

Die Auswirkungen des MoMiG auf die M&A-Praxis

I. Einleitung

Das geplante Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist derzeit in aller Munde. Seinen Ausgangspunkt fand es im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 29. Mai 2006,¹ dem seinerseits verschiedene Vorarbeiten aus Wissenschaft, Praxis und Politik vorangegangen waren.² Der Referentenentwurf (RefE) rief ein breites Echo hervor und führte zu zahlreichen Diskussionsbeiträgen, darunter auch speziell solche zu den Auswirkungen der GmbH-Reform auf die M&A-Praxis.³

Ein Jahr nach der Vorlage des Referentenentwurfs wurde im Mai 2007 der Regierungsentwurf beschlossen (RegE).⁴ Der RegE weist gegenüber dem RefE zahlreiche Änderungen auf. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 6. Juli 2007 Stellung zum Regierungsentwurf genommen.⁵ Es wird mit einem Inkrafttreten im ersten Quartal 2008 gerechnet.

Das MoMiG führt zu signifikanten Änderungen. Im Folgenden soll es darum gehen, einige Bereiche aus dem GmbH-Recht näher zu beleuchten, die für die M&A-Praxis von besonderer Bedeutung sind. Als Erstes ist hier die Aufwertung der Gesellschafterliste zu nennen (unten Abschnitt II). Damit im Zusammenhang steht der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen (Abschnitt III). Sehr zu begrüßen ist die vom RegE in Angriff genommene Deregulierung der verdeckten Sacheinlage (Abschnitt IV). Schließlich ist auf die neue Regelung zur Stückelung von Geschäftsanteilen einzugehen (Abschnitt V).

II. Die Aufwertung der Gesellschafterliste

1. Derzeitige Rechtslage

Nach geltendem Recht wird die Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer geführt. Die Geschäftsführer haben gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteili-

¹ Abrufbar unter www.bmj.bund.de/media/archive/1236.pdf.

² Vgl. dazu *Seibert*, ZIP 2006, 1157.

³ *Rau*, DStR 2006, 1892 ff.; *Flesner*, NZG 2006, 641 ff.; *Müller*, GmbHR 2006, 953 ff.; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841 ff.; *Ziemons*, BB-Special 2006, Nr. 7, S. 9 ff.

⁴ BR-Drs. 354/07 v. 25. 5. 2007; dazu *Bohrer*, DStR 2007, 995; *Böttcher/Blaschke*, NZG 2007, 565; Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 735.

⁵ BR-Drs. 354/07 (Beschluss) v. 6. 7. 2007.

gung unverzüglich eine neue Gesellschafterliste anzufertigen, in vertretungsberechtigter Anzahl zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Die Führung der Gesellschafterliste dient vornehmlich dem Gläubigerschutz.⁶ Dementsprechend sieht § 40 Abs. 2 GmbHG vor, dass die Geschäftsführer den Gläubigern bei einer Verletzung ihrer Einreichungspflicht für den daraus entstehenden Schaden haften. Eine weitere Sanktion besteht darin, dass das Handelsregister zur Durchsetzung der Einreichungspflicht befugt ist, Zwangsgelder zu verhängen (§ 14 HGB, §§ 132 ff. FGG).⁷ Ungeachtet dieser Sanktionen ist festzuhalten, dass die Verletzung der Einreichungspflicht in den meisten Fällen keine praktischen Konsequenzen hat. Insbesondere hat die Gesellschafterliste – anders als das Aktienregister im Aktienrecht (§ 67 Abs. 2 AktG) – keine Bedeutung für die Berechtigung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft; hierüber bestimmt im GmbH-Recht alleine die Anmeldung gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG.

Wegen ihrer beschränkten praktischen Relevanz wird die Gesellschafterliste im GmbH-Recht tendenziell stiefmütterlich behandelt. Dementsprechend dürfte die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste in einer Reihe von Fällen veraltet sein.

2. Künftige Rechtslage

Die Gesellschafterliste erfährt durch das MoMiG tiefgreifende Änderungen. Das betrifft zunächst ihre Funktion: Die Gesellschafterliste wird zur Legitimationsgrundlage im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (dazu unten a). Darüber hinaus wird sie zum Anknüpfungspunkt des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen (dazu unten Abschnitt III). Daneben ändert sich das Verfahren zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste (unten b). Daraus ergeben sich Fragen für die Zukunft der Auslandsbeurkundung (unten c). Am Inhalt der Gesellschafterliste ändert sich dagegen nur wenig (unten d).

a) Die Gesellschafterliste als Legitimationsgrundlage

Künftig wird die Gesellschafterliste zur *formellen Legitimationsgrundlage* im Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft. Das ergibt sich aus § 16 Abs. 1 GmbHG-RegE.⁸ Danach gilt bei einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Diese Regelung erinnert an § 67 Abs. 2 AktG und bedeutet eine Spaltung der Gesellschafterstellung zwischen dem materiell berechtigten Gesellschafter und dem eingetragenen Gesellschafter: Sämtliche Verwaltungs- und Vermögensrechte, die aus dem Geschäftsanteil folgen, stehen im Verhältnis zur Gesellschaft nur dem eingetragenen Gesellschafter zu. Mit anderen Worten ist der materielle Erwerb des Geschäftsanteils im Verhältnis zur Gesellschaft so lange *relativ unwirksam*, wie der Erwerber

⁶ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 40 Rn. 9.

⁷ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG (Fn. 6), § 40 Rn. 9.

⁸ Die Zitierung von Vorschriften des RegE bezieht sich im Folgenden auf Vorschriften des GmbHG in der Fassung des RegE.

nicht in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Das ist von besonderer Bedeutung für die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen: Nur der eingetragene Gesellschafter hat das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und nur der eingetragene Gesellschafter kann in Gesellschafterversammlungen das Stimmrecht aus dem Geschäftsanteil ausüben.

Die Neuregelung soll, so die Begründung des RegE, den Gesellschafterbestand für Außenstehende künftig transparenter machen.⁹ Das ist missverständlich formuliert; denn schon nach geltendem Recht ist die Gesellschafterliste bei jeder Veränderung aktualisiert zum Handelsregister einzureichen und dort für jeden Außenstehenden einsehbar. Zudem ergeben sich aus dem MoMiG kaum Änderungen am *Inhalt* der Gesellschafterliste; insbesondere werden Treuhandverhältnisse an Geschäftsanteilen auch künftig nicht in der Gesellschafterliste vermerkt werden. Die Rede von der erhöhten Transparenz ist nur in dem Sinne richtig, als es darum geht, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass die dem Handelsregister vorliegende Gesellschafterliste *inhaltlich richtig* ist.

Mittel zum Zweck der Richtigkeitsgewähr ist die relative Unwirksamkeit des Erwerbs. Der Nachteil der relativen Unwirksamkeit, so die Logik des MoMiG, wird einen Erwerber dazu anhalten, unverzüglich dafür zu sorgen, dass eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht wird.

Für die Gesellschaft ergeben sich aus einer erhöhten Richtigkeit der Gesellschafterliste keine wesentlichen Vorteile. Denn die Gesellschaft ist schon jetzt durch die Notwendigkeit der Anmeldung (§ 16 Abs. 1 GmbHG) geschützt. In der Tat bietet die erhöhte Richtigkeitsgewähr jedoch einen Vorteil für die Geschäftspartner und Gläubiger der Gesellschaft. Darüber hinaus spricht die Gesetzesbegründung davon, die Neufassung des § 16 Abs. 1 GmbHG diene dem konkreten Ziel der Missbrauchsbekämpfung sowie dem allgemeinen Anliegen, Geldwäsche zu verhindern.¹⁰ Auf welchem Wege diese Ziele durch die Neuregelung gefördert werden sollen, bleibt allerdings im Dunkeln.

Für die *M&A-Praxis* ist die Neuregelung unter dem Gesichtspunkt der *Due Diligence* zu begrüßen. Bei einer gesellschaftsrechtlichen Due Diligence ist häufig zu prüfen, ob ein bestimmter Gesellschafterbeschluss von den richtigen Personen gefasst worden ist. Das ist insbesondere wichtig bei Gesellschafterbeschlüssen mit Außenwirkung. Zu denken ist etwa an Gesellschafterbeschlüsse, die zur Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile erforderlich sind. Häufig können derartige Beschlüsse später im Rahmen einer Due Diligence nicht verlässlich darauf überprüft werden, ob sie von den richtigen Personen gefasst worden sind. Denn zur Beschlussfassung berufen sind nur die gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG als Gesellschafter angemeldeten Personen. Über die Anmeldevorgänge nach § 16 Abs. 1 GmbHG und den Zeitpunkt der Anmeldung führen viele Gesellschaften jedoch keine verlässlichen Aufzeichnungen. Das liegt auch daran, dass bislang nach § 16 Abs. 1 GmbHG die Anmeldung des Erwerbers gegenüber der Gesellschaft nicht

⁹ BR-Drs. 354/07, 57, 84.

¹⁰ BR-Drs. 354/07, 84.

zwingend schriftlich erfolgen musste.¹¹ Hier schafft die Neuregelung durch ihren formalisierenden Ansatz Abhilfe.

Allerdings ist die Neuregelung für die M&A-Praxis auch mit einem *gravierenden Nachteil* verbunden. Der ergibt sich daraus, dass im GmbH-Recht anders als im Aktienrecht künftig nur die *im Handelsregister aufgenommene* Gesellschafterliste die Legitimationsgrundlage bildet. Nach der Gesetzesbegründung ist die Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) aufgenommen ist.¹²

Mit dieser Regelung wird auf die Beteiligten (Erwerber, Veräußerer) das Risiko übergewälzt, dass es bei der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste zu *Verzögerungen* kommt, die die Beteiligten nicht zu vertreten haben. Als Verzögerungsgründe, die die Beteiligten nicht zu vertreten haben, kommen in Betracht: technische Probleme beim Notar, der für die Erstellung und Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste zuständig ist; Bearbeitungsfehler oder Bearbeitungsstau beim Notar; technische Probleme bei der Übermittlung der aktualisierten Liste zum Handelsregister; technische Probleme beim Handelsregister; Bearbeitungsfehler beim Handelsregister; Bearbeitungsstau beim Handelsregister, z.B. wegen Urlaubszeit oder gehäufter Krankheitsfälle. Die hierdurch auftretenden Verzögerungen sind alles andere als trivial. In der gegenwärtigen Praxis einzelner Handelsregister liegen *mitunter Wochen* zwischen der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste und ihrer Aufnahme in den Registerordner.

Während dieser Zeit kann der Erwerber wegen der relativen Unwirksamkeit seines Erwerbs keine Gesellschafterrechte ausüben, insbesondere keine Gesellschafterbeschlüsse fassen. Es liegt auf der Hand, dass das nicht sein kann. Aus diesem Grund hat der RegE die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 eingefügt. Danach gilt eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Nach der Gesetzesbegründung ist ein Gesellschafterbeschluss, der vor Aufnahme der aktualisierten Liste ins Handelsregister gefasst wird, zunächst schwebend unwirksam. Im Falle der unverzüglich nachfolgenden Aufnahme wird der Beschluss wirksam. Erfolgt die Aufnahme jedoch nicht unverzüglich, so ist der Beschluss endgültig unwirksam.

Diese Regelung wird den Bedürfnissen der Praxis *nicht gerecht*. Deutlich wird das am Beispiel einer Geschäftsführerbestellung nach Verkauf aller Geschäftsanteile an einer GmbH. Der Erwerber will – wie in der Praxis üblich – sofort nach Wirksamwerden der Anteilsabtretung einen neuen Geschäftsführer bestellen. Dieser wiederum soll noch im Closing-Termin namens der Zielgesellschaft die Sicherheitenverträge im Zusammenhang mit der neuen Bankfinanzierung unterzeichnen und weitere Rechtsgeschäfte abschließen. Nach § 16 Abs. 1 Satz 2

¹¹ Vgl. auch Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG (Fn. 6), § 16 Rn. 8.

¹² BR-Drs. 354/07, 85.

GmbHG-RegE ist die Geschäftsführerbestellung schwebend unwirksam. Verzögert sich nach Abschluss dieser Verträge die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste im Handelsregister so, dass das Gesetz die Aufnahme nicht mehr als „unverzüglich“ anerkennt, so führt das dazu, dass die Geschäftsführerbestellung endgültig unwirksam ist.¹³ Der unwirksam bestellte Geschäftsführer hat somit bei Unterzeichnung der Verträge als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt mit der Folge seiner persönlichen Haftung (§ 179 BGB). Dieses Ergebnis zeitigt Vorwirkungen. Zum einen wird kaum jemand bereit sein, als schwebend unwirksam bestellter Geschäftsführer Verträge namens der Gesellschaft abzuschließen. Zum anderen wird ein schwebend unwirksam bestellter Geschäftsführer, um sich nicht in die Gefahr des strafbaren Betrugs zu begeben, die Geschäftspartner darauf hinweisen müssen, dass seine Bestellung (noch) schwebend unwirksam ist. Und welcher Geschäftspartner wird bereit sein, die Zeichnung eines solchen Geschäftsführers zu akzeptieren?¹⁴

Die Regelung, dass der Erwerb der Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft die Aufnahme der Liste im Handelsregister vorsieht, ist *unverhältnismäßig*. An sich würde es völlig ausreichen, das Regelungsmodell des Aktiengesetzes zu übernehmen – Gesellschafter ist, wer in der Gesellschafterliste als solcher eingetragen ist – und zusätzlich vorzuschreiben, dass die Geschäftsführung verpflichtet ist, bei Veränderungen im Gesellschafterbestand die aktualisierte Gesellschafterliste jeweils zum Handelsregister einzureichen. Gekoppelt mit der neu geschaffenen Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom „Listengeschafter“ wären nach vernünftiger Lebenserfahrung hinreichende Anreize geschaffen, um alle Beteiligten zur zeitnahen Aktualisierung der Gesellschafterliste und deren Einreichung zum Handelsregister anzuhalten.

Wenn der Gesetzgeber aber unbedingt das Vorenthalten der Vermögens- und Verwaltungsrechte als Druckmittel für die Veröffentlichung der neuen Gesellschafterliste einsetzen will, so muss dieser Einsatz *verhältnismäßig* sein. Der vom Vorenthalten der Vermögens- und Verwaltungsrechte ausgehende Druck auf die Beteiligten ist *genauso hoch*, wenn das Gesetz nicht wie im RegE vorgesehen auf die *Aufnahme* der aktualisierten Liste im Handelsregister abstellt, sondern auf deren *Einreichung zum Handelsregister*.¹⁵ Das Druckmittel der Einreichung ist gegenüber dem Druckmittel der Aufnahme das eindeutig mildere Mittel, denn es verkürzt bei gleicher Druckwirkung den Zeitraum, in dem die Vermögens- und Verwaltungsrechte dem rechtmäßigen Inhaber vorenthalten werden. Der Wechsel von der Maßgeblichkeit der Aufnahme zur Maßgeblichkeit der Einreichung beseitigt den sachfremden Effekt, dass das Verzögerungsrisiko beim Handels-

¹³ Nur am Rande erwähnt sei, dass der Gesetzgeber damit – im Interesse der Geldwäschebekämpfung – einen neuen Grund für die Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen schafft; als gäbe es davon nicht schon genügend.

¹⁴ Die Unbestimmtheit des Merkmals „unverzüglich“ kommt erschwerend hinzu. Wo beginnt – zeitlich gesehen – das schuldhafte Zögern? Auf wessen Schuld kommt es an – ist dem Erwerber auch das Verschulden des Veräußerers zuzurechnen und umgekehrt? Ist beiden das Verschulden der Geschäftsführung (§ 40 Abs. 1 RegE) und des Notars (§ 40 Abs. 2 RegE) zuzurechnen? Wem ist das etwaige Verschulden des Handelsregisters zuzurechnen?

¹⁵ Ähnlich *Ziemons*, BB-Special 2006, Nr. 7, S. 13.

register auf die Beteiligten abgewälzt wird. Um zu gewährleisten, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Listeneinreichung dauerhaft von allen Beteiligten nachvollzogen werden kann, ist dieser vom Handelsregister zweckmäßig auf der Gesellschafterliste zu vermerken.

Der Vorschlag lautet deshalb, § 16 Abs. 1 GmbHG wie folgt zu formulieren (Änderungen markiert):

(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 in das zum Handelsregister aufgenommenen eingereichten 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 zum Handelsregister aufgenommen eingereicht wird.

Wie der Vorschlag zeigt, wird nicht einer Streichung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE das Wort geredet. Die Vorschrift verliert an Relevanz, weil der von ihr erfasste Zeitraum (bis Einreichung) verkürzt wird. Grundsätzlich sollte die Einreichung abgewartet werden, bevor Gesellschafterbeschlüsse gefasst werden. Im Regelfall erscheint dies als machbar, insbesondere in der M&A-Praxis kann die Einreichung der neuen Gesellschafterliste über eine entsprechende Einbindung des Notars im Closing erfolgen. Wird es im Ausnahmefall gleichwohl erforderlich, eine Rechtshandlung nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE vor Einreichung der neuen Liste vorzunehmen, so sollte die Rechtshandlung nach Einreichung vorsichtshalber wiederholt werden.

b) Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste

Die Gesellschafterliste wird auch künftig im Grundsatz von der Geschäftsführung geführt (§ 40 Abs. 1 GmbHG-RegE). Änderungen in der Gesellschafterliste erfolgen auf „Mitteilung und Nachweis“. Das orientiert sich am Wortlaut des § 67 Abs. 3 AktG, so dass der dazu entwickelte Meinungsstand auf die Neuregelung übertragen werden kann. Praktisch soll die aktualisierte Gesellschafterliste jedoch künftig in den meisten Fällen durch die *Notare* erstellt und eingereicht werden. § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE sieht dazu vor, dass in Fällen, in denen ein Notar an der Veränderung der Anteilsverhältnisse mitgewirkt hat, der Notar die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen hat. Die Formulierung „anstelle“ soll nach der Gesetzesbegründung klarstellen, dass die Erstellung und Einreichung der Liste in diesen Fällen allein im Verantwortungsbereich des Notars liegt.¹⁶

Die vom Notar eingereichte Liste muss mit der Bescheinigung 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 (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE). Die Einbindung des Notars in die Erstellung und Einreichung

¹⁶ BR-Drs. 354/07, 100.

der Liste mitsamt Bescheinigung bezweckt, die Richtigkeitsgewähr der Liste zu erhöhen.¹⁷

aa) Die Einreichung der Liste bei aufschiebend bedingter Abtretung

Der *einfache Fall* ist der, dass die beurkundete Abtretung sofort wirksam wird. In diesem Fall kann der Notar die Gesellschafterliste und die Bescheinigung sogleich erstellen und zum Handelsregister einreichen. Das gilt nach der ausdrücklichen Regelung in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG-RegE ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe. Zu denken ist hier insbesondere an den – in der M&A-Praxis eher seltenen – Fall der auflösend bedingten oder befristeten Abtretung.

Was gilt indes für den Fall, dass die Abtretung mit Beurkundung noch nicht wirksam wird? Wichtigster Anwendungsfall und für die M&A-Praxis der Regelfall ist hier die *aufschiebend bedingte Abtretung*. Weitere wichtige Fälle aus der M&A-Praxis sind die zustimmungsbedürftige Abtretung (z.B. notwendige Zustimmung der Gesellschaft oder von Mitgesellschaftern sowie die Abtretung, die zunächst einem gesetzlichen Vollzugsverbot (z.B. aus § 41 GWB) unterliegt.¹⁸

Bei der aufschiebend bedingten Abtretung ist zunächst an den typischen Fall des Unternehmenskaufs im Wege eines Share Deal zu denken: Das Signing erfolgt regelmäßig durch notarielle Beurkundung des (unbedingten) Kaufvertrags und der auf den Eintritt sämtlicher Closing-Bedingungen aufschiebend bedingten Abtretung. Anschließend werden die Closing-Bedingungen abgearbeitet. Sodann treffen sich die Parteien zum Closing-Termin, in dem die letzten Closing-Handlungen einschließlich der Kaufpreiszahlung vorgenommen werden. Mit Eintreffen des Kaufpreises auf dem Bankkonto des Veräußerers wird die Abtretung wirksam. Die Erfüllung aller Closing-Verpflichtungen und die Zahlung des Kaufpreises werden in einem Closing-Memorandum allseitig bestätigt. Bedarf eine der Closing-Handlungen der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung, so wird ein Notar beim Closing-Termin anwesend sein. In zahlreichen Fällen erfolgt das Closing jedoch ohne Beteiligung eines Notars. Wer hat in diesen Fällen die neue Gesellschafterliste zu erstellen und einzureichen: der Notar oder die Geschäftsführung?

Die Unterscheidung in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG-RegE zwischen der Mitwirkung des Notars und dem Wirksamwerden sowie der allgemeine Zweck der Vorschrift, die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste durch Einbindung des Notars zu erhöhen, sprechen dafür, dass der Geschäftsnotar auch bei der aufschiebend bedingten Anteilsabtretung für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zuständig ist. In der M&A-Praxis wird der Geschäftsnotar künftig die Parteien durch entsprechende Formulierung in der Urkunde dazu anhalten, dass sie ihm durch gemeinsame schriftliche Erklärung mitteilen, dass sämtliche Vollzugshindernisse (z.B. aufschiebende Bedingungen, notwendige Zustimmungen, gesetzliche Vollzugsverbote) beseitigt sind. Entsprechend dem Gedanken

¹⁷ BR-Drs. 354/07, 100.

¹⁸ Die ebenfalls hierunter fallende aufschiebend befristete Abtretung hat dagegen für die M&A-Praxis keine nennenswerte Bedeutung.

des § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE, dass die Änderung der Gesellschafterliste „auf Mitteilung und Nachweis“ erfolgt, sowie im Hinblick auf die vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE zu erstellende Bescheinigung wird sich der Notar mit der bloßen Mitteilung einer Partei, dass alle Wirksamkeitshindernisse beseitigt sind, indes nicht zufriedengeben können.¹⁹

Vielmehr wird er von den Parteien den *Nachweis* verlangen müssen, dass sämtliche Vollzugshindernisse beseitigt sind.²⁰ Für die Praxis wichtig ist, wie dieser Nachweis im Einzelnen zu erbringen ist. Der Regierungsentwurf enthält hierzu keine näheren Vorgaben. Es bleibt – im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens – dem Listenersteller überlassen, welche Beweismittel er für sein Gutachten heranzieht.²¹

Es erscheint insoweit vertretbar, als Nachweis die übereinstimmende Erklärung von Veräußerer und Erwerber ausreichen zu lassen, dass alle Vollzugshindernisse beseitigt sind und die Abtretung wirksam geworden ist; das gilt jedenfalls für den Regelfall der M&A-Praxis, dass die Parteien rechtlich beraten sind. Dahinter steht die Überlegung, dass der Notar den Erklärungen der – rechtlich beratenen – Parteien nicht grundsätzlich misstrauen muss. Hinzu kommt die praktische Überlegung, dass in aller Regel zumindest eine Partei einen Anreiz haben wird, eine solche Erklärung nicht abzugeben, wenn sie Grund zu der Annahme hat, dass die Abtretung noch nicht wirksam geworden ist.

Gleichfalls vertretbar erscheint jedoch, wenn der Notar „harte“ Nachweise verlangt, die über die übereinstimmende Erklärung aller Parteien hinausgehen. Er kann von den Parteien die Vorlage von Dokumenten (und ggf. anderen Beweismitteln) verlangen, aus denen sich ergibt, dass die Vollzugshindernisse beseitigt sind. Bei manchen Vollzugshindernissen ist das einfach möglich. Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung kann beispielsweise durch Vorlage entsprechender Bankauszüge belegt werden oder durch Vorlage einer Bestätigung des Verkäufers über den Erhalt des Kaufpreises. Ähnliches gilt für die Vorlage wirksamkeitserforderlicher Zustimmungen. Bei anderen Vollzugshindernissen liegt der richtige Nachweis dagegen nicht ohne weiteres auf der Hand. Das gilt insbesondere bei negativen Vollzugshindernissen. Beispiel ist die in Unternehmenskaufverträgen mitunter zu findende aufschiebende Bedingung, dass sich die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage der Zielgesellschaft sowie deren Geschäftsaussichten zwischen Signing und Closing nicht nachhaltig verschlechtern (Material Adverse Change). Hier wird dem Notar kaum eine andere Möglichkeit bleiben, als sich zum Nachweis auf eine entsprechende übereinstimmende Erklärung beider Parteien zu verlassen.

Erklären die Parteien übereinstimmend gegenüber dem Notar, dass sämtliche aufschiebenden Bedingungen eingetreten sind, wird der Notar weiter gehende Nachweise allerdings nicht verlangen können, soweit in der Erklärung der Verzicht auf den Eintritt aufschiebender Bedingungen zu sehen ist und die aufschie-

¹⁹ Ähnlich Bohrer, DStR 2007, 995 (1000).

²⁰ Ähnlich Bohrer, DStR 2007, 995 (1000).

²¹ Bohrer, DStR 2007, 995 (1000).

bende Bedingung nicht nur der Mantel für ein Wirksamkeitshindernis sui generis ist, wie etwa die aufschiebende Bedingung der Kartellfreigabe.²²

Gerade weil der Geschäftsnotar in der Frage, welche Nachweise er verlangt, einen Ermessensspielraum hat, gilt für die M&A-Praxis die *dringende Empfehlung*, bereits vor Beurkundung des Unternehmenskaufvertrags die Wirksamkeitshindernisse mit dem Geschäftsnotar im Detail durchzugehen und zu klären, welche Anforderungen der Notar an den Nachweis ihrer Beseitigung stellt. Diese Anforderungen sind dann in das Programm des Unternehmensverkaufs aufzunehmen, beispielsweise in Gestalt der Verpflichtung, bestimmte Erklärungen abzugeben oder Unterlagen vorzulegen. Das gilt besonders in der Anfangszeit nach Inkrafttreten des MoMiG, solange sich noch keine notariellen Standards hinsichtlich der vorzulegenden Nachweise herausgebildet haben. Andernfalls droht den Parteien, beim Closing die unangenehme Entdeckung zu machen, dass die vom Notar geforderten Nachweise nicht vorliegen.

bb) Der Inhalt der notariellen Bescheinigung

Nach § 40 Abs. 1 Satz 3 RefE sollte der Notar die von ihm eingereichte Gesellschafterliste mit der Bescheinigung versehen, „dass er an den Veränderungen mitgewirkt hat und die geänderte Liste den Geschäftsführern übermittelt hat, die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste infrage stellt“. Das klingt danach, als müsse der Geschäftsnotar eine umfassende Legal Opinion zur Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Abtretung abgeben.

Zurückhaltender verlangt nunmehr § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE, die Liste müsse mit der Bescheinigung 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“.

Die Aussagekraft dieser Bescheinigung unterscheidet sich bei Lichte betrachtet nicht wesentlich von der (konkludenten) Aussagekraft der Tatsache, dass der Notar eine von ihm erstellte und unterzeichnete Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht; von daher hätte man sich die Bescheinigung auch sparen können. In beiden Fällen ist die Erklärung des Notars nicht als absolute Richtigkeitsgarantie zu verstehen. Der Erklärungsgehalt der Bescheinigung ist vielmehr unter dem Vorbehalt zu verstehen, dass der Notar die Bescheinigung nach seinem *besten Wissen* abgibt, wobei der Sorgfaltsmaßstab für das beste Wissen die rechtlichen Anforderungen (i) an eine ordnungsmäßige Beurkundung und ggf. (ii) an eine ordnungsmäßige Prüfung des Wegfalls etwaiger (bekannter) Wirksamkeitshindernisse unter Berücksichtigung des diesbezüglichen Ermessensspielraums sind.

cc) Die Vergütung des Notars für die Erstellung und Einreichung der neuen Gesellschafterliste

Wenn die Neuregelung in § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE beim Notar zu Mehraufwand führt, stellt sich die Frage, ob der Notar für diesen Mehraufwand eine

²² Ziemons, BB-Special 2006, Nr. 7, S. 11.

zusätzliche Vergütung verlangen kann und wenn ja in welcher Höhe. Diese Frage wird in der Begründung zum RegE nicht angeschnitten, kann aber bei signifikanten Transaktionswerten für die M&A-Praxis durchaus von Bedeutung sein.

Die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste erfolgt schon heute in vielen Fällen durch den Notar, freilich mit dem Unterschied, dass der Notar die Liste nicht selbst unterschreibt, sondern von der Geschäftsführung unterschreiben lässt. Ein Mehraufwand kann jedoch in Fällen entstehen, in denen die Abtretung wegen (offener) Wirksamkeitshindernisse (aufschiebende Bedingungen, erforderliche Zustimmungen) nicht mit Beurkundung wirksam wird. Denn hier muss der Notar vor Einreichung der Liste prüfen, ob die Wirksamkeitshindernisse beseitigt sind. Erhält er diesbezüglich keine übereinstimmende Erklärung der Parteien oder gibt er sich damit für seine Prüfung nicht zufrieden und verlangt weiter gehende Belege, so kann die Prüfung für den Notar durchaus realen Mehraufwand bedeuten.

Grundsätzlich sollte davon ausgegangen werden, dass die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste mitsamt Bescheinigung ein Nebengeschäft im Sinne von § 35 KostO ist, für das keine weiteren Gebühren anfallen.

c) Die Zukunft der Auslandsbeurkundung

In der M&A-Praxis spielt die Auslandsbeurkundung von Anteilsabtretungen traditionell eine bedeutende Rolle. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die Beurkundungen durch Schweizer Notare, namentlich solche mit Baseler Amtssitz. Zwar hat die seit 2004 geltende Deckelung des Geschäftswerts auf EUR 60 Mio. in § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO dafür gesorgt, dass Transaktionen mit einem sehr hohen Geschäftswert wieder in Deutschland beurkundet werden. Es bleibt jedoch ein bedeutender Bereich, in dem es sich für die Parteien lohnt, die Transaktion in der Schweiz beurkunden zu lassen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich die Aufwertung der Gesellschafterliste auf die Auslandsbeurkundung auswirkt. In der Begründung des RegE wird lediglich im Zusammenhang mit § 16 Abs. 1 GmbHG-RegE auf die Auslandsbeurkundung eingegangen. Dort heißt es, die Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG-RegE diene dazu, Transparenzlücken z.B. bei der Auslandsbeurkundung zu schließen.²³ Die Begründung führt nicht näher aus, worin diese Lücken bestehen und wie sie durch das MoMiG geschlossen werden. Vereinzelt wurde die Formulierung dahingehend verstanden, das MoMiG könne die Abschaffung der Auslandsbeurkundung im Sinn haben.²⁴ Das ist nicht der Fall. Gemeint dürfte vielmehr sein, dass die bereits bestehende Verpflichtung des Notars, Anteilsabtretungen dem Handelsregister anzuzeigen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), bei Auslandsbeurkundungen ins Leere läuft und deshalb – ungeachtet der Verpflichtung der Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG – keine Gewähr besteht, dass das Handelsregister von diesen Abtretungen erfährt. Diese Lücke wird dadurch geschlossen, dass § 16 Abs. 1 GmbHG-RegE den Erwerb der

²³ BR-Drs. 354/07, 84.

²⁴ Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1846.

Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft daran knüpft, dass die aktualisierte Gesellschafterliste ins Handelsregister aufgenommen worden ist.²⁵ Diese Verknüpfung, so die Logik des MoMiG, wird künftig dafür sorgen, dass in den meisten Fällen der Auslandsbeurkundung die neue Gesellschafterliste unverzüglich zum Handelsregister eingereicht wird. Insofern ist festzuhalten, dass in der Begründung zu § 16 GmbHG-RegE die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung auch für die Zukunft vorausgesetzt und damit implizit bestätigt wird!

Zu klären bleibt, wer bei der Auslandsbeurkundung für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zuständig ist. In der Begründung zu § 40 GmbHG-RegE finden sich dazu keine Hinweise. Eine Zuständigkeit des (ausländischen) Geschäftsnotars kommt nicht infrage, begründet doch § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE eine (öffentlich-rechtliche) Ermächtigung und Verpflichtung:²⁶ Der Gesetzgeber ermächtigt und verpflichtet den Geschäftsnotar, anstelle der Geschäftsführung eine Gesellschafterliste zu erstellen und mitsamt Bescheinigung einzureichen. Da der deutsche Gesetzgeber nur inländische Notare öffentlich-rechtlich ermächtigen und verpflichten kann, richtet sich § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE nur an *inländische Notare*.

Mangels Anwendbarkeit des § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE ist deshalb in Fällen der Auslandsbeurkundung die *Geschäftsführung* für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zuständig.²⁷ Dieses Ergebnis steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum rechtspolitischen Anliegen der MoMiG-Verfasser, die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste durch Einbindung des Notars zu erhöhen. Es ist deshalb zu überlegen, § 40 Abs. 2 GmbHG-RegE im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens so zu ergänzen, dass bei Auslandsbeurkundungen die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführung erfolgt, die Liste jedoch mit einer vom Geschäftsnotar verfassten Bescheinigung der in § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE genannten Art versehen sein muss. Dementsprechend wird vorgeschlagen, § 40 Abs. 2 GmbHG wie folgt zu fassen (Änderungen markiert):

(2) Hat ein inländischer 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. Hat ein Notar an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt, so muss die 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.

Notar im Sinne dieser Fassung des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E ist der inländische Notar bei der Inlandsbeurkundung und der ausländische Notar bei der Auslandsbeurkundung. Die Norm richtet sich nicht an den Notar, sondern an

²⁵ Nur so erklärt sich, dass die zitierte Passage in der Begründung des § 16 Abs. 1 RegE zu finden ist.

²⁶ Ähnlich Bohrer, DStR 2007, 995 (1000).

²⁷ So auch der Deutsche Notarverein in seiner Stellungnahme zum MoMiG vom 22. September 2006, abgedruckt in notar 2006, 154.

den zuständigen Listeneinreicher. Bei der Inlandsbeurkundung ist das der Notar, bei der Auslandsbeurkundung die Geschäftsführung.

d) Der Inhalt der Gesellschafterliste

Die Gesellschafterliste wird sich in Zukunft darin ändern, dass die Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste durchgehend zu nummerieren sind. Da das mit dem MoMiG neu geschaffene Einführungsgesetz zum GmbHG (EGGmbHG) für die Änderungen des § 40 GmbHG keine Übergangsvorschrift vorsieht, gilt das Erfordernis der durchgehenden Nummerierung aber nur für Gesellschafterlisten, die nach Inkrafttreten des MoMiG zum Handelsregister eingereicht werden. Insofern besteht keine Notwendigkeit, mit Inkrafttreten des MoMiG für alle Altgesellschaften neue Gesellschafterlisten einzureichen.

III. Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen

Abweichend von dem bislang geltenden Grundsatz, dass Rechte mangels Rechtsscheinträger grundsätzlich nur dann erworben werden können, wenn der Veräußerer auch wirksam Inhaber dieser Rechte ist, macht das MoMiG jetzt für den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen durch einen gutgläubigen Dritten eine Ausnahme.²⁸

Gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE kann der Erwerber einen GmbH-Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam von einem Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des GmbH-Geschäftsanteils in der im elektronischen Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nach Satz 2 nicht, wenn die Gesellschafterliste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist, und nach Satz 3 nicht, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt oder der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet ist.

1. Intention des Gesetzgebers

Mit der Einführung dieses Gutgläubenserwerbs hat der Gesetzgeber den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen insoweit vereinfachen wollen, als der Erwerber – insbesondere bei älteren Gesellschaften – nicht gezwungen sein soll, zuvor die gesamte Gesellschafterkette von der unter Umständen jahrzehntelang zurückliegenden Gründung bis zum geplanten Erwerb zu überprüfen.²⁹ Der Erwerber von GmbH-Geschäftsanteilen soll sich unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE durch einen einfachen Blick ins Handelsregister darauf verlassen

²⁸ Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen bestand bislang nur beim Erwerb vom Scheinerben gemäß § 2366 BGB.

²⁹ BR-Drs. 354/07, 57, 87.

können dürfen, dass der dort aufgeführte Gesellschafter grundsätzlich auch verfügungsberechtigt ist. Geschützt wird somit nach § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung auf Basis der Eintragung der im elektronischen Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste.³⁰

2. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Erwerb vom Nichtberechtigten

Geschützt ist der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten. Nichtberechtigter ist in Anlehnung an § 185 Abs. 1 BGB, wer über einen GmbH-Geschäftsanteil verfügt, ohne die dafür erforderliche (dingliche) Verfügungsmacht über die GmbH-Geschäftsanteile zu haben. Hervorzuheben ist, dass es auch hierbei – wie in § 185 Abs. 1 BGB – nicht notwendig auf die Rechtsinhaberschaft hinsichtlich der GmbH-Geschäftsanteile, sondern auf die Verfügungsberechtigung ankommt.³¹

b) Erwerb durch Rechtsgeschäft

Geschützt ist nur der rechtsgeschäftliche Erwerb vom Nichtberechtigten. Nicht geschützt ist damit insbesondere der Erwerb kraft Hoheitsakts sowie der Erwerb kraft Gesamtrechtsnachfolge (insbesondere bei Tod eines Gesellschafters oder bei Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz).

c) Erwerb vom Listengesellschafter

Gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE ist weitere Tatbestandsvoraussetzung die Eintragung des Anteilsveräußerers in der beim Registergericht eingereichten und aufgenommenen Gesellschafterliste. Dieser Wortlaut bedingt nicht nur die Eintragung des Veräußerers in die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste, sondern auch die fehlerfreie Übernahme der elektronisch eingereichten Gesellschafterliste. Sofern zukünftig auch bei älteren Gesellschaften eine Abfrage der Gesellschafterliste elektronisch möglich sein wird, sollte die Abfrage über das Internet durch einen Ausdruck der elektronisch abgefragten Gesellschafterliste und durch eine Abspeicherung des Abfrageergebnisses gesichert werden.

Des Weiteren bedingt diese Tatbestandsvoraussetzung, dass die zum Handelsregister eingereichte Liste der Gesellschaft zuzurechnen sein muss. Daran fehlt es etwa dann, wenn die Liste durch einen fremden Dritten gefälscht und zum Handelsregister eingereicht worden ist.³² Um diese Unsicherheit auszuschließen, ist

³⁰ BR-Drs. 354/07, 88.

³¹ BR-Drs. 354/07, 88.

³² Dazu Bohrer, DStR 2007, 995 (1000). Im Zusammenhang mit der notwendigen Zurechnung stellt sich die interessante Frage, ob die Liste der Gesellschaft zuzurechnen ist, wenn sie durch einen unwirksam bestellten Geschäftsführer eingereicht worden ist. Ist diese Frage zu verneinen, so kann auch der notariell beglaubigten Liste nicht ohne weiteres vertraut werden.

der Vorschlag zu begrüßen, dass die Einreichung der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführung künftig in notariell beglaubigter Form erfolgen muss.³³

d) Existenz des Geschäftsanteils

Die Begründung zum RegE stellt klar, dass nichtexistente Geschäftsanteile nicht gutgläubig erworben werden können.³⁴ Es stellt sich die Frage, was in diesem Sinne nichtexistente Geschäftsanteile sind, die gleichwohl ihren Weg in die Gesellschafterliste gefunden haben. Zu denken ist zum Ersten an Anteile, die im Rahmen einer nichtigen Gründung oder einer nichtigen Kapitalerhöhung geschaffen worden sind. Zum Zweiten ist an Anteile zu denken, die zwischenzeitlich vernichtet worden sind, insbesondere durch eine Einziehung, die noch nicht in der Gesellschafterliste abgebildet ist. Zum Dritten stellt sich die Frage, ob Geschäftsanteile gutgläubig erworben werden können, die in anderer Stückelung existieren als in der Gesellschafterliste angegeben.³⁵

e) Darlegungs- und Beweislast

Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE hat der Erwerber der GmbH-Geschäftsanteile darzulegen und zu beweisen, da es sich hierbei nach der allgemeinen Beweislastregel um einen für ihn günstigen Umstand handelt.

3. Ausnahmen

Problematisch hingegen sind die weitreichenden Ausnahmen in § 16 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG-RegE.

a) Gesellschafterliste weniger als drei Jahre unrichtig bei fehlender Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit

Der Gutglaubenserwerb nach § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE gilt dann nicht, wenn die Gesellschafterliste „zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit den Berechtigten nicht zuzurechnen ist“. Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung dem wahren Berechtigten drei Jahre nach Eintritt der Unrichtigkeit Zeit geben, entweder auf eine Korrektur der Gesellschafterliste hinzuwirken oder einen Widerspruch zur Gesellschafterliste beim Registergericht zu veranlassen. Problematisch hierbei ist zunächst, dass die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ein Umstand ist, der sich in der Regel nicht aus der Liste selbst, sondern aus anderen – häufig nicht dem Handelsregister zu entnehmenden – Dokumenten ergibt. Unrichtig wird eine Gesellschafterliste in der Regel durch einen außerhalb des Handelsregisters liegenden Vorgang, wie beispielsweise der dinglichen Übertragung oder

³³ So auch die Stellungnahme des Bundesrats, vgl. BR-Drs. 354/07 (Beschluss), 14, 17.

³⁴ BR-Drs. 354/07, S. 88.

³⁵ Vgl. dazu schon *Ziemons*, BB-Special 2006, Nr. 7, S. 9, 11; für die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs in derartigen Fällen *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565.

der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen. Hinzu kommt, dass der Erwerbsinteressent nicht die seit mehr als drei Jahren bestehende Unrichtigkeit durch eine entsprechende Prüfung ermitteln kann, ohne dass er dadurch bösgläubig wird und aus diesem Grund die Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs verliert. Ähnlich liegt es bei der zweiten Voraussetzung des § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE, dass die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen sein darf. Der Erwerbsinteressent, der weiß, dass die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist, weiß damit zugleich, dass der Listengesellschafter nicht der wahre Berechtigte ist, ist mit diesem Wissen bösgläubig und kann infolgedessen nicht gutgläubig erwerben.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass der Erwerber keine Möglichkeit hat festzustellen, ob im konkreten Fall überhaupt ein gutgläubiger Erwerb möglich ist oder ob ggf. die Voraussetzungen der Ausnahme vom gutgläubigen Erwerb vorliegen. Das ist eine ziemlich löchrige Variante des gutgläubigen Erwerbs.

b) Kenntnis der mangelnden Verfügungsberechtigung

Ein gutgläubiger Erwerb der GmbH-Geschäftsanteile scheidet nach § 16 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 GmbHG-RegE ebenso aus, wenn der Erwerber Kenntnis von der mangelnden Verfügungsberechtigung des Veräußerers hatte oder ihm die mangelnde Berechtigung infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Das ist eine Verschärfung gegenüber dem RefE, der die Bösgläubigkeit nur für den Fall vorsah, dass der Erwerber positive Kenntnis von der mangelnden Verfügungsberechtigung hatte. Ist auch die grobe Fahrlässigkeit schädlich, stellt sich die Frage, ob der Verzicht auf die Durchführung einer Due Diligence auf die Anteilschette als grobe Fahrlässigkeit zu werten ist.³⁶ Diese Frage wird im Hinblick auf die Zielsetzung des MoMiG, den Erwerber von der Last einer aufwendigen Due Diligence zu entlasten, zu verneinen sein. Ob die Erwerber auf diese Prüfung künftig tatsächlich verzichten werden, erscheint im Hinblick auf die durch die Tatbestandsvoraussetzungen sowie durch § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-RegE bedingten Schutzlücken indessen mehr als fraglich.

Eine wichtige Detailfrage, die sich nicht alleine aus der Parallele zum Grundstücksrecht beantworten lässt, betrifft den maßgeblichen Zeitpunkt beim gestreckten Erwerb, insbesondere beim aufschiebend bedingten Erwerb: Kommt es für die Bösgläubigkeit auf das Wissen im Zeitpunkt der Abtretungserklärung oder auf das Wissen im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an? Richtigerweise dürfte auf den Zeitpunkt der Abtretungserklärung abzustellen sein.

c) Eintragung eines Widerspruchs

Ein gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-RegE ist schließlich auch dann ausgeschlossen, wenn im elektronischen Handelsregister gemäß § 16 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 GmbHG-RegE ein Widerspruch „zugeordnet“ ist. Ist also im

³⁶ Dazu Müller, GmbHR 2006, 953 (956) m. w. N.

elektronischen Handelsregister ein Widerspruch zur Gesellschafterliste eingetragen, scheidet ein gutgläubiger Erwerb in Anlehnung an § 899 Abs. 2 BGB insgesamt aus. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 4 GmbHG-RegE kann die Eintragung eines Widerspruchs nur aufgrund der Bewilligung des Widerspruchsgegners oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung durch Glaubhaftmachung des Bestehens eines anderen Gesellschafterverhältnisses zur GmbH oder einer Verfügungsbeschränkung erfolgen. Durch den Widerspruch wird die Gutgläubenswirkung der Liste zerstört. Damit wird jedoch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten genommen, seinen GmbH-Geschäftsanteil zu übertragen.³⁷

Beim Widerspruch ebenso wie bei der Bösgläubigkeit stellt sich die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt beim gestreckten Erwerb, insbesondere beim aufschiebend bedingten Erwerb: Kommt es hier für die Relevanz des Widerspruchs auf den Zeitpunkt der Abtretungserklärung oder auf den Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an? Richtigerweise dürfte auf den Zeitpunkt der Abtretungserklärung abzustellen sein.

d) Darlegungs- und Beweislast

Bei den Ausnahmetatbeständen trägt der Berechtigte die Darlegungs- und Beweislast für die für ihn günstigen Umstände nach allgemeinen Beweislastregeln.

4. Umfang des gutgläubigen Erwerbs

Der Gutgläubenschutz erstreckt sich (nur) auf die Verfügungsbefugnis des Listengesellschafters. Sie bezieht sich insbesondere nicht auf die Lastenfreiheit des erworbenen Geschäftsanteils. Insbesondere Pfandrechte bleiben vom gutgläubigen Erwerb des Geschäftsanteils unberührt. Auch das schmälert den wirtschaftlichen Wert der Möglichkeit, einen GmbH-Anteil gutgläubig erwerben zu können.

Umgekehrt begründet § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-RegE ausdrücklich die Möglichkeit, Rechte an Geschäftsanteilen gutgläubig zu erwerben. Mit Rechten im Sinne der Vorschrift dürften lediglich dingliche Rechte gemeint sein, also Pfandrecht und Nießbrauch.

5. Nachteile des gutgläubigen Erwerbs

Der gutgläubige Erwerb ist natürlich in erster Linie für den (wahren) Berechtigten nachteilig, der durch den gutgläubigen Erwerb sein dingliches Recht verliert und im Regelfall auf Kondiktionsansprüche verwiesen wird (§ 816 BGB). Dieser Nachteil ist jedoch unumgänglich und wird vom Gesetzgeber sehenden Auges in Kauf genommen.

Ein weiterer Nachteil, von dem bislang keine Notiz genommen worden ist, besteht in der verminderten Schutzwirkung des § 161 Abs. 1 und 2 BGB. Bislang wird der aufschiebend oder auflösend bedingte Erwerb von Geschäftsanteilen durch diese Vorschrift verlässlich geschützt. Dieser Schutz steht jedoch nach all-

³⁷ BR-Drs. 354/07, S. 89.

gemeinen Grundsätzen unter dem Vorbehalt der Bestimmungen zum gutgläubigen Erwerb (§ 161 Abs. 3 BGB). Im Grundstücksrecht bietet das Institut der Vormerkung einen gewissen Ausgleich. Die Vormerkung ist im GmbH-Recht nicht vorgesehen. Um – insbesondere auch in der M&A-Praxis – einen vergleichbaren Schutz zu erlangen, steht nur das Instrument des Widerspruchs zur Verfügung. Der Widerspruch zerstört die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs und beseitigt somit die Wirkung des § 161 Abs. 3 BGB. Da der Widerspruch mit Zustimmung des Listengeschafters unabhängig von der Unrichtigkeit der Liste eingetragen werden kann, ist die Möglichkeit zu erwägen, in M&A-Transaktionen unmittelbar nach dem Signing einen Widerspruch in der Liste eintragen zu lassen mit dem Ziel, den gutgläubigen Erwerb Dritter unmöglich zu machen. Vom maßgeblichen Zeitpunkt für die Schädlichkeit des Widerspruchs hängt dann freilich ab, ob man sich mit der Eintragung eines solchen Widerspruchs selbst schadet.

IV. Die Deregulierung der verdeckten Sacheinlage

Es ist vorbehaltlos zu begrüßen, dass sich die MoMiG-Verfasser im zweiten Wurf des Problems der verdeckten Sacheinlage angenommen haben.³⁸ Das Verbot der verdeckten Sacheinlage ist bislang nicht kodifiziert, sondern von der Rechtsprechung aus den gesetzlichen Vorschriften zur Sacheinlage bei Gründung einer Kapitalgesellschaft bzw. bei Kapitalerhöhungen entwickelt worden. Ziel des Instituts ist der Umgehungsschutz. Die Einleger sollen an der Umgehung der Sacheinlagevorschriften gehindert werden. Im Bestreben, den Umgehungsschutz zu perfektionieren und möglichst jede Gestaltung zu erfassen, die ihrer Art nach für eine Umgehung in Betracht käme, hat die Rechtsprechung mit der Zeit den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage immer weiter ausgedehnt und die Rechtsfolgen immer weiter verschärft. Das Ergebnis ist, dass das Verbot der verdeckten Sacheinlage heute das Schreckgespenst des deutschen Kapitalaufbringungsrechts ist.

In letzter Zeit sind auch in der Rechtsprechung Tendenzen erkennbar, beim Verbot der verdeckten Sacheinlage zumindest tatbestandlich etwas mehr Zurückhaltung an den Tag zu legen.³⁹ Das ist begrüßenswert, ändert aber nichts an den überaus harten Sanktionen von Verstößen gegen das Verbot der verdeckten Sacheinlage.

1. Derzeitige Rechtslage

Der von der Rechtsprechung entwickelte Tatbestand der verdeckten Sacheinlage wird in § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG-RegE zutreffend wiedergegeben: Danach liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn „eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit

³⁸ Vgl. dazu auch *Veil*, ZIP 2007, 1241; *Wirsch*, GmbHR 2007, 736; *Bormann*, GmbHR 2007, 897 (900); *Drygala*, NZG 2007, 561 (563); Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 735, 739.

³⁹ Vgl. jüngst BGH v. 12. 2. 2007 – II ZR 272/05, DStR 2007, 541.

der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten“ ist. Kennzeichnend für die verdeckte Sacheinlage ist somit regelmäßig ein Nebeneinander von (Bar-)Kapitalmaßnahme und Verkehrsgeschäft zwischen Gesellschaft und (Bar-)Einleger.

Für die Praxis des Unternehmenskaufs ist das Problem der verdeckten Sacheinlage von besonderer Bedeutung, wenn sich einer der Unternehmensverkäufer an der Erwerbengesellschaft direkt oder indirekt (rück-)beteiligt und dieser Vorgang im Zusammenhang mit der Gründung der Erwerbengesellschaft oder einer Kapitalerhöhung bei der Erwerbengesellschaft erfolgt. Das Verkehrsgeschäft, das hier neben der Kapitalmaßnahme liegt, ist der Unternehmenskauf.

Nach geltendem Recht ist die verdeckte Sacheinlage ein Gesetzesverstoß. Sacheinlagen sind bei Gründung oder Kapitalerhöhung als solche auszuweisen und unter Beachtung der anwendbaren Formvorschriften zu erbringen. Verstöße gegen dieses Gebot werden mindestens fünffach sanktioniert. Die erste Sanktion besteht darin, dass die versprochene Bareinlage als nicht geleistet gilt. Die zweite und in M&A-Fällen häufig härteste Sanktion besteht darin, dass das Verkehrsgeschäft – dort also der Unternehmenskaufvertrag – analog § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG in seinem schuldrechtlichen und dinglichen Teil nichtig ist. Die dritte Sanktion ist die persönliche Haftung des Geschäftsführers (§§ 9a Abs. 1 und 3; 57 Abs. 4 i.V.m. 9a Abs. 1 und 3, 43 Abs. 2 GmbHG). In Fällen vorsätzlichen Handelns kommt als vierte Sanktion seine Strafbarkeit hinzu (§ 82 Abs. 1 Nr. 1, 3 GmbHG). Als fünfte Sanktion ist schließlich die Ausfallhaftung der Gesellschafter zu berücksichtigen (§ 24 GmbHG).

Die M&A-Praxis hat nach Gestaltungen gesucht, um das Problem der verdeckten Sacheinlage bei der Rückbeteiligung des Unternehmensverkäufers zu umschiffen. Welche dieser Gestaltungen tatsächlich geeignet sind, dem Tatbestand der verdeckten Sacheinlage verlässlich auszuweichen, soll hier nicht näher erörtert werden.⁴⁰ Tatsache ist jedenfalls, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Strukturen mit dem Problem der verdeckten Sacheinlage behaftet sein dürfte.

2. Künftige Rechtslage

Wie bereits erwähnt, kodifiziert das MoMiG den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage. Die gewählte Umschreibung ist indes so offen, dass die weitere Rechtsentwicklung durch die Kodifizierung nicht gehindert sein sollte.⁴¹ Aus dem Willen des Gesetzgebers, den bisherigen Stand der Rechtsprechung zum Tatbestand der verdeckten Sacheinlage gesetzlich zu verankern, ergibt sich, dass die gesamte bisherige Rechtsprechung zum Tatbestand der verdeckten Sacheinlage künftig von unveränderter Bedeutung sein wird.

Die wesentliche Änderung betrifft die Rechtsfolgen. In ersten Stellungnahmen hierzu liest man mitunter, die verdeckte Sacheinlage solle „legalisiert“ werden.⁴² Das ist zu pauschal. Die verdeckte Sacheinlage kann zwar nicht mehr

⁴⁰ Vgl. dazu *Wächter*, GmbHR 2006, 1084; *Bunnemann*, NZG 2005, 955.

⁴¹ BR-Drs. 354/07, 92/93.

⁴² *Wirsch*, GmbHR 2007, 736.

per se als Gesetzesverstoß angesehen werden. Es bleibt jedoch die Unzulässigkeit der verdeckten Sacheinlage, die nicht voll werthaltig ist.

In ihren *primären Rechtsfolgen* wird die verdeckte Sacheinlage künftig im Grundsatz wie eine offene Sacheinlage behandelt. Die verdeckte Sacheinlage hat Erfüllungswirkung (§ 19 Abs. 4 GmbHG-RegE). Jedoch gilt eine Differenzhaftung, soweit der Wert der Sacheinlage nicht dem Wert der übernommenen Stammeinlage entspricht. In einem wesentlichen Punkt unterscheidet sich in dessen die verdeckte Sacheinlage von der offenen Sacheinlage auch bei den primären Rechtsfolgen: Bei der offenen Sacheinlage liegt im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Wert der Sacheinlage nicht der übernommenen Stammeinlage entspricht, bei der Gesellschaft. Bei der verdeckten Sacheinlage wird die Darlegungs- und Beweislast umgekehrt: Nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG-RegE trägt der Einleger die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes. Dieser Unterschied ist ein angemessener Ausgleich dafür, dass bei der offenen Sacheinlage die präventiv wirkenden Sacheinlagevorschriften eingehalten worden sind, bei der verdeckten Sacheinlage dagegen nicht. Die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (§ 24 GmbHG) bleibt unberührt.⁴³

Aus der in § 19 Abs. 4 GmbHG-RegE verankerten Erfüllungswirkung der verdeckten Sacheinlage folgt zwingend, dass das mit der Bareinlage im Zusammenhang stehende Verkehrsgeschäft durch diesen Zusammenhang weder in seinem schuldrechtlichen noch in seinem dinglichen Teil bedroht wird. Ein *Clou des MoMiG* liegt nun darin, dass dieser Effekt rückwirkend gilt. § 3 Abs. 4 des durch das MoMiG neu geschaffenen EGGmbHG bestimmt, dass § 19 Abs. 4 GmbHG auch auf Einlageleistungen vor Inkrafttreten des MoMiG anwendbar ist.⁴⁴ Das ist für die M&A-Praxis von unschätzbarem Wert, werden doch dadurch alle von der verdeckten Sacheinlage in ihrer Wirksamkeit bedrohten Strukturen rückwirkend geheilt.

Unklar ist noch, inwieweit sich auch die *sekundären Rechtsfolgen* der verdeckten Sacheinlage ändern. Der RegE tendiert zu der Auffassung, dass der Geschäftsführer, der bei Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung keine Angaben zur verdeckten Sacheinlage macht, keine falschen Angaben macht. In diese Richtung spricht die Begründung des RegE davon, dass über die Beweislastumkehr des § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG-RegE die Haftung der Gesellschafter nach § 9a Abs. 2 GmbHG und die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht kommen. Diese Sanktionen, so der RegE, erscheinen ausreichend, um die Beteiligten von verdeckten Sacheinlagen abzuhalten. Auch das Strafrecht erscheine als Sanktion unangemessen; § 82 GmbHG greife den Fall der Versicherung bei verdeckter Sacheinlage daher nicht auf.

Die Gesetzesbegründung dürfte hier zu kurz greifen. Zwar mag das Verschweigen einer verdeckten Sacheinlage anders als bisher nicht per se als Falsch-

⁴³ Ein interessantes Detail betrifft die Frage, ob die Beweislastumkehr des § 19 Abs. 4 Satz 3 RegE auch im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den nach § 24 GmbHG subsidiär haftenden Mitgesellschaftern gilt. Die Frage dürfte fairerweise zu verneinen sein.

⁴⁴ Dazu *Bormann*, GmbHHR 2007, 897 (900).

angabe zu werten sein,⁴⁵ bleibt doch die Erfüllungswirkung der Bareinlage von dem im Zusammenhang stehenden Verkehrsgeschäft gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG-RegE unberührt. Eine Falschangabe sowohl im Sinne des § 9a Abs. 1 GmbHG als auch des § 82 Abs. 1 GmbHG dürfte aber jedenfalls dann vorliegen, wenn die verdeckte Sacheinlage nicht werthaltig ist. Denn die Überbewertung der offenen Sacheinlage ist als ein Fall der Falschangabe anerkannt;⁴⁶ und es gibt keinen Grund, die verdeckte Sacheinlage gegenüber der offenen Sacheinlage zu privilegieren.

V. Die Stückelung, Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen

1. Die Stückelung von Geschäftsanteilen

a) Derzeitige Rechtslage

Nach geltendem Recht kann jeder Gesellschafter im Rahmen der Gründung oder Kapitalerhöhung jeweils nur eine Stammeinlage übernehmen. Diese Stammeinlage kann der Höhe nach unbegrenzt sein; gemäß § 5 Abs. 1, 3 GmbHG muss sie indessen mindestens Euro 100 betragen und durch 50 teilbar sein.⁴⁷ In Abgrenzung zur Aktiengesellschaft wollte das Gesetz mit dieser Stückelung von Geschäftsanteilen die Handelbarkeit von diesen einschränken.⁴⁸

Die Regelung ist an sich klar und verständlich, jedoch verursacht sie insbesondere im Rechtsverkehr mit Gesellschaftern aus dem angelsächsischen Raum erheblichen Erklärungsbedarf. Es muss immer wieder neu erklärt und in einer für angelsächsische Ohren gewöhnungsbedürftigen Sprache in der relevanten Dokumentation abgebildet werden, dass der Geschäftsanteil in Höhe von Euro 5000 nicht in allen Belangen mit 5000 „shares“ gleichgesetzt werden kann. Hinzu kommt das praktische Bedürfnis, bei einem niedrigen Stammkapital Geschäftsanteile abbilden zu können, deren Nennbetrag geringer als Euro 100 ist und/oder nicht durch Euro 50 teilbar ist. Zu denken ist hier insbesondere an Mitarbeiterbeteiligungsmodelle.

b) Künftige Rechtslage

Nach dem RegE kann ein Gesellschafter bei Gründung und Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile übernehmen. Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten. Der Mindestnennbetrag muss also Euro 1,00 lauten, ein Höchstnennbetrag ist naturgemäß nicht vorgegeben. Der damit verbundene Freiheitsgewinn ist grundsätzlich zu begrüßen, hat freilich seinen Preis: Die Anteilsverhältnisse werden tendenziell unübersichtlicher. Schon jetzt muss man bei

⁴⁵ Vgl. Schulze-Osterloh/Servatius, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 82 Rn. 16.

⁴⁶ Schulze-Osterloh/Servatius, in: Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn. 45), § 82 Rn. 16.

⁴⁷ Ausnahmen hiervon gelten in bestimmten, eng umgrenzten Fällen der Kapitalherabsetzung, der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und der Umwandlung.

⁴⁸ Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG (Fn. 6), § 5 Rn. 7.

der GmbH häufig sehr genau nachfragen, um verlässlich zu erfahren, in welche Geschäftsanteile sich das Stammkapital teilt. Diese Unübersichtlichkeit wird sich künftig noch steigern. Das wiederum steigert die Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei späteren Verfügungen über Geschäftsanteile. Im Interesse der Übersichtlichkeit der Anteilsverhältnisse und der Fehlervermeidung wäre es deshalb wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber die aktienrechtlichen Regelungen der Stückelung von Geschäftsanteilen (einschließlich der Möglichkeit nennwertloser Geschäftsanteile) auf die GmbH übertragen hätte.⁴⁹ Eine Vereinheitlichung des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts bei gleichzeitiger Annäherung an international verbreitete Regelungen wäre sicher ein Schritt in die richtige Richtung gewesen. Bleibt es insoweit bei den Regelungen des RegE, sollte erwogen werden, die drohende Unübersichtlichkeit gestaltend zu vermeiden, etwa durch die Satzungsregelung, dass sich das gesamte Stammkapital zwingend in Geschäftsanteile mit demselben Nennbetrag gliedert.

2. Teilung von Geschäftsanteilen

a) Derzeitige Rechtslage

Nach geltendem Recht ist die Teilung von Geschäftsanteilen durch § 17 GmbHG streng reguliert. Die Anforderungen an die Teilung sind weitgehend willkürlich gewählt, denn sie dienen alle nur einem Zweck: die Veräußerung von Geschäftsanteilen zu erschweren. Dementsprechend bedarf die Teilung der Zustimmung der Gesellschaft. Die Zustimmung kann nur für einen konkreten Fall erteilt werden und muss schriftlich erfolgen. Die Erteilung erfolgt durch die Geschäftsführung, die ihrerseits einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss einholen muss (§ 46 Nr. 4 GmbHG). Die Teilung ist nur im Zusammenhang mit der Veräußerung und Vererbung von Geschäftsanteilen möglich, eine sog. Vorratsteilung ist ausgeschlossen. Eine Teilung bei gleichzeitiger Veräußerung mehrerer Geschäftsanteile an denselben Erwerber ist unzulässig.

b) Künftige Rechtslage

Die im RegE vorgeschlagene Änderung zur Teilung von Geschäftsanteilen ist herzerfrischend: § 17 GmbHG wird ersatzlos gestrichen. Der damit verbundene Freiheitsgewinn ist beträchtlich: Geschäftsanteile können jederzeit und unabhängig von Veräußerung und Vererbung geteilt werden. Selbstverständlich können mehrere Anteile eines Geschäftsanteils an denselben Erwerber übertragen werden. Selbst die sog. Vorratsteilung ist künftig möglich. Es bedarf zur Teilung nur noch eines Gesellschafterbeschlusses, § 46 Nr. 4 GmbHG wird insoweit nicht geändert. Der Gesellschafterbeschluss ist jedoch formlos möglich. Der Gesellschafterbeschluss soll nach der Begründung des RegE unter den allgemeinen Voraussetzungen auch gegen den Willen des betroffenen Anteilsinhabers gefasst

⁴⁹ Die Begründung des RegE erkennt den praktischen Wert der Übersichtlichkeit, wenn lapidar formuliert wird, die Stückelung auf Nennbeträge von jeweils einem Euro mache keinen Sinn: BR-Drs. 354/07, 102.

werden können.⁵⁰ Ähnlich wie bei der Einziehung stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Teilung wirksam wird: Schon in dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafterbeschluss wirksam wird, oder erst in dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafterbeschluss dem Anteilsinhaber mitgeteilt wird? Letzteres dürfte zutreffend sein. Werden Geschäftsanteile geteilt, so muss die Gesellschafterliste aktualisiert werden. Die Erstellung und Einreichung der neuen Gesellschafterliste erfolgt durch die Geschäftsführung.⁵¹

Die Deregulierung ist grundsätzlich zu begrüßen. Die M&A-Praxis wird sich insbesondere über die Möglichkeit der Vorratsteilung freuen. Dies ermöglicht die leichtere Abwicklung von Treuhandverträgen. Es ermöglicht des Weiteren, das Stammkapital von Altgesellschaften in Geschäftsanteile mit demselben Nennbetrag umzustückeln und damit übersichtlicher zu machen. Der Preis für die zusätzliche Freiheit ist freilich auch hier, dass eine wachsende Unübersichtlichkeit der Anteilsverteilung droht und damit eine wachsende Fehlerzahl bei Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste sowie bei Verfügungen über Geschäftsanteile, zumal die Gesellschafterliste durch die Geschäftsführung erstellt und eingereicht werden soll. Diese Unsicherheit gilt es durch Satzungsgestaltung zu mindern. Ist nicht schon von Satzung wegen das gesamte Stammkapital in Geschäftsanteile mit demselben Nennbetrag geteilt, ist zu erwägen, die Wirksamkeit der Teilung von Geschäftsanteilen statutarisch an Formerfordernisse zu binden, etwa an einen schriftlich gefassten Gesellschafterbeschluss oder ggf. auch an einen notariell zu beurkundenden Gesellschafterbeschluss. Das Beurkundungserfordernis hat den Vorteil, dass die Erstellung und Einreichung der neuen Gesellschafterliste durch den Notar gesichert ist (§ 40 Abs. 2 GmbHG-RegE).

3. Zusammenlegung von Geschäftsanteilen

a) Derzeitige Rechtslage

Die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist bislang nicht gesetzlich geregelt. In der Praxis hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass eine Zusammenlegung möglich ist, wobei umstritten ist, ob die Satzung die Möglichkeit der Zusammenlegung ausdrücklich vorsehen muss.⁵² Die Zusammenlegung bedarf eines Gesellschafterbeschlusses. Nach h. M. ist darüber hinaus erforderlich, dass die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind. Teils wird außerdem verlangt, dass die verschiedenen Anteile keine unterschiedlichen Rechte vermitteln und nicht verschieden belastet sind.⁵³ Grundsätzlich bedarf die Zusammenlegung der Zustimmung des Gesellschafters.

⁵⁰ BR-Drs. 354/07, 102.

⁵¹ BR-Drs. 354/07, 101.

⁵² Dies ausdrücklich ablehnend KG Berlin v. 10.3.2000 – 14 U 2105/98, NZG 2000, 787 ff.; Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG (Fn. 6), § 15 Rn. 14 m. w. N.

⁵³ Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG (Fn. 6), § 15 Rn. 14.

b) Künftige Rechtslage

Künftig wird die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ebenso behandelt wie die Teilung von Geschäftsanteilen. Zu diesem Zweck wird die Zusammenlegung durch (auch konkludenten) Gesellschafterbeschluss in den Tatbestand des § 46 Nr. 4 GmbHG eingereiht. Die Zusammenlegung soll nach der Begründung des RegE selbst dann möglich sein, wenn die betroffenen Anteile verschieden berechtigt oder belastet sind.⁵⁴ Die Gesellschafterbeschlüsse unterliegen keiner Form, es wird jedoch angeraten, die jeweiligen Gesellschafterbeschlüsse schriftlich zu fassen.⁵⁵ Die bei der Teilung genannten Gestaltungsempfehlungen können deshalb mutatis mutandis auf die Zusammenlegung übertragen werden.

VI. Ausblick

Der Gestaltungswille der MoMiG-Verfasser ist beeindruckend. Gegenüber dem RefE ist der RegE in vielen Punkten deutlich verbessert worden. Die Auswirkungen auf die M&A-Praxis sind überwiegend positiv. Es bleiben freilich Änderungswünsche offen:

- Für den Erwerb der Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft darf es nicht auf den Zeitpunkt der *Aufnahme* der neuen Gesellschafterliste im Handelsregister ankommen. Vielmehr muss auf den Zeitpunkt der *Einreichung* der neuen Gesellschafterliste zum Handelsregister abgestellt werden. Es ist sachfremd, die Parteien mit dem Verzögerungsrisiko beim Handelsregister zu belasten.
- Die Regelung zur Einreichung und Erstellung der Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 2 GmbHG-RegE) sollte im Hinblick auf die Möglichkeit der Auslandsbeurkundung überdacht werden.
- Die Einreichung und Erstellung der Gesellschafterliste durch den Notar sollte für die Parteien mit keinen weiteren Gebühren verbunden sein.
- Soweit die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zum Handelsregister durch die Geschäftsführung erfolgt, sollte die Unterzeichnung der Liste durch die Geschäftsführung der notariellen Beglaubigung bedürfen.
- Die Vorschriften zum Gutgläubenserwerb sollten keine Ausnahmen vorsehen, deren Vorliegen (oder Nichtvorliegen) vom Erwerbsinteressenten nicht überprüft werden können.
- Die aktienrechtlichen Vorschriften zur Stückelung des Grundkapitals sollten auf die GmbH übertragen werden.

⁵⁴ BR-Drs. 354/07, 102.

⁵⁵ Vgl. auch BR-Drs. 354/07, 57, 102.

