷⁷ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1842).

³⁷⁸ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88; Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897); Bohrer, DStR 2007, S.995 (998); Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (566).

³⁷⁹ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1844).

³⁸⁰ PWW/Prütting, § 932 Rn 8.

Die Sonderregelung des § 366 Abs.1 HGB gilt nur, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes bewegliche Sachen veräußert oder verpfändet.³⁸¹

a) Kritik und Vorschlag von Haas/Oechsler

Haas/Oechsler sind der Ansicht, dass sich der auf die Gesellschafterliste gründende gute Glaube des Erwerbers in systematischer Parallele zu § 68 Abs.1 AktG nur auf die Verfügungsbefugnis des in der Liste eingetragenen Gesellschafters beziehen könne.³⁸² Wegen des ausschließlichen Verweises in § 68 Abs.1 AktG auf Art. 16 WG und nicht auf Art. 17 WG beziehe sich der gutgläubige Erwerb bei der Aktie allein auf die Verfügungsmacht des Veräußerers und nicht auf das (lastenfreie) Bestehen des Mitgliedschaftsrechts selbst. Dies drücke einen Rechtsgedanken aus, der auf den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen zu übertragen sei. Haas/Oechsler begründen dies weiter damit, dass ein gutgläubig lastenfreier Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen sowie ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen, die rechtlich gar nicht existieren würden, nicht in Frage kämen. Zur Vermeidung unnötiger Rechtsstreitigkeiten sei die Verfügungsbefugnis als Gegenstand des guten Glaubens klar herauszustellen. Dem folgt der Regierungsentwurf mit seiner Aussage, dass nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt sei und nichtexistente Geschäftsanteile demnach nicht gutgläubig erworben würden.³⁸³

b) Stellungnahme

Der Begriff „Verfügungsbefugnis“ ist in zweierlei Hinsicht problematisch. Zum einen soll er ausschließen, dass nicht bestehende Geschäftsanteile gutgläubig erworben werden können, was an anderer Stelle dieser Arbeit³⁸⁴ kritisch zu überprüfen ist. Zum anderen ist der Begriff zu weit und begünstigt die Fehlvorstellung, dass mit § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE eine Norm vergleichbar dem § 366 HGB beabsichtigt sein könnte.

Tatsächlich knüpft der gute Glaube nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE an das Mitgliedschaftsrecht des Veräußerers und nicht an dessen bloße Verfügungsbefugnis an. Beide Begriffe können auseinander fallen. So ist der Fall des wahren Gesellschafters, der aufgrund des Bestehens von Verfügungsbeschränkungen nicht verfügungsbefugt ist, ebenso denkbar wie

³⁸¹ vgl. Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (566).

³⁸² Haas/Oechsler, NZG 2006, S.806 (812).

³⁸³ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88.

³⁸⁴ siehe Kapitel II, B, IX, 6. und 7..

ein Nichtgesellschafter, der aufgrund einer Ermächtigung des wahren Gesellschafters zur Verfügung über den Geschäftsanteil befugt ist.

Der Anknüpfungspunkt des guten Glaubens ist in § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE durch den Wortlaut „. . ., **wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der . . . Gesellschafterliste eingetragen ist**“ klar herausgestellt. Der gute Glaube soll sich also auf dasjenige beziehen, was in der Gesellschafterliste hinsichtlich des Verfügungsgegenstandes eingetragen ist. Dies sind gemäß § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE der bestehende Geschäftsanteil und dessen jeweiliger Gesellschafter. Bei fehlender Eintragung des wahren Gesellschafters kann daher auch nur die mangelnde Gesellschafterstellung des eingetragenen Veräußerers durch den guten Glauben überwunden werden. Alle Eigenschaften des Geschäftsanteils, die nicht in der Gesellschafterliste eingetragen werden können, wie z.B. Vinkulierungen, statutarische Vorerwerbsrechte, absolute Verfügungsbeschränkungen oder rückständige Einlagen, können nach wie vor den Anteilserwerb verhindern bzw. bleiben auch nach einem Anteilserwerb unverändert bestehen. Für einen gutgläubigen Wegerwerb dieser „Belastungen“ des Anteils fehlt es am zugrunde liegenden Rechtsschein. In dieser Arbeit wird allerdings die Eintragung von Belastungen wie z.B. Pfand- und Nießbrauchsrechten an einem GmbH-Geschäftsanteil in der Gesellschafterliste und damit auch die Relevanz solcher Rechte im Hinblick auf den Gutgläubensschutz gefordert.

Der von Haas/Oechsler genannte § 68 Abs.1 AktG ist eine Sonderregelung für die Übertragung von Namensaktien durch Übergabe und Indossament. Aus der Verweisung dieser Norm nur auf Art. 16 WG ergibt sich kein allgemeiner Rechtsgedanke, dass Anknüpfungspunkt bei einem Gutgläubenserwerb stets die Verfügungsbefugnis des Veräußerers sein müsse. Zum einen stellt das Gesetz sowohl in § 892 BGB als auch in den §§ 932 ff. BGB nicht auf die Verfügungsbefugnis, sondern auf das Eigentum ab, das als Vollrecht dem Mitgliedschaftsrecht vergleichbar ist. Zum anderen haben sich die Entwurfsverfasser des MoMiG hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen aus den genannten Gründen³⁸⁵ gerade gegen die wertpapierrechtliche Lösung entschieden. Ein Gleichlauf der Terminologie des gutgläubigen Erwerbs nicht verbrieftter GmbH-Geschäftsanteile mit dem von Namensaktien ist mangels systematischer Parallele nicht erforderlich.

Hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Veräußerers bei vinkulierten Namensaktien ist die Transportfunktion des Art. 16 Abs. 2 WG insoweit eingeschränkt, als auch der formell und materiell berechnigte Aktionär die Namensaktie ohne die Zustimmung der Gesellschafter nicht übertragen kann. Fehlte lediglich die Zustimmung der Aktiengesellschaft zum damali-

³⁸⁵ siehe Kapitel I, E, IV Stellungnahme.

gen Erwerb des jetzigen Veräußerers, so wird zwar dieser Mangel überwunden, nicht jedoch die fehlende Zustimmung der Aktiengesellschaft zum jetzigen Erwerb.³⁸⁶ Das Ergebnis entspricht dem Gutgläubensschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob man auf die Verfügungsbefugnis oder auf das Mitgliedschaftsrecht abstellt. Denn Voraussetzung eines gutgläubigen Erwerbs ist das Vorliegen sämtlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anteilsübertragung mit Ausnahme der Berechtigung des Veräußerers.

Entscheidend ist bei Art. 16 Abs. 2 WG die Rechtsscheinwirkung der lückenlosen Kette von Indossamenten, bei § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE die Rechtsscheinwirkung des Inhalts der Gesellschafterliste. Vinkulierungen und Zustimmungserteilungen durch die Gesellschaft ergeben sich weder aus der Indossamentenkette noch aus der Gesellschafterliste der GmbH. Der Vorschlag von Haas/Oechsler, den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers zu knüpfen, ist zumindest missverständlich und folglich abzulehnen.

3. Wirkung zugunsten des Erwerbers

Der gute Glaube wirkt immer nur zu dem Zweck, den Erwerb vom Nichtberechtigten zugunsten des Redlichen zu ermöglichen. Im umgekehrten Fall, in dem der Veräußerer tatsächlich Gesellschafter und auch in der Liste eingetragen ist, der Erwerber aber insgeheim daran glaubt, dass der wahre Gesellschafter ein Dritter ist, schadet dieser Glaube dem Erwerb vom Berechtigten nicht. Der Erwerber wird selbst dann Gesellschafter, wenn dieser Dritte schon seit über drei Jahren fälschlicherweise und auch dem Berechtigten zurechenbar in der Gesellschafterliste eingetragen wäre und daher durch eigene Veräußerung einen gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE veranlassen könnte. Die Regelung des Gutgläubensschutzes soll unabhängig von der Vorstellung des Erwerbers keinen Erwerb vom Berechtigten verhindern.

Im zuletzt dargestellten Beispiel ist fraglich, ob der Notar diesen Abtretungsvertrag ohne weiteres beurkunden würde. Denn er könnte aufgrund der entgegenstehenden Eintragung in der Gesellschafterliste nicht sicher sein, dass der von ihm beurkundete Vertrag wirksam ist, und er könnte nicht die gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE erforderliche Bescheinigung abgeben, dass aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der nun neu einzureichenden Liste in Frage stellt. In solchen Fällen wird der Notar auch im Hinblick auf seine mögliche Haftung darauf bestehen, vor der Anteilsabtretung die Berechtigung

³⁸⁶ MünchKomm AktG/Bayer, § 68 Rn 27.

gung des Veräußerers durch Kontaktaufnahme mit dem Eingetragenen oder durch Nachvollziehen aller Anteilsübertragungen seit Gesellschaftsgründung nachzuprüfen.

Auch die Fiktion des § 892 BGB wirkt nur zugunsten des Erwerbers, nicht zu seinem Nachteil. Es gelten also nicht etwa (das Grundstück belastende) Rechte, die (im Grundbuch) eingetragen waren, ohne rechtsbeständig zu sein, zu Lasten des Erwerbers als wirksam.³⁸⁷ Sollten in Zukunft – wie in dieser Arbeit befürwortet – auch Rechte an Geschäftsanteilen einer GmbH in der Gesellschafterliste eintragbar sein, so wäre auch diese Aussage zu § 892 BGB auf § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE übertragbar.

4. Rückerwerb des Nichtgesellschafters vom gutgläubigen Erwerber

In Fallgestaltungen, in denen der nicht berechtigte Veräußerer den gutgläubig erworbenen Geschäftsanteil von dem gutgläubigen Erwerber zurück erwerben will, müssen die gleichen Grundsätze gelten wie bei §§ 932 ff. BGB oder § 892 BGB. Da ein Erwerb vom Berechtigten stattfindet, wird der frühere Nichtgesellschafter nun Gesellschafter. Er ist jedoch dem früheren Gesellschafter, der aufgrund des gutgläubigen Erwerbs sein Recht verloren hat, aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gemäß §§ 280, 283 i.V.m. 249 BGB oder aus §§ 812 ff. BGB zur Abtretung des erlangten GmbH-Geschäftsanteils verpflichtet. Im Rahmen des § 892 BGB und der §§ 932 ff. BGB gilt dies nach allgemeiner Ansicht bei einem Rückerwerb aufgrund eines neuen, selbständigen Rechtsgeschäfts.³⁸⁸

Umstritten ist, ob dies auch bei einem Rückerwerb wegen Fehlens (z.B. Unwirksamkeit, Anfechtung) oder Aufhebung (z.B. Rücktritt) des schuldrechtlichen Grundgeschäfts gilt, oder dann, wenn das Kausalgeschäft selbst schon eine Rückübereignungspflicht (z.B. durch eine Sicherungsabrede) begründet.³⁸⁹

Nach einer Ansicht³⁹⁰ in der Literatur entfällt in solchen Fällen des Rückerwerbs ex tunc die Voraussetzung des Verkehrsgeschäfts. Der gutgläubige Erwerb fiele weg und der Gegenstand ipso iure zurück an den ursprünglich Berechtigten. Es sei unerträglich, wenn ausgerechnet der Nichtberechtigte von dem Rechtsübergang, den er selbst rechtswidrig herbeigeführt habe, profitieren würde. In rechtstechnischer Hinsicht arbeiten die Vertreter dieser Ansicht etwa mit einer Restriktion der Verkehrsschutzvorschriften, weil es sich im Ergebnis um

³⁸⁷ Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 213.

³⁸⁸ Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 221.

³⁸⁹ vgl. Palandt/Bassenge, § 932 Rn 17.

³⁹⁰ MünchKomm BGB/Wacke, § 892 Rn 74.

einen erfolglosen Versuch eines Güterumsatzes handele, oder mit dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung bzw. der unzulässigen Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB oder einer Analogie zu § 162 Abs. 2 BGB.³⁹¹

Diese Ansicht ist jedoch mit der herrschenden Meinung³⁹² abzulehnen. Die Interessenlage verlangt einen automatischen Rückfall an den Altberechtigten nicht so dringend, als dass sich diese gesetzes- und systemwidrige Lösung contra legem rechtfertigen ließe. Der schuldrechtliche Rückübertragungsanspruch des Altberechtigten bezogen auf den Verfügungsgegenstand selbst (und nicht mehr nur auf das Erlangte im Sinne des § 816 Abs.1 S.1 BGB) gewährleistet, dass der vormals nicht berechtigte Veräußerer letztlich nicht von dem gutgläubigen Erwerb profitiert. Die Erlangung dieses Anspruchs ist für den Altberechtigten, der aufgrund des gutgläubigen Erwerbs mit dem endgültigen Rechtsverlust rechnen musste, sogar ein positiver Zufall.

Übertragen auf den GmbH-Geschäftsanteil bedeutet dies, dass der Geschäftsanteil in allen Fällen des Rückerwerbs vom gutgläubigen Erwerber zurück an den vormals nicht berechtigten Veräußerer fällt. Ein Rückerwerb des ursprünglichen Gesellschafters ipso iure findet nicht statt. Denn die Übertragung auf den gutgläubigen Erwerber wird auch durch einen Fortfall des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts in der Regel nicht nichtig. Die Trennung und rechtliche Unabhängigkeit zwischen der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts und derjenigen des (dinglichen) Erfüllungsgeschäfts bzw. Verfügungsgeschäfts (sog. Abstraktionsprinzip) ist feste Grundlage des deutschen Rechtssystems. Ob ein Erfüllungsgeschäft ein Verkehrsgeschäft ist oder nicht, beurteilt sich nach dem Zeitpunkt seiner Vornahme. Ein Verkehrsgeschäft, dessen Wirkungen später durch eine Rückübertragung aufgehoben werden, bleibt dennoch ein Verkehrsgeschäft. Ein Erwerb der Geschäftsanteilstellung des ursprünglich wahren Gesellschafters ist daher nicht konstruierbar. Dies muss selbst in Fällen gelten, in denen der Rückerwerb durch den vormals nicht berechtigten Veräußerer von dem gutgläubigen Erwerber und damit Berechtigten von Anfang an beabsichtigt war, solange nur die Voraussetzungen des guten Glaubens beim Erwerber vorgelegen haben.

5. Gutgläubiger Erwerb bei Kaduzierung, Abandon und Amortisation

Nach dem Regelungsziel des MoMiG sollte der gutgläubige Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE auch diejenigen Fälle erfassen, in denen der Geschäftsanteil zwischen seiner

³⁹¹ Nachweise bei Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 221.

³⁹² Palandt/Bassenge, § 892 Rn 20 mit Verweis auf § 932 Rn 17; Staudinger/Gursky, BGB-Kommentar, § 892 Rn 222; MünchKomm BGB/Quack, BGB-Kommentar, § 932 Rn 62 ff..

Entstehung und der Veräußerung von der Gesellschaft kaduziert (§ 21 Abs. 2 S.1 GmbHG), abandonniert (§ 27 GmbHG) oder amortisiert (eingezogen, § 34 GmbHG) wurde. In diesen Fällen geht der Geschäftsanteil jeweils nicht unter, sondern er existiert weiter in der Hand eines anderen Berechtigten. Bei Kaduzierung und Amortisation steht der Geschäftsanteil der Gesellschaft selbst zu, beim Abandon wird er in der Regel gemäß § 27 Abs. 2 S.1 GmbHG im Wege öffentlicher Versteigerung an einen Dritten verkauft. Ist der vorherige Gesellschafter jedoch weiterhin durch seine unwidersprochene Eintragung in der Gesellschafterliste ausgewiesen, so kann er den Anteil als Nichtberechtigter wirksam zu Lasten der Gesellschaft oder des neuen Inhabers an einen gutgläubigen Erwerber übertragen.

6. Gutgläubiger Erwerb von Teilen eines Geschäftsanteils

Für die Anwendung der Gutglaubenswirkung hinsichtlich der Stückelung von Geschäftsanteilen sprechen sich Böttcher/Blasche³⁹³ sowie Götze/Bressler³⁹⁴ aus. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE solle bei objektiver Betrachtung den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen entsprechend der in der Gesellschafterliste enthaltenen Stückelung ermöglichen, obwohl diese Konstellation dem Gesetzgeber nicht bewusst gewesen zu sein scheine.³⁹⁵ Wenn ein Erwerber einen Geschäftsanteil von einem Nichtberechtigten erwerben könne, dann müsse er doch erst recht gutgläubig von einem lediglich Nicht-so-Berechtigten erwerben können.³⁹⁶

Böttcher/Blasche entwickeln eine nachvollziehbare Begründung für den gutgläubigen Erwerb gestückelter Anteile anhand des Wortlautes des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE und der Ermittlung des objektivierten Willens des Gesetzgebers. In der Praxis komme es vor, dass mehrere selbständige Anteile eines Gesellschafters in der Gesellschafterliste als ein Anteil zusammengefasst würden oder etwa irrtümlich davon ausgegangen werde, dass ein Geschäftsanteil wirksam geteilt worden sei und sich dementsprechend Fehler bezüglich der Stückelung der Anteile in die Gesellschafterliste einschleichen würden.³⁹⁷

Der vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigte Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs von nicht existenten Anteilen³⁹⁸ sei mit dem vorliegenden Fall weder identisch noch vergleichbar. Zwar seien die nicht in dieser Stückelung vorhandenen Anteile ebenso wie die gar nicht vorhandenen nicht rechtlich existent, bei Ersteren bestehe aber ein Äquivalent zu den fälschlich

³⁹³ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567ff.).

³⁹⁴ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897).

³⁹⁵ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (569).

³⁹⁶ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567); Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897).

³⁹⁷ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (566).

³⁹⁸ vgl. Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88.

gestückelt eingetragenen Geschäftsanteilen in Form der tatsächlich in anderer Stückelung vorhandenen Geschäftsanteile.³⁹⁹ Es handele sich also bei dem gutgläubigen Erwerb eines nicht so wie in der Gesellschafterliste eingetragen bestehenden Geschäftsanteils gewissermaßen um eine Hybride zwischen dem Fall des gar nicht existenten und des in der Gesellschafterliste in richtiger Stückelung, aber für einen Nichtberechtigten eingetragenen Anteils.⁴⁰⁰

Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE gehe nicht von einem „existenten Geschäftsanteil“, sondern lediglich von einem „Geschäftsanteil“ aus. Der Wortlaut verlange weiter das Vorliegen eines „Nichtberechtigten“. Auch dieser sei durchaus vorhanden, da der Veräußerer so wie eingetragen nicht berechtigt sei und ein der Eintragung entsprechender wirtschaftlicher Wert in Gestalt der tatsächlich vorhandenen, aber anders gestückelten Anteile vorhanden sei. Schwieriger werde es mit dem Begriff des „Berechtigten“, denn bezüglich der eingetragenen Anteile sei niemand berechtigt, da es diese Anteile so wie eingetragen tatsächlich gar nicht gebe. Dennoch sei es sachgerecht, den Inhaber der tatsächlich in anderer Stückelung existentem Anteile als „Berechtigten“ anzusehen. Dieser Berechtigte könne im Falle lediglich falscher Stückelung auch mit dem Nichtberechtigten identisch sein.⁴⁰¹ Die Eintragungsmöglichkeit eines Widerspruchs mache allerdings nur in Dreipersonen-Konstellationen Sinn.⁴⁰² Dem Berechtigten stehe außerdem hinsichtlich der falschen Eintragung der Stückelung in der Gesellschafterliste ein Berichtigungsanspruch zu.⁴⁰³

Die Zulassung des gutgläubigen Erwerbs hinsichtlich in falscher Stückelung eingetragener Geschäftsanteile passe in das systematische Gesamtbild der Neuregelungen, da das MoMiG die Teilbarkeit und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen gerade deregulieren und flexibilisieren wolle.⁴⁰⁴

Dem ist zuzustimmen. § 17 GmbHG, der die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils erschwert, wird durch den Regierungsentwurf zum MoMiG komplett aufgehoben. Der Betrag der Stammeinlage eines solchen Teils kann gemäß § 5 Abs. 2 GmbHG-RegE künftig auf einen beliebigen vollen Euro-Betrag lauten.⁴⁰⁵ Im Rahmen dieser Mindeststückelung wird die Teilung und Zusammenlegung wesentlich erleichtert und zusammenfassend in § 46 GmbHG-RegE geregelt. Die Aufhebung des § 17 GmbHG bedeutet zugleich die Aufhebung des Verbots, mehrere Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an denselben Erwerber zu

³⁹⁹ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (566).

⁴⁰⁰ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567).

⁴⁰¹ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567).

⁴⁰² Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567).

⁴⁰³ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (568).

⁴⁰⁴ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (568).

⁴⁰⁵ Begründung RegE zu Nummer 29 (Änderung von § 46), S.102.

übertragen.⁴⁰⁶ Somit würde sich der gutgläubige Erwerb hinsichtlich in falscher Stückelung eingetragener Geschäftsanteile harmonisch in das Gesamtkonzept des MoMiG einfügen.

Bereits in seiner Auseinandersetzung mit dem Referentenentwurf deutete Flesner an, dass sich der gutgläubige Erwerb wegen der Mitwirkung des Notars auch auf die Stückelung von GmbH-Geschäftsanteilen beziehen könne.⁴⁰⁷ Dem ist unabhängig davon, ob man wie Flesner eine Handelsregistereintragung der Gesellschafter bevorzugt⁴⁰⁸ oder auf die Gesellschafterliste abstellt, zuzustimmen. Sind die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE erfüllt, so kann der Erwerber auch den durch die Veräußerung entstandenen Teil eines Geschäftsanteils gutgläubig erwerben.

Den Bedenken Flesners, in der Praxis komme es immer wieder vor, dass die Geschäftsführer eigentlich selbständige Anteile in der Gesellschafterliste zusammenfassen würden⁴⁰⁹, ist zu entgegnen, dass durch die künftige unmittelbare Einreichungspflicht der Notare, die Abtretungen gestückelter Anteile beurkunden, selbst in Fällen des Erwerbs mehrerer Teile eines Geschäftsanteils eine saubere Trennung der einzelnen Anteile gewährleistet sein wird. Auch künftig bleiben mehrere Stammeinlagen desselben Gesellschafters getrennt und nummeriert in der Gesellschafterliste aufzuführen.⁴¹⁰ Eine durch die Geschäftsführer eingereichte Gesellschafterliste, die ohne entsprechende Begründung mehrere Anteile eines Gesellschafters zusammenlegt, sollte wegen eines groben formalen Mangels durch das Registergericht als beanstandet zurückgewiesen werden. Dies bedürfte keiner ausführlichen Prüfung, sondern lediglich einer oberflächlichen Kontrolle auf Plausibilität.

7. Gutglaubensschutz bei nicht existenten Geschäftsanteilen / fehlerhafter Kapitalerhöhung

Einen Schritt weiter noch ginge der gutgläubige Erwerb tatsächlich nicht existenter bzw. fehlerhaft entstandener und in die Gesellschafterliste eingetragener Geschäftsanteile.⁴¹¹

Ausdrücklich stellt die Begründung des Regierungsentwurfes fest, dass nichtexistente Geschäftsanteile nicht gutgläubig erworben werden könnten.⁴¹²

⁴⁰⁶ Begründung RegE zu Nummer 16 (Aufhebung des § 17), S.89, 90.

⁴⁰⁷ Flesner, NZG 2006, S.641 (644).

⁴⁰⁸ Flesner, NZG 2006, S.641 (643).

⁴⁰⁹ Flesner, NZG 2006, S.641 (643).

⁴¹⁰ vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbH-Kommentar, § 40 Rn 7.

⁴¹¹ vgl. Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

⁴¹² Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.88; Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (897); Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567); Heckschen, DStR 2007, S.1442 (1450); Miras, BWNotZ 2007, S.101 (105); Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 1., a)).

Hamann kritisiert hieran, dass dies zwar konsistent mit der Konzeption von § 932 BGB sei, jedoch am Regelungsziel, den Due Diligence Zeitraum zu beschränken, vorbeigehe. Dürfe sich der Erwerber nämlich nicht auf die Existenz des Geschäftsanteils verlassen, müsse er die Due Diligence Prüfung bis zur Entstehung des Anteils zurückerstrecken, um auszuschließen, dass der Anteil zwischenzeitlich kaduziert, abandonniert oder amortisiert worden sei.⁴¹³ Die von ihm angesprochenen Fälle betreffen zwar nicht die Problematik eines tatsächlich nicht existierenden Geschäftsanteils⁴¹⁴, jedoch wäre der Erwerber ebenso hier – bei tatsächlicher Nichtexistenz des eingetragenen Geschäftsanteils – faktisch immer gezwungen, eine Gründungsprüfung oder eine Prüfung der Wirksamkeit der Anteilsentstehung durchzuführen, was dem Gesetzeszweck des MoMiG der Vereinfachung von Due Diligences und der Senkung der Transaktionskosten entgegenstehen würde.

In dem praktisch wichtigen Fall, dass der Geschäftsanteil aus einer unentdeckt fehlerhaften Kapitalerhöhung heraus entstanden ist, müsste der Erwerber, der nicht auf die Existenz dieses in die Gesellschafterliste eingetragenen Anteils vertrauen dürfte, nachprüfen, ob die Kapitalerhöhung, die unter Umständen viele Jahre zurückliegt, tatsächlich wirksam war.⁴¹⁵

Ein Vergleich mit Art. 16 Abs. 2 WG i.V.m. § 68 Abs.1 S. 2 AktG hilft nicht weiter. Dort wird der gute Glaube des Erwerbers nicht geschützt, wenn die in der Namensaktie verkörperte Mitgliedschaft überhaupt nicht oder nicht in dem verbrieften Umfang besteht. Denn in diesem Fall würde nicht ein Erwerb zum Nachteil des Berechtigten stattfinden, sondern die Mitgliedschaften an der Aktiengesellschaft würden vermehrt bzw. in ihrer Relation verändert. Soweit reiche die Transportfunktion des Art. 16 Abs. 2 WG indes nicht.⁴¹⁶

Aus dem gleichen Grund könnte hier ein Gutgläubensschutz gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ausscheiden. Der gutgläubige Erwerb kann auch nach Böttcher/Blasche nicht dazu führen, dass die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile das Stammkapital der Gesellschaft übersteigt.⁴¹⁷

Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE umfasst wohl auch bei objektiverer und teleologischer Auslegung den Fall des tatsächlich nicht existenten Geschäftsanteils nicht. Zwar stellt die Norm nicht auf einen „existenten Geschäftsanteil“, sondern nur auf einen „Geschäftsanteil“ ab, jedoch fehlt es an einem „Nichtberechtigten“ und einem „Berechtigten“, da

⁴¹³ Hamann, NZG 2007, S.492 (494), vgl. hierzu auch Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (11, Fn20); Götz/Bressler, NZG 2007, S.894 (897); Grunewald, Der Konzern 2007, S. 13 (14).

⁴¹⁴ siehe Kapitel II, B, IX, 5..

⁴¹⁵ Grunewald, Der Konzern 2007, S. 13 (14).

⁴¹⁶ MünchKomm AktG/Bayer, § 68 Rn 19.

⁴¹⁷ Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567).

es an etwas nicht Existenten grundsätzlich keine Nichtberechtigung und daher auch keine „Berechtigung“ geben kann.⁴¹⁸ Sollte der gutgläubige „Entstehungserwerb“ eines tatsächlich nicht existenten Geschäftsanteils möglich sein, so bedürfte es daher einer Ergänzung der Gesetzesformulierung in § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE.

Aus rechtspolitischer und insbesondere praktischer Sicht besteht allerdings ein Bedürfnis nach der Anwendbarkeit des Gutgläubenschutzes auch bei nichtexistenten Geschäftsanteilen. Gerade die Frage, ob eine Kapitalerhöhung wirksam und damit die neu geschaffenen Anteile existent seien, werfe in der Praxis große Probleme auf. Dies habe zu der Diskussion geführt, ob die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft auch insoweit anwendbar bzw. ausreichend seien.⁴¹⁹ Diese Fragestellungen könnten erledigt werden, wenn man sich darüber einig sei, dass § 16 GmbHG n.F. auch in diesen Fällen eingreife.⁴²⁰

Die Kapitalerhöhung ist eine Satzungsänderung und bedarf gemäß § 53 GmbHG eines mit der Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen gefassten und notariell beurkundeten Zulassungsbeschlusses der Gesellschafter. Zur Übernahme jeder auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage ist gemäß § 55 Abs.1 GmbHG eine notariell aufgenommene oder beglaubigte Erklärung des jeweiligen Übernehmers erforderlich. § 57 Abs.1 GmbHG besagt, dass die beschlossene Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, nachdem das erhöhte Kapital durch die Übernahme der Stammeinlagen gedeckt ist. Mit der Versicherung im Sinne des § 57 Abs. 2 S.1 GmbHG in der Anmeldung, dass die Leistungen auf die neuen Stammeinlagen bewirkt und endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen, ist der Anmeldung neben den Erklärungen aus § 55 Abs.1 GmbHG eine von den Anmeldenden unterschriebene Liste der Personen beizufügen, welche die neuen, betragsmäßig bezifferten Stammeinlagen übernommen haben, § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG. Diese Liste der neuen Gesellschafter wird der Gesellschafterliste zugeordnet. Die in die Anmeldeungsliste eingetragenen Gesellschafter der neuen Stammeinlagen werden daher Teil der Gesellschafterliste.

Ist ein Zulassungsbeschluss über eine Kapitalerhöhung oder eine Übernahmeerklärung nichtig und bleibt deren Nichtigkeit jeweils unentdeckt, so wird die unwirksame Erhöhung des Stammkapitals in das Handelsregister und die Inhaber der neuen Stammeinlagen in die Gesellschafterliste eingetragen. Soweit nicht eine Heilung der Nichtigkeit gemäß § 242 AktG analog erfolgt, führt die Eintragung der Kapitalerhöhung in entsprechender Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zum vorläufigen Bestand der Kapitalerhöhung

⁴¹⁸ vgl. Böttcher/Blasche, NZG 2007, S.565 (567).

⁴¹⁹ Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14); vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG-Kommentar, § 57 Rn 18.

⁴²⁰ Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (14).

bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihre Nichtigkeit.⁴²¹ Die nichtige Kapitalerhöhung führt daher ebenso wie Fehler bei der Gründung der Gesellschaft nicht zu einer unrichtigen Eintragung tatsächlich nicht bestehender Geschäftsanteile. Vielmehr sind diese Anteile wirksam entstanden und stehen auch den in der Liste nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG vermerkten Gesellschaftern zu. Erst nach rechtskräftiger Feststellung der Nichtigkeit der Kapitalerhöhung werden die Anteile wie bei einer Kündigung ex nunc beseitigt.

Zu unterscheiden sind daher die beiden Fälle, dass ein Erwerb des in der Gesellschafterliste eingetragenen Anteils erfolgt, im Zeitpunkt vor gerichtlicher Feststellung der ex nunc Nichtigkeit oder im Zeitpunkt nach dieser Feststellung.

Veräußert ein eingetragener Gesellschafter seinen Anteil in der Zeit zwischen fehlerhafter Entstehung und gerichtlicher Feststellung der Nichtigkeit, so findet mangels Feststellung der Nichtigkeit der Kapitalerhöhung eigentlich ein Anteilserwerb vom Berechtigten statt. Fraglich ist, ob § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE geeignet ist, den Mangel dieser latenten Nichtigkeit durch den guten Glauben des Erwerbers endgültig zu beseitigen, so dass ein Gericht die ex nunc Nichtigkeit nach einem gutgläubigen Erwerb nicht mehr feststellen dürfte.

Da es sich hier nicht um einen Erwerb vom Nichtberechtigten, sondern um einen Erwerb vom Berechtigten handelt, kommt im Falle des Inkrafttretens des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE in der jetzigen Fassung nur eine analoge Anwendung in Betracht. Unabhängig von der Voraussetzung einer planwidrigen Gesetzeslücke⁴²² läge eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen vor. Die Rechtsfolge der nichtigen Kapitalerhöhung haftet dem Anteil nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft ähnlich der Einlageverpflichtung oder statutarischen Verfügungsbefugnissen unmittelbar an. Der Gutgläubensschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE bezieht sich auf den Inhalt der Gesellschafterliste. Die Gesellschafterliste weist nicht nur die Gesellschafter aus, sondern setzt selbstredend voraus, dass der jeweilige Geschäftsanteil, dessen Inhaber in der Liste ausgewiesen wird, auch tatsächlich existiert. Aus Sicht des gutgläubigen Erwerbers besteht das gleiche Schutzinteresse. Er vertraut nicht nur auf die Berechtigung des Veräußerers, sondern erst recht auf die unangreifbare Existenz des Geschäftsanteils.

⁴²¹ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG-Kommentar, § 57 Rn 28.

⁴²² Der klare Wortlaut der Begründung des Regierungsentwurfes (S.88) spricht gegen den Willen des Gesetzgebers, nichtexistente Geschäftsanteile gutgläubig entstehen zu lassen. Nichts anderes würde geschehen, wenn dem fehlerhaften Anteil vor Feststellung seiner Nichtigkeit der Mangel der nichtigen Kapitalerhöhung durch einen Gutgläubenserwerb genommen werden könnte.

Die Entwurfsverfasser geben für ihre offensichtliche Ablehnung der Überwindung nichtiger Kapitalerhöhungen keine Begründung. Tatsächlich sprechen die besseren Argumente für die Anwendung des § 16 GmbHG-RegE. Das Regelungsziel des MoMiG, aufwändige Due Dilligences künftig zu vermeiden, kann anderenfalls nicht erreicht werden, da dem Erwerber immer das Risiko bliebe, dass nach dem Erwerb die Nichtigkeit des Geschäftsanteils gerichtlich festgestellt werden könnte. Er müsste seine Due Diligence daher weiterhin bis zur Entstehung des Geschäftsanteils erstrecken. Allerdings wäre § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE so anzuwenden, dass immer eine mindestens einjährige Eintragung des Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste vorliegen muss, die auch vor gerichtlicher Feststellung der Nichtigkeit bereits als „unrichtig“ anzusehen ist. Das die Eintragsfrist entbehrlich machende Zurechnungsmoment in § 16 Abs. 3 S.2 GmbHG-RegE ist dagegen nicht anzuwenden. Die Geschäftsführer sind zwar für die Richtigkeit der Gesellschafterliste verantwortlich, jedoch sind sie nicht vergleichbar mit einem wahren Berechtigten, dem eine unrichtige Eintragung eines Dritten hinsichtlich seines Geschäftsanteils zuzurechnen ist.

Nach gerichtlicher Feststellung der ex nunc Unwirksamkeit des Geschäftsanteils ist dieser tatsächlich nicht mehr existent. Bleibt er aus verschiedenen Gründen dennoch in der Gesellschafterliste eingetragen, so stellt sich die Frage, ob auch hier ein gutgläubiger Erwerb in Frage kommen kann, mit der Folge, dass ein neuer Geschäftsanteil entstünde.

Nach der hier vertretenen Ansicht sollte § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. in beiden dargestellten Fällen eingreifen und einen gutgläubigen Anteilserwerb, der gleichzeitig zu einer Entstehung dieses Anteils führt, ermöglichen. Die Stammeinlage dieses so entstandenen Anteils dürfte im Regelfall nicht eingezahlt sein. Hierfür haften sowohl der Veräußerer als auch der gutgläubige Erwerber gesamtschuldnerisch. Die Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer, die ihrer Pflicht der Kontrolle der Gesellschafterliste offensichtlich nicht ausreichend nachgekommen sind, muss sich an der unrichtigen Eintragung des nicht existenten Geschäftsanteils in der Liste im Interesse des Rechtsverkehrs und des Regelungsziels des MoMiG gewissermaßen festhalten lassen, als dass durch den gutgläubigen Erwerb dieser unrichtig eingetragene Geschäftsanteil tatsächlich entsteht. Die entsprechende Verschiebung der bisher bestehenden Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft ist hinzunehmen.

Da der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE den Fall des nichtexistenten Geschäftsanteils nicht erfasst, müsste § 16 GmbHG-RegE ergänzt werden. Hierzu ist anzumerken, dass ein Widerspruch überflüssig ist, da es den Geschäftsführern obliegt und diese auch das Recht haben, eingetragene nichtexistente Geschäftsanteile aus der Gesellschafterliste durch Einreichung einer korrigierten Liste jederzeit zu löschen.

Eine entsprechende **Ergänzung des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE** könnte wie folgt lauten und wird hiermit zur Diskussion anheimgestellt:

Auf den gutgläubigen Erwerb eines in der Liste eingetragenen, tatsächlich nicht existenten Geschäftsanteils findet Absatz 3 Satz 1 entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als ein Jahr unrichtig ist oder dem Erwerber die Nichtexistenz des Geschäftsanteils bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

8. Gutgläubiger Erwerb von Rechten an GmbH-Geschäftsanteilen

Kreditgeber verlangen in der Regel die Einräumung einer dinglichen Sicherheit für ihren schuldrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der dem Kreditnehmer zur Verfügung gestellten Darlehensvaluta. Die Möglichkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen steigert die Attraktivität dieses Mitgliedschaftsrechts als Instrument der Kreditsicherung. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ermöglicht zukünftig nicht nur die gutgläubige Sicherungsabtretung eines Anteils zu Gunsten einer kreditgebenden Bank als Erwerblerin, sondern auch den gutgläubigen Erwerb von Rechten an dem betreffenden Anteil. Folglich können von dem durch die Gesellschafterliste fälschlich ausgewiesenen Nichtgesellschafter gutgläubig Pfand- oder Nießbrauchsrechte an dem Anteil wirksam erworben werden. Für Banken tritt daher künftig bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE Rechtssicherheit ein. Auch hier werden größtenteils zeit- und kostenaufwendige Prüfungen der Kette von Anteilsübertragungen seit der Gesellschaftsgründung sowie ein Bedürfnis nach Garantien entfallen. Banken oder sonstige Erwerber müssen im Rahmen der Due Diligence jedoch den Zeitraum der letzten drei Jahre nachvollziehen.

Als Recht an einem GmbH-Geschäftsanteil im Sinne des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE nennt die Entwurfsbegründung beispielhaft nur das Pfandrecht.⁴²³ Darüber hinaus kommen nach dem offenen Wortlaut des § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE der Nießbrauch, die Unterbeteiligung und das Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht für einen gutgläubigen Erwerb vom eingetragenen Nichtgesellschafter in Frage. Im Folgenden werden zunächst nur die dinglichen⁴²⁴ Rechte am Geschäftsanteil, das Pfandrecht und das Nießbrauchsrecht, behandelt.

⁴²³ Begründung RegE zu Nummer 15 (Neufassung von § 16), S.87.

⁴²⁴ vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG - Kommentar, § 15 Rn 48 - 50; Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG - Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 152 ff..

a) Die Bestellung und Übertragung eines Pfandrechts am GmbH-Geschäftsanteil

Das Pfandrecht ist ein akzessorisches Sicherungsmittel, das nach § 1204 Abs.1 BGB zwingend das Vorliegen einer zu sichernden Forderung voraussetzt und dem Gläubiger im Falle mangelnder Erfüllung der fälligen Forderung ein Befriedigungsrecht an dem mit dem Pfandrecht belasteten Gegenstand verleiht. Nach den §§ 1273 Abs.1, 1274 Abs. 2 BGB kann Gegenstand des Pfandrechts auch ein übertragbares Recht sein. Die Mitgliedschaft in der GmbH ist nicht nur ein Rechtsverhältnis als Bündel von Rechten und Pflichten zwischen dem Gesellschafter und der GmbH, sondern selbst ein übertragbares, subjektives Recht. Die Bestellung des Pfandrechts an dem GmbH-Geschäftsanteil erfolgt gemäß § 1274 Abs.1 BGB nach den für die Übertragung des Geschäftsanteils geltenden Vorschriften und bedarf daher neben einer zu sichernden Forderung der notariellen Beurkundung der dinglichen Einigung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG.⁴²⁵ Der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag zur Einräumung eines Pfandrechts bedarf dagegen nach ganz überwiegender Auffassung⁴²⁶ nicht der notariellen Form entsprechend § 15 Abs. 4 S.1 GmbHG. Eine solche Verpflichtungserklärung wird im Bankenverkehr durch den Kreditnehmer häufig formlos erklärt oder in den schriftlichen Darlehensvertrag mit aufgenommen.

Neben dem Formerfordernis müssen auch die sonstigen Voraussetzungen einer GmbH-Anteilsabtretung gegeben sein. Bestehen etwa statutarische Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 15 Abs. 5 GmbHG, so gelten diese a maiore ad minus auch für die Bestellung des Pfandrechts. Der Gesellschaftsvertrag kann überdies die Einräumung von Pfandrechten an den Geschäftsanteilen ganz ausschließen.⁴²⁷

Nach dem Konzept des Regierungsentwurfes wird die Person des Pfandrechtsgläubigers nicht in die Gesellschafterliste bei dem zuständigen Handelsregister eingetragen. Selbst wenn sich die Gesellschafterliste nach dem in dieser Arbeit favorisierten Gegenentwurf de lege ferenda in zwei Abteilungen aufgliedern würde, in einer „Abteilung I“ sämtliche Gesellschafter und in einer „Abteilung II“ – den einzelnen Geschäftsanteilen zugeordnet – die belastenden Rechte mit deren jeweiligen Gläubigern eingetragen würden, so wäre die Eintragung des Pfandrechtserwerbers nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Bestellung. Im Verhältnis zur Gesellschaft könnte die Berechtigung des Pfandrechtsgläubigers (oder des Nießbrauchsberechtigten) von der Eintragung in die Gesellschafterliste im Sinne des § 16 Abs.1

⁴²⁵ Leuring/Simon, NJW-Spezial 2005, S.171; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 48, 49; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 173; Palandt/Bassenge, § 1274 Rn 7.

⁴²⁶ Leuring/Simon, NJW-Spezial 2005, S.171; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 49; Hachenburg/Ulmer/Zutt, GmbHG-Kommentar, § 15 Anh. Rn 40; Scholz/Winter/Seibt, GmbH-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 176; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 222; a.A. MünchKomm/Damrau, § 1274 Rn 56.

⁴²⁷ Leuring/Simon, NJW-Spezial 2005, S.171; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 49.

GmbHG-RegE abhängig gemacht werden. Letzteres liefe jedoch auf eine Eintragungspflicht für Pfandgläubiger hinaus.

Der Verpfänder bleibt Gesellschafter der GmbH mit allen Rechten und Pflichten.⁴²⁸ Der Pfandgläubiger erlangt kein Mitverwaltungs- und Stimmrecht, sondern lediglich ein Verwertungsrecht im Sicherungsfall.⁴²⁹

Die Übertragung des Pfandrechts an dem GmbH-Geschäftsanteil durch den berechtigten Pfandrechtsgläubiger richtet sich nach §§ 1250 Abs.1 S.1, 401 Abs.1, 1273 Abs. 2 S.1 BGB. Das akzessorische Pfandrecht geht demnach kraft Gesetzes mit der Übertragung der gesicherten Forderung – und nur mit dieser – auf den neuen Gläubiger über.⁴³⁰ Tritt die Bank als Darlehensgläubigerin ihren Rückzahlungs- und Zinsanspruch aus § 488 Abs.1 S. 2 BGB gemäß § 398 S.1 BGB gegebenenfalls formlos an einen Dritten ab, so wird dieser Dritte automatisch zugleich Gläubiger des akzessorischen Pfandrechts an dem GmbH-Anteil. Dieses Ergebnis entspricht dem eindeutigen Wortlaut des § 1250 BGB und ist Ausdruck der strengen Akzessorietät des Pfandrechts. Dadurch wird sichergestellt, dass der Gläubiger der zu sichernden Forderung und der Inhaber des Pfandrechts immer ein und dieselbe Person sind und bleiben. Nach § 1250 Abs.1 S. 2 BGB kann das Pfandrecht auch nicht ohne die Forderung übertragen werden.

Der gemäß § 1250 Abs.1 S.1 BGB durch formlose Abtretungserklärung gesetzlich erfolgende Übergang des Pfandrechts an dem GmbH-Anteil steht jedoch gewissermaßen in systematischem Widerspruch zu § 1274 Abs.1 S.1 BGB, wonach bereits die Bestellung eines Rechtspfandrechts die Übertragungsvorschriften des zugrunde liegenden Rechts beachten muss. Die Bestellung bedarf hier gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung, während letztlich jede Übertragung durch bloß formlose Abtretung der Forderung vollzogen werden kann.

Eine einschränkende Auslegung des § 1250 Abs.1 S.1 BGB bei Pfandrechten an einem GmbH-Geschäftsanteil dahin gehend, dass das Pfandrecht bei Abtretung der Forderung nur dann mit auf den neuen Gläubiger übergeht, wenn sich Pfandrechtsgläubiger und Erwerber hierüber gesondert einigen und diese Einigung im Sinne des § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundet wird und anderenfalls das Pfandrecht erlischt, ist jedoch abzulehnen.

⁴²⁸ Leuring/Simon, NJW-Spezial 2005, S.171.

⁴²⁹ BGH WM 92, S.1655.

⁴³⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG - Kommentar, § 15 Rn 49 ; Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 116, 169.

Eine derartige Formvorschrift kann nicht durch Auslegung oder Analogie konstruiert, sondern nur *de lege ferenda* durch Gesetz geregelt werden. Der Gesetzgeber hat dies z.B. für den Fall der Übertragung der Hypothek durch Abtretung der zugrunde liegenden Forderung in § 1154 BGB festgelegt, weil die Grundpfandrechte ihre wirtschaftliche Bedeutung gerade aufgrund der zwingenden Publizität entweder durch Grundbucheintragung oder Grundpfandbrief besitzen und dies sich auf die Abtretung der Forderung auswirken muss. In diesem Fall zwingt „die Dienerin (Hypothek) der Herrin (Forderung) ihre Form auf.“⁴³¹

Das Vorliegen eines Publizitätsträgers ist bei Rechten an GmbH-Geschäftsanteilen nicht zu deren Entstehung erforderlich. Die Eintragung von Rechten in die Gesellschafterliste ist derzeit nicht möglich und wird auch bei ihrer Zulassung jedenfalls keine Wirksamkeitsvoraussetzung werden. Eine Vergleichbarkeit mit der Hypothek ist nicht gegeben. Eine Formvorschrift für die Übertragung der Forderung ist somit entbehrlich.

b) Gutgläubiger Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten

Differenziert werden muss zwischen der Bestellung des Pfandrechtes durch einen Nichtberechtigten (gutgläubiger Ersterwerb) und der Übertragung des Pfandrechtes durch einen Nichtberechtigten (gutgläubiger Zweiterwerb).

aa) Gutgläubiger Ersterwerb

Im Sinne des Regierungsentwurfes liegt dem gutgläubigen Ersterwerb des Pfandrechts an einem GmbH-Geschäftsanteil von einem Nichtberechtigten folgende Situation zugrunde: Der Besteller des Pfandrechts an dem GmbH-Geschäftsanteil ist nicht der wahre Gesellschafter, aber seit über drei Jahren ohne Widerspruch unrichtig in der Gesellschafterliste als Gesellschafter eingetragen und der Erwerber ist redlich, da er die Unrichtigkeit dieser Eintragung nicht kennt. Alternativ ist der Besteller weniger als drei Jahre unrichtig in der Gesellschafterliste eingetragen; diese unrichtige Eintragung ist jedoch dem wahren Berechtigten zuzurechnen. Durch das Pfandrecht soll eine wirksam bestehende Forderung des Erwerbers gegen den Besteller oder einen Dritten gesichert werden.

Ein gutgläubiger Ersterwerb des Pfandrechts an einem Recht vom Nichtberechtigten ist nur dann möglich, wenn das verpfändete Recht selbst gutgläubig erworben werden kann, insbe-

⁴³¹ Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 130 II. 2.

sondere nach § 892, 1138, 1155, 2366 oder nach den wertpapierrechtlichen Vorschriften.⁴³² Nun reiht sich mit § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE eine weitere Gutglaubensvorschrift ein, die nicht nur einen gutgläubigen Erwerb des verpfändeten Rechts – des Geschäftsanteils – selbst, sondern ausdrücklich auch den gutgläubigen Ersterwerb von Rechten an dem Geschäftsanteil zulässt. Dem zufolge erwirbt der Gutgläubige das Pfandrecht von dem Nichtberechtigten wie von dem wahren Gesellschafter.

bb) Kein gutgläubiger Zweiterwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE

Hier geht es nicht um die Bestellung eines Pfandrechts, sondern um dessen Übertragung durch einen Nichtberechtigten. Die Nichtberechtigung des Veräußerers resultiert dabei nicht aus der Berechtigung eines Dritten, sondern aus der tatsächlichen Nichtexistenz des Pfandrechts.⁴³³ Gegeben ist eine Konstellation, in der für eine wirksam bestehende Forderung gegen den GmbH-Gesellschafter oder einen Dritten ein Pfandrecht an einem GmbH-Geschäftsanteil zur Sicherung dieser Forderung entweder nicht wirksam begründet worden oder nachträglich erloschen ist. Der Forderungsgläubiger tritt die Forderung nun ab. Der Zessionar glaubt, dass ein Pfandrecht an dem Geschäftsanteil zur Sicherung der Forderung wirksam zugunsten des Zedenten besteht.

Für den rechtskundigen Beobachter stellt sich sofort die Frage, aus welchem Grund der Erwerber der Forderung von der Wirksamkeit des Pfandrechts und der Berechtigung des Zedenten hieran ausgehen dürfen soll. In der Tat kann das Gesetz nicht einen „guten Glauben“ schützen, der seine Begründung nicht etwa in einer gesetzlichen Vermutung oder Fiktion, sondern in dem blinden Vertrauen des Zessionars auf die Angaben des vermeintlich Berechtigten findet. Denn ein Rechtsscheinträger fehlt und damit ein Tatbestand, an dem der Erwerber seinen Glauben an die Berechtigung des Zedenten festmachen könnte. Die Begründung und Übertragung von Pfandrechten an GmbH-Anteilen ist in keine sichtbare Form gekleidet. Der Regierungsentwurf zum MoMiG verweigert sich einer Publizität von Anteilspfandrechten.⁴³⁴ In der Gesellschafterliste sollen gemäß § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE nach wie vor nur Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eingetragen werden. Ein gutgläubiger Zweiterwerb scheidet bereits deshalb aus.

⁴³² Palandt/Bassenge, § 1274 Rn 1.

⁴³³ Klarstellend sei angemerkt, dass ein Fall, indem zwar ein Pfandrecht zur Sicherung einer Forderung wirksam bestellt wurde, dieses jedoch einem anderen als dem Forderungsgläubiger zusteht, aufgrund der strengen Akzessorietät des Pfandrechts nicht denkbar ist. Der Pfandrechtsgläubiger muss immer zugleich der Inhaber der zugrunde liegenden Forderung sein. Anderenfalls erlischt das Pfandrecht, welches auch nur zusammen mit der Forderung übertragen werden kann. Es kann folglich auch keinen guten Glauben daran geben, dass ein wirksam zu Gunsten eines Dritten bestehendes Pfandrecht gerade zur Sicherung derjenigen Forderung des Veräußerers bestellt wurde, die an den Erwerber abgetreten werden soll.

⁴³⁴ Hamann, NZG 2007, S.492 (494).

Unterstellt man, dass in Zukunft Pfandrechte in der Gesellschafterliste eingetragen werden könnten und damit ein Rechtsscheinträger vorhanden wäre, so stellt sich erneut die Frage, ob dadurch ein gutgläubiger Zweiterwerb eines Pfandrechts an einem GmbH-Geschäftsanteil ermöglicht werden könnte. Dann könnte ein tatsächlich nicht existierendes Pfandrecht durch den gutgläubigen Erwerb erst zur Entstehung gebracht werden. Die Entscheidung dieser Frage sollte grundsätzlich einheitlich erfolgen mit der Behandlung nicht existierender oder latent unwirksamer, aber in der Gesellschafterliste eingetragener Geschäftsanteile. Jedenfalls wäre die Interessenlage und Schutzbedürftigkeit eines Erwerbers gleichwertig, unabhängig davon, ob das Pfandrecht tatsächlich nicht existiert oder einem Dritten zusteht.

Ein gutgläubiger Zweiterwerb von Pfandrechten scheitert jedoch aus anderen Gründen. Nach der absolut herrschenden Meinung ist ein gutgläubiger Erwerb eines nicht bestehenden Pfandrechts an einer beweglichen Sache auch bei Wirksamkeit der abgetretenen Forderung nicht möglich.⁴³⁵ Denn die §§ 1207, 932 ff. BGB setzen einen rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus. Der Zweiterwerb des Pfandrechts erfolgt dagegen gemäß § 1250 BGB nur kraft Gesetzes. Der Zessionar erwirbt zwar die Forderung, nicht jedoch das Pfandrecht. Diese Argumentation ist übertragbar auf Pfandrechte an GmbH-Geschäftsanteilen. Eine gesetzliche Zulassung der Eintragung von Pfandrechten in der Gesellschafterliste würde zwar einen ausreichenden Rechtsscheintatbestand für einen guten Glauben an die Existenz eines unwirksamen, aber unrichtig eingetragenen Pfandrechts schaffen, jedoch würde ein gutgläubiger Zweiterwerb dieses fiktiven Pfandrechts ebenfalls einen rechtsgeschäftlichen Erwerb erfordern. Da der Erwerb des Pfandrechts mit Abtretung der Forderung gemäß §§ 1250 Abs.1 S.1, 401 Abs.1, 1273 Abs. 2 S.1 BGB ein gesetzlicher Rechtserwerb ist, scheidet ein gutgläubiger Zweiterwerb aus.

Zu diesem Ergebnis führt auch der Erst-recht-Schluss im Vergleich mit der Art des Abtretungsvorganges hinsichtlich der Forderung. Da bei §§ 398 ff. BGB ein gutgläubiger Forderungserwerb grundsätzlich ausgeschlossen ist, kommt auch ein gutgläubiger Zweiterwerb des Pfandrechts sowohl in dem Fall, dass die zu sichernde Forderung nicht besteht, als auch in dem Fall, in dem für eine Forderung ein Pfandrecht nicht wirksam bestellt worden ist, erst recht nicht in Betracht.

Ein Systemvergleich mit §§ 1153, 892 BGB und §§ 401, 892, 883 BGB, wonach ein gutgläubiger Zweiterwerb der Hypothek bzw. der Vormerkung unter bestimmten Voraussetzungen über einen mittelbar rechtsgeschäftlichen Erwerb vertreten wird, ist nicht sachgerecht und

⁴³⁵ Reinicke, NJW 1964, S.2373 (2376); MünchKomm BGB/Damrau, § 1250 Rn 3; Palandt/Bassenge, § 1250 Rn 1.

daher zurückzuweisen. Die mangelnde Vergleichbarkeit des Pfandrechts mit der Hypothek wurde bereits an anderer Stelle dieser Arbeit angesprochen.⁴³⁶ Beim Pfandrecht gibt es keine dem § 1138 BGB entsprechende Vorschrift, die den Schluss rechtfertigen würde, dass ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek (hier: des Pfandrechts) bei einem Mangel des dinglichen Rechts möglich sein müsse, wenn er schon gemäß § 1138 BGB bei einem Mangel der gesicherten Forderung vorgesehen ist. Systematische Vergleichbarkeit des Pfandrechts an Geschäftsanteilen mit der Vormerkung ist ebenfalls nicht gegeben.

Eine Erweiterung des Gutgläubensschutzes in Bezug auf Pfandrechte an GmbH-Geschäftsanteilen im Vergleich zum Konzept des Regierungsentwurfes konzentriert sich daher allein auf die Zulassung eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs.

c) Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts am GmbH-Geschäftsanteil

Durch ein Nießbrauchsrecht kann ein Gegenstand in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen. Die Nießbrauchsbestellung begründet ein dingliches Rechtsverhältnis und ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher. Der Nießbrauch an Sachen ist in den §§ 1030 bis 1067 BGB geregelt. Gemäß § 1068 Abs.1 BGB kann Gegenstand des Nießbrauchs auch ein Recht sein. Der GmbH-Geschäftsanteil ist als übertragbares Recht tauglicher Gegenstand. Nach § 1069 Abs. 1 BGB – der Parallelvorschrift zu § 1274 Abs.1 BGB beim Pfandrecht – erfolgt die Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Die dingliche Einigung über die Bestellung des Nießbrauchsrechts an einem GmbH-Geschäftsanteil bedarf somit der notariellen Beurkundung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG.⁴³⁷

Das Nießbrauchsrecht an sich bzw. die Person des Nießbrauchers werden nicht in die Gesellschafterliste eingetragen. Der Nießbraucher erhält ein dingliches Nutzungsrecht am GmbH-Geschäftsanteil, d.h. er darf die Nutzungen aus dem Geschäftsanteil ziehen.⁴³⁸ Nutzungen sind gemäß § 100 BGB die Früchte sowie die Gebrauchsvorteile eines Rechts. Früchte eines Rechts im Sinne des § 99 Abs. 2 BGB sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung nach gewährt. Bei einem GmbH-Anteil liegen die Erträge typischerweise in dem Gewinn der Gesellschaft.⁴³⁹ Der Gewinnanteil steht folglich dem Nießbraucher zu.⁴⁴⁰

⁴³⁶ siehe Kapitel II, B, IX, 8., a) a.E..

⁴³⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 52.

⁴³⁸ Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 172.

⁴³⁹ BGH NJW 1995, S.1027.

⁴⁴⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 54.

Ob darüber hinaus auch das Stimmrecht oder das Bezugsrecht des Gesellschafters bei Kapitalerhöhungen im Sinne des § 55 GmbHG auf den Nießbraucher übergeht, ist umstritten und wird von der herrschenden Meinung abgelehnt.⁴⁴¹

Der Nießbrauch ist gemäß § 1059 S.1 BGB nicht übertragbar. Der gesetzliche Ausschluss der Übertragbarkeit ist zwingend.⁴⁴² Gemäß § 1059 a BGB bestehen jedoch Ausnahmen, z.B. tritt bei der Gesamtrechtsnachfolge an dem Vermögen einer juristischen Personen oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft (§ 1059 a Abs. 2 BGB), der ein Nießbrauchsrecht zusteht, grundsätzlich auch ein Übergang des Nießbrauchsrechts ein, § 1059 a Abs.1 Nr.1 BGB. Zu denken ist hier an die Fälle der Umwandlung nach dem UmwG. § 1059 a Abs.1 Nr. 2 BGB betrifft die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen. Auch dort ist eine Übertragung des Nießbrauchs möglich.

d) Gutgläubiger Ersterwerb eines Nießbrauchsrechts vom Nichtberechtigten

Ein gutgläubiger Ersterwerb des Nießbrauchsrechts ist nur zulässig, wenn das belastete Recht gutgläubig erworben werden kann.⁴⁴³ Sowohl der belastete GmbH-Anteil selbst als auch das Nießbrauchsrecht an diesem können gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE gutgläubig erworben werden. Während sich der Gutglaubensschutz bei dem Anteilsrecht auf dessen Übertragung bezieht, greift er beim Nießbrauch nur bei dessen Bestellung vom Nichtgesellschafter ein. Dieser muss seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste als Gesellschafter ohne zwischenzeitlich eingereichten und zugeordneten Widerspruch eingetragen sein und der Erwerber darf die Unrichtigkeit dieser Eintragung nicht kennen oder grob fahrlässig verkennen. Alternativ besteht die Eintragung des Bestellers noch keine drei Jahre; sie ist aber dem wahren Berechtigten zuzurechnen. Dann erwirbt der Redliche den Nießbrauch wie vom Gesellschafter.

e) Grundsätzlich kein gutgläubiger Zweiterwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE

Der gute Glaube an die Berechtigung des Veräußerers kann nur einen solchen Rechtserwerb ermöglichen, der auch bei tatsächlichem Vorliegen dieser Berechtigung wirksam erfolgen könnte. Wegen der fehlenden Übertragbarkeit des Nießbrauchs wäre ein gutgläubiger Zweiterwerb daher überhaupt nur in den Fällen der §§ 1059 a, 1068 Abs. 2 BGB denkbar. Es

⁴⁴¹ vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 53, 54 m.w.N.; Palandt/Bassenge, § 1068 Rn 3.

⁴⁴² Palandt/Bassenge, § 1059 Rn 1.

⁴⁴³ vgl. Palandt/Bassenge, § 1069 Rn 1.

mangelt aber wie beim Pfandrecht an der Publizität von Nießbrauchsrechten und damit an einem tauglichen Rechtsschein, an den der gute Glaube anknüpfen könnte. Ein gutgläubiger Zweiterwerb des Nießbrauchs an GmbH-Anteilen scheidet demzufolge auch in den Fällen des § 1059 a BGB – und somit insgesamt – aus.

Selbst wenn eine Eintragung von Nießbrauchsrechten in der Gesellschafterliste zukünftig möglich wäre, würde die Gesamtrechtsnachfolge an dem Vermögen einer Gesellschaft im Sinne des § 1059 a Abs.1 Nr.1, Abs. 2 BGB weitere Probleme im Hinblick auf einen gutgläubigen Erwerb aufwerfen. Denn eine Universalsukzession beruht nicht unmittelbar auf einem Rechtsgeschäft, sondern erfolgt ausschließlich aufgrund gesetzlicher Anordnung, wie z.B. § 20 Abs.1 Nr.1 UmwG für die Verschmelzung oder § 131 Abs.1 Nr.1 S.1 UmwG für die Spaltung zeigen. In den Fällen des § 1059 a Abs.1 Nr.1, Abs. 2 BGB fehlt es daher für einen gutgläubigen Zweiterwerb bereits an der Annahme eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs des Nießbrauchs.

Eine Übertragung des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft kommt allenfalls in den seltenen Fällen des § 1059 a Abs.1 Nr. 2 BGB in Betracht. Hier überträgt eine juristische Person oder ein rechtsfähige Personengesellschaft ein von ihr betriebenes Unternehmen oder einen Unternehmensteil auf einen anderen und kann in diesem Zusammenhang auch ein Nießbrauchsrecht übertragen, wenn es den Zwecken des Unternehmens(teils) zu dienen geeignet ist. Eine solche Übertragung von Nießbrauchsrechten ist unverhältnismäßig aufwendig, weil gemäß § 1059 a Abs.1 Nr. 2 S. 2 BGB eine kostenpflichtige Feststellungserklärung (in der Regel Verwaltungsgebühr bis zu 600,00 EUR) der zuständigen Landesbehörde eingeholt werden muss, die das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1059 a Abs.1 Nr. 2 BGB bescheinigt. Das tatsächliche Bestehen eines wirksamen Nießbrauchs wird dabei wohl nicht überprüft. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Voraussetzungen einer Unternehmensübertragung vorliegen und das zu übertragende Recht den Zwecken des Unternehmens dienen kann. Folglich käme in den Fällen des § 1059 a Abs.1 Nr. 2, Abs. 2 BGB auch ein gutgläubiger Zweiterwerb in Betracht, wenn das Nießbrauchsrecht an dem GmbH-Geschäftsanteil tatsächlich einem Dritten zustünde und die das Unternehmen übertragende Gesellschaft in der Gesellschafterliste unrichtig als Nießbrauchsberechtigte eingetragen wäre. Im Übrigen betrifft die Frage nach der Erweiterung des Gutgläubenschutzes auch beim Nießbrauch ausschließlich die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs.

9. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen

Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb kommt einerseits isoliert und andererseits in Kumulation mit dem gutgläubigen Erwerb des Anteils in Betracht.

Im ersten Fall veräußert der tatsächliche Gesellschafter der GmbH seinen Geschäftsanteil, der Veräußerungsgegenstand ist aber belastet etwa mit dem Pfandrecht eines Dritten. Ein Erwerber, der von der Existenz dieses Pfandrechts keine Kenntnis hat, könnte unter bestimmten Voraussetzungen den Geschäftsanteil unbelastet, das heißt unter gutgläubigem „Hinwegerwerb“ des Pfandrechts, erwerben. Das Pfandrecht würde dadurch erlöschen.

Im zweiten Fall der Kumulation des Gutglaubensschutzes ist der Veräußerer Nichtberechtigter hinsichtlich des Geschäftsanteils und darüber hinaus ist der Anteil, der nur unter den Voraussetzungen des guten Glaubens erworben werden kann, mit dem Recht eines Dritten belastet. Hier könnte der Erwerber bei doppeltem Vorliegen der Voraussetzungen des guten Glaubens den Geschäftsanteil gutgläubig lastenfrei erwerben. Entsprechende Regelungen des gutgläubig lastenfreien Erwerbs kennt das Gesetz in § 936 BGB und auch in § 892 BGB hinsichtlich eintragungspflichtiger, dinglicher Rechte an dem Grundstück im Sinne des § 873 BGB.

Der Regierungsentwurf zum MoMiG schafft keine Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs.⁴⁴⁴ Ein solcher gutgläubiger „Hinwegerwerb“ von Belastungen des Geschäftsanteils wäre in seiner Rechtswirkung diametral zu den zuvor untersuchten Fällen des gutgläubigen Zweiterwerbs dieser Rechte und würde ebenfalls die Schaffung von entsprechender Publizität voraussetzen. Der Gesetzgeber müsste hierzu erlauben, dass Rechte Dritter an Geschäftsanteilen in die Gesellschafterliste eingetragen werden können. Die unterlassene Eintragung eines am Geschäftsanteil wirksam bestehenden Pfandrechts oder Nießbrauchs in der Gesellschafterliste könnte dann zum gutgläubigen „Hinwegerwerb“ dieses Rechts führen. Der Erwerber erhielte den GmbH-Geschäftsanteil unter bestimmten Voraussetzungen ohne die Belastung.

In diesem Zusammenhang müsste einem Rechteinhaber an dem GmbH-Geschäftsanteil, dessen Recht nicht in der Gesellschafterliste eingetragen ist, gesetzlich die Möglichkeit eingeräumt werden, entweder die Eintragung seines Rechts selbst zu veranlassen oder durch Zuordnung eines Widerspruch einen gutgläubigen „Hinwegerwerb“ seines Rechts zu verhin-

⁴⁴⁴ Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (15); Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., d)); Miras, BWNotZ 2007, S.101 (105); Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 34.

dern. Schließlich müsste es einem Gesellschafter gestattet sein, einer zu Unrecht erfolgten Eintragung eines vermeintlichen Rechteinhabers an seinem Anteil durch Inhabervermerk zu widersprechen. Ihm könnte darüber hinaus sogar das Recht eingeräumt werden, positiv die Freiheit seines Anteils von Belastungen in der Gesellschafterliste eintragen zu lassen. Der Regierungsentwurf folgt dem nicht.

Die Mehrheit der Mitglieder des Berliner Arbeitstreffens vom 09. Februar 2006 sprachen sich dafür aus, den Gutgläubensschutz zunächst auf das Anteilseigentum zu beschränken und die Belastung des Anteils mit Rechten Dritter aus den Reformbemühungen auszuklamern.⁴⁴⁵ Es wurde befürchtet, dass eine Offenlegung der Rechte Dritter in der Gesellschafterliste die Attraktivität der GmbH für Investoren letztlich wieder schmälern und den Zugang zu Krediten erschweren könnte.

Auch der Handelrechtsausschuss des DAV befürchtet, dass es durch die Offenlegung von Belastungen der GmbH-Geschäftsanteile zu einer gerade von der mittelständischen Wirtschaft nicht gewünschten Erschwerung der Kreditaufnahme durch Gesellschafter käme, weil stille Verpfändungen ohne Offenlegung der Belastung praktisch ausgeschlossen wären.⁴⁴⁶

a) Kritik an der Nichteinführung der Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs

Die Zurückstellung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs wird u.a. von Grunewald mit dem Argument kritisiert, dass eine unerkannte Belastung des Geschäftsanteils für den Erwerber ähnlich verheerende Folgen haben könne wie Fehlvorstellungen in Bezug auf die Frage, wer Inhaber des Geschäftsanteils sei.⁴⁴⁷ Belastungen eines Geschäftsanteils sollten daher ebenfalls in der Gesellschafterliste eintragbar sein.

Auch nach Einschätzung Raus wäre die Möglichkeit eines Anteilserwerbsinteressenten, unter bestimmten Voraussetzungen darauf vertrauen zu dürfen, dass der in der Gesellschafterliste genannte Gesellschafter tatsächlicher Anteilsinhaber sei, ohne die Möglichkeit, auf die Belastungsfreiheit vertrauen zu können, nahezu wertlos.⁴⁴⁸ Die Belastungen eines Geschäftsanteils würden dessen Wert wirtschaftlich um ein Vielfaches übersteigen können. Die Gesellschafterliste solle deshalb auch Angaben zu Belastungen des Geschäftsanteils enthalten können, an die der gute Glaube anknüpfen könne.

⁴⁴⁵ Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (691).

⁴⁴⁶ Stellungnahme DAV zum RefE MoMiG, NZG 2007, S. 211 (215).

⁴⁴⁷ Grunewald, ZIP 2006, S.685 (688); Grunewald, Der Konzern 2007, S.13 (15).

⁴⁴⁸ Rau, DStR 2006, S.1892 (1899).

Nach dem Vorschlag von Rau wäre eine solche Eintragung im Gegensatz zu Pfandrechten an Immobiliargütern für die Wirksamkeit der Pfandrechte nicht konstitutiv. Ein Gesellschafter wäre auch nicht verpflichtet, Angaben über die Verpfändung seines Anteils in die Gesellschafterliste eintragen zu lassen. Er hätte lediglich die Möglichkeit, Eintragungen über die Existenz oder die Freiheit von Belastungen vornehmen zu lassen, falls er den öffentlichen guten Glauben an die Lastenfreiheit seines Anteils ermöglichen wollte.⁴⁴⁹

Nach Ansicht Eidenmüllers ist ein gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ohne einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb – a maiore ad minus – in sich widersprüchlich.⁴⁵⁰ Um einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb zu ermöglichen, müsse auch die Widerspruchsbeugnis hinsichtlich der Person des Widerspruchsberechtigten anders und detailliert hinsichtlich der Voraussetzungen der Eintragung eines Widerspruchs geregelt werden. Ähnliches gelte im Hinblick auf die fehlende Möglichkeit eines Erwerbs vom verfügungsbeschränkten Berechtigten.⁴⁵¹ Auf letzteren Punkt wird an späterer Stelle der Untersuchung eingegangen.

Schließlich hält auch Zöllner, Harbarth und Ziemons die Nichteinführung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen im Zuge der jetzt anstehenden Reform für eine „halbe Sache“, wobei letztere für die wertpapierrechtliche Lösung votiert, die in dieser Arbeit abgelehnt wird.⁴⁵² Vossius merkt an, dass die bisherige Ausgestaltung des gutgläubigen Erwerbs nicht dazu beitrage, GmbH-Anteile zu tauglichen Kreditsicherheiten zu machen. Die Notwendigkeit, persönliche Sicherheiten von den Gesellschaftern sowie gegebenenfalls deren Angehörigen zu fordern, bleibe damit für die Kreditwirtschaft bestehen.⁴⁵³

b) Stellungnahme

Die hier dargestellte Kritik am Konzept des Regierungsentwurfes ist berechtigt.⁴⁵⁴ Die Entwurfsverfasser lassen die enorme wirtschaftliche Bedeutung von Rechten an GmbH-Geschäftsanteilen für die Unternehmensfinanzierung auf der einen Seite sowie für potentielle Anteilserwerber und Investoren auf der anderen Seite zum Teil unberücksichtigt.

⁴⁴⁹ Rau, DStR 2006, S.1892 (1899).

⁴⁵⁰ Eidenmüller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, 2006, S.31.

⁴⁵¹ Eidenmüller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, 2006, S.31.

⁴⁵² Zöllner, Die GmbH-Reform in der Diskussion, VGR (Hrsg.) 2006, S.175 (182); Harbarth, ZIP 2008, S.57 (64); Ziemons, BB 2006, BB-Special 7, S.9 (12).

⁴⁵³ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., d) und VI. Zusammenfassung, 4.).

⁴⁵⁴ siehe hierzu auch Kapitel I, E, VII, Stellungnahme 1.

Zwar soll mit § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE der gutgläubige Erwerb von Rechten vom Nicht-gesellschafter ermöglicht werden. Dies ist jedoch a maiore ad minus nur eine logische Folge des gutgläubigen Anteilserwerbs an sich und genügt alleine nicht, um die Rechtssicherheit auch im Umgang mit Rechten an Geschäftsanteilen wesentlich zu erhöhen. Die Nichteinführung der Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs ist kein Zeugnis von gebotener Umsicht des Gesetzgebers. Es offenbart vielmehr ein zu zaghaftes Angehen der Probleme der Praxis und setzt im Hinblick auf den internationalen Wettbewerb der verschiedenen Rechtsformen ein falsches Signal. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der Erhöhung von Rechtssicherheit im Umgang mit GmbH-Geschäftsanteilen und der Verringerung von Transaktionskosten sollten vielmehr die bekannten und in langer Tradition praktisch bewährten Rechtsinstitute in höchstmöglichem und für alle Beteiligten verträglichem Maße ausgeschöpft werden. Der im Grundprinzip mit der Anknüpfung des guten Glaubens an die Gesellschafterliste gut durchdachte Regierungsentwurf bleibt hier auf halbem Wege stehen und verlagert die Frage nach dem gutgläubigen lastenfreien Erwerb möglicherweise – wie bereits im Berliner Arbeitstreffen vor Veröffentlichung des Referentenentwurfes angedeutet – auf unbestimmte Zeit in die Zukunft.

Im Folgenden wird zu zeigen sein, erstens, dass ein erhebliches praktisches Bedürfnis nach einem umfassenden Gutglaubensschutz bei der Übertragung und Belastung von GmbH-Anteilen besteht, zweitens, dass der Zulassung eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs keine höherwertigen Interessen entgegenstehen und schließlich drittens, dass die Umsetzung der hier vorgeschlagenen Lösung einer „doppelspaltigen Gesellschafterliste“ mit fakultativer Eintragung von Belastungen zu einem Zuwachs an Rechtssicherheit führen würde.

aa) Bedürfnis der Praxis nach Rechtssicherheit bei Verfügungen über GmbH-Anteile

Für die Beteiligten entscheiden in der Praxis einige wesentliche Faktoren über das Zustandekommen, den Erfolg oder den Misserfolg eines Anteilskaufs. Neben den strategischen und sonstigen betriebswirtschaftlichen Komponenten einer Investition in das Unternehmen einer GmbH spielen in rechtlicher Hinsicht folgende berechnete Interessen des Erwerbers eine maßgebliche Rolle für seine Kaufentscheidung:

Der Erwerber muss sich in der Regel Geldgeber zur Finanzierung des Anteilskaufs beschaffen. Banken verlangen häufig die Einräumung von Rechten am zu erwerbenden Geschäftsanteil als Sicherheit für die Kreditgewährung. Dabei können Unklarheiten über bereits beste-

hende Belastungen des Anteils die Kreditaufnahme des Erwerbers und späteren Gesellschafters ebenso erschweren wie Unklarheiten über die Berechtigung des Veräußerers.

Der Erwerber möchte den Geschäftsanteil vollständig und unbelastet erlangen und sich nicht mit dem Damoklesschwert der möglichen Rückabwicklung des Anteilskaufs oder der Haftung für die an dem erworbenen Anteil ihm unbekannt bestehenden Rechte Dritter befassen.

Die Kosten der Transaktion sollen möglichst gering gehalten werden. Diese hängen u.a. vom Umfang der im Vorfeld erforderlichen Legal Due Diligence ab. Die Zulassung des gutgläubigen Anteils- und Anteilsrechtserwerbs vom Nichtberechtigten in § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE verringert diesen vorvertraglichen Aufwand der Suche nach „Dealbreakern“, senkt damit die Transaktionskosten und steigert Rechtssicherheit und Attraktivität von Geschäften mit GmbH-Anteilen.

Die Entwurfsregelung ist jedoch bei weitem unzureichend. Ein Erwerber kann weiterhin nicht sicher sein, ob sein Vertragspartner den Anteil zuvor mit irgendwelchen Lasten belegt hat. Eine Überprüfung und Aufdeckung von Rechten Dritter an dem Anteil ist für den Erwerber nahezu unmöglich. Der gutgläubige Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils, welcher mit einem Pfandrecht zu Gunsten eines Dritten belastet ist, erwirbt sodann nur eine „leere Hülle“ und kann hierdurch einen vergleichbar gravierenden oder gar größeren wirtschaftlichen Schaden erleiden, als wenn er den Geschäftsanteil wegen der fehlenden Berechtigung des Veräußerers überhaupt nicht wirksam erwerben würde. Der Erwerber muss nun für die Forderung des Pfandgläubigers einstehen und stünde im Sicherungsfall wehrlos der Verwertung seines erworbenen Anteils gegenüber. Gegenüber der finanzierenden Bank macht sich der Erwerber gegebenenfalls sogar unverschuldet schadensersatzpflichtig, wenn er dieser im Rahmen der Kreditverhandlungen die Bestellung eines werthaltigen Pfandrechts an dem Anteil garantiert hat und dieses Pfandrecht nun lediglich nachrangig hinter dem Pfandrecht des Dritten begründet werden kann. Darüber hinaus ist denkbar, dass die Bank den Kredit kündigen kann. Daher muss sich ein Anteilserwerbsinteressent die Freiheit des Anteils von Belastungen wie Pfand- oder Nießbrauchsrechten von dem Veräußerer nach wie vor garantieren lassen. Hierdurch bliebe er jedoch nach erfolgter Verwertung seines Anteil und gegebenenfalls dem Verlust des Anteils durch öffentliche Versteigerung nur auf schuldrechtliche Ersatzansprüche gegen den Veräußerer angewiesen. Da dieser die Forderung des Pfandgläubigers nicht erfüllt hat, wird hier in vielen Fällen eine hohe Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit des Veräußerers bestehen. Dies könnte dazu führen, dass dem gutgläubigen Erwerber letztlich sein Schaden nicht ersetzt wird. Dieser rechtlichen und wirtschaftlichen Unsicherheit des gutgläubigen Erwerbers könnte mit der Einführung des gutgläubigen

„Hinwegerwerbs“ von Anteilsbelastungen unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE abgeholfen werden. Dadurch entstünde ein weit höheres Maß an für die Praxis notwendiger Rechtssicherheit.

Auch aus Sicht und dem Sicherheitsinteresse kreditgebender Banken wäre ein gutgläubiger „Hinwegerwerb“ bestehender, aber nicht publizierter Rechte Dritter an Geschäftsanteilen von Vorteil. Ohne einen solchen Gutgläubensschutz sind Pfandrechte als Sicherungsmittel für Banken wegen der nachgeordneten Rangstellung praktisch wertlos. Sowohl Eignung als auch Bedeutung von GmbH-Geschäftsanteilen als Kreditsicherungsmittel sind dadurch wesentlich beeinträchtigt. Dieser Nachteil würde durch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb beseitigt.

Das Bedürfnis der Erwerber von GmbH-Geschäftsanteilen nach Rechtssicherheit ist in gleichem Maße schützenswert wie dasjenige der Erwerber beweglicher Sachen (§ 936 BGB) oder von Grundstücken (§ 892 BGB). In beiden genannten Fällen ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich und wird sowohl von Rechtsprechung und Wissenschaft als auch von der Praxis als sachgerecht und angemessen empfunden. Daher muss mit einem gutgläubig lastenfreien Erwerb auch nicht abgewartet werden, bis erste Erfahrungen mit dem Gutgläubensschutz gemacht worden sind.⁴⁵⁵ Bereits vor Inkrafttreten einer GmbH-Reform mit umfassendem Gutgläubensschutz würden Anteilsinhaber und Inhaber von Rechten an GmbH-Anteilen über Medien wie Internet, Presse, Funk, Fernsehen etc. hinreichend vor dem möglichen Verlust ihrer Rechte gewarnt und ermahnt, künftig mindestens einmal jährlich die Gesellschafterliste einzusehen. Diese Kontrollpflicht im eigenen Interesse wäre hinsichtlich des geringen Zeit- und Kostenaufwandes in jedem Fall für jeden Gesellschafter und Rechteinhaber zumutbar. Der Rechtsverkehr würde sich daher voraussichtlich schnell auf die neuen Gegebenheiten einrichten.

Dagegen ist der Regierungsentwurf mit der überlangen Übergangsfrist in § 3 Abs. 3 S. 2 EGGmbHG-RegE im Falle dem Berechtigten nicht zuzurechnender unrichtigen Eintragung (36 Monate nach Inkrafttreten des MoMiG), der Dreijahres-Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE sowie der Trennung und zeitlich versetzten Einführung von Gutgläubenserwerb und gutgläubigem lastenfreien Erwerb sogar geeignet, für Verwirrung, Missverständnis und Unsicherheit bei den Normadressaten zu sorgen. Es wäre nach dem Verständnis des Verfassers aus Sicht des Gesetzgebers geschickter, nun eine umfassende Lösung zu verabschieden und die betroffenen Normadressaten umfangreich über ihre neuen Obliegenheiten zu informieren, als sukzessive gesetzgeberisches Stückwerk zu präsentieren. Sollte sich der gut-

⁴⁵⁵ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (692) Ergebnis 6.2.

gläubige lastenfreie Erwerb wider Erwarten nicht bewähren und zu untragbaren Ergebnissen führen, so könnte jederzeit eine erneute Gesetzesänderung erfolgen, die den Gutgläubenschutz wieder einschränkt.

bb) Keine entgegenstehenden höherwertigen Interessen

In der Regel haben Gesellschafter ein Interesse an der Geheimhaltung von Belastungen ihrer Anteile. Aber auch Rechteinhaber an Geschäftsanteilen können im Einzelfall aus verschiedenen Gründen die Nichtaufdeckung ihrer Rechte bevorzugen. Es wird befürchtet, dass gerade die Publizität von anteilsbelastenden Rechten in der Gesellschafterliste dazu führen könnte, dass GmbH-Geschäftsanteile als Kreditsicherungsmittel oder als mittelständische Rechtsform überhaupt⁴⁵⁶ weniger attraktiv würden. Diese Annahme ist jedoch ein Zirkelschluss. Nicht erst die Veröffentlichung, sondern die Belastung an sich mindert die Tauglichkeit von Geschäftsanteilen zur Kreditsicherung. Die Zulassung der Veröffentlichung in der Gesellschafterliste würde dagegen die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs und damit gerade eine Beseitigung von bestehenden Belastungen begründen. Ist in der Gesellschafterliste keine Belastung des Anteils eingetragen und auch kein Widerspruch gegen die offensichtliche Lastenfreiheit eingetragen, so könnte der Rechtsverkehr unter bestimmten Voraussetzungen von der Lastenfreiheit ausgehen. Dies würde die Attraktivität des Anteils für Kreditgeber indes steigern. Ist dagegen eine Belastung des Anteils zu Recht in der Gesellschafterliste eingetragen, so würde diese Eintragung lediglich die materielle Rechtslage widerspiegeln. Ein Gesellschafter in Kreditverhandlungen wäre aufgrund seiner vorvertraglichen Aufklärungspflicht ohnehin verpflichtet, der Bank sämtliche ihm bekannten Belastungen des Anteils mitzuteilen. Auch Erwerber, die im Rahmen der Due Diligence von Belastungen des avisierten Kaufgegenstandes erfahren, müssten diese dem Kreditgeber mitteilen. Die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschafter und Erwerber sind mithin rechtlich nicht schützenswert und erst recht nicht gewichtiger als das Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Auch die berechtigten Interessen der Inhaber von Pfand- oder Nießbrauchsrechten würden durch die Eintragung in die Gesellschafterliste nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt. Die Publizität ihrer Rechte und damit die Möglichkeit eines einfachen Nachweises der Gläubigerstellung würde in der Regel ihre Kreditwürdigkeit verbessern. Die Sicherheit vor dem Verlust ihrer Rechte würde ebenfalls nicht beseitigt. Sie müssten lediglich nachprüfen, ob ihre Rechte eingetragen sind, und anderenfalls der Gesellschafterliste einen Widerspruch zuordnen, was wiederum durch Einwilligung des eingetragenen Gesellschafters oder durch einst-

⁴⁵⁶ vgl. Gehling, ZIP 2006, S.685 (689).

weilige Verfügung erfolgen kann. Damit würde der gute Glaube von Erwerbern an die Lastenfreiheit des Anteils zerstört. Zudem müsste den Rechteinhabern ein gesetzlicher Anspruch gegen die Gesellschaft auf Listeneintragung ihrer Rechte an den Geschäftsanteilen der Gesellschaft eingeräumt werden.

Im Recht der englischen Limited müssen Inhaber von Sicherungsrechten an Limited-Anteilen darauf achten, dass ihre Rechte in einer gesonderten Liste vermerkt sind, wenn sie einen Verlust ihres Sicherungsrechts durch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb des Anteils sicher ausschließen wollen. Die englische Liste der Sicherungsrechte ist zwar nicht wie die deutsche Gesellschafterliste jederzeit online für Jedermann einsehbar, jedoch kann auch hier eine Geheimhaltung von Sicherungsrechten einen Rechtsverlust begründen.

cc) Vorschlag zur Umsetzung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs in Gesetz und Praxis

Die Gesellschafterliste sollte sich in Zukunft in zwei normierte Spalten aufteilen. In der linken Spalte sollten die einzelnen Gesellschafter nummeriert⁴⁵⁷ untereinander mit den gemäß § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE erforderlichen Angaben (insbesondere Nennbeträge der Geschäftsanteile) aufgeführt werden. Mehrere Geschäftsanteile eines einzelnen Gesellschafters bleiben weiterhin getrennt zu nennen.⁴⁵⁸ Änderungen in der Stückelung der einzelnen Geschäftsanteile eines Gesellschafters lösen ebenfalls die Pflicht zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste aus.⁴⁵⁹ Über den Wortlaut des § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE hinaus ist auch die Angabe untergegangener Anteile und des Grundes für ihren Untergang (z.B. durch Teilung in mehrere Geschäftsanteile) erforderlich.⁴⁶⁰ Aus der Zusammenschau der aufeinander folgenden Listen muss sich für Außenstehende ein lückenloser Nachweis des Schicksals jedes einzelnen Geschäftsanteils ergeben. Diese linke Spalte könnte „Abteilung I: GESELLSCHAFTER“ heißen.

In der rechten Spalte sollten die Belastungen der Geschäftsanteile vermerkt werden. Diese müssten in Zeile den einzelnen Geschäftsanteilen der Gesellschafter in der linken Spalte zugeordnet sein, um die Übersichtlichkeit der Liste zu gewährleisten. Als eintragungsfähige Belastungen der Geschäftsanteile könnten neben (dinglichen) Rechten Dritter auch (relative) Verfügungsbeschränkungen gelten.

⁴⁵⁷ vgl. § 8 Abs.1 Nr. 3, § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE; Bormann, GmbHR 2006, S.1021 (1023); Götze/Bressler, NZG 2007, S.894; Scholz/Emmerich/Schneider, GmbHG-Kommentar, 10. Auflage, § 40 Rn 34.

⁴⁵⁸ vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 7.

⁴⁵⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 7.

⁴⁶⁰ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (895); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 8; Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 40 Rn 6; Scholz/Schneider, GmbH-Kommentar Bd. II, 9. Aufl., § 40 Rn 10.

Rechte Dritter sollten entsprechend ihrer Rangfolge ebenfalls nummeriert untereinander eingetragen werden. Diese rechte Spalte könnte als „Abteilung II: BELASTUNGEN“ bezeichnet werden.

Unterhalb sämtlicher Eintragungen von Gesellschaftern und Belastungen könnte das Vorliegen eingereichter und der Liste zugeordneter Widersprüche durch das Registergericht nachgetragen werden. So könnte der Rechtsverkehr alle relevanten Informationen auf einen Blick nachvollziehen. Damit würde die Gesellschafterliste jedoch ihren Charakter als privat geführte Liste verlieren. Die einzureichende Gesellschafterliste muss von den Geschäftsführern bzw. dem Notar unterzeichnet werden. Dem stünde entgegen, wenn das Registergericht nachträglich der Registerakte zugeordnete Widersprüche etc. in die Gesellschafterliste eintragen würde. Das Registergericht sollte lediglich annehmende und veröffentlichende Stelle sein und den Inhalt der Gesellschafterliste nicht aktiv verändern. Widersprüche Dritter gegen die Richtigkeit des Listeninhalts sollten sich daher – wie im Regierungsentwurf vorgesehen – nur aus dem Inhalt der Registerakte ergeben, der insgesamt online einsehbar ist. Dies sollte auch für Widersprüche gegen die scheinbare Lastenfreiheit des Geschäftsanteils oder das vermeintliche Fehlen von Verfügungsbeschränkungen gelten.

Wesentlich für die künftige Eintragung von Rechten und Verfügungsbeschränkungen in die „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste und damit für den Anknüpfungspunkt eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs ist die Frage, ob die Eintragung von Belastungen an GmbH-Geschäftsanteilen fakultativ oder als Pflicht ausgestaltet werden sollte.

Eine gesetzliche Eintragungspflicht könnte sich theoretisch an die Rechteinhaber selbst, die Gesellschafter der jeweils belasteten Anteile oder die Geschäftsführer der GmbH und die Notare richten, welche bei der Begründung oder Übertragung von Belastungen als Urkundspersonen mitwirken. Indes sind weder die Gesellschafter noch die Rechteinhaber an Anteilen für die Führung der Gesellschafterliste verantwortlich. Allein die Geschäftsführer und die beurkundenden Notare sollten nach § 40 Abs.1 und 2 GmbHG-RegE für die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste zuständig bleiben und hierzu mittels Zwangsgeld angehalten werden können. Notare wirken wiederum – wie etwa bei Pfändungspfandrechten im Wege der Zwangsvollstreckung – nicht immer an der Begründung oder der Übertragung von Belastungen mit. Geschäftsführer wären auf Mitteilung und Nachweis entweder durch die Gesellschafter oder die Rechteinhaber angewiesen. Eine Eintragungspflicht ist praktisch also nur schwer realisierbar. Die Eintragung von Rechten oder Verfügungsbeschränkungen in die Gesellschafterliste sollte nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Anteilsbelastungen ausgestaltet werden. Überdies sollte die Eintragung nicht im Sinne des

§ 16 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE die Legitimation des Rechteinhabers gegenüber der Gesellschaft bilden. Insofern bliebe die Eintragung von Belastungen überflüssig. Es besteht auch kein allgemeines öffentliches Interesse an der zwingenden Offenlegung sämtlicher Belastungen von Geschäftsanteilen. Geregelt werden sollte alleine der Schutz redlicher Anteilserwerber. Hierfür würde die fakultative Eintragung genügen.

Bestünde eine Eintragungspflicht, so könnte ein Erwerbsinteressent bereits bei Fehlen jeglicher Eintragungen in „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste davon ausgehen, dass der Geschäftsanteil lastenfrei ist und der Gesellschafter frei über diesen verfügen könne. Problematisch hieran wäre jedoch, dass der gute Glaube des Erwerbers an negative Tatsachen anknüpfen müsste. Denn maßgeblich wäre gerade die Nichteintragung von Belastungen. Auf Nichteintragungen ist aber die Anwendung der Frist in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE nur schwer möglich. Aus Gründen der Gleichbehandlung zwischen nicht eingetragenen Gesellschaftern und nicht eingetragenen Rechteinhabern sollte die Frist aber auch für den gutgläubigen „Hinwegerwerb“ von Belastungen gelten. Es wäre dann auf das mindestens einjährige bzw. nach dem Regierungsentwurf dreijährige Fehlen einer Eintragung von Rechten oder Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich des Anteils abzustellen. Ersterwerb von Rechten an Geschäftsanteilen vom eingetragenen Gesellschafter müssten sich unverzüglich nach Begründung ihres Rechts um die eigene Eintragung bemühen, da anderenfalls die Gefahr eines gutgläubigen „Hinwegerwerbs“ ihres Rechts durch Dritte bestünde, wenn in der Liste seit mindestens einem Jahr bzw. drei Jahren keine Belastung eingetragen wäre. Verschärft würde dies durch die Zurechnungsregelung in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE, wonach unabhängig von der Frist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb erfolgen könnte, wenn die Nichteintragung des Rechts dem Berechtigten zuzurechnen wäre.

Für Harbarth ist ein Optionsmodell denkbar, bei dem die Gesellschaft selbst entscheiden könnte, ob Rechte an Geschäftsanteilen im Register angegeben werden sollen.⁴⁶¹ Würde sie sich dafür entscheiden, käme der gutgläubig lastenfreie Erwerb prinzipiell in Betracht. Würde sie sich dagegen entscheiden, so wäre dies im Register durch eine Negativerklärung zu vermerken und ein gutgläubig lastenfreier Erwerb scheidet aus, weil das Register keinen entsprechenden Rechtsschein vermitteln würde.⁴⁶² Gegen dieses Modell hegt Harbarth selbst Bedenken, da auch durch eine im Register vermerkte Negativerklärung der Gesellschaft die Kreditaufnahme durch Gesellschafter erschwert werden könnte; die Negativerklärung hätte nämlich eventuell einen ähnlichen Effekt wie die Offenlegung von Belastungen selbst.⁴⁶³

⁴⁶¹ Harbarth, ZIP 2008, S.57 (64).

⁴⁶² Harbarth, ZIP 2008, S.57 (64).

⁴⁶³ Harbarth, ZIP 2008, S.57 (64).

Alternativ schlägt Harbarth ein weiteres Modell vor, demzufolge Rechte an Geschäftsanteilen nicht in dem ohne weiteres einsehbaren Teil des Registers, sondern in einem weiteren Teil desselben zu veröffentlichen wären, in den nur bei berechtigtem Interesse Einsicht genommen werden könnte. Anteilserwerber wären demnach zur Einsicht befugt, sonstige Geschäftspartner der GmbH demgegenüber nicht.⁴⁶⁴ Dies wäre eine Annäherung an das Grundstücksrecht. Nach § 12 Abs.1 S.1 GBO kann ebenfalls nur bei berechtigtem Interesse Einsicht in das Grundbuch genommen werden.

Weder das starre erste Modell, dass die Gesellschaft einheitlich für alle Gesellschafter entscheidet, ob Rechte eingetragen werden sollen oder nicht, noch das zweite Modell von Harbarth, dass die vom Gesetzgeber gerade beabsichtigte Steigerung der Transparenz und die einfache Einsehbarkeit der gesamten Gesellschafterliste wieder einschränkt, sind empfehlenswert.

Bestünde dagegen die Möglichkeit der einzelnen Gesellschafter und zugleich von Rechteinhabern, die Eintragung bestehender Belastungen in die Gesellschafterliste über die Geschäftsführer der Gesellschaft vornehmen zu lassen (fakultative Eintragung), so könnte ein Erwerber aus dem bloßen Fehlen von eingetragenen Belastungen gerade noch nicht auf die tatsächliche Belastungsfreiheit des Geschäftsanteils schließen. Für einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb wäre darüber hinaus eine positive Eintragung erforderlich, welche die Lastenfreiheit unwidersprochen proklamiert. An den Eintragungszeitpunkt einer solchen positiven Eintragung, veranlasst durch den Gesellschafter, könnte dann wiederum die Frist des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE geknüpft werden.⁴⁶⁵

Der Gesellschafter könnte dann, wenn er einen Schutz des guten Glaubens an die Lastenfreiheit seines Anteils knüpfen wollte, folgende Eintragung in die Abteilung II: BELASTUNGEN“ veranlassen: **„Es bestehen keine Rechte Dritter an dem Geschäftsanteil“** oder **„Es bestehen keine Belastungen des Geschäftsanteils“**. Ist bereits etwa ein Pfandrecht eines Dritten in der Liste vermerkt, so könnte die positive Eintragung der Lastenfreiheit wie folgt lauten: **„Über die oben genannte/n Belastung/en hinaus bestehen keine weiteren Belastungen des Geschäftsanteils“**. Hierdurch übergangene Rechteinhaber hätten die Möglichkeit, der Gesellschafterliste unverzüglich und unmittelbar einen Widerspruch gegen die Eintragung der Lastenfreiheit zuzuordnen, der den gutgläubigen „Hinwegerwerb“ sämtlicher nicht eingetragener Belastungen vereiteln würde. Zudem stünde Rechteinhabern ein Anspruch gegen die Gesellschaft auf unverzügliche Einreichung einer aktualisierten Gesell-

⁴⁶⁴ Harbarth, ZIP 2008, S.57 (64).

⁴⁶⁵ Nach der hier vertretenen Lösung sollte die Dreijahres-Frist des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE auf ein Jahr verkürzt werden; siehe hierzu Kapitel II, B, V, 3., g), bb).

schafterliste durch die Geschäftsführer unter Berücksichtigung ihrer Rechte zu. Für beide Maßnahmen hätten Rechteinhaber mindestens ein Jahr Zeit. Sie müssten lediglich einmal im Jahr die Liste daraufhin überprüfen, ob der Gesellschafter mittels Eintragung die Lastenfreiheit seines Anteils behauptet. Allerdings müsste der Liste auch hier unmittelbar nach dem Rechtserwerb gegebenenfalls ein Widerspruch gegen die eingetragene Lastenfreiheit zugeordnet werden.

Diese Lösung bietet den Vorteil eines klaren Rechtsscheins der Gesellschafterliste und könnte überdies gesetzestechnisch einfach in § 16 GmbHG-RegE integriert werden. Da sich § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE anders als noch § 16 Abs. 3 GmbHG-RefE nicht mehr an § 892 BGB, sondern eher an § 932 BGB orientiert und keine Fiktion der Richtigkeit der jeweiligen Eintragung in der Gesellschafterliste mehr gelten soll, müsste § 16 GmbHG-RegE um folgenden **Absatz 4** ergänzt werden:

„Ist ein Geschäftsanteil mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht bei einem Erwerb des Geschäftsanteils, wenn in Ansehung dieses Rechts die Voraussetzungen des Absatzes 3 vorliegen. Für den gutgläubigen Erwerb eines in der Gesellschafterliste eingetragenen Rechts an einem Geschäftsanteil gilt Absatz 3 entsprechend.“

Somit sollte dem Vorschlag von Rau⁴⁶⁶, die Eintragung von Belastungen für die einzelnen Gesellschafter fakultativ auszugestalten sowie eine positive Eintragung der Lastenfreiheit zuzulassen, gefolgt werden. Der Nachteil, dass in Fällen, in denen die „Abteilung II: BELASTUNGEN“ weder Eintragungen von Rechten oder Verfügungsbeschränkungen noch einen positiven Eintrag der Lastenfreiheit enthält, kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb stattfinden kann und Erwerber damit weiter auf entsprechende Garantien des Veräußerers angewiesen bleiben, ist im Interesse der Einfachheit und Klarheit der Gesellschafterliste hinzunehmen. Denn ein Gesellschafter hat es selbst in der Hand, durch Eintragung der Lastenfreiheit den Rechtsschein für einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb zu setzen. Aufgrund der positiven Eintragung kann die Frist des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE greifen, die auch hier einen Legitimationszweck in Bezug auf den gutgläubigen lastenfreien Erwerb erfüllt. Denn Rechteinhaber, welche die eingetragene Lastenfreiheit über den maßgeblichen Zeitraum hinweg dulden bzw. denen die unrichtige Eintragung gar zuzurechnen ist, setzen den Rechtsschein durch Unterlassen mit und sind daher nicht mehr schutzwürdiger als redliche Erwerber.

⁴⁶⁶ Rau, DStR 2006, S.1892 (1899).

Die Publizität von Rechten und Verfügungsbeschränkungen an GmbH-Geschäftsanteilen sollte nicht dadurch eingeschränkt werden, dass eine Einsichtnahme in die „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste nur dann gestattet wird, wenn ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird oder die betroffenen Parteien zustimmen.⁴⁶⁷ Dies wäre bereits mit technischen Schwierigkeiten verbunden, weil die Registerakten insgesamt von Jedermann online eingesehen werden können und zudem nach der hier vorgeschlagenen Lösung der „doppelspaltigen Gesellschafterliste“ sowohl die Geschäftsanteile mit ihren Gesellschaftern als auch die Belastungen übersichtlich auf einer Seite aufgeführt wären.

Für eine Begrenzung des Personenkreises der Einsichtnehmenden zum Schutze der Inhaber belasteter Anteile bestünde bei Zugrundelegung einer fakultativen Eintragung von Belastungen ohnehin kein Bedürfnis. Denn solange der Gesellschafter nicht positiv die Lastenfreiheit seines Anteils eintragen ließe, müsste sich kein Rechteinhaber veranlasst fühlen, die Belastung eintragen zu lassen oder der Liste einen Widerspruch gegen die Lastenfreiheit zuzuordnen. Absprachen zwischen Gesellschafter und Rechteinhaber sind hier denkbar und zulässig. Behauptet ein Gesellschafter dagegen durch Eintragung zu Unrecht die Lastenfreiheit seines Anteils, so ist er in Bezug auf dadurch herausgeforderte Rechteinhaber, die einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb verhindern wollen, auch nicht schutzwürdig.

Wäre ein tatsächlich bestehendes Pfandrecht in „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste eingetragen und von dem eingetragenen Pfandgläubiger mit der zugrunde liegenden Forderung durch formlose Abtretung auf einen Dritten übertragen worden, so könnte die Eintragung unverändert bleiben. Der Gesellschafter hätte kein Widerspruchsrecht, weil ein gutgläubiger Zweiterwerb des Pfandrechts vom Eingetragenen mangels Möglichkeit eines gutgläubigen Forderungserwerbs und des Eingreifens einer dem § 1138 BGB vergleichbaren Vorschrift ohnehin ausscheiden würde. Es bestünde daher für den Gesellschafter keine Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme. Der Gesellschafter könnte auch keine Löschung veranlassen, da das Recht an seinem Geschäftsanteil nach wie vor – nun in Händen des Zessionars – bestünde. Wegen der Akzessorietät des Pfandrechts können Pfandgläubiger und Forderungsgläubiger nicht auseinander fallen. Pfandgläubiger ist folglich immer nur derjenige, dem auch die zugrunde liegende Forderung zusteht. Hat der Gesellschafter keine Kenntnis von der Abtretung, so gilt § 407 Abs.1 BGB hinsichtlich der Forderung. Er kann mithin durch Leistung an den bisherigen Gläubiger die Forderung und damit auch das Pfandrecht zum Erlöschen bringen.

⁴⁶⁷ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewald, ZIP 2006, S.685 (691).

Beim Nießbrauch wäre dagegen ein gutgläubiger Zweiterwerb unter Umständen gemäß dem oben formulierten § 16 Abs. 4 GmbHG i.V.m. §§ 1059 a Abs.1 Nr. 2, Abs. 2, 1068 Abs. 2 BGB möglich, wenn in „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft als Berechtigte eingetragen wäre, das Nießbrauchsrecht in Wahrheit jedoch einem Dritten zustünde. Hier müssten sowohl der Gesellschafter als auch der wahre Berechtigte zur Zuordnung eines Widerspruchs im Sinne des § 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG-RegE zum Handelsregister befugt sein. Der wahre Berechtigte müsste überdies die Eintragung seiner Person als Nießbrauchsberechtigter in der Gesellschafterliste von der Gesellschaft verlangen können.

Bei einer Nießbrauchsübertragung im Rahmen einer Unternehmensübertragung im Sinne der §§ 1059 a, 1068 BGB müsste die Gesellschafterliste zum Schutz des Erwerbers nicht zwingend geändert werden. Selbstverständlich hätte der Erwerber von Beginn an einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Aktualisierung der Gesellschafterliste. Selbst wenn er diesen Anspruch nicht wahrnähme, wäre ein gutgläubiger „Hinwegerwerb“ seines Nießbrauchsrechts erst dann möglich, wenn nach Löschung der Eintragung des Nießbrauchsrechts mindestens ein Jahr lang die Lastenfreiheit des Anteils positiv eingetragen wäre oder ihm die Nichteintragung seines Rechts zuzurechnen wäre. Ein gutgläubiger Zweiterwerb des Nießbrauchs von der weiterhin eingetragenen, veräußernden Gesellschaft wäre ebenfalls unmöglich, da das Nießbrauchsrecht gemäß § 1059 a Abs.1 Nr. 2 S.1 BGB an das übertragene Unternehmen gebunden ist. Dennoch sollte der Gesellschafter sowohl die Löschung überholter Eintragungen verlangen können als auch zum Widerspruch gegen diese befugt sein.

c) Der gutgläubige lastenfreie Erwerb und weitere Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen

Im Folgenden wird untersucht, ob neben den dinglichen Pfand- und Nießbrauchsrechten weitere Rechte Dritter als in die Gesellschafterliste eintragungsfähige Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen in Betracht kommen und welche Verfügungsbeschränkungen eintragbar sein sollten. Diese Belastungen könnten dann unter den Voraussetzungen des hier vorgeschlagenen § 16 Abs. 4 GmbHG in Verbindung mit § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ebenfalls gutgläubig hinweg erworben werden.

aa) Treuhandvereinbarungen

Ein Treuhandvertrag zwischen dem Gesellschafter als Treugeber und einem Treuhänder hat ausschließlich schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragsparteien und begründet unmittelbar kein dem Geschäftsanteil dinglich anhaftendes Recht des Treuhänders.⁴⁶⁸ Bei der Vollmachttreuhand bleibt der Treugeber eingetragener Gesellschafter. Veräußert dieser seinen Geschäftsanteil entgegen einer vereinbarten, zeitlichen Bindung der Treuhandabrede an einen Dritten, so erlischt die erteilte Vollmacht zu Gunsten des Treuhänders mit Übergang des Anteils auf den Erwerber. Einer Eintragungsmöglichkeit der Vollmachttreuhand in die Gesellschafterliste bedarf es daher nicht, um einen „lastenfreien Erwerb“ zu ermöglichen.

Im Fall der echten Treuhand wird dagegen der Treuhänder tatsächlicher Gesellschafter und in die Gesellschafterliste eingetragen. Er ist lediglich schuldrechtlich an die Weisungen des im Hintergrund stehenden Treugebers gebunden. Veräußert der Treuhänder den Anteil an einen Dritten, so veräußert er diesen trotz der Nichtberechtigung im Innenverhältnis zum Treugeber im Außenverhältnis als Berechtigter. Der Erwerber des Geschäftsanteils ist auch ohne die Voraussetzungen des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs nicht an die Bindungen der Treuhandabrede gebunden, da diese nur inter partes wirkt. Dies gilt auch beim gutgläubigen Erwerb von einem unrichtig in die Gesellschafterliste eingetragenen Treuhänder.

Treuhandvereinbarungen sind überdies nicht geeignet, den Erwerb von Rechten an GmbH-Anteilen vom Gesellschafter oder gutgläubig vom eingetragenen Nichtgesellschafter zu beeinträchtigen. Da bestehende Treuhandvereinbarungen mithin keinen unmittelbaren Einfluss auf Verfügungen über GmbH-Geschäftsanteile haben und den Erwerber nicht verpflichten können, besteht auch kein Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach der Eintragung dieser Vereinbarungen in der Gesellschafterliste.

bb) Unterbeteiligungen

Vergleichbar zur Treuhand ist die Rechtslage bei Unterbeteiligungen an GmbH-Anteilen. Eine Unterbeteiligung liegt vor, wenn zwischen dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft (Hauptbeteiligter) und einem Dritten (Unterbeteiligter) vereinbart wird, dass der Dritte gegen Leistung einer Einlage am Gewinn aus dem Geschäftsanteil des Hauptbeteiligten partizipiert.⁴⁶⁹ Im Verhältnis zur GmbH ist nur der Hauptbeteiligte und nicht der Unterbeteiligte Ge-

⁴⁶⁸ siehe zu Treuhandverhältnissen auch Kapitel II, B, IV, 4.

⁴⁶⁹ Pupeter, GmbHHR 2006, S.910 (911).

sellschafter. Ein solcher Vertrag begründet nach Rechtsprechung⁴⁷⁰ und herrschender Meinung⁴⁷¹ eine BGB-Innengesellschaft, wobei neben den §§ 705 ff. BGB auch einzelne Vorschriften über die stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB) analog anzuwenden sind. Im Gegensatz zur Treuhand erstreckt sich das Vertragsverhältnis bei der Unterbeteiligung nicht auf den gesamten, sondern nur auf einen Teil des vom Hauptbeteiligten gehaltenen Geschäftsanteils.⁴⁷² Nach Ansicht des BGH schließen sich Treuhand und Unterbeteiligung jedoch nicht aus.⁴⁷³

Bei einer „typischen“ Unterbeteiligung steht dem Unterbeteiligten lediglich eine bestimmte Quote des auf den Gesellschaftsanteil entfallenden Gewinns zu. Dagegen nimmt ein „atypisch“ Unterbeteiligter auch an Wertveränderungen des Anteils und somit an der Entwicklung der offenen und stillen Reserven der Gesellschaft teil. Üblicherweise ist dieser auch an Geschäftsführungsmaßnahmen beteiligt.⁴⁷⁴

Die Vorschriften des GmbHG gelten grundsätzlich nicht für den Unterbeteiligten. Im Gegensatz zur echten Treuhand, bei deren Beendigung die Pflicht zur Herausgabe des Geschäftsanteils besteht, unterliegen weder die Begründung, noch die Übertragung und Beendigung der Unterbeteiligung den §§ 15 ff. GmbHG.⁴⁷⁵ Die Abtretung des Geschäftsanteils führt in der Regel zur konkludenten Auflösung der Innengesellschaft und damit der Unterbeteiligung.⁴⁷⁶ Der Erwerber erhält den Geschäftsanteil ohne Belastung durch die Unterbeteiligung. Auch hier gilt der Grundsatz, dass schuldrechtliche Verträge nur inter partes wirken. Die Eintragung einer Unterbeteiligung in die Gesellschafterliste ist zum Schutze des Erwerbers nicht notwendig. Selbst wenn dieser die Unterbeteiligung gekannt hat, bewirkt dies ohne weiteres keinen Vertragsübergang. Ausnahmen von diesem Grundsatz müssen gesetzlich geregelt sein und finden sich z.B. in §§ 566 Abs.1, 613 a Abs.1 S.1 BGB. Folglich sind auch Unterbeteiligungen nicht in „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste eintragbar.

cc) Individualvertragliche Vorkaufsrechte

Der Gesellschafter kann einem Vertragspartner ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 463 bis 473 BGB an seinem Geschäftsanteil einräumen. Das Vorkaufsrecht gibt dem

⁴⁷⁰ BGHZ 50, S.320; OLG Frankfurt, GmbHR 1987, S.57.

⁴⁷¹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 59; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 225; MünchKomm BGB/Ulmer, vor § 705 Rn 92 ff.; Palandt/Sprau, § 705 Rn 51.

⁴⁷² Ulmer/Habersack/Winter/Löbbe, GmbHG-Großkommentar, Bd. I, § 15 Rn 206.

⁴⁷³ BGH GmbHR 1995, S.57; BGH NJW 1994, 2886.

⁴⁷⁴ Pupeter, GmbHR 2006, S.910 (911).

⁴⁷⁵ Pupeter, GmbHR 2006, S.910 (918); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 59.

⁴⁷⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1994, S.999; Palandt/Sprau, § 705 Rn 51.

Vorkaufsberechtigten die Befugnis, den Anteil durch Kauf zu erwerben, wenn der Vorkaufsverpflichtete diesen an einen Dritten verkauft. Mit Ausübung des Vorkaufsrechts kommt dann der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten mit dem gleichen Inhalt zustande wie der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten.⁴⁷⁷ Der Vertrag über die Bestellung des Vorkaufsrechts an einem GmbH-Geschäftsanteil bedarf gemäß § 15 Abs. 4 S.1 GmbHG der notariellen Beurkundung.⁴⁷⁸ Die Ausübungserklärung ist nach § 464 Abs.1 S. 2 BGB formfrei. Diese muss jedoch bis zum Ablauf einer Woche nach Empfang der Mitteilung gemäß § 469 Abs.1 BGB erfolgt sein.

Aus Sicht eines gutgläubigen Drittkäufers, der das Vorkaufsrecht nicht kennt, ergibt sich folgende Situation: Der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Drittkäufer wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts grundsätzlich in seiner Wirksamkeit nicht berührt.⁴⁷⁹ Die Ausübung des Gestaltungsrechts führt lediglich dazu, dass der Vorkaufsverpflichtete nun vertraglich doppelt zur Übertragung des Geschäftsanteils verpflichtet ist, wenn er nicht den Vertrag mit dem Drittkäufer entweder mit einem Rücktrittsvorbehalt oder gemäß § 158 BGB mit einer aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung hinsichtlich der Ausübung des Vorkaufsrechts ausgestattet hat.⁴⁸⁰ Erfüllt der Verkäufer den Kaufvertrag mit dem Drittkäufer durch notariell beurkundete Abtretung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG, so erwirbt der Drittkäufer den Geschäftsanteil wirksam. Hierdurch macht sich der Verkäufer gegenüber dem Vorkaufsberechtigten gemäß § 280 BGB schadensersatzpflichtig.⁴⁸¹ Verfügt der Verkäufer dagegen wirksam an den Vorkaufsberechtigten, so besteht die Schadensersatzpflicht gegenüber dem Drittkäufer.

Beiden Fällen ist gemein, dass jedenfalls mit formwirksamer Abtretung des Geschäftsanteils Rechtssicherheit des Anteilserwerbers besteht. Vor der Abtretung ist auch ein gutgläubiger Käufer nicht schützenswert. Es geht allein um die Erlangung eines unbelasteten Geschäftsanteils durch das dingliche Verfügungsgeschäft. Eine Eintragung schuldrechtlicher Vorkaufsrechte in die Gesellschafterliste ist daher obsolet.

Die obigen Ausführungen gelten entsprechend für schuldrechtliche Andienungs-⁴⁸² und Optionsrechte⁴⁸³ sowie für Vorverträge⁴⁸⁴ über den Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen, auf die nicht weiter eingegangen werden soll. Diese rein schuldrechtlichen Einschränkungen der

⁴⁷⁷ Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (63); Palandt/Weidenkaff, vor § 463 Rn 1.

⁴⁷⁸ Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (64); Palandt/Weidenkaff, § 463 Rn 2.

⁴⁷⁹ BGH NJW 2000, S.1033; Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (64); Palandt/Weidenkaff, vor § 463 Rn 8.

⁴⁸⁰ vgl. Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (64).

⁴⁸¹ vgl. Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (64).

⁴⁸² vgl. Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (58 ff.).

⁴⁸³ vgl. Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (62 f.).

⁴⁸⁴ vgl. Maurer, BWNotZ 2004, S.57 (61).

Handlungsfreiheit veräußerungswilliger Gesellschafter sind nicht als Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen im eigentlichen Sinne zu qualifizieren, da sie nur den Vertragspartner, nicht aber den jeweils aktuellen Gesellschafter verpflichten. Nach Übertragung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG belasten diese den Anteil und damit den Erwerber unabhängig von dessen Gutgläubigkeit nicht weiter. Eine Eintragung dieser Rechte in die Gesellschafterliste kommt daher nicht in Betracht.

dd) Statutarische Zustimmungserfordernisse / Vinkulierungen

Gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Abtretung der Geschäftsanteile durch den Gesellschaftsvertrag an weitere Voraussetzungen geknüpft werden. Solche Vinkulierungsklauseln dienen der Kontrolle des Gesellschafterkreises und bezwecken den Schutz vor einer Überfremdung der Gesellschaft und die Verhinderung des Eindringens unerwünschter Dritter.⁴⁸⁵ Als statutarisch festgelegte Abtretungsvoraussetzungen kommen insbesondere die Zustimmung der Gesellschafterversammlung, der Geschäftsführer, aller oder einzelner Gesellschafter, ferner Vorkaufsrechte oder sonstige Erwerbsvorrechte zu Gunsten der Gesellschafter oder der Gesellschaft, die Übernahme bestimmter Verpflichtungen durch den Erwerber oder gar bestimmte Eigenschaften des Erwerbers usw. in Betracht.⁴⁸⁶ Eine Abtretung, die diesen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht entspricht, ist nichtig.⁴⁸⁷ Die Satzung kann nach heute ganz herrschender Meinung auch den Ausschluss der Abtretbarkeit regeln.⁴⁸⁸ Die satzungsmäßigen Verfügungsbeschränkungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG gelten grundsätzlich für alle rechtsgeschäftlichen Verfügungen über GmbH-Anteile und sind damit insbesondere bei der Anteilsverpfändung, der Nießbrauchsbestellung, der Übertragung im Rahmen einer Treuhandvereinbarung und gegebenenfalls der Einräumung einer Unterbeteiligung zu beachten.⁴⁸⁹

Ein gutgläubiger Hinwegerwerb einer statutarischen Verfügungsbeschränkung käme ausschließlich in folgendem Beispiel in Betracht: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH regelt in einer Klausel, dass die Veräußerung der Geschäftsanteile von über 20 % der Zustimmung

⁴⁸⁵ BGH NJW 1986 S. 2948; Ulmer/Habersack/Winter/Löbbecke, GmbHG-Großkommentar Bd. I, § 15 Rn 221; Goette, Die GmbH, § 5 Rn 38.

⁴⁸⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 38; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 22, 23.

⁴⁸⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 37; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 23; Goette, Die GmbH, § 5 Rn 38.

⁴⁸⁸ RGZ 80, S.179; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 38; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 135; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 41; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 138; Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 107.

⁴⁸⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 49, 52; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 48, 49; Goette, Die GmbH, § 5 Rn 52.

der übrigen Gesellschafter bedürfe. Ein Gesellschafter tritt nun seinen Geschäftsanteil von 25 % mittels notarieller Urkunde an einen Erwerber ab. Alle übrigen Gesellschafter stimmen dem zu. Der Erwerber hat jedoch von der Verfügungsbeschränkung keine Kenntnis.

Trotz Eintragungsmöglichkeit *de lege ferenda* ergibt sich diese Verfügungsbeschränkung nicht aus der Gesellschafterliste, in der die Lastenfreiheit des Geschäftsanteils vermerkt ist. Der Erwerber könnte nun den Geschäftsanteil gutgläubig ohne die Verfügungsbeschränkung erworben haben. In diesem Fall könnte er den Geschäftsanteil auch ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter wirksam weiter an einen Dritten veräußern.

Nach dem Regierungsentwurf zum MoMiG setzt sich der gutgläubige Erwerb nicht gegen statutarische Verfügungsbeschränkungen durch. Diese können nicht in der Gesellschafterliste eingetragen werden. Da Vinkulierungen häufig mit der Einhaltung komplizierter Vorschriften über Vorerwerbs-, Andienungs- oder Mitveräußerungsrechte (sog. preemptive rights, tag-along oder drag-along rights) verbunden sind, wäre eine Wiedergabe in der Gesellschafterliste auch nicht praktikabel.⁴⁹⁰ Wegen der vielgestaltigen Vinkulierungsarten, deren individuellen Kombinations- und diversen Formulierungsmöglichkeiten (z.B. Eigenschaften des Erwerbers) müssten die satzungsmäßigen Vinkulierungsklauseln in Einzelfällen komplett in die Gesellschafterliste übertragen werden. Dies würde die Einfachheit und Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste erheblich beeinträchtigen.

Die Publizität von Vinkulierungsklauseln in der Gesellschafterliste ist zum Schutz des Erwerbers ohnehin nicht erforderlich. Denn Vinkulierungen ergeben sich bereits unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag, der beim Handelsregister oder bei der Gesellschaft selbst eingesehen werden kann.⁴⁹¹ Vinkulierungsklauseln sind daher kein Auslöser umfangreicher Vorprüfungen, sondern für jeden potentiellen Erwerber leicht und ohne nennenswerten Aufwand zu eruieren. Erwerber sind daher im Vergleich zu den Mitgesellschaftern in Bezug auf statutarische Verfügungsbeschränkungen weniger schutzwürdig. Es genügt ein Blick in den Gesellschaftsvertrag, um herauszufinden, ob derartige Verfügungsbeschränkungen vorliegen und welche konkreten Voraussetzungen für einen Rechtserwerb erfüllt werden müssen. Eine Eintragung in die Gesellschafterliste kommt ebenso wenig in Betracht wie ein gutgläubig lastenfreier „Hinwegerwerb“. Vinkulierungen des GmbH-Geschäftsanteils bleiben vielmehr auch bei Unkenntnis des Erwerbers unverändert bestehen.

⁴⁹⁰ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, S.1841 (1844).

⁴⁹¹ vgl. Hamann, NZG 2007, S.492 (494).

Überdies würde sich ein Erwerber bei unterlassener Lektüre der Satzung vor der offensichtlichen Wahrheit geradezu bewusst verschließen, so dass ein gutgläubiger (lastenfreier) Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG-RegE ohnehin nicht möglich wäre.

Schließlich spricht gegen einen gutgläubigen „Hinwegerwerb“ von statutarischen Verfügungsbeschränkungen, dass diese gar nicht der alleinigen Verfügungsmacht des Gesellschafters unterliegen. Nur die Gesellschafterversammlung kann Verfügungsbeschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen ändern oder aufheben. Vinkulierungen haften dem Geschäftsanteil originär qua Satzung an, so dass deren Bestand stärker geschützt ist als etwa derjenige dinglicher Rechte am Geschäftsanteil.

ee) Offene Einlagenverpflichtungen

Die Einlagenverpflichtung betrifft das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft. Diese hat gemäß § 19 Abs.1 GmbHG einen Anspruch gegen den Gesellschafter auf vollständige Leistung der übernommenen und fälligen Einlage. Von dieser Verpflichtung kann der Gesellschafter gemäß § 19 Abs. 2 S.1 GmbHG nicht befreit werden. Die Höhe dieses ziffernmäßig bestimmten Beitrages zum Stammkapital der Gesellschaft ist in der Satzung festgelegt und auch in der Gesellschafterliste eingetragen. Die offene Einlagenverpflichtung haftet dabei nicht zwingend an einer bestimmten Person des Gesellschafters, sondern bezieht sich auf den Geschäftsanteil. Grundsätzlich haftet der Gesellschaft primär derjenige, der aufgrund der Anmeldung nach § 16 Abs.1 GmbHG und künftig durch Eintragung in der Gesellschafterliste als Gesellschafter ausgewiesen und gegenüber der Gesellschaft legitimiert ist. § 16 Abs. 2 GmbHG-RegE stellt ausdrücklich klar, dass der Erwerber bei einer Abtretung des Geschäftsanteils auch in Zukunft neben dem Veräußerer für die zum Zeitpunkt der Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister rückständigen Leistungen auf den Geschäftsanteil einstehen soll. Diese Regelung entspricht dem bisherigen § 16 Abs. 3 GmbHG, der noch auf die Anmeldung des Erwerbers abstellt.

Ein Hinwegerwerb offener Einlagenverpflichtungen unter den Voraussetzungen des guten Glaubens ist nach dem Regierungsentwurf zu Recht nicht möglich. Denn der Rechtsverkehr bedarf diesbezüglich keines besonderen Schutzes. Ein Anteilserwerber kann die Höhe der übernommenen Einlage unschwer aus der Satzung oder der Gesellschafterliste erkennen und sich im Vorfeld des share deals bei der Gesellschaft informieren, ob die Einlage durch den Veräußerer oder dessen Rechtsvorgänger vollständig erbracht worden ist und keine Rückzahlungen im Sinne des § 30 Abs.1 GmbH oder sonstige Vorgänge stattgefunden ha-

ben, die aktuell eine noch offene Einlagenverpflichtung begründen. Diesbezügliche Auskünfte sollte sich der Erwerbsinteressent zu Beweis Zwecken schriftlich erteilen lassen. Kommt der Erwerber zu dem Ergebnis einer noch ausstehenden Einlagenverpflichtung des Veräußerers, so wird sich dies in den Verhandlungen unmittelbar mindernd auf den Kaufpreis auswirken. Werden dem Erwerber dagegen offene Einlagenpflichten trotz Auskunftsverlangen vom Veräußerer arglistig verschwiegen, so kann er den Vertrag über die Anteilsabtretung durch Anfechtungserklärung ex tunc rückgängig machen. In diesem Fall ist umstritten, ob der arglistig getäuschte Erwerber nach § 16 Abs. 3 GmbHG (bzw. künftig nach § 16 Abs. 2 GmbHG-RegE) dennoch für die rückständige Stammeinlage haftet.⁴⁹² Nach Ansicht des BGH, der eine Einlagenhaftung des Erwerbers trotz Anfechtung annimmt, sei die Haftung mit der Stammeinlage als notwendige Mindestleistung des Gesellschafters und Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Mitgliedschaftsrechten mit der Gesellschafterstellung so eng verbunden, dass die Wirkungen der Anmeldung nach § 16 Abs.1 GmbHG (bzw. künftig der Eintragung in die Gesellschafterliste nach § 16 Abs.1 S.1 GmbHG-E) auch auf sie zu erstrecken seien.⁴⁹³ Die Gegenansicht beruft sich auf die Rückwirkung der Anfechtung, die auch die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 3 GmbHG erfassen müsse.⁴⁹⁴

Ob der arglistig getäuschte Erwerber nach Anfechtung der Anteilsabtretung die Einlagenleistung trotz Nichtigkeit der Abtretung letztlich nur aufgrund seiner Anmeldung bei der Gesellschaft erbringen muss, kann hier offen bleiben.⁴⁹⁵ Wesentlich ist die nicht bestrittene und auch de lege ferenda nicht in Frage zu stellende Grundwertung, dass die offene Einlagenverpflichtung mit dem Anteil auch auf denjenigen Erwerber übergeht, der vor der Abtretung diesbezüglich gutgläubig war. Denn die offene Einlagenverpflichtung ist kein dingliches oder vertragliches Recht eines Dritten an dem Geschäftsanteil, sondern die diesem immanente Gesellschafterpflicht gegenüber der Gesellschaft. Die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG dienen dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft. Der maßgebliche Gedanke ist hier, dass der Gläubigerschutz dem Gesellschafterschutz vorgeht. Eine Trennung von Gesellschafterstellung und dem aktuellen Stand des Einlagenkontos sollte folglich auch durch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb nicht möglich sein. Eine Eintragung von Einlagenrückständen in die Gesellschafterliste scheidet aus.

⁴⁹² bejahend Grunewald, ZGR 1991, S. 452 (461); Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 11; Scholz/Winter, GmbHG-Kommentar Bd. I, 9. Aufl., § 16 Rn 22; a.A. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 16 Rn 12; Roth/Altmeppen, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 27 f.; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 16 Rn 61; OLG Hamm ZIP 2006, S.233 (nicht rechtskräftig) und hierzu Weiler, ZIP 2006, S.1754 (1761).

⁴⁹³ BGH ZIP 1991, S.724; BGH NJW 1990, S.1915 (1916); BGHZ 84, S.47 (50).

⁴⁹⁴ OLG Hamm ZIP 2006, S.233 (nicht rechtskräftig).

⁴⁹⁵ Die Revisionsentscheidung des BGH gegen das Urteil des OLG Hamm ZIP 2006, S.233 bleibt abzuwarten.

ff) Ergebnis

Der gutgläubige lastenfreie Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen gemäß dem hier vorgeschlagenen § 16 Abs. 4 GmbHG i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE kommt für dingliche Anteilsbelastungen in Betracht. Pfandrechte und Nießbrauchsrechte an Geschäftsanteilen sind in der Gesellschafterliste eintragungsfähig. Dagegen haften weder Treuhandvereinbarungen noch Unterbeteiligungen noch sonstige individualvertragliche Vereinbarungen dem Anteil unmittelbar an, sondern verpflichten nur den veräußernden Gesellschafter. Sie gehen mit Anteilsabtretung nicht auf den Erwerber über. Gesellschaftsvertragliche Vinkulierungen und offene Einlagepflichten sind qua Satzung originär und untrennbar mit dem Geschäftsanteil verbunden und beschränken bzw. verpflichten immer den jeweiligen Gesellschafter. Ein gutgläubiger Hinwerwerb ist nicht zulässig. Eine Eintragung in die Gesellschafterliste ist folglich obsolet.

d) Gutgläubiger Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung

§ 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE setzt den Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts daran durch Rechtsgeschäft voraus. Peetz stellt daher mit Recht fest, dass der Referentenentwurf (Anm.: wie auch nun der Regierungsentwurf) keine Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung schafft.⁴⁹⁶ Denn die Zwangsvollstreckung in den GmbH-Geschäftsanteil oder in einen Teil des Geschäftsanteils als sonstige Vermögensrechte erfolgt naturgemäß nicht durch Rechtsgeschäft, sondern gemäß §§ 857 Abs.1, 828 ff. ZPO durch Pfändungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts.⁴⁹⁷ Dieser ist zur Bewirkung der Pfändung nach heute herrschender Meinung dem Gesellschafter und der Gesellschaft als Drittschuldnerin zuzustellen.⁴⁹⁸ Die Zustellung ersetzt dabei die Anmeldung gemäß § 16 Abs.1 GmbHG.⁴⁹⁹ Der Ausschluss der Pfändbarkeit oder sonstige statutarische Beschränkungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG wirken nicht.⁵⁰⁰ Durch die Pfändung entsteht die Verstrickung und der Gläubiger erhält ein Pfändungspfandrecht an dem Geschäftsanteil.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Peetz, GmbHR 2006, S.852 (860).

⁴⁹⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 60; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 51; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 195; Thomas/Putzo, § 857 Rn 2.

⁴⁹⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 60; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 51; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 195; Michalski/Ebbing, GmbHG-Kommentar Bd.I, § 15 Rn 236; Thomas/Putzo, § 857 Rn 10; a.A. RGZ 57, S.415.

⁴⁹⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 60; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 51; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 16 Rn 45.

⁵⁰⁰ BGHZ 65, S.22 (26); Goette, Die GmbH, § 5 Rn 52; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 61; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 51.

⁵⁰¹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 62.

Gemäß § 829 Abs.1 S. 2 ZPO enthält der gerichtliche Pfändungsbeschluss das Gebot an den Schuldner (Gesellschafter), sich jeder Verfügung über den Geschäftsanteil zu enthalten (sog. inhibitorium).

Dieses Verfügungsverbot hindert den Gesellschafter aber nur an solchen Verfügungen, die die Gläubigerstellung beeinträchtigen, nicht aber an der Veräußerung des Geschäftsanteils, da das Pfändungspfandrecht in diesem Falle grundsätzlich bestehen bleibt.⁵⁰² Die Verwertung des gepfändeten Geschäftsanteils erfolgt nicht wie bei Forderungen durch Überweisung und Einziehung, sondern auf Anordnungsbeschluss des Gerichts nur gemäß § 844 ZPO entweder durch öffentliche Versteigerung entsprechend §§ 814 ff. ZPO oder durch freihändigen Verkauf im Sinne des § 825 ZPO.⁵⁰³ Auch hierbei greifen die Beschränkungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG nicht ein.⁵⁰⁴ Der Zuschlag des Gerichtsvollziehers in der Versteigerung ersetzt die notarielle Form des § 15 Abs. 3 GmbHG, die dagegen beim freihändigen Verkauf zu beachten ist.⁵⁰⁵ Letzterer kann durch den Gerichtsvollzieher oder einen Dritten durchgeführt werden, wobei auch hier der Mindestpreis entsprechend § 817 a Abs.1 ZPO beachtet werden muss.⁵⁰⁶ Der Verwertungsvorgang des freihändigen Verkaufs ist ebenso wie der reguläre Versteigerungsvorgang öffentlichrechtlich zu qualifizieren. Der Anteil geht mit den Lasten aus § 3 Abs. 2 GmbHG (Nebenleistungen), § 16 Abs. 3 GmbHG (Rückstände, künftig in § 16 Abs. 2 GmbHG-RegE), § 24 GmbHG (Haftung) und § 26 GmbHG (Nachschuss) auf den Erwerber über.⁵⁰⁷

Peetz ist der Ansicht, dass ein gutgläubiger Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung gerade unter dem Gesichtspunkt der Missbrauchsbekämpfung sinnvoll wäre.⁵⁰⁸ Da es in Sachverhalten mit Bezug zur Zwangsvollstreckung in einen GmbH-Geschäftsanteil mehrere Ansatzpunkte für einen möglichen gutgläubigen (lastenfreien) Erwerb gibt, sind diese im Folgenden gesondert zu prüfen. In Betracht für einen möglichen Gutglaubensschutz kommt erstens der Erwerb eines Pfändungspfandrechts an einem Geschäftsanteil durch den Zwangsvollstreckungsgläubiger, wobei der Schuldner zwar im Sinne des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE als Gesellschafter ausgewiesen, in Wahrheit jedoch Nichtberechtigter an dem Anteil ist. Zweitens stellt sich die Frage, ob ein wirksam entstandenes Pfändungspfandrecht zu Gunsten des Zwangsvollstreckungsgläubigers im Falle seiner Nichteintragung in die Gesellschafterliste gutgläubig hinweg erworben können sollte. Schließlich muss drittens der

⁵⁰² Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 62; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 197.

⁵⁰³ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar § 15 Rn 51; Thomas/Putzo, § 857 Rn 14, § 844 Rn 1, 3.

⁵⁰⁴ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar § 15 Rn 51.

⁵⁰⁵ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar § 15 Rn 51.

⁵⁰⁶ Thomas/Putzo, § 825 Rn 6.

⁵⁰⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG-Kommentar § 15 Rn 51.

⁵⁰⁸ Peetz, GmbHHR 2006, S.852 (860).

Erwerb des Geschäftsanteils im Rahmen der Verwertung (öffentliche Versteigerung oder freihändiger Verkauf) untersucht werden.

aa) Kein gutgläubiger Erwerb eines Pfändungspfandrechts vom Nichtberechtigten

§ 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE verlangt einen rechtsgeschäftlichen Erwerb. Bei der Pfändung eines Geschäftsanteils durch Hoheitsakt im Rahmen der Zwangsvollstreckung kann ein Gutgläubensschutz des Vollstreckungsgläubigers mithin keine Rolle spielen. Selbst wenn der Vollstreckungsschuldner seit mindestens drei Jahren unrichtig und unwidersprochen oder gar dem Berechtigten zurechenbar in der Gesellschafterliste eingetragen wäre, könnte der Pfändungsbeschluss nicht zu einer Verstrickung des Geschäftsanteils führen, der tatsächlich einem Dritten zusteht. Das Vollstreckungsgericht prüft vor Erlass des Pfändungsbeschlusses lediglich das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und die Schlüssigkeit der als wahr unterstellten Angaben des Gläubigers.⁵⁰⁹ Danach wird der angebliche GmbH-Geschäftsanteil des Schuldners gepfändet. Hierzu prüft das Vollstreckungsgericht nicht einmal den Inhalt der Gesellschafterliste. Im Gegensatz zur Sachpfändung tritt die Verstrickung bzw. die Beschlagnahmewirkung bei der Forderungspfändung und damit auch bei der Pfändung von Geschäftsanteilen nur dann ein, wenn der gepfändete angebliche GmbH-Geschäftsanteil tatsächlich dem Schuldner zusteht.⁵¹⁰ Denn anderenfalls fehlt es an dem vorausgesetzten Gegenstand des Vollstreckungszugriffs, und die Pfändung geht ins Leere. Folglich kann trotz Rechtsschein der Listeneintragung auch kein Pfändungspfandrecht entstehen.⁵¹¹ Ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb scheidet aus.

§ 16 Abs. 3 GmbHG-RegE sollte auch nicht auf den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung ausgedehnt werden. Denn ein Vollstreckungsgläubiger, der auf vermeintliches Vermögen des Schuldners zugreifen will, um dies zur Befriedigung seiner titulierten Forderung zu liquidieren, und in der Regel kein Interesse an dem Vollstreckungsgegenstand selbst hat, ist nicht in gleichem Maße schutzwürdig wie ein gutgläubiger Käufer eines Geschäftsanteils.

Auch die unterschiedliche Behandlung zur Fahrnisvollstreckung ist gerechtfertigt. Bei dieser ist die Pfändung schuldnerfremder Sachen mit Ausnahme der Fälle evidenten Dritteigentums

⁵⁰⁹ vgl. Thomas/Putzo, § 829 Rn 20.

⁵¹⁰ vgl. Thomas/Putzo, § 829 Rn 28.

⁵¹¹ Ein Pfändungspfandrecht entsteht weder nach der öffentlichrechtlichen Theorie, wonach das Pfandrecht in Entstehung und Bestand schicksalsverbunden mit der Verstrickung ist, noch nach der gemischten privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Theorie, die zusätzlich die privatrechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Pfandrechtsbegründung und damit die Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstands zum Schuldnervermögen voraussetzt.

zulässig.⁵¹² Obwohl im Gegensatz zu Forderungen künftig ein rechtsgeschäftlicher gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen mit dem Rechtsschein der Gesellschafterliste möglich sein wird und sich der Anteilserwerb damit dem Erwerb von Sachen mit dem Rechtsschein des Besitzes annähert, ist die Ausgangslage in der Zwangsvollstreckung grundverschieden. Denn maßgeblich ist nicht ein einfacher Rechtsschein. Die Pfändung durch Hoheitsakt beruht nicht etwa auf dem guten Glauben des Vollstreckungsgläubigers oder des zuständigen Vollstreckungsorgans. Vielmehr knüpft das Gesetz bei der Sachpfändung an den Gewahrsam als formalisierten Zugriffstatbestand an.⁵¹³ Für den Gerichtsvollzieher gilt daher als Vermögen des Schuldners alles, was sich in dessen Gewahrsam befindet. Ein Dritter, der wahrer Eigentümer der gepfändeten Sache ist, bleibt auf die Drittwiderspruchsklage verwiesen.⁵¹⁴ Ein solches gesetzliches Zugriffssystem ist der Vollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte fremd. Ein gutgläubiger Erwerb findet aber selbst bei der Fahrnisvollstreckung nicht statt. Es entsteht nur solange wirksam ein Pfändungspfandrecht, bis über die Drittwiderspruchsklage rechtskräftig entschieden ist.

bb) Gutgläubiger Hinwegerwerb eines Pfändungspfandrechts

Vorausgesetzt, der Gesetzgeber würde sich der hier vorgeschlagenen Lösung der „doppelspaltigen Gesellschafterliste“ und der damit einhergehenden Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs⁵¹⁵ annehmen, so käme auch ein gutgläubiger Hinwegerwerb eines nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Pfändungspfandrechts des Vollstreckungsgläubigers in Betracht. Denn gemäß § 804 Abs. 2 ZPO begründet ein Pfändungspfandrecht dieselben Rechte wie ein vertraglich erworbenes Pfandrecht. Damit besteht ein zumindest vergleichbares Bedürfnis der jeweiligen Pfandgläubiger nach Bestandsschutz. Der beschlagnahmte und mit einem Pfändungspfandrecht belastete Geschäftsanteil kann trotz inhibitorium veräußert werden, weil das Pfändungspfandrecht in diesem Falle grundsätzlich bestehen bleibt.⁵¹⁶ Ist ein Pfändungspfandrecht zu Gunsten des Vollstreckungsgläubigers wirksam entstanden, aber nicht in der Gesellschafterliste eingetragen, so könnte durch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb gemäß §§ 136, 135 Abs. 2 BGB i.V.m. dem in dieser Arbeit vorgeschlagenen § 16 Abs. 4 GmbHG i.V.m. § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE die Entstrickung des Anteils eintreten und das Pfändungspfandrecht erlöschen. Nach allgemeiner Meinung begründet die Verstrickung ein relatives Veräußerungsverbot.⁵¹⁷ Ob dieses durch gutgläubigen Erwerb

⁵¹² Thomas/Putzo, § 808 Rn 9.

⁵¹³ vgl. Thomas/Putzo, § 808 Rn 3 - 6.

⁵¹⁴ vgl. Thomas/Putzo, § 771 Rn 14, 16.

⁵¹⁵ siehe Kapitel II, B, IX, 9., b), cc).

⁵¹⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG-Kommentar, § 15 Rn 62; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 15 Rn 197.

⁵¹⁷ vgl. Thomas/Putzo, § 803 Rn 7.

überwunden werden kann und ein redlicher Erwerber den Geschäftsanteil beschlagnahmefrei und unbelastet erlangen kann, ist umstritten. Nach einer Ansicht begründe die Verstrickung ein öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis, welches im Interesse des Bestandes staatlicher Hoheitsakte auch gegenüber einem gutgläubigen Dritten wirke.⁵¹⁸ Die herrschende Meinung bejaht demgegenüber die Möglichkeit der Entstrickung durch den gutgläubigen Erwerb.⁵¹⁹ Die Gegenansicht beruhe auf der Überbewertung des staatlichen Hoheitsaktes und verkenne, dass der Staat seine Machtmittel nur zur Befriedigung privater Gläubigerinteressen einsetze. Es bestehe daher kein Grund, von der in § 135 Abs. 2 BGB ebenso wie in § 23 Abs. 2 ZVG enthaltenen Regel, dass der gute Glaube auch das hoheitliche Veräußerungsverbot überwinde, im Rahmen der Mobiliarvollstreckung abzuweichen.

Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen und deren Argumentation kann auf die Zwangsvollstreckung in GmbH-Geschäftsanteile übertragen werden. Soweit mit § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ein gutgläubiger lastenfrier Erwerb zugelassen wird, würde sich dieser über den hier vorgeschlagenen § 16 Abs. 4 GmbHG auch auf nicht eingetragene relative Verfügungsbeschränkungen gemäß § 829 Abs.1 S. 2 ZPO, §§ 136, 135 Abs. 2 BGB erstrecken und im Einzelfall zu einem gutgläubigen Hinwegerwerb von Verfügungsbeschränkung und Pfändungspfandrecht⁵²⁰ führen.

Dies setzt voraus, dass mit dem Erwerb des Pfändungspfandrechts ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und der Gesellschaft entsteht, aufgrund dessen dem Vollstreckungsgläubiger ein Anspruch auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste zusteht. Ist in der Gesellschafterliste die Lastenfreiheit des Anteils eingetragen, so bestünde wegen des gutgläubigen lastenfrier Erwerbs zugleich ein faktischer Zwang des Vollstreckungsgläubigers entweder zur Eintragung seines Pfändungspfandrechts in der Gesellschafterliste oder zur Einreichung eines Widerspruchs gegen die eingetragene Lastenfreiheit des Geschäftsanteils, da er anderenfalls Gefahr liefe, sein Pfandrecht zu verlieren.

Auch bei Pfändungspfandrediten wäre eine gesetzliche Eintragungspflicht fehl am Platze. Ein Notar ist bei deren Entstehung nicht beteiligt. Das Vollstreckungsgericht könnte nicht zur Einreichung aktualisierter Gesellschafterlisten verpflichtet werden. Eine Einreichungspflicht der Geschäftsführer, die durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses unmittelbar an die Gesellschaft als Drittschuldnerin sichere Kenntnis von dem Pfändungspfandredit erlangen,

⁵¹⁸ Lüke, JZ 1955, S.486; Martin, Pfändungspfandredit und Widerklage im Verteilungsverfahren, S.191.

⁵¹⁹ Münzberg, ZZP 78, S.297 ff.; Thomas/Putzo, § 803 Rn 11.

⁵²⁰ Sowohl nach der öffentlichrechtlichen als auch nach der gemischten Theorie entfällt das Pfändungspfandredit durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten nach §§ 136, 135 Abs. 2, 936 BGB.

wäre ebenfalls zum Schutze der Pfändungspfandgläubiger nicht erforderlich. Diese müssten lediglich die Gesellschafterliste einsehen und feststellen, ob der Gesellschafter des gepfändeten Anteils dort positiv die Lastenfreiheit eingetragen hat. Ist dies der Fall, müsste der Gläubiger der Liste unverzüglich einen Widerspruch gegen die Lastenfreiheit zuordnen. Da der Gesellschafter für die Offenlegung von Belastungen seines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste votiert hat, kann der Gläubiger nun auch die Eintragung seines Pfändungspfandrechts in die Gesellschafterliste verlangen. Weigert sich der Geschäftsführer der GmbH, eine aktualisierte Gesellschafterliste unter Aufnahme des Pfändungspfandrechts einzureichen, so kann der Gläubiger gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer, auf Eintragung klagen. Denn hat der Gesellschafter für die Offenlegung der Belastungen votiert, so muss dem Pfandgläubiger ebenso ein Anspruch auf Eintragung gegen die Gesellschaft zustehen wie dem Erwerber eines Geschäftsanteils. Ob sich ein solcher Anspruch auch aus dem Rechtsgedanken des § 67 Abs. 2 AktG ergibt oder eine gesetzliche Anspruchsgrundlage für diesen Fall geschaffen werden müsste, soll hier offen bleiben.

Sind die Lastenfreiheit und auch andere Rechte Dritter in der Liste nicht positiv eingetragen, steht es dem Gläubiger nicht frei, sein Pfändungspfandrecht eintragen zu lassen. Denn der Gesellschafter hat sich dafür entschieden, Rechte Dritter an seinem Geschäftsanteil nicht zu offenbaren. Der Gläubiger ist hierdurch in seiner Rechtsposition nicht gefährdet, weil ein gutgläubiger „Hinwegerwerb“ seines Pfandrechts durch einen Dritten nicht in Frage kommt. Er muss dann lediglich die Gesellschafterliste einmal jährlich dahingehend kontrollieren, ob der Gesellschafter in der Liste nicht doch Rechte Dritter offenbart oder dort die Lastenfreiheit seines Geschäftsanteils behauptet.

Zusätzlich ist der Pfändungspfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung durch die Strafdrohung des § 288 StGB geschützt. Danach wären Gesellschafter strafbar, die ihren Geschäftsanteil nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses an einen gutgläubigen Dritten veräußern, um die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln.

Im Ergebnis ist daher ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb im Hinblick auf Pfändungspfandrechte *de lege ferenda* zu befürworten.

cc) Gutgläubiger Erwerb bei Verwertungsveräußerung

Bei der Verwertung schuldnerfremder GmbH-Geschäftsanteile durch öffentliche Versteigerung oder freihändigen Verkauf kann zwischen zwei Fällen unterscheiden werden.

Im ersten Fall war der Vollstreckungsschuldner bereits vor der Pfändung tatsächlich nicht Gesellschafter, so dass die Pfändung ins Leere gegangen und weder Verstrickung noch ein Pfändungspfandrecht an dem Geschäftsanteil entstanden ist. Hier erwirbt der Käufer den Geschäftsanteil nicht. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Veräußerungsverwertung ist, dass der Vollstreckungsgegenstand verstrickt ist und die wesentlichen Verfahrensvorschriften eingehalten werden. Sowohl die öffentlichrechtliche als auch die gemischte Theorie setzen die mit der Verstrickung entstehende öffentlichrechtliche Verwertungsbefugnis als Grundlage einer rechtmäßigen und wirksamen Verwertung voraus.⁵²¹ Fehlt diese Grundlage, so erwirbt der Ersteigerer kein Eigentum.

Im zweiten Fall war der Vollstreckungsschuldner zum Zeitpunkt des Pfändungsbeschlusses Gesellschafter. Verstrickung und Pfändungspfandrecht sind wirksam entstanden. Der Schuldner hat den Geschäftsanteil zwischen Pfändung und Verwertung an einen Dritten veräußert. Verstrickung und Pfändungspfandrecht bestehen jedoch weiter. Im diesem Fall bedarf es keines gutgläubigen Erwerbs des Erstehers, da sowohl Verstrickung als auch Pfändungspfandrecht bis zur Versteigerung erhalten bleiben. Dass der Geschäftsanteil nun nicht mehr dem Schuldner zusteht, sondern einem Dritten, steht dem nicht entgegen. Der Käufer erwirbt den Anteil rechtswirksam und lastenfrei.⁵²²

e) Kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb in der Insolvenz des Gesellschafters

Gemäß § 81 Abs.1 S.1 InsO sind Verfügungen des Schuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über Gegenstände der Insolvenzmasse absolut unwirksam. Im Gegensatz zu § 829 Abs.1 S. 2 ZPO gelten hier die §§ 135 Abs. 2, 136 BGB nicht. Der gute Glaube von Erwerbern an die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners wird grundsätzlich nicht geschützt. Eine Ausnahme lässt das Gesetz in § 81 Abs.1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 892, 893 BGB ausschließlich für den guten Glauben an den Bestand des Grundbuchs zu. Danach ist auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb eines Grundstücks von dem im Grundbuch eingetragenen Insolvenzschuldner möglich.⁵²³ Das Verfügungsverbot des § 81 InsO ist daher im Grundbuch eintragungsfähig.⁵²⁴ Ist im Grundbuch ein Insolvenzvermerk eingetragen, so scheidet ein gutgläubiger Erwerb.

⁵²¹ vgl. Thomas/Putzo, § 817 Rn 9.

⁵²² vgl. Thomas/Putzo, § 817 Rn 10.

⁵²³ Palandt/Bassenge, § 892 Rn 17.

⁵²⁴ vgl. Palandt/Bassenge, § 892 Rn 16.

Diese Ausnahme von dem absoluten Verfügungsverbot des § 81 InsO ist jedoch auf § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE weder analog noch de lege ferenda übertragbar.⁵²⁵ Denn das Grundbuch genießt als öffentliches und nach einem eigenen Verfahrensrecht (GBO) geführtes Register die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit kraft öffentlichen Glaubens und ist insofern nicht mit der privat geführten Gesellschafterliste vergleichbar.

Die Gesellschafterliste benötigt zur Legitimation des gutgläubigen Erwerbs zusätzlich die auf ein Jahr zu verkürzende Frist aus § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE oder eine eigene Zurechnung der Falscheintragung an den Berechtigten, da die Richtigkeit und Aktualität der Gesellschafterliste nicht in allen Fällen gewährleistet werden kann. Zudem sollte die Eintragung von Belastungen an GmbH-Geschäftsanteilen fakultativ erfolgen. Dagegen bedürfen Rechte an Grundstücken in der Regel bereits zu ihrer Wirksamkeit der Grundbucheintragung, § 873 BGB. Insofern ist auch die Vollständigkeit des Grundbuchs in höherem Maße sichergestellt als bei der Gesellschafterliste. Mangels Möglichkeit des gutgläubigen „Hinwegerwerbs“ des absoluten Verfügungsverbot des § 81 InsO ist ein Insolvenzvermerk in der Gesellschafterliste folglich nicht eintragungsfähig.⁵²⁶ Entsprechendes gilt für die absoluten Verfügungsverbote⁵²⁷ der §§ 1365 Abs.1 S.1, 1984 Abs.1 S.1 BGB.

Anders dagegen sind die folgenden relativen Verfügungsbeschränkungen zu beurteilen:

Nach § 161 Abs.1, 2 BGB sind Verfügungen während der Schwebezeit bis zum Eintritt der aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung relativ unwirksam. Nach § 161 Abs. 3 BGB finden die Regelungen über den gutgläubigen Erwerb entsprechende Anwendung. Daher muss in Abteilung II: BELASTUNGEN in der Gesellschafterliste ein Vermerk über die bedingte Anteilsverfügung eintragbar sein.

Nach § 2113 Abs. 2 S.1 BGB können unentgeltliche oder zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolgende Verfügungen des Vorerben über Erbschaftsgegenstände im Zeitpunkt der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber unwirksam sein. Nach § 1213 Abs. 3 BGB ist Gutgläubensschutz möglich. Dann muss auch die Eintragung eines Nacherbschaftsvermerks in der Gesellschafterliste zulässig sein.

⁵²⁵ a.A. Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a), cc)), der § 81 Abs.1 S. 2 InsO analog anwenden will.

⁵²⁶ Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a), cc)), der einen Insolvenzvermerk ebenfalls nicht für eintragbar hält, jedoch erscheine neben der Eintragung eines Widerspruchs (auf Ersuchen des Insolvenzgerichts - § 31 InsO analog) die Einreichung einer Gesellschafterliste, die den Insolvenzverwalter als Inhaber des Anteils ausweise, denkbar.

⁵²⁷ Palandt/Brudermüller, § 1365 Rn 14 bzw. Palandt/Edenhofer, § 1984 Rn 2.

Nach § 2211 Abs.1 BGB kann der Erbe nicht über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand verfügen. Nach § 2211 Abs. 2 BGB ist ein gutgläubiger Erwerb durch Dritte, die das Bestehen der Testamentsvollstreckung nicht kennen oder gutgläubig annehmen, dass der Gegenstand nicht zum Nachlass gehört oder nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, möglich.⁵²⁸ Demzufolge muss ein Testamentsvollstreckungsvermerk in „Abteilung II: BELASTUNGEN“ der Gesellschafterliste eintragbar sein.

f) **Exkurs:** Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Gesellschafterliste

Nach der grundlegenden und in den letzten Jahren wohl meist zitierten Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2001⁵²⁹ steht die Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts fest. Die GbR kann infolgedessen sowohl Gesellschafterin einer GmbH⁵³⁰ als auch Inhaberin eines Rechts an einem GmbH-Geschäftsanteil sein. Die GbR selbst ist also materiell zur Eintragung in die Gesellschafterliste berechtigt. Fraglich ist, ob in formeller Hinsicht neben der GbR auch die Gesellschafter und gegebenenfalls ihre Vertretungsverhältnisse in die Gesellschafterliste eingetragen werden müssen.

Dabei hilft ein Blick auf den Diskussionsstand über die Handelsregister- und Grundbuchfähigkeit der GbR:

Ist eine GbR Kommanditist, so sind gemäß § 162 Abs.1 S. 2 HGB auch deren Gesellschafter mit Namen, Geburtsdatum und Wohnort sowie spätere Änderungen in der Zusammensetzung der Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Darüber hinaus müssen von der Regelung der §§ 714, 709 BGB abweichende Vertretungsverhältnisse der GbR im Handelsregister eingetragen werden (sog. sekundäre Registerpflicht).⁵³¹ Das LG Berlin hat anerkannt, dass die GbR auch persönlich haftende Gesellschafterin einer oHG oder KG sein kann und hierfür die gleichen Eintragungserfordernisse gelten.⁵³² Eine Eintragung der GbR im Handelsregister nur mit ihrem Namen ohne Angabe der Gesellschafter würde gegen die mit der Publizität der oHG und KG verfolgten Schutzinteressen der Offenlegung der Gesellschafter, der Haftungs- sowie der Vertretungsverhältnisse verstoßen.⁵³³

⁵²⁸ Palandt/Edenhofer, § 2211 Rn 4.

⁵²⁹ BGHZ 146, 341 (343) = NJW 2001, S.1056.

⁵³⁰ Bereits seit BGHZ 78, S.311 konnten Gesellschafter bürgerlichen Rechts unabhängig von der Rechtsfähigkeit der GbR bei der Errichtung einer GmbH gemeinsam eine Stammeinlage mit der Folge übernehmen, dass der erworbene Geschäftsanteil Gesamthandsvermögen wurde.

⁵³¹ BGH NJW 2001, S.3121.

⁵³² LG Berlin NZG 2003, S.580.

⁵³³ Schmidt/Bierly, NJW 2004, S.1210, 1211.

Um die sekundäre Registerpflicht entbehrlich zu machen, wird in der Literatur teilweise ein GbR-Register mit Eintragungspflicht⁵³⁴ oder auch ein freiwilliges GbR-Register⁵³⁵ vorgeschlagen.

Im Hinblick auf die Grundbuchfähigkeit hat der BGH entschieden, dass die GbR selbst Grundstückseigentümerin ist, wenn deren Gesellschafter im Grundbuch mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind.⁵³⁶ Die streitige Frage, ob die GbR selbst als Eigentümerin eingetragen werden kann, wurde offen gelassen. Mit Beschluss vom 09. Januar 2007 hat nun das OLG Stuttgart erkannt, dass eine GbR unter ihrem eigenen Namen als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden kann, wenn sie einen unterscheidungskräftigen Namen führt.⁵³⁷ Das OLG Stuttgart widerlegt die von der Gegenmeinung⁵³⁸ geltend gemachten Einwände, eine solche Eintragung verstoße gegen das Erfordernis der Bestimmtheit und Klarheit sowie gegen den Grundsatz der Registerpublizität. Das Grundbuch solle den Eigentümer ausweisen und nicht die hinter diesem stehenden Gesellschafter. Überdies sei die GbR, die ihre Eintragung bewirken wolle, verpflichtet, den Nachweis der Eintragungsunterlagen gemäß § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erbringen, weil ihr ein Zeugnis des Registergerichts über die Vertretungsbefugnis der für sie handelnden Personen gemäß § 32 GBO nicht zur Verfügung stehe.⁵³⁹

Eine dem § 29 GBO vergleichbare Norm fehlt in der HandelsRegVO für die Gesellschafterliste. Da das Registergericht im Falle neu eingereichter Gesellschafterlisten im Gegensatz zum Grundbuchamt gerade von einer materiellen Prüfpflicht verschont bleiben soll, sollte es Nachweise der Vertretungsbefugnisse der GbR-Geschäftsführer nicht überprüfen müssen. Erwerber haben ein Interesse daran, unmittelbar aus der Gesellschafterliste erkennen zu können, welcher GbR-Gesellschafter vertretungsbefugt ist und den GmbH-Geschäftsanteil im Namen der GbR veräußern oder belasten darf. Mit Rücksicht auf die aktuell höchstichterlich noch nicht entschiedene Diskussion über die formelle Registerfähigkeit der GbR und darauf, dass die GbR selbst in keinem Register eingetragen ist, sollten neben der GbR als Gesellschafterin oder Inhaberin eines Rechts an einer GmbH auch deren Gesellschafter sowie die Vertretungsverhältnisse in die Gesellschafterliste eingetragen werden. Ein Gutgläubensschutz kann allerdings nicht hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse gelten, da der gute Glaube an die Vertretungsmacht grundsätzlich nicht geschützt ist.

⁵³⁴ K. Schmidt NJW 2001, S.1002.

⁵³⁵ Schmidt/Bierly, NJW 2004, S.1210, 1211.

⁵³⁶ BGH DB 2006, S.2516.

⁵³⁷ OLG Stuttgart DB 2007, S.334 (335).

⁵³⁸ OLG Celle NJW 2006, S.2194; BayObLG NJW-RR 2005, S.43, NJW-RR 2004, S.810 und NJW 2003, S.70.

⁵³⁹ vgl. auch Böttcher/Blasche NZG 2007, S.121 (124).

Ein Wechsel im Gesellschafterbestand der GbR oder in der Vertretungsbefugnis führt nicht zu einer Unrichtigkeit der Gesellschafterliste und damit zu einer Einreichungspflicht nach § 40 GmbHG-RegE, sondern lediglich zu einem Richtigstellungsbedarf in der Bezeichnung des Rechtsträgers, der bei der nächst anstehenden Aktualisierung der Gesellschafterliste mit erledigt werden kann.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ a.A. Vossius, DB 2007, S.2299 ff. (IV., 2., a), dd)).

g) Muster einer „doppelspaltigen Gesellschafterliste“

Ein Muster der neuen GmbH-Gesellschafterliste könnte wie folgt aussehen:

| GmbH-Gesellschafterliste | | | |
|--|--|---|--|
| LISTE DER GESELLSCHAFTER der Firma . . . GmbH Sitz der Gesellschaft: . . . (Ort) mit den Nennbeträgen der übernommenen Geschäftsanteile | | | |
| <u>Nummer des Geschäfts- anteils</u> | <u>Abteilung I: GESELLSCHAFTER</u> | <u>Nummern der Rechte Dritter</u> | <u>Abteilung II: BELASTUNGEN</u> |
| 1 | Gesellschafter: (Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort; bei Handelsgesellschaften Angabe des Sitzes; bei GbR Angabe aller Gesellschafter sowie der Vertretungsbefugnis) Nennbetrag der übernommenen Stammeinlage in EUR: | 1 | Art der Belastung: (Pfandrecht mit Bezeichnung der Forderung, Nießbrauch, Pfändungspfandrecht bzw. Zwangsvollstreckungsvermerk, sonstige Verfügungsbeschränkungen wie Vermerk über Schwebzeit einer bedingten Verfügung, Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung etc.) Gläubiger / Berechtigter: (Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnort) 2 Art der Belastung: Gläubiger / Berechtigter: 3 (gegebenenfalls weitere Belastungen) |
| 2 | Gesellschafter: Nennbetrag der übernommenen Stammeinlage in EUR: | - | „Es bestehen keine Belastungen des Geschäftsanteils.“ (positive Eintragung der Lastenfreiheit) |
| 3 | Gesellschafter: Nennbetrag der übernommenen Stammeinlage in EUR: | 1 | Art der Belastung: Gläubiger / Berechtigter: - „Über die oben genannte Belastung hinaus bestehen keine weiteren Belastungen des Geschäftsanteils.“ (positive Eintragung der Lastenfreiheit) |
| | usw. | | usw. |
| . . . (Ort, Datum) . . . (Unterschrift Geschäftsführer) bzw. (Unterschrift beurkundender Notar) | | | |

9. Verfassungsmäßigkeit des gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs von GmbH-Anteilen im Hinblick auf die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG

Der gutgläubige Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE bedeutet einen irreparablen Rechtsverlust für den wahren Gesellschafter zugunsten des gutgläubigen Erwerbers. So gab ein Teilnehmer des „Berliner Arbeitskreises“ vom 09.02.2006 zu bedenken, dass der gutgläubige Erwerb in das Anteilseigentum des wahren Berechtigten eingreife. Der Schutz des Erwerbers führe zu einer „privatrechtlichen Enteignung“ des wahren Berechtigten und berühre dessen verfassungsrechtlich geschütztes Eigentumsrecht.⁵⁴¹ Der gutgläubige lastenfreie Erwerb von GmbH-Anteilen würde einen Rechtsverlust für denjenigen bedeuten, dem ein Recht an dem Geschäftsanteil zusteht oder demgegenüber der Gesellschafter in Verfügungen über seinen Geschäftsanteil beschränkt ist.

a) Schutzbereich des Art. 14 GG

Art. 14 GG schützt als Eigentum die rechtliche Zuordnung eines vermögenswerten Gutes an einen Rechtsträger.⁵⁴² Geschützt ist der Bestand der Eigentumsposition in der Hand des Eigentümers und die Nutzung dieser Position sowie deren Veräußerung bzw. die Verfügung über sie.⁵⁴³ Eigentum im Sinne des Verfassungsrechts sind u.a. die gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte.⁵⁴⁴ Die Inhaberschaft an einem GmbH-Geschäftsanteil und die Gesamtheit der damit verbundenen vermögenswerten Rechte des Gesellschafters fallen daher in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie.

Ebenso wie alle dinglichen Rechte an einer Sache⁵⁴⁵ werden auch dingliche Rechte an einem Geschäftsanteil wie Pfand- und Nießbrauchsrechte grundrechtlich geschützt. Die Zulassung eines gutgläubig lastenfreien Erwerbs unter Beseitigung eines bestehenden Pfandrechtes würde daher ebenso den Schutzbereich des Art. 14 GG tangieren wie ein gutgläubiger Zweiterwerb eines Pfandrechtes von dem in der Gesellschafterliste eingetragenen Nichtberechtigten an dem Pfandrecht, da hier der wahre Pfandrechtsinhaber dieses verlieren würde.

Wieweit die durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition reicht, ergibt sich aus der Gesamtheit der verfassungsmäßigen Gesetze bürgerlichen und öffentlichen Rechts. Eine das Ei-

⁵⁴¹ Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (690).

⁵⁴² Sachs/Wendt, GG-Kommentar, Art.14 Rn 21.

⁵⁴³ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 19; Sachs/Wendt, GG-Kommentar, Art.14 Rn 41.

⁵⁴⁴ Sachs/Wendt, GG-Kommentar, Art.14 Rn 24.

⁵⁴⁵ Sachs/Wendt, GG-Kommentar, Art.14 Rn 24.

gentum beschränkende Regelung stellt danach für bestehende Rechtspositionen einen Eigentumseingriff dar, für künftig entstehende Rechtspositionen wird dagegen der Schutzbereich zurückgenommen, mit der Folge, dass es an einem Eigentumseingriff fehlt.⁵⁴⁶

Problematisch könnte die Einführung des gutgläubig (lastenfreien) Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen daher hinsichtlich der Gesellschafter und der Rechteinhaber an Anteilen der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoMiG bereits bestehenden Altgesellschaften sein. Für Neugesellschaften wäre der Schutzbereich im Falle einer verfassungsmäßigen Regelung ohnehin verkürzt.

b) Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG

Die Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs.1 S.1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet und zielt darauf ab, entgegenstehende Rechtspositionen zu überwinden.⁵⁴⁷ Die Enteignung kann in Form der Legal- oder der Administrativenteignung erfolgen.⁵⁴⁸ Als Entziehung ist die hoheitliche und zielgerichtete Beschaffung von Gütern einzustufen.⁵⁴⁹ Generell fehlt es an einer Enteignung, wenn die Entziehung der Eigentumsposition dem Ausgleich privater Interessen dient, wenn sie also Teil einer größeren Regelung ist, die auch den Interessen des Betroffenen dient.⁵⁵⁰

Der gutgläubige (lastenfreie) Erwerb stellt keine Enteignung des wahren Berechtigten dar. Der Verlust der Gesellschafterstellung durch gutgläubigen Erwerb und die Zuweisung des (lastenfreien) Geschäftsanteils an den redlichen Erwerber ist kein zielgerichteter staatlicher Zugriff auf das Eigentum bzw. die Inhaberschaft an dem Geschäftsanteil durch Gesetz zur Beschaffung des jeweiligen Vermögensgutes, sondern das Ergebnis einer objektiven Abwägungs- und Wertentscheidung des Gesetzgebers über die Zuweisung bzw. den Übergang von GmbH-Geschäftsanteilen unter Privatleuten. Die Regelungen schützen den Rechtsverkehr im Umgang mit GmbH-Geschäftsanteilen und kommen damit mittelbar auch dem wahren Berechtigten, der im Einzelfall sein Recht verlieren kann, zugute.

⁵⁴⁶ BVerfGE 58, S.300 (336); Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 21.

⁵⁴⁷ BVerfGE 70, S.191 (200); BVerfGE 79, S.174 (191); Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 70; Sachs/Wendt, GG-Kommentar, Art.14 Rn 148.

⁵⁴⁸ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 70.

⁵⁴⁹ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 75.

⁵⁵⁰ BVerfGE 104, S.1 (10); BVerfGE 112, S.93 (109); BVerfGE 114, S.1 (59); Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 76.

b) Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs.1 S. 2 GG

Gemäß Art. 14 Abs.1 S. 2 GG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. Die Inhalts- und Schrankenbestimmung besteht in der generellen und abstrakten Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den Inhalt des Eigentums vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft in allgemeiner Form bestimmen.⁵⁵¹ Jede Inhalts- und Schrankenbestimmung durch eine Rechtsnorm muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Die mit Einführung des Gutgläubensschutzes vorgenommene Abwägung zu Gunsten des Erwerbers muss mithin verhältnismäßig („umfassende Gesamtbetrachtung“⁵⁵²) sein.

Hierbei hat der Gesetzgeber einen erheblichen Beurteilungs- und Prognosespielraum.⁵⁵³ Insbesondere bei der Neuordnung eines Rechtsgebietes kommt dem Gesetzgeber ein besonders großer Spielraum zu. Die grundlegende Reform des deutschen GmbH-Rechts ist als eine solche Neuordnung eines Rechtsgebietes anzusehen. Allerdings macht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht selten Übergangsregelungen erforderlich.⁵⁵⁴

Die Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE sowie die in dieser Arbeit vorgeschlagenen Regelungen des § 16 Abs. 4 GmbHG-RegE n.F. (gutgläubig lastenfreier Erwerb) und § 16 Abs. 5 GmbHG-RegE n.F. (gutgläubiger Erwerb nichtexistenter Geschäftsanteile) müssten zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet sei. Der gesetzgeberische Zweck müsste die Regelungen auch ohne Umgehung eines ebenso effektiven mildereren Mittels erfordern. Schließlich muss die Belastung des Eigentums in einem angemessenen Verhältnis zu den mit den Regelungen verfolgten Interessen stehen. Bei Konflikten zwischen Privaten sind die Interessen der Beteiligten im Rahmen der Angemessenheit in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.⁵⁵⁵

Die hier gegenständlichen Neuregelungen des § 16 GmbHG sind geeignet, die mit dem MoMiG verfolgten Gesetzeszwecke, die Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH, die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten bei der Übertragung von Geschäftsanteilen, die Beschränkung der erforderlichen Due Diligences auf einen Zeitraum von höchstens drei Jahren und die damit verbundene Senkung der Transaktionskosten, er-

⁵⁵¹ BVerfGE 72, S.66 (76); Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 36; Sachs/Wendt, GG-Kommentar, Art.14 Rn 54.

⁵⁵² Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685 (690).

⁵⁵³ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 38.

⁵⁵⁴ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 45.

⁵⁵⁵ BVerfGE 101, S.239 (259); Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art.14 Rn 39.

heblich zu fördern. Hinsichtlich des gutgläubig lastenfreien Erwerbs gelten diese Ziele entsprechend als allgemein – auch vom Gesetzgeber – anerkannt und von der Praxis gefordert. Der Gesetzgeber ist hier lediglich inkonsequent und bleibt auf halbem Wege stehen.

Die Regelungen sind zur Erreichung dieser Ziele auch erforderlich. Mildere Mittel scheiden aus, was sich daran zeigt, dass der gutgläubige (lastenfreie) Erwerb im Mobiliar- und Immobilienrecht seit Inkrafttreten des BGB allgemein als ausgewogene Regelung anerkannt und im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung weiterhin konkretisiert wurde, ohne dass die Regelungen jemals ernsthaft in Frage gestellt wurden.

Aufbauend auf einer Kombination aus Elementen des § 932 BGB und des § 892 BGB stellt sich § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE vor. Darüber hinaus sollte dieser durch die hier vorgeschlagene Komponente des § 16 Abs. 4 GmbHG n.F., ähnlich wie § 936 BGB im Mobiliarrecht, vervollständigt werden. Schließlich müssen diese Regelungen angemessen sein. Der Gesetzgeber muss hierbei nach Abwägung der berechtigten Interessen des Rechtsverkehrs, im Einzelfall vertreten durch den redlichen Erwerber, auf der einen Seite und des wahren Berechtigten auf der anderen Seite eine angemessene und ausgewogene Entscheidung treffen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs unter Berücksichtigung der Interessen des wahren Berechtigten mit Bedacht gewählt werden.⁵⁵⁶ Hauptaugenmerk gilt dabei der Bestimmung des Anknüpfungspunktes für den guten Glauben. Mit der Gesellschafterliste korrespondiert künftig unter bestimmten Voraussetzungen der Rechtsschein der Richtigkeit und Vollständigkeit der darin enthaltenen Eintragungen. Trotz privater Führung der Gesellschafterliste ist die Richtigkeit und Aktualität der „Abteilung I: GESELLSCHAFTER“ in nahezu allen Fällen durch die Mitwirkung des beurkundenden Notars sowie durch § 16 Abs.1 GmbHG-RegE abgesichert. Durch die umfassenden Handlungsmöglichkeiten der wahren Rechteinhaber wie das Recht auf Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit einer Eintragung sowie den direkten Anspruch gegen die Gesellschaft auf Eintragung ihrer Person, der auch schnell im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchsetzbar ist, sind deren Rechte nicht unbillig beeinträchtigt. Damit entsteht mit der Gesellschafterliste künftig ein deutlich verlässlicherer Rechtsscheinträger als der Besitz im Sinne des § 932 BGB.⁵⁵⁷

Durch das untätige Verstreichenlassen der Dreijahres-Frist des Regierungsentwurfes in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE würde ein Rechteinhaber den Fortbestand des Rechtsscheins, dessen Entstehung ihm nicht zugerechnet werden kann, selbst mit veranlassen.

⁵⁵⁶ vgl. Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S.685.

⁵⁵⁷ Götze/Bressler, NZG 2007, S.894 (898).

Erst recht liegt eine solche Situation vor, wenn die unrichtige Eintragung dem wahren Berechtigten von Anfang an im Sinne des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE zuzurechnen ist.

Uneingeschränkt ist daher der Aussage zuzustimmen, dass die durch den Regierungsentwurf insgesamt erreichte Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste eine ausreichende Rechtsscheinbasis für den gutgläubigen Erwerb und die Neuregelung insgesamt eine verfassungsrechtlich unbedenkliche und verhältnismäßige Inhaltsausgestaltung des Anteilseigentums zum Schutz des Allgemeininteresses sei.⁵⁵⁸

Durch die Dreijahres-Frist ist der wahre Berechtigte sogar über Gebühr und zu Lasten einer schnelleren und sicheren Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen geschützt. Die Frist kann daher auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht unproblematisch auf ein Jahr verkürzt werden.

Die hier vorgeschlagene Einführung auch des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs folgt dem Rechtsschein- und Zurechnungsprinzip einer mindestens einjährig bestehenden und unwidersprochenen positiven Eintragung der Lastenfreiheit in der Gesellschafterliste. Auch hier stehen dem jeweiligen Rechteinhaber trotz nur fakultativer Eintragung von Anteilsbelastungen sämtliche Mittel zur Verfügung, um einen gutgläubigen „Hinwegerwerb“ seines Rechts zu verhindern. Dies gilt entsprechend für Gesellschafter in den Fällen, in denen ein gutgläubiger Zweiterwerb von Rechten an GmbH-Geschäftsanteilen möglich wäre.

Folglich ist auch § 16 Abs. 4 GmbHG in der hier entwickelten n.F. als verfassungskonforme Regelung zu qualifizieren.

Schließlich enthält der Regierungsentwurf in § 3 Abs. 3 EGGmbHG-RegE für Altgesellschaften eine Übergangsregelung (sechs Kalendermonate bei dem Berechtigten zurechenbarer unrichtigen Eintragung und 36 Kalendermonate bei nicht zuzurechnender unrichtigen Eintragung), die dem jeweils Berechtigten ausreichend Zeit lässt, sich auf die neue Rechtslage und seine damit verbundenen neuen Obliegenheiten einzustellen und entsprechend zu handeln, um einen möglichen Rechtsverlust zu verhindern. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung wäre eine Übergangsfrist von 12 Kalendermonaten bei nicht zurechenbaren Falscheintragungen ebenfalls ausgewogen und daher angemessen.

⁵⁵⁸ Scholz/Winter/Seibt, GmbHG-Kommentar Bd. I, § 16 Rn 52.

Mit einem neuen und hier vorgestellten § 16 Abs. 5 GmbHG-RegE n.F. soll künftig auch ein gutgläubiger Erwerb von nichtexistenten Geschäftsanteilen ermöglicht werden. Da es hieran zuvor keinen Berechtigten gibt, wird vordergründig auch niemand durch die Anteilsentstehung kraft guten Glaubens beeinträchtigt. Genauer betrachtet erleiden jedoch sämtliche Mitgesellschafter einen Schaden, weil sich ihre bisherigen Beteiligungen an der GmbH durch das Hinzutreten des neuen Gesellschafters jeweils verhältnismäßig verringern. Diese haben jedoch wegen ihrer grundsätzlichen Weisungsbefugnis die Möglichkeit, die Geschäftsführer anzuhalten, eine unrichtige Eintragung eines nicht bestehenden Geschäftsanteils durch Einreichung einer neuen Liste zu korrigieren, und können somit einen gutgläubigen Entstehungserwerb verhindern.

Dem zufolge sind die Regelungen des Regierungsentwurfes sowie die hier vorgeschlagenen Regelungen des gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs insgesamt mit Art. 14 GG vereinbar.

Kapitel III

Thesen zu dem Regierungsentwurf des MoMiG hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen und eigene Formulierungsvorschläge

A. Thesen in Übereinstimmung mit dem Regierungsentwurf

- I. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen und Rechten daran sollte durch das MoMiG in Form des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE eingeführt werden.
- II. Der Gutglaubensschutz setzt einen rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus und kommt bei einem Erwerb kraft Gesetzes nicht in Betracht.
- III. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE sollte zwingend für alle Alt- und Neugesellschaften gelten.
- IV. Der gute Glaube des Erwerbers sollte an den Inhalt der Gesellschafterliste geknüpft werden. Richtigkeit und Aktualität der Gesellschafterliste müssen gewährleistet sein und grundsätzlich im Sinne des § 40 GmbHG-RegE erreicht werden. Dabei ist die Einreichungs- und Bescheinigungspflicht des bei Anteilsverfügungen mitwirkenden Notars gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE wichtige, aber nicht alleinige Legitimationsgrundlage des Gutglaubensschutzes. Das Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG bekommt hiermit eine zusätzliche Funktion und ist beizubehalten.
- V. Die Wirksamkeit von Anteilsübertragungen oder -belastungen sollte weder die Eintragung des Erwerbers im Handelsregister noch in der Gesellschafterliste voraussetzen.
- VI. In § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE ist das Wort „unrichtig“ nicht zu streichen. Vielmehr löst das neu eingefügte Zurechnungselement in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE die Probleme verdeckter Anteilsübertragungen während der Dreijahres-Frist.
- VII. Ein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs sollte bei positiver Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Eintragung erfolgen.

- VIII. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE schützt nicht den guten Glauben des Erwerbers an die bloße Verfügungsbefugnis oder Vertretungsmacht des Nichtgesellschafters.
- IX. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE ermöglicht einen gutgläubigen Erwerb von Pfand- und Nießbrauchsrechten an Geschäftsanteilen von dem durch die Gesellschafterliste legitimierten Nichtgesellschaftler.
- X. Nicht in die Gesellschafterliste eintragbar und von den Wirkungen des gutgläubigen Erwerbs unberührt bleiben statutarische Verfügungsbeschränkungen (Vinkulierungen), offene Einlagepflichten sowie absolute Verfügungsbeschränkungen z.B. aus §§ 1365, 1984 BGB und § 81 InsO. Ebenfalls sollten vom Gesellschafter mit einem Dritten individualvertraglich geschlossene Treuhandvereinbarungen, Unterbeteiligungen, Vorverträge sowie Vorkaufs-, Andienungs- und Optionsrechte nicht in die Gesellschafterliste eingetragen werden können.
- XI. Der gutgläubige Erwerb nach dem Konzept des Regierungsentwurfes ist eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsgarantie im Sinne des Art. 14 Abs.1 S. 2 GG.

B. Thesen zur Auslegung und Ergänzung des Regierungsentwurfes

- I. Die Notarpflichten aus § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE sind an die „Mitwirkung“ des Notars bei Veränderungen nach § 40 Abs.1 S.1 GmbHG-RegE und nicht mehr ausschließlich an die Beurkundung eines Abtretungsvertrages geknüpft. Die notariellen Einreichungs- und Bescheinigungspflichten greifen daher auch in Fällen sonstiger notarieller Mitwirkung etwa bei Umwandlungen und Erbaueinandersetzungen ein. In diesem Sinne sollte § 52 Abs. 2 UmwG folgender S. 2 angefügt werden:

„Die Pflichten des mitwirkenden Notars nach § 40 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten entsprechend.“

- II. Für Verletzungen ihrer Pflichten aus § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE haften Notare den Vertragsparteien gegenüber gemäß § 19 BNotO auf Schadensersatz.

- III. Der verfügende Scheingesellschafter muss nicht selbst im Sinne des § 16 Abs. 3 S.1 und 2 GmbHG-RegE während des Laufs der Dreijahres-Frist durch die Gesellschafterliste unrichtig als Gesellschafter ausgewiesen gewesen sein. Vorherige unrichtige Eintragungen von Dritten, die ohne Unterbrechung in die unrichtige Eintragung des Veräußerers übergehen, zählen bei der Berechnung der Frist mit.
- IV. Für die Rechtswirkung von Widersprüchen ist nicht der Zeitpunkt der Einreichung, sondern derjenige der Zuordnung zur Gesellschafterliste maßgeblich.
- V. Das Widerspruchsrecht gegen die Richtigkeit von Eintragungen in der Gesellschafterliste steht jedem zu, der behauptet, dass die zu Gunsten eines Dritten eingetragene Rechtsposition in Wahrheit ihm zustehe. Der GmbH selbst steht ein Widerspruchsrecht gegen die Eintragung eines Dritten nur dann zu, wenn sie selbst Inhaberin eines Geschäftsanteils ist (z.B. nach Kaduzierung, Abandon oder Amortisation). In diesem Fall sind aber die Geschäftsführer ohnehin zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet. Den Geschäftsführern kann im Einzelfall ein Widerspruchsrecht gegen Eintragungen in der Gesellschafterliste zustehen.
- VI. Der Gutgläubensschutz gemäß § 16 Abs. 3 S.1 GmbHG-RegE wirkt nur zu Gunsten des Erwerbers und nicht zu seinem Nachteil. Der Nichtgesellschafter kann den Geschäftsanteil von dem gutgläubigen Erwerber zurück erwerben. Dies ist ein Erwerb vom Berechtigten.
- VII. Der gutgläubige Erwerb greift auch zum Nachteil der GmbH nach Kaduzierung, Abandon und Amortisation ein, wenn die Gesellschaft deren Eintragung in die Gesellschafterliste versäumt.
- VIII. Der gutgläubige Erwerb erfasst auch die Fälle der unrichtig eingetragenen Stückelung von GmbH-Geschäftsanteilen.

C. Thesen in Abweichung zum Regierungsentwurf

- I. Sinnvoll wäre eine Regelung, die den beurkundenden Notar bei aufschiebend bedingter Anteilsabtretung verpflichtet, dem Registergericht eine vorzeitige Mitteilung der Beurkundung zu machen, wenn die Bedingung/en entgegen der vertraglichen Vereinbarungen nicht innerhalb einer bestimmten Frist ab Beurkundung eingetreten ist/sind. Dieser Vermerk über die bedingte Verfügung würde einen gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE i.V.m. § 161 Abs. 3 BGB verhindern. Hierzu könnte ein § 40 Abs. 2 S. 3 GmbHG n.F. wie folgt lauten:

„Der Notar hat beim Registergericht einen Vermerk über die aufschiebend bedingte Anteilsabtretung einzureichen, wenn die Bedingung nicht spätestens zwei Monate nach dem vertraglich vereinbarten Zeitpunkt eingetreten ist.“

- II. Die Richtigkeit von Eintragungen in der Gesellschafterliste muss auch in solchen Fällen gewährleistet sein, in denen ein deutscher Notar nicht unmittelbar bei der Anteilsübertragung mitgewirkt hat, z.B. bei einem Anteilserwerb kraft Erbfolge, ausländischem Recht oder Auslandsbeurkundung. Zu diesem Zweck sollte in § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE folgender Satz 4 eingefügt werden:

„Hat ein deutscher Notar an Veränderungen nach Satz 1 nicht mitgewirkt, so erfolgt die Eintragung des Erwerbers in die Gesellschafterliste nur, wenn er seinen Rechtserwerb durch öffentliche Urkunden oder notarielle Bescheinigung nachweist.“

- III. Die in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-RegE enthaltene Dreijahres-Frist sollte auf ein Jahr verkürzt werden.
- IV. Die Übergangsfrist des § 3 Abs. 3 S. 2 EGGmbHG-RegE für Altgesellschaften in den Fällen unrichtiger Eintragungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoMiG, die dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen sind, sollte von 36 Kalendermonaten auf 12 Kalendermonate nach Inkrafttreten des MoMiG verkürzt werden.
- V. Die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen sollte eingeführt werden. Dies setzt voraus, dass gewisse Rechte an Geschäftsanteilen sowie relative Verfügungsbeschränkungen künftig in der Gesellschafterliste eingetragen werden können. Hierzu sollte folgender § 16 Abs. 4 GmbHG n.F. eingefügt werden:

„Ist ein Geschäftsanteil mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht bei einem Erwerb des Geschäftsanteils, wenn in Ansehung dieses Rechts die Voraussetzungen des Absatzes 3 vorliegen. Für den gutgläubigen Erwerb eines in der Gesellschafterliste eingetragenen Rechts an einem Geschäftsanteil gilt Absatz 3 entsprechend.“

- VI. Ein gutgläubiger Erwerb sollte auch im Fall eingetragener, tatsächlich jedoch nichttextueller Geschäftsanteile (etwa wegen unwirksamer Kapitalerhöhungen) möglich sein. Hierzu sollte folgender § 16 Abs. 5 GmbHG n.F. eingefügt werden:

„Auf den gutgläubigen Erwerb eines in der Liste eingetragenen, tatsächlich nicht existenten Geschäftsanteils findet Absatz 3 Satz 1 entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als ein Jahr unrichtig ist oder dem Erwerber die Nichtexistenz des Geschäftsanteils bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.“

- VII. Die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste sollte künftig zwei Spalten enthalten („doppelspaltige Gesellschafterliste“). In der linken Spalte „Abteilung I: GESELLSCHAFTER“ sind die Gesellschafter einzutragen. In der rechten Spalte „Abteilung II: BELASTUNGEN“ sind dingliche Rechte Dritter an den GmbH-Geschäftsanteilen sowie relative Verfügungsbeschränkungen einzutragen. Widersprüche gegen die Richtigkeit der Eintragungen sind auch in Bezug auf Eintragungen der „Abteilung II“ zuzulassen. Die Zuordnung eines derartigen Widerspruchs erfolgt entsprechend § 16 Abs. 3 S. 4 und 5 GmbHG-RegE durch Bewilligung oder einstweilige Verfügung.
- VIII. Die Eintragung von Belastungen in Abteilung II sollte fakultativ ausgestaltet werden. Eine Eintragungspflicht ist abzulehnen. Die Eintragung sollte weder Wirksamkeitsvoraussetzung der Belastung, noch Legitimationsvoraussetzung des Rechteinhabers gegenüber der Gesellschaft im Sinne des § 16 Abs.1 GmbHG-RegE sein.
- IX. Der Gesellschafter kann in der Gesellschafterliste die positive Eintragung der Lastenfreiheit seines Anteils veranlassen. Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Anteils sollte nur dann möglich sein, wenn in der Abteilung II der Gesellschafterliste ein positiver Lastenfreiheitseintrag vorhanden ist und die weiteren Voraussetzungen des in dieser Arbeit vorgeschlagenen § 16 Abs. 4 GmbHG n.F. i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE gegeben sind.

- X. Die Einsichtnahme in die gesamte Gesellschafterliste sollte trotz der Eintragungsmöglichkeit von Belastungen nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt werden.

- XI. Neben Pfandrechten und Nießbrauchsrechten sollten Pfändungspfandrechte bzw. ein entsprechender Zwangsvollstreckungsvermerk in Abteilung II der Gesellschafterliste eingetragen werden können. Weitere eintragbare relative Verfügungsbeschränkungen (§§ 136, 135 Abs. 2 BGB) gelten z.B. für Zwischenverfügungen bei der bedingten Anteilsverfügung (§ 161 Abs.1 S.1 BGB), unentgeltliche Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand bei Nacherbschaft (§ 2113 Abs. 2 S.1 BGB) und Verfügungen während der Testamentsvollstreckung (§ 2211 Abs.1 BGB).

D. Zusammenfassung der Formulierungsvorschläge⁵⁵⁹

I. § 16 GmbHG n.F sollte wie folgt gefasst werden:

„§ 16

Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter oder Veränderung des Umfangs ihrer Beteiligung; Erwerb vom Nichtberechtigten

- (1) *Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) eingetragen ist. Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung gilt als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird.*
- (2) *Für Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem der Erwerber gemäß Absatz 1 Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt, haftet der Erwerber neben dem Veräußerer.*
- (3) *Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als **ein Jahr** unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.*
- (4) ***Ist ein Geschäftsanteil mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht bei einem Erwerb des Geschäftsanteils, wenn in Ansehung dieses Rechts die Voraussetzungen des Absatzes 3 vorliegen. Für den gutgläubigen Erwerb eines in der Gesellschafterliste eingetragenen Rechts an einem Geschäftsanteil gilt Absatz 3 entsprechend.***
- (5) ***Auf den gutgläubigen Erwerb eines in der Liste eingetragenen, tatsächlich nicht existenten Geschäftsanteils findet Absatz 3 Satz 1 entsprechende Anwendung. Dies***

⁵⁵⁹ Änderungen in den Formulierungen gegenüber den aktuell geltenden Gesetzesfassungen heben sich optisch wie folgt ab: Die Änderungen durch den RegE MoMiG sind kursiv gedruckt. Die darüber hinausgehenden Formulierungsvorschläge des Verfassers sind fett und kursiv gedruckt.

gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als ein Jahr unrichtig ist oder dem Erwerber die Nichtexistenz des Geschäftsanteils bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

II. § 40 GmbHG n.F. sollte wie folgt gefasst werden:

„§ 40

Liste der Gesellschafter

- (1) Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach *Wirksamwerden* jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren *sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile* zu entnehmen sind. *Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.*
- (2) *Hat ein Notar an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Liste muss mit der Bescheinigung des Notars versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. **Der Notar hat beim Handelsregister einen Vermerk zur Liste über die aufschiebend bedingte Anteilsabtretung einzureichen, wenn die Bedingung nicht spätestens zwei Monate nach dem vertraglich vereinbarten Zeitpunkt eingetreten ist. Hat ein Notar an Veränderungen nach Satz 1 nicht mitgewirkt, so erfolgt die Eintragung des Erwerbers in die Gesellschafterliste nur, wenn er seinen Rechtserwerb durch öffentliche Urkunden oder notarielle Bescheinigung nachweist.***
- (3) Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, *haften denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.*
- (4) ***Gesellschafter können verlangen, dass in der Gesellschafterliste die Lastenfreiheit ihres Geschäftsanteils eingetragen wird.***
- (5) ***Inhaber von Rechten an Geschäftsanteilen können von der Gesellschaft die Eintragung ihres Rechts in der Gesellschafterliste verlangen. Für die Zuordnung eines***

Widerspruchs gegen die eingetragene Lastenfreiheit des Geschäftsanteils zum Handelsregister gilt § 16 Abs. 3 Satz 4 und Satz 5 entsprechend.

III. § 3 Abs. 3 EGGmbHG n.F. sollte wie folgt lauten:

(3) *Bei Gesellschaften, die vor dem ... (Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes) gegründet worden sind, findet § 16 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der ab dem ... (Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes) geltenden Fassung für den Fall, dass die Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste bereits vor dem ... (Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes) vorhanden und dem Berechtigten zuzurechnen ist, hinsichtlich des betreffenden Geschäftsanteils frühestens auf Rechtsgeschäfte nach dem ... (Einsetzen: Datum sechs Kalendermonate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes) Anwendung. Ist die Unrichtigkeit dem Berechtigten im Fall des Satzes 1 nicht zuzurechnen, so ist abweichend von dem ... (Einsetzen: Datum sechs Kalendermonate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes) der ... (Einsetzen: Datum **12 Kalendermonate** nach Inkrafttreten dieses Gesetzes) maßgebend.*

IV. In § 9 Abs.1 der HandelsRegVO werden nach Satz 2 folgende Sätze eingefügt:

„Die Gesellschafterliste teilt sich in zwei Spalten auf. In der linken Spalte werden die Gesellschafter und in der rechten Spalte werden Belastungen der Geschäftsanteile eingetragen. Ein Widerspruch gegen eine Eintragung in der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 3 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist der Gesellschafterliste zuzuordnen und zudem besonders hervorzuheben.“

V. In § 52 Abs. 2 UmwG wird folgender S. 2 eingefügt:

„Die Pflichten des mitwirkenden Notars nach § 40 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten entsprechend.“

Anhang 1

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 29. Mai 2006

– Begründung der relevanten Gesetzesänderungen –

I. Begründung zur Neufassung des § 16 GmbHG (zu Art.1 Nr. 8 RefE MoMiG):

Zu Absatz 1

Die vorgeschlagene Änderung entspricht neben dem konkreten Ziel der Missbrauchsbekämpfung auch dem allgemeinen Anliegen, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen und Geldwäsche zu verhindern. Dies entspricht den Forderungen der Financial Action Task Force Against Money Laundering (FATF), die dies in ihren 40 Empfehlungen fixiert hat. Die Bestimmungen zur Gesellschafterliste sind bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474 ff.) nachgebessert und verschärft worden. Es bestehen jedoch weiterhin Lücken, z. B. bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen werden.

Die Änderung des § 16 lehnt sich an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG an. Danach gilt künftig im Verhältnis zur GmbH nur der in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste Eingetragene als Gesellschafter. Die Vorschrift bedeutet allerdings nicht, dass die Eintragung für den Erwerb des Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzung wäre. Die Wirksamkeit der Übertragung ist – abgesehen vom neu zu regelnden Fall des gutgläubigen Erwerbs – auch weiterhin unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste. Ohne die Eintragung bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Eintragung in die Gesellschafterliste die Gesellschafterstellung zukommt. Die Gesellschafterliste wird dogmatisch an das Aktienregister bei der Namensaktie angenähert, bei dem sich Probleme aus der relativen Rechtsstellung nicht ergeben haben.

Dem eintretenden Gesellschafter steht daher ein Rechtsanspruch auf Eintragung in die Gesellschafterliste zu. Eine entsprechende einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter ist bei § 67 Abs. 2 AktG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt. Gleiches gilt aufgrund der Parallelität der Vorschriften künftig auch für die GmbH. Insbesondere finden auch für den Anspruch auf Eintragung in die Gesellschafterliste die Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung. In der Praxis wird es auf diese Rechtsfragen aber nur sehr selten ankommen. In der Zukunft wird nämlich im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretung die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung vom Notar veranlasst werden (§ 40 Abs. 1 Satz 2).

Abgesehen davon gilt aber, dass mit dem Anteilerwerb ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und der Gesellschaft entsteht, aufgrund dessen dem ausscheidenden wie dem eintretenden Gesellschafter ein Anspruch auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste zusteht. Bereits nach allgemeinem bürgerlichen Leistungsstörungenrecht folgt aus der Verletzung dieser Pflicht ein Schadensersatzanspruch. Um etwaige Zweifel zu vermeiden, soll dieser Schadensersatzanspruch des Alt- und des Neugeschäfters in § 40 Abs. 2 ausdrücklich fixiert werden (vgl. Nummer 17).

Die Formulierung „die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis“ lehnt sich ebenfalls an § 67 AktG, dort Absatz 3 an. Die Regelung macht klar, dass die Änderung der Gesellschafterliste eine Pflicht der Geschäftsführer ist und dass sie dabei eine Prüfungspflicht haben. Der zu prüfende Nachweis ist im Normalfall die Abtretung durch den in der Gesellschafterliste bisher ausgewiesenen Gesellschafter (zum Umfang der Prüfungspflicht s. ausf. zu Absatz 3). Das Registergericht nimmt die Listen lediglich entgegen und hat keine inhaltliche Prüfungspflicht.

Ein besonderes Eintragsrecht gegenüber dem Registergericht benötigen die Gesellschafter hingegen nicht. Erlangt das Registergericht glaubhafte Kenntnis davon, dass die Geschäftsführer ihrer Verpflichtung zur Aktualisierung der Gesellschafterliste nicht nachkommen, wird es sie nach § 132 Abs. 1 FGG dazu anhalten, eine neue Liste einzureichen. Diese Kenntnis kann dem Registergericht auch dadurch vermittelt werden, dass der Veräußerer oder der Erwerber dem Registergericht die Abtretung mitteilt. Veräußerer und Erwerber sind demnach nicht schutzlos, wenn sie Zweifel daran haben, ob der Geschäftsführer eine neue Liste zum Register gereicht hat. Darüber hinaus wird nach der vorgesehenen Neufassung des § 40 Abs. 1 Satz 2 auch der Notar in die Verpflichtung zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste einbezogen, sofern er an der Veränderung mitgewirkt hat. Ferner hat ein Dritter, der sich eines Anteils berührt, ein Widerspruchsrecht gegenüber dem Registergericht.

Durch die Neuregelung wird der Gesellschafterbestand also stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar sein, denn es entspricht nunmehr einem Eigeninteresse des Erwerbers, für die Eintragung in die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer Sorge zu tragen. Aber auch der Veräußerer kann ein Interesse daran haben, sein Ausscheiden wirksam werden zu lassen. Nach vollständiger Einführung der elektronischen Handelsregister in Deutschland, spätestens zum 1. Januar 2007, wird eine Online-Abfrage bzw. eine jederzeitige Einsichtnahme auch hinsichtlich der Gesellschafterliste möglich sein, insbesondere auch veranlasst durch die geänderte 1. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie (2003/58/EG).

Die Vorschrift gilt nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern bei allen Formen des Anteilsübergangs, insbesondere auch bei der Gesamtrechtsnachfolge. Die Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen wird hierdurch nicht eingeschränkt, da die Eintragung in die Gesellschafterliste sehr zeitnah erfolgen kann, wozu auch die künftige elektronische Einreichung beitragen wird.

Zu Absatz 2

Im neu gefassten § 16 Abs. 2 wird die bisherige Regelung in § 16 Abs. 3 aufgegriffen. Zeitlicher Anknüpfungspunkt ist hierfür – Absatz 1 folgend – nicht mehr die Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft, sondern der Zeitpunkt der Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste zum Handelsregister. Für die bisherige Regelung in § 16 Abs. 2 besteht kein gesondertes Regelungsbedürfnis, da sich die dort geregelten Rechtsfolgen bisher schon aus § 16 Abs. 1 ableiten ließen.

Zu Absatz 3

Mit dem neuen § 16 Abs. 3 wird der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen ermöglicht. Bislang geht der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer zusteht. In der Praxis hat der Erwerber zwei Möglichkeiten, dieses Risiko zu minimieren. Verlangt der Erwerber vom Veräußerer eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde, so ist dies für den Veräußerer – wenn überhaupt – häufig nur mit hohem Aufwand möglich. Selbst dann ist nicht sicher, dass die beurkundeten Abtretungen auch materiell wirksam sind. Der Erwerber verlangt daher vom Veräußerer eine Garantie, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zusteht. Auch wenn aber der Erwerber den Veräußerer aus dieser Rechtsmängelhaftung in Anspruch nimmt, kann der Veräußerer dem Erwerber gegen den Willen des wahren Berechtigten den Anteil nicht verschaffen. Hat der Erwerber das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen bereits nach seinen Vorstellungen umgestaltet, bevor der Dritte sein Recht geltend macht, ist die Rückabwicklung des Anteilskaufvertrags oft mit großen Schwierigkeiten verbunden. Insgesamt ist dies ein schwerfälliges System mit unnötig hohen Transaktionskosten und Rechtsunsicherheiten.

Der Entwurf begegnet diesen Schwierigkeiten dadurch, dass der Gesellschafter mit seiner Eintragung in die Gesellschafterliste nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber Dritten legitimiert wird. Die Vorschrift lehnt sich teilweise an § 892 BGB an. Wer einen Geschäftsanteil oder etwa ein Pfandrecht daran erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Das Handelsregister trägt zur Sicherheit des Rechtsverkehrs bei, da nach jeder Veränderung im Gesellschafterbestand eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden muss und dann – künftig online – allgemein zugänglich ist. Mit der bevorstehenden Einführung des elektronischen Handelsregisters können die Gesellschafterlisten auch rückwirkend eingesehen werden, so dass Veränderungen transparent sind.

Da die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist, ist ein vollständiger Gleichlauf zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste jedoch nicht möglich. Er ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels aber auch nicht nötig. Den an der Abtretung beteiligten Personen sollen die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft erspart werden. Es geht vor allem um Rechtssicherheit über längere Zeiträume. Der gute Glaube an die Gesellschafterliste wird daher „insoweit“ geschützt, als die betreffende Angabe bereits

mindestens drei Jahre unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten ist und kein Widerspruch gegen die Liste in dem betreffenden Punkt zum Handelsregister eingereicht worden ist. Der Erwerber wird damit in seinem guten Glauben darauf geschützt, dass der Veräußerer vor drei Jahren Gesellschafter in dem in der Liste angegebenen Umfang war. Ist also z. B. der Veräußerer seit 1. Januar 2010 zu Unrecht in der Gesellschafterliste eingetragen, so kann der Erwerber im Jahre 2013 den betreffenden Geschäftsanteil gutgläubig von ihm erwerben. Ist zwischenzeitlich eine neue Liste eingereicht worden, die sich auf eine Änderung bei einem anderen Geschäftsanteil bezog, hinsichtlich des in Rede stehenden Anteils aber kontinuierlich die ältere Liste fortgeschrieben hat, so ist der Rechtsschein insoweit nicht unterbrochen. Keinen Schutz hat der Erwerber demgegenüber davor, dass der Veräußerer in der Zwischenzeit, also vor weniger als drei Jahren, seinen Anteil weiterveräußert hat und dies nicht in der Liste nachgetragen wurde. Man wird in Zukunft also nur noch eine – in der Regel sehr kurze – Kette von Veräußerungen bis zu dem Dreijahres-Stichtag nachweisen und garantieren müssen.

Die vorgesehene Regelung berücksichtigt die schutzwürdigen Interessen des wahren Berechtigten. Dieser hat nach Eintritt der Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste in jedem Fall drei Jahre Zeit, einen Widerspruch zum Handelsregister einzureichen und auf diese Weise einen gutgläubigen Erwerb des ihm zustehenden Anteils auszuschließen. Da die Gesellschafterliste künftig online einsehbar ist, ist es dem Berechtigten nach dem Erwerb eines Anteils auch ohne nennenswerten Aufwand möglich nachzuprüfen, ob der Wechsel auch in der Liste nachvollzogen worden ist oder eine Änderung zu seinen Ungunsten stattgefunden hat.

Wird ein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht, so wird dieser nicht auf inhaltliche Richtigkeit geprüft, nicht eingetragen und auch nicht bekannt gemacht. Er wird aber in den Registerordner aufgenommen und der Gesellschafterliste zugeordnet (vgl. § 9 HRV in der Fassung durch Artikel 13 Nr. 1 des Entwurfs). Damit ist der Widerspruch über das elektronische Handelsregister für Jedermann online einsehbar. Ein solcher Widerspruch zerstört die Gutgläubenswirkung des Absatzes 3, allerdings nicht die relative Gesellschafterstellung nach Absatz 1. Der Widerspruch beseitigt auch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten, seinen Anteil wirksam zu veräußern. Besteht Uneinigkeit zwischen mehreren Prätendenten, so ist diese zwischen den Beteiligten zivilrechtlich zu klären. Gleichfalls ist in einem zivilrechtlichen Verfahren die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Korrektur der Liste oder die Rücknahme eines Widerspruchs einzuklagen.

Da die Führung der Liste den Geschäftsführern obliegt, ergeben sich durch die Regelung des § 16 Abs. 3 für die Registergerichte keine zusätzlichen Belastungen. Dem Geschäftsführer kann allerdings nicht diejenige Prüfung aufgebürdet werden, die nach bisherigem Recht schon den Erwerber vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Für die Schadensersatzpflicht nach § 40 Abs. 2 ist anerkannt, dass der Geschäftsführer schuldhaft gehandelt haben muss. Den Geschäftsführer wird also, wenn er über einen Gesellschafterwechsel informiert wird, aber von dessen materieller Unwirksamkeit nichts erfährt, regelmäßig kein Verschulden treffen. Auch der Geschäftsführer kann sich ohne weitere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter zum Verkauf der Anteile legitimiert war. Er nimmt die Änderung der Gesellschafterliste auf „Nachweis“ vor. Dies be-

deutet, dass der Erwerber ihm z. B. den Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschein nachweist. Eine Haftung kommt daher vor allem in Fällen in Betracht, in denen der Geschäftsführer zu Lasten des wahren Berechtigten mit dem Veräußerer und/oder dem Erwerber kollusiv zusammenwirkt.

II. Begründung zur Änderung des § 40 GmbHG (zu Art.1 Nr. 17 RefE MoMiG):

Der Entwurf macht nicht den Vorschlag, die Gesellschafter der Eintragungspflicht in das Handelsregister zu unterwerfen. Es kann bei der herkömmlichen Gesellschafterliste bleiben. Dies minimiert auch den Prüfungs-Aufwand bei den Registergerichten. Da aber an die Gesellschafterliste, die über mehrere Jahre unrichtig und zudem widerspruchlos geblieben ist, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs geknüpft ist, soll die Richtigkeitsgewähr der Liste erhöht werden.

Unverändert bleibt die Pflicht der Geschäftsführer, die Liste neu zu formulieren und zu unterzeichnen. Gemäß Absatz 2 haften die Geschäftsführer bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste auch dem Erwerber und dem Veräußerer auf Schadensersatz. Nach der Neuregelung erfolgt die Änderung der Liste – entsprechend der Regelung beim Aktienregister – auf Mitteilung und Nachweis (§ 16 Abs. 1 Satz 2). Den Geschäftsführern obliegt daher eine Prüfpflicht. Dadurch sollte im Regelfall die gebotene Sorgfalt bei Abgabe der Liste gewährleistet sein.

Durch die vorgesehene Neufassung des § 40 Abs. 1 Satz 2 soll nun der Notar verstärkt in die Aktualisierung der Gesellschafterliste einbezogen werden. Nicht gemeint sind Fälle, in denen ein Notar selbst Gesellschafter war oder wird, also Beteiligter ist. In den meisten Fällen der Veränderung der Personen oder der Beteiligungshöhe wirkt ein Notar in amtlicher Eigenschaft mit. Diese historische Ausgangslage wird vom vorliegenden Entwurf nicht geändert. Es bietet sich unter dieser Voraussetzung aber an, dass der z. B. an einer Abtretung eines Geschäftsanteils mitwirkende Notar zugleich dafür Sorge trägt, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird. Dadurch wird das Verfahren besonders einfach und unbürokratisch und die Änderung der Gesellschafterliste kann gelegentlich der Abtretungsbeurkundung gleich miterledigt werden. Schon bisher war der Notar zu einer Mitteilung an das Registergericht verpflichtet. Die bisherige Regelung in § 40 Abs. 1 Satz 2 war aber unbefriedigend, da die Mitteilung an das Gericht erstens redundant war und die eigentliche geänderte Liste nicht ersetzte, zweitens nach Meinung mancher nur einen bloßen Hinweis ohne Nennung der betroffenen Personen enthielt und drittens bereits vor Wirksamkeit einer Abtretung erfolgte, also möglicherweise ins Leere ging, wenn die Abtretung nachträglich am Nichteintritt einer Bedingung o.ä. noch scheiterte. Es ist daher sinnvoll und drängt sich zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe im Interesse aller Beteiligten geradezu auf, mit der Abtretung zugleich auch die Folgeformalien mit zu erledigen. Ohne Eintragung in der Gesellschafterliste wird der neue Gesellschafter relativ zur Gesellschaft nicht berechtigt. Also muss die Berichtigung der Liste ohnehin zeitgleich mit der Abtretung erledigt werden.

Die nach § 40 Abs. 1 Satz 3 vorgesehene Bescheinigung des Notars, die an die bereits bisher übliche Bescheinigung nach § 54 angelehnt ist, erhöht zusätzlich die Richtigkeitsgewähr, welche neben der mehrjährigen Widerspruchsmöglichkeit den gutgläubigen Erwerb rechtfertigt. Dabei wird der Notar verpflichtet, die von ihm erstellte aktualisierte Gesellschafterliste vor Einreichung zum Handelsregister auch den Geschäftsführern zur Kenntnis zu bringen, so dass diese entsprechend ihrer Verantwortlichkeit für die Aktualisierung der Liste in die Lage versetzt werden, unverzüglich etwa erforderliche Korrekturen vorzunehmen. In der Praxis der GmbH findet sich zudem sehr häufig eine Identität von Geschäftsführern und Gesellschaftern, so dass diese bei dem Abtretungsvorgang ohnehin zugegen sind.

In Fällen, in denen der Notar an einer Veränderung nicht mitwirkt (Gesamtrechtsnachfolge), bleibt die Einreichungspflicht mit Haftungsdrohung allein bei den Geschäftsführern.

III. Begründung zur Einführung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG (zu Art. 2 RefE MoMiG):

Die Übergangsregelung ermöglicht den Altgesellschaften ein allmähliches Hinweinswachsen in die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 GmbHG, ohne sie mit Verwaltungsaufwand zu belasten und ohne unangemessene Härten aufgrund nachlässiger Führung der Gesellschafterlisten in der Vergangenheit eintreten zu lassen.

IV. Begründung zur Änderung der HandelsRegVO (zu Art.13 RefE MoMiG):

Es handelt sich um Folgeänderungen zu Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d, Nr. 7 und 8, Artikel 3 Nr. 1, 3, 7 und 8 sowie Artikel 5 Nr. 2 Buchstabe b und Nr. 3.

Anhang 2

Maßgebliche Gesetzesneufassungen des Referentenentwurfes (GmbHG-RefE)

I. § 16 GmbHG wird wie folgt gefasst:

„§ 16

Rechtsstellung bei der Übertragung von Geschäftsanteilen

- (1) *Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Gesellschafter nur, wer als solcher in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste eingetragen ist. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.*
- (2) *Für die zur Zeit der Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister (§ 40 Abs. 1 Satz 1) rückständigen Leistungen auf den Geschäftsanteil haftet der Erwerber neben dem Veräußerer.*
- (3) *Zugunsten desjenigen, der einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig, als die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht worden ist. Dies gilt nicht, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist.“*

II. § 40 GmbHG wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Hat ein Notar an Veränderungen nach Satz 1 mitgewirkt, so hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden die Liste in Vertretung der Geschäftsführer zum Handelsregister einzureichen.“

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Ist die Liste durch den Notar einzureichen, so muss sie mit seiner Bescheinigung versehen sein, dass er an den Veränderungen mitgewirkt und die geänderte Liste den Geschäftsführern übermittelt hat, die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der

bisherigen Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt.“

- b) In Absatz 2 werden nach dem Wort „haften“ die Wörter „dem Veräußerer, dem Erwerber und“ eingefügt.

III. § 3 Abs. 3 EGGmbHG lautet wie folgt:

- (3) *Bei Gesellschaften, die vor dem 1. Oktober 2007 gegründet worden sind, beginnt die Dreijahresfrist des § 16 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der ab dem 1. Oktober 2007 geltenden Fassung frühestens am 1. Januar 2010. Abweichend von Satz 1 ist in den Fällen, in denen zwischen dem 1. Oktober 2007 und dem 1. Januar 2010 eine Gesellschafterliste mit einer notariellen Bescheinigung nach § 40 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung zum Handelsregister eingereicht wird, in der die den Geschäftsanteil betreffende Unrichtigkeit enthalten ist, für den Fristbeginn der Tag der Einreichung dieser Liste maßgebend.*

IV. In § 9 Abs.1 der Handelsregisterverordnung wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:

„Ein Widerspruch gegen eine Eintragung in der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist der Gesellschafterliste zuzuordnen.“

Anhang 3

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Mai 2007

– Begründung der relevanten Gesetzesänderungen –

I. Begründung zur Neufassung des § 16 GmbHG (zu Art.1 Nr. 15 RegE MoMiG):

Zu Absatz 1

Die vorgeschlagene Änderung entspricht neben dem konkreten Ziel der Missbrauchsbekämpfung auch dem allgemeinen Anliegen, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen und Geldwäsche zu verhindern. Diese Transparenzforderungen entsprechen den Empfehlungen der Financial Action Task Force On Money Laundering (FATF), die durch die Richtlinie 2005/60/EG vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung in der Europäischen Union umgesetzt worden sind (Artikel 7, 8, 13 Abs. 6). Die Bestimmungen zur Gesellschafterliste sind bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474 ff.) nachgebessert und verschärft worden. Es bestehen jedoch weiterhin Lücken, z. B. bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen werden.

Die Änderung des § 16 lehnt sich an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG an. Danach gilt künftig im Verhältnis zur GmbH nur der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste Eingetragene als Gesellschafter. Eine Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) bzw. den sog. Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister (EHUG) vom 10. November 2006 (BGBl. I S. 2553) am 1. Januar 2007 geltenden Fassung) aufgenommen ist. Das Abstellen auf diesen Zeitpunkt dient der durch die Neufassung angestrebten Transparenz der Anteilsverhältnisse, da die Liste ab der Aufnahme im Handelsregister eingesehen werden kann.

Die zeitnahe Information der Geschäftsführer über die Veränderung ist auch in den Fällen gewährleistet, in denen gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 der Notar zur Erstellung und Einreichung der Liste verpflichtet ist, da der Notar zusammen mit der Einreichung der Liste zum Handelsregister eine einfache Abschrift der Liste an die Gesellschaft zu übermitteln hat. Es obliegt aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht den Geschäftsführern, bei entdeckten Fehlern der Liste für eine Berichtigung gegenüber dem Handelsregister zu sorgen.

Die Vorschrift bedeutet nicht, dass die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister für den Erwerb des Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzung wären. Die Wirksamkeit der Über-

tragung ist – abgesehen vom neu zu regelnden Fall des gutgläubigen Erwerbs – auch weiterhin unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt. Die Gesellschafterliste wird dogmatisch an das Aktienregister bei der Namensaktie angenähert, bei dem sich Probleme aus der relativen Rechtsstellung nicht ergeben haben.

Die Sonderregelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 trägt dem Bedürfnis der Praxis Rechnung, dem Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorzunehmen, also beispielsweise an einem satzungsändernden Gesellschafterbeschluss oder einer Bestellung neuer Geschäftsführer mitzuwirken. Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 sind derartige Rechtshandlungen zunächst schwebend unwirksam. Sie werden wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, so sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam. Unmittelbar nach Wirksamwerden einer Anteilsabtretung kann die neue Gesellschafterliste elektronisch dem Handelsregister übermittelt werden. Die Aufnahme in den Registerordner erfolgt dann regelmäßig ebenfalls binnen sehr kurzer Zeit.

Dem eintretenden Gesellschafter steht ein Rechtsanspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu. Eine entsprechende einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter ist bei § 67 Abs. 2 AktG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt. Gleiches gilt aufgrund der Parallelität der Vorschriften künftig auch für die GmbH. Insbesondere finden auch für den Anspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste die Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung. In der Praxis wird es auf diese Rechtsfragen aber nur sehr selten ankommen. In der Zukunft wird nämlich im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretung die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung vom Notar veranlasst werden (§ 40 Abs. 2 Satz 1).

Abgesehen davon gilt aber, dass mit dem Anteilswerb ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und der Gesellschaft entsteht, aufgrund dessen dem ausscheidenden wie dem eintretenden Gesellschafter ein Anspruch auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste zusteht. Bereits nach allgemeinem bürgerlichen Leistungsstörungenrecht folgt aus der Verletzung dieser Pflicht ein Schadensersatzanspruch. Um etwaige Zweifel zu vermeiden, soll dieser Schadensersatzanspruch des Alt- und des Neugesellschafters in § 40 Abs. 3 ausdrücklich fixiert werden (vgl. Nummer 27).

Durch die Neuregelung wird der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar sein, denn es entspricht nunmehr einem Eigeninteresse des Erwerbers, für die Eintragung in die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer Sorge zu tragen. Aber auch der Veräußerer kann ein Interesse daran haben, sein Ausscheiden wirksam werden zu lassen. Seit der durch die

geänderte 1. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie (2003/58/EG) veranlassten vollständigen Einführung elektronischer Handelsregister in Deutschland ist eine Online-Abfrage bzw. eine jederzeitige Einsichtnahme auch hinsichtlich der Gesellschafterliste möglich.

Die Vorschrift gilt nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern bei allen Formen des Anteilsübergangs, insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge. Die Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen wird hierdurch nicht eingeschränkt, da die Eintragung in die Gesellschafterliste sehr zeitnah erfolgen kann, wozu auch die elektronische Einreichung zum Handelsregister beiträgt.

Zu Absatz 2

Im neu gefassten § 16 Abs. 2 wird die bisherige Regelung in § 16 Abs. 3 aufgegriffen. Zeitlicher Anknüpfungspunkt ist hierfür – Absatz 1 folgend – nicht mehr die Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft, sondern der Zeitpunkt der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste im Handelsregister. Für die bisherige Regelung in § 16 Abs. 2 besteht kein gesondertes Regelungsbedürfnis, da sich die dort geregelten Rechtsfolgen bisher schon aus § 16 Abs. 1 ableiten ließen.

Zu Absatz 3

Mit dem neuen § 16 Abs. 3 wird der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen ermöglicht. Bislang geht der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer zusteht. In der Praxis hat der Erwerber zwei Möglichkeiten, dieses Risiko zu minimieren. Verlangt der Erwerber vom Veräußerer eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde, so ist dies für den Veräußerer – wenn überhaupt – häufig nur mit hohem Aufwand möglich. Selbst dann ist nicht sicher, dass die beurkundeten Abtretungen auch materiell wirksam sind. Der Erwerber verlangt daher vom Veräußerer eine Garantie, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zusteht. Auch wenn der Erwerber den Veräußerer aus dieser Rechtsmängelhaftung in Anspruch nimmt, kann aber der Veräußerer dem Erwerber gegen den Willen des wahren Berechtigten den Anteil nicht verschaffen. Hat der Erwerber das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen bereits nach seinen Vorstellungen umgestaltet, bevor der Dritte sein Recht geltend macht, ist die Rückabwicklung des Anteilskaufvertrags oft mit großen Schwierigkeiten verbunden. Insgesamt ist dies ein schwerfälliges System mit unnötig hohen Transaktionskosten und Rechtsunsicherheiten.

Der Entwurf begegnet diesen Schwierigkeiten dadurch, dass mit der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister nicht nur der in der Liste eingetragene Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft legitimiert ist, sondern auch gegenüber Dritten Vertrauensschutz entsteht. Die Vorschrift lehnt sich teilweise an § 892 BGB an. Wer einen Geschäftsanteil oder etwa ein Pfandrecht daran erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Das Handelsregister trägt zur Sicherheit des Rechtsverkehrs bei, da nach jeder Veränderung in den Beteiligungsverhältnissen eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden muss und dann – online – allgemein zugänglich ist. Seit der Einführung des elektroni-

schen Handelsregisters können die Gesellschafterlisten auch in ihrer historischen Entwicklung eingesehen werden, so dass Veränderungen transparent sind.

Da die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist, ist ein vollständiger Gleichlauf zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste jedoch nicht möglich. Er ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels aber auch nicht nötig. Den an der Abtretung beteiligten Personen sollen die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft erspart werden. Es geht vor allem um Rechtssicherheit über längere Zeiträume.

Die Neuregelung sieht den Grundsatz vor, dass der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung auf der Basis der Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Liste geschützt ist. Von diesem Grundsatz macht der Entwurf aber eine Ausnahme für den Fall, dass die Unrichtigkeit dem wahren Rechtsinhaber nicht zuzurechnen ist und die im Handelsregister aufgenommene Liste hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ist.

Dem wahren Rechtsinhaber, der sich nach Erwerb seines Geschäftsanteils nicht darum gekümmert hat, dass die Gesellschafterliste geändert wird und seine Rechtsstellung richtig wiedergibt, ist die Unrichtigkeit der Liste ohne Wartefrist zuzurechnen. Eine zurechenbare Unrichtigkeit liegt beispielsweise vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.

Anders liegt der Fall, wenn einem Gesellschafter die Unrichtigkeit in keiner Weise zuzurechnen ist. Dies ist beispielsweise gegeben, wenn der Geschäftsführer ohne Wissen des Gesellschafters eine falsche Liste einreicht, in der seine Rechtsstellung nicht mehr vollständig aufgeführt ist. In diesen Fällen kann ein gutgläubiger Erwerb durch einen Dritten erst eintreten, wenn die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste hinsichtlich des Geschäftsanteils drei Jahre lang unrichtig ist. Entscheidend ist, dass der- oder diejenigen, die im Laufe der vorangegangenen drei Jahre als Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen waren, durchgehend nicht die wahren Berechtigten waren. Unerheblich ist, ob mehrere Listen eingereicht wurden, die den Geschäftsanteil verschiedenen Personen zuweisen. Sämtliche im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterlisten werden insoweit als eine fortgeschriebene Liste behandelt. Die Dreijahresfrist beginnt mit Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmalig einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist. Wird anschließend eine bezüglich dieses Geschäftsanteils richtige Liste eingereicht, so beginnt hinsichtlich dieses Geschäftsanteils die Dreijahresfrist erneut, wenn eine neue unrichtige Liste in das Handelsregister aufgenommen wird.

Geschützt wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis. Nichtexistente Geschäftsanteile können demnach nicht gutgläubig erworben werden.

Die vorgesehene Regelung berücksichtigt die schutzwürdigen Interessen des wahren Berechtigten. Sofern ihm die Unrichtigkeit der Liste nicht zuzurechnen ist, hat er nach Eintritt der Unrichtigkeit drei Jahre Zeit, die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste zu veranlassen oder auf Korrektur der Liste hinzuwirken und auf diese Weise einen gutgläubigen Erwerb des ihm zustehenden Anteils auszuschließen. Da die Gesellschafterliste online einsehbar ist, ist es dem Berechtigten auch ohne nennenswerten Aufwand möglich, die Liste zu prüfen.

Auch der Widerspruch ist über das elektronische Handelsregister für Jedermann online einsehbar. Ein solcher Widerspruch zerstört die Gutgläubenswirkung des Absatzes 3, allerdings nicht die relative Gesellschafterstellung nach Absatz 1. Der Widerspruch beseitigt auch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten, seinen Anteil wirksam zu veräußern. Besteht Uneinigkeit zwischen mehreren Prätendenten, so ist diese zwischen den Beteiligten zivilrechtlich zu klären. Gleichfalls ist in einem zivilrechtlichen Verfahren die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Korrektur der Liste oder die Rücknahme eines Widerspruchs einzuklagen.

Zur Verhinderung von Missbräuchen setzt die Zuordnung eines Widerspruchs in Anlehnung an § 899 Abs. 2 BGB voraus, dass entweder derjenige zustimmt, gegen dessen Inhaberschaft sich der Widerspruch richtet, oder eine entsprechende einstweilige Verfügung vorliegt, die nur erlassen wird, wenn der Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Liste glaubhaft gemacht ist.

Da die Führung der Liste den Geschäftsführern obliegt, ergeben sich durch die Regelung des § 16 Abs. 3 für die Registergerichte keine zusätzlichen Belastungen. Dem Geschäftsführer kann allerdings nicht diejenige Prüfung aufgebürdet werden, die nach bisherigem Recht schon den Erwerber vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Für die Schadensersatzpflicht nach dem geltenden § 40 Abs. 2 (künftig: Abs. 3) ist anerkannt, dass der Geschäftsführer schuldhaft gehandelt haben muss. Den Geschäftsführer wird also, wenn er über einen Gesellschafterwechsel informiert wird, aber von dessen materieller Unwirksamkeit nichts erfährt, regelmäßig kein Verschulden treffen. Auch der Geschäftsführer kann sich ohne weitere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter zum Verkauf der Anteile legitimiert war. Er nimmt die Änderung der Gesellschafterliste auf „Nachweis“ vor. Dies bedeutet, dass der Erwerber ihm z. B. den Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschein nachweist. Eine Haftung kommt daher vor allem in Fällen in Betracht, in denen der Geschäftsführer zu Lasten des wahren Berechtigten mit dem Veräußerer und/oder dem Erwerber kollusiv zusammenwirkt.

I. Begründung zur Änderung des § 40 GmbHG (zu Art.1 Nr. 27 RegE MoMiG):

Bei der Aufnahme des Erfordernisses, die Geschäftsanteile durchgehend zu nummerieren, handelt es sich um eine Folgeänderung zu Nummer 9 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa.

Im Übrigen kann es bei der herkömmlichen Gesellschafterliste bleiben. Dies minimiert auch den Prüfungsaufwand bei den Registergerichten. Da aber an die Gesellschafterliste, die über mehrere Jahre unrichtig und zudem widerspruchlos geblieben ist, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs geknüpft ist, soll die Richtigkeitsgewähr der Liste erhöht werden.

Der Entwurf macht nicht den Vorschlag, die Gesellschafter der Eintragungspflicht in das Handelsregister zu unterwerfen. Unverändert bleibt die Pflicht der Geschäftsführer, die Liste neu zu formulieren und zu unterzeichnen. Gemäß Absatz 3 haften die Geschäftsführer bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste denjenigen auf Schadensersatz, deren Beteiligung sich geändert hat – im Fall einer Anteilsübertragung also sowohl dem Erwerber als auch dem Veräußerer. Nach Absatz 1 Satz 2 erfolgt die Änderung der Liste – entsprechend der Regelung beim Aktienregister (§ 67 Abs. 3 AktG) – auf Mitteilung und Nachweis. Den Geschäftsführern obliegt daher eine Prüfpflicht. Dadurch sollte im Regelfall die gebotene Sorgfalt bei Abgabe der Liste gewährleistet sein. Das Registergericht nimmt die Listen lediglich entgegen und hat keine inhaltliche Prüfungspflicht.

Ein besonderes Eintragsrecht gegenüber dem Registergericht benötigen die Gesellschafter hingegen nicht. Erlangt das Registergericht glaubhafte Kenntnis davon, dass die Geschäftsführer ihrer Verpflichtung zur Aktualisierung der Gesellschafterliste nicht nachkommen, kann es sie nach § 132 Abs. 1 FGG dazu anhalten, eine neue Liste einzureichen. Diese Kenntnis kann dem Registergericht auch dadurch vermittelt werden, dass der Veräußerer oder der Erwerber dem Registergericht die Abtretung mitteilt. Veräußerer und Erwerber sind demnach nicht schutzlos, wenn sie Zweifel daran haben, ob der Geschäftsführer eine neue Liste zum Register gereicht hat. Darüber hinaus ist nach der vorgesehenen Neufassung des § 40 Abs. 2 der Notar zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, sofern er an der Veränderung mitgewirkt hat. Ferner kann ein Dritter, der sich eines Anteils berührt, die Zuordnung eines Widerspruchs herbeiführen.

Durch die vorgesehene Neufassung des § 40 Abs. 2 soll nun der Notar verstärkt in die Aktualisierung der Gesellschafterliste einbezogen werden. Nicht gemeint sind Fälle, in denen ein Notar selbst Gesellschafter war oder wird, also Beteiligter ist. In den meisten Fällen der Veränderung der Personen oder der Beteiligungshöhe wirkt ein Notar in amtlicher Eigenschaft mit. Diese historische Ausgangslage wird vom vorliegenden Entwurf nicht geändert. Es bietet sich unter dieser Voraussetzung aber an, dass der z. B. an einer Abtretung eines Geschäftsanteils mitwirkende Notar zugleich dafür Sorge trägt, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird. Dadurch wird das Verfahren besonders einfach und unbürokratisch und die Änderung der Gesellschafterliste kann gelegentlich der Abtretungsbeurkundung gleich miterledigt werden. Schon bisher war der Notar zu einer Mitteilung an das Registergericht verpflichtet. Die bisherige Regelung in § 40 Abs. 1 Satz 2 war aber unbefriedigend, da die Mitteilung an das Gericht erstens redundant war und die eigentliche geänderte Liste nicht ersetzte, zweitens nach Meinung mancher nur einen bloßen Hinweis ohne Nennung der betroffenen Personen enthielt und drittens bereits vor Wirksamkeit einer Abtretung erfolgte, also möglicherweise ins Leere ging, wenn die Abtretung nachträglich am Nichteintritt einer Bedingung o.ä. noch scheiterte. Es ist daher sinnvoll und drängt sich zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe im Interesse aller Beteiligten gera-

dezu auf, mit der Abtretung zugleich auch die Folgeformalien mit zu erledigen. Ohne Eintragung in der Gesellschafterliste wird der neue Gesellschafter relativ zur Gesellschaft nicht berechtigt. Also muss die Berichtigung der Liste ohnehin in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Abtretung erledigt werden.

Die Formulierung „anstelle“ in § 40 Abs. 2 Satz 1 stellt klar, dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt. Die Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste bleibt unberührt.

Für die Pflicht des Notars, die Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung einzureichen, ist unerheblich, ob anschließend Unwirksamkeitsgründe eintreten können. Der Notar hat die Liste also auch dann unverzüglich nach Wirksamwerden einer Anteilsübertragung einzureichen, wenn die Beteiligten eine auflösende Bedingung oder eine Rückübertragungsklausel vereinbart haben. Ihn trifft auch keine Pflicht, den Vertrag im Hinblick auf den Eintritt der für das Wirksambleiben maßgeblichen Umstände zu überwachen. Bei Eintritt entsprechender Ereignisse besteht vielmehr eine Pflicht der Geschäftsführer zur Einreichung einer weiteren Liste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 oder es entsteht, wenn der Notar bei dem Ereignis mitwirkt, eine neue Pflicht des Notars aus § 40 Abs. 2 Satz 1.

Hat der Notar Zweifel, ob die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, wirksam ist – etwa wegen Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers – darf er erst dann eine entsprechende Liste zum Handelsregister einreichen, wenn die Zweifel beseitigt sind.

Die Übermittlung der Liste an die Gesellschaft dient der Information der Gesellschafter. Dies ist zum einen wegen der Regelung des § 16 Abs. 1 und zum anderen wegen der Pflicht der Geschäftsführer zur Erstellung künftiger Gesellschafterlisten gemäß § 40 Abs. 1 notwendig. Für die Übermittlung der Liste gilt § 35 entsprechend. Das bedeutet: Für die Übermittlung an einen Vertreter der Gesellschaft genügt es, die Liste an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift zu übermitteln. Alternativ kann die Liste einer empfangsberechtigten Person nach § 10 Abs. 2 Satz 2 zugestellt werden. Im Fall der Führungslosigkeit ist die Übermittlung an einen Gesellschafter bzw. ein Aufsichtsratsmitglied möglich.

Die nach § 40 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Bescheinigung des Notars, die an die bereits bisher übliche Bescheinigung nach § 54 angelehnt ist, erhöht zusammen mit seiner vorangehenden Mitwirkung an der Veränderung die Richtigkeitsgewähr, welche neben der mehrjährigen Widerspruchsmöglichkeit den Rechtsverlust des wahren Berechtigten rechtfertigt.

In Fällen, in denen der Notar an einer Veränderung nicht mitwirkt (Gesamtrechtsnachfolge, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen), bleibt die Einreichungspflicht mit Haftungsdrohung allein bei den Geschäftsführern.

§ 40 enthält keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass ein Geschäftsführer eine Änderung der Liste vornehmen möchte, weil er der Ansicht ist, eine Eintragung sei zu Unrecht erfolgt. Bereits aus den allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer folgt, dass in die sem Fall – wie in § 67 Abs. 5 AktG für das Aktienregister ausdrücklich ausformuliert – den Betroffenen vor Veranlassung der Berichtigung die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben ist.

III. Begründung zur Einführung des § 3 Abs. 3 EGGmbHG (zu Art. 2 RegE MoMiG):

Die Übergangsregelung ermöglicht den Altgesellschaften ein allmähliches Hinweinwachsen in die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 GmbHG, ohne sie mit Verwaltungsaufwand zu belasten und ohne unangemessene Härten aufgrund nachlässiger Führung der Gesellschafterlisten in der Vergangenheit eintreten zu lassen.

IV. Begründung zur Änderung der HandelsRegVO (zu Art. 13 RegE MoMiG):

Zu Nummer 1 (Änderung von § 9 Abs. 1)

Ein in Bezug auf eine Gesellschafterliste eingereichter Widerspruch (vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG-E) ist der Gesellschafterliste im Registerordner eindeutig zuzuordnen, damit er für den Einsichtnehmenden leicht erkennbar ist. Auf welche Art und Weise dabei die besondere Hervorhebung des Widerspruchsdokuments erfolgt, wird nicht vorgegeben, um die zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten nicht einzuschränken.

