

Herausgegeben von Andreas Fuchs,
Markus Stoffels und Dirk A. Verse

Rachid René Wiersch

Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

§ 1 Einleitung

Das GmbHG vom 20. April 1892 war seit der GmbH-Novelle aus dem Jahre 1980 nicht mehr reformiert worden und geht in seinen wesentlichen Grundzügen noch auf die ursprüngliche Gesetzesfassung zurück.¹ Mit der jüngsten Reform des GmbHG durch das am 1. November 2008 in Kraft getretene MoMiG² verfolgt der Gesetzgeber insbesondere das Ziel, die GmbH im Verhältnis zu ausländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung attraktiver zu gestalten.³ Die Flexibilität des GmbH-Rechts soll erhöht und die Komplexität desselben verringert werden.⁴ Erklärtes Ziel der Bundesregierung war es, die internationale Wettbewerbsfähigkeit der GmbH zu gewährleisten, die insbesondere dadurch ins Hintertreffen zu geraten drohte, dass in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geringere Anforderungen an die Gründungsformalien und die Aufbringung eines Mindestkapitals gestellt werden.⁵

1 Vgl. Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Einl. Rn. 4.

2 Die Abkürzung „MoMiG“ steht für den „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“.

3 In Konsequenz der Urte. des EuGH in den Sachen *Centros*, EuGH, Urte. v. 9.3.1999-Rs. C-212/97, ZIP 1999, 438, 440 f., *Überseering*, EuGH, Urte. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, ZIP 2002, 2037, 2045, *Inspire Art*, EuGH, Urte. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885, 1890 ff., und der jüngeren Rechtsprechung des BGH – vgl. nur BGH, Urte. v. 14. März 2005, II ZR 5/03, ZIP 2005, 805, 806 – hat jeder Deutsche nunmehr die Wahl, sein Unternehmen in der BRD entweder in der Rechtsform einer GmbH oder einer entsprechenden ausländischen Rechtsform derjenigen Staaten zu betreiben, gegenüber denen die Sitztheorie nicht mehr gilt. Die Gründer einer Gesellschaft können diese in dem Staat errichten, dessen Rahmenbedingungen ihnen am attraktivsten erscheinen und zwischen 28 europäischen Rechtsformen und 50 amerikanischen Gesellschaftsrechten frei wählen, vgl. *Wachter*, GmbHR 2005, 717, 717. Siehe zum Ganzen auch *Hirte*, in: *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, S. VII, sowie *Happ*, ZHR 169 (2005) 6, 8.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 25.

5 Vgl. die Ausführungen der Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 25. So nimmt z.B. die Gründung einer englischen *private limited company* in etwa vier Werktagen in Anspruch. Gegen ein Aufpreis ist eine Beschleunigung bis zu einem Tag möglich, während in Bezug auf eine GmbH – vor Inkrafttreten des MoMiG – von der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags bis zur Eintra-

A. Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen

Eine der markantesten Neuregelungen zur Erhöhung der Attraktivität der GmbH ist die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen bzw. von Rechten an Geschäftsanteilen⁶ vom Nichtberechtigten.

I. Gegenstand des gutgläubigen Erwerbs und die bisherige Rechtslage

Mit der Normierung des Gutglaubenstatbestands des § 16 Abs. 3 GmbHG ist es einem Gutgläubigen erstmals seit dem Inkrafttreten des GmbHG im Jahre 1892 möglich, Geschäftsanteile bzw. Rechte an diesen von einer anderen Person als dem Inhaber der Anteile zu erwerben.⁷ Allerdings wollte der Gesetzgeber nicht so weit gehen, auch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen bzw. einen Verkehrsschutz in Bezug auf den Rang – zugunsten der Erwerber beschränkter dinglicher Rechte – zu normieren. Ein Gutglaubensschutz wird deshalb zwar sowohl im Falle der Übertragung von Geschäftsanteilen als auch der Bestellung beschränkter dinglicher Rechte durch den vermeintlichen Inhaber der betreffenden Anteile gewährt, nicht aber im Hinblick auf an den Anteilen bestehende beschränkte dingliche Rechte.⁸ Auch sieht das Gesetz weder einen Gutglaubensschutz in Bezug auf an Geschäftsanteilen bestehende Anwartschaftsrechte⁹

gung im Handelsregister ungefähr drei Wochen einzukalkulieren waren, vgl. *Römermann*, GmbHHR 2006, 673, 674.

6 Als vom scheinbaren Anteilsinhaber gutgläubig erwerbbar Rechte an Geschäftsanteilen kommen allein Nießbrauch und Pfandrecht in Betracht; missverständlich *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, § 4 Rn. 197. Demgegenüber gewährt die Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG – mangels Eintragbarkeit beschränkter dinglicher Rechte in der Liste – keinen Gutglaubensschutz für den Fall der Übertragung von Pfandrechten.

7 Hinsichtlich der Anteile an Gesellschaften, die vor dem 1. November 2008 gegründet worden und in der Gesellschafterliste bereits am 1. November 2008 unrichtig ausgewiesen sind, sieht § 3 Abs. 3 EGGmbHG zum Schutz der betreffenden Anteilsinhaber eine Übergangsregelung vor. Danach kommt ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG in dem Fall, dass dem Berechtigten die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zuzurechnen ist, frühestens nach dem 1. Mai 2009, andernfalls sogar erst nach dem 1. November 2011 in Betracht. Vgl. zu den aus dieser Übergangsvorschrift resultierenden Konsequenzen hinsichtlich der Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence 3. Kapitel, § 9 C I 4.

8 A.A. *Reymann*, WM 2008, 2095, 2103.

9 Relevant wird dies insbesondere für den Fall, dass ein Gesellschafter die ihm zustehenden Anteile überträgt oder belastet, nachdem er dieselben bereits zuvor im Sinne

noch hinsichtlich der Existenz der Anteile selbst vor.¹⁰ Dasselbe gilt im Hinblick auf statutarische Abtretungshindernisse. Schließlich wird der Rechtsverkehr auch nicht davor geschützt, dass ein Gesellschafter infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt ist.¹¹ Gegenstand des Gutgläubensschutzes ist also allein die Anteilsinhaberschaft.

Bislang kam der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen oder Rechten an Geschäftsanteilen¹² lediglich in der Ausnahmekonstellation in Betracht, dass diese zum Vermögen eines verstorbenen Gesellschafters gehörten und ein durch einen Erbschein als dessen Erbe ausgewiesener Scheinerbe (im Folgenden: Erbscheinerbe) über die Anteile zugunsten eines in Bezug auf die vermeintliche Erbenstellung gutgläubigen Erwerbers verfügte.¹³ Durch die Regelung des § 2366 BGB wird indes lediglich die mangelnde Erbenstellung des Verfügenden überwunden, nicht jedoch die Zugehörigkeit des Geschäftsanteils zum Nachlass,¹⁴ so dass diese Vorschrift keinen Erwerb vom Nichtberechtigten im Sinne der §§ 932 ff., 892 BGB und – nunmehr – der Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG ermöglicht. Ein gutgläubiger Dritter, dem ein Erbscheinerbe einen Geschäftsanteil abtritt oder etwa ein Pfandrecht an diesem bestellt, wurde bis zur Einführung der Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG also lediglich so gestellt, als habe er das Rechtsgeschäft mit dem wahren Erben bzw. mit dem Erblasser abgeschlossen. Deshalb griff der Gutgläubensschutz nicht ein, wenn die betreffenden Gesell-

der Regelung des § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt abgetreten hat. Zum Teil wird allerdings angenommen, dass sich der Gutgläubensschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG auch auf das Fehlen von Anwartschaftsrechten erstreckt, vgl. unten 4. Kapitel, § 11.

- 10 Der fehlende Gutgläubensschutz in Bezug auf die Existenz von Geschäftsanteilen kann sich etwa auswirken, wenn Anteile übertragen oder belastet werden, die aufgrund der Nichtigkeit eines Kapitalerhöhungsbeschlusses nicht zur Entstehung gelangt sind. Vgl. zu der Frage, ob nach Maßgabe des § 16 Abs. 3 GmbHG ein Gutgläubensschutz hinsichtlich der Anteilstückelung gewährt wird, unten 2. Kapitel, § 5.
- 11 Vgl. §§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 Satz 1 InsO; zur Analogiefähigkeit dieser Vorschriften im Zusammenhang mit der Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG s. unten 4. Kapitel, § 14.
- 12 Im Falle einer Belastung ist § 2366 BGB in Verbindung mit §§ 1274 Abs. 1 Satz 1, 1069 Abs. 1, 413, 398 Satz 1 BGB, 15 GmbHG anwendbar.
- 13 Vgl. § 2366 BGB sowie *Wiegand*, JuS 1975, 283, 284; *J. Mayer*, in: MüKo, BGB, § 2366 Rn. 12; *Schlüter*, in: Erman, BGB, § 2366 Rn. 2.
- 14 Vgl. § 2366 BGB, wonach sich der Gutgläubensschutz nur auf einen „Erbchaftsgegenstand“ bezieht.

schaftsanteile in Wahrheit nicht dem Erblasser zustanden. Die Funktionsweise der Regelung des § 2366 BGB gleicht deshalb eher den Instituten der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht, die den guten Glauben an die Vertretungsmacht eines falsus procurator schützen,¹⁵ als der einen Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglichenden Gutglaubensvorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG. Bei einem Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht werden Erwerber von Geschäftsanteilen oder Rechten an diesen nämlich ebenfalls so gestellt, als hätten sie das Verfügungsgeschäft mit dem Gesellschafter abgeschlossen. Auf der anderen Seite führt ein guter Glaube an die Vertretungsmacht ebenso wenig zum Rechtserwerb wie ein solcher an die Erbenstellung im Rahmen des § 2366 BGB, wenn es sich bei dem scheinbar wirksam Vertretenen in Wahrheit nicht um den Inhaber der Geschäftsanteile handelt.

Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vertieft die Unterschiede zwischen der Beteiligung an einer GmbH und derjenigen an einer Personengesellschaft. Zwar ist nach inzwischen gesicherter Auffassung sowohl der Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als auch der an einer Offenen Handelsgesellschaft bei einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag oder einer Zustimmung durch alle Gesellschafter übertragbar.¹⁶ Auch kann unter diesen Voraussetzungen sowohl ein Komplementär als auch ein Kommanditist seine Mitgliedschaft in einer Kommanditgesellschaft übertragen.¹⁷ Ein gutgläubiger Erwerb der Beteiligung an einer Personengesellschaft ist gleichwohl gesetzlich nicht vorgesehen.¹⁸ Auf der anderen Seite nähert sich die Beteiligung an einer GmbH in Bezug auf den Verkehrsschutz nunmehr derjenigen an einer Aktiengesellschaft an. Denn das Eigentum an Inhaberaktien ist gemäß §§ 932 ff., 935 Abs. 2 BGB¹⁹ und an Namensaktien nach § 68 Abs. 1 Satz 2 AktG, Art. 16 Abs. 2 WG ebenfalls einem gutgläubigen Erwerb zugänglich.²⁰

15 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 172, Rn. 6-21.

16 Vgl. nur BGHZ 13, 179, 186; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1322 f.; Palandt/*Sprau*, BGB, § 719 Rn. 6.

17 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1536 f.

18 Kritisch zur fehlenden Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs in Bezug auf Personenhandelsgesellschaften äußert sich *Freitag*, WM 2007, 1681, 1684.

19 Palandt/*Sprau*, BGB, § 935 Rn. 11.

20 Anders verhält es sich dann, wenn die Namensaktien ausnahmsweise nicht durch Indossament, sondern durch schlichte Abtretung nach §§ 413, 398 BGB übertragen werden, vgl. zum Ganzen *Bayer*, in MüKo, AktG, § 68 Rn. 15 ff., Rn. 30 f.

II. Das gesetzgeberische Motiv für die Einführung des gutgläubigen Erwerbs

Mit der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen verfolgt der Gesetzgeber das Anliegen, das Risiko der Erwerber von Geschäftsanteilen, diese mangels Verfügungsbefugnis des Veräußerers nicht wirksam erwerben zu können, zu verringern.²¹ Bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen in der Bundesrepublik ist die Zielgesellschaft meist eine GmbH.²² Aufgrund der Tatsache, dass der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen bislang nicht möglich war, stellten Erwerber in der Regel detaillierte Nachforschungen über die Gesellschafterstellung des Veräußerers und die historische Entwicklung der betreffenden Geschäftsanteile im Rahmen einer sog. Due Diligence an.²³ Im Einzelfall musste zur Ermittlung der Gesellschafterstellung des Veräußerers das Schicksal der Geschäftsanteile über sämtliche Abtretungen, Vererbungen, Spaltungen, Verschmelzungen, Zusammenlegungen, Teilungen, Einziehungen und Kapitalerhöhungen bis hin zur Errichtung der betreffenden GmbH zurückverfolgt werden, was oftmals sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht eine mühselige Aufgabe darstellte.²⁴ Dies galt umso mehr, je länger die Entstehung der GmbH zum Zeitpunkt des Erwerbs zurücklag. Erst wenn sich die Gesellschafterstellung des Veräußerers lückenlos belegen ließ, konnte der Erwerber davon ausgehen, dass dieser auch tatsächlich Inhaber des Geschäftsanteils war. Nicht zuletzt wegen des Risikos verdeckter Zwischenübertragungen oder der Möglichkeit, dass eine scheinbar wirksame Anteilsübertragung – und infolgedessen auch alle späteren Anteilsübertragungen – unerkant unwirksam war, konnte dabei trotz hohen Prüfungsaufwands keine absolute Gewissheit über die Inhaberschaft an den Anteilen gewonnen werden.²⁵ Zur Absicherung ließen sich Erwerber von Geschäftsanteilen in der Praxis vom Veräußerer zusätzlich garantieren, dass die veräußerten Geschäftsanteile diesem auch tatsächlich zustanden.²⁶ War Letzteres in Wahrheit nicht der Fall, musste sich der Erwerber allerdings auf einen Schadensersatzanspruch verweisen lassen, die erstrebte

21 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 38.

22 Müller, GmbHR 2006, 953.

23 Müller, GmbHR 2006, 953, 954; Breitenstein/Meyding, BB 2006, 1457, 1459.

24 Müller, GmbHR 2006, 953, 954; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841 f.; Flesner, NZG 2006, 641, 643.

25 Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1842; Rau, DStR 2006, 1892, 1892.

26 Müller, GmbHR 2006, 953, 954.

Gesellschafterstellung hatte er indes nicht erlangt,²⁷ was insbesondere aus der Sicht von Investoren misslich war, die an der Beteiligung nicht nur in Form einer Vermögensanlage interessiert waren, sondern strategische Ziele verfolgten.²⁸ Den an Unternehmenskäufen beteiligten Personen sollen nunmehr die Mühen, Kosten und Unsicherheiten erspart werden, die mit der Ermittlung der Gesellschafterstellung – insbesondere in Fällen einer sehr langen Abtreungskette seit der Gründung der Gesellschaft – verbunden sind.²⁹

III. Die Ausgestaltung der Gutgläubensvorschrift

Entsprechend dem Grundsatz, dass der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten einen Rechtsscheinstatbestand voraussetzt – etwa den Besitz im Bereich der beweglichen Sachen und den Grundbuchstand in Bezug auf Rechte an Grundstücken –³⁰, hat der Gesetzgeber die Gesellschafterliste als Rechtsscheinstatbestand konzipiert. Ein gutgläubiger Erwerb ist möglich, wenn der Nichtberechtigte zu Unrecht in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist und diese Unrichtigkeit entweder seit drei Jahren besteht oder – dann unabhängig vom Ablauf der dreijährigen Frist – dem Berechtigten zuzurechnen ist. Vorschlägen, die Geschäftsanteile in Form von Orderpapieren zu verbriefen,³¹ hat der Gesetzgeber damit ebenso eine Absage erteilt wie der Anregung, die Ausgestaltung der Gesellschafterliste insoweit dem Grundbuch anzunähern, dass auch Belastungen von Geschäftsanteilen in diese eintragbar sind.³² Ebenso wenig ist

27 Müller, GmbHR 2006, 953, 954. Gesellschafter war der Erwerber aufgrund der Fiktionswirkung des § 16 Abs. 1 a.F. GmbHG allenfalls im Verhältnis zur Gesellschaft geworden.

28 Auf diesen Gesichtspunkt weist Flesner, NZG 2006, 641, 643, hin.

29 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 38.

30 H. Westermann, JuS 1963, 1, 2, spricht insoweit von einer Rechtsscheinsposition.

31 Für einen an die Verbriefung der Geschäftsanteile in Form von Orderpapieren – entsprechend dem Wechsel – nebst notariell beurkundetem Indossament anknüpfenden gutgläubigen Erwerb plädieren Gehling, ZIP 2006, 685, 689, sowie Ziemons, BB-Special 7/2006, 9, 13. Gegen eine Verbriefung wurde insbesondere eingewandt, es bestehe ein erhöhtes Fälschungsrisiko – so Grunewald, ZIP 2006, 685, 686 –, ferner dass eine solche angesichts einer Dematerialisierung von Aktien einen Rückschritt bedeuten würde, vgl. Noack, DB 2006, 1475, 1478. Ein Fälschungsrisiko sowie eine mangelnde Transparenz im Falle einer Verbriefung betont auch der Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 211, 215.

32 Die Eintragbarkeit von Belastungen in der Gesellschafterliste und die Möglichkeit eines an die Nichteintragung anknüpfenden gutgläubigen lastenfreien Erwerbs be-

der Gesetzgeber Empfehlungen gefolgt, die zur Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs einen zweiaktigen Erwerbsvorgang vorsahen, bestehend aus Einigung und Eintragung in ein hoheitlich geführtes Register.³³ Vielmehr unterliegt die Führung der Gesellschafterlisten nach wie vor den Geschäftsführern, während das Registergericht primär in Form eines verwahrenden und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichenden Organs funktiert.³⁴

In Bezug auf die gesetzliche Regelungstechnik hat der Gesetzgeber den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen an die Vorschrift des § 892 BGB angelehnt, den Umfang des Gutglaubensschutzes mangels einer der Aufnahme der Gesellschafterlisten im Handelsregister vorangehenden inhaltlichen Richtigkeitsüberprüfung durch einen Hoheitsträger im Verhältnis zu dieser Vorschrift jedoch verringert.³⁵ So finden die Einschränkungen des Gutglaubensschutzes in der Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG weder in der Regelung des § 892 BGB noch in anderen Gutglaubensvorschriften des deutschen Rechts eine Entsprechung. Zum einen ist ein gutgläubiger Erwerb vom Zeitpunkt des Eintritts der Unrichtigkeit der Gesell-

fürwortet *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 689. Der Handelsrechtsausschuss des *DAV*, NZG 2007, 211, 215, erwägt diese Möglichkeit zwar, lehnt sie im Ergebnis mit Blick auf Geheimhaltungsinteressen der Gesellschafter jedoch ab.

33 In diesem Sinne sah der von *Vossius* und *Wachter* erstellte und unter der Internetadresse www.gmbhr.de unter der Rubrik „Volltexte“ veröffentlichte Entwurf eines GmbHG vor, dass die Übertragung der Geschäftsanteile künftig neben der notariellen Beurkundung der Abtretung die Eintragung in ein von einem Notar (dem sog. Gesellschaftsnotar) geführtes Anteilsregister voraussetzt. Zwar sah auch dieser Entwurf die Gesellschafterliste als Rechtsscheinstatbestand vor, wies die Kompetenz zur Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister jedoch ausnahmslos einem Notar als Träger eines hoheitlichen Amtes zu; ähnlich *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1861. Demgegenüber hatten *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 202 f. und *Flesner*, NZG 2006, 641, 643 f. vorgeschlagen, den Übertragungstatbestand in Bezug auf Geschäftsanteile de lege ferenda zweiaktig durch Einigung und Eintragung im Handelsregister auszugestalten und die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen für den Fall der Unrichtigkeit des Handelsregisters – nach Art des Grundbuchs – einzuführen. Diesem Modell stand nach der Auffassung der Verfasser des RegE MoMiG allerdings eine damit einhergehende erhöhte finanzielle Belastung der Bundesländer entgegen, vgl. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160. *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 62 f., empfiehlt, als Rechtsscheinstatbestand eine der Zuständigkeit von Notaren unterliegende Gesellschafterliste oder ein durch diese geführtes Register einzuführen; in Bezug auf die Führung der Gesellschafterliste ebenso *Wicke*, GmbHG, § 16 Rn. 28.

34 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 38.

35 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 38.

schafterliste an nur möglich, wenn dem Berechtigten diese Unrichtigkeit zuzurechnen ist. Zwar setzen auch andere Gutgläubenvorschriften – etwa im Falle des § 935 Abs. 1 BGB, wonach ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist, wenn dem Eigentümer die Sache abhanden gekommen ist – der Sache nach ein mitwirkendes Verhalten des Berechtigten voraus, damit ein Rechtsverlust eintreten kann. Es fällt jedoch auf, dass die Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG im Gegensatz hierzu auf die Normierung eines konkreten Tatbestandsmerkmals verzichtet, sondern sich insoweit in einer abstrakten, durch die Rechtsanwender auszufüllenden Formulierung erschöpft.

Zum anderen kommt in dem Fall, dass dem Berechtigten die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste nicht zuzurechnen ist, ein gutgläubiger Erwerb erst ab einem Zeitpunkt in Betracht, zu dem die Gesellschafterliste seit drei Jahren unrichtig ist. Anders als nach den §§ 932 ff., 892 BGB ist ein gutgläubiger Erwerb in dieser Situation also nicht sofort möglich. Bemerkenswert ist auch, dass die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs in dieser Konstellation nicht an die Dauer der Eintragung des Nichtberechtigten in der Gesellschafterliste anknüpft, sondern an deren Unrichtigkeit während eines Zeitraums von drei Jahren. Der Unterschied zwischen der Dauer der Eintragung und der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste wird beispielsweise für den Fall relevant, dass eine in der Gesellschafterliste als Gesellschafter eingetragene Person zunächst tatsächlich Inhaber eines Geschäftsanteils ist und eine neue Gesellschafterliste nicht zum Handelsregister eingereicht wird, nachdem der Gesellschafter diesen Geschäftsanteil an einen Erwerber abgetreten hat.³⁶ Ist dem Erwerber des Geschäftsanteils die infolge der Abtretung eintretende Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ausnahmsweise einmal nicht zuzurechnen – etwa weil dieser infolge höherer Gewalt daran gehindert war, Maßnahmen gegen die Unrichtigkeit zu ergreifen –,³⁷ so kommt ein gutgläubiger Erwerb vom noch in der Gesellschafterliste eingetragenen ursprünglichen Inhaber frühestens nach drei Jahren in Betracht, mag dieser in der Gesellschafterliste auch bereits seit

36 Da der die Übertragung beurkundende Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG unverzüglich nach dem Übergang der Anteile eine neue Liste zum Handelsregister einzureichen hat, kommt der Fall der unterlassenen Einreichung einer neuen Liste nach einem Erwerb insbesondere im Zusammenhang mit aufschiebend bedingten Abtretungen in Betracht, bei denen dem Notar der Bedingungseintritt nicht mitgeteilt wird.

37 Vgl. dazu unten 2. Kapitel, § 4 B I 1 b) aa).

weitaus längerer Zeit eingetragen sein.³⁸ Hintergrund dieser Regelung ist es, einem Gesellschafter, dem die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste nicht zuzurechnen ist, während der Dauer von drei Jahren die Möglichkeit einzuräumen, den von der Gesellschafterliste ausgehenden Rechtsschein zu beseitigen.³⁹ In subjektiver Hinsicht ist ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG anders als nach § 892 Abs. 1 BGB bereits ausgeschlossen, wenn die mangelnde Kenntnis des Erwerbers hinsichtlich der Nichtberechtigung des in der Gesellschafterliste Eingetragenen auf grober Fahrlässigkeit beruht.

Sichergestellt wird die Praktikabilität der Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG dadurch, dass die einzelnen Geschäftsanteile nunmehr wesentlich besser zu unterscheiden sind. Gemäß §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind die Anteile nämlich ab Inkrafttreten des MoMiG mit einer laufenden Nummer zu versehen.

Um die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zu erhöhen und das Risiko eines Rechtsverlusts aufgrund eines gutgläubigen Erwerbs zu verringern, hat der Gesetzgeber zwei weitere Neuregelungen geschaffen. So gilt zum einen im Verhältnis zur Gesellschaft im Falle einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung nur, wer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist.⁴⁰ Hierdurch soll aus Sicht der Erwerber von Geschäftsanteilen ein Anreiz geschaffen werden, an der Richtigkeit der Gesellschafterliste mitzuwirken, da sie andernfalls ihre Gesellschafterrechte nicht wirksam ausüben können.⁴¹ Allerdings folgt aus dieser Neuregelung nicht, dass die Eintragung in der Gesellschafterliste und die Aufnahme derselben im Handelsregister für den Erwerb eines Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzungen im Verhältnis zu Dritten sind.⁴² Zum anderen hat nunmehr ein Notar, der an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitwirkt, unverzüglich eine aktuali-

38 Den Unterschied zwischen der Unrichtigkeit der Liste und der schlichten Eintragung eines Nichtberechtigten in derselben verkennt *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1001 f.

39 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 39.

40 Vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Die Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste ersetzt die nach der früheren Fassung dieser Vorschrift für die Ausübung der Gesellschafterrechte erforderliche „Anmeldung“ gegenüber der Gesellschaft und ist an die Regelung des § 67 Abs. 2 AktG angelehnt, vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 37.

41 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 37 f.

42 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 37.

sierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen.⁴³ Tritt eine solche Veränderung ein, ohne dass die Mitwirkung eines Notars vorliegt, z.B. bei einem Gesellschafterwechsel aufgrund eines Erbfalls, haben die Geschäftsführer anstelle des Notars eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, sofern ihnen die Veränderung mitgeteilt und nachgewiesen wird.⁴⁴ Flankiert wird diese Neuregelung durch eine Änderung des § 40 Abs. 3 GmbHG. So machen sich die Geschäftsführer gegenüber den Personen, deren Beteiligung sich geändert hat, schadensersatzpflichtig, wenn sie ihre Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste verletzen.⁴⁵

Für den Fall der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste stehen dem von der Unrichtigkeit betroffenen Gesellschafter zwei verschiedene Rechtsbehelfe zu. So hat jeder Gesellschafter einen ungeschriebenen Anspruch auf Einreichung einer inhaltlich zutreffenden Liste.⁴⁶ Zum anderen hat der Gesetzgeber die Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG hinsichtlich der Beseitigung des von einer unrichtigen Liste ausgehenden Rechtsscheins der Vorschrift des § 899 BGB nachgebildet: Der unrichtigen Gesellschafterliste kann ein – ebenfalls online einsehbarer –⁴⁷ Widerspruch zugeordnet werden, um die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs auszuschließen.⁴⁸ Die Zuordnung erfolgt entweder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet, oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung.

43 Vgl. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Unter einer „Mitwirkung“ ist die Beteiligung eines Notars in amtlicher Funktion, insbesondere im Falle der Beurkundung einer Anteilsabtretung, zu verstehen, vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 44. Bisher hatten die Notare dem Registergericht die Beurkundung von Anteilsübertragungen lediglich anzuzeigen, vgl. § 40 Abs. 1 Satz 2 a.F. GmbHG.

44 Siehe § 40 Abs. 1 GmbHG. Die Einreichungspflicht der Geschäftsführer wird insbesondere im Falle des Erwerbs von Geschäftsanteilen im Wege der Erbfolge oder aufgrund des Eintritts einer auflösenden Bedingung sowie im Falle einer Teilung bzw. Zusammenlegung von Geschäftsanteilen relevant, vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 39, S. 44. Ferner sind die Geschäftsführer verpflichtet, die mitgeteilte Veränderung zu überprüfen, siehe Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 44.

45 Die Schadensersatzpflicht besteht also sowohl gegenüber dem Alt- als auch gegenüber dem Neugesellschafter, vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 38.

46 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 38, S. 39; Mayer, DNotZ 2008, 403, 414.

47 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 39. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 Handelsregisterverordnung ist der Widerspruch besonders hervorzuheben.

48 Vgl. § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG.

Im letzteren Fall ist wie nach der Vorschrift des § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB auch im Rahmen des § 16 Abs. 3 Satz 5 GmbHG nicht erforderlich, dass der Antragsteller das Vorliegen eines Verfügungsgrunds glaubhaft macht. Ein der Liste zugeordneter Widerspruch beschränkt sich ebenso wie der im Grundbuch Eingetragene⁴⁹ allein darauf, die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs auszuschließen.⁵⁰ Er beseitigt also nicht die Möglichkeit des Berechtigten, über die gehaltenen Anteile zu verfügen.⁵¹

Im Schrifttum zum Referenten- bzw. Regierungsentwurf des MoMiG wird die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen als solche nahezu einhellig begrüßt.⁵² Allerdings wird die Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG vielfach als nicht weitgehend genug erachtet. Viele Autoren plädieren dafür, auch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen zu ermöglichen.⁵³ *Eidenmüller* regt an, einen redlichen Erwerb vom in der Verfügungsbefugnis beschränkten Berechtigten einzufüh-

49 Vgl. nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 18 Rn. 11.

50 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 39.

51 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 vom 25.7.2007, S. 39.

52 Vgl. *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 2006, § 16 Rn. 51 f.; *Müller*, GmbHR 2006, 953, 959; *Flesner* NZG 2006, 641, 643 f.; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1846; *Rau*, DSrR 2006, 1892, 1898; *Bohrer*, DSrR 2007, 995, 1003; *Breitenstein/Meyding*, BB 2006, 1457, 1459; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 203; *O. Schmidt*, GmbHR 2006, 978, 978; *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321, 1327; *Hamann*, NZG 2007, 492, 494. Siehe auch die positive Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV vom 5. September 2007, NZG 2007, 735, 738 f. Ein praktisches Bedürfnis für die Einführung nimmt auch *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 57, an. Demgegenüber empfiehlt *Zöllner*, in: Behrens, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 175, 189 ff., unter Heranziehung der Grundsätze zur Fehlerhaftigkeit von Gesellschaftsverträgen, einen gutgläubigen Erwerb im Wege der Rechtsfortbildung zu ermöglichen, von einer gesetzlichen Regelung jedoch die „Finger zu lassen“.

53 *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 689; *Wulfetange*, BB-Special, 7/2006, 19, 22; *Wegen*, in: FS Luer, S. 331 f.; *Gehling*, ZIP 2006, 685, 689, auf der Grundlage einer Verbriefung der Geschäftsanteile; ebenso *Ziemons*, BB-Special 7/2006, 9, 13. *Rau*, DSrR 2006, 1892, 1899, hält die Regelung eines gutgläubigen Erwerbs, ohne auf die Lastenfreiheit vertrauen zu können, für wertlos. *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 202, erachtet die Regelung als in sich widersprüchlich. *Zöllner*, in: Behrens, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 175, 182, Fn. 17, spricht insoweit von einer „halben Sache“; diese Ansicht teilend *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 63. Hingegen rät der Handelsausschuss des DAV, NZG 2007, 211, 215, davon ab, den Gutglaubensschutz auch auf die Lastenfreiheit zu erstrecken, um Gesellschaftern zu ermöglichen, die in der Kreditwirtschaft anzutreffende Praxis fortführen zu können, stille Verpfändungen vorzunehmen.

ren.⁵⁴ *Grunewald* spricht sich für einen Verkehrsschutz in Bezug auf die Existenz von Geschäftsanteilen aus.⁵⁵ Vereinzelt wird auch ein Gutgläubensschutz gegenüber statutarischen Verfügungsbeschränkungen⁵⁶ und im Hinblick auf die insolvenzrechtliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis befürwortet.⁵⁷

B. Ziel und Gang der Untersuchung

Die Untersuchung untergliedert sich im Folgenden in vier Kapitel.

Im Rahmen des 1. Kapitels (§§ 2-3) sollen grundlegende Erkenntnisse gewonnen werden, auf die im weiteren Verlauf der Arbeit zur Klärung von Zweifelsfragen immer wieder zurückgegriffen werden kann. Hierfür wird in einem ersten Schritt (§ 2) der Frage nachgegangen, wie sich die Neuregelung im Hinblick auf ihre Struktur in die §§ 892, 932 ff. BGB einordnen lässt. Es wird ermittelt, ob und inwiefern § 16 Abs. 3 GmbHG sich von diesen unterscheidet, um vor diesem Hintergrund herauszuarbeiten, auf welcher tragenden Grundwertung die Neuregelung beruht. Zu diesem Zweck wird unter dem Gesichtspunkt des Rechtscheinstatbestands, der Verkehrsfreundlichkeit sowie der Legitimation des dem wahren Berechtigten zugemuteten Rechtsverlusts untersucht, wie sich die Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG zu diesen Vorschriften verhält. Denn die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 3 GmbHG lassen sich nur unter Heranziehung der §§ 892, 932 ff. BGB auslegen.

54 *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 202.

55 *Grunewald*, Der Konzern 2007, 13, 14; ebenso *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 430; ablehnend *Wegen*, in: FS Lüer, S. 329 f.

56 So *Wegen*, in: FS Lüer, S. 331 f.; *Gehling*, ZIP 2006, 685, 689, allerdings auf der Grundlage einer Verbriefung der Geschäftsanteile und mit der Einschränkung, dass die betreffende Verfügungsbeschränkung nicht in ihrer aktuellen Fassung im Gesellschaftsvertrag enthalten ist und weder die Gesellschaft noch die Gesellschafter innerhalb von sechs Monaten widersprechen. *Ziemons*, BB-Special 7/2006, 9, 13 f., plädiert vor dem Hintergrund einer Verbriefung der Geschäftsanteile in Form von Orderpapieren dafür, einen Gutgläubensschutz gegenüber Vorerwerbs- und Vorkaufrechten sowie im Falle einer auflösend bedingten Berechtigung des Verfügenden zu ermöglichen.

57 *Vossius*, DB 2007, 2299, 2302, geht in Bezug auf die mangelnde Bezugnahme der Regelung des § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Vorschrift des § 16 Abs. 3 von einem Redaktionsversehen aus und bejaht einen Gutgläubensschutz in Analogie zur ersten Norm.

Die Auslegung einer Vorschrift setzt ihre Verfassungsmäßigkeit voraus. Mit jedem redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten geht ein Rechtsverlust des wahren materiellen Rechtsinhabers einher. Angesichts der Tatsache, dass die Gesellschafterlisten im Gegensatz zu den Grundbüchern privat geführt werden und den Registergerichten lediglich eine formelle Prüfungspflicht obliegt, wird deshalb in einem zweiten Schritt (§ 3) überprüft, ob der Gutglaubenstatbestand die verfassungsrechtlichen Eigentumsrechte des materiellen Rechtsinhabers verletzt. Das Ziel dieser Analyse besteht auch darin, weitergehende Erkenntnisse über die tragende Grundwertung zu erlangen, auf der die Konzeption der Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG beruht.

Auf der Basis der im Grundlagenteil gewonnenen Erkenntnisse wird anschließend im Rahmen des 2. Kapitels (§§ 4-7) auf einzelne Aspekte der Vorschrift eingegangen. Ziel dieser Analyse ist es insbesondere zu klären, unter welchen Voraussetzungen dem Berechtigten die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zuzurechnen ist und welche Funktion dem Tatbestandsmerkmal der grob fahrlässigen Unkenntnis zukommt. Ferner wird untersucht, welche Auswirkungen es auf die rechtsscheinszerstörende Wirkung des Widerspruchs hat, wenn nach der Zuordnung eines Widerspruchs erneut eine unrichtige Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen wird. Einen weiteren Schwerpunkt stellt die Untersuchung dar, ob sich der Verkehrsschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG auch auf die Stückelung der Geschäftsanteile bezieht und wie sich diese Vorschrift zur Regelung des § 2366 BGB verhält.

Nachdem auf der Basis der im Grundlagenteil herausgearbeiteten Erkenntnisse einzelne Aspekte der Neuregelung – insbesondere die Auslegung ihrer Tatbestandsmerkmale – geklärt wurden, soll innerhalb des 3. Kapitels (§§ 8-9) ermittelt werden, ob die Norm rechtspolitisch gelungen ist. Zu diesem Zweck wird die Gutgläubenvorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG zunächst mit dem nach Maßgabe ausländischer Rechtsordnungen gewährten Verkehrsschutz verglichen (§ 8). Es wird untersucht, inwieweit nach diesen Rechtsordnungen ebenfalls ein gutgläubiger Anteilserwerb möglich ist, um die Neuregelung im Hinblick auf ihre Bewertung in einen größeren Regelungszusammenhang zu stellen. In Bezug auf die eigentliche rechtspolitische Bewertung der Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG bietet die Konzeption des Verkehrsschutzes nach Maßgabe ausländischer Rechtsordnungen wertvolles Anschauungsmaterial.

Im Anschluss hieran erfolgt die eigentliche rechtspolitische Bewertung der Konzeption der Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG unter verschiedenen Gesichtspunkten (§ 9). Es wird auf das Bestehen eines Regelungsbedarfs

für die Neuregelung sowie darauf eingegangen, ob die private Listenführung in Abwesenheit einer inhaltlichen Überprüfung durch die Registergerichte sachgerecht ist. Schließlich erfolgt eine Bewertung, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, die gegensätzlichen Interessen des Rechtsverkehrs auf der einen und die des Berechtigten auf der anderen Seite hinreichend zu berücksichtigen.

Im Rahmen des 4. Kapitels (§§ 10-14) richtet sich der Blick schließlich in die Zukunft. Vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Bewertung der Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG sowie der vielfältigen Anregungen aus dem Schrifttum wird untersucht, ob der von der Neuregelung gewährte Gutgläubensschutz seinem Umfang nach weit genug reicht, oder de lege ferenda erweitert werden sollte. Zu diesem Zweck werden auch die im 3. Kapitel herausgearbeiteten Erkenntnisse betreffend den Verkehrsschutz nach ausländischen Rechtsordnungen herangezogen.