

Leseprobe zu



Scholz  
**GmbH-Gesetz, Bände 1-3, Pflichtfortsetzung**  
Kommentar  
11. Auflage 2012 , Seiten,  
gebunden, Kommentar, 16 x 24cm  
ISBN 978-3-504-32557-2

**Gesamtabnahmeverpflichtung für alle drei Bände.**

2011<sup>1</sup>, gibt jetzt dem vorläufigen Insolvenzverwalter sowie jedem Insolvenzgläubiger das Recht, den Vorschuss einzufordern. Da das Insolvenzgericht diesen Anspruch nicht selbst durchsetzen kann<sup>2</sup>, ist auch diese Regel missglückt<sup>3</sup>.

## Anhang § 64 Gesellschafterdarlehen

### Inhaltsübersicht

<b>I. Historie</b> .....	1	b) Rechtsfolgen .....	84
<b>II. Normzweck</b> .....	14	6. Sanierungsprivileg .....	87
1. Die „Finanzierungsfolgenverantwortung“ im Eigenkapitalersatzrecht .....	16	a) Tatbestand .....	89
2. Meinungsstand zum Telos des neuen Rechts .....	19	aa) Vorliegen eines Insolvenzgrundes .....	90
3. Bislang fehlende Präzisierung des „Missbrauchs“ .....	23	bb) Anteilserwerb durch einen Gläubiger .....	94
4. Verhinderung von Risikoerhöhungsstrategien der Gesellschafter durch Subordination von Gesellschafterdarlehen ..	25	cc) Sanierungszweck .....	99
5. Absicherung des Nachrangs durch die Insolvenzanfechtung ..	32	b) Rechtsfolgen .....	104
<b>III. Tatbestand der Gesellschafterdarlehen</b> .....	36	7. Sonstige Ausnahmen .....	110
1. Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung .....	37		
2. Darlehen .....	41		
3. Gesellschafter .....	51		
4. Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung .....	55		
a) Nachträgliche Aufhebung der Doppelrolle .....	56		
b) Nachträgliche Begründung der Doppelrolle .....	66		
5. Kleinbeteiligtenprivileg .....	69		
a) Tatbestand .....	71		
aa) Kapitalbeteiligung von mindestens 10 % .....	72		
bb) Fehlende Geschäftsführung .....	81		
		<b>IV. Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen</b>	
		1. Nachrang der Gesellschafterforderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) .....	111
		2. Anfechtbarkeit von Befriedigungen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) .....	118
		a) Begriff der Befriedigung ..	120
		b) Mehrfache Gewährung und Rückführung des Darlehens ..	121
		c) Zinszahlungen .....	129
		d) Anfechtungszeitraum bei Insolvenzverschleppung ..	130
		e) Verjährung und Gerichtsstand .....	132
		f) Gläubigeranfechtung (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG) .....	133
		3. Anfechtbarkeit von Sicherheiten (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) ..	134
		a) Verhältnis zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO .....	136
		b) Anfechtbarkeit und Durchsetzbarkeit der Sicherheiten – Meinungsstand .....	139

1 BGBI. I 2011, 2582.

2 A.M. Haarmeyer, in: MünchKomm. InsO, § 26 InsO Rdnr. 67.

3 Keller, in: Karsten Schmidt, § 26 InsO Rdnr. 42.

c) Durchsetzbarkeit von Sicherheiten für nachrangige Forderungen . . . . .	143	c) Nahestehende Personen [§ 138 InsO] . . . . .	212
d) Anfechtbarkeit nachträglicher Besicherungen . . . . .	146	d) Hybridkapital . . . . .	218
e) Unanfechtbarkeit ursprünglicher Besicherungen . . . . .	147	aa) Echtes Hybridkapital . . . . .	219
f) Erwerb besicherter Forderungen durch Gesellschafter	148	(1) Atypisch stille Beteiligung . . . . .	221
g) Materielle Unterkapitalisierung bei gesicherter Kreditvergabe . . . . .	149	(2) Mezzanine Finanzierungsinstrumente/ Covenants . . . . .	227
h) Gläubigeranfechtung (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG) . . . . .	150	(3) Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg . . . . .	230
4. Durchsetzbarkeit unanfechtbarer Gesellschaftssicherheiten . . . . .	151	bb) Unechtes Hybridkapital . . . . .	234
5. Drittsicherheiten für Gesellschafterdarlehen . . . . .	153	(1) Atypischer Pfandgläubiger . . . . .	235
6. Aufrechnung . . . . .	157	(2) Nießbraucher und Unterbeteiligte . . . . .	238
<b>V. Wirtschaftlich dem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlung . . . . .</b>	<b>159</b>	(3) Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters . . . . .	240
1. Rechtshandlung . . . . .	162	(4) Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg . . . . .	242
2. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Vergleich zum Darlehen) . . . . .	165	e) Verbundene Unternehmen . . . . .	247
3. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Mittelpersonen und gesellschaftergleiche Dritte) . . . . .	180	aa) Handeln für fremde Rechnung/Vertragskonzern . . . . .	248
a) Allgemeines . . . . .	181	bb) Horizontale faktische Unternehmensverbindung (Schwestergesellschaft) . . . . .	250
b) Treuhandfälle . . . . .	192	cc) Vertikale faktische Unternehmensverbindung (Gesellschafter-Gesellschafter) . . . . .	263
aa) Formale Aufspaltung der Gesellschafter- und Darlehensgeberposition bei wirtschaftlicher Identität . . . . .	194	dd) Aufsteigende Darlehen (Up-stream-loans) . . . . .	265
(1) Darlehensgewährung für Rechnung des Gesellschafters . . . . .	195		
(2) Treuhand am Gesellschaftsanteil . . . . .	199		
bb) Wirtschaftliche Trennung zwischen Gesellschafter- und Darlehensgeberposition bei formaler Identität . . . . .	202		
(1) Treuhand am Gesellschaftsanteil . . . . .	203		
(2) Darlehensgewährung für Rechnung eines Nichtgesellschafters	207		
<b>VI. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen . . . . .</b>	<b>266</b>		
1. Der Gesellschafter als Adressat der §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO . . . . .	268		
2. Tatbestand . . . . .	271		
a) Insolvenz einer haftungsbeschränkten Gesellschaft . . . . .	272		
b) Außenstehender Kreditgeber . . . . .	274		
c) Besicherung durch den Gesellschafter . . . . .	275		
d) Relevanter Zeitpunkt . . . . .	279		
3. Rechtsfolgen . . . . .	280		
a) Vorrangige Verweisung des Dritten auf die Sicherheit (§ 44a InsO) . . . . .	282		

b) Insolvenzanfechtung gegen den Gesellschafter (§§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO) . . . . .	286	c) Marktübliches Entgelt als Höchstgrenze des Ausgleichs . . . . .	342
c) Insolvenzanfechtung bei Erstattungsleistungen an den Gesellschafter . . . . .	296	d) Entgeltreduzierung gegenüber Gesellschaftern . . . . .	343
4. Berücksichtigung im Überschuldungsstatus. . . . .	297	e) Verhältnis des § 135 Abs. 3 InsO zu §§ 103 ff. InsO . . . . .	348
5. Doppelbesicherung . . . . .	298	f) Nutzungsentgelte aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung. . . . .	350
6. Abdingbarkeit und Verzicht auf die Sicherheit. . . . .	302	6. Zwangsverwaltung und Doppelinsolvenz . . . . .	352
<b>VII. Nutzungsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO) . . . . .</b>	<b>304</b>	<b>VIII. Rangrücktritt, gesplittete Einlage und Finanzplandarlehen . . . . .</b>	<b>358</b>
1. Die frühere eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung . . . . .	305	1. Rangrücktritt . . . . .	360
2. Die gesetzliche Neuregelung durch das MoMiG . . . . .	306	a) Verfahrensmäßige Verteilungsregel und außerinsolvenzliche Durchsetzungssperren . . . . .	363
3. Normzweck . . . . .	309	b) Maßgeblichkeit der vertraglichen Abrede . . . . .	366
4. Tatbestand		c) Aufhebung der Bindung . . . . .	368
a) Gesellschafter einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung . . . . .	313	d) Relativer Rangrücktritt – Intercreditor-Agreement . . . . .	370
b) Nutzungsüberlassung . . . . .	317	2. Gesplittete Einlage und Finanzplandarlehen . . . . .	371
aa) Bedeutung des Eigentums am Nutzungsgegenstand . . . . .	318	a) Grundsätze der früheren Rechtsprechung . . . . .	374
bb) Abgrenzung zu Kreditsicherheiten . . . . .	325	b) Maßgeblichkeit der vertraglichen Abrede . . . . .	376
cc) Vorzeitige Beendigung des Nutzungsverhältnisses . . . . .	331	c) Letztrangige Befriedigung . . . . .	378
dd) Analogie bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen? . . . . .	333	d) Ausschluss der Kündigung gewährter Darlehen . . . . .	379
c) Fortführungserheblichkeit des Gegenstandes . . . . .	335	e) Keine Pflicht zur Kreditwährung in der Insolvenz . . . . .	383
5. Rechtsfolgen		f) Aufhebbarkeit der Bindung . . . . .	386
a) Aussonderungssperre gegen Ausgleich . . . . .	339	aa) Formelle Anforderungen . . . . .	387
b) Keine generelle Pflicht zu unentgeltlicher Nutzungsüberlassung . . . . .	340	bb) Materielle Anforderungen . . . . .	390

**Schrifttum (zum Eigenkapitalersatzrecht 10. Aufl., §§ 32a, 32b vor Rdnr. 1; s. auch das Spezialschrifttum bei den Unterabschnitten):** *Altmeppen*, Die zentralen Änderungen des GmbH-Rechts nach dem Referentenentwurf des MoMiG, in: *VGR* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 93; *Altmeppen*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, *NJW* 2008, 3601; *Azara*, Das Eigenkapitalersatzrecht der GmbH nach dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 2010; *Bäcker*, Eigenkapitalersetzende Rechtshandlungen der GmbH und Dritter, 1990; *Bäuml*, Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: (Steuer-)Rechtliche Beratungsschwerpunkte in der Krise, *GmbHR* 2009, 632;

*Bayer/Graff*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, DStR 2006, 1654; *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 110 ff.; *Blöse*, Insolvenz, Liquidation und Wandel von Eigenkapitalersatz zum Recht der Gesellschafterleistungen, in: Römermann/Wachter (Hrsg.), GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbH-R-Sonderheft 2008, S. 71; *Bork*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts, ZGR 2007, 250; *Bormann*, Kapitalerhaltung bei Aktiengesellschaft und GmbH nach dem Referentenentwurf zum MoMiG, DB 2006, 2616; *Braunschweig*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA, 2012; *Buchegger* (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht, Kommentar, Erster Zusatzband (u.a. mit dem Eigenkapitalersatz-Gesetz [EKEG]), 2009; *Büscher*, Ablösung der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz durch die Insolvenzanfechtung, GmbH-R 2009, 800; *Burg/Westerheide*, Praktische Auswirkungen des MoMiG auf die Finanzierung von Konzernen, BB 2008, 62; *Cahn*, Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz, AG 2005, 217; *Dahl/Schmitz*, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 325; *Eidenmüller*, Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, in: FS Canaris, 2007, Band II, S. 49; *Ekkenga*, Eigenkapitalersatz und Risikofinanzierung nach künftigem GmbH-Recht, WM 2006, 1986; *Fedke*, Konzerninnfinanzierung nach dem MoMiG in insolvenznahen Szenarien, NZG 2009, 928; *Flitsch*, Der Eigenkapitalersatz vor dem Aus?, DZWIR 2006, 397; *Freitag*, Finanzverfassung und Finanzierung von GmbH und AG nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, WM 2007, 1681; *Gehrlein*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846; *Gehrlein*, Kapitalaufbringung und Gesellschafterdarlehen, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 84; *Gehrlein*, Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikationen, BB 2011, 3; *Gehrlein*, Banken – Vom Kreditgeber zum Gesellschafter – neue Haftungsfallen? (Debt-Equity-Swap nach ESUG), NZI 2012, 257; *Gehrlein/Witt*, GmbH-Recht in der Praxis, 2. Aufl. 2008, S. 393 ff.; *Gesmann-Nuissl*, Quo vadis GmbH? – zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), WM 2006, 1756; *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008; *Goette/Habersack* (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, S. 159 ff.; *Goette/Kleindiek*, Gesellschafterfinanzierung nach dem MoMiG und das Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2010; *Grigoleit/Rieder*, GmbH-Recht nach dem MoMiG, 2009, Rdnr. 85 ff.; *Gutmann/Nawroth*, Der zeitliche Anwendungsbereich des MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht – oder das Ende von Ansprüchen aus Eigenkapitalersatzrecht, ZInsO 2007, 174; *Haas*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages 2006, Bd. I, 2006; *Haas*, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617; *Haas/Hossfeld*, „Eigenkapitalersetzen“ Gesellschafterleistungen“, in: *Gottwald* (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 92 Rdnr. 358 ff.; *Haas/Vogel*, Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Haftungsansprüche im internationalen Konzern, NZG 2011, 455; *Habersack*, Das MoMiG ante portas – Nachlese zum 66. DJT, ZHR 170 (2006), 607; *Habersack*, Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, ZIP 2007, 2145; *Habersack/Schürnbrand*, Das Schicksal gebundener Ansprüche beim Formwechsel, NZG 2007, 81; *Halmer*, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff, 2013; *Hirte*, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, 689 [partiell wortgleich *Hirte*, Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzen) Gesellschafterdarlehen durch das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG), WM 2008, 1429]; *Hirte/Knof/Mock*, Ein Abschied auf Raten? – Zum zeitlichen Anwendungsbereich des alten und neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen, NZG 2009, 48; *Hölzle*, Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, GmbH-R 2007, 729; *Hölzle*, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG?, ZIP 2009, 1939; *Hölzle*, Die Legitimation des Gesellschafter-

sonderopers in der insolvenzrechtlichen Finanzierungsverstrickung, ZIP 2010, 913; *Holzer*, Insolvenzrechtliche Überleitungsvorschriften des MoMiG in der Praxis, ZIP 2009, 206; *Huber*, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, in: FS Priester, 2007, S. 259; *Huber*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform, in: Liber amicorum M. Winter, 2011, S. 261 ff. (zuvor abgedruckt in Beilage ZIP 39/2010, S. 7 ff.); *Huber/Habersack*, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1; *Huber/Habersack*, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 370; *Kleindiek*, Eigenkapitalersatz und gesetzes-typische Personengesellschaft, in: FS Lutter, 2000, S. 871; *Körner*, Institutionelle Kreditgeber als Quasigesellschafter, 2008; *Koutsós*, Die rechtliche Behandlung von (eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterleistungen, 2010; *Lüneborg*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen, 2010; *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2013; *Mossmann*, Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG, Diss. Heidelberg, 1978; *Mülbert*, Neuordnung des Kapitalrechts, WM 2006, 1977; *Mylich*, Probleme und Wertungswidersprüche beim Verständnis von § 135 InsO, ZGR 2009, 474; *Mylich*, Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen, ZHR 176 (2012), 547; *Noack*, Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, 1475; *Noack*, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395; *Obermüller/Kuder*, Gelöste und ungelöste Probleme des Kapitalersatzrechts nach dem MoMiG, in: FS Görg, 2010, S. 335; *Pentz*, Zu den GmbH-rechtlichen Änderungsvorschlägen des MoMiG aus Sicht eines Praktikers, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 115; *Pentz*, Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, in: FS Hüffer, 2010, S. 747; *Jürg Roth*, Reform des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG – Der Verzicht auf das Krisenkriterium und seine Folgen, GmbHR 2008, 1184; *Röhricht*, Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505; *B. Schäfer*, Gesellschafterdarlehen, in: Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, Fallgruppenkommentar, 2. Aufl. 2014, S. 536 ff.; *C. Schäfer*, Reform des GmbHG durch das MoMiG – viel Lärm um nichts?, DStR 2006, 2085; *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung, 2009; *Schiffer*, Alea iacta est? Praxisanmerkungen zur vorgesehenen Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts, BB 2006, 14; *Karsten Schmidt*, Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts?, GmbHR 2005, 797; *Karsten Schmidt*, Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? – Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG), ZIP 2006, 1925; *Karsten Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen bei der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2009, 1009; *Karsten Schmidt*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht: Was hat sich geändert?, in: Liber amicorum M. Winter, 2011, S. 601 ff. (zuvor abgedruckt in Beilage ZIP 39/2010, S. 15 ff.); *Karsten Schmidt/Uhlenbrück* (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 2.51 ff.; *Schönfelder*, Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz – auch ohne Krise in die Krise?, WM 2009, 1401; *Schröder*, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012; *Schröder/Grau*, Plädoyer für die „Krise“ – ein Beitrag zur geplanten Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, ZInsO 2007, 353; *Seibert*, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157; *Seibert*, Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, RWS-Dokumentation 23, 2008; *Seibert/Decker*, Die GmbH-Reform kommt!, ZIP 2008, 1208; *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, 2008; *Spieldt*, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149; *Thiessen*, Eigenkapitalersatz ohne Analogieverbot – eine Alternativlösung zum MoMiG-Entwurf, ZIP 2007, 253; *Thiessen*, Johann Buddenbrook und die Reform des GmbH-Rechts (Teil I), DStR 2007, 202; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht – Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010, S. 382 ff.; *Ulbrich*, Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH –

Ein Beitrag zur Auslegung von §§ 39 I Nr. 5, V, 135 I InsO, 2011; *von der Linden*, Eigenkapitalersatzrecht in der gesetzesähnlichen KG, DZWIR 2007, 5; *Wälzholz*, Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DStR 2007, 1914; *Wälzholz*, Das MoMiG kommt: Ein Überblick über die neuen Regelungen, GmbHR 2008, 841; *Wedemann*, Die Übergangsbestimmungen des MoMiG – was müssen bestehende GmbHS beachten?, GmbHR 2008, 1131; *Weitnauer*, Die Gesellschafterfremdfinanzierung aus Sicht von Finanzinvestoren – ein Resümee der Änderungen des MoMiG und der derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen vor dem Hintergrund der Finanzkrise, BKR 2009, 18.

## I. Historie

Das heute geltende Recht der Gesellschafterdarlehen geht auf die Neuregelung 1 durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG<sup>1</sup>) zurück<sup>2</sup>. Hierdurch wurde das zunächst von der Rechtsprechung entwickelte (Rdnr. 2 ff.) und später insbesondere in §§ 32a, b GmbHG a.F. auch gesetzlich geregelte Eigenkapitalersatzrecht (Rdnr. 5 f.) gänzlich in die Insolvenzordnung verlagert und dabei zugleich vom Tatbestand der „Krise der Gesellschaft“ (vgl. § 32a Abs. 1 GmbHG a.F.) gelöst<sup>3</sup>. Die gesetzliche Neuregelung folgt damit in weiten Strecken den Vorschlägen, die *Huber* und *Habersack*<sup>4</sup> Anfang 2006 vorgelegt hatten<sup>5</sup>.

Das Gesellschafterdarlehensrecht stellt sich früher wie heute als Ausschnitt der allgemeinen Problematik der Unterkapitalisierung von Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung dar (näher Rdnr. 14 ff.)<sup>6</sup>. Bereits das RG<sup>7</sup> hatte sich mehrfach mit Fällen zu beschäftigen, in denen Gesellschafter ihrer unterkapitalisierten Gesellschaft Darlehen zur Verfügung gestellt hatten, um später im Konkurs die entsprechenden Forderungen zur Konkurstabelle anmelden zu können<sup>8</sup>. Das RG nahm hierzu unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung Stellung und versagte den Gesellschaftern ihr Begehr unter Hinweis auf § 826 BGB<sup>9</sup>. Später

1 Gesetz vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026).

2 Zur Entwicklungsgeschichte des Gesellschafterdarlehensrechts *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 602 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15 f.); *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 6 ff.; *Lüneborg*, S. 32 ff.; *Schröder*, S. 3 ff., 29 ff.

3 Überblick zum Referentenentwurf bei *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160 ff.; zum Regierungsentwurf *Seibert*, BB Heft 23/2007, Die erste Seite; zum Gesetz *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208.

4 *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 ff.

5 Dazu auch *Kleiniek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 93.

6 S. zum Folgenden schon *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 110 ff.; *Bäcker*, S. 51 ff.; anders für das neue Recht *Servatius*, S. 481 ff. mit Zusammenfassung S. 621 („Der bisher bestehende Zusammenhang zwischen Eigenkapitalersatz und materieller Unterkapitalisierung wird aufgegeben“).

7 RG v. 16.11.1937, JW 1938, 862 ff.; RG v. 3.12.1938, JW 1939, 355 f.; RG v. 13.1.1941, RGZ 166, 51, 57; vgl. auch RG v. 22.10.1938, RGZ 158, 302, 310, wo es nicht um Gesellschafterdarlehen, sondern um die Überlassung von Anlagegegenständen an eine AG ging.

8 Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Hofmann*, NJW 1966, 1941, 1943; *Kuhn*, in: *FS Heusinger*, 1968, S. 203, 205 f.; ferner *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654.

9 RG v. 16.11.1937, JW 1938, 862, 864; vgl. auch RG v. 22.10.1938, RGZ 158, 302, 310; zu dieser Rsp. des RG auch BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 269 – „Lufttaxi“.

stellte es auf einen Missbrauch der Rechtsform ab<sup>1</sup> und erklärte, die angeblichen Darlehen seien als das zu behandeln, was sie in Wirklichkeit sind, nämlich Gesellschaftereinlagen<sup>2</sup>. In den 1950er Jahren entwickelte sich in der Literatur eine lebhafte Diskussion zur Unterkapitalisierung<sup>3</sup>, in der jedoch regelmäßig nur allgemeine (Haftungs-)Rechtsfolgen entwickelt wurden, ohne zwischen den Fällen der nominellen und materiellen Unterkapitalisierung (Rdnr. 14) zu differenzieren.

- 3 Der BGH nahm dazu in seinem grundlegenden Lufttaxi-Urteil vom 14.12.1959<sup>4</sup> nicht im Einzelnen Stellung, sondern erklärte die – damals noch nicht so genannte – nominelle Unterkapitalisierung zu einem „Sonderfall“<sup>5</sup>. Er versagte dem Gesellschafter die Rückforderung seiner Darlehen unter Hinweis auf § 242 BGB<sup>6</sup>. Dienten die Darlehen dazu, den Eintritt der Überschuldung und damit die Konkursantragspflicht abzuwenden, so sei dies nur möglich, wenn die Darlehen nicht als Schulden der Gesellschaft, sondern als Eigenkapital behandelt würden. Hierzu setzte sich der Gesellschafter dann aber durch die Rückforderung der Darlehen und die Entgegennahme der Darlehensrückzahlung in Widerspruch. Er müsse sich daher gefallen lassen, dass auf die Darlehensrückzahlungen § 31 Abs. 1 angewendet wird<sup>7</sup>. Diese Rechtsfolge einer Rückerstattungspflicht analog § 31 Abs. 1 bei eigenkapitalersetzen Gesellschafterdarlehen wurde später vom BGH auch auf die GmbH & Co. KG übertragen<sup>8</sup> und war sodann auch in der Literatur weit hin anerkannt<sup>9</sup>.
- 4 Allerdings wurde zur Abgrenzung von eigenkapitalersetzen Darlehen seit der Entscheidung des BGH vom 24.3.1980<sup>10</sup> nicht mehr auf das widersprüchliche Verhalten (§ 242 BGB), sondern darauf abgestellt, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Hingabe von Dritten keinen Kredit mehr zu marktüblichen Be-

1 RG v. 3.12.1938, JW 1939, 355, 356; RG v. 13.1.1941, RGZ 166, 51, 57.

2 RG v. 3.12.1938, JW 1939, 355, 356.

3 Vgl. die Darstellung in BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 269 f. – „Lufttaxi“.

4 BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 268 ff. – „Lufttaxi“.

5 BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 270 – „Lufttaxi“; vgl. hierzu *Mossmann*, S. 112, der trotz des Sonderwegs für eigenkapitalersetzen Darlehen mit Recht darauf hinweist, dass es um ein allgemeines Problem der Unterkapitalisierung geht.

6 BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 272 f. – „Lufttaxi“; vgl. zu diesem Begründungsansatz auch *Fleck*, LM Nr. 6 zu § 30 GmbHG; *Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 302; kritisch *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 314 f.

7 BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 273 – „Lufttaxi“.

8 BGH v. 27.9.1976 – II ZR 162/75, BGHZ 67, 171 = NJW 1977, 104 = GmbHR 1977, 105, bei dieser Entscheidung handelt es sich um eine Synthese aus BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 – „Lufttaxi“ und BGH v. 29.3.1973 – II ZR 25/70, BGHZ 60, 324 (vgl. *Karsten Schmidt*, in: *MünchKomm. HGB*, 2. Aufl. 2007, § 172a HGB Rdnr. 11).

9 Dazu *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 15, 77 ff., 234; *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 350; Nachweise bei *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 113; s. aber auch die bei *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Vorb §§ 32a, b aF Rdnr. 11 f. nachgewiesenen, später zunehmenden kritischen und generell gegen das alte Eigenkapitalersatzrecht gerichteten Stimmen (z.B. *Claussen*, GmbHR 1996, 316 ff.; *Grunewald*, GmbHR 1997, 7 ff.).

10 BGH v. 24.3.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 329 f. = GmbHR 1980, 178; jüngst bestätigend BGH v. 24.9.2013 – II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400, 2402 = GmbHR 2013, 1318 (Rdnr. 31) m.w.N.

dingungen bekommen hätte („Kreditunwürdigkeit“ der Gesellschaft)<sup>1</sup>. Diese Rechtsprechung, die auf andere eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen wie insbesondere Sicherheitenbestellungen für Kredite Dritter ausgedehnt wurde<sup>2</sup>, fand sodann insbesondere in den §§ 32a, 32b GmbHG a.F. eine (teilweise) gesetzliche Anerkennung<sup>3</sup>.

Diese frühere gesetzliche Regelung in §§ 32a, b GmbHG a.F. lautete:

5

**§ 32a GmbHG Rückgewähr eines Darlehns**

**(1) Hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), statt dessen ein Darlehn gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehns im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen.**

**(2) Hat ein Dritter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehn gewährt und hat ihm ein Gesellschafter für die Rückgewähr des Darlehns eine Sicherung bestellt oder hat er sich dafür verbürgt, so kann der Dritte im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen ausgefallen ist.**

**(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehngewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen. Die Regeln über den Eigenkapitalersatz gelten nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt ist. Erwirbt ein Darlehnsgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise, führt dies für seine bestehenden oder neugewährten Kredite nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz.**

**§ 32b GmbHG Erstattung eines zurückgezahlten Darlehns**

**Hat die Gesellschaft im Fall des § 32a Abs. 2, 3 das Darlehn im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag zurückgezahlt, so hat der Gesellschafter, der die Sicherung bestellt hatte oder als Bürgen haftete, der Gesellschaft den zurückgezahlten Betrag zu erstatten; § 146 der Insolvenzordnung gilt entsprechend. Die Verpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürgen haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherung im Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehns entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherung gedient hatten, der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stellt. Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen, die der Darlehngewährung wirtschaftlich entsprechen.**

Die Vorschriften stammten aus der GmbH-Novelle vom 4.7.1980 (BGBl. I 1980, 6 836)<sup>4</sup>, mit der der damalige Gesetzgeber das zuvor von der Rechtsprechung entwickelte Eigenkapitalersatzrecht zu kodifizieren suchte. Die für die GmbH bestimmten §§ 32a, b GmbHG a.F. wurden dabei für die Kapitalgesellschaft & Co.

1 Vgl. zu dieser Entwicklung Joost, ZGR 1987, 370, 371; Karsten Schmidt, GmbHR 1984, 272, 282; grundlegend zuvor Ulmer, in: FS Duden, 1977, S. 661, 672 f.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 39 f.; zur früheren Anknüpfung an die Kreditunwürdigkeit auch Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 15 ff.

2 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., §§ 32a, b Rdnr. 164 in Fn. 326 f.

3 Zur Entstehungsgeschichte Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 6 f.; ausführlicher Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., §§ 32a, b Rdnr. 1 ff., 189 ff.

4 Dazu Karsten Schmidt in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 15.

durch §§ 129a, 172a HGB a.F. ergänzt<sup>1</sup>. Diese im GmbHG und HGB enthaltenen Vorschriften waren dabei im Zusammenhang mit den damals weniger bedeutsamen insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Sonderregeln über eigenkapitalersetzende Darlehen und vergleichbare Rechtshandlungen zu sehen, die sich in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 InsO a.F. sowie in § 6 AnfG a.F. fanden<sup>2</sup>.

- 7 Neben diesem im GmbHG, HGB, in der InsO und im AnfG gesetzlich geregelten Eigenkapitalersatzrecht fanden jedoch nach der Grundsatzentscheidung BGHZ 90, 370<sup>3</sup> – mit Billigung des fast ungeteilten Schrifttums<sup>4</sup> – auch weiterhin die vor der GmbH-Novelle vom BGH entwickelten, auf eine Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG a.F. gestützten Regeln Anwendung, weil die Rechtsprechung das Eigenkapitalersatzrecht nur unzureichend durch die GmbH-Novelle kodifiziert sah<sup>5</sup>. Es kam damit zu einem Nebeneinander von Novellen- und Rechtsprechungsregeln (sog. Doppelspurigkeit des früheren Eigenkapitalersatzrechts)<sup>6</sup>.
- 8 Nach den **sog. Rechtsprechungsregeln** sah sich der Gesellschafter, dem im Vorfeld der Insolvenz sein eigenkapitalersetzendes Darlehen zurückgezahlt wurde, für zehn Jahre einem **Rückforderungsanspruch der Gesellschaft analog § 31 GmbHG a.F.** ausgesetzt, wodurch die nur für Rückzahlungen im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag wirkende Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO a.F. keine praktische Bedeutung hatte<sup>7</sup>. Durch die Anknüpfung an das Kapitalerhaltungsrecht war auch eine **Ausfallhaftung der Mitgesellschafter** gemäß § 31 Abs. 3 denkbar. Aus der Analogie zu § 30 GmbHG a.F. wurde zudem eine „**präventive Durchsetzungssperre**“<sup>8</sup> hergeleitet, weshalb der Geschäftsführer die vom Gesellschafter geforderte Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens verweigern konnte und musste<sup>9</sup>. Schließlich stützte die Rechtsprechung auf §§ 30, 31 GmbHG a.F. (analog) einen **Freistellungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter**. Letzterer hatte – insbesondere in Fällen der Doppelbesicherung eines außenstehenden Kreditgebers durch Gesellschaft und Gesell-

1 Abdruck oben, §§ 32a, 32b a.F. Rdnr. 1.

2 Abdruck oben, §§ 32a, 32b a.F. Rdnr. 1.

3 BGH v. 16.3.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370 = GmbHR 1984, 313 = NJW 1984, 1891 = ZIP 1984, 698 = MDR 1984, 737.

4 So *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 15; s. auch *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 350 bei Fn. 64; etwas zurückhaltender *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 4 („hM in Lit“).

5 Zu diesem „Aufstand der Makulatur“ gegen das Gesetz s. *Karsten Schmidt*, JZ 1984, 880; *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 337; *Noack*, DB 2006, 1475, 1481; ferner *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 24.

6 Zur parallelen Anwendung s. aus jüngerer Zeit BGH v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 = GmbHR 2009, 427 = ZIP 2009, 615 = MDR 2009, 640 (Rdnr. 9 f.) – „Gut Bu-schow“; Überblick bei *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 6 ff.

7 *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 15 a.E. und 77.

8 Begriff nach *Haas*, ZInsO 2007, 617, 618 m.w.N. in Fn. 17; ähnlich *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 354 ff.

9 BGH v. 16.3.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 376 = ZIP 1984, 698, 699 = GmbHR 1984, 313; BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86, 88 = GmbHR 2012, 206 (Rdnr. 11); deutlich aus strafrechtlicher Sicht auch BGH v. 6.5.2008 – 5 StR 34/08, JR 2008, 384; s. zur Rückzahlungssperre ferner *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 78 ff. m.w.N.; *U. Huber*, in: Liber amicorum M. Winter, S. 261, 269 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 10 f.).

schafter (dazu unten Rdnr. 298 ff.) – dafür zu sorgen, dass der Drittcreditgeber aus Eigenmitteln des Gesellschafters befriedigt wird, damit der Kreditgeber nicht mehr auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen muss<sup>1</sup>. Jener Freistellungsanspruch wurde deshalb aus §§ 30, 31 GmbHG a.F. (analog) hergeleitet, weil eine den sichernden Gesellschafter freistellende Leistung der Gesellschaft an den Gläubiger aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen einer verbotenen Leistung an den Gesellschafter gleichgekommen wäre<sup>2</sup>.

Dieses frühere, in den Vorauslagen von *Karsten Schmidt* kommentierte Recht<sup>3</sup> 9 behält seine **Bedeutung für alle Altverfahren**, die vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 eröffnet wurden (dazu oben §§ 32a, 32b a.F. Rdnr. 14 ff.)<sup>4</sup>. Der hierfür weiter zuständige II. Zivilsenat des BGH schreibt insoweit seine Rechtsprechung konsequent fort<sup>5</sup>. Ob ein vor dem 1.11.2008 nach den Rechtsprechungsregeln **entstandener Rückgewähranspruch** (§§ 30, 31 analog) auch in einem seit dem 1.11.2008 eröffneten Verfahren weiter verfolgt werden kann, ist umstritten<sup>6</sup>.

In Beseitigung der Doppelspurigkeit und damit verbundener – nur scheinbarer<sup>7</sup> – 10 Vereinfachung setzt das MoMiG nun ganz auf das Insolvenz- und Anfechtungs-

1 BGH v. 20.7.2009 – II ZR 36/08, ZIP 2009, 1806 = GmbHR 2009, 1096 = NJW 2009, 2883 = WM 2009, 1798.

2 Vgl. *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, b Rdnr. 180; Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 55.

3 S. auch die Fortschreibung der Kommentierungen bei *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 116 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 32a aF und § 32b aF.

4 Grundlegend BGH v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 = GmbHR 2009, 427 = ZIP 2009, 615 = MDR 2009, 640 (Rdnr. 15 ff.) – „Gut Buschow“; näher *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 147 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 108 ff.; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 41 ff.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 48 ff.; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 361 ff.; *Büscher*, GmbHR 2009, 800 ff.; *Gutmann/Nawroth*, ZInsO 2009, 174 ff.

5 S. z.B. BGH v. 1.3.2010 – II ZR 13/09, GmbHR 2010, 752 = ZIP 2010, 1078 (Rangrücktritt; Passivierung in der Überschuldungsbilanz); BGH v. 26.4.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443 = AG 2010, 594 = WM 2010, 1415 (Eigenkapitalersatz bei AG; Überbrückungskredit); BGH v. 11.1.2011 – II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 = GmbHR 2011, 301 = MDR 2011, 375 (Schuldübernahme; dazu unten Rdnr. 62); BGH v. 28.5.2013 – II ZR 83/12, ZIP 2013, 1718 = GmbHR 2013, 1040 (Nutzungsüberlassung); BGH v. 24.9.2013 – II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400 = GmbHR 2013, 1318 (atypisch stille Gesellschaft; dazu unten Rdnr. 221 ff.).

6 Dazu *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 43; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 148 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 110 ff.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 61; *Goette/Kleindiek*, Rdnr. 84 ff.; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131, 1134; *Gutmann/Nawroth*, ZInsO 2009, 174, 176 ff.; *Büscher*, GmbHR 2009, 800, 802; *Büscher*, in: FS Hüffer, 2010, S. 81, 87; *Hirte/Knof/Mock*, NZG 2009, 48, 49; *Holzer*, ZIP 2009, 206, 207; *Ulbrich*, S. 214 ff., 428.

7 Die Komplexität der Materie ergibt sich vor allem aus den immer raffinierteren Umgehungsversuchen in der Praxis (vgl. *Goette*, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 4 Rdnr. 8; *Gehrlein*, BB 2011, 3 f.; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 122; zustimmend *Pentz*, in: *VGR* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 115, 136; ferner BGH v. 21.3.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 231 = ZIP 2013, 582 = GmbHR 2013, 410 [Rdnr. 31]; Beispiel für eine besonders komplizierte Konstruktion bei BGH v. 26.6.2006 – II ZR 133/05, ZIP 2006, 2272 = GmbHR 2007, 43 = MDR 2007, 346). Wegen der Verkürzung der Rückgewährfrist auf ein Jahr (Rdnr. 13) wird in Zukunft mehr

recht. Einerseits werden die auf das Kapitalerhaltungsrecht gestützten Rechtsprechungsregeln für unanwendbar erklärt (sog. „Nichtanwendungserlass“ in § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG, § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG<sup>1</sup>) – auch bei der GmbH & Co. KG<sup>2</sup> –, andererseits die in der InsO und im AnfG schon vorhandenen Vorschriften umgestaltet, ergänzt und aufgewertet, insbesondere vom Tatbestandsmerkmal der „Krise“ gelöst (Rdnr. 1). Deshalb ist zukünftig nicht mehr zwischen „kapitalersetzen“ und „normalen“ Darlehen zu unterscheiden<sup>3</sup>. Vielmehr unterliegen alle Gesellschafterdarlehen den gleichen Regeln (s. auch oben §§ 32a, 32b a.F. Rdnr. 3 und 8). Damit trifft den Gesellschafter nun auch das Zufallsrisiko, falls die Darlehensgewährung nichts mit einer Krisenfinanzierung zu tun hat und die spätere Insolvenz auf einem externen Schock beruht<sup>4</sup>.

- 11 Hervorzuheben sind aus der jetzigen gesetzlichen Regelung die folgenden Vorschriften:

#### § 39 InsO Nachrangige Insolvenzgläubiger

**(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:**

...

**5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

...

**(4) Absatz 1 Nr. 5 gilt für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder einge-**

Energie der Parteien in die Begründung einer Anfechtung nach § 133 InsO fließen (vgl. Bitter, ZIP 2013, 1583, 1585). Das macht das neue Recht nicht einfacher (vgl. Rdnr. 131 mit Hinweis auf Spieldt, ZIP 2009, 149, 154); a.a. Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 10 f.; Habersack, ZHR 170 (2006), 607, 611; Azara, S. 966.

1 So Thiessen, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 2; Thiessen, DStR 2007, 202, 208; Wedemann, GmbHR 2008, 1131, 1134; Büscher, in: FS Hüffer, 2010, S. 81, 85; Gutmann/Nawroth, ZInsO 2009, 174, 176; Lüneborg, S. 174; von „Nichtanwendungsnorm“ spricht Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, S. 25 (Rdnr. 57), von „Nichtanwendungsbefehl“ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 56 m.w.N., von „Nichtanwendungsklausel“ Noack, DB 2007, 1395, 1397, von „Negativklausel“ Ekkennga, WM 2006, 1986; von „Anwendungssperre“ Mülbert, WM 2006, 1977, 1978; dazu pointiert Karsten Schmidt, in: Liber amicorum M. Winter, S. 601, 605 (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 16).

2 BGH v. 8.10.2013 – II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305, 2308 (Rdnr. 30).

3 Dazu Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 56: „Auf das Merkmal „kapitalersetzend“ wird verzichtet. Es gibt nach dem neuen Konzept keine kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen mehr. Jedes Gesellschafterdarlehen ist bei Eintritt der Insolvenz nachrangig.“; ferner BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 22 f.; für BAGE vorgesehen); Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 10; Blöse, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 71, 73; Kritik bei Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 112; Altmeppen, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 93, 100 ff.; Gesmann-Nuissl, WM 2006, 1756, 1759; Schröder/Grau, ZInsO 2007, 353 ff.; Thiessen, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 19 ff.

4 Azara, S. 431 f., 969; dies unterstützend Noack, DB 2006, 1475, 1480; kritisch hingegen Gesmann-Nuissl, WM 2006, 1756, 1759; Pentsz, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 115, 136.

treterner Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

(5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinn des Absatzes 4 Satz 1, der mit zehn Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.

#### § 44a InsO Gesicherte Darlehen

In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft kann ein Gläubiger nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt oder für die er sich verbürgt hat, nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist.

#### § 135 InsO Gesellschafterdarlehen

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung

1. Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist, oder
2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.

(2) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in Absatz 1 Nr. 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

(3) Wurde dem Schuldner von einem Gesellschafter ein Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen, so kann der Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht geltend gemacht werden, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist. Für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstandes gebührt dem Gesellschafter ein Ausgleich; bei der Berechnung ist der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen, bei kürzerer Dauer der Überlassung ist der Durchschnitt während dieses Zeitraums maßgebend.

(4) § 39 Abs. 4 und 5 gilt entsprechend.

#### § 143 InsO Rechtsfolgen

(1) Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist, gelten entsprechend.

(2) Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist. Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.

(3) Im Fall der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete, die dem Dritten gewährte Leistung zur Insolvenzmasse zu erstatten. Die Verpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeit-

punkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt.

#### § 6 AnfG Gesellschafterdarlehen

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 der Insolvenzordnung oder für eine gleichgestellte Forderung

1. Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels oder danach vorgenommen worden ist, oder
2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels oder danach vorgenommen worden ist.

Wurde ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach § 26 Abs. 1 der Insolvenzordnung abgewiesen, bevor der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, so beginnt die Anfechtungsfrist mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

(2) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn nach dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, drei Jahre verstrichen sind. Wurde die Handlung später vorgenommen, so ist die Anfechtung drei Jahre nach dem Schluss des Jahres ausgeschlossen, in dem die Handlung vorgenommen worden ist.

#### § 6a AnfG Gesicherte Darlehen

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürges haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen. § 39 Abs. 4 und 5 der Insolvenzordnung und § 6 Abs. 2 gelten entsprechend.

#### § 11 AnfG Rechtsfolgen

(1) Was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden, soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist. Die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist, gelten entsprechend.

(2) Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zur Verfügung zu stellen, soweit er durch sie bereichert ist. Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.

(3) Im Fall der Anfechtung nach § 6a hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürges haftete, die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen bis zur Höhe des Betrags zu dulden, mit dem er als Bürges haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, dem Gläubiger zur Verfügung stellt.

- 12 Mit dieser Neuregelung ist die Doppelspurigkeit des früheren Eigenkapitalersatzrechts (Novellen- und Rechtsprechungsregeln) beseitigt. Die beiden wesentlichen Rechtsfolgen nach neuem Recht sind der Nachrang für alle Gesellschafterdarlehen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (Rdnr. 111 ff.) sowie die Insolvenzanfechtung von Darlehensrückzahlungen im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Rdnr. 118 ff.). Diese Vorschriften gelten für alle seit dem Inkrafttreten des MoMiG am

1.11.2008 eröffneten Insolvenzverfahren und insoweit auch für alle schon zuvor gewährten Kredite, ohne dass darin eine unzulässige echte Rückwirkung zu sehen wäre<sup>1</sup>.

Damit verbunden sind durchaus **gravierende Änderungen** wie eine ganz erhebliche Verkürzung der Rückforderungsfrist von zehn Jahren (§ 31 Abs. 5 Satz 1) auf ein Jahr<sup>2</sup>, ferner der Wegfall der Ausfallhaftung von Mitgesellschaftern (§ 31 Abs. 3)<sup>3</sup>, des präventiven Abzugsverbots<sup>4</sup> (auch für Altdarlehen<sup>5</sup>) sowie des Freistellungsanspruchs der Gesellschaft<sup>6</sup>. Ebenfalls entfällt die Anknüpfung für eine Geschäftsführerhaftung aus § 43 Abs. 3<sup>7</sup>.

## II. Normzweck

**Schrifttum (vgl. auch das allgemeine Schrifttum vor Rdnr. 1):** *Altmeppen*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601; *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 110 ff.; *Bitter*, Gesellschafterhaftung für materielle Unterkapitalisierung – Betrachtungen aus ökonomischer und juristischer Perspektive, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 57 ff.; *Bork*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insol-

1 So für den Nachrang BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363, 365 f. = GmbHR 2011, 413, 414 = ZIP 2011, 575 (Rdnr. 8) m.w.N.; ausführlich BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 17 ff., 40 ff.; für BAGE vorgesehen).

2 *Gehrlein*, BB 2011, 3, 6; *Noack*, DB 2006, 1475, 1481; *Bormann*, DB 2006, 2616; *Schiffer*, BB 2006, 14, 16.

3 Dies begrüßend *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654, 1657; *Noack*, DB 2006, 1475, 1481; *Azara*, S. 275 ff., 965; tendenziell auch *Schiffer*, BB 2006, 14, 16.

4 Zum Wegfall dieser Sperre s. BGH v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055, 2056 = GmbHR 2010, 1217 (Rdnr. 10); BGH v. 8.10.2013 – II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305, 2308 (Rdnr. 30); *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 105; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 122; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 153 ff.; *Klein-diek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 102; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 71; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 56; *Azara*, S. 254 ff.; *Bitter*, ZIP 2013, 1497 ff. (mit Hinweis auf die Bedeutung für Sicherheiten); *Gehrlein*, BB 2011, 3, 6; *Fedke*, NZG 2009, 928, 930; *Mylich*, ZGR 2009, 474, 487 f.; *Büscher*, in: FS *Hüffer*, 2010, S. 81, 85 f.; *Obermüller/Kuder*, in: FS *Görg*, 2010, S. 335, 355; *U. Huber*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 261, 269 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 10 f.); sehr kritisch *Pentz*, in: *VGR* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 115, 133 f.

5 BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, GmbHR 2012, 206 = ZIP 2012, 86 = NJW 2012, 682 = MDR 2012, 169 (Rdnr. 11); OLG Hamburg v. 27.7.2012 – 11 U 135/11, ZIP 2013, 74, 75 f. = GmbHR 2012, 1242, 1243.

6 Zum Wegfall des Freistellungsanspruchs s. *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 55 f.; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 69; *Klein-diek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 133, 134; *Thiessen*, in: *Bork/Schäfer*, Anh. zu § 30 Rdnr. 83; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 196; *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1587; unverständlich a.A. BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584 = GmbHR 2014, 417 (Rdnr. 18) unter Berufung auf die in BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9, 15 f. = GmbHR 2012, 86 = NJW 2012, 156 = ZIP 2011, 2376 (Rdnr. 17) vom selben IX. Zivilsenat bereits zutreffend für überholt erklärte, auf §§ 30 f. gestützte Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht.

7 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 131; ausführlich *Azara*, S. 262 ff., 965; *Haas*, ZInsO 2007, 617, 618 (dort auch zum Wegfall der Strafbarkeit nach § 266 StGB); dies begrüßend *Bormann*, DB 2006, 2616.

venzrechts?, ZGR 2007, 250; *Engert*, Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung, ZGR 2004, 813; *Engert*, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber – Zugeleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835, 847 ff.; *Halmer*, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff, 2013; *Hölzle*, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG?, ZIP 2009, 1939; *Kleindiek*, Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335, 350 ff.; *Krolop*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte – Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters zur Risikoübernahmeverantwortung des Risikokapitalgebers, GmbHR 2009, 397; *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2013, S. 107 ff., 143 ff.; *Pentz*, Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 754 ff.; *Pentz*, Abgetretene Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und Zurechnung in der Insolvenz, GmbHR 2013, 393, 395 ff.; *B. Schäfer*, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG – was bleibt von der Finanzierungsfolgenverantwortung, ZInsO 2010, 1311; *Karsten Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen bei der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2009, 1009; *Schröder*, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, S. 75 ff.; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht – Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010, S. 388 ff.; *Thole*, Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?, ZHR 176 (2012), 513.

- 14 Das Recht der (früher eigenkapitalersetzen) Gesellschafterdarlehen ist Teil der Gesamtproblematik unterkapitalisierter Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung<sup>1</sup>. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen materieller und nomineller Unterkapitalisierung (dazu § 13 Rdnr. 140 ff.). Von **materieller Unterkapitalisierung** wird gesprochen, wenn der Gesellschaft die benötigten Finanzmittel überhaupt nicht – weder als Fremd- noch als Eigenkapital – zur Verfügung stehen. Sie kann zu einer Haftung der Gesellschafter aus § 826 BGB (§ 13 Rdnr. 105 ff.) sowie zu einer echten Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Haftungsbeschränkung führen (§ 13 Rdnr. 138 ff.). In Fällen der **nominellen Unterkapitalisierung** ist das erforderliche Kapital demgegenüber vorhanden, wird aber von den Gesellschaftern nicht durch Eigenkapitalzufuhr, sondern im Wege der Fremdfinanzierung durch Darlehen aufgebracht. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Gesellschafter als Darlehensgeber ebenso am Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft teilnehmen kann wie ein gewöhnlicher außenstehender Kreditgeber. Das Gesetz beantwortet diese Frage im negativen Sinn und unterwirft den kreditgebenden Gesellschafter einem Sonderregime: Seine Forderung auf Rückzahlung des Darlehens wird nur nachrangig bedient (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO; dazu Rdnr. 111 ff.). Rückzahlungen im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag unterliegen der Insolvenzanfechtung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO; dazu Rdnr. 118 ff.), ferner auch Sicherheiten, die die Gesellschaft in den letzten zehn Jahren vor dem Eröffnungsantrag für das Gesellschafterdarlehen gewährt hat (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO; dazu Rdnr. 134 ff.).

1 *Mossmann*, S. 112 ff. m.w.N.; *Bäcker*, S. 51 ff.; monographisch auf rechtsökonomischer Basis *Halmer*, Gesellschafterhaftung und Haftungsdurchgriff, 2013 mit umfassenden Nachweisen.

Die Begründung des Gesetzgebers für diese Sonderregeln ist „recht einsilbig aus gefallen“<sup>1</sup>. Die deshalb von *Karsten Schmidt* mit Recht angemahnte „Suche nach dem verlorenen Normzweck“<sup>2</sup> lohnt, weil die *ratio legis* der Neuregelung Leitlinie für die Lösung der die Praxis bewegenden Einzelfragen ist<sup>3</sup>. Insbesondere kann kaum verlässlich bestimmt werden, wann im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO Rechtshandlungen vorliegen, die einem Gesellschafterdarlehen „wirtschaftlich entsprechen“ (dazu Rdnr. 159 ff.), wenn nicht geklärt ist, was ein solches Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich ausmacht und warum es – im Gegensatz zu Dritt darlehen – einem Sonderregime unterworfen ist<sup>4</sup>. Folglich ist hier zunächst auf den Normzweck einzugehen (Rdnr. 19 ff.)<sup>5</sup> und erst dann der Tatbestand im Detail zu analysieren (Rdnr. 36 ff.).

## 1. Die „Finanzierungsfolgenverantwortung“ im Eigenkapitalersatzrecht

Die Sonderstellung von Darlehen, die ein Gesellschafter gibt, ist unter dem alten Eigenkapitalersatzrecht mit dem schillernden Terminus<sup>6</sup> der „Finanzierungs (folgen)verantwortung“ begründet worden<sup>7</sup>: Der tragende Grund für die eigenkapitalähnliche Bindung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen sollte nach der Rechtsprechung und h.L. in der Verantwortung der Gesellschafter für die Folgen ihrer in der Krise der Gesellschaft getroffenen Entscheidung liegen, die liquidationsreife Gesellschaft fortzuführen und über das satzungsmäßige Eigenkapital hinaus weiterzufinanzieren, anstatt die in dieser Situation aus eigener Kraft nicht mehr überlebensfähige Gesellschaft – wie an sich nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensführung geboten – entweder unmittelbar oder mittelbar durch Verweigerung weiterer oder den Abzug bereits gewährter Gesellschafterhilfen zu liquidieren<sup>8</sup>.

1 So *Bork*, ZGR 2007, 250, 251; ähnlich *Thiessen*, DStR 2007, 202, 206 („extrem knapp begründet“); s. auch *Karsten Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1014 („Nun, da der Gesetzgeber gesprochen hat, müssen wir uns ... in seinem kargen Zuhause einrichten.“); näher *Pentz*, in: FS *Hüffer*, 2010, S. 747, 754 ff.; *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 396 ff.; dazu auch *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 5; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 115.

2 *Karsten Schmidt*, GmbHR 2009, 1009; ebenso *Thole*, ZHR 176 (2012), 513, 519; s. auch schon *Eidenmüller*, in: FS *Canaris*, Band II, 2007, S. 49, 53 („der Reformgesetzgeber [verzichtet] scheinbar gänzlich“ auf ein „tragfähiges Wertungskriterium“) und S. 60 („ohne Rekurs auf irgendein Wertungskriterium“); ferner *Haas*, ZInsO 2007, 617, 618; *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 357 ff.; verfassungsrechtliche Bedenken äußert *Marotzke*, ZInsO 2009, 2073.

3 S. bereits *Bitter*, ZIP 2010, 1 mit Hinweis auf *Huber*, in: FS *Priester*, 2007, S. 259, 281; ferner *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 34; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, 6. Aufl., Anh. §§ 32a, b Rdnr. 6.

4 Zutreffend *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 395 und 398.

5 S. dazu aus Sicht des Verfassers schon *Bitter*, Gesellschaftsrecht, § 4 Rdnr. 267 ff.; *Bitter*, in: *MünchKomm. InsO*, 3. Aufl. 2013, § 44a Rdnr. 3 f.; *Bitter*, ZHR 176 (2012), 578, 581 f.

6 *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Vorb §§ 32a, b aF Rdnr. 10 spricht von „Zauberwort“, *Körner*, S. 167 von „Leerformel“; deutlich auch *Schaumann*, S. 152 ff., 161 m.w.N.

7 S. zum Folgenden bereits *Bitter*, ZIP 2010, 1, 9 f.; *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 126 ff., insbes. S. 129 f.

8 So zusammenfassend BGH v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344 f. = ZIP 1994, 1934, 1938 = GmbHR 1995, 38 m.w.N. („Finanzierungsfolgenverantwortung“); dazu

- 17 Diese Anknüpfung an eine angebliche „Finanzierungsfolgenverantwortung“ der Gesellschafter war schon unter dem alten Recht wenig überzeugend, weil der Terminus nicht zu erklären vermochte, warum das Fremdkapital, das der Gesellschafter seiner Gesellschaft – ob nun in der Krise oder nicht – zur Verfügung stellt, wie Eigenkapital zu behandeln ist<sup>1</sup>. Der Hinweis des BGH auf die „ordentlichen Kaufleute“ oder die „ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung“<sup>2</sup>, an den der Gesetzgeber der GmbH-Novelle von 1980 in § 32a GmbHG a.F. tatbeständliche anknüpfte (Rdnr. 5), enthält keine materielle Begründung, warum ordentliche Kaufleute in der Krise Eigen- und nicht Fremdkapital zur Verfügung stellen<sup>3</sup>.
- 18 Bekanntlich hat der BGH sich auf die Folgenverantwortung gestützt, die an eine getroffene Finanzierungsentscheidung anknüpft, um keine Pflicht zu angemessener Eigenkapitalisierung begründen zu müssen<sup>4</sup>. Daraus hätte nämlich in Fällen materieller Unterkapitalisierung eine Durchgriffshaftung abgeleitet werden können, die der II. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil *Gamma* aus dem Jahr 2008<sup>5</sup> ausdrücklich abgelehnt hat (dazu kritisch § 13 Rdnr. 145 ff.). Doch handelte es sich bei dem Hinweis auf die Finanzierungsfolgenverantwortung in Wahrheit um ein wenig überzeugendes Ablenkungsmanöver, mit dem die (nominelle) Unterkapitalisierung als Wertungsgrundlage des alten Rechts der Gesellschafterdarlehen verschleiert wurde. Wenn es tatsächlich so wäre, dass den Gesellschafter einer GmbH nur die Pflicht zur Aufbringung des Mindeststammkapitals trifft und er nicht verpflichtet ist, der Gesellschaft darüber hinaus weiteres Risikokapital zur Verfügung zu stellen<sup>6</sup>, dann wäre in keiner Weise erklärbar, warum ein Gesellschafter, der sich – angeblich *lege artis* – zur Darlehenshingabe

auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 20 ff.; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 101; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Vorb §§ 32a, b aF Rdnr. 10; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 3; *Gehrlein*, BB 2011, 3, 4; *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 608 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 17 f.); präzisierend *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 398 („Finanzierungsentscheidungsfolgenverantwortung“).

1 S. dazu und zum Folgenden bereits *Bitter*, ZIP 2010, 1, 9; kritisch auch *Cahn*, AG 2005, 217, 218.

2 BGH v. 26.3.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 389 = ZIP 1984, 572, 575 („ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung“); BGH v. 19.9.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 176 = ZIP 1988, 1248, 1250 („ordentliche Kaufleute“, „ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung“); BGH v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344 = ZIP 1994, 1934, 1938 („ordnungsgemäße Unternehmensführung“); BGH v. 28.6.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, 120 = ZIP 1999, 1263, 1264 („ordentlichen Kaufmann“).

3 Deutlich *Eidenmüller*, in: *FS Canaris*, Band II, 2007, S. 49, 54 („bloße Behauptung“); *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 192 f. („petitio principii“); s. auch *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Vorb §§ 32a, b aF Rdnr. 10.

4 Insoweit zutreffend *Karsten Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1015, der darin aber eine Stärke des Begriffs „Finanzierungsfolgenverantwortung“ sehen will; vgl. auch *Huber*, in: *FS Priester*, 2007, S. 259, 267.

5 BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 = GmbHR 2008, 805 (Rdnr. 17 ff.) – „Gamma“.

6 In diesem Sinne BGH v. 4.5.1977 – VIII ZR 298/75, BGHZ 68, 312, 319 – „Fertighaus“ (VIII. Zivilsenat); BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 = GmbHR 2008, 805 (Rdnr. 17 ff.) – „Gamma“ (II. Zivilsenat); *Hofmann*, NJW 1966, 1941, 1944; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1983, 123, 144; *Vonnemann*, GmbHR 1992, 77, 78; tendenziell auch *Karsten Schmidt*, JZ 1984, 771, 777.

entschließt, gleichwohl so behandelt wird, als habe er Eigen- und damit Risikokapital zur Verfügung gestellt (vgl. auch § 13 Rdnr. 147)<sup>1</sup>. Zu einem widerspruchsfreien Konzept kann man folglich nur gelangen, wenn man das Recht der Gesellschafterdarlehen im Zusammenhang mit dem allgemeinen Problem der Unterkapitalisierung betrachtet<sup>2</sup>.

## 2. Meinungsstand zum Telos des neuen Rechts

Nachdem der Gesetzgeber das Gesellschafterdarlehensrecht mit dem MoMiG 19 nun auch noch vom Tatbestand der „Krise der Gesellschaft“ (vgl. § 32a Abs. 1 GmbHG a.F.) gelöst hat (Rdnr. 1, 10), ist die schon früher wenig überzeugende Anknüpfung an die sog. Finanzierungsfolgenverantwortung vollends problematisch geworden<sup>3</sup>. In der Folge ist der Telos der Subordination von Gesellschafterdarlehen durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sowie der Insolvenzanfechtung gemäß § 135 InsO seit dem MoMiG äußerst umstritten<sup>4</sup>. Der BGH hält sich bislang nicht wirklich klar positioniert (Rdnr. 21 f.).

Bisweilen wird die These vertreten, der Normzweck der neuen Regelung sei im 20 Grundsatz der gleiche wie nach dem alten Eigenkapitalersatzrecht; die Krise und die in der Krise getroffene Finanzierungsentscheidung würden allerdings jetzt vom Gesetz aus Vereinfachungsgründen unwiderleglich vermutet<sup>5</sup>. Ein anderer Ansatz geht dahin, die Insolvenzreife der Gesellschaft im Sinne einer mindestens drohenden Zahlungsunfähigkeit werde im neuen Recht (widerleglich)

1 Bitter, ZIP 2010, 1, 9; zustimmend Hölzle, ZIP 2010, 913, 914.

2 Dazu ausführlich Bitter, Durchgriffshaftung, S. 110 ff., insbes. S. 126 ff.; Halmer, S. 11 ff., 68 ff.; ähnlich Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 22; überzeugend früher schon Mossmann, S. 112 ff. m.w.N.; tendenziell anders Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 14.

3 Vgl. auch Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 113: „tragende Legitimationsgrundlage der Finanzierungsfolgenverantwortung hinfällig geworden“.

4 Guter Überblick über die unterschiedlichen Ansätze bei Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 35 ff.; s. auch Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 6 ff.; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 15 ff.; Karsten Schmidt, in: Liber amicorum M. Winter, S. 601, 609 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 18 f.); ausführlich Laspeyres, S. 107 ff.

5 Dazu auch Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 16.

6 Bork, ZGR 2007, 250 ff.; Haas, ZInsO 2007, 617, 621; Altmeppen, NJW 2008, 3601 ff.; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 9, 11 m.w.N.; Schröder, in: HambKomm. InsO, § 135 InsO Rdnr. 8a; Marotzke, in: Kreft, § 108 InsO Rdnr. 67; Hölzle, ZInsO 2007, 421, 422; Hölzle, GmbHR 2007, 729, 735; ausführlich Hölzle, ZIP 2009, 1939 ff.; Schröder, S. 75 ff., 84 ff. mit Ergebnis S. 97; Lüneborg, S. 48 ff.; dazu kritisch insbesondere Karsten Schmidt, GmbHR 2009, 1009, 1012 f.; Karsten Schmidt, in: Liber amicorum M. Winter, S. 601, 609 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 18 f.); Huber, in: FS Priester, 2007, S. 259, 274; Habersack, ZIP 2007, 2145, 2147; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 15, 17; Gehrlein, BB 2011, 3, 7; Kampshoff, GmbHR 2010, 897, 898 f.; Goette/Kleindiek, Rdnr. 62; Azara, S. 413 ff., 969; Ulbrich, S. 130 ff., 427; ferner Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 42; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 116; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 6; Braunschweig, S. 47 f.; Fedde, NZG 2009, 928, 929.

vermutet<sup>1</sup>. Die Inspiratoren der Neuregelung, *Huber* und *Habersack*<sup>2</sup>, sehen den insolvenzrechtlichen Nachrang und die darin zum Ausdruck kommende Einordnung der Gesellschafterdarlehen als Risikokapital hingegen als Gegenstück zur Haftungsbeschränkung, um eine missbräuchliche Ausnutzung des Haftungsprivilegs zu verhindern<sup>3</sup>. Eine vierte These will an die erhöhte Verantwortung der Gesellschafter anknüpfen, die sich aus deren Insiderstellung ergebe<sup>4</sup>, wobei diese Begründung (nur) von einem Teil der Autoren ausdrücklich auf die Insolvenzanfechtung gemäß § 135 InsO beschränkt und nicht auch auf den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bezogen wird<sup>5</sup>, der sich mit dem Insidergedanken in der Tat nicht erklären lässt (Rdnr. 21)<sup>6</sup>. Ein fünfter Ansatz stützt die Sonderregeln zu den Gesellschafterdarlehen auf eine Risikoübernahmeverantwortung, die sich aus der Beteiligung an unternehmerischen Chancen und Risiken bei gleichzeitigem Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens ergebe (Kombination aus „Mitunternehmerrisiko“ und „Mitunternehmerinitiative“)<sup>7</sup>, ein sechster auf die „Steuerungsfunktion des Eigenkapitalrisikos“<sup>8</sup>, wäh-

1 *Pentz*, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 761 ff., 764 ff.; dazu kritisch *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 610 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 19); *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 18; verteidigend *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 395 ff., insbes. S. 398 ff.

2 S. die zwölf Thesen von *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 ff.; angedeutet auch schon bei *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 512 f.

3 *U. Huber*, in: FS Priester, 2007, S. 259, 271 ff.; *U. Huber*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 261, 275 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 13 f.); *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2147; *Habersack*, ZIP 2008, 2385, 2387 ff.; *Habersack*, in: *Goette/Habersack*, Rdnr. 5.13; *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 21; dem folgend *Gehrlein*, BB 2008, 846, 849; *Gehrlein*, BB 2011, 3, 7 f.; *Fedke*, NZG 2009, 928, 929 f.; *Weitnauer*, BKR 2009, 18, 19; präzisierend *Grigoleit/Rieder*, Rdnr. 228, 239; s. auch *Koutsós*, S. 182 ff. (Gesellschafterstellung und Haftungsbeschränkung als Legitimation); dazu kritisch *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 8; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 114; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 6 („keine Begründung“); *Goette/Kleindiek*, Rdnr. 63; *Azara*, S. 437 ff., 970; *Pentz*, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 758 f.; *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897, 899.

4 In diesem Sinne *Servatius*, S. 453 ff. (zum früheren Recht), 481 ff. (zum neuen Recht) m.w.N.; *Noack*, DB 2007, 1395, 1398; vgl. auch *Haas*, ZInsO 2007, 617, 618; *Grigoleit/Rieder*, Rdnr. 228; *Mylich*, ZGR 2009, 474, 476 f. und 488; tendenziell *Goette/Kleindiek*, Rdnr. 64; unklar *Schaumann*, S. 247 einerseits, S. 195 andererseits; insgesamt kritisch *Karsten Schmidt*, GmbHR 2009, 1016; *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399 ff.

5 Beschränkung auf die Insolvenzanfechtung bei *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 192 f.; *Eidenmüller*, in: FS *Canaris*, Band II, 2007, S. 49, 61 ff.; *Seibert*, MoMiG, S. 41 und 45; *Mylich*, ZGR 2009, 474, 488; zur gedanklichen Trennung von Nachrang und Anfechtung auch *T. Bezzemberger*, in: FS *G. Bezzemberger*, 2000, S. 29, 43; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 390 ff.; *Thole*, ZHR 176 (2012), 513 ff., insbes. S. 524 ff.; *Ulbrich*, S. 122 ff.

6 Zutreffend BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363, 369 f. = GmbHR 2011, 413, 414 = ZIP 2011, 575 (Rdnr. 17); ebenso *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 19; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 115; *Engert*, ZGR 2012, 835, 849; zuvor schon *Cahn*, AG 2005, 217, 220 f.

7 So *Krolop*, GmbHR 2009, 397 ff., insbes. S. 401 ff.; andeutungsweise auch *Krolop*, ZIP 2007, 1738 ff.; ähnlich schon *Tillmann*, GmbHR 2006, 1289, 1290 f. („Mitunternehmerische Beteiligung als Gefahrtragungsmerkmal“).

8 *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 6 mit Hinweis auf *Servatius*, S. 481 ff.

rend andere schließlich resignativ den fehlenden Normzweck beklagen<sup>1</sup> bzw. auf eine (um das Merkmal der Krise befreite) „Finanzierungszuständigkeit“ der Gesellschafter verweisen<sup>2</sup>.

Der IX. Zivilsenat des BGH hatte im Urteil vom 17.2.2011 zunächst noch offen gelassen, von welchem Normzweck das neue Recht der Gesellschafterdarlehen getragen wird<sup>3</sup>, und allein betont, dass die **Insiderthese** jedenfalls **keine Begründung für den Nachrang** bieten könne. Ein Informationsvorsprung könne nämlich nur zur Folge haben, dass ein gewährtes Darlehen vor der offenbar werdenden Insolvenz abgezogen wird; er führe aber gerade nicht dazu, dass ein mit den Verhältnissen der Schuldnerin besonders vertrauter „Insider“ der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und er dieses vor der Insolvenz *nicht* mehr zurückfordert<sup>4</sup>. In seinem jüngeren Urteil vom 21.2.2013 geht der Senat sodann im Zusammenhang mit der Frage, ob auch ein mittelbarer Gesellschafter dem Gesellschafterdarlehensrecht unterfällt, erstmals näher auf den Normzweck ein, dies jedoch erkennbar, ohne sich abschließend festlegen zu wollen. In einem *Anfechtungsfall* wird betont, dass die von Rechtsprechung und Schrifttum zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelten Grundsätze für die Auslegung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO „grundsätzlich fruchtbar gemacht werden [können]“<sup>5</sup>. Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben, lege „die Annahme nahe, dass das durch das MoMiG umgestaltete Recht und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmoniert“<sup>6</sup>.

Die Verwendung des Wortes „harmonieren“ statt „übereinstimmen“ oder ähnlichen Formulierungen zeigt dabei an, dass der IX. Zivilsenat nicht von einer Identität des Normzwecks ausgeht. Vielmehr will der Senat allein zum Ausdruck bringen, dass er bei der Frage der Einbeziehung Dritter die alten Bahnen nicht gänzlich verlassen, sondern sich an der bisherigen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH orientieren will (vgl. auch Rdnr. 161 und 247)<sup>7</sup>. In den

1 In diesem Sinne *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 7 f.: Mehr als das „Näher-dran-Argument“ ist nicht geblieben.

2 *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 613 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 19 ff.); dazu kritisch *Habersack*, in: *Ulmer, Anh. § 30* Rdnr. 20; *Goette/Kleindiek*, Rdnr. 64.

3 BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363, 369 = GmbHR 2011, 413, 415 = ZIP 2011, 575 (Rdnr. 16).

4 BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = GmbHR 2011, 413 = ZIP 2011, 575 (Rdnr. 17); im Anschluss daran auch BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 26; für BAGE vorgesehen); ebenso *Habersack*, in: *Ulmer, Anh. § 30* Rdnr. 19; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64* Rdnr. 115; zuvor schon *Cahn*, AG 2005, 217, 220 f.

5 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 222 = ZIP 2013, 582 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 = NJW 2013, 2282 (Rdnr. 9).

6 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 226 = ZIP 2013, 582 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 = NJW 2013, 2282 (Rdnr. 18); s. im Anschluss daran auch BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 24 ff.; für BAGE vorgesehen).

7 Dazu auch *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1586.

Entscheidungsgründen wird zudem betont, die Auslegung des Gesetzes falle auch dann nicht anders aus, „wenn man ... dem neuen Regelungswerk aus rechtsdogmatischen Erwägungen eine andere Legitimationsgrundlage beimisst“<sup>1</sup>. Hieraus wird deutlich, dass sich der IX. Zivilsenat derzeit in Bezug auf den Normzweck des Gesellschafterdarlehensrechts noch nicht endgültig festlegen will, zumal er auch in dem nur wenig später ergangenen Urteil vom 7.3.2013 zum Staffelkredit genau gegensätzlich die Diskontinuität zum alten Recht betont. Dort heißt es wörtlich: „Die Anfechtung beschränkt sich nicht mehr auf solche Fälle, in denen zurückgezahlte Gesellschafterdarlehen eigenkapitalersetzend waren und die Befriedigung der Gesellschafter ihrer Finanzierungsfolgenverantwortung widersprach.“<sup>2</sup> Genau jene „Finanzierungsfolgenverantwortung“ des alten Rechts, mit der die neue Rechtslage ausweislich des Urteils vom 21.2.2013 „harmonieren“ soll, wird also nicht einmal drei Wochen später vom selben Senat des BGH – allerdings in anderer Richterbesetzung – für unmaßgeblich erklärt. Im Anschluss daran kombiniert das BAG sogar beide gegensätzlichen Aussagen in einem Urteil<sup>3</sup>.

### 3. Bislang fehlende Präzisierung des „Missbrauchs“

- 23 Fast allen in der Literatur entwickelten Thesen ist gemein, dass sie von einer besonderen Stellung des Gesellschafters einer haftungsbeschränkten Gesellschaft ausgehen<sup>4</sup>. Da jedoch die Wirkung der Haftungsbeschränkung im Grundsatz nicht in Frage gestellt werden kann, weil sie gesetzlich vorgesehen ist (§ 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG), geht es – im weiteren Sinne – um „Missbräuche“ jener Haftungsbeschränkung<sup>5</sup>.
- 24 Doch reicht der schlichte Hinweis auf den „Missbrauch der Haftungsbeschränkung“ natürlich nicht aus, um das Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen dogmatisch zu stützen<sup>6</sup>. Insbesondere die von *Huber* und *Habersack* vertretene Missbrauchsthese ist deutlich unspezifischer als der bisher – insbesondere in der Diskussion um die Durchgriffshaftung bei haftungsbeschränkten Gesellschaften (§ 13 Rdnr. 110 ff.)<sup>7</sup> – erreichte Diskussionsstand. Deshalb bleibt der wahre Grund für die Einschränkung der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter ebenso offen wie in der früheren, auf die sog. Finanzierungsfolgenverantwortung hinweisenden Rechtsprechung (Rdnr. 16 ff.). Was die Haftungsbeschränkungs- oder

1 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 226 = ZIP 2013, 582 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 = NJW 2013, 2282 (Rdnr. 19).

2 BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = GmbHR 2013, 464 = WM 2013, 708 (Rdnr. 14); im Anschluss daran auch BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 23; für BAGE vorgesehen).

3 BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 23 einerseits, Rdnr. 24 andererseits; für BAGE vorgesehen).

4 Eine Ausnahme gilt für *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 613 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 20).

5 Zu den gemeinsamen Gedanken aller Ansätze s. auch *Thiessen*, in: *Bork/Schäfer, Anh. zu § 30* Rdnr. 5 ff.

6 S. dazu schon *Bitter*, ZIP 2010, 1, 4 ff., insbes. S. 8 f.; zustimmend *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester, Anh. § 30* Rdnr. 43; *Engert*, ZGR 2012, 835, 848; ähnlich *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64* Rdnr. 114.

7 Dazu eingehend *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 67 ff.

Missbrauchsthese vermissen lässt, ist eine innere Rechtfertigung dafür, warum ein Gesellschafter – anders als ein Dritter – gerade kein reguläres Fremdkapital zur Verfügung stellen darf, bei dem der Rückforderungsanspruch in der Insolvenz der Gesellschaft mit den Forderungen anderer Insolvenzgläubiger konkurriert<sup>1</sup>. Der „Missbrauch“ wird letztlich nur als Schlagwort benutzt, ohne die konkrete Art des Missbrauchs zu benennen<sup>2</sup>.

#### 4. Verhinderung von Risikoerhöhungsstrategien der Gesellschafter durch Subordination von Gesellschafterdarlehen

Wer den Telos der neuen Regeln erforschen will, muss tiefgehender auf die Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung schauen<sup>3</sup>. Sie ist in diesem Kommentar an anderer Stelle näher dargestellt (§ 13 Rdnr. 60 ff.), so dass hier eine knappe Zusammenfassung genügt, aus der sodann auch der Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen erhellert: Es geht um eine Sanktion für **vermutete nominelle Unterkapitalisierung**<sup>4</sup>.

Durch die Haftungsfreistellung des Privatvermögens soll die natürliche Risikoaversität des Gesellschafters reduziert und damit ein Investitionsanreiz gesetzt werden. Hierdurch wird die Durchführung von Geschäften mit positivem Erwartungswert gefördert und so der volkswirtschaftliche Gesamtnutzen vergrößert. Da alle Gläubiger der haftungsbeschränkten Gesellschaft einen kleinen Teil des Risikos tragen, wirkt die Haftungsbeschränkung wirtschaftlich wie eine (Teil-)Versicherung des unternehmerischen Risikos, bei der die Gesellschafter die Versicherungsnehmer und die Gläubiger der Versicherer sind (§ 13 Rdnr. 65).

Kann der Gesellschafter allerdings seine Haftung beschränken und damit einen Teil des Risikos auf die Gläubiger verlagern, entsteht auf der anderen Seite ein Anreiz zur Externalisierung, d.h. zur nicht kompensierten Verlagerung von Kosten auf die Gläubiger: Weil die Gläubiger auf einen Festbetragsanspruch<sup>5</sup> beschränkt sind, der Gesellschafter hingegen variabel am Gewinn beteiligt ist, entsteht der Anreiz, in übermäßig spekulative Projekte zu investieren (§ 13 Rdnr. 66)<sup>6</sup>.

1 Kritisch auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 43; *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3603; *Thiessen*, DStR 2007, 202, 206 ff.

2 *Bitter*, ZIP 2010, 1, 8 f.; zustimmend *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 43; vgl. auch die Kritik bei *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 114.

3 Dazu ausführlich *Meyer*, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, 2000, S. 951 ff.; *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 150 ff.; *Bitter*, in: *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, S. 57 ff. m.w.N.; s. speziell in Bezug auf die Darlehensfinanzierung auch *Halmer*, S. 11 ff., 103 ff.; *Azara*, S. 451 ff.

4 *Bitter*, Gesellschaftsrecht, § 4 Rdnr. 272; angedeutet bei *Bitter*, ZIP 2010, 1, 10; zustimmend *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 22, 44; ähnliche Überlegungen bei *Huber*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 261, 275 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 13 f.); *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 21; ausführlich *Schaumann*, S. 163 ff.

5 Der vom Gläubiger zu beanspruchende Festbetragsanspruch gegen die Gesellschaft setzt sich aus dem kreditierten Betrag zuzüglich eines festen Zinssatzes zusammen.

6 Näher *Engert*, ZGR 2004, 813, 820 ff.; *Halmer*, S. 31 ff.; *Schaumann*, S. 174 ff.; zur weiteren Stärkung dieses Fehlanreizes in der Krise *Eidenmüller*, in: *FS Canaris*, Band II, 2007, S. 49, 55; *Roth*, GmbHR 2008, 1184, 1189; *Azara*, S. 457 f. m.w.N.; *Schaumann*, S. 182 ff.; ausführlich *Halmer*, S. 68 ff.

- 28 In dieser **Gemengelage aus Investitionsanreiz und Gefahr der Kostenexternalisierung** dient die Beteiligung des Gesellschafters mit Eigenkapital als Ausgleich<sup>1</sup>. Die Besonderheit des Eigenkapitals gegenüber dem Fremdkapital besteht nämlich darin, dass die Eigenkapitalgeber ihren Einsatz vor den Fremdkapitalgebern verlieren (§ 199 InsO im Vergleich zu § 38 InsO) und somit stärker am Unternehmensrisiko beteiligt sind (§ 13 Rdnr. 67).
- 29 Betrachtet man nun die vom Recht der Gesellschafterdarlehen adressierte Gestaltung, in der ein Finanzier des Unternehmens in einer **Doppelrolle als Gesellschafter und Darlehensgeber** auftritt, ergibt sich dort in Bezug auf die soeben dargestellte Risikolage eine besondere Situation: Der Gesellschafter tritt im Hinblick auf einen Teil seines finanziellen Engagements zwar als Darlehensgläubiger auf und ist damit scheinbar mit diesem Teil seines Engagements – wie jeder gewöhnliche Gläubiger (z.B. eine Bank) – auf einen Festbetragsanspruch begrenzt. In Wahrheit kann der Gesellschafter jedoch – im Gegensatz zu den gewöhnlichen Gläubigern – auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben<sup>2</sup>. Gerade wegen seiner parallelen Gesellschaftsbeteiligung ist er nämlich in Bezug auf das Darlehen gar nicht auf die Vereinbarung eines – der Gesellschafterdividende entsprechenden – gewinnabhängigen Zinses angewiesen, sondern schöpft die sich aus Risikoerhöhungsstrategien ergebenden Renditen schlicht über seine zugleich bestehende Gesellschafterposition ab, ohne das Fremdkapital einer vollen Verlustandrohung auszusetzen<sup>3</sup>. Nur der Gesellschafterdarlehensgeber kann also trotz beschränkter Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten voll von den Gewinnen profitieren, als habe er insgesamt Eigenkapital hingegeben, müsste aber im Gegenzug mit dem Fremdkapitalanteil nicht vorrangig haften, wenn es den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht gäbe.
- 30 Dazu ein Beispiel<sup>4</sup>: Ein Alleingesellschafter gibt nur das Mindestkapital von 25 000 Euro (oder bei der UG 1 Euro) als Eigenkapital hin und gewährt der GmbH daneben mehrere Millionen Euro als Darlehen. Er kann dann sämtliche Gewinne aus der unternehmerischen – auch durch das Fremdkapital finanzierten – Aktivität über die Gesellschaftsbeteiligung von 25 000 Euro (bzw. 1 Euro) abschöpfen, weil für die Gewinnbeteiligung nur der Anteil am Eigenkapital, nicht hingegen dessen nominale Höhe relevant ist.
- 31 Um das dadurch entstehende Ungleichgewicht zwischen einem stets auf den Festbetragsanspruch beschränkten gewöhnlichen Gläubiger und dem nur

1 Ausführlich *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 190 ff.; *Bitter*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, S. 57, 74 ff.; s. auch *Engert*, ZGR 2012, 835, 850 ff. m.w.N.; *Azara*, S. 458 f.; *Ulbrich*, S. 166 ff.

2 Allgemein auf die Möglichkeit des Gesellschafters hinweisend, von einer Erhöhung des Beteiligungswertes zu profitieren, auch *Mülbert*, WM 2006, 1977, 1978; *Seibert*, MoMiG, S. 41; den „Gedanken der Fruchtziehung in Form von einer (unmittelbaren) Gewinnbeteiligung an der Unternehmung“ betonend auch *Tillmann*, GmbHR 2006, 1289, 1290 f.

3 Dies übersehen m.E. *Engert*, ZGR 2004, 813, 825 f. und ihm folgend *Körner*, S. 165, wenn sie meinen, der Gesellschafter stehe als Fremdkapitalgeber im Lager der Gläubiger und teile insoweit deren Risikovermeidungsanreiz.

4 S. *Bitter*, Gesellschaftsrecht, § 4 Rdnr. 270.

scheinbar auf den Festbetragsanspruch beschränkten, in Wahrheit aber vollumfänglich variabel am Gewinn beteiligten und zugleich nur beschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftenden Gesellschafter auszugleichen, ist es gerechtfertigt, die Darlehen derjenigen Personen, die zugleich Gesellschafter sind, im Rang hinter den Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzustufen<sup>1</sup>. Dadurch wird der oben beschriebene Ausgleich zwischen Investitionsanreiz einerseits und Gefahr der Kostenexternalisierung andererseits bei Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung wiederhergestellt: Im Verlustfall haftet zunächst das Gesellschafterdarlehen und dann erst der Kredit „echter“ Darlehensgeber<sup>2</sup>. Da der Rangrücktritt gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aus Sicht der „gewöhnlichen“ Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) den gleichen Effekt wie der vollständige Nachrang des Eigenkapitals (§ 199 InsO) hat, wird den dargestellten Risikoerhöhungsstrategien der Gesellschafter mit einem solchen Nachrang ebenso entgegengewirkt wie mit der Eigenkapitalbeteiligung des Gesellschafters.

## 5. Absicherung des Nachrangs durch die Insolvenzanfechtung

Die Anfechtbarkeit von im Vorfeld der Insolvenz erfolgten Rückzahlungen der Gesellschafterdarlehen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist entgegen anders lautenden Stimmen in der Literatur<sup>3</sup> von dem eben beschriebenen Nachrang keineswegs grundsätzlich konzeptionell zu trennen<sup>4</sup>. Die Anfechtung will nicht nur dem Gesellschafter seinen als Insider erlangten Vorteil nehmen, sondern auch und gerade vor Umgehungen des Nachrangs schützen<sup>5</sup>. Diese Absicherung des Nachrangs durch die Anfechtung ist nach dem Konzept der Insolvenzordnung erforderlich, weil es sich um einen gesetzlich angeordneten Nachrang *gegen* den Willen der Gesellschafter handelt. Werden die Gesellschafterdarlehen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aus Gründen des Gläubigerschutzes gegenüber den sonstigen Forderungen subordiniert, soll § 135 Abs. 1 InsO verhindern, dass dieser gesetzliche Nachrang durch frühzeitige Rückzahlungen und Besicherun-

32

1 A.A. Eidenmüller, in: FS Canaris, Band II, 2007, S. 49 ff., der die Subordination von Gesellschafterdarlehen generell für nicht gerechtfertigt hält.

2 S. bereits Bitter, Gesellschaftsrecht, § 4 Rdnr. 268 ff.; Bitter, in: MünchKomm. InsO, 3. Aufl. 2013, § 44a InsO Rdnr. 3 f.; Bitter, ZHR 176 (2012), 578, 581 f.; s. auch schon Bitter, ZIP 2010, 1, 9 f.; zustimmend Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 41 ff.; ähnlich Halmer, S. 141 ff.; ferner Ulbrich, S. 166 ff., der von „aufschiebend bedingtem Haftkapital“ spricht; sehr ausführlich auch Azara, S. 471 ff., der freilich auch auf negative Wirkungen der Subordination hinweist.

3 Besonders deutlich Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 390 ff.; Thole, ZHR 176 (2012), 513 ff.; Thole, ZInsO 2011, 1425, 1432; s. auch Mylich, ZHR 176 (2012), 547, 565.

4 Vgl. die Rezension des in der vorstehenden Fußnote zitierten Werkes von Thole bei Bitter, ZHR 176 (2012), 578, 581 f.; ebenso Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 19; Schröder, S. 97 (Rdnr. 359).

5 Haas/Hossfeld, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 371; Gehrlein, BB 2011, 3, 8; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 18; Kleindiek, in: Kreft, § 135 InsO Rdnr. 14 f.; ähnlich Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 14: Nachrang wird durch Anfechtung „flankiert“; eingehend Laspeyres, S. 258 ff. mit einer Unterscheidung zwischen „informationsprivilegiert-risikobereiten Gläubigern“ einerseits und „nur-informationsprivilegierten Gläubigern“ andererseits; a.A. wohl Penz, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 761 ff., 759.

gen ausgehebelt wird. Bedeutsam ist diese Erkenntnis insbesondere für Fälle, in denen entweder der Gesellschafter die Forderung an einen Gesellschaftsfremden abtritt oder er aus der Gesellschaft ausscheidet, weil dann auch ein Rückzahlungsempfänger der Anfechtung unterliegen kann, der selbst nicht Insider ist (dazu Rdnr. 55 ff.)<sup>1</sup>. Umgekehrt unterliegt nicht jede Person, die – wie etwa die Hausbank der Gesellschaft – gute Kenntnisse über die Geschäftslage der Gesellschaft besitzt und damit als „Insider“ qualifiziert werden kann, dem Gesellschafterdarlehensrecht (dazu Rdnr. 228 f.)<sup>2</sup>.

- 33 Ob das Insolvenzrecht dahingehend fortgebildet werden sollte, dass auch solche Kapitalgeber, die (nur) über einen Informationsvorsprung verfügen, nicht aber zugleich dem besonderen Risikoanreiz des Gesellschafters unterliegen (dazu Rdnr. 27 ff.) und eine mit ihm vergleichbare Einflussmacht haben (sog. nur-informationsprivilegierte Gläubiger), einem besonderen Anfechtungsregime zu unterwerfen sind, ist eine rechtspolitische, hier nicht zu diskutierende Frage<sup>3</sup>. § 135 Abs. 1 InsO ist jedenfalls **kein** solcher **Tatbestand einer Insider(deckungs)anfechtung**, wie sich schon daran zeigt, dass der Gesetzgeber die Vorschrift nicht auch auf die Geschäftsführer bzw. Vorstände der Gesellschaft als gleichsam „geborene Insider“ ausgedehnt hat (Rdnr. 54)<sup>4</sup>.
- 34 Als teleologisch **problematisch** erweist sich die pauschal **für zehn Jahre zurückreichende Anfechtbarkeit von Sicherungen** für Gesellschafterdarlehen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO<sup>5</sup>. Einer Absicherung des Nachrangs aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO kann diese Anfechtbarkeit nur in solchen Fällen dienen, in denen das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht und sich der Gesellschafter in dieser Situation vorab aus dem restlichen Aktivvermögen bedient, ganz ebenso wie es bei einer Rückführung des Darlehens aus Gesellschaftsmitteln im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag gewesen wäre. Gewährt die Gesellschaft hingegen viele Jahre vor dem Insolvenzverfahren und einer diesem ggf. vorangehenden Krise eine Sicherheit für ein Darlehen, das ebenso von einem gesellschaftsfremden Dritten gegen Bestellung derselben Sicherheit hätte gewährt werden können, erscheint der Sinn und Zweck einer Anfechtbarkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zweifelhaft. Stand nämlich der Gesellschaft genügend freies Vermögen zur Verfügung, um das Darlehen abzusicher-

1 Dazu *Bitter*, ZHR 176 (2012), 578, 582.

2 Zutreffend *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 614 (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 20).

3 Dazu *Laspeyres*, S. 286 ff. einerseits, *Florstedt*, ZInsO 2007, 914 ff. andererseits.

4 Zutreffend *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 614 (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 20); s. auch *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 36 und *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 87 zu der Frage, ob allein die – den Geschäftsführern zustehende – Möglichkeit der Einflussnahme ausreichen kann, einen Dritten ins Gesellschafterdarlehensrecht einzubeziehen; ferner *Huber*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 261, 276 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 14), der darauf hinweist, dass der Informationsvorsprung kein Spezifikum von Gesellschaftern einer Gesellschaft mit allseitiger *Haftungsbeschränkung* sei.

5 Ausführlich zu Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen *Bitter*, ZIP 2013, 1497 ff.; *Bitter*, ZIP 2013, 1998 ff.; ferner *Marotzke*, ZInsO 2013, 641 ff. (insbes. S. 641: „existenzielle Sinnkrise“ des § 135 Abs. 1 InsO, S. 657: „sachlich fundierte Rechtfertigung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ... schwieriger denn je“); *Mylich*, ZIP 2013, 2444, 2446 („überlange Frist von § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO“).

chern, war sie überhaupt nicht kreditunwürdig und damit auch nicht unterkaptalisiert.

Unter dem alten Eigenkapitalersatzrecht war die zehnjährige Anfechtungsfrist 35 bei Besicherungen nicht weiter problematisch, weil immer zusätzlich zu prüfen war, ob sich die Gesellschaft im Zeitpunkt der Besicherung in einer Krise befand, sie also zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit von Dritten mehr erhalten hätte<sup>1</sup>. Dieser Tatbestand war regelmäßig zu verneinen, wenn die Gesellschaft noch über ausreichende freie Sicherheiten verfügte, weil dann auch ein unabhängiger Dritter die Gesellschaft als kreditwürdig eingestuft hätte<sup>2</sup>. Durch den Verzicht auf das Krisenmerkmal (Rdnr. 1, 10) würde die Anfechtbarkeit von Sicherheiten – im Gegensatz zum Nachrang und zur Anfechtbarkeit von Rückzahlungen<sup>3</sup> – nun ganz erheblich ausgeweitet, ohne dass dafür eine teleologische Basis vorhanden wäre und der Gesetzgeber diese Ausweitung erkannt und begründet hätte<sup>4</sup>. Die Anfechtbarkeit ist deshalb durch eine Anwendung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) bzw. eine teleologische Interpretation des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu begrenzen (unten Rdnr. 147)<sup>5</sup>. Fehlt nämlich ein den Unterschied zu Drittcreditgebern rechtfertigender Grund für die Anfechtbarkeit einer dem Gesellschafter bestellten Sicherheit<sup>6</sup>, erschien eine sehr weitgehende Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO seit dem MoMiG sogar im Hinblick auf

1 Darauf hinweisend auch *Marotzke*, ZInsO 2013, 641, 657; *Mylich*, ZIP 2013, 2444, 2447, zur Definition der Kreditunwürdigkeit BGH v. 24.9.2013 – II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400, 2402 – GmbHR 2013, 1318 (Rdnr. 31) m.w.N.

2 S. bereits BGH v. 19.11.1984 – II ZR 84/84, GmbHR 1985, 81 = ZIP 1985, 158 (juris-Rdnr. 7): „Wenn die Gesellschaft aus ihrem eigenen Vermögen für den Kredit ausreichende Sicherheiten stellen kann, wird dies im allgemeinen gegen ihre Kreditunfähigkeit sprechen“; ganz ähnlich BGH v. 6.5.1985 – II ZR 132/84, ZIP 1985, 1075, 1077 = NJW 1985, 2719, 2720 (juris-Rdnr. 15); aus jüngerer Zeit BGH v. 11.1.2011 – II ZR 157/09, ZIP 2011, 328, 330 = GmbHR 2011, 301 = MDR 2011, 375 (Rdnr. 21); weitere Nachweise bei *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 553 in Fn. 33; Nachweise zur (früheren) Kommentarliteratur bei *Bitter*, ZIP 2013, 1497, 1498 in Fn. 11, 14.

3 S. dazu Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 26: „In der Insolvenz ist das Darlehen sowieso nachrangig gestellt, und im Jahr vor der Insolvenz soll aus Gründen der Vereinfachung auf eine besondere Qualifizierung verzichtet werden. Im Grunde geht es hier um fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne, die einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen sind.“ Auch früher gewährte Darlehen waren nach altem Recht regelmäßig unter dem Gesichtspunkt des „Stehenlassens“ erfasst (dazu 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 47 ff.); vgl. auch *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 10; *Noack*, DB 2006, 1475, 1480; *U. Huber*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 261, 264 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 8); *Bork*, ZGR 2007, 250, 255. Ein Unterschied besteht aber darin, dass sich die Erfassung nach neuem Recht nicht mehr durch rechtzeitigen Abzug der Mittel vor der Krise verhindern lässt; vgl. *Roith*, GmbHR 2008, 1184, 1186; *Burg/Westerheide*, BB 2008, 62 ff.; *Weitnauer*, BKR 2009, 18, 20; *Freitag*, WM 2007, 1681.

4 Dazu *Bitter*, ZIP 2013, 1497, 1500.

5 Ausführlich *Bitter*, ZIP 2013, 1497 ff., insbes. S. 1503 ff.; *Bitter*, ZIP 2013, 1998 ff.; ähnlich *Marotzke*, ZInsO 2013, 641 ff.

6 Dies gilt entgegen *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 571 auch für sehr langfristige Darlehensverhältnisse. Die Gesellschafter spekulieren damit keineswegs auf Kosten der Gläubiger, weil ja die von der Gesellschaft gestellte Kreditsicherheit aus dem Vermögen stammt, das die Gesellschafter als Eigenkapital aufgebracht haben. Warum (nur) der Gesellschafter doppelt haften soll (mit dem Darlehen und der eingebrachten Kreditgrundlage), ist nicht ersichtlich.

Art. 3 GG verfassungsrechtlich problematisch<sup>1</sup>. Es spricht deshalb alles für eine sehr restriktive Handhabung (Rdnr. 65, 68 und 147).

### III. Tatbestand der Gesellschafterdarlehen

- 36 Grundtatbestand des Rechts der Gesellschafterdarlehen ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Abs. 4 und 5 InsO. Daran knüpft sodann auch die Anfechtungsregel des § 135 InsO an<sup>2</sup>. Die Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts setzt danach dreierlei voraus: erstens eine Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung aller Gesellschafter (unten Rdnr. 37 ff.), zweitens ein als Darlehen zu qualifizierendes Vertragsverhältnis (unten Rdnr. 41 ff.) und drittens die Gewährung jenes Darlehens durch einen Gesellschafter (unten Rdnr. 51 ff.). Dieser Kerntatbestand sei zunächst kommentiert, ehe anschließend auf die Erweiterung des Anwendungsbereichs einzugehen ist, also auf die in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ebenfalls erwähnten „Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ (Rdnr. 159 ff.), insbesondere die Fälle der gesellschafterbesicherten Drittadarlehen (Rdnr. 266 ff.).

#### 1. Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung

- 37 Gemäß § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO gilt § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur für „Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“<sup>3</sup>. Entscheidend ist folglich, dass sämtliche Gesellschafter von einer Haftungsbeschränkung profitieren, also keine natürliche Person auf der Basis ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung (und nicht lediglich aufgrund von Bürgschaft, Schuldbeitritt, Garantie etc.<sup>4</sup>) unmittelbar oder mittelbar voll und unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet<sup>5</sup>.

1 Die von *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3602; *Marotzke*, JZ 2010, 592, 598 ff., *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 24 und *Pentz*, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 752, 772 bereits für Darlehen ins Feld geführten verfassungsrechtlichen Bedenken lassen sich bei Sicherheitenbestellungen nicht mit einer Vermutung der Krise entkräften (so für Darlehen *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3603; für widerlegliche Vermutung der Insolvenzreihe *Pentz*, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 771 f.; dagegen *Marotzke*, in: Kreft, § 108 InsO Rdnr. 67), weil diese Vermutung, wenn sie denn überhaupt anzuerkennen wäre, jedenfalls nicht für zehn zurückliegende Jahre gelten kann; vgl. auch *Marotzke*, ZInsO 2013, 641 f., *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 562: fehlender Gerechtigkeitsgehalt der Krisenvermutung bei weit vor der Krise gewährten Darlehen.

2 Vgl. den Wortlaut „Darlehen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung“.

3 Rechtspolitische Kritik bei *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 613 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 20); von *der Linden*, DZWIR 2007, 5 ff.; a.A. *Kleindiek*, in: FS Lutter, 2000, S. 871 ff.

4 *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 19; zustimmend *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 66; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 128.

5 Dazu auch *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 32 ff.

Erfasst wird damit insbesondere die im Mittelpunkt dieses Kommentars stehende GmbH (früher §§ 32a, 32b GmbHG a.F.) einschließlich der UG (haftungsbeschränkt), aber auch die Kapitalgesellschaft & Co. (früher §§ 125a, 177a HGB)<sup>1</sup>. Über diesen bisherigen Anwendungsbereich des früheren Eigenkapitalersatzrechts hinaus gilt das Recht der Gesellschafterdarlehen nun allerdings auch unterschiedslos für die AG<sup>2</sup>, KGaA, SE, Genossenschaft sowie auch für ausländische Rechtsformen mit Haftungsbeschränkung<sup>3</sup>. Auch die **Vor-GmbH** soll nach herrschender, allerdings nicht über jeden Zweifel erhabener Ansicht erfasst sein<sup>4</sup>.

Wird eine Gesellschaft mit allseitiger Haftungsbeschränkung vor dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung in eine typische Personengesellschaft umgewandelt oder tritt einer Kapitalgesellschaft & Co. eine natürliche Person als Komplementär bei, endet die Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts auch im Hinblick auf schon zuvor gewährte und ggf. zurückgezahlte Darlehen<sup>5</sup>. Ausnahmen wird man freilich in Missbrauchsfällen anerkennen müssen, wenn beispielsweise kurz vor Toresschluss eine vermögenslose Person als Komplementär aufgenommen wird, um hierdurch die spätere Anfechtung des Insolvenzverwalters gemäß § 135 InsO oder den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auszuhebeln. Dann wird man – nicht anders als in Bestattungskonstellationen<sup>6</sup> – die allgemeinen Vorschriften der §§ 138, 826 BGB und ggf. § 133 InsO zur Anwendung bringen.

1 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 33 f.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 64, 66.

2 Zu dem diesbezüglichen Wandel insbes. *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335 ff.; *Karsten Schmidt*, in: FS Hüffer, 2010, S. 885 ff.; kritisch *Freitag*, WM 2007, 1681, 1682.

3 S. zu den erfassten Gesellschaften näher *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 26 ff.; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 128; speziell zu Auslandsgesellschaften *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 95 f.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 68 ff.; *U. Huber*, in: Liber amicorum M. Winter, S. 261, 272 ff. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 11 f.); *Goette/Kleindiek*, Rdnr. 79 f.; ausführlich *Azara*, S. 342 ff., 966 ff.; zur Einbeziehung der Auslandsgesellschaften in das (frühere) Eigenkapitalersatzrecht s. BGH v. 21.7.2011 – IX ZR 185/10, NJW 2011, 3784.

4 *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 27; s. auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 28; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 128; im Grundsatz auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 33; zum Eigenkapitalersatzrecht BGH v. 6.4.2009 – II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273, 1276 = GmbHR 2009, 876, 879 (Rdnr. 18) mit Hinweis auf die Kommentierung von *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 19; anders aber *Karsten Schmidt* im Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 19; a.A. auch *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 65; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 17 i.V.m. § 32a a.F. Rdnr. 229 ff. m.N. auch zu differenzierenden Ansätzen.

5 Zum Beitritt *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 489 f.; zum Formwechsel *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 35; zum Eigenkapitalersatzrecht OLG Dresden v. 7.8.2008 – 1 U 1317/07, ZIP 2009, 1382 = ZInsO 2009, 339; näher *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2007, 81, 85 f.

6 Dazu umfassend *Kuhn*, Die GmbH-Bestattung, 2011, *passim*, zu § 138 BGB insbes. S. 103 ff.; s. auch OLG Zweibrücken v. 3.6.2013 – 3 W 87/12, ZIP 2013, 2463 f. (Anwendung des § 134 BGB).

- 40 Die Regeln des Gesellschafterdarlehensrechts und der Nutzungsüberlassung gelten auch im **Vertragskonzern**<sup>1</sup>. Die privilegierende Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 aus dem Kapitalerhaltungsrecht ist unanwendbar, weil das neue Recht nicht mehr auf §§ 30, 31 gestützt ist (Rdnr. 10).

## 2. Darlehen

- 41 Die Neuregelung des Rechts der (früher eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen im MoMiG weicht in einem entscheidenden Punkt von jenem Vorschlag ab, den *Huber* und *Habersack* als Initiatoren des neuen Rechts unterbreitet hatten. Nach jenem Vorschlag sollten *alle* Forderungen eines Gesellschafters in der Insolvenz „seiner“ Gesellschaft zurückgestuft sowie bei ihrer Befriedigung im letzten Jahr vor Insolvenz der Insolvenzanfechtung unterworfen werden<sup>2</sup>. Nicht nur Darlehens-, sondern z.B. auch Kaufpreis-, Werklohn-, Mietzinsforderungen etc. wären dann nachrangig und ihre vorzeitige Befriedigung anfechtbar gewesen.
- 42 Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen diesen Vorschlag gewendet<sup>3</sup> und die angeordneten Rechtsfolgen des Nachrangs und der Anfechtbarkeit einer Zahlung auf „Darlehen“ beschränkt<sup>4</sup>. Dies erfordert jeweils eine sorgfältige Abgrenzung, wann eine Forderung des Gesellschafters als „Darlehen“ in diesem Sinne anzusehen ist und wann nicht (zu Stundungen s. Rdnr. 166 ff.). Es ist jeweils im Einzelfall abzugrenzen, ob ein Zahlungsaufschub tatsächlich eine – für Darlehen prägende – **Finanzierungsfunktion** hat<sup>5</sup>.
- 43 Unter der Geltung des Eigenkapitalersatzrechts nahm der BGH aus dem Anwendungsbereich des Gesellschafterdarlehensrechts kurzfristige Überbrückungskredite zunächst recht allgemein<sup>6</sup>, später dann jedenfalls in solchen Fällen aus, in

1 *Ulbrich*, S. 356 ff.; *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 36 m.N. auch zu der im Eigenkapitalersatzrecht umstrittenen, für das neue Recht nicht mehr zu entscheidenden Frage einer analogen Anwendung der §§ 30 f. GmbHG im Vertragskonzern.

2 *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 2 (These Nr. 2).

3 Dazu *Seibert*, MoMiG, S. 41; dies konzediert auch *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 47.

4 Dazu *Haas*, ZInsO 2007, 617, 623: Der Gesetzgeber sei – zumindest auf den ersten Blick – den Kritikern des Vorschlags von *Huber/Habersack* (Bayer/Graff, DStR 2006, 1654, 1657; *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 358) gefolgt.

5 Dies übersieht *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 50, wenn er statt der Finanzierungsfunktion nur noch auf die Doppelstellung als Gesellschafter und Darlehensgeber abstehen will. Ein Darlehen grenzt sich zu gewöhnlichen (Austausch-)Verträgen nun einmal durch seine Finanzierungsfunktion ab, wie *Fastrich* im Zusammenhang mit Fälligkeitsvereinbarungen auch selbst erkennt; dort wird auf eine „wirtschaftliche Nutzung des Kapitalwertes“ abgestellt (Rdnr. 52), womit exakt die Finanzierungsfunktion angesprochen ist; in Bezug auf ein sog. Stehenlassen wird sogar ausdrücklich auf die „Kreditierungsfunktion“ hingewiesen (Rdnr. 53). Ähnliche Widersprüche finden sich bei *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 128 ff., wenn jegliche kurzfristigen Darlehen erfasst sein sollen (Rdnr. 130, 149), bei Fälligkeitsvereinbarungen aber – mit Hinweis auf § 142 InsO – ein Zeitraum von 2–4 Wochen nicht schaden soll (Rdnr. 134).

6 Andeutungsweise schon BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 269 – „Lufttaxi“; klarer BGH v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337 = NJW 1980, 592 = WM 1980, 78, 79 (Ziff. 2. der Gründe: „Darlehen z.B. zur kurzfristigen Deckung eines

denen sie nicht eindeutig konkursabwendend waren<sup>1</sup> und zudem eine Drei-Wochen-Frist der Darlehensgewährung nicht überschritten wurde<sup>2</sup>. Der II. Zivilsenat des BGH hat diese Rechtsprechung sogar nach Inkrafttreten des MoMiG für das in Altfällen fortgeltende Eigenkapitalersatzrecht (Rdnr. 9) im Grundsatz bestätigt, wenn auch unter Betonung des Ausnahmecharakters<sup>3</sup>.

Diese **Ausnahme für kurzfristige Finanzierungsengagements** gilt – entgegen der Ansicht des IX. Zivilsenats des BGH und der h.L.<sup>4</sup> – allgemein, aber mit veränderter dogmatischer Grundlage auch im System der Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG weiter<sup>5</sup>: Nach dem Telos des neuen Rechts, die Gefahr von Risikoerhöhungsstrategien der Gesellschafter zu Lasten der Gläubiger zu reduzieren (Rdnr. 25 ff.), liegt eine Finanzierungsfunktion vor, wenn mit diesen Mitteln auf der Basis einer strategischen Entscheidung der Gesellschafter in risikoreiche Projekte investiert werden kann, um damit die Rendite zu Gunsten der Gesellschafter und zu Lasten der Gläubiger zu steigern. Andernfalls ist eine Risikoerhöhungsstrategie von vornherein ausgeschlossen. Werden Finanzmittel nur kurzfristig überlassen oder können sie vom Gläubiger jederzeit wieder abgezogen werden, können die Gesellschafter auf der Basis dieser Mittel keine sinnvolle Unternehmensstrategie entwickeln, die in Gestalt einer Risikoerhöhung zu Lasten der Gläubiger geht. Eine gewisse Dauer und Verlässlichkeit der Mittelüberlassung ist daher nach dem Sinn und Zweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen erforderlich, damit von einer „Finanzierungsfunktion“ und damit von einem „Darlehen“ oder einer wirtschaftlich vergleichbaren Rechtshandlung auszugehen ist<sup>6</sup>.

Die vorgenannte Ausnahme für kurzfristige Finanzierungsengagements wird 45 durch jene ganz h.M. bestätigt, die seit dem MoMiG **kurzfristige Zahlungsziele bei Austauschverträgen** nicht als eine dem Darlehen entsprechende Rechts-handlung im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ansieht, sondern dort eine deutlich hinausgeschobenen Fälligkeit verlangt (Rdnr. 167). Wollte man zwischen kurzfristigen Zahlungszielen bei Austauschverträgen (insbes. Warenkredit) und

1 nur vorübergehenden Geldbedarfs oder als bloße Kapitalanlage“); sehr deutlich dann BGH v. 26.3.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 393 f. = NJW 1984, 1893, 1896 (Ziff. I. 8. der Gründe), s. auch BGH v. 24.4.1989 – II ZR 207/88, WM 1989, 1166, 1168.

2 BGH v. 27.11.1989 – II ZR 310/88, ZIP 1990, 95, 97 = GmbHR 1990, 125, 127 (juris-Rdnr. 17); BGH v. 19.9.1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, 304 = ZIP 1996, 1829, 1830 f. = GmbHR 1996, 844, 846 (juris-Rdnr. 15).

3 BGH v. 17.7.2006 – II ZR 106/05, ZIP 2006, 2130 = GmbHR 2006, 1326 = MDR 2007, 362 (Rdnr. 9); BGH v. 26.4.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443, 1446 = AG 2010, 594 = WM 2010, 1415 (Rdnr. 17).

4 BGH v. 26.4.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443, 1446 = AG 2010, 594 = WM 2010, 1415 (Rdnr. 17).

5 S. BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734, 735 f. = GmbHR 2013, 464 = WM 2013, 708 (Rdnr. 14) und die dort zitierte Literatur; bestätigend BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77, 87 = ZIP 2013, 1629, 1631 = GmbHR 2013, 1034 = WM 2013, 1615 (Rdnr. 29); BGH v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 = GmbHR 2014, 476 = WM 2014, 329 = ZInsO 2014, 339 (Rdnr. 1); ferner *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 50 m.w.N.

6 S. zum Folgenden ausführlich *Bitter/Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289 ff.

7 S. zum Erfordernis des Risikoanreizes über einen längeren Zeitraum auch *Engert*, ZGR 2012, 835, 863.

kurzfristigen Zahlungszielen bei sonstiger Überlassung von Mitteln durch den Gesellschafter (Geldkredit) unterscheiden<sup>1</sup>, würden zwei wirtschaftlich identische Sachverhalte im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterschiedlich bewertet, obwohl dazu keinerlei Anlass besteht<sup>2</sup>. Warum – so ist zu fragen – soll ein Gesellschafter, der sich zunächst den Kaufpreis für eine von ihm gelieferte Ware bezahlen lässt und seiner Gesellschaft anschließend für einige Tage oder Wochen benötigte Geldmittel überlässt, anders behandelt werden als ein solcher Gesellschafter, der sogleich für die Kaufpreiszahlung ein Zahlungsziel von mehreren Tagen oder Wochen gewährt und auf diese Weise seiner Gesellschaft kurzfristig Mittel überlässt? Wirtschaftlich wirkt das kurzfristige Zahlungsziel in beiden Fällen exakt identisch, weil sich die (kurzfristige) Kreditierungswirkung eines Zahlungsaufschubs nicht dadurch verändert, dass er zugleich mit einem anderen (Austausch-)Geschäft verknüpft ist. Eine stimmige Lösung lässt sich daher für Austauschverträge mit kurzfristigen Zahlungszielen und die sonstige kurzzeitige Überlassung von Finanzmitteln nur dann finden, wenn man grundsätzlich kurzfristige Finanzierungsengagements aus dem Begriff der Darlehen wie auch der einem Darlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen ausnimmt, eben weil mit einer solchen kurzfristigen Mittelüberlassung keine Risikoerhöhungsstrategien zu Lasten der Gläubiger verfolgt werden können<sup>3</sup>.

- 46 Im Urteil zum Staffelkredit vom 7.3.2013 und einer Folgeentscheidung vom 4.7.2013 verweist der IX. Zivilsenat des BGH für seine gegenteilige Sichtweise auf die Begründung zum Regierungsentwurf des MoMiG, nach der zukünftig auf das Merkmal „kapitalersetzend“ verzichtet werden soll und deshalb jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz dem Nachrang unterliegen soll<sup>4</sup>. Doch lässt sich der zitierten Passage keineswegs die gesetzgeberische Entscheidung entnehmen, zukünftig kurzfristige Darlehen (generell) dem Gesellschafterdarlehensrecht zu unterstellen. Wenn es in der Begründung zum MoMiG heißt, zukünftig sollten „alle“ Darlehen erfasst sein, ist damit doch nur gesagt, dass es auf den *kapitalersetzen* Charakter nicht mehr ankommen soll, also darauf, ob das Darlehen in der Krise der Gesellschaft gewährt worden ist oder nicht (Rdnr. 10). Mit der Abgrenzung von kurzfristigen und längerfristigen

1 So insbesondere *Ulbrich*, S. 418, der zur Abgrenzung verkehrsüblicher Zahlungsaufschübe bei Austauschverträgen von der Darlehensgewährung darauf abstehen will, dass der Kreditgewährung eine gewisse Selbstständigkeit, ein eigenständiges Gewicht zukommen müsse. Dieses Kriterium der vorhandenen oder fehlenden Selbstständigkeit der Kreditgewährung soll auch für nachträglich vereinbarte, kurzfristige Stundungen relevant sein, die unter Geschäftspartnern aus Kulanz gewährt werden. Diese sollen nicht unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu subsumieren sein, weil das Kreditierungselement gegenüber dem an sich verfolgten Geschäftszweck in den Hintergrund tritt (a.a.O., S. 420).

2 S. auch dazu schon *Bitter/Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289, 2291.

3 *Bitter/Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289 ff.; im Ergebnis wie hier auch *Thiessen*, in: *Bork/Schäfer*, Anh. § 30 Rdnr. 16, der sowohl bei Darlehen als auch bei Fälligkeitsvereinbarungen im Rahmen von Austauschverträgen kurzfristige Kredite ausnehmen will; a.A. allerdings *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 128 ff., der zwischen Darlehen (Rdnr. 130) und Fälligkeitsvereinbarungen (Rdnr. 134) differenziert; ebenso *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 127.

4 BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734, 735 f. = GmbHR 2013, 464 = WM 2013, 708 (Rdnr. 14) mit Hinweis auf „Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 16/6140 S. 56“; ebenso BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77, 87 = ZIP 2013, 1629, 1631 = GmbHR 2013, 1034 = WM 2013, 1615 (Rdnr. 29).

gen Krediten befasst sich die Begründung zum Regierungsentwurf hingegen ersichtlich nicht<sup>1</sup>. Auffällig ist zudem, dass der BGH nur in diesem Punkt die Diskontinuität zum alten Recht betont, während er sonst um Kontinuität bemüht ist (Rdnr. 22).

Die **Art des Darlehens** ist **unerheblich**<sup>2</sup>. Erfasst werden Geldkredite (§ 488 BGB) 47 und Sachdarlehen (§ 607 BGB) gleichermaßen<sup>3</sup>. Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Darlehens spielt keine Rolle<sup>4</sup>, auch nicht eine eventuelle Verbriefung<sup>5</sup>. Ein Darlehen kann (ausdrücklich oder konkludent) auch erst nachträglich für eine zunächst aus einem anderen Rechtsgrund herrührende Forderung vereinbart werden<sup>6</sup>. Auch partiarische Darlehen werden erfasst, beim Konsortialkredit in der Regel nur der Anteil des Gesellschafters<sup>7</sup>. Das Darlehen muss **tatsächlich gewährt** sein; die allein schuldrechtliche Zusage der Darlehensgewährung reicht nicht aus<sup>8</sup>. Auch der bereicherungsrechtliche Rückgewähranspruch bei nichtigem, insbesondere **angefochtenem Darlehensvertrag** kann vom Gesellschafterdarlehensrecht erfasst sein (Rdnr. 163)<sup>9</sup>, wenn die Geldhingabe trotz der Nichtigkeit Finanzierungseffekt i.S. der Rdnr. 42 ff. hatte.

Der **Anlass der Kreditgewährung** ist – vorbehaltlich des Sanierungsprivilegs 48 (Rdnr. 87 ff.) – ebenfalls **unerheblich**<sup>10</sup>. Vom Recht der Gesellschafterdarlehen erfasst werden nicht nur Kredite, die in der Situation eines nachträglich, ggf. spontan auftretenden Finanzbedarfs gewährt werden, sondern erst recht Darlehen, die schon nach dem ursprünglichen Finanzierungsplan der Gesellschaft und damit langfristig für die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind (vgl. zu **Finanzplandarlehen** auch noch Rdnr. 371 ff.)<sup>11</sup>. Ebenfalls erfasst sind – vorbehaltlich des Sanierungsprivilegs (Rdnr. 87 ff.) – auch sog. **Insolvenzplandarlehen**, die der Schuldner oder die Übernahmegesellschaft während der Zeit der Überwachung eines Insolvenzplans beim Gesellschafter oder gleichgestellten Dritten

1 In diesem Sinne bereits *Bitter/Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289, 2290.

2 Näher *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 346.

3 *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 9; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 49; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 126; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 49, ferner Rdnr. 62 f. zur Überlassung von Sicherheiten.

4 *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 128; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 49; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 49.

5 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 47.

6 Vgl. BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 14; für BAGE vorgesehen), wo im konkreten Fall jedoch eine solche Darlehensvereinbarung fehlte.

7 *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 342; ähnlich *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 128 und *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 49: zumindest der Anteil des Gesellschafters, nach Innen- und Außenkonsortium differenzierend *Zenker*, in: Cranshaw/Michel/Paulus, § 39 Rdnr. 65, was im Hinblick auf die hier in Rdnr. 203 ff. vertretene Position nicht überzeugt.

8 Näher *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 131; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 51; s. auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 49.

9 S. *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 132.

10 S. auch *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 130; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 50; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 40, 50.

11 S. auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 20; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 144.

aufnimmt (§ 264 Abs. 3 InsO)<sup>1</sup>. Demgegenüber sind im Bankenbereich etwa bei Förderdarlehen anzutreffende reine **Durchleitungskredite** mangels Finanzierungsfunktion auszunehmen<sup>2</sup>.

- 49 Die Regeln des Gesellschafterdarlehensrechts gelten auch dann nicht, wenn die **Kreditaufnahme** beim Gesellschafter **durch den Insolvenzverwalter** erfolgt<sup>3</sup>; vielmehr stellt die Forderung des Gesellschafters dann im *laufenden* Insolvenzverfahren eine Masseforderung dar (sog. Massedarlehen)<sup>4</sup>. Gleiches gilt bei der Kreditaufnahme durch einen vorläufigen starken Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 InsO)<sup>5</sup>, während die Rechtslage bei der – die Insolvenzpraxis dominierenden – vorläufigen schwachen Verwaltung (§ 22 Abs. 2 InsO) zweifelhaft ist. Sollte es in diesem Verfahrensstadium überhaupt zur Kreditgewährung durch Gesellschafter kommen, erfolgt die Kreditaufnahme jedenfalls nicht durch den Verwalter, sondern allenfalls mit seiner Zustimmung durch die Gesellschaft. Eine Masseforderung wird – von Fällen der Einzelermächtigung durch das Insolvenzgericht abgesehen – nicht begründet. Ob man aber jedenfalls den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und die Anfechtung gemäß § 135 InsO mit dem – durchaus plausiblen – Argument ausschließen kann, dem Gesellschafter fehle in jenem Verfahrensstadium eine hinreichende Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft<sup>6</sup>, erscheint nicht zweifelsfrei, weil das Gesetz den (fehlenden) unternehmerischen Einfluss doch eher typisierend und nicht im konkreten Einzelfall abwägend berücksichtigt (vgl. auch Rdnr. 75 zum Kleinbeteiligtenprivileg)<sup>7</sup>.
- 50 Zu den einem Darlehen **wirtschaftlich vergleichbaren Rechtshandlungen** s. Rdnr. 165 ff.

### 3. Gesellschafter

- 51 Diejenige Person, die der Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung (Rdnr. 37 ff.) ein Darlehen gewährt, also Mittel mit Finanzierungsfunktion überlässt (Rdnr. 41 ff.), muss Gesellschafter, d.h. **Mitglied des Verbandes** sein. Dies trifft selbstverständlich auf jeden Gesellschafter einer GmbH zu, sei diese GmbH selbst Darlehensempfängerin oder sei sie Komplementärin einer **Kapitalgesellschaft & Co.**, an die der Kredit gewährt wird<sup>8</sup>. Sollte der GmbH-Gesellschafter in dem zweitgenannten Fall nicht zugleich – als Kommanditist – an der Personengesellschaft beteiligt und damit schon unmittelbar vom Gesellschafterdarle-

1 Näher *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 152; s. auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 31; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 24.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 74.

3 Näher dazu *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 379.

4 Näher *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 151; s. auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 29; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 23; zum Eigenkapitalersatzrecht *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 65 m.w.N.

5 *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 380.

6 So *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 380; ähnlich auch *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 489.

7 Insoweit übereinstimmend allerdings auch *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 383.

8 Zur **Kapitalgesellschaft & Co.** auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 35, 38.

hensrecht erfasst sein<sup>1</sup>, kommtt gleichwohl seine Einbeziehung als mittelbarer Gesellschafter in Betracht (dazu allgemein Rdnr. 263 f.)<sup>2</sup>. Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG gilt das Gesellschafterdarlehensrecht ferner auch für einen Kommanditisten unmittelbar, der nicht zugleich an der Komplementär-GmbH beteiligt ist (sog. Nur-Kommanditist)<sup>3</sup>.

Entscheidend ist die **materiellrechtliche Inhaberschaft** des Anteils; die Eintragung in die Gesellschafterliste ist nicht maßgeblich, weil sie keine konstitutive Wirkung hat und nur die Legitimation beim Anteilserwerb betrifft<sup>4</sup>. Ausreichend ist auch eine Gesellschafterstellung, die sich aus der Anwendung der Lehre vom **fehlerhaften Verband** ergibt<sup>5</sup>. Bei einer ganz **kurzzeitigen Gesellschafterstellung** ist freilich unter teleologischen Aspekten allgemein – wie bei kurzfristigen Krediten (Rdnr. 43 ff.) – an eine Einschränkung zu denken, soweit gläubigerschädigende Risikostrategien hierdurch ausgeschlossen sind (vgl. auch Rdnr. 206)<sup>6</sup>.

Zur Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts auf **Dritte** (Treuhänder, verbundene Unternehmen, atypisch stille Gesellschafter etc.) s. die Ausführungen zu den wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen (Rdnr. 180 ff.). Besonderheiten können sich bei einer **Beteiligung der öffentlichen Hand** im Hinblick auf einen dann möglichen Konflikt mit europäischem Beihilferecht ergeben<sup>7</sup>.

Ein **Fremdgeschäftsführer**, der nicht zugleich auch eine Beteiligung an der von ihm geleiteten Gesellschaft hält, zählt nicht zum Adressatenkreis des Gesellschafterdarlehensrechts<sup>8</sup>, es sei denn er ist ausnahmsweise nach den allgemeinen Regeln als gesellschaftergleicher Dritter anzusehen (dazu Rdnr. 180 ff.)<sup>9</sup>. Dies erscheint vor dem Hintergrund des in Rdnr. 27 ff. dargelegten Normzwecks einleuchtend, weil eine Person ohne Gesellschaftsanteil und damit fehlendem Anspruch auf den Gewinn nicht von Risikoerhöhungsstrategien zulasten der Gläubiger profitieren kann. Die auf den Insidervorteil abstellende Gegenansicht<sup>10</sup> hätte hingegen Schwierigkeiten, die fehlende Einbeziehung des Fremdgeschäftsführers zu erklären.

1 Dazu *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99, die unmittelbare Anwendbarkeit übersehen hingegen *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 88 und *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 38.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57; s. auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99 („gesellschaftergleicher Dritter“).

3 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99.

4 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 75; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 71; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 129; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 28a m.w.N.

5 Zutreffend *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 75.

6 A.A. *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 75.

7 Dazu *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 21 i.V.m. § 32a aF Rdnr. 14 ff.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 82; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 39.

8 *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 371; s. auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 36; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 87.

9 Zum Eigenkapitalersatzrecht BGH v. 8.11.2004 – II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 84 = GmbHR 2005, 232, 233 = MDR 2005, 284 (juris-Rdnr. 13) m.w.N.

10 Vgl. die Nachweise in Rdnr. 20.

52

53

54

#### 4. Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung

**Schrifttum:** *Ekkenga*, Angewandte Rechtsmethodik am Beispiel der insolvenzrechtlichen Rangrückstufung von „Gesellschafter“-Darlehen – Vom „richtigen“ Umgang mit § 39 Abs. 1 Ziff. 5 InsO in Zessionsfällen, in: FS Schapp, 2010, S. 125 ff.; *Führ/Wahl*, Die Auswirkungen des MoMiG auf abgetretene Gesellschafterdarlehensforderungen, NZG 2010, 889; *Herrmann*, Gutgläubenserwerb und Gesellschafterdarlehen bei Finanzinvestitionen, DZWiR 2009, 265; *Jungclaus*, Die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens unter der Geltung des MoMiG, 2012; *Kebekus/Zenker*, Verstrickung adieu – Auswirkungen von Beteiligungswechseln und Zessionen auf Nachrang und Anfechtbarkeit von „Gesellschafterdarlehen“, in: FS Wellensiek, 2011, S. 475; *Pentz*, Abgetretene Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und Zurechnung in der Insolvenz, GmbHR 2013, 392; *Preuß*, Die Folgen insolvenzrechtlicher „Verstrickung“ von Gesellschafterdarlehen bei Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs an einen außenstehenden Dritten, ZIP 2013, 1145; *Reinhard/Schützler*, Anfechtungsrisiko für den Unternehmensverkäufer aus der Veräußerung von Gesellschafterdarlehen?, ZIP 2013, 1898; *Schlößer/Klüber*, Auseinanderfallen von Gesellschafter- und Gläubigerstellung bei Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG, BB 2009, 1594.

- 55 Das Recht der Gesellschafterdarlehen ist nach dem Wortlaut des Gesetzes (nur) anwendbar, wenn die Doppelrolle als Gesellschafter und Inhaber der Darlehensforderung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung (bei § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)<sup>1</sup>, der Rückzahlung des Darlehens (bei § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) bzw. der Sicherheitenbestellung (bei § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) besteht.

##### a) Nachträgliche Aufhebung der Doppelrolle

- 56 Würden allerdings der Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und die Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 InsO entfallen, wenn jene Doppelrolle kurz vor der Insolvenzeröffnung<sup>2</sup> bzw. der Darlehensrückzahlung oder Sicherheitenverwertung durch Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung oder Abtretung der Darlehensforderung endete, so lüde dies zur Umgehung des Gesellschafterdarlehrungsrechts geradezu ein<sup>3</sup>.
- 57 Zur Vermeidung solcher Umgehungen **ist der in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO enthaltene Rechtsgedanke analog heranzuziehen**. Danach ist eine Darlehensrückzahlung anfechtbar, wenn die Rückzahlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag erfolgte (Rdnr. 118). Da mit der Darlehensrückzahlung notwendig die Doppelrolle als Gesellschafter *und* Inhaber der Darlehensforderung endet, die Anfechtung aber gleichwohl für ein Jahr zurückwirkt, bringt § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zum Ausdruck, dass es für eine (analoge) Anwendbarkeit des Rechts der Gesellschafterdarlehen genügt, wenn die **Doppelrolle innerhalb des letzten Jahres vor dem Eröffnungsantrag** bestanden hat. Diese vom *Verfasser* erstmals auf

1 Dazu *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 481 f.

2 Veränderungen nach Verfahrenseröffnung sind hingegen von vorneherein irrelevant; vgl. *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 482.

3 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 230 ff. = ZIP 2013, 582, 586 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 (Rdnr. 31 f.); zuvor schon *Haas*, ZInsO 2007, 617, 626; *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 483; *Schlößer/Klüber*, BB 2009, 1594, 1596; ausführlich und m.w.N. *Jungclaus*, S. 33 ff.

dem 4. Deutschen Insolvenzrechtstag am 23.3.2007 formulierte Idee<sup>1</sup> hat sich inzwischen jedenfalls im Ergebnis<sup>2</sup> als klar herrschend durchgesetzt. Die Bindung durch das Gesellschafterdarlehensrecht endet daher nur, wenn die Doppelrolle mehr als ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag (wirtschaftlich und nicht nur formal<sup>3</sup>; vgl. Rdnr. 60) aufgelöst wurde<sup>4</sup>. Dies gilt nach h.M. sowohl für die Übertragung der Gesellschafterstellung<sup>5</sup> als auch für die Abtretung der Darlehensforderung<sup>6</sup>, ferner für Nachrang und Anfechtung gleichermaßen<sup>7</sup>. Ausnahmen sind in Abtretungsfällen nur aufgrund wertpapierrechtlicher Vorschriften denkbar (§ 796

- 
- 1 These 2 des Vortrags (vgl. das Thesenpapier unter [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)).
- 2 Im Ergebnis übereinstimmend, aber im Ansatz exakt umgekehrt *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 77, der die Analogie zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO als *Begrenzung* der angeblich fortwirkenden Bindung einsetzt; dazu mit Recht kritisch *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 486; s. zu den verschiedenen Begründungen auch BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, GmbHR 2012, 206 = ZIP 2012, 86 (Rdnr. 15 f.).
- 3 Zu Treuhandfällen s. allgemein unten Rdnr. 192 ff.; zur Umwandlung unmittelbarer in mittelbare Gesellschafterdarlehen speziell in Abtretungsfällen *Jungclaus*, S. 60, 62 ff., allerdings auch mit m.E. zweifelhaftem Hinweis auf die Vorschrift des § 44a InsO, die vom Gesellschafter wirtschaftlich unabhängige Drittcreditgeber betrifft.
- 4 Nachweise in den beiden nachfolgenden Fußnoten; gegen die zeitliche Limitierung allerdings *U. Huber*, in: Liber amicorum M. Winter, S. 261, 265 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 8. f.); *Azara*, S. 424 ff.; wohl auch *Schäfer*, ZInsO 2010, 1311, 1314; Bedenken jetzt auch bei *Karsten Schmidt*, in: Liber amicorum M. Winter, S. 601, 619 f. (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 22 f.).
- 5 BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, GmbHR 2012, 206 = ZIP 2012, 86 (Rdnr. 13 ff.); *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 21; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 78; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 29 f.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 119; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. § 30 Rdnr. 34; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 131; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 28 f.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 78; *Preuß*, in: Kübler/Prüttling/Bork, § 39 InsO Rdnr. 65; *Schröder*, in: HambKomm. InsO, § 135 InsO Rdnr. 15 f.; *Haas*, ZInsO 2007, 617, 626; *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3603; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850; *Gehrlein/Witt*, S. 398; *Schlößer/Klüber*, BB 2009, 1594, 1597; *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 345; *Preuß*, ZIP 2013, 1145, 1146 f.
- 6 Ausführlich OLG Stuttgart v. 8.2.2010 – 14 U 27/11, GmbHR 2012, 577 = ZIP 2012, 879 (s. auch das Revisionsurteil BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 230 ff. = ZIP 2013, 582, 586 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 [Rdnr. 30 ff.]); ferner *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 77; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 119; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. § 30 Rdnr. 43; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 30 f.; *Haas*, ZInsO 2007, 617, 626; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 131; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2149; *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3603 f.; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850; *Gehrlein/Witt*, S. 398; *Schlößer/Klüber*, BB 2009, 1594, 1596 f.; *Führ/Wahl*, NZG 2010, 889, 891 ff.; *Bormann/Hösler*, GmbHR 2011, 304, 305; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1899; für noch frühere Enthaftung im Fall der Abtretung *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 30; *Preuß*, in: Kübler/Prüttling/Bork, § 39 InsO Rdnr. 64; differenziertes – und m.E. zu komplexes – Konzept bei *Preuß*, ZIP 2013, 1145, 1148 ff.; nach der Abrede im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionär differenzierend *Jungclaus*, S. 81 ff., 101 ff.; nach Neu- und Altgläubigern differenzierend *Herrmann*, DZWiR 2009, 265, 272 f.; gänzlich gegen jegliche Fortwirkung des Gesellschafterdarlehensrechts *Fedke*, NZG 2009, 928, 932.
- 7 A.A. insoweit *Thole*, ZHR 176 (2012), 513, 530 ff. auf der Basis der hier in Rdnr. 32 abgelehnten Idee einer gänzlichen konzeptionellen Trennung von Nachrang und Anfechtung; dagegen bereits *Bitter*, ZHR 176 (2012), 578, 581 f.

BGB, Art. 17 WG), wobei sich die Gesellschaft dann allerdings analog § 143 Abs. 3 InsO an den Zedenten (Gesellschafter) halten kann<sup>1</sup>.

- 58 Bei einer **Abtretung** innerhalb der Jahresfrist bleibt die Forderung folglich nachrangig, was entgegen verbreiteter, insbesondere vom BGH geteilter Ansicht<sup>2</sup> – anders als im früheren Recht<sup>3</sup> – jedoch nichts mehr mit § 404 BGB zu tun hat, weil diese Vorschrift das Fehlen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nach der Abtretung nicht überwinden kann<sup>4</sup> und der rein verfahrensrechtliche Nachrang auch keine „Einwendung“ i.S. von § 404 BGB darstellt (vgl. auch Rdnr. 151)<sup>5</sup>. Vielmehr geht es um die erwähnte analoge Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts aufgrund der Wertung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Rdnr. 57).
- 59 Bei einer der Abtretung innerhalb der Jahresfrist nachfolgenden Rückzahlung sollte sich die analog § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zulässige **Insolvenzanfechtung** nach Ansicht des OLG Stuttgart – dogmatisch konsequent – grundsätzlich gegen den **Zessionar** als Leistungsempfänger richten<sup>6</sup>. Ausnahmen wären freilich auch nach dieser Ansicht unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Zuwendung denkbar gewesen<sup>7</sup>, wenn wirtschaftlich eine Rückzahlung an den Gesellschafter vorliegt, etwa in Umgehungsfällen, in denen die Zession an einen Strohmann des Gesellschafters – ggf. ein mit diesem verbundenes Unternehmen<sup>8</sup> – erfolgt, oder bei

1 Zutreffend *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 56 und 77.

2 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 228 = ZIP 2013, 582, 585 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 (Rdnr. 24); OLG Stuttgart v. 8.2.2010 – 14 U 27/11, GmbHR 2012, 577, 578 f. = ZIP 2012, 879, 880; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 77; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. § 30 Rdnr. 43; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 81, 167; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 131; *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 39 InsO Rdnr. 46; *Pentz*, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 772; *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 401; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2149; *Schlößer/Klüber*, BB 2009, 1594, 1595 ff.

3 BGH v. 21.3.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 43 = ZIP 1988, 638, 641 f. = GmbHR 1988, 301, 303 f. (juris-Rdnr. 11); BGH v. 2.2.2006 – IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125, 130 = ZIP 2006, 578, 579 = GmbHR 2006, 487, 489 (Rdnr. 12).

4 Nach der Abtretung liegt keine „Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens“ und damit kein gleichsinnig zu verstehendes „Gesellschafterdarlehen“ (Rdnr. 66) mehr vor; vgl. auch *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 482, 485 f., 490; *Fedke*, NZG 2009, 928, 932.

5 Zu Letzterem *Ekkenga*, in: FS Schapp, 2010, S. 125, 128 ff.; s. auch *Fedke*, NZG 2009, 928, 932.

6 So bereits These 2a) meines Vortrags vom 23.3.2007 ([www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)); ebenso dann OLG Stuttgart v. 8.2.2010 – 14 U 27/11, GmbHR 2012, 577 = ZIP 2012, 879 m.w.N.; *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 401 ff.; a.A. *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 44; *Schönfelder*, WM 2009, 1401, 1403, 1407; *Haas/Vogel*, NZG 2011, 455, 458; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 372; *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 481 ff., 490 f. m.w.N.; wohl auch *Führ/Wahl*, NZG 2010, 889, 892 f.; dazu ausführlich *Jungclaus*, S. 15 ff. mit berechtigter Kritik S. 23 ff. und eigenem Vorschlag eines „Enthafungsmodells“ S. 55 ff.

7 Zur Anfechtbarkeit mittelbarer Zuwendungen s. allgemein BGH v. 16.9.1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284, 288 = WM 1999, 2179, 2181 = ZIP 1999, 1764, 1766 = MDR 1999, 1463 (juris-Rdnr. 18).

8 Zum Eigenkapitalersatzrecht BGH v. 26.6.2006 – II ZR 133/05, ZIP 2006, 2272, 2273 = GmbHR 2007, 43 = MDR 2007, 346 (Rdnr. 7), wo aber nicht (ausdrücklich) festgestellt

sonstiger treuhänderischer Forderungseinziehung<sup>1</sup>. Der BGH ist diesem differenzierenden Ansatz allerdings in seinem Revisionsurteil vom 21.2.2013 nicht gefolgt und hat für Abtretungsfälle ganz allgemein ausgesprochen, **Zessionar und Zedent** hafteten im Rahmen der Insolvenzanfechtung als **Gesamtschuldner**<sup>2</sup>. Im Vordergrund standen dabei für ihn praktische Überlegungen, weil der Insolvenzverwalter oft keinen Einblick in das Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar hat und ihm folglich ein nach diesem Innenverhältnis unterscheidendes Konzept vor prozessuale Probleme stellt; zudem soll die Anfechtung nicht durch Verkauf und Abtretung der Forderung an einen vermögenslosen oder prozessual unerreichbaren Zessionar ausgehöhlt werden können<sup>3</sup>. Diese Entscheidung ist als Datum für die Praxis anzuerkennen; die praktischen Erwägungen des BGH kann man – gerade für den am 21.2.2013 konkret zu entscheidenden, auf eine Kollision hindeutenden Fall – durchaus nachvollziehen<sup>4</sup>. Ob sie auf Fälle des Unternehmensverkaufs mit gleichzeitiger Übertragung von Anteil und Forderung übertragbar sind, ist jedoch noch nicht ausgemacht<sup>5</sup>. Zudem ist in Zukunft sorgsam darauf zu achten, dass nicht auch in anderen Rechtsfragen pauschal die Abtretungs- den Anweisungsfällen gleichgestellt werden<sup>6</sup>.

Zudem sei darauf hingewiesen, dass die Linie des BGH keineswegs zur Folge hat, dass in Zukunft das Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar generell unerheblich ist. Handelt nämlich der Zessionar treuhänderisch für Rechnung des zedierenden Gesellschafters, tritt aufgrund der auch weiterhin (wirtschaftlich) bestehenden Verknüpfung zwischen Gesellschafterposition und Forderungsinhaberschaft die Enthaltung nach einem Jahr nicht ein<sup>7</sup>. 60

Offen erscheint, ob der BGH seine Gesamtschuldlösung auch dann zur Anwendung bringen wird, wenn der Dritte die Forderung auf Weisung und Rechnung der *schuldnerischen Gesellschaft* erwirbt. Dann nämlich liegt eine mittelbare Zuwendung der Gesellschaft an den Gesellschafter im Zeitpunkt der Drittzahlung vor, dies jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter die an ihn erbrachte Leis- 61

---

wird, ob das verbundene Unternehmen für Rechnung des Gesellschafters gehandelt hat.

1 Vgl. dazu ausführlich *Jungclaus*, S. 70 ff.

2 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568; dem folgend *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 77 und 123; im Ergebnis ähnlich *Preuß*, ZIP 2013, 1145, 1151 f., kritisch *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898 ff.

3 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220, 232 = ZIP 2013, 582, 586 = GmbHR 2013, 410 = WM 2013, 568 (Rdnr. 32).

4 S. auch *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 403; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 79; kritisch zur Ableitung allgemeiner Folgen aus jenem mutmaßlichen Missbrauchsfall *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1899.

5 Dazu *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898 ff. mit dem Vorschlag einer die Risiken vermeidenden Einbringungslösung.

6 Insoweit kritisch gegenüber der BGH-Entscheidung *Pentz*, GmbHR 2013, 393, 402 f., s. auch *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1899 f.

7 Insoweit zutreffend auch *Karsten Schmidt*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 601, 620 (= Beilage ZIP 39/2010, S. 15, 23); näher zu Treuhandfällen unten Rdnr. 192 ff.

tung als eine solche der Gesellschaft erkennen kann<sup>1</sup>. Der Fall müsste damit im Ergebnis so behandelt werden, als ob das Darlehen an den Gesellschafter zurückgezahlt (Rdnr. 120) und dann vom gesellschaftsfremden Dritten ein neues Darlehen gewährt worden wäre<sup>2</sup>.

- 62 Die Abtretungsgrundsätze gelten nach einem von der Literatur zustimmend aufgenommenen Urteil des II. Zivilsenats des BGH zum alten Eigenkapitalersatzrecht auch, wenn die Abtretung dadurch ersetzt wird, dass der Dritte die gegenüber dem Gesellschafter bestehende **Schuld** der später insolventen Gesellschaft **übernimmt** und im Gegenzug durch Anerkenntnis eine neue Schuld gegenüber dem Dritten begründet wird<sup>3</sup>. Da das neue Gesellschafterdarlehensrecht der Beurteilung durch den IX. Zivilsenat unterliegt, ist jedoch auch in diesem Fall anzunehmen, dass der mit dem Anfechtungsrecht allgemein vertrautere Senat vorrangig die erwähnte mittelbare Zuwendung an den Gesellschafter prüft<sup>4</sup> und ihn von den Abtretungsfällen unterscheidet. Die Abtretung ist nämlich ein Vorgang, der sich außerhalb der Sphäre der Gesellschaft vollzieht, während bei der Schuldübernahme – wie auch bei der in Rdnr. 61 erwähnten Leistung auf Anweisung – die Gesellschaft mitwirkt.
- 63 Beim **Ausscheiden des Gesellschafters** besteht in Fällen der Darlehensrückzahlung die Anfechtungsmöglichkeit aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO für ein Jahr fort<sup>5</sup>. Beim **Unternehmenskauf** ist deshalb der Mitverkauf des Darlehens für die Parteien günstiger als die Rückzahlung an den Altgesellschafter und die Gewährung eines neuen Darlehens durch den Neugesellschafter<sup>6</sup>. Im zweiten Fall gibt es nämlich ein doppeltes Nachrang- und Anfechtungsrisiko für das Alt- und Neudarlehen, im ersten hingegen nur eins für die übergegangene Forderung (vgl. zum Anfechtungsgegner Rdnr. 59)<sup>7</sup>. Besteht das Kreditverhältnis trotz des Ausscheidens fort, bleibt die Forderung für ein Jahr nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO analog) und der Altgesellschafter bei einer innerhalb der Jahresfrist nach-

1 S. allgemein zur mittelbaren Zuwendung BGH v. 16.9.1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284, 288 = WM 1999, 2179, 2181 = ZIP 1999, 1764, 1766 = MDR 1999, 1463 (juris Rdnr. 18).

2 Zu weitgehend *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 484, die alle Abtretungsfälle mit dieser Konstellation vergleichen.

3 BGH v. 11.1.2011 – II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 = GmbHR 2011, 301 = MDR 2011, 375; zust. u.a. *Commandeur/Schmitz*, NZG 2011, 386; *Keiluweit*, BB 2011, 594 („konsequent“); *Bormann/Hösler*, GmbHR 2011, 304, 305 („ebenso zutreffend wie wenig überraschend“); begrenzt auf das alte Recht auch *Haas/Vogel*, NZG 2011, 455, 458.

4 Dazu auch *Jungclaus*, S. 107 f.

5 Nachweise oben in Rdnr. 57.

6 Vgl. dazu auch *U. Huber*, in: *Liber amicorum M. Winter*, S. 261, 266 (= Beilage ZIP 39/2010, S. 7, 9); *Wälzholz*, DStR 2007, 1914, 1920; *Schlößer/Klüber*, BB 2009, 1594, 1598 f.; widersprüchlich *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 491, die keine entsprechende Empfehlung aus Gründen der Haftungsvermeidung abgeben wollen, obwohl auch nach ihrer im Ansatz abweichenden Ansicht die Parteien bei später unterbleibender Darlehensrückzahlung bei der Zession besser stehen, weil die Anfechtungsmöglichkeit entfällt; zurückhaltend zur Empfehlung paralleler Übertragung von Anteil und Forderung nunmehr auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 79.

7 Der Unterschied ähnelt ein wenig demjenigen beim Kommanditistenwechsel durch Übertragung des Kommanditanteils einerseits, Kombination von Aus- und Eintritt andererseits (dazu *Bitter*, Gesellschaftsrecht, § 7 Rdnr. 19 ff. mit Fall Nr. 41 – neu für alt).

folgenden Rückzahlung der Anfechtung ausgesetzt (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO analog). Die Gesellschaftersicherheit unterliegt bei einem Ausscheiden innerhalb der Jahresfrist weiter der Bindung aus § 44a InsO. Ein erst nach dem Ausscheiden vom ehemaligen Gesellschafter gewährtes Darlehen wird hingegen nicht mehr erfasst, selbst wenn es noch vorher zugesagt wurde<sup>1</sup>.

Lässt man eine Enthaftung durch Auflösung der Doppelstellung bei Abtretung und Anteilsveräußerung ein Jahr nach dem Geschäft zu, muss sie konsequenterweise auch dann Platz greifen, wenn die Beteiligungshöhe mehr als ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag auf 10 % oder weniger reduziert oder bei einer kleineren Beteiligungshöhe die Geschäftsführerstellung aufgegeben wurde (sog. **Flucht in die Kleinbeteiligung**)<sup>2</sup>. Dies gilt auch, wenn die Reduzierung auf einer Aufteilung des Anteils durch Erbfolge oder Spaltung beruht<sup>3</sup>.

Liegt der Enthaftungstatbestand, d.h. die Übertragung des (10 % übersteigenden) Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung, mehr als ein Jahr zurück, ist auch eine Anfechtung der **Sicherheiten** gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht mehr möglich, selbst wenn diese zum Zeitpunkt einer (noch) bestehenden Doppelrolle bestellt wurden<sup>4</sup>. Kann nämlich das Darlehen sanktionslos zurückgezahlt werden, macht eine weitere Sanktionierung nur der Sicherheitenbestellung keinen Sinn (vgl. auch Rdnr. 137).

### b) Nachträgliche Begründung der Doppelrolle

Wird umgekehrt die Gesellschaftsbeteiligung aufgestockt, eine Beteiligung von mehr als 10 % oder die Darlehensforderung erworben und dadurch die Doppelrolle als Gesellschafter und Inhaber der Darlehensforderung hergestellt, findet der **Nachrang** des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO Anwendung, egal wie kurzfristig vor der Verfahrenseröffnung der Erwerb stattfand<sup>5</sup>. Der Begriff des „Gesellschafter-

1 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 31; ferner *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 77; *Schönfelder*, WM 2009, 1401, 1404; anders zum alten Recht *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 345 m.N. zur Rspr. für schon vor dem Ausscheiden als *Krisenfinanzierung* zugesagte Darlehen.

2 Ebenso *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 102; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 48; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 33; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 109; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 133; *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, S. 475, 488 f.; *Weitnauer*, BKR 2009, 18, 21 f., wohl auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 129 und *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 34, die auf eine Überschreitung der 10 %-Schwelle innerhalb der Jahresfrist abstehen; a.A. wohl *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150, *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 326 und *Karsten Schmidt*, in: FS Hüffer, 2010, S. 885, 900, die in diesem Fall offenbar von einer dauerhaften Verstrickung ausgehen.

3 A.A. wohl *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 102.

4 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 102; a.A. möglicherweise *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 21 a.E., wenn er allgemein auf die Weitergeltung schon abgeschlossener Tatbestände verweist.

5 Ebenso *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 21; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 31 und 57 („ohne weiteres“), ferner Rdnr. 33; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 74 f.; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 79; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850; *Gehrlein/Witt*, S. 398; *Schlößer/Klüber*, BB 2009, 1594, 1597 f.; zum Verlust des Kleinbeteiligtenprivilegs auch Rdnr. 85; anderes

darlehens“ in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist nicht eng im Sinne eines bereits durch den Gesellschafter gewährten Darlehens zu verstehen<sup>1</sup>, sondern im Sinne des § 135 Abs. 1 InsO als „Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens“. Der Gesellschafter kann nämlich auch dann mit einer kreditfinanzierten Gesellschaft auf Kosten der Gläubiger spekulieren (dazu Rdnr. 25 ff.), wenn die relevante Doppelrolle als Gesellschafter und Inhaber der Darlehensforderung erst nachträglich hergestellt wird.

- 67 Die Anfechtung einer **Darlehensrückzahlung** gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist allerdings nur möglich, wenn die Doppelrolle schon bei der Rückzahlung bestand<sup>2</sup>; ein späterer Erwerb der Gesellschaftsbeteiligung durch den früheren Inhaber einer Darlehensforderung macht also deren Befriedigung nicht nachträglich anfechtbar<sup>3</sup>. Gleiches gilt bei einer der Rückzahlung nachfolgenden Aufstockung der Beteiligung auf über 10 %<sup>4</sup>. Die fehlende Anfechtbarkeit gilt unabhängig davon, wie kurzfristig vor dem Erwerb der Beteiligung oder der Aufstockung auf über 10 % das Darlehen zurückgezahlt wurde<sup>5</sup>.
- 68 Problematisch erscheint die Anfechtbarkeit einer **Sicherheitenbestellung** nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn die Doppelrolle – sei es durch Erwerb der gesicherten Forderung oder durch Erwerb des Gesellschaftsanteils – erst nach der Bestellung entsteht. Im Sinne des Gesetzes liegt dann jedenfalls keine Rechtshandlung vor, die „für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Sicherung gewährt“, eben weil es sich zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung noch nicht um ein Gesellschafterdarlehen handelte<sup>6</sup>. Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, weil § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO keineswegs die Rechtsidee zu entnehmen ist, dass Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen per se unwirksam sind; eine mehr als 10 Jahre alte Sicherung hat nämlich ebenfalls Bestand und ist verwertbar, obwohl sie ein Gesellschafterdarlehen sichert (Rdnr. 144, 151). Die frü-

Konzept mit Differenzierung zwischen Neu- und Altgläubigern bei *Herrmann*, DZWiR 2009, 265, 273.

1 So aber *Ekkenga*, in: FS Schapp, 2010, S. 125, 136 ff.; wohl auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 57, der jedoch bei späterer Herstellung der Doppelrolle von einer dem Darlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung ausgeht.

2 Ebenso wohl BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584 = GmbHR 2014, 417 (Rdnr. 15).

3 Wie hier *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 21; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 326; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 76 (mit zutr. Ausdehnung auf die Abtretung vor Anteilserwerb); a.A. offenbar *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 371; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850; *Gehrlein/Witt*, S. 398; wie hier aber nun *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 131.

4 Undeutlich insoweit *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 33 a.E.

5 Ebenso *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 27 und *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3603: Abzug des Darlehens im Zuge des Erwerbs; zust. *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 131; a.A. *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 79, der auf die Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO abstellt.

6 Zutreffend *Ekkenga*, in: FS Schapp, 2010, S. 125, 141.

here Sicherung eines (echten<sup>1</sup>) Nichtgesellschafters ist insoweit der mehr als 10 Jahre zurückliegenden Sicherung eines Gesellschafters gleichzustellen.

## 5. Kleinbeteiligtenprivileg

**Schrifttum (vgl. ergänzend auch 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 196):** *Linde*, Das Kleinbeteiligtenprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG in der GmbH & Co. i.S.d. §§ 172a, 129a HGB, 2002; *Pentz*, Die Änderungen und Ergänzungen der Kapitalersatzregeln im GmbH-Gesetz, GmbHR 1999, 437; *Pentz*, Zwischenbilanz zu Kleinbeteiligten-Schwelle und Sanierungsprivileg, GmbHR 2004, 529; *Karsten Schmidt*, Zurechnungsprobleme um das Zwerganteilsprivileg des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG, GmbHR 1999, 1269.

Gemäß § 39 Abs. 5 InsO gilt § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 % oder weniger am Haftkapital beteiligt ist. Dieses sog. Kleinbeteiligtenprivileg gab es für die GmbH seit dem Jahr 1998 auch schon im alten Eigenkapitalersatzrecht in § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F.<sup>2</sup>. Damit die Ausnahme eingreift, müssen die beiden genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Der Gesellschafter darf nicht Geschäftsführer sein und zugleich darf sein Kapitalanteil höchstens 10 % betragen. Die 10 %-Schwelle des § 39 Abs. 5 InsO orientiert sich – wie u.a. auch die Anknüpfung an die (fehlende) Geschäftsführung zeigt – daran, ob die Beteiligung dem Inhaber typischerweise einen *internen Einfluss* auf die Unternehmensführung vermittelt. In der Begründung zur Vorgängerregelung heißt es dazu: „Der nur geringfügig Beteiligte trägt typischerweise keine mitunternehmerische Verantwortung, es fehlt ihm regelmäßig an der Insiderstellung und er hat auch kaum Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft.“<sup>3</sup> Dem zuletzt genannten Aspekt der Beeinflussung der Geschäftspolitik und der dadurch gegebenen Möglichkeit, das Geschäftsrisiko zulasten der Gesellschaftsgläubiger zu steuern (Rdnr. 25 ff.), kommt dabei unter dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen die entscheidende Bedeutung zu<sup>4</sup>, zumal der Insidergedanke jedenfalls für den Nachrang irrelevant ist (Rdnr. 21).

Dieses Kleinbeteiligtenprivileg ist von vielen als nicht gerechtfertigt angesehen und die Grenze als willkürlich kritisiert worden<sup>5</sup>. Insbesondere überzeugt es nicht, dass der exakt mit 10 % beteiligte GmbH-Gesellschafter noch von dem

1 Anderes gilt für einem Gesellschafter gleichgestellte, etwa für Rechnung eines Gesellschafters handelnde Personen (dazu Rdnr. 180 ff.).

2 Dazu *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 197 ff.

3 Begründung zu § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F., BT-Drucks. 13/7141, S. 12 mit Hinweis auf „Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§ 32a/b Rdnr. 56“. In der Begründung zur Neuregelung in § 39 Abs. 5 InsO finden sich außer dem Hinweis, dass der bisherige Grenzwert aus § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. übernommen werden soll, keine näheren Ausführungen; vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 56 f.; dazu *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 32.

4 Ausführlich *Laspeyres*, S. 211 ff.

5 *Karsten Schmidt*, in: *FS Hüffer*, 2010, S. 885, 903 („konzeptlos“, „platte Banalität“); *Cahn*, AG 2005, 217, 219 („willkürlich“); *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 39 InsO Rdnr. 72; vgl. auch die vielen dort nachgewiesenen kritischen Äußerungen zu der vorherigen Regelung in § 32a Abs. 3 Satz 1 a.F. GmbHG; dazu kritisch auch *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 17, 197.

Privileg profitiert, dass ferner die 10 %-Grenze für alle in- und ausländischen Rechtsformen mit Haftungsbeschränkung ohne Rücksicht auf die jeweils mit einer solchen Beteiligungshöhe verbundenen Informations- und Mitwirkungsrechte gelten soll<sup>1</sup>. Der Rechtsanwender ist freilich im Grundsatz an die gesetzliche Anordnung gebunden, wobei allerdings für den exakt mit 10 % beteiligten GmbH-Gesellschafter eine teleologische Reduktion erwogen werden kann, weil dem Gesetzgeber offenbar schon bei der damaligen Formulierung ein Fehler unterlaufen ist<sup>2</sup>. Der Anwendungsbereich des rechtspolitisch umstrittenen Privilegs wird zudem durch die Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe nicht unerheblich beschränkt (Rdnr. 78 ff.).

#### a) Tatbestand

- 71 Der Tatbestand des § 39 Abs. 5 InsO ist erfüllt, wenn ein nicht geschäftsführender Gesellschafter mit 10 % oder weniger am Haftkapital beteiligt ist. Ob das Privileg auch für gesellschaftergleiche Dritte gilt, ist eine teilweise recht pauschal bejahte<sup>3</sup>, richtigerweise jedoch differenziert zu beantwortende Frage (dazu Rdnr. 230 ff., 242 ff.).

#### aa) Kapitalbeteiligung von mindestens 10 %

- 72 Maßgeblich ist nach dem klaren Wortlaut des § 39 Abs. 5 InsO aus Gründen der Vereinfachung und Typisierung grundsätzlich allein die **Kapitalbeteiligung**<sup>4</sup>, bei der GmbH also die Beteiligung am Stammkapital, nicht hingegen die davon ggf. abweichende Stimmkraft oder die Gewinnbeteiligung<sup>5</sup>. Ob das Gesamtkapital, von welchem der 10 %ige Anteil zu bestimmen ist, ggf. unter Einschluss des Kapitals solcher Personen – z.B. atypisch stiller Gesellschafter – zu bestimmen ist, die als gesellschaftergleiche Dritte ebenfalls vom Gesellschafterdarlehensrecht erfasst werden (Rdnr. 180 ff.), ist eine offene Frage (dazu Rdnr. 231). Klar sollte hingegen sein, dass jedenfalls ein vom Gesellschafter oder gesellschaftergleichen Dritten *neben* seiner Beteiligung gewährtes *Darlehen* nicht in die Berechnungs-

1 Ausführliche Kritik bei *Laspeyres*, S. 209 ff. mit rechtspolitischem Änderungsvorschlag S. 223 ff.; s. auch die Kritik bei *Fedke*, NZG 2009, 928, 930; *Roth*, GmbHR 2008, 1184, 1188.

2 *Laspeyres*, S. 217, 219.

3 BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378, 383 = ZIP 2012, 1869, 1870 = GmbHR 2012, 1181 = WM 2012, 1874 (Rdnr. 12); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 130; *Kleindiek*, in: Kreft, § 39 InsO Rdnr. 63; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 36 a.E.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 107; mit etwas mehr Problembeusstsein *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 31.

4 BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 39, für BAG vorgesehen).

5 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 100; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 104; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 47; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 32; den Einzelfall berücksichtigend hingegen *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 386; *Ulbrich*, S. 276 ff., insbes. S. 296 ff., 429 (Einschränkung des Privilegs bei Stimmrechtsanteilen ab 25 %); rechtspolitische Kritik bei *Freitag*, WM 2007, 1681, 1682.

grundlage aufzunehmen ist, auch wenn es – wie etwa ein Finanzplandarlehen (Rdnr. 371 ff.) – dem Eigenkapital angenähert ist<sup>1</sup>.

Ob ein Gesellschafter mit 10 % oder mehr beteiligt ist, richtet sich nach einer **wirtschaftlichen Betrachtung**<sup>2</sup>. Bei der Bestimmung des 10 %igen Anteils werden deshalb die von der insolventen Gesellschaft gehaltenen **eigenen Anteile** außen vor gelassen<sup>3</sup>. Entscheidend sind ferner nicht nur die von einer Person selbst gehaltenen Anteile, sondern auch solche, die Dritte für Rechnung jener Person halten (**Treuhand am Gesellschaftsanteil**)<sup>4</sup>. Hält also beispielsweise jemand 6 % als Gesellschafter und weitere 6 % ein Treuhänder für ihn, so greift das Kleinbeteiligenprivileg nicht ein, weil wirtschaftlich eine Beteiligung des Gesellschafters von 12 % vorliegt. Sowohl die vom Gesellschafter als auch die vom Treuhänder für Rechnung des Gesellschafters gewährten Kredite unterliegen daher dem Recht der Gesellschafterdarlehen. Die Anteile mehrerer Verwandter, insbesondere von Eheleuten, werden hingegen nicht notwendig zusammengerechnet<sup>5</sup>, es sei denn ein Verwandter handelt als Treuhänder für Rechnung des anderen. Die wirtschaftliche Betrachtung gilt auch bei der **Darlehensgewährung für fremde Rechnung**. Gewährt ein Kleinbeteiligter den Kredit mit Mitteln und für Rechnung eines mit mehr als 10 % beteiligten oder geschäftsführenden Gesellschafters, gilt das Privileg nicht<sup>6</sup>.

Unerheblich ist ferner, ob die **Anteile am Kapital unmittelbar oder mittelbar gehalten** werden, wobei ein maßgeblicher Einfluss des Gesellschafters auf jene Gesellschaft, über die Anteile mittelbar gehalten werden, nicht erforderlich ist. Beim Kleinbeteiligenprivileg gelten insoweit die für die Darlehensgewährung durch mittelbare Gesellschafter geltenden Grundsätze (dazu Rdnr. 263 f.), nicht hingegen jene der Darlehensgewährung durch eine Schwestergesellschaft, bei der jedenfalls die Rechtsprechung auf eine maßgebliche Beteiligung abstellt (dazu Rdnr. 250 ff.)<sup>7</sup>. Hält also beispielsweise ein Gesellschafter 7 % an der Gesellschaft A und ist er außerdem mit 20 % an der Gesellschaft B beteiligt, die ihrerseits 40 % des Kapitals an A hält, ist ihm diese 40 %ige Beteiligung mit seinem Anteil von 20 % zuzurechnen<sup>8</sup>. Die sich daraus ergebende 8 %ige mittelbare Beteiligung an A über B ergibt zusammen mit dem direkt gehaltenen Anteil von 7 % einen (wirtschaftlichen) Kapitalanteil von 15 %, weshalb das Kleinbeteiligenprivileg nicht greift.

1 Bormann, DB 2006, 2616, 2618.

2 Dazu eingehend Ulbrich, S. 282 ff., 293 ff.

3 OLG Naumburg v. 6.10.2010 – 5 U 73/10, ZIP 2011, 677, 679 = ZInsO 2010, 2325 (juris Rdnr. 37) m.w.N.; Ulbrich, S. 293 f.

4 S. auch Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 110; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 100; Ulbrich, S. 294 f. m.w.N.; zum Eigenkapitalersatzrecht Karsten Schmidt, GmbHR 1999, 1269, 1271 mit weiteren Beispielen der Zusammenrechnung von Anteilen.

5 Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 101; Karsten Schmidt in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 205; allgemein zu nahestehenden Personen unten Rdnr. 212 ff.

6 Haas/Hossfeld, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 389.

7 A.A. wohl Karsten Schmidt in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 205; Pentz, GmbHR 1999, 437, 445.

8 Anders Pentz, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 768: Zurechnung in voller Höhe; ebenso zum Eigenkapitalersatzrecht schon Pentz, GmbHR 1999, 437, 445; Pentz, GmbHR 2004, 529, 534.

tenprivileg nicht mehr eingreift. Die Zurechnung mittelbar gehaltener Anteile sollte auch dann erfolgen, wenn die Beteiligung an einer der zwischengeschalteten Gesellschaften 10 % oder weniger beträgt<sup>1</sup>. Hält der Gesellschafter in unserem Beispiel also nur 8 % an B, so wäre er zwar in einer Insolvenz von B mit an B ausgereichten Darlehen privilegiert. Gleichwohl wird ihm seine mittelbare Beteiligung an der Gesellschaft A in deren Insolvenz zugerechnet (mit 8 % von 40 %). Die sich daraus ergebende mittelbare Beteiligung an A über B in Höhe von 3,2 % ergibt zusammen mit der unmittelbaren Beteiligung an A von 7 % einen wirtschaftlichen Anteil an A von 10,2 %, womit ebenfalls das Kleinbeteiligtenprivileg entfällt. Wird eine Beteiligung mittelbar über mehrere Gesellschaften gehalten, ist der Anteil entsprechend mehrstufig zu berechnen. Wäre der Gesellschafter in unserem Beispielsfall mit 30 % an einer Gesellschaft C beteiligt, die 40 % der Anteile an D hält, die ihrerseits mit 50 % an A beteiligt ist, dann hält der Gesellschafter über diese Kette mittelbar 6 % an A<sup>2</sup>. Zusammen mit seiner unmittelbaren Beteiligung von 7 % ergeben sich 13 % Kapitalanteil. Das Privileg entfällt auch in diesem Fall.

- 75 Würde man mittelbare Beteiligungen anders als hier vorgeschlagen entweder gar nicht, nur bei einer Kontrollmehrheit in jener Gesellschaft, über die Anteile gehalten werden<sup>3</sup>, oder nur bei Gesellschaften zurechnen, an denen der Kapitalanteil ihrerseits 10 % oder mehr beträgt, ließe sich das Gesellschafterdarlehensrecht durch geschickte Zwischenschaltung von Holdings problemlos umgehen (s. auch Rdnr. 264). Entscheidend ist nach dem Sinn und Zweck des Gesellschafterdarlehensrechts, ob und in welchem Maß der Gesellschafter über seine Gesellschaftsbeteiligung von Risikoerhöhungsstrategien zulasten der Gläubiger profitieren kann (Rdnr. 25 ff.). Wenn der Gesetzgeber insoweit Gesellschafter mit bis zu 10 % Kapitalanteil ausnehmen will, kann dafür nicht maßgeblich sein, ob der Unternehmensgewinn dem Gesellschafter direkt oder über Zwischengesellschaften zufließt und welchen Anteil er an diesen hält. Dass der Einfluss durch solche Zwischengesellschaften, an denen auch Dritte beteiligt sind, reduziert ist, ändert trotz der grundsätzlichen Bedeutung der Einflussmacht (Rdnr. 69) nichts, weil der Gesetzgeber in der Frage der **unternehmerischen Mitverantwortung** bewusst **typisiert** hat<sup>4</sup>. Auch ein GmbH-Gesellschafter, der neben einem mit 88 % beteiligten Mehrheitsgesellschafter „nur“ mit 12 % beteiligt ist, hat sicher keinen großen Einfluss auf die Gesellschaft und genießt gleichwohl nicht das Privileg. Im Sinne der gesetzgeberischen Typisierung muss daher in jedem Fall allein maßgeblich sein, ob irgendwie – unmittelbar oder mittelbar – ein Kapitalanteil von 10 % oder mehr besteht. Alles andere würde zu großer Rechtsunsicherheit führen, weil jeweils im Einzelfall die „mitunternehmerische Verantwortung“ konkret zu prüfen wäre, was gerade in verflochtenen Konzernstrukturen nicht gelingen kann.

1 Anders *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 99 f.; ferner *Pentz*, *GmbHR* 2004, 529, 534 zum Eigenkapitalersatzrecht.

2 30 % von 40 % bedeuten 12 % Anteil an D. 12 % von 50 % ergeben sodann 6 % Anteil an A.

3 Auf ein Abhängigkeitsverhältnis abststellend *Pentz*, *GmbHR* 1999, 437, 445; auf eine Mehrheitsbeteiligung abststellend *Karsten Schmidt*, *GmbHR* 1999, 1269, 1271.

4 Zum typisierenden Ansatz auch *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 98.

Bei der **Kapitalgesellschaft & Co. OHG/KG** kommt es bei einer Darlehensgewährung an diese darauf an, ob der Gesellschafter – auch der Nur-Kommanditist – unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 10 % am Vermögen der Personengesellschaft, also der OHG/KG, beteiligt ist (zur Geschäftsführung Rdnr. 81)<sup>1</sup>. Entgegen mancher verwirrender Idee in der Literatur<sup>2</sup> gelten für die Berechnung der mittelbaren Beteiligung die allgemeinen, soeben dargelegten Grundsätze. Ist also beispielsweise bei einer GmbH & Co. KG – wie häufig – die **Komplementär-GmbH nicht am Vermögen der KG beteiligt**, kommt es nur auf die Kommanditbeteiligungen an<sup>3</sup>. Hält in einem solchen Fall beispielsweise von drei Gesellschaftern A, B und C der A 80 % an der Komplementär-GmbH und 80 % an der KG, B jeweils 12 % und C jeweils 8 %, überschreitet C nicht die 10 %-Schwelle und kann daher – vorbehaltlich einer Geschäftsführerstellung (Rdnr. 81) – von dem Kleinbeteiligtenprivileg profitieren. Dass C auch an der Komplementär-GmbH zu 8 % beteiligt ist, führt nicht zu einer Addition auf 16 %, weil die GmbH keinen Anteil an der KG hält und C folglich nicht mittelbar über die GmbH an der KG beteiligt ist. Die wirtschaftliche Beteiligung an der KG entspricht vielmehr für alle drei Gesellschafter exakt ihrer Kommanditbeteiligung an der KG.

Ist die **Komplementär-GmbH** hingegen – eher unüblich – **am Vermögen der KG beteiligt**, wird diese Beteiligung ihren Gesellschaftern anteilig zugerechnet. Dies mag folgendes Beispiel zeigen, in dem die wirtschaftliche Beteiligung der drei Gesellschafter A, B und C an der KG exakt dem vorstehenden Beispiel entspricht: Die GmbH ist mit einem Anteil von 25 % an der KG beteiligt, A hält 80 % an der Komplementär-GmbH und 60 % an der KG, B hält 12 % an der Komplementär-GmbH und 9 % an der KG und C hält 8 % an der Komplementär-GmbH und 6 % an der KG. Auch in diesem Fall ist C mit 8 % an der KG beteiligt, nämlich zu 6 % unmittelbar und zu 2 % mittelbar über die Komplementär-GmbH (8 % von deren 25 %-Anteil). B ist zu 12 % an der KG beteiligt, davon zu 9 % unmittelbar und zu 3 % mittelbar (12 % von 25 %). A schließlich ist mit 80 % an der KG beteiligt, davon 60 % unmittelbar und 20 % mittelbar (80 % von 25 %). Durch die Einschaltung der Komplementär-GmbH als – hier partielle – „Zwischenholding“ darf sich erneut nichts am Ergebnis ändern.

Beteiligen sich an einer Gesellschaft bewusst **ausschließlich Gesellschafter mit höchstens 10 % Kapitalanteil**, gilt das Privileg im Grundsatz für sämtliche Gesellschafter<sup>4</sup>. Es kann daher Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung geben, in denen das Gesellschafterdarlehensrecht überhaupt nicht anwendbar ist. Allerdings sollte bei **koordinierter Kreditvergabe** mehrerer kleinbeteiligter Gesellschafter eine Zusammenrechnung im Hinblick auf den konkreten Kredit erfol-

1 So im Ansatz auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99, aber mit zu enger Formulierung für einen nur an der Kapitalgesellschaft Beteiligten.

2 Dazu ausführlich *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 89; nicht vollständig überzeugend auch *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99 trotz seines richtigen Ausgangspunktes.

3 Ebenso *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 230.

4 Zur Möglichkeit einer teleologischen Reduktion bei exakt 10 % s. aber Rdnr. 70.

gen<sup>1</sup>. Damit unterliegt insbesondere eine Finanzierung der Gesellschaft im Wege planmäßig **gesplitteter Einlagen** trotz ausschließlicher Kleinbeteiligungen dem Gesellschafterdarlehensrecht (vgl. auch Rdnr. 80 und 378). Eine zur Zusammenrechnung führende Koordinierung liegt aber nicht schon darin, dass ein Gesellschafter einem anderen Mittel zwecks Kreditvergabe überlässt<sup>2</sup>.

- 79 Bei paralleler Beteiligung einer **Mutter- und Tochtergesellschaft** an der darlehensnehmenden Gesellschaft findet keine generelle Zusammenrechnung statt<sup>3</sup>, sondern im Grundsatz eine Berechnung des unmittelbar und mittelbar gehaltenen Anteils der jeweiligen Darlehensgeberin an der darlehensnehmenden Gesellschaft (Rdnr. 74 ff.). Anderes gilt nur bei koordinierter Kreditvergabe, die freilich in Konzernverhältnissen öfters vorkommen wird.
- 80 Fraglich ist im neuen Recht allerdings, auf welchen Zeitpunkt bei der Koordinierung abzustellen ist. Im Eigenkapitalersatzrecht hatte der BGH im Anschluss an *Karsten Schmidt*<sup>4</sup> auf die *Koordinierung in der Krise* abgestellt<sup>5</sup>, weshalb er die jeweilige, weit vor der Krise erfolgende Übernahme von Bürgschaften gegenüber der die Gesellschaft finanziierenden Bank nicht für eine Zusammenrechnung hat ausreichen lassen<sup>6</sup>. Da die Krisenfinanzierung nun nicht mehr entscheidend ist (Rdnr. 1, 10, 14 ff.), es vielmehr um die Eindämmung von Risiko(erhöhungs)strategien der Gesellschafter zulasten der Gesellschaftsgläubiger geht (Rdnr. 25 ff.), spricht einiges dafür, auf den **Zeitpunkt der koordinierten Kreditgewährung** abzustellen. Regelmäßig wird nämlich in diesem Moment auch die Strategie festgelegt, in welche unternehmerischen Projekte mit den gemeinsam hingeggebenen Kreditmitteln investiert werden soll. Macht sich der Kleingesellschafter durch den zugrunde liegenden Gesamtplan selbst zum Teilnehmer an einer Finanzierung, die von einer mit mehr als 10 % beteiligten Gesellschaftergruppe getragen wird, wäre eine dennoch erfolgende Privilegierung nicht gerechtfertigt. Wer dieser Sichtweise wegen der damit verbundenen, nicht

1 Ohne (ausdrückliche) Beschränkung auf den konkreten Kredit *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 101; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 46; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 110; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 32; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 133; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 389; *Pentz*, in: FS Hüffer, 2010, S. 747, 768; *Engert*, ZGR 2012, 835, 860; wie hier für das Eigenkapitalersatzrecht bei Koordinierung in der Krise *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 206, näher zum Tatbestand der Koordinierung *Karsten Schmidt*, GmbHR 1999, 1269, 1272; einschränkend auf Konsortien mit dem Ziel der Ausübung eines unternehmerischen Einflusses *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 341; einschränkend auch *Zenker*, in: Cranshaw/Michel/Paulus, § 39 InsO Rdnr. 61; *Weitnauer*, BKR 2009, 18, 21; ferner *Ulbrich*, S. 302 ff., nach dessen Ansicht die koordinierte Kreditvergabe nicht reicht, aber eine Zurechnung bei Koordinierung der Gesellschafterrechte in Betracht kommt.

2 Zutreffend *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 133.

3 So aber *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 133.

4 S. zuletzt in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 206.

5 BGH v. 9.5.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1318 = AG 2005, 617 = WM 2005, 1461 (juris-Rdnr. 12) in Bezug auf die AG und die dort früher relevante 25 %-Schwelle; s. auch BGH v. 19.3.2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407 zur GmbH; BGH v. 26.4.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443, 1444 = AG 2010, 594 (Leitsatz 1 und Rdnr. 5 ff.) zur AG.

6 BGH v. 9.5.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1318 = AG 2005, 617 = WM 2005, 1461 (juris-Rdnr. 12); dazu auch *Karsten Schmidt*, in: FS Hüffer, 2010, S. 885, 900.

unerheblichen Einschränkung des in § 39 Abs. 5 InsO gewährten Privilegs nicht folgen mag, muss in Ermangelung eines anderen gesetzlich motivierten Anknüpfungspunktes wohl auf die Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO rekurrieren und in der Folge auf eine Koordinierungshandlung – ggf. auch eine Kreditverlängerung oder unterlassene Kündigung – im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag abstellen.

### bb) Fehlende Geschäftsführung

Nur der nicht geschäftsführende Kleingesellschafter ist privilegiert. Wer allein oder neben anderen Geschäftsführer der GmbH i.S. der §§ 35 ff. ist, unterliegt dem Gesellschafterdarlehensrecht. Auf die im Einzelfall bestehende oder fehlende Entscheidungsautonomie kommt es aufgrund des typisierenden Ansatzes (Rdnr. 75) nicht an<sup>1</sup>. Bei der **Kapitalgesellschaft & Co.** schadet sowohl die unmittelbare Geschäftsführung in der Personengesellschaft als auch die mittelbare über die als persönlich haftender Gesellschafter fungierende und damit ihrerseits in der Personengesellschaft geschäftsführende Gesellschaft<sup>2</sup>. Nicht privilegiert ist damit als unmittelbar geschäftsführend auch der atypische Kommanditist einer GmbH & Co. KG, dem entgegen der Grundregel des § 164 Satz 1 Halbsatz 1 HGB<sup>3</sup> die Geschäftsführung in der KG übertragen wurde.

Da es nach dem Gesetzeszweck auf die „mitunternehmerische Verantwortung“ ankommt (Rdnr. 69), kann auch ein mittelbarer Einfluss auf die Geschäftsführung schädlich sein<sup>4</sup>. Erfasst ist deshalb auch, wer als sog. **faktischer Geschäftsführer** (§ 43 Rdnr. 26 ff.)<sup>5</sup> die Geschicke der Gesellschaft bestimmt<sup>6</sup>. Die Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter steht dem nicht ohne weiteres gleich<sup>7</sup>, es sei denn jene Person erfüllt Quasi-Geschäftsführungsaufgaben<sup>8</sup>.

Das Kleinbeteiligtenprivileg kann auch entfallen, wenn der höchstens mit 10 % beteiligte Gesellschafter entgegen der gesetzgeberischen Grundannahme **atypisch großen Einfluss auf die Geschäftsführung** hat, etwa in Gestalt von Wei-

1 Zutreffend *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 98 und 103.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 99.

3 Diese Vorschrift ist anders als die Vertretungsregel des § 170 HGB dispositiv (BGH v. 9.12.1968 – II ZR 33/67, BGHZ 51, 198, 200 = WM 1969, 118); vgl. ausführlich zur Beherrschung der KG durch den Kommanditisten *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 19 ff.

4 *Karsten Schmidt*, GmbHR 1999, 1269, 1271; *Ulbrich*, S. 298 ff.

5 Zur faktischen Geschäftsführung s. allgemein *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1511 m.w.N.

6 *Thiesesen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 47; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 106; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 32; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 133; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 103; *Ulbrich*, S. 298 f.; zum Eigenkapitalersatzrecht *Karsten Schmidt*, GmbHR 1999, 1269, 1271.

7 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 32 m.w.N.; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 103; ebenso zum Eigenkapitalersatzrecht *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 202 m.w.N.

8 Ähnlich *Kolmann*, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 106.

sungsrechten oder eines gesellschaftsvertraglichen Rechts, den Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen<sup>1</sup>.

### b) Rechtsfolgen

- 84 Rechtsfolge des Kleinbeteiligtenprivilegs ist die Freistellung der Darlehen und wirtschaftlich vergleichbaren Finanzierungsleistungen (Rdnr. 165 ff.)<sup>2</sup> von den gesetzlichen Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts, d.h. vom Nachrang der Forderung in der Insolvenz der Gesellschaft (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), gemäß § 135 Abs. 4 i.V.m. § 39 Abs. 5 InsO ferner von der Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen und Sicherheiten. Bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen wird auch von der Regel des § 44a InsO suspendiert<sup>3</sup>. Rechtsfolgen eines vertraglich vereinbarten Nachrangs (z.B. eines Rücktritts in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO zur Vermeidung der Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO) gelten hingegen trotz Kleinbeteiligung.
- 85 **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Kleinbeteiligung ist für den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Grundsatz der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung, für die Anfechtung von Darlehensrückzahlungen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Zeitpunkt der Rückzahlung. Ob die 10 %-Schwelle auch schon bei der früheren Darlehenshingabe überschritten war, ist unerheblich (Rdnr. 66)<sup>4</sup>. Im umgekehrten Fall einer Reduzierung der Beteiligung oder Aufgabe des Geschäftsführeramtes (sog. **Flucht in die Kleinbeteiligung**) wirkt das zuvor anwendbare Gesellschafterdarlehensrecht freilich zur Verhinderung von Umgehungen noch ein Jahr fort (Rdnr. 64). Ein Jahr nach Reduzierung des Anteils auf 10 % oder weniger ist auch die Anfechtung der Sicherheiten gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht mehr möglich (Rdnr. 65 und 137 f.).
- 86 Problematisch erscheinen Fälle des **unfreiwilligen Entzugs der Kleinbeteiligung**, in denen der Gesellschafter erst *nach* der Darlehensgewährung und *gegen* seinen Willen eine mehr als 10 %ige Beteiligung erwirbt. Ein solcher Fall ist in mehrfacher Hinsicht denkbar: (1) durch das Ausscheiden eines Mitgeschafters aus einer Personengesellschaft und Anwachsung von dessen Anteil bei den übrigen Gesellschaftern<sup>5</sup>, (2) durch den Erwerb eigener Anteile<sup>6</sup>, weil diese sodann bei der Anteilsbemessung herausgerechnet werden (Rdnr. 73) und sich damit der Anteil der verbleibenden Gesellschafter erhöht, (3) durch Beerbung eines Mitgeschafters<sup>7</sup>. In derartigen Fällen wird man das Kleinbeteiligtenprivileg im

1 Ebenso *Ulbrich*, S. 299 ff. m.w.N.; zum Eigenkapitalersatzrecht *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 204 m.w.N.

2 Zu deren Einbeziehung *Kleindiek*, in: *Kreft*, § 39 InsO Rdnr. 63; *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 104.

3 *Bitter*, in: *MünchKomm. InsO*, 3. Aufl. 2013, § 44a InsO Rdnr. 18 m.w.N.; *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 137.

4 Ebenso *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 129; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 108; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 34 m.w.N.; *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 102; *Weitnauer*, BKR 2009, 18, 22; kritisch *Freitag*, WM 2007, 1681, 1683.

5 Dazu *Kebekus/Zenker*, in: *FS Wellensiek*, S. 475, 492.

6 S. *Müllert*, WM 2006, 1977, 1981.

7 S. *Freitag*, WM 2007, 1681, 1683.

Wege **teleologischer Extension** weiter anwenden müssen<sup>1</sup>, wenn sich der betroffene Gesellschafter alsbald bemüht, seine Beteiligung wieder auf höchstens 10 % zu reduzieren (vgl. auch Rdnr. 279 zur unfreiwilligen Begründung der Doppelrolle als Gesellschafter und Sicherungsgeber sinngemäß). Eine dauerhafte Fortgeltung des Privilegs trotz nunmehr fehlender Kleinbeteiligung darf hingegen nicht anerkannt werden, weil dies zu Umgehungen einladen würde.

## 6. Sanierungsprivileg

**Schrifttum (vgl. ergänzend 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 210<sup>2</sup>):** *Bitter, Teufelskreis – Ist das Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO zu sanieren?*, ZIP 2013, 398; *Blöse, Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs auf Auffanggesellschaften*, ZIP 2011, 1191; *Engert, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, 2005; *Ganter, Vorsatzanfechtung nach fehlgeschlagener Sanierung*, WM 2009, 1441; *Gehrlein, Anfechtung versus Sanierung – Anfechtungsgefahren für Sanierungszahlungen?*, WM 2011, 577; *Hirte/Knof, Das „neue“ Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO*, WM 2009, 1961; *Obermüller, Das ESUG und seine Auswirkungen auf das Bankgeschäft*, ZInsO 2011, 1809, 1820 f.; *Obermüller/Kuder, Gelöste und ungelöste Probleme des Kapitalersatzrechts nach dem MoMiG*, in: *FS Görg, 2010*, S. 335, 347 ff.; *Pentz, Die Änderungen und Ergänzungen der Kapitalersatzregeln im GmbH-Gesetz, GmbHR 1999*, 437; *Pentz, Zwischenbilanz zu Kleinbeteiligenschwelle und Sanierungsprivileg, GmbHR 2004*, 529; *Wittig, Das Sanierungsprivileg für Gesellschafterdarlehen im neuen § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO*, in: *FS Karsten Schmidt, 2009*, S. 1743.

Eine weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich des Gesellschafterdarlehensrechts ist im sog. Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO bestimmt: „Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“

Das Privileg war seit dem Jahr 1998<sup>3</sup> in ähnlicher Form bereits im alten Eigenkapitalersatzrecht enthalten<sup>4</sup>, um die Bereitschaft von Kreditgebern zu fördern, durch Eintritt in die Gesellschafterstellung – etwa im Wege der Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital (sog. *Debt-Equity-Swap*) zur Sanierung von Unternehmen in der Krise beizutragen<sup>5</sup>. Jeder Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung von mehr als 10 % (Rdnr. 69 ff.) hat außerhalb des Sanierungsprivilegs nämlich in Gestalt des Nachrangs (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) faktisch eine vollstän-

87

88

1 Von teleologischer *Reduktion* sprechen demgegenüber *Kebekus/Zenker*, in: *FS Wellensiek*, S. 475, 492.

2 S. auch die Literaturhinweise bei *Habersack*, in: *Ulmer, Anh. § 30* vor Rdnr. 44.

3 Eingeführt durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), vgl. *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 4.3.1998*, BT-Drucks. 13/10038, S. 28.

4 Zur Historie *Haas/Hossfeld*, in: *Gottwald, InsR.Hdb.*, § 92 Rdnr. 406; *Blöse, ZIP 2011*, 1191 f.

5 Dazu *Wittig*, in: *FS Karsten Schmidt*, S. 1743, 1747.

dige wirtschaftliche Entwertung bereits gewährter und neuer Darlehen zur Folge<sup>1</sup>.

**a) Tatbestand**

- 89 Tatbeständlich wird ein Anteilserwerb oder eine wirtschaftlich vergleichbare Beteiligung<sup>2</sup> durch einen Gläubiger zum Zweck der Sanierung vorausgesetzt, die nach dem Eintritt eines Insolvenzgrundes erfolgen.

**aa) Vorliegen eines Insolvenzgrundes**

- 90 Während der frühere § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a.F. auf den Anteilserwerb „in der Krise“ abgestellt hat, knüpft das Gesetz nunmehr – nach der generellen Besetzung des Krisenmerkmals aus dem Gesetzestext (Rdnr. 1, 10) – an das Vorliegen eines der Insolvenzgründe der §§ 17 bis 19 InsO an<sup>3</sup>. Insoweit kann auf deren Kommentierung an anderer Stelle verwiesen werden (Vor § 64 Rdnr. 6 ff. zur Zahlungsunfähigkeit, Rdnr. 20 ff. zur Überschuldung, Rdnr. 72 ff. zur drohenden Zahlungsunfähigkeit). Die **Tatbestände der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung** sind dabei auf der Basis des Ende 2012<sup>4</sup> dauerhaft entfristeten modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs (dazu Vor § 64 Rdnr. 25 ff.) **oftmals deckungsgleich**, weil jeweils eine (Fortführungs-)Prognose über die zukünftige Zahlungsfähigkeit anzustellen ist, die sich nach h.M. grundsätzlich auf das laufende und nächstfolgende Geschäftsjahr bezieht (dazu Vor § 64 Rdnr. 36, 78)<sup>5</sup>. Ist die Prognose negativ, droht nicht nur die Zahlungsunfähigkeit i.S. von § 18 InsO, sondern liegt oft auch Überschuldung i.S. von § 19 InsO vor, weil die Aktiva beim Ansatz von Liquidationswerten<sup>6</sup> in vielen Fällen die Passiva nicht decken können (Vor § 64 Rdnr. 74).
- 91 Ist schon klar absehbar, dass erst nach dem Ende des laufenden und nächstfolgenden Geschäftsjahrs wesentliche Forderungen gegen die Gesellschaft – etwa aus einer auf mehrere Jahre laufenden Finanzierung oder aus sonstigen erheblichen (Pensions-)Verbindlichkeiten – fällig werden und nicht bedient werden können, ist die Prognose ebenfalls schon jetzt negativ und damit bei Ansatz von Liquidationswerten oftmals Überschuldung anzunehmen<sup>7</sup>. Ob zugleich auch eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist davon abhängig, ob man auch bei diesem Tatbestand über das laufende und nächstfolgende Geschäftsjahr hinaus-

1 Auch dazu Wittig, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1749 ff.

2 Zur (eingeschränkten) Erfassung gleichgestellter Dritter s. Rdnr. 233, 246.

3 Dazu eingehend Azara, S. 757 ff.

4 Art. 18 des Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften v. 5.12.2012 (BGBl. I 2012, 2418, 2424) auf der Basis der empirischen Studie von Bitter/Hommerich, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012 (Kurzfassung bei Bitter/Hommerich/Reiß, ZIP 2012, 1201 ff.).

5 Nachweise auch bei Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1739.

6 Dazu Vor § 64 Rdnr. 43.

7 Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1740 f.; s. auch AG Hamburg v. 2.12.2011 – 67c IN 421/11, NZI 2012, 85, 87 = ZIP 2012, 1776, 1777 f.

zublicken bereit ist, was derzeit zwar nicht der gängigen Sichtweise entspricht<sup>1</sup>, jedoch anerkannt werden sollte (Vor § 64 Rdnr. 78). Für die Anwendung des Sanierungsprivilegs ist dies freilich unerheblich, weil das Vorliegen der Überschuldung ausreicht. Das Sanierungsprivileg kann damit durchaus schon **weit vor dem Zeitpunkt eintretender Zahlungsunfähigkeit** zur Anwendung kommen<sup>2</sup>. So können etwa auch Leistungen aus der Insolvenzmasse an eine **Auffanggesellschaft** privilegiert sein<sup>3</sup>, wenn jene Gesellschaft ohne diese Leistungen zukünftig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllen könnte<sup>4</sup>.

Als problematisch erweist sich die Bezugnahme auf die Insolvenzgründe der §§ 17 bis 19 InsO im Hinblick auf die in § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO geregelte **Beweislastverteilung bei der Überschuldung**. Will der Geschäftsführer(-Gesellschafter) bei der Insolvenzantragspflicht von den Segnungen des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs<sup>5</sup> profitieren, trifft ihn die Beweislast für die positive Fortführungsprognose (Vor § 64 Rdnr. 30, 33). Gelingt dieser Beweis nicht, ist von Liquidationswerten auszugehen und die Gesellschaft dann oftmals antragspflichtig. Der Vorteil der positiven Fortführungsprognose kehrt sich nun im Rahmen des Sanierungsprivilegs exakt um, weil der sanierungsfreudige Investor ggf. nur dann vom Sanierungsprivileg profitieren kann, wenn die Prognose negativ ist und damit Überschuldung nach Liquidationswerten vorliegt<sup>6</sup>. Den Nachweis einer negativen Prognose muss er allerdings nach der klaren Beweislastregel des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO nicht führen<sup>7</sup>, sondern kann sich auf die bei Ansatz von Liquidationswerten regelmäßig vorliegende Überschuldung berufen<sup>8</sup>. Dies wird zu einem **merkwürdigen Prozessverhalten des Insolvenzverwalters** führen: Will dieser Ansprüche aus Insolvenzverschleppungshaftung gegen die Geschäftsführer begründen, wird er eine positive Fortführungsprognose bestreiten und der Geschäftsführer muss sie beweisen. Will er umgekehrt verhindern, dass sich ein Gesellschafter dem Gesellschafterdarlehensrecht durch den Hinweis auf das Sanierungsprivileg entzieht, **muss der Verwalter die positive Fortführungsprognose**

1 Ablehnend AG Hamburg v. 2.12.2011 – 67c IN 421/11, NZI 2012, 85, 86 = ZIP 2012, 1776; s. auch den Prüfstandard IDW PS 800, WPg 1999, 251; ferner Schröder, in: HambKomm. InsO, § 18 InsO Rdnr. 9 f. m.w.N.; Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 113; dazu Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 f.; Bitter/Hommerich/Reiß, ZIP 2012, 1201, 1209.

2 S. auch Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 114: Keine Verengung des Zeitfensters für vorinsolvenzliche Sanierungen durch die Neufassung des Tatbestands; a.A. z.B. Gehrlein, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, Vor. § 64 Rdnr. 135; Gehrlein, WM 2011, 577, 584; Gehrlein, NZI 2012, 257, 259; Blöse, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 71, 74 f.; s. auch Hirte/Knof, WM 2009, 1961, 1966 f.: Das Sanierungsprivileg greife „*de jure* später“, aber der Unterschied sei „*de facto* am Ende doch nur marginal“; ähnlich Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 67.

3 Wie hier im Ergebnis auch Blöse, ZIP 2011, 1191 ff.; a.A. Thiessen, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 49; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 65.

4 Wegen der dann vorliegenden drohenden Zahlungsunfähigkeit bedarf es der von Blöse, ZIP 2011, 1191 ff. befürworteten teleologischen Extension des Sanierungsprivilegs nicht.

5 Dazu Vor § 64 Rdnr. 25.

6 Schönenfelder, WM 2009, 1401, 1404 f. spricht deshalb von einem „Danaergeschenk“.

7 So aber wohl Schönenfelder, WM 2009, 1401, 1404.

8 Näher Bitter, ZIP 2013, 398, 400 f.

**behaupten und beweisen**, weil oft nur dann der Insolvenzgrund der Überschuldung *nicht* vorlag. Sind Geschäftsführer und „sanierender“ Gesellschafter personenidentisch, mag es gar zu widersprüchlichem Vortrag in ein und demselben Prozess kommen. Dass der Gesetzgeber diese Konsequenzen nicht bedacht hat, kann man nicht zum Anlass nehmen, die klare Beweislastregel im Fall des Sanierungsprivilegs entgegen dem Wortlaut zulasten des Gesellschafters umzukehren<sup>1</sup>.

- 93 Die Problematik verschärft sich, wenn man bedenkt, dass die auf einem Wahrscheinlichkeitsurteil<sup>2</sup> beruhende (positive) Fortführungsprognose ihrerseits davon abhängen kann, ob sich der sanierungswillige Investor zum Beitritt entschließt oder nicht, dies jedenfalls in solchen Fällen, in denen sein Beitritt ein wesentlicher oder gar unverzichtbarer Sanierungsbeitrag oder zumindest Teil eines umfassenden Sanierungskonzeptes ist. Der **logische Teufelskreis** wird dann perfekt, wenn der potentielle Beitrittskandidat – wie oftmals – seinen Beitritt davon abhängig macht, dass ihm das Sanierungsprivileg zugutekommt: Das den Beitritt fördernde Privileg gibt es nur bei negativer Prognose, aber die Beitrittswilligkeit führt zu einer positiven Prognose. Um das sonst nicht auflösbare logische Dilemma zu vermeiden, wird man (nur) im Rahmen des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO bei der Feststellung der Überschuldung denjenigen potentiellen Beitritt, den es gerade noch zu beurteilen gilt, noch nicht zugunsten einer *positiven* Fortführungsprognose und damit *negativ* zu Lasten des/der potentiellen Beitrittskandidaten berücksichtigen können<sup>3</sup>. Dies bedeutet: Zum Zwecke der Feststellung der Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO ist der ernsthaft verhandelte Beitritt im Rahmen des Wahrscheinlichkeitsurteils zugunsten der Geschäftsführer zu berücksichtigen und damit Überschuldung ausgeschlossen<sup>4</sup>. Zugleich liegt aber die Überschuldung und drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO vor, weil insoweit der gerade noch zu verhandelnde Beitritt außen vor bleibt<sup>5</sup>.

#### bb) Anteilserwerb durch einen Gläubiger

- 94 Das Privileg setzt weiter voraus, dass ein *Gläubiger* der Gesellschaft Anteile an dieser erwirbt. Bei enger Auslegung würde dies bedeuten, dass der Anteilserwerb der Gläubigerstellung nachfolgen muss, doch sollte man auch die **Kreditgewährung aus Anlass des Anteilserwerbs** als privilegiert ansehen<sup>6</sup>. Entscheidend ist

1 Bitter, ZIP 2013, 398, 400 f.

2 Die h.M. stellt gemäß dem Gesetzeswortlaut auf eine *überwiegende*, also mehr als 50 %ige Wahrscheinlichkeit ab; vgl. nur Hirte, in: Uhlenbruck, § 19 InsO Rdnr. 51 m.w.N.; s. auch Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1739 und 1741 f.; dazu kritisch Vor § 64 Rdnr. 39.

3 Näher Bitter, ZIP 2013, 398, 399; zust. Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 67 und 70; Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 112.

4 Dazu Bitter/Hommerich/Reiß, ZIP 2012, 1201, 1208; Bitter/Hommerich, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012, Rdnr. 280 und 354.

5 So der Vorschlag von Bitter, ZIP 2013, 398, 399.

6 Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 69; Wittig, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1755 f.; Blöse, ZIP 2011, 1191, 1194; Obermüller/Kuder, in: FS Görg, 2010, S. 335, 352; näher Hirte/Knof, WM 2009, 1961, 1963 ff.; ebenso zum Eigenkapitalersatzrecht OLG Düsseldorf

folglich nicht der *zeitliche*, sondern der *innere* Zusammenhang, der sich im Sanierungszweck des Anteilserwerbs ausdrückt (dazu Rdnr. 99 ff.)<sup>1</sup>.

Die Höhe des Anteilserwerbs ist unerheblich; auch der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile ist erfasst<sup>2</sup>. Gleichgültig ist auch die Art des Erwerbs; das Privileg gilt also nicht nur für die Zeichnung neuer Anteile, sondern auch für den derivativen Erwerb bestehender Geschäftsanteile<sup>3</sup>. Immer ist aber nach dem klaren Gesetzeswortlaut ein Anteilserwerb erforderlich; **privilegiert wird die Sanierungsbeteiligung, nicht jeglicher Sanierungskredit**<sup>4</sup>. Gewährt folglich ein Altgesellschafter bei Vorliegen eines der Insolvenzgründe der §§ 17 bis 19 InsO einen neuen, der Sanierung dienenden Kredit, unterfällt er nicht dem Privileg (vgl. noch Rdnr. 97)<sup>5</sup>. Problematisch erscheint zudem die Anwendung des Privilegs auf gesellschaftergleiche Dritte, die definitionsgemäß keinen (echten) Gesellschaftsanteil erwerben (dazu Rdnr. 230 ff., 242 ff.)<sup>6</sup>.

Die **Zuführung neuen Kapitals** im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb ist 96 nicht erforderlich<sup>7</sup>; auch die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (sog. *Debt-Equity-Swap*) und die damit verbundene Reduzierung der Überschuldung reicht als (finanzwirtschaftlicher) Sanierungsbeitrag<sup>8</sup> aus (Rdnr. 88, zum Sanierungszweck auch Rdnr. 103)<sup>9</sup>. Bei einem reinen Anteilskauf vom Altgesellschafter ohne gleichzeitige Gewährung eines Sanierungskredits und/oder einen Aus-

v. 19.12.2003 – I-17 U 77/03, 17 U 77/03, GmbHR 2004, 564 = ZIP 2004, 508 (juris Rdnr. 26 ff.); Karsten Schmidt in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 215 m.w.N.

1 Hirte/Knof, WM 2009, 1961, 1965 f.; s. auch Obermüller/Kuder, in: FS Görg, 2010, S. 335, 352.

2 Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 66; Hirte/Knof, WM 2009, 1961, 1966 m.w.N.

3 Thiessen, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 50; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 75; Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 117; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 66; Wittig, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1751; Hirte/Knof, WM 2009, 1961, 1966; zum Eigenkapitalersatzrecht Karsten Schmidt in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 216 m.w.N.; a.A. zum derivativen Erwerb Obermüller/Kuder, in: FS Görg, 2010, S. 335, 350.

4 Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 111, 115; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 74; Habersack, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 65; Hirte/Knof, WM 2009, 1961, 1963; Gehrlein, WM 2011, 577, 584; Kritik an der Begrenzung bei Bork, ZGR 2007, 250, 259; Roth, GmbHR 2008, 1184, 1188; Weitnauer, BKR 2009, 18, 20 f.; Azara, S. 744 ff., 974 f.; ferner bei Engert, ZGR 2004, 813, 839, der sich für eine analoge Anwendung ausspricht.

5 BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927 = GmbHR 2014, 645 (Rdnr. 38; für BAGE vorgesehen); Thiessen, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 51; Hirte, WM 2008, 1429, 1433; ebenso Gehrlein, WM 2011, 577, 584 und Wittig, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1751 f., aber mit rechtspolitischer Kritik.

6 Gleichwohl für die Anwendung des Privilegs Kleindiek, in: Kreft, § 39 InsO Rdnr. 62.

7 Breidenstein, ZInsO 2010, 273, 276 m.w.N.; ferner Wittig, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1754 mit allerdings m.E. unrichtigem Hinweis auf BGH v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106 = GmbHR 2006, 311 = ZIP 2006, 279 = WM 2006, 399; a.A. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 38 f.

8 Dazu auch Bitter/Hommerich, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012, Rdnr. 281 für LBO-Fälle.

9 Vgl. auch Kolmann, in: Saenger/Inhester, Anh. § 30 Rdnr. 117 m.w.N.

tausch des Managements<sup>1</sup> dürfte hingegen der Sanierungszweck des Anteils-erwerbs (Rdnr. 99 ff.) oft zweifelhaft sein<sup>2</sup>.

- 97 Fraglich erscheint, ob Altgesellschafter generell nicht von dem Privileg profitieren können, es also nur für **Neugesellschafter** gilt. Unstreitig dürfte insoweit nur sein, dass ein dem Kleinbeteiligtenprivileg unterfallender Gesellschafter (Rdnr. 69 ff.) bei einem weiteren Hinzuerwerb oder der Übernahme der Geschäftsführung zusätzlich vom Sanierungsprivileg profitieren kann, weil er als **Kleinbeteiligter** ebenso wie ein Nichtgesellschafter nicht dem Gesellschafterdarlehensrecht unterfällt<sup>3</sup>. Privilegiert sind dann die Alt- und Neukredite eines solchen „Aufstockers“<sup>4</sup>. Erwirbt hingegen ein Gesellschafter, der schon bisher mehr als 10 % Anteil hält (oder Geschäftsführer war und blieb), in der Sanierungssituati-on weitere Anteile hinzu, wird er nach der schon bisher herrschenden<sup>5</sup>, nun auch in der Gesetzesbegründung<sup>6</sup> zum Ausdruck kommenden Meinung nicht privilegiert<sup>7</sup>. Aus dem Wortlaut des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO ergibt sich dies freilich nicht<sup>8</sup>, weil auch ein solcher Altgesellschafter zusätzlich Gläubiger sein und in dieser Eigenschaft Anteile zum Zweck der Sanierung erwerben kann. Die Einschränkung folgt aber aus dem Sinn und Zweck der Regelung, Sanierungsbeiträge außenstehender Drittcreditgeber zu fördern (Rdnr. 88). Die gegenteilige Sichtweise würde auch zu Umgehungen geradezu einladen, weil sich ein Gesellschafter dann durch Hinzuerwerb eines ggf. nur geringen Anteils zu Sanierungszwecken der eingetretenen Bindung durch das Recht der Gesellschafterdarlehen entziehen könnte.

1 Dazu Begr. KonTraG, BT-Drucks. 13/10038, S. 28; im Anschluss daran auch *Blöse*, ZIP 2011, 1191, 1192; *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1963 und 1966.

2 S. auch *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 53; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 134, 137; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 584; aber auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 118: Fehlender Abzug vorheriger Finanzierungshilfe als Sanierungsbeitrag.

3 So ausdrücklich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 74; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 115; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 135; *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 68; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 584; *Obermüller/Kuder*, in: *FS Görg*, 2010, S. 335, 351; *Wittig*, in: *FS Karsten Schmidt*, S. 1743, 1755 m.w.N.; zum Eigenkapitalersatzrecht *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 214 m.w.N.

4 *Obermüller/Kuder*, in: *FS Görg*, 2010, S. 335, 351.

5 *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 214 m.w.N.; vgl. aber auch *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, § 32a aF Rdnr. 59 ff.

6 Nach der Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57 gilt das Sanierungsprivileg für „Personen, die vor dem Anteilserwerb aus dem Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 herausfielen“.

7 *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 68; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 74 f.; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 115; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 135; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 584; *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1962 f.; *Blöse*, ZIP 2011, 1191, 1192; *Dahl*, in: *Michalski*, Anh. II §§ 32a, 32b aF Rdnr. 20; *Haas/Hossfeld*, in: *Gottwald*, InsR.Hdb., § 92 Rdnr. 408; *Obermüller/Kuder*, in: *FS Görg*, 2010, S. 335, 351; *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273, 276; unklar *Thiessen*, in: *Bork/Schäfer*, Anh. zu § 30 Rdnr. 52; a.A. *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 37 m.w.N.

8 Darauf hinweisend auch *Gehrlein*, WM 2011, 577, 584; *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1962 f.

Ebenfalls nicht privilegiert wird deshalb auch der Anteilserwerb durch eine Person, die **einem Gesellschafter wirtschaftlich gleichgestellt** ist und deshalb schon vor dem Anteilserwerb dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfiel (dazu Rdnr. 180 ff.)<sup>1</sup>. Umgekehrt kann die erstmalige Erlangung einer solchen der Gesellschafterstellung wirtschaftlich gleichzuachtenden Position ebenso privilegiert werden wie der erstmalige Anteilserwerb<sup>2</sup>.

### cc) Sanierungszweck

Der Anteilserwerb muss *zum Zweck der Sanierung* erfolgen<sup>3</sup>. Die Änderung im Vergleich zum bisherigen Recht („zum Zweck der Überwindung der Krise“) ist als Folge der generellen Streichung des Krisenmerkmals aus dem Gesetzestext rein redaktioneller Art, so dass die bisherigen Grundsätze fortgelten<sup>4</sup>.

Nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH<sup>5</sup> zum alten Recht ist der **Sanierungszweck vorrangig objektiv zu bestimmen**. Neben dem im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen müssten nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilserwerbs die Gesellschaft (objektiv) sanierungsfähig und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sein, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren. Auf die lediglich subjektive Motivation des Sanierers könne es nach dem Gesetzeszweck schon deshalb nicht entscheidend ankommen, weil andernfalls die schutzwürdigen Interessen der übrigen Gesellschaftsgläubiger in ihrer Wertigkeit nur von dessen Behauptung, er verfolge Sanierungsabsichten, abhingen und deren Befriedigungschancen allein in seiner Hand lägen<sup>6</sup>.

Soweit das Erfordernis der objektiven Sanierungsfähigkeit verschiedentlich, auch hier von *Karsten Schmidt* in der Vorauflage, kritisiert worden ist, liegt dem die Vorstellung zugrunde, das Privileg dürfe nicht *ex post* entwertet werden, wenn sich später die objektiv fehlende Sanierungsfähigkeit herausstellt<sup>7</sup>. Auf der Basis des allgemeinen psychologischen Problems der Rückschauverzerrung (sog. *hindsight bias*) ist daran richtig, dass Gerichte bei gescheiterter Sanierung oft im Nachhinein die Tendenz haben anzunehmen, die objektive Sanierungsfähigkeit habe schon *ex ante* gefehlt. Doch lässt sich dies dem Ansatz des BGH nicht entgegenhalten, weil der II. Zivilsenat ausdrücklich betont hat, es komme auf die „*ex ante*“-Prognose auf der Grundlage eines dokumentierten Sa-

1 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57.

2 *Kleiniek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 64 Rdnr. 130; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 75; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 72; zum Eigenkapitalersatzrecht *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 216 m.w.N.

3 Dazu ausführlich *Azara*, S. 782 ff.

4 *Wittig*, in: FS *Karsten Schmidt*, S. 1743, 1753.

5 BGH v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106, 112 f. = ZIP 2006, 279, 281 = GmbHR 2006, 311 = NJW 2006, 1283 (juris-Rdnr. 14); zuvor auch OLG Düsseldorf v. 19.12.2003 – I-17 U 77/03, 17 U 77/03, GmbHR 2004, 564 = ZIP 2004, 508 (juris-Rdnr. 35 ff.); *Pentz*, GmbHR 1999, 437, 449.

6 Zur objektiven Sanierungsfähigkeit auch *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1967 f. m.w.N.

7 *Karsten Schmidt* in der 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rdnr. 217; dem folgend *Wittig*, in: FS *Karsten Schmidt*, S. 1743, 1754.

nierungskonzepts an, das zugleich den Nachweis für den subjektiven Sanierungszweck des Anteilserwerbs liefere; die Privilegierung der Sanierungsleistungen hänge – so wörtlich der BGH – „nicht von dem tatsächlichen Eintritt des Sanierungserfolges ab“<sup>1</sup>. Damit geht es dem BGH letztlich nur um das völlig berechtigte Anliegen, dass der vom Gesetz geforderte Sanierungszweck durch ein **dokumentiertes, substanzhaltiges und von einem objektiven Dritten überprüftes Sanierungskonzept** belegt wird<sup>2</sup>. Dieses muss – insbesondere bei Kleinbetrieben – nicht notwendig dem hohen Standard IDW S 6 genügen<sup>3</sup>, zumal auch der (betriebswirtschaftliche) Sanierungsbegriff des IDW S 6 weiter gefasst ist als es die Mindestanforderungen der Rechtsprechung verlangen<sup>4</sup>. Ein Sanierungshandeln „ins Blaue hinein“ kann aber für das Privileg nicht genügen<sup>5</sup>.

- 102 Da auch der für das Gesellschafterdarlehensrecht nunmehr zuständige IX. Zivilsenat des BGH im Zusammenhang mit der Vorsatzanfechtung des § 133 InsO einen „ernsthaften Sanierungsversuch“ auf der Basis eines „in sich schlüssigen Konzepts“ verlangt<sup>6</sup>, darf angenommen werden, dass er es im Rahmen des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO nicht anders sehen wird<sup>7</sup> und die überzeugende frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats fortsetzt. Dieser folgt auch die ganz h.L. zum neuen Recht<sup>8</sup>.

1 BGH v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106, 113 = ZIP 2006, 279, 281 = GmbHR 2006, 311 = NJW 2006, 1283 (Rdnr. 15); zum gescheiterten Sanierungsversuch auch *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anh. zu § 30 Rdnr. 53; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 70; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 40 f.; *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 350.

2 Dazu auch *Schönenfelder*, WM 2009, 1401, 1406; ähnlich zu § 133 InsO *Gehrlein*, WM 2011, 577, 581.

3 S. auch OLG Düsseldorf v. 19.12.2003 – I-17 U 77/03, 17 U 77/03, GmbHR 2004, 564 = ZIP 2004, 508 (juris-Rdnr. 39): „keine übertrieben harten Anforderungen“; nach Betriebsgröße differenzierend auch *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 137; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 581 (zu § 133 InsO); wohl auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 121, der nur von „hilfreichen Anhaltspunkten“ durch IDW S 6 und IDW PS 800 spricht; ähnlich *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1968: Orientierung an den Standards des IDW; ferner *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 349, die auf den Zeitdruck hinweisen.

4 Dazu *Prüttig*, ZIP 2013, 203, 204 ff.: Rspr. als „eine Art ökonomisches Minimum“ (S. 209).

5 Ähnlich *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 116: Keine Förderung unseriöser Sanierungen.

6 So BGH v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, NJW 1998, 1561, 1563 f. = ZIP 1998, 248, 251 = WM 1998, 248 (juris-Rdnr. 28) m.w.N.; ähnlich BGH v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137 = MDR 2012, 251 (Rdnr. 14); dazu auch *Ganter*, WM 2009, 1441 ff., insbes. 1448 f.; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 581; *Gehrlein*, NZI 2012, 257, 258.

7 Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung bei *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 137 mit dem Hinweis auf BGH v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, NJW 1998, 1561, 1563 f. (= ZIP 1998, 248 = WM 1998, 248); auf den „weitgehenden inhaltlichen Gleichlauf“ hinweisend *Gehrlein*, NZI 2012, 257, 260; ähnlich *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1967 f.

8 S. nur *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Anhang zu § 30 Rdnr. 53; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 121 m.w.N.; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 136 f.; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 584; *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1967 f.; *Schönenfelder*, WM 2009, 1401, 1406; *Azara*, S. 784 ff.; Bezugnahme auf BGHZ 165, 106 auch bei *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 76 m.w.N.; a.A. jedoch *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 70.

Erfolgt der **Erwerb einer Beteiligung durch einen Insolvenzplan**, insbesondere im Wege des *Debt-Equity-Swap* (Rdnr. 88, 96), geht der Gesetzgeber des ESUG offenbar davon aus, dass in jedem Fall der erforderliche Sanierungszweck vorliegt und damit das Sanierungsprivileg eingreift<sup>1</sup>. Doch muss man davon ausgehen, dass die Rechtsprechung auch in diesem Fall die Anforderungen an das zugrunde liegende Sanierungskonzept nicht grundsätzlich senken wird<sup>2</sup>. Allenfalls spricht daher beim Insolvenzplan eine gewisse Vermutung für das Vorliegen des Sanierungszwecks.

### b) Rechtsfolgen

Rechtsfolge des Sanierungsprivilegs ist die Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts, d.h. vom Nachrang der Forderung in der Insolvenz der Gesellschaft (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), gemäß § 135 Abs. 4 i.V.m. § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO ferner von der Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen und Sicherheiten. Bei gesellschafterbesicherten Dittdarlehen wird auch von der Regel des § 44a InsO suspendiert<sup>3</sup>. Grundsätzlich kann es nämlich keinen Unterschied machen, ob der beitretende Neugesellschafter Kredite selbst gibt oder sich für Drittakredite verbürgt<sup>4</sup>. Nicht suspendiert wird selbstverständlich von den Rechtsfolgen eines *vertraglich* vereinbarten Nachrangs (z.B. eines Rücktritts in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO zur Vermeidung der Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO)<sup>5</sup>.

Nach dem klaren Wortlaut des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO gilt das Privileg für **Alt- und Neukredite** gleichermaßen<sup>6</sup>. Der Neukredit muss dabei im zeitlichen Zusammenhang mit der Anteilsübernahme gewährt werden, wobei eine zeitliche Differenz von einigen Wochen oder Monaten nicht schadet<sup>7</sup>. Erwirbt der privilegierte Gesellschafter eine Darlehensrückzahlungsforderung von einem nicht privilegierten Gesellschafter, bleibt diese allerdings für ein Jahr weiter verhaftet (Rdnr. 57 ff.). Auch das Sanierungsprivileg ändert an diesen allgemeinen Grundsätzen nichts<sup>8</sup>.

Als **Endpunkt des Privilegs** bestimmt das Gesetz nunmehr die „**nachhaltige Sanierung**“ der Gesellschaft und geht damit bewusst weiter als dies noch mit der

1 Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32: „Erwirbt der Gläubiger die Anteile aufgrund eines Debt-Equity-Swap in einem Insolvenzplan, ist davon auszugehen, dass sie zum Zweck der Sanierung im Sinne des § 39 Absatz 4 InsO erworben wurden.“

2 Dazu *Obermüller*, ZInsO 2011, 1809, 1820; zustimmend *Gehrlein*, NZI 2012, 257, 261; auf Unsicherheiten hinweisend auch *Bay/Seeburg/Böhmer*, ZInsO 2011, 1131, 1133.

3 *Bitter*, in: MünchKomm. InsO, 3. Aufl. 2013, § 44a InsO Rdnr. 18 m.w.N.; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 137.

4 Zutreffend OLG Düsseldorf v. 19.12.2003 – 17 U 77/03, GmbHR 2004, 564 = ZIP 2004, 508 (juris-Rdnr. 21).

5 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 73.

6 *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 72; rechtspolitische Kritik hinsichtlich der Altakredite bei *Bork*, ZGR 2007, 250, 259.

7 So OLG Düsseldorf v. 19.12.2003 – 17 U 77/03, GmbHR 2004, 564 = ZIP 2004, 508 (juris-Rdnr. 34) für eine zeitliche Differenz von 3,5 Monaten.

8 Ebenso *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 30 Rdnr. 77; *Habersack*, in: Ulmer, Anh. § 30 Rdnr. 73.

im RefE MoMiG enthaltenen und vielfach als zu eng kritisierten<sup>1</sup> Formulierung einer „Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit“ vorgesehen war<sup>2</sup>. Um den privilegierten Gesellschafter nicht zu einem überhasteten Ausstieg (aus der Beteiligung und/oder der Kreditierung) zu zwingen, der den Sanierungserfolg so gleich wieder zunichtemachen würde<sup>3</sup>, wird man die „nachhaltige Sanierung“ nicht zu früh annehmen dürfen<sup>4</sup>. Das Privileg endet erst, wenn die Gesellschaft wieder **nachhaltig kreditwürdig** ist, sie insbesondere die vom Sanierungsgesellschafter bereitgestellten Kredite oder Kreditsicherheiten ablösen kann, ohne insolvent zu werden<sup>5</sup>. Vorgeschlagen wird auch eine Orientierung an § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO: die Kreditwürdigkeit müsse für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr wiederhergestellt sein<sup>6</sup>. Beim **Insolvenzplan** kann daher keinesfalls das Sanierungsprivileg schon mit der Planbestätigung enden<sup>7</sup>.

- 107 Ist die Gesellschaft im vorgenannten Sinne nachhaltig saniert und gerät sie anschließend erneut in eine wirtschaftliche Schieflage, wirkt die aus dem früheren Anteilserwerb resultierende Privilegierung nicht weiter fort<sup>8</sup>. Einen **zweiten Sanierungsversuch** unter erneuter Nutzung des Sanierungsprivilegs kann der Gesellschafter nur vornehmen, wenn er seine Beteiligung zwischenzeitlich für mindestens ein Jahr unter 10 % zurückgeführt hatte<sup>9</sup>, weil er ansonsten als Altgesellschafter nicht begünstigt wäre (Rdnr. 97)<sup>10</sup>. Dies mag auf den ersten Blick befremden<sup>11</sup>, doch lässt sich bei genereller Ausdehnung des Privilegs auf Altgesellschafter der in Rdnr. 97 angeführten Umgehungsgefahr nicht wirksam begegnen.
- 108 Ein **Scheitern der Sanierung vor Erreichen der „Nachhaltigkeit“** lässt hingegen das Privileg nicht entfallen<sup>12</sup>. Auch jedes *ex ante* überzeugende Sanierungskonzept impliziert nämlich eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Scheiterns und je-

1 S. die Kritik bei *Bormann*, DB 2006, 2616, 2618; *Noack*, DB 2006, 1475, 1481; *H. Schmidt*, BKR 2007, 1, 4; ebenso These 4a) meines Vortrags auf dem 4. Deutschen Insolvenzrechtstag am 23.3.2007 ([www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)); s. auch *Gesmann-Nuissl*, WM 2006, 1756, 1760.

2 Dazu *Wittig*, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1756 f.; *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1968 f.; *Azara*, S. 768 ff.; kritisch auch zur aktuellen Fassung *Lüneborg*, S. 123 ff.; *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 353 („für die Praxis nicht brauchbar.“).

3 Zur negativen Signalwirkung des Ausstiegs von Banken s. *Obermüller*, ZInsO 2011, 1809, 1820 f.; allgemein *Obermüller/Kuder*, in: FS Görg, 2010, S. 335, 353.

4 Dazu auch *Schönenfelder*, WM 2009, 1401, 1405 f.

5 *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1969; ausführlich *Wittig*, in: FS Karsten Schmidt, S. 1743, 1758 ff.; zust. *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 124.

6 *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, Vor. § 64 Rdnr. 139; *Gehrlein*, WM 2011, 577, 584 f.; s. auch *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1969 f.: Beseitigung der Insolvenzgründe mindestens für das laufende und das gesamte folgende Geschäftsjahr; kritisch zu starren Zeitvorgaben *Azara*, S. 772 ff.

7 Offen *Meyer/Degener*, BB 2011, 846, 848 („derzeit unklar“).

8 *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rdnr. 128; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 76; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 43 f.

9 Zur dadurch endenden Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts Rdnr. 64.

10 Ähnlich *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 125.

11 Vgl. die Kritik bei *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Anh. §§ 32a, b Rdnr. 42.

12 *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1970 m.w.N.

nes Risiko ist nicht dem sanierungswilligen Beitreten aufzuerlegen (vgl. auch Rdnr. 101).

Das Sanierungsprivileg beschränkt sich auf die Befreiung vom Gesellschafterdarlehensrecht, gilt aber nicht unmittelbar für andere bei Sanierungskrediten in Betracht kommende Rechtsfolgen, insbesondere § 826 BGB bei drittschädigender Kreditgewährung<sup>1</sup> oder § 133 InsO bei vorsätzlicher Benachteiligung anderer Gläubiger (dazu Rdnr. 102). Wenn freilich die vom BGH für das Sanierungsprivileg aufgestellten Anforderungen an das zugrunde liegende Sanierungskonzept erfüllt sind (Rdnr. 101), dann dürften regelmäßig auch jene weiteren Rechtsfolgen ausscheiden (*safe harbour*)<sup>2</sup>.

## 7. Sonstige Ausnahmen

Neben dem Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg, die für alle Arten von Gesellschaftern gelten, gibt es spezialgesetzliche Ausnahmetatbestände in § 24 UBGG (Unternehmensbeteiligungsgesetz) und § 18 FMStG (Finanzmarktstabilisierungsgesetz). Durch die erstgenannte Ausnahme werden Darlehen sog. **Unternehmensbeteiligungsgesellschaften** privilegiert, um jungen und innovativen Unternehmen die Finanzierung zu erleichtern; durch die zweitgenannte Ausnahme wird ein besonderes Sanierungsprivileg für den **Finanzmarktstabilisierungsfonds** und die damit zusammenhängenden Rechtsträger geschaffen, um die Rekapitalisierung des Finanzsektors zu erleichtern. Da diese Tatbestände jeweils sehr spezielle Fälle betreffen, soll auf eine nähere Kommentierung an dieser Stelle verzichtet werden<sup>3</sup>.

# IV. Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

## 1. Nachrang der Gesellschafterforderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)

Ist die Doppelrolle als Gesellschafter und Inhaber einer Darlehensrückzahlungsforderung erfüllt, unterliegt die Forderung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO – im Sinne einer insolvenzrechtlichen Verteilungsregel (Rdnr. 363 ff.) – einem gesetzlichen Nachrang in der Insolvenz der darlehensnehmenden Gesellschaft<sup>4</sup>. Gemäß § 39 Abs. 3 InsO erstreckt sich der Nachrang auch auf die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen. Zweifelhaft erscheint, ob mit

1 Dazu grundlegend BGH v. 9.7.1953 – IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228; ausführlich *Engert*, S. 49 ff., 146 ff., 157 ff.; *Vuia*, Die Verantwortlichkeit von Banken in der Krise von Unternehmen, 2005, S. 262 ff.

2 Ebenso *Hirte/Knof*, WM 2009, 1961, 1967 f.; auf den Gleichlauf zwischen Sanierungsprivileg und § 133 InsO hinweisend auch *Gehrlein*, NZI 2012, 257, 260; im hiesigen Sinne wohl auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 120 zu § 826 BGB; *Prüting*, ZIP 2013, 203, 204, 208.

3 Etwas ausführlicher *Thiessen*, in: *Bork/Schäfer*, Anh. zu § 30 Rdnr. 55 ff.; s. auch *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, Anh. § 30 Rdnr. 127; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 78.

4 Dazu auch *Habersack*, in: *Ulmer*, Anh. § 30 Rdnr. 107.

Dagegen soll sprechen, dass es nicht Sache der Registergerichte sei, die Motive der Gesellschafter für die Abberufung der Geschäftsführer zu erforschen<sup>1</sup>. Grob missbräuchliche Gestaltungen, die nur der Firmenbestattung dienen, können jedoch ein offenkundiger Mangel hinsichtlich der materiellen Rechtslage sein. Das Gericht muss sich nicht zum Handlanger der Firmenbestatter machen lassen.

## VII. Die Wirkung von Anmeldung, Eintragung und Veröffentlichung

- |  |    |
|--|----|
| 1. Die gehörig bewirkte Anmeldung ist vom Registergericht in das Handelsregister einzutragen. Die erfolgte Eintragung ist zu veröffentlichen, §§ 10–13 HGB.  | 24 |
| 2. Die Ernennung, Abberufung, Änderung der Vertretungsmacht sind von der Anmeldung und Eintragung unabhängig <sup>2</sup> . Die Eintragung hat nur deklaratorische und <b>keine konstitutive Wirkung</b> <sup>3</sup> . Der Geschäftsführer kann daher sofort nach der Bestellung, also noch vor der Anmeldung und Eintragung, tätig werden. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Bestellung mit einer Satzungsänderung verbunden ist, § 54 Abs. 3. | 25 |
| 3. Die Unterzeichnung einer Anmeldung kann mittelbare Bedeutung haben. Unterzeichnet ein Gesellschafter eine Anmeldung, so liegt darin zugleich die Erklärung, dass er auch der Änderung der materiellen Rechtslage zustimmt <sup>4</sup> .  | 26 |

## § 40 Liste der Gesellschafter

- (1) Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sind. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.
- (2) Hat ein Notar an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Liste muss mit der Bescheinigung

1 Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 18.

2 Vgl. auch BGH v. 9.5.1960 – II ZB 3/60, GmbHR 1960, 185.

3 BGH v. 6.11.1995 – II ZR 181/94, GmbHR 1996, 50; OLG Hamburg v. 18.1.2000 – 4 U 114/92, NZG 2000, 698; OLG Celle v. 31.8.1994 – 9 U 118/93, GmbHR 1995, 728; Stephan/Tieves, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 51.

4 BGH v. 25.9.1972 – II ZR 5/71, WM 1972, 1368; BGH v. 17.12.1973 – II ZR 124/72, WM 1974, 177; BGH v. 23.2.1976 – II ZR 177/74, GmbHR 1977, 103; Terlau, in: Michalski, Rdnr. 22.

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.

(3) Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, haften denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.

Vorschrift seit 1892, ursprünglich § 41; neu gefasst durch HRefG vom 22.6.1998 (BGBl. I 1998, 1474); Abs. 1 neu gefasst, Abs. 2 eingefügt, alter Abs. 2 wird Abs. 3, Abs. 3 geändert durch MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026).

### Inhaltsübersicht

<p><b>I. Norminhalt und Normzwecke</b></p> <p>1. Norminhalt ..... 1</p> <p>2. Normzwecke ..... 2</p> <p>3. Rechtspolitische Bewertung ..... 8</p> <p><b>II. Gesellschafterliste: Beschreibung und Inhalt</b></p> <p>1. Beschreibung ..... 11</p> <p>2. Inhalt ..... 12</p> <p>  a) Gesellschafter ..... 13</p> <p>  b) Beteiligungsumfang und An- teilsindividualisierung ..... 18</p> <p>  c) Weitere Angaben ..... 23</p> <p>    aa) Angabe von Zeitdaten ... 24</p> <p>    bb) Vermerkspalte ..... 25</p> <p>    cc) Dingliche Belastungen und sonstige Angaben.... 26</p> <p><b>III. Zuständigkeits- und Pflichtenzuweisung für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste: Grundlagen</b></p> <p>1. Konzept der gespaltenen Zuständigkeits- und Pflichtenzuweisung..... 28</p> <p>2. Konzept der Partikularpflicht... 30</p> <p>3. Keine Notzuständigkeit der Gesellschafter ..... 31</p> <p><b>IV. Erstellungspflicht und Einreichungszuständigkeit der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1)</b></p> <p>1. Zuständigkeit und Pflichtenkanon (§ 40 Abs. 1 Satz 1)</p> <p>  a) Zuständigkeit der Geschäftsführer ..... 32</p> <p>  b) Prüfungspflicht..... 35</p> <p>  c) Erstellungspflicht..... 36</p>	<p>d) Einreichungspflicht ..... 38</p> <p>e) Berichtigungspflicht..... 39</p> <p>2. Mitteilung und Nachweis von Veränderungen (§ 40 Abs. 1 Satz 2)..... 40</p> <p>  a) Mitteilung ..... 41</p> <p>  b) Nachweis ..... 44</p> <p>3. Einreichung und Form ..... 49</p> <p>4. Korrektur und Rechtsschutz... 53</p> <p><b>V. Erstellungspflicht und Einreichungszuständigkeit des Notars (§ 40 Abs. 2)</b></p> <p>1. Zuständigkeit und allgemeiner Pflichtenkanon (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1)..... 55</p> <p>  a) Mitwirkung an Veränderung</p> <p>    aa) Unmittelbare Mitwirkung ..... 57</p> <p>    bb) Mittelbare Mitwirkung.. 61</p> <p>  b) Prüfungs- und Berichtigungspflicht ..... 68</p> <p>  c) Erstellungspflicht ..... 73</p> <p>  d) Einreichungspflicht ..... 75</p> <p>2. Übermittlung an die Gesellschaft (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2)..... 76</p> <p>3. Notarbescheinigung (§ 40 Abs. 2 Satz 2)..... 77</p> <p>  a) Bescheinigung ..... 78</p> <p>  b) Prüfungspflicht ..... 82</p> <p>  c) Rechtswirkungen ..... 84</p> <p>4. Einreichung und Form ..... 85</p> <p>5. Rechtsschutz ..... 86</p> <p>6. Gebühren..... 87</p> <p><b>VI. Zuständigkeiten und Pflichten ausländischer Notare</b> ..... 89</p>
---	---

<b>VII. Handlungspflichten des Handelsregisters</b>		<b>VIII. Haftung</b>	
1. Aufnahme in das Handelsregister .....	91	1. Haftung des Geschäftsführers	
2. Prüfungspflicht des Handelsregisters .....	93	a) Pflichtverletzung und Verschulden .....	96
3. Rechtsschutz .....	95	b) Schaden .....	98
		c) Kausalität .....	101
		2. Haftung des Notars .....	102
		<b>IX. Übergangsfälle</b> .....	104

**Schrifttum:** *Apfelbaum*, Das Merkmal der Zurechenbarkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen, BB 2008, 2470; *Bayer*, Gesellschafterliste: Einreichungspflichtige Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse, GmbHR 2012, 1; *Bayer*, Gesellschafterliste und Aktienregister – Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Überlegungen *de lege ferenda*, in: *Liber amicorum M. Winter*, 2011, S. 9; *Bednarz*, Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, BB 2008, 1854; *Berninger*, Gesellschafterliste und Übergangsproblematik der Einreichungsverantwortlichkeit bei nachträglicher Berichtigung, GmbHR 2009, 679; *Berninger*, Zuständigkeit des Notars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bei sog. „mittelbarer Mitwirkung“?, DStR 2010, 1292; *Bohrer*, Fehlerquellen und gutgläubiger Erwerb im Geschäftsanteilsverkehr – Das Vertrauensschutzkonzept im Regierungsentwurf des MoMiG, DStR 2007, 995; *Breitenstein/Meyding*, Der Regierungsentwurf zum MoMiG: Die Deregulierung des GmbH-Rechts schreitet voran, BB 2007, 1457; *Bunnemann/Zirngibl*, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2008; *Bussian/Achenbach*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers für die Gesellschafterliste trotz Mitwirkung des Notars?, BB 2010, 778; *Elsing*, Gesellschafterliste und Anzeigen von Gesellschaftsanteilsabtretungen mit Blick auf das MoMiG, ZNotP 2007, 332; *Förl*, Die neue Teilbarkeit von Geschäftsanteilen – einfach (und) gut, RNotZ 2008, 409; *Gehrlein*, Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771; *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008; *Gottschalk*, Neue Regelungen für die Gesellschafterliste und die Geschäftsanteile sowie der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, DZWIR 2008, 45; *Gottschalk*, Geteilte Einreichungszuständigkeit für die Gesellschafterliste und Anforderungen an die Notarbescheinigung, NZG 2009, 896; *Götze/Bressler*, Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach MoMiG, NZG 2007, 894; *Grunewald*, Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen: Eine neue Option, Der Konzern 2007, 13; *Harbarth*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG, ZIP 2008, 57; *Hasselmann*, Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG – Überblick und Gesellschaftsgründung, NZG 2009, 409; *Hasselmann*, Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Inhalt und Zuständigkeit, NZG 2009, 449; *Hasselmann*, Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Erstellung und Einreichung durch Geschäftsführer und Notare, NZG 2009, 486; *Hasselmann*, Die Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste, NZG 2010, 207; *Hasselmann*, Keine Einreichung einer Gesellschafterliste durch ausländischen Notar, NZG 2013, 325; *Hauschild*, Die Pflichten des Notars bei Erstellung der Gesellschafterliste: Mittelbare Verschärfung der Formerfordernisse, ZIP 2012, 660; *Heckschen*, Auswirkungen des MoMiG auf die Übertragung von GmbH-Anteilen von Todes wegen und im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, ZErb 2008, 246; *Heckschen*, Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege, DStR 2007, 1442; *Heidinger*, Der Tod des Gesellschafters bei der GmbH (Gesellschafterliste und Beschlussfassung), ZNotP 2012, 449; *Heilmeier*, Listerneinreichungszuständigkeit bei mittelbarer Mitwirkung eines Notars nach § 40 GmbHG, NZG 2012, 217; *Herrler*, Gutgläubiger Erwerb bei vorheriger aufschiebend bedingter GmbH-Geschäftsanteilsabtretung – Sicherung durch Vermerk in Gesellschafterliste, BB 2009, 2272; *Herrler*, Neues aus Karlsruhe zur Gesellschafterliste, NZG 2011, 536; *Herrler*, Offene Fragen rund um die Gesellschafterliste: Einreichung

chungszuständigkeit, registergerichtliches Prüfungsrecht und Publizitätswirkungen, GmbHR 2013, 617; *Ising*, Gesellschafterliste nach Umwandlungen: Probleme in der Praxis, NZG 2010, 812; *Klöckner*, Praxisprobleme beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2008, 841; *Kort*, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilserwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.), GmbHR 2009, 169; *Lange*, Vererbung von GmbH-Anteilen und Gesellschafterliste, GmbHR 2012, 986; *Liebscher/Goette*, Korrektur einer von einem Notar eingereichten Gesellschafterliste, DStR 2010, 2038; *Link*, Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, RNotZ 2009, 193; *Löbbecke*, Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar für Inhalt und Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste, GmbHR 2012, 7; *D. Mayer*, Der Erwerb einer GmbH nach Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403; *D. Mayer*, Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG – Fluch oder Segen?, ZIP 2009, 1037; *Melchior*, Kummer mit der Nummer? – Hinweise zur Nummerierung der GmbH-Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste, NotBZ 2010, 213; *Melchior*, Die GmbH-Gesellschafterliste – ein Zwischenstand, GmbHR 2010, 418; *Noack*, Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG, in: *FS Hüffer*, 2010, S. 723; *Omlor*, Verkehrsschutzfragen zum Anwartschaftsrecht am GmbH-Geschäftsanteil, DNotZ 2012, 179; *Omlor/Spies*, Grundfragen der Gesellschafterliste, MittBayNot 2011, 353; *Pfeiffer*, Auswirkungen der geplanten Notarkostenreform auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge und M&A-Transaktionen, NZG 2013, 244; *Preuß*, Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZGR 2008, 676; *Preuß*, Die Mitwirkung des Notars bei Veränderungen des Gesellschafterbestandes nach dem MoMiG, in: *FS Spiegelberger*, 2009, S. 876; *Reithmann*, Mitwirkung des ausländischen Notars bei der Geschäftsanteilsabtretung nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 699; *Reymann*, Zurechnungssystem und Regelungsebenen der GmbH-Gesellschafterliste, BB 2009, 506; *Reymann*, Aufschiebend bedingte Geschäftsanteilsabtretungen und Zwischenverfügungen bei der GmbH, GmbHR 2009, 343; *Reymann*, Eintragung eines Nießbrauchs in die Gesellschafterliste; Besprechung zu LG Aachen, RNotZ 2009, 412; *Ries*, Die Last mit der Liste, in: *Liber amicorum K. Mock*, 2009, S. 217; *Ries*, Never ending story, die Gesellschafterliste, NZG 2010, 207; *Saenger/Scheuch*, Auslandsbeurkundung bei der GmbH – Konsequenzen aus MoMiG und Reform des Schweizer Obligationsrechts, BB 2008, 65; *H. Schmidt*, Einzelfragen zur Gesellschafterliste i.S.v. § 40 GmbHG, NotBZ 2013, 13; *H. Schmidt*, Gesellschafterliste i.S.v. § 40 GmbHG – Unendliches Thema, RNotZ 2011, 148; *Uwe H. Schneider*, Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer bei Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste, GmbHR 2009, 393; *Schockenhoff/Höder*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG: Nachbesserungsbedarf aus der Sicht der M&A-Praxis, ZIP 2006, 1841; *Schulte*, Zwei Jahre MoMiG – aktuelle Problemfelder im Handelsregisterverfahren, GmbHR 2010, 1128; *Sikora/Tiedtke*, Kostenfragen im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 2, ZNotP 2009, 432; *Tebben*, Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis, RNotZ 2008, 441; *Tiedtke*, Wirksamkeitsbescheinigung zur Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG, ZNotP 2009, 448; *Vossius*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG, DB 2007, 2299; *Wachter*, GmbH-Reform: Auswirkungen auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZNotP 2008, 378; *Wachter*, Unternehmensnachfolge bei der GmbH und GmbH & Co. KG nach dem MoMiG, DB 2009, 159; *Wachter*, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nach MoMiG, in: *Römermann/Wachter (Hrsg.)*, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51; *Wälzholz*, Die Reform des GmbH-Rechts, MittBayNot 2008, 425; *Weigl*, Die Sicherung des Erwerbers oder Treugebers eines Geschäftsanteils durch eine aufschiebend bedingte Abtretung nach Inkrafttreten des MoMiG, MittBayNot 2009, 116; *Weigl*, Gesellschafterliste und Gutgläubenserwerb bei aufschiebend bedingten Geschäftsanteilsabtretungen, NZG 2009, 1173; *Wicke*, Gründung, Satzungsgestaltung und Anteilsabtretung nach der GmbH-Reform, NotBZ 2009, 1; *Wicke*, „Best Practice“ bei der Nummerierung in der Gesellschafterliste, MittBayNot 2010, 283; *Wolff*, Die Verbindlichkeit der Gesellschafterliste für Stimmrecht und Beschlussver-

fahren, BB 2010, 454; Wolff, Die GmbH-Gesellschafterliste im Fokus der Rechtsprechung, DB 2011, 1037; Zinger/Urich-Erber, Der Testamentsvollstreckervermerk in der Gesellschafterliste, NZG 2011, 286.

## I. Norminhalt und Normzwecke

### 1. Norminhalt

Mit dem MoMiG sind mit Wirkung zum 1.11.2008 die Pflichten im Zusammenhang mit der Erstellung und Führung von Gesellschafterlisten (§ 40) und deren rechtliche Bedeutung (§ 16) grundlegend geändert worden. Die Geschäftsführer müssen – insofern gleichlaufend mit § 40 i.d.F. des HRefG vom 22.6.1998<sup>1</sup> – nach jeder Änderung der Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH unverzüglich eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen (§ 40 Abs. 1 Satz 1); die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer darf nun nur auf Mitteilung und Nachweis erfolgen (§ 40 Abs. 1 Satz 2). Neu ist die verdrängende Erstellungs- und Einreichungsverpflichtung des Notars, der an der Veränderung der Gesellschafterstellung mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 Satz 1). Dieser vom Notar erstellten Gesellschafterliste ist eine Notarbescheinigung über die Richtigkeit der in der Gesellschafterliste berücksichtigten Veränderung und zur Übereinstimmung mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste beizufügen (§ 40 Abs. 2 Satz 2). Als Sondernorm zu § 43 wird bestimmt, dass der Geschäftsführer für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister gegenüber den betroffenen Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern haftet (§ 40 Abs. 3).

### 2. Normzwecke

Die Normzwecke des § 40 i.d.F. des MoMiG sind vielgestaltig und teilweise auch in Verkoppelung zu § 16 i.d.F. des MoMiG zu verstehen. Nur durch den **Wechselblick von § 40 zu § 16** werden der erhebliche Bedeutungszuwachs der Gesellschafterliste und die vom Gesetzgeber mit der Gesellschafterliste verfolgten Ziele augenscheinlich:

Durch die zum Handelsregister eingereichte und dort durch Online-Abruf nach § 9 HGB verfügbare Gesellschafterliste soll der **Gesellschafterbestand für alle an der Unternehmensstätigkeit der GmbH Beteiligten sowie die Öffentlichkeit transparenter** werden<sup>2</sup>. Die Verlässlichkeit der Daten der Gesellschafterliste und damit das Transparenz- und Richtigkeitsniveau gegenüber dem bisherigen, ungenügenden Stand<sup>3</sup> wird vor allem durch dreierlei erreicht, nämlich (i) die Konkretisierung des Pflichtenmaßstabs des Geschäftsführers bei Erstellung der Gesellschafterliste und die Normierung einer Sonderhaftungsnorm für Pflichtverletzungen in diesem Zusammenhang, (ii) die in der Praxis häufig verdrängende Zuständigkeit ei-

1 BGBI. I 1998, 1474.

2 Vgl. Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 3; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 3.

3 Hierzu z.B. Wachter, GmbHR-Sonderheft 2008, 51, 52 („vielfach unvollständig, veraltet und lückenhaft“).

nes Notars für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste und (iii) den materiellen Bedeutungszuwachs der Gesellschafterliste als Legitimationsgrundlage für die relative Gesellschafterstellung (§ 16 Abs. 1), für die Abgrenzung der Haftung für Stammeinlagenverpflichtungen (§ 16 Abs. 2) und als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3). Der **Transparenzgewinn** kommt in erster Linie natürlich den **Gesellschaftern** selbst (z.B. Aufdeckung von früher bestehenden Treuhandverhältnissen) und den **Vertragspartnern und Gläubigern der GmbH** zugute, aber auch **potentiellen Geschäftspartnern der Gesellschaft**<sup>1</sup> und **(potentiellen) Geschäftspartnern der GmbH-Gesellschafter**. Das durch erhöhte Richtigkeits- und Transparenzniveau geschaffene Vertrauen im Rechtsverkehr wird sich positiv auf die **Geschäftsausichten der Unternehmen** in der Rechtsform der GmbH auswirken<sup>2</sup> und damit auch deren **Finanzierungsfähigkeit** und diejenige der Gesellschafter verbessern.

- 4 Aus Allgemeinwohlsicht soll die Erhöhung des Richtigkeits- und Transparenzniveaus der Gesellschafterliste die **Bekämpfung von Missbräuchen mit Unternehmensträgern in der Rechtsform der GmbH erleichtern und Geldwäschetabestände verhindern**<sup>3</sup>. Insofern steht die Regelung im Zusammenhang mit den durch das MoMiG ebenfalls eingefügten Neuregelungen zur Verantwortung der Gesellschafter bei Führungslosigkeit der GmbH. Empirische Untersuchungen über die Auswirkungen der MoMiG-Neuregelung auf diese Ziele der Missbrauchsbekämpfung und Geldwäscheverhinderung sind noch ausstehend.
- 5 Mit der Neuregelung der Gesellschafterliste in § 40 wird ermöglicht, dass diese ein **ausreichender Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen** (§ 16 Abs. 3) ist. Denn **Art. 14 Abs. 1 GG** setzt für den Eigentumsverlust durch gutgläubigen Erwerb einen hinreichend zuverlässigen Rechtsscheinträger voraus, und die ausreichende Richtigkeitsgewähr wird in der Praxis primär durch die notarielle Erstellungs- und Einreichungspflicht mit zusätzlicher Notarbescheinigung, ansonsten durch die Pflichtenerhöhung für Geschäftsführer mit Haftungsandrohung erreicht (§ 16 Rdnr. 81 ff.). Zwar ist die Gesellschafterliste keine behördlich geführte Liste, aber die private Führung durch Geschäftsführer bzw. Notar ist hinreichend qualifiziert abgesichert, und durch die Aufnahme im Handelsregister ist eine sichere Verwahrung in den Registerordnern und eine allgemeine Kenntnisnahmemöglichkeit sichergestellt<sup>4</sup>.
- 6 Die Gesellschafterliste erleichtert darüber hinaus allgemein den Erwerb und die Finanzierung von Geschäftsanteilen, da der Prüfungsaufwand betreffend die in der Vergangenheit erfolgten Anteilsabtretungen im Rahmen der üblichen Due Diligence-Untersuchung minimiert wird (hierzu ausführlich § 16 Rdnr. 58). Damit werden auch bei Übertragungs- und Finanzierungstransaktionen, die GmbH-Ge-

1 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 3.

2 Vgl. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 3.

3 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 37; *Noack*, DB 2006, 1475, 1477; vgl. auch *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 4.

4 Zu letzterem Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 38 re. Sp.

schäftsanteile betreffen bzw. einschließen, die **Transaktionskosten gesenkt und die Rechtssicherheit erhöht**<sup>1</sup>.

Die neu geregelte Gesellschafterliste ist zudem – anstatt der früheren Anmeldung – die **Legitimationsgrundlage für die relative Gesellschafterstellung** (§ 16 Abs. 1), was die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die GmbH und ihre Gesellschafter schon bereits wegen der dauerhaften Verkörperung, aber auch wegen der erhöhten materiellen Anforderungen verstärkt. Schließlich dient die Gesellschafterliste nun zur **Abgrenzung der Haftung für Stammeinlagenverpflichtungen zwischen Veräußerer und Erwerber** (§ 16 Abs. 2). Die Verknüpfung mit der Gesellschafterliste führt zu einem **erhöhten Gläubigerschutz**, da Gläubiger nun mit erhöhter Rechtssicherheit Ansprüche der GmbH gegen die Gesellschafter, insbesondere Einlageverpflichtungen, pfänden und sich überweisen lassen können. Das Zusammenspiel der Funktionen der Gesellschafterliste als Legitimationsgrundlage der relativen Gesellschafterstellung einerseits und für die Abgrenzung der Haftung für Einlageverpflichtungen andererseits führt dazu, dass es im rationalen Eigeninteresse sowohl des Erwerbers als auch des Veräußerers ist, gegenüber dem Notar bzw. Geschäftsführer auf die Stellung einer inhaltlich zutreffenden Gesellschafterliste und deren Einreichung beim Handelsregister zu drängen<sup>2</sup>.

### 3. Rechtspolitische Bewertung

Das vom MoMiG-Gesetzgeber geregelte Konzept der Gesellschafterliste ist in seinen Grundsätzen überzeugend. Die Neupositionierung der Gesellschafterliste als weiterem **Zentraldokument der GmbH und ihrer Gesellschafter** (neben der Satzung)<sup>3</sup> dient den **Interessen**:

- **der GmbH und ihren Gesellschaftern** dadurch, dass mit den dortigen Feststellungen Klarheit über die Identität der Gesellschafter und ihren jeweiligen Rechten und Pflichten besteht;
- **der Gläubiger** dadurch, dass sie durch die dortigen Feststellungen den Gesellschafterbestand mit ihrer wirtschaftlichen Potenz und etwaigen widerstrebenden Geschäftsinteressen leichter feststellen und Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter einfacher verwerten können;
- **potentieller Anteilserwerber und Finanzgeber (der GmbH und/oder Gesellschafter)** dadurch, dass das Richtigkeits- und Transparenzniveau über den Gesellschafter und Geschäftsanteilsbestand hoch ist und insofern Transaktionskosten gesenkt sind;
- **sonstiger (potentieller) Vertragspartner und der Öffentlichkeit** dadurch, dass die Informationskosten im Hinblick auf den Gesellschafter und Geschäftsanteilsbestand reduziert werden.

1 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 26; s. auch § 16 Rdnr. 58; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 3.

2 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 4.

3 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 1 („neben der Satzung das wichtigste GmbH-Dokument“); hierzu zust. *Löbbe*, GmbHHR 2012, 7; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 5.

- 9 Die generelle Beibehaltung der privaten Führung der Gesellschafterliste, allerdings bei Neuregelung der verdrängenden Kompetenzzuweisung an den mitwirkenden Notar und der Einbeziehung des Handelsregisters als sicheren und für jeden zugänglichen Verwahrtort, beschränkt zum einen den staatlichen Eingriff in die Gesellschaftsangelegenheiten auf das erforderliche Minimum und gewährleistet auf der anderen Seite mit der konkreten Normausgestaltung den erforderlichen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz der Anteilsinhaber. Auch die Regelung der sich wechselseitig ausschließenden Doppelzuständigkeit von Geschäftsführer und mitwirkendem Notar für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste ist letztlich **konzeptionell überzeugend**: Bei Veränderung der dinglichen Gesellschafterstellung sind primär das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der GmbH, nämlich die Geschäftsführer, für die Führung der Gesellschafterliste zuständig. Sofern an jener Veränderung der dinglichen Gesellschafterstellung kein Notar mitgewirkt hat, wäre eine Zuständigkeitsverlagerung auf einen unbeteiligten Notar trotz der erheblichen Bedeutung der Gesellschafterliste unverhältnismäßig. Es gibt weder einen rechtlichen noch empirisch nachgewiesenen Grundsatz des berechtigten Misstrauens gegen die fachlichen Fähigkeiten oder die Gutgläubigkeit der Geschäftsführer. Sofern allerdings ein Notar an der Änderung der dinglichen Gesellschafterstellung mitgewirkt hat, ist es effizient und zugleich tendenziell Richtigkeits- und Transparenzerhöhend, wenn dieser Notar auch die Gesellschafterliste erstellt und zum Handelsregister einreicht. Die mit dem Konzept der sich wechselseitig ausschließenden Zuständigkeiten von Geschäftsführern einerseits und mitwirkendem Notar andererseits verbundenen Abgrenzungsprobleme sind durch die Rechtspraxis und Rechtsprechung so zu bewältigen, dass die Risiken für die Rechtsklarheit und Rechtsunsicherheit minimiert werden. Einer Aufgabe des Konzepts der Doppelzuständigkeit und einer Alleinzuweisung der Erstellungs- und Einreichungspflicht an Notare bedarf es nicht<sup>1</sup>.
- 10 **Empirische Untersuchungen** zu den Auswirkungen der MoMiG-Reform der Gesellschafterliste auf das Richtigkeits- und Transparenzniveau der Gesellschafterliste und zu den Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit und -aussichten der GmbH gibt es – soweit ersichtlich – noch nicht. Vielfältige anekdotische Evidenz aus der Beratungspraxis (vor allem auch im Zuge der Durchführung von Due Diligence-Untersuchungen) indiziert indes eine signifikante Erhöhung des Richtigkeits- und Transparenzniveaus des Gesellschafterbestandes und der Geschäftsanteilsverteilung seit der MoMiG-Reform.

## II. Gesellschafterliste: Beschreibung und Inhalt

### 1. Beschreibung

- 11 Aus der Pflichtenbestimmungs- und Zuständigkeitszuweisungsnorm des § 40 Abs. 1 Satz 1 ergibt sich, dass die Gesellschafterliste eine Aufstellung ist, (i) die bestimmte Informationen zu den Gesellschaftern und den von ihnen übernommenen Geschäftsanteilen enthält und (ii) von den Erstellungsverpflichteten unterschrieben ist. Die Einzelfeststellung in der Gesellschafterliste sowie der

<sup>1</sup> Entgegen Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 115; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 4.

Gesamtinhalt qualifizieren als **gutachterliches Zeugnis der Erstellungsverpflichteten**, d.h. des Geschäftsführers oder des mitwirkenden Notars<sup>1</sup>. Die Gesellschafterliste i.S. von § 40 ist die **zeitliche und sachgegenständliche Verlängerung der Gesellschafterliste, die gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 zusammen mit der Gründungssatzung (§ 8 Abs. 1 Nr. 1) bei der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister eingereicht und bei den Registerakten zur öffentlichen Einsicht verwahrt wird**. Für beide Listen sind die Pflichtangaben identisch (Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der jeweils übernommenen Geschäftsanteile); beide Listen sind zum Handelsregister einzureichen, ohne dass diese eingetragen werden. Während bei der Gesellschafterliste zur Anmeldung diese von sämtlichen Anmeldenden (d.h. sämtlichen Geschäftsführer, § 78)<sup>2</sup> zu unterschreiben ist, trifft diese Unterschriftspflicht bei der Gesellschafterliste i.S. von § 40 „die Geschäftsführer“, d.h. die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl (Rdnr. 31); diese Differenzierung ist in der ausdrücklichen Regelung des § 78 begründet, der insoweit ausschließlich auf § 7 Abs. 1 (Anmeldung) verweist.

## 2. Inhalt

Der in § 40 Abs. 1 Satz 1 statuierte **gesetzliche Mindestinhalt** der Gesellschafterliste unterfällt in (i) die Nennung und Identifikation des Gesellschafters (Rdnr. 13 ff.) sowie (ii) die von den Gesellschaftern übernommenen und durch laufende Nummern identifizierbaren Geschäftsanteile (Rdnr. 18 ff.); für die **Angabe weiterer Informationen besteht keine Verpflichtung, sie ist aber im Grundsatz zu Informationszwecken und nur mit stark abgesenkten Rechtswirkungen zulässig** (Rdnr. 23 ff.).

12

### a) Gesellschafter

Die Gesetzesfassung geht ausschließlich von **natürlichen Personen** als Gesellschaftern aus und verlangt hier als Mindestinhalt „Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort“. Seit 1998<sup>3</sup> ist die Angabe des „Standes“ kein Mindestinhalt mehr. In der Gesellschafterliste aufzuführen sind der vollständige Familienname, mindestens ein (Ruf-)Vorname und das vollständige Geburtsdatum. Da die Gemeindeangabe als Wohnort zur Identifikation jedenfalls in größeren Gemeinden häufig nicht ausreicht, ist in solchen Fällen eine spezifischere Angabe (bis hin zur Postanschrift) erforderlich<sup>4</sup>. Bestehen nachvollziehbare Vertraulichkeitsgründe (wobei kein hoher Maßstab anzulegen ist), genügt an Stelle der Privatadresse oder auch der Wohnortangabe (bei sehr kleinen Gemeinden) die Angabe anderer hinreichend spezifischer Identifikationsmerkmale, wie z.B. eine vorhandene Geschäftsanschrift, der Geburtsort und/oder der Beruf bzw. die berufliche Tätigkeit<sup>5</sup>. Bei medienbekannt exponierten Persönlichkeiten (insbe-

13

1 Ebenso *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1000; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 8.

2 Vgl. oben *Veil*, § 7 Rdnr. 10; BayObLG v. 7.2.1984 – 3 Z 190/83, WM 1984, 638.

3 § 40 neugefasst durch Art. 9 HRefG v. 22.6.1998, BGBl. I 1998, 1474.

4 *Terlau*, in: *Michalski*, Rdnr. 7; offen *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 12; a.A. *Link*, RNotZ 2009, 293, 203; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 406.

5 Ebenso *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 10; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 12; *Seibert/Wedemann*, GmbHR 2007, 17, 19.

sondere bei Personen mit erheblichem Vermögen oder vergleichbarem Gefährdungspotential) haben Handelsregister solche alternativen Identifikationsparameter zugelassen.

- 14 Bei Zugehörigkeit des Geschäftsanteils zum **unternehmerischen Vermögen eines Einzelkaufmanns** ist die Angabe des Unternehmensinhabers zwingend, die zusätzliche Angabe des Firmennamens aber zulässig und in der Regel sinnvoll<sup>1</sup>. Ist der Geschäftsanteil einem **gemeindlichen Eigenbetrieb** (§ 33 HGB) zugeordnet, so ist die Gemeinde selbst zwingend anzugeben, zusätzlich ist die Bezeichnung des gemeindlichen Eigenbetriebs zulässig und ebenfalls in der Regel sinnvoll.
- 15 Halten mehrere Personen einen Geschäftsanteil in **Erbengemeinschaft**, gilt § 18 (s. § 18 Rdnr. 6), mit der Folge, dass materiell-rechtlich nicht die Erbengemeinschaft selbst, sondern die Erben in Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft Gesellschafter der GmbH sind. Daher ist die Erbengemeinschaft nach dem Verstorbenen, bestehend aus den einzelnen Mitgliedern der Erbengemeinschaft (jeweils mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort) unter Beibehaltung der laufenden Nummer zu nennen<sup>2</sup>; es ist allerdings zulässig, als Zusatzangabe zu vermerken, dass die Einzelpersonen den Geschäftsanteil „in Erbengemeinschaft“ halten<sup>3</sup>. Sind einzelne Erben eines Erblassers unbekannt, so müssen diese mit den überhaupt erreichbaren Angaben zu ihrer Person neben den ggf. bekannten Erben in Erbengemeinschaft angegeben werden; die Gesellschafterrechte der Erben können für den in Gesamthandsgemeinschaft gehaltenen Geschäftsanteil nur unter Beachtung des § 18 ausgeübt werden (hierzu § 18 Rdnr. 17 ff.). Wird ein Nachlasspfleger als gesetzlicher Vertreter der unbekannten Erben bestellt (§ 1960 BGB), um deren Rechte bezogen auf die Gesellschaft wahrzunehmen, kann dieser als Zusatzangabe in der Gesellschafterliste bezeichnet werden, um jedenfalls eine Indizwirkung für die Gesellschaft und die weiteren Gesellschafter zu schaffen, welcher Person die Gesellschafterrechte für die unbekannten Erben zukommen<sup>4</sup>.
- 16 Bei **Personenhandelsgesellschaften** oder **Kapitalgesellschaften** als Gesellschafter sind deren (i) Firma und (ii) Satzungssitz anzugeben; wenngleich nicht zwingend, so ist die zusätzliche Angabe des zuständigen Handelsregisters und der Registernummer sinnfällig<sup>5</sup>. Die Angabe des Gründungsdatums der Gesellschaft (als „Geburtsdatum“ i.S. von § 40 Abs. 1 Satz 1) ist weder gesetzlich erforderlich<sup>6</sup>, noch in der Praxis verbreitet. Das alles gilt auch für Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform.

1 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 10; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 14.

2 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 15; Wachter, DB 2009, 159, 161 f.

3 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 15; Wachter, DB 2009, 159, 161.

4 Ebenso Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 16.

5 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 10; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 17.

6 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 11; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 17.

Bei der **unternehmenstragenden Außen-GbR** ist seit der Grundsatzentscheidung des BGH („Weißes Ross“)<sup>1</sup> allgemein anerkannt, dass diese trotz Fehlens einer gesetzlichen Vorschrift nach Art des § 124 Abs. 2 HGB ein eigenständiges Zuordnungsobjekt des Gesellschaftsvermögens und der Gesellschaftsschulden, also teilrechtsfähig ist. Daher findet § 18 keine Anwendung (s. § 18 Rdnr. 7). Dies und die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Eintragungsfähigkeit der Außen-GbR im Grundbuch<sup>2</sup> sprächen an sich für die isolierte Eintragung der Außen-GbR in der Gesellschafterliste. Allerdings regelt § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB, dass bei einer GbR als Kommanditistin „auch deren Gesellschafter (...) zur Eintragung anzumelden“ sind; § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO sieht nun (seit dem 18.8.2009<sup>3</sup>) gleichermaßen vor, dass in dem Fall, in dem ein Recht für eine GbR im Grundbuch eingetragen werden soll, „auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen“ sind. Obgleich dem MoMiG-Gesetzgeber die Regelungen in § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB und § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO bekannt gewesen sind (Fehlen des Kriteriums der *planwidrigen* Regelungslücke), sprechen dennoch teleologische Erwägungen für eine Gesamtanalogie zu diesen beiden Vorschriften: Zur Erreichung höchstmöglicher Transparenz des Gesellschafterbestandes sowie zum erleichterten Nachweis der Vertretung der Außen-GbR im Registerverfahren ist nicht nur die GbR selbst, sondern „auch deren Gesellschafter“ aufzunehmen. Dies entspricht auch wohl ganz überwiegender (Handelsregister-)Praxis. Daher liegt auch bei einer Änderung im Kreis der GbR-Gesellschafter eine „Veränderung“ i.S. von § 40 Abs. 1 Satz 1 vor, mit der Folge, dass auch dann eine neue Gesellschafterliste eingereicht werden muss (vgl. Rdnr. 48). Das zusätzliche Angabeerfordernis der GbR-Gesellschafter führt allerdings nicht dazu, dass ein gutgläubiger Erwerb von dem falschen GbR-Listengesellschafter nach § 16 Abs. 3 möglich wäre, da sich der gute Glaube alleine auf die Inhaberschaft der eingetragenen GbR und nicht auf die vorgelagerten GbR-Gesellschafter bezieht<sup>4</sup>.

### b) Beteiligungsumfang und Anteilsindividualisierung

In der Gesellschafterliste sind „die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden [Gesellschafter] übernommenen Geschäftsanteile“ aufzunehmen. Die Substitution der bisherigen Pflichtangabe der Stammeinlage durch die Angabe des Nennbetrages ist eine redaktionelle Folge zur Änderung in § 5. Der **Nennbetrag** ist nur **als formale Größe** anzugeben, ohne dass zu vermerken wäre, ob die Einlage voll geleistet ist<sup>5</sup>.

Eine sachgegenständliche Erweiterung der Angabepflicht sieht § 40 Abs. 1 Satz 1 insoweit vor, als nun auch die **laufenden Nummern der Geschäftsanteile** aufzulisten sind. Diese Regelung hat zum Zweck, dass sämtliche interessierten Personen ausgehend von der Anmeldung-Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3) die Entwicklung sämtlicher Veränderungen zweifelsfrei und transparent nach-

1 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = AG 2001, 307.

2 BGH v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 = WM 2009, 171.

3 ERVGBG v. 11.8.2009, BGBl. I 2009, 2713.

4 Ebenso Altgen, Gutgläubiger Erwerb, 2010, S. 219; Wachter, GmbHHR 2009, 953, 958, wohl auch Wicke, § 8 Rdnr. 4; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 20.

5 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 13.

vollziehen können. Dabei ist dreierlei zu beachten: (1) Mit dem MoMiG ist es zulässig geworden, dass ein Gesellschafter bei Gründung mehrere Geschäftsanteile übernimmt (§ 5 Abs. 2 Satz 2), nun sind Geschäftsanteile mit einem Mindestnennbetrag von nur noch 1 Euro möglich (§ 5 Abs. 2 Satz 1) und die zuvor erschwerete nachträgliche Teilung der Geschäftsanteile ist erleichtert (Aufhebung von § 17). (2) Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz bei der Abtretung von Geschäftsanteilen (insbesondere auch mit Blick auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs) verlangt nach einer eindeutigen Bestimmbarkeit der einzelnen Geschäftsanteile auch mit gleichem Nennbetrag in Händen desselben Gesellschafters. (3) Die eindeutige Bestimmbarkeit des Abtretungsgegenstands ist häufig auch steuerlich erforderlich, da die Besteuerungsfolge für die Abtretung einzelner Geschäftsanteile in der Hand desselben Gesellschafters unterschiedlich sein kann<sup>1</sup>.

- 20 Eine verbindliche Vorgabe, in welcher Weise die laufenden Nummern den einzelnen Geschäftsanteilen zuzuordnen sind, gibt es weder im GmbHG noch in der HRV. Die **Vorgehensweise steht also im pflichtgemäßen Ermessen des Erstellungsverpflichteten**, wobei das Ermessen am Identifikations- und Transparenzziel zu messen ist, d.h. das Verfahren muss gewährleisten, dass die Geschäftsanteile durch die Angaben zu den Anteilen sowie die **Nummerierung eindeutig, zweifelsfrei und transparent identifiziert** werden können<sup>2</sup>. Es gelten für die (private) Erstellung der Gesellschafterliste nicht die gleichen, strengen Anforderungen wie für die Führung des Handelsregisters oder des Grundbuchs<sup>3</sup>. Empfehlenswert und in der Notarpraxis weitgehend üblich ist die fortlaufende Nummerierung aller bestehenden Geschäftsanteile ausschließlich mit arabischen Ziffern<sup>4</sup>. Die Nummerierung mit zwei Ziffern, wobei die erste Ziffer die Gesellschafterzuordnung anzeigt (z.B. Gesellschafter A: I. 1., I. 2 ...; Gesellschafter B: II. 1., II. 2 ...), ist zwar zulässig, aber führt regelmäßig bei Veränderungen zu praktischen Schwierigkeiten, jedenfalls zur Aufhebung der Kohärenz der Liste. Aus Gründen der Praktikabilität ist eine Zusammenfassung der Nummerierungen dann zulässig, wenn die Geschäftsanteile weiter zweifelsfrei identifizierbar und zuzuordnen bleiben (z.B. Gesellschafter A: Geschäftsanteile zu je 1 Euro mit den laufenden Nrn. 1 bis 10.000; Gesellschafter B: Geschäftsanteile zu je 1 Euro mit den laufenden Nrn. 10.001 bis 20.000; Gesellschafter C: Geschäftsanteile zu je 1 Euro mit den laufenden Nrn. 20.001 bis 30.000)<sup>5</sup>. Mit dem Erfordernis einer eindeutigen, zweifelsfreien und transparenten Identifizierung der Geschäftsanteile ist es in aller Regel nicht vereinbar, dass eine ursprünglich vergebene Nummer außer im Fall des Übergangs desselben Geschäftsanteils auf einen anderen Ge-

1 Vgl. auch *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 28; *Berninger*, GmbHHR 2009, 679, 680; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 445; *Wachter*, DB 2009, 159, 160.

2 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 29; *Wacher*, NZG 2009, 1001, 1004; vgl. auch Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

3 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 31.

4 Vgl. auch die Empfehlung der Notare *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 406; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 30.

5 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 36; *Paefgen*, in: *Ulmer*, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 21; *Link*, RNotZ 2009, 193, 203.

sellschafter nochmalige Verwendung findet<sup>1</sup>. Beim Übergang eines Geschäftsanteils auf einen anderen Gesellschafter ist allerdings umgekehrt auch die Beibehaltung der alten Nummerierung nicht zwingend, sondern es ist z.B. auch eine vollständige Neunummerierung mit bislang nicht verwendeten Nummern möglich (zuvor laufende Nrn. 1 bis 25.000, danach laufende Nrn. 25.001 bis 50.000), sofern die Transposition zweifelsfrei, transparent und eindeutig ist (z.B. über eine Beschreibung in der Veränderungsspalte)<sup>2</sup>.

Bei der **Teilung von Geschäftsanteilen** sind die neu entstehenden (Teil-)Geschäftsanteile neu zu nummerieren; empfehlenswert und übliche Notarpraxis ist es dabei, für alle neu entstandenen (Teil-)Geschäftsanteile neue, noch nicht vergebene Nummern zu nutzen<sup>3</sup>. Dadurch bleibt zwar die bisherige, dem Ursprungsgeschäftsanteil zugeordnete Nummer frei, so dass die Nummerierung nun nicht mehr „laufend“ (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1) ist, was allerdings unschädlich ist, da die Nummern über den Zeitverlauf gesehen „fortlaufend“ vergeben wurden<sup>4</sup>. Ein **Vermerk in der Veränderungsspalte** ist empfehlenswert, welchen Ursprung die neuen (Teil-)Geschäftsanteile mit Verweis auf die ursprüngliche Nummer hatten<sup>5</sup>. Eine Streichung oder Rötung (wie im Handelsregister oder Grundbuch) des z.B. durch Teilung oder Einziehung weggefallenen Geschäftsanteils ist zwar zulässig, aber keinesfalls zwingend<sup>6</sup>. Allerdings folgt aus der Ermessensbindung der Errichtungsverpflichteten an die Transparenz der Feststellungen in der Gesellschafterliste, dass ein **Konsistenzgebot** für die Eintragung gilt, also entweder in jedem Fall des Wegfalls eines Geschäftsanteils Streichung und Einführung chronologisch vorzunehmen sind oder in jedem Fall die alten Nummern vollständig entfallen zu lassen. **Rechtlich zweifelhaft** sind (und von der Registerpraxis teilweise beanstandet werden) **folgende Praktiken**: (1) Bei der Teilung eines Geschäftsanteils behält der Ursprungsgeschäftsanteil die bisherige Nummer, während die neu entstehenden (Teil-)Geschäftsanteile neue Nummern erhalten<sup>7</sup>. Da auch der ursprüngliche Geschäftsanteil durch die Teilung in der Höhe des Nennbetrags eine Veränderung erfahren hat, sollte auch hier vorsichtswahrend eine neue Nummer vergeben werden. (2) Bei der Teilung eines

1 Ebenso OLG Bamberg v. 2.2.2010 – 6 W 40/09, GmbHR 2010, 594; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385; *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 31; a.A. LG Stendal v. 21.9.2009 – 31 T 14/09, NZG 2010, 393.

2 Ausdrücklich BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474; m. zust. Anm. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 31.

3 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 33; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 22; *Wicke*, Rdnr. 5; *Wicke*, MittBayNot 2010 283, 284; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 407; *Melchior*, NotBZ 2010, 213, 215; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 450; a.A. *Opgenhoff*, in: Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht, 2009, Kap. 2, Rdnr. 63a.

4 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 33.

5 Ebenso *Bohrer*, DStR 2010, 1892, 1893; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 33; zur Zulässigkeit einer „Veränderungsspalte“ (bei Teilung von Geschäftsanteilen) OLG Thüringen v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598, 599.

6 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 34; *Melchior*, NotBZ 2010, 213, 216; *Herrler*, NZG 2011, 536; a.A. (Liste ist nicht mit Streichungen zu führen) OLG Bamberg v. 2.2.2010 – 6 W 40/09, GmbHR 2010, 594.

7 Z.B. *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 406 f.; *Wachter*, NZG 2009, 1001, 1004; krit. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 35.

Geschäftsanteils (z.B. mit laufender Nr. 1) erhalten die entstehenden (Teil-)Geschäftsanteile jeweils einen Ergänzungsbuchstaben (in diesem Fall: Nr. 1A, Nr. 1B etc.)<sup>1</sup>. Formal hält sich dieses Verfahren mit der Buchstabenverwendung nicht an die Gesetzesvorgabe der „Nummerierung“ und teleologisch überdehnt es wohl das Ermessen der Errichtungsverpflichteten, da dieses Verfahren perspektivisch nach mehreren Teilungen die Gesellschafterliste intransparent macht. (3) Nach jeder Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen erfolgt eine vollständige Neu-Nummerierung mit fortlaufenden Nummern der nun bestehenden Geschäftsanteile, beginnend mit Nr. 1 unter Neuvergabe der bereits vorher genutzten Ziffern. Der BGH hat zwar dieses Verfahren mit Hinweis auf die Kennzeichnung der Nummerierungsherkunft für zulässig erachtet, da eine Stetigkeit der Nummerierung nicht in allen Fällen durchgehalten werden können<sup>2</sup>, dieses Verfahren konfiguriert indes mit dem Gesetzesbefehl in § 40 Abs. 1 Satz 1, eine neue Gesellschafterliste nur in Bezug auf die Information zu erstellen, in denen eine „Veränderung“ tatsächlich eingetreten ist; zudem läuft dieses Verfahren dem gesetzgeberischen Ziel entgegen, eine eindeutige, zweifelsfreie und transparente Bestimmbarkeit der Geschäftsanteile durch ihre Nummerierung zu erreichen<sup>3</sup>.

- 22 Bei **Kapitalerhöhungen** gilt Folgendes: Entsteht durch die Kapitalerhöhung ein neuer Geschäftsanteil, so muss diesem eine neue Nummer, nämlich die nächstfolgende Nummer der Gesellschafterliste, zugewiesen werden<sup>4</sup>. Kommt es mit der Kapitalerhöhung zur Aufstockung eines bestehenden Geschäftsanteils, ist es vorzugswürdig – wie bei der Zusammenlegung von zwei bestehenden Geschäftsanteilen – eine neue, nämlich die nächstfolgende Nummer der Gesellschafterliste zuzuordnen<sup>5</sup>. Wie im umgekehrten Fall der Geschäftsanteilsteilung (Rdnr. 21) ist es nur unter Hinweis auf Rechtszweifel zulässig (aber in der Praxis nicht selten durchgeführt und von der Registerpraxis akzeptiert), wenn die bisherige Nummerierung für den aufgestockten Geschäftsanteil mit verändertem Nennbetrag fortgeführt wird<sup>6</sup>. In jedem Fall ist es bei Kapitalerhöhung empfehlens-

1 So z.B. *Everts*, in: *Kroiß/Everts/Poller*, GmbH-Registerrecht, 2008, Rdnr. 126; vgl. auch *Heckschen*, ZErb 2008, 246, 251; *Herrler*, NZG 2011, 536, 538; *Link*, RNotZ 2009, 193, 204; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 455; abl. *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 37; *Paefgen*, in: *Ulmer*, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 21; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385; abl. *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 450; *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 735, 738.

2 BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHHR 2011, 474 m. abl. Anm. *Heidinger*; a.A. noch Vorinstanz OLG Bamberg v. 2.2.2010 – 6 W 40/09, GmbHHR 2010, 594 m. zust. Anm. *Omlor*, EWiR 2010, 535 sowie zust. *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284 (Umschreibung wie im Grundbuch nur in Ausnahmefällen und Bewahrung der Transparenz durch Gesellschafterbeschluss).

3 I.E. ebenso *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 38; *Heidinger*, GmbHHR 2011, 474, 476; a.A. *Herrler*, NZG 2011, 536, 539.

4 *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 39.

5 Ebenso *Melchior*, NotBZ 2010, 213, 216; für Zulässigkeit auch *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 40.

6 Hierfür z.B. *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 40; *Paefgen*, in: *Ulmer*, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 23; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 450; *Wicke*, Rdnr. 5; *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 285.

wert, einen entsprechenden Vermerk über den Entstehungursprung in der Veränderungsspalte vorzusehen.

### c) Weitere Angaben

Mit der Aufzählung der Informationen in § 40 Abs. 1 Satz 1 sind die zwingenden Mindestangaben der Gesellschafterliste beschrieben. Nach zutreffender Auffassung ergibt sich aus dieser Regelung aber **kein Numerus Clausus der zulässigen Angaben** in der Gesellschafterliste, sofern diese Angaben nicht den Zweck der Gesellschafterliste ernsthaft gefährden, eine eindeutige, zweifelsfreie und transparente Übersicht über den Gesellschafterbestand und die Anteilsverteilung zu bieten. So entspricht es im Regelfall diesem Gesetzeszweck, (i) Zeitdaten der Unterschrift unter die Gesellschafterliste (Rdnr. 24), (ii) eine Vermerkspalte mit informationserhöhenden Angaben (Rdnr. 25) und (iii) Angaben über dingliche Belastungen (Rdnr. 26 f.) aufzunehmen. 23

#### aa) Angabe von Zeitdaten

Die Angabe des Datums der „Veränderung“ i.S. von § 40 Abs. 1 Satz 1 ist weder zulässig noch gar zwingend erforderlich<sup>1</sup>. Denn diese Datumsangabe hätte keine rechtliche Wirkung, aber das Potential zu Fehlinterpretationen. Demgegenüber ist die Beifügung des Datums der Unterschrift unter die Gesellschafterliste als Datum ihrer Erstellung zwar nicht zwingend erforderlich, aber zulässig und empfehlenswert, um bei kreuzenden Gesellschafterlisten die Prüfungspflichten des Registergerichts und der Geschäftsführer zu erleichtern<sup>2</sup>. Die Rechtsscheinwirkungen der Gesellschafterliste knüpfen allerdings an das Datum der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister an. Der Vermerk dieses Datums ist weder im GmbHG noch in der HRV vorgeschrieben; bislang ist es auch – und trotz seit Jahren angekündigter Umprogrammierung – nicht bei der Online-Abfrage ersichtlich<sup>3</sup>. Allerdings kann auf spezielle Nachfrage beim betreffenden Handelsregister dieses Datum (aber nicht die genaue Uhrzeit!) aus der dortigen EDV-Speicherung erfragt werden<sup>4</sup>. 24

#### bb) Vermerkspalte

Auch § 40 i.d.F. des MoMiG verlangt nicht für die Gesellschafterliste die Angabe des Rechtsgrundes der Veränderung in der Gesellschaft oder die Beifügung von Dokumenten zum Nachweis der Veränderung<sup>5</sup>. Allerdings erhöhen solche An-

1 Zum insoweit vergleichbaren alten Recht LG Essen v. 15.11.2000 – 44 T 4/00, GmbHG 2001, 110; zum neuen Recht Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 25; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; a.A. Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 19.

2 Abw. für ein zwingendes Erfordernis Kafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1102; abw. (zweifelnd zur Zulässigkeit wegen Verwirrungsgefahr) Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 26.

3 Krit. hierzu Ries, in: Liber amicorum Mock, 2009, S. 217, 220; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 27.

4 Zutr. Melchior, GmbHHR 2010, 418, 419 (Anforderung der Liste nach § 30a Abs. 2 HRV); Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 27.

5 Vgl. z.B. Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 23; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 8.

gaben über den Rechtsgrund der Veränderung (insbesondere Teilung, Zusammenlegung, Aufstockung aufgrund Kapitalerhöhung, Aufstockung aufgrund Einziehung) oder über eine potentielle Veränderung (Fall der aufschiebend bedingten Abtretung) deren Transparenz und sind daher zulässig<sup>1</sup>. Die Aufnahme solcher Angaben in einer gesonderten Vermerkspalte werden daher von der Literatur<sup>2</sup> empfohlen und in der Notarpraxis mit Billigung der Gerichte<sup>3</sup> vorgenommen.

### cc) Dingliche Belastungen und sonstige Angaben

- 26 Die Frage, ob die **Bestellung eines Pfandrechts, eines Nießbrauchs oder anderer dinglicher Belastungen** (sowie die Veränderungen solcher Rechte) in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann, wird sehr streitig behandelt. Dabei wird diese Frage zumeist mit den zwar sachlich zusammenhängenden, aber doch getrennt zu beurteilenden Problemen erörtert, ob ein gutgläubiger, lastenfreier Erwerb oder sogar ein gutgläubiger Zweiterwerb eines dinglichen Rechts nach § 16 Abs. 3 möglich ist (s. hierzu § 16 Rdnr. 73 f.: § 16 Abs. 3 ermöglicht keinen gutgläubigen, lastenfreien Erwerb) und ob bei einer Eintragungsfähigkeit dinglicher Rechte für das Innenverhältnis zur Rechtsausübung gegenüber der Gesellschaft § 16 Abs. 1 gilt (s. hierzu § 16 Rdnr. 20: keine analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1). Während die überwiegende Literaturansicht zur Vorbildnorm des § 67 Abs. 2 AktG Pfandrecht und Nießbrauch im Aktienregister für eintragungsfähig halten<sup>4</sup>, lehnt es die überwiegende Literaturansicht für die Gesellschafterliste nach § 40 (auch bei entsprechender Satzungsbestimmung) ab<sup>5</sup>. Dieses enge Zulässigkeitsverständnis bei § 40 ist nicht überzeugend und wohl dadurch veranlasst, dass die Erstreckung der Rechtsscheinwirkung des § 16 Abs. 1 (Legitimationswirkung im Gesellschaftsverhältnis) und des § 16 Abs. 3 (gutgläubiger Erwerb) auf diese dinglichen Rechte verhindert werden soll. Dies schließt es

1 OLG Thüringen v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598, 599; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 25; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 13; a.A. zu § 40 a.F. LG Essen v. 15.11.2000 – 44 T 4/00, GmbHR 2001, 109, 110.

2 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 24; *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.31; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895; *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1993, 2000; *Melchior*, GmbHR 2010, 418, 421; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385; *Wälzholz*, MittBayNot 2010, 72, 73; Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 735, 738; a.A. (jedenfalls im Grundsatz) *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 15 (keine Kürangaben).

3 Vgl. BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474 m. zust. Anm. *Heidinger*; OLG Thüringen v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598, 599, dazu zust. *Wachter*, EWiR 2010, 423 ZB 6/10; *Melchior*, NotBZ 2010, 213, 215 f.

4 Vgl. z.B. *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rdnr. 24; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 30; *Bezzenberger*, in: Karsten Schmidt/Lutter, § 67 AktG Rdnr. 11.

5 So *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 7a; ausf. *Bayer*, GmbHR 2012, 1, 6; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 7; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 16 Rdnr. 3 u. 11; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 16 Rdnr. 21; *Bohrer*, DStR 2010, 1892, 1894; *Grunewald*, Der Konzern 2007, 13, 15; *Haas/Oechesler*, NZG 2006, 806, 812; *Hasseleman*, NZG 2009, 409, 412; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418; *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 652; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 688; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 455; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 397; *Wachter*, GmbHR 2009, 785, 793.

aber nicht aus, dass die Gesellschafter beschließen oder durch Satzungsbestimmung regeln, den Gesellschaftern vorzuschreiben, Belastungen der von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile aus Informationszwecken zur Eintragung in die Gesellschafterliste, insbesondere in einer Vermerkspalte, zu bringen (s. auch § 16 Rdnr. 15a)<sup>1</sup>. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Aufnahme dinglicher Belastungen in die Gesellschafterliste besteht nicht.

Eine **Pfändung eines Geschäftsanteils** kann hingegen in keinem Fall in die Gesellschafterliste eingetragen werden<sup>2</sup>. Auch **Verfügungsbeschränkungen über den Geschäftsanteil** können im Grundsatz nicht in die Gesellschafterliste eingetragen werden. Etwas anderes gilt nur im Hinblick auf **aufschiebend bedingte Abtretungen von Geschäftsanteilen**, bei denen der Ersterwerber durch § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB vor Zwischenverfügungen des Veräußerers dadurch geschützt wird, dass solche Zwischenverfügungen mit Bedingungseintritt unwirksam werden. Denn in diesem Fall – und entgegen der Rechtsprechung des BGH<sup>3</sup> und einer starken Literaturansicht<sup>4</sup> – ist zur Gewährleistung eines Gutgläubenschutzes nach § 16 Abs. 3 auch in Bezug auf Anwartschaftsrechte bei Geschäftsanteilen trotz der Gesellschafterbezogenheit der Gesellschafterliste auch der Anwartschaftsberechtigte in der Gesellschafterliste dadurch mittelbar eintragbar, als in der Vermerkspalte die aufschiebend bedingte Anteilsübertragung vermerkt wird (z.B. „Der Geschäftsanteil Nr. 1 ist aufschiebend bedingt an X abgetreten“); dies entspricht der alternativ möglichen Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste („Widerspruchslösung“) (s. hierzu ausführlich § 16 Rdnr. 78 ff.). Trotz dieser Eintragung in der Vermerkspalte bleibt der Gesellschafter als Anteilsinhaber in der Gesellschafterliste eingetragen und nur er hat die relative Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 inne. Nur und erst bei Bedingungseintritt ist [durch den Geschäftsführer] eine neue Gesellschafterliste einzureichen, in der der dann materiell-rechtliche Ersterwerber als Gesellschafter ausgewiesen wird (Rdnr. 48)<sup>5</sup>. Eine weitere Ausnahme ist – entgegen der insoweit ablehnenden Rechtsprechung des OLG München –<sup>6</sup> für die Eintragungsfähigkeit der **Anordnung einer Testamentsvollstreckung** (§ 2211 BGB) in der Ver-

1 Für eine Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen ausdrücklich LG Aachen v. 6.4.2009 – 44 T 1/09, RNotZ 2009, 409, 410 = GmbHR 2009, 1218, 1219 (in Bezug auf einen Niesbrauch) m. zust. Anm. *Reymann*, RNotZ 2009, 410, 412 = MittBayNot 2010, 72 m. zust. Anm. *Wälzholz* = GmbHR 2009, 1218 m. abl. Anm. *Omlor/Spies* = NZG 2009, 1157 m. abl. Anm. *Fritsch*; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2101 f. (Niesbrauch); *Link*, RNotZ 2009, 193, 204; *Zinger/Ulrich-Erber*, NZG 2011, 286, 289; allgemein für die Zulässigkeit einer Veränderungspalte OLG Jena v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, DNotZ 2010, 873 = GmbHR 2010, 598; für Veränderungsnachweise auch BGH v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, GmbHR 2011, 1269.

2 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 61; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7b.

3 BGH v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, GmbHR 2011, 1269 = BB 2011, 2832 m. zust. Anm. *Löwe* (2836); so bereits OLG München v. 11.3.2011 – 31 Wx 162/10, GmbHR 2011, 425; OLG Hamburg v. 12.7.2010 – 11 - W 51/10, GmbHR 2011, 32.

4 D. *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 791 f.; *Riemenschneider*, GmbHR 2009, 1212, 1214; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117 f.; *Weigl*, NZG 2009, 1173, 1175; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305.

5 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 67.

6 OLG München v. 15.11.2011 – 31 Wx 274/11, GmbHR 2012, 39.

merkspalte zu machen<sup>1</sup>. Es besteht insoweit die gleiche Interessenlage (wie in den Fällen der aufschiebend bedingten Geschäftsanteilsabtretung durch einen entsprechenden Vermerk oder durch eine Zuordnung eines Widerspruchs), einen gutgläubigen Erwerb entgegen der Anordnung der Testamentsvollstreckung zu verhindern.

### III. Zuständigkeits- und Pflichtenzuweisung für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste: Grundlagen

#### 1. Konzept der gespaltenen Zuständigkeits- und Pflichtenzuweisung

- 28 Nach der systematischen Stellung in § 40 Abs. 1 Satz 1 (in dem auch der pflichtauslösende Tatbestand der „Veränderung“ und der Inhalt der Gesellschafterliste beschrieben werden) trifft „die Geschäftsführer“ die **primäre (Organ-)pflicht** zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste. Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 hat ein an den Veränderungen mitwirkender Notar die Gesellschafterliste „anstelle der Geschäftsführer“ zu erstellen, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste der Gesellschaft zu übermitteln. Der Wortlaut der Norm lässt zwei Konzepte zum Verständnis dieser gespaltenen Erstellungs- und Einreichungszuständigkeit zu: (1) Den Geschäftsführern kommt im Grundsatz eine Primärpflichtstellung zu, die durch die Pflichtenwahrnehmung des mitwirkenden Notars mit Ausschlusswirkung der Geschäftsführer verdrängt wird; in Zweifelsfällen einer Notarmitwirkung und bei eindeutigem und nachhaltigem Ausfall der Pflichtenwahrnehmung durch den mitwirkenden Notar kommt die Primärverpflichtung der Geschäftsführer wieder zum Tragen (**Konzept der Primärverpflichtung der Geschäftsführer**). (2) Die sachlichen Anwendungsbeziehe für die jeweiligen Erstellungs- und Einreichungspflichten der Geschäftsführer bzw. der mitwirkenden Notare sind überschneidungsfrei und die Zuständigkeitszuweisungen sind einander ausschließend. Es gibt keine allgemeine Primärpflicht der Geschäftsführer, sondern in dem jeweils definierten gesetzlichen Anwendungsbereich unterliegen alleine entweder die Geschäftsführer oder der mitwirkende Notar einer Amtspflicht (**Konzept der sich wechselseitig ausschließenden Gleichordnungszuständigkeit**).
- 29 Die Literatur geht bislang unter Verweis auf die Regierungsbegründung weitgehend davon aus, dass der Gesetzgeber das Konzept der sich wechselseitig ausschließenden Gleichordnungszuständigkeit umgesetzt hat. Denn die Regierungsbegründung führt zur Gesetzesformulierung „anstelle der Geschäftsführer“ in § 40 Abs. 2 Satz 1 aus, dass damit klargestellt werden solle, „dass die Erstellung und die Einrichtung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt“<sup>2</sup>. Dieses Verständnis der Gesetzesbegründung ist aber nicht zwingend, weil sie ersichtlich nur den Normalfall einer zweifelsfreien Notar-

1 Ebenso *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 69; *Wicke*, § 16 Rdnr. 20; *Reymann*, *GmbHR* 2009, 343, 344; *Zinger/Ulrich-Erber*, *NZG* 2011, 286 ff.; *Omlor/Spies*, *MittBayNot* 2011, 353, 364; abl. wie *OLG München: Wachter*, *DB* 2009, 159 ff.; *Paefgen*, in: *Ulmer, Erg.-Band MoMiG*, Rdnr. 27.

2 Begr. *RegE*, BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

mitwirkung und einer Pflichtenwahrnehmung durch den mitwirkenden Notar vor Augen hat. Ein gewichtiger Teil der Literatur basiert seine Überlegungen auf dem Konzept der sich wechselseitig ausschließenden Gleichordnungszuständigkeit, konstatiert indes gleichzeitig Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Zuständigkeitszuweisung, insbesondere wegen Unklarheiten bei der Begriffsbestimmung der Notarmitwirkung, um dann als Folge *de lege ferenda* für eine ausschließliche Notarzuständigkeit der Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu plädieren<sup>1</sup>. Diese rechtspolitische Forde rung wird materiell mit einer regelmäßig erhöhten Rechts- und Fachkenntnis der Notare gegenüber Geschäftsführern und damit einer erhöhten Richtigkeits gewähr der Gesellschafterliste begründet<sup>2</sup>. Wenngleich dieses rechtspolitische Konzept einer ausschließlichen Notarzuständigkeit und damit eines – mit Aus nahme der Amtsnotare – privat geführten notariellen Gesellschaftsaufsicht diskussionswürdig ist, entspricht dieser Vorschlag ersichtlich nicht der MoMiG Gesetzgebungstendenz einer Entbürokratisierung der Gesellschaftsführung so wie einer Kosten- und Aufwandssenkung für die Gesellschaftsführung. *De lege lata* lassen sich die wenigen Zweifelsfragen der Zuständigkeitszuweisung rechtssicher nur durch das **Konzept der Primärpflicht der Geschäftsführer** lösen. Es entspricht dem normativen Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Geschäftsführers und wird daher hier vertreten.

## 2. Konzept der Partikularpflicht

Jeder Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen löst eine Verpflichtung 30 zur Erstellung und Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zum Handels register aus. Daher ist im Grundsatz für jede Veränderung eine eigene neue Ge sellshafterliste zum Handelsregister einzureichen (s. auch Rdnr. 36 und 73). Da Pflichtenadressaten einerseits die Geschäftsführer und andererseits *jeder* Mit wirkungsnotar sind, kann es zu **Sachverhalten sich kreuzender Gesellschafterlisten** kommen, und zwar in verschiedenen Konstellationen: So können ver schiedene Notare im kurzen zeitlichen Abstand an Veränderungen mitwirken und neue Gesellschafterlisten einreichen und es ist die Einreichung von Ge sellshafterlisten durch Geschäftsführer und jedenfalls einen Notar, aber auch durch mehrere Geschäftsführer bzw. Geschäftsführergruppen denkbar<sup>3</sup>. Es kann hierdurch zu materiell-rechtlich fehlerhaften Gesellschafterlisten kommen, wenn die Verpflichteten auf der Basis der zum Handelsregister aufgenommenen Vorliste und ohne Kenntnis einer etwa zeitgleichen (aber eben noch nicht im Handelsregister aufgenommenen) Veränderung die Erstellung der neuen Ge sellshafterliste vornehmen. Das Handelsregister trifft hier keine Prüfungspflicht über die zeitliche Konsistenz der Listeneinreichungen<sup>4</sup>, sondern es obliegt den

1 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 116; Berninger, DStR 2010, 1292, 1293; Ries, NZG 2010, 135, 136; für ein *normatives* Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Notars sogar *de lege lata* (!) Omlor/Spies, MittBayNot 2011, 353, 359; wohl auch Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16 („Vorrang des Notars“).

2 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 114 (m. Verweis auf BR-Drucks. 254/07, S. 101).

3 Hierzu auch Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 214.

4 Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 896; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 412; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 214; a.A. Wachter, NZG 2009, 1001, 1002 f.

Geschäftsführern im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten für eine Kontrolle und Berichtigung der Gesellschafterlisten zu sorgen (Rdnr. 40).

### 3. Keine Notzuständigkeit der Gesellschafter

- 31 Das GmbHG sieht eine Pflichtenzuweisung an die Gesellschafter für die Erstellung und Einreichung einer Gesellschafterliste weder als allgemeine Residualverpflichtung noch für den Fall einer führungslosen GmbH vor. Die Prüfungsanregung des Bundesrats im MoMiG-Gesetzgebungsverfahren, ob bei einer führungslosen GmbH eine schadensersatzbewährte Pflicht der Gesellschafter zur Einreichung von Gesellschafterlisten eingeführt werden sollte<sup>1</sup>, wurde von der Bundesregierung ausdrücklich abgelehnt<sup>2</sup>. Im Regelfall bedarf es zwar keiner Notzuständigkeit der Gesellschafter, da in der Praxis eine Notarmitwirkung und dementsprechend eine Notarzuständigkeit vorliegt (nicht allerdings bei Abtretungsbeurkundung durch einen ausländischen Notar!) und die Gesellschafter ein Interesse an der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft durch Bestellung eines (Not-)Geschäftsführers haben. Dies gilt allerdings gerade nicht bei rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen wie sog. Firmenbestattungen, so dass insofern *de lege ferenda* eine Notzuständigkeit der Gesellschafter als Verpflichtung (und nicht nur als Berechtigung<sup>3</sup>) geregelt werden sollte.

## IV. Erstellungspflicht und Einreichungszuständigkeit der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1)

### 1. Zuständigkeit und Pflichtenkanon (§ 40 Abs. 1 Satz 1)

#### a) Zuständigkeit der Geschäftsführer

- 32 Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 sind „die Geschäftsführer“ zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister verpflichtet. Hierbei handeln – anders als bei §§ 7, 8 Abs. 1 Nr. 3 und trotz deren Organpflicht – die **Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl** (*arg. e contrario* § 78)<sup>4</sup>. Das gilt auch im Fall der **Insolvenz**<sup>5</sup>. Die Organpflichten zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste sind **höchstpersönlicher Natur**<sup>6</sup>, so dass eine **Vertretung bei der**

1 BR-Drucks. 354/07 (Beschluss), S. 18.

2 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140, S. 76 f.

3 So aber *Noack*, in: FS Hüffer, 2010, S. 723, 733; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 80.

4 OLG Thüringen v. 5.7.2011 – 6 W 82/11, GmbHR 2011, 980 m. zust. Anm. *Bayer; Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 39; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 72; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; *Wicke*, Rdnr. 7; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 12; *Terlau*, in: Michalski, Rdnr. 21; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 4; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 457; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 386; a.A. *H. Schmidt*, NotBZ 2013, 13.

5 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 29; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 39; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 72; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 4; *Wicke*, Rdnr. 7.

6 OLG Thüringen v. 5.7.2011 – 6 W 82/11, GmbHR 2011, 980 m. zust. Anm. *Bayer; Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 29; *Link*,

**Pflichterfüllung durch eine dritte Person unzulässig** ist<sup>1</sup>. Allerdings können sich die Geschäftsführer **Gehilfen** bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage sowie der Erstellung und Boten bei der Einreichung der Gesellschafterliste bedienen; hierbei kommen insbesondere sachlich informierte und fachlich kompetente Rechtsanwälte sowie ausländische Notare (Rdnr. 89) in Frage. Für die Einschaltung von Dritten als Gehilfen zur Pflichterfüllung gelten die allgemeinen Sorgfaltspflichten bei Delegation von Geschäftsführungsmaßnahmen entsprechend, d.h. (i) die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Gehilfen, (ii) die Pflicht zur sorgfältigen Instruktion und Informationsversorgung und (iii) die Pflicht zur sorgfältigen Überwachung des Gehilfen und Plausibilitätsprüfung von dessen Ergebnissen.

Die konkrete Einreichungszuständigkeit der Geschäftsführer ergibt sich aus einem **Substraktionsprozess**: Sie sind dann zur Erstellung und Einreichung einer neuen Gesellschafterliste verpflichtet, soweit (i) eine Veränderung in den Personen der Gesellschaft oder des Umfangs ihrer Beteiligung eingetreten ist und (ii) kein deutscher Notar an dieser Veränderung mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 2 Satz 1). Hiernach bestehen Geschäftsführerpflichten insbesondere in den Fällen<sup>2</sup>

- der **Namensänderung der Gesellschafter bei natürlichen Personen bzw. Firmenänderung bei der Außen-GbR**;
- der **Änderung des Wohnorts des Gesellschafters bei natürlichen Personen bzw. des Sitzes einer Außen-GbR**;
- des **Anteilsübergangs in Folge der Gesamtrechtsnachfolge mit gesetzlicher Erbfolge** (§ 1922 BGB);
- des **Anteilsübergangs als Folge der Vermögensanwachsung** (vgl. § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB analog);
- des **Anteilsübergangs durch Eintritt einer auflösenden Bedingung** (Rdnr. 57 und 72);
- der **Zusammenlegung von Geschäftsanteilen durch (privatschriftlichen) Gesellschafterbeschluss**;
- der **Teilung von Geschäftsanteilen durch (privatschriftlichen) Gesellschafterbeschluss**;
- der **Kaduzierung und Versteigerung von Geschäftsanteilen** (§ 21 Abs. 2, § 23);
- der **Einziehung von Geschäftsanteilen aufgrund eines (privatschriftlichen) Gesellschafterbeschlusses**;

RNotZ 2009, 193, 198; *Wachter*, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 20; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 386.

1 Ebenso OLG Thüringen v. 5.7.2011 – 6 W 82/11, GmbHR 2011, 980 m. *zust. Anm. Bay er; Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 9; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 97; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 413; a.A. (Vertretung zulässig) *Paefgen*, in: Ulmer: Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 39; *Wicke*, Rdnr. 7.

2 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 72; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 38; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; *Terlau*, in: Michalski, Rdnr. 13; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412.

- der **Anteilsübertragung aufgrund einer bei einem ausländischem Notar vor- genommenen Abtretungsbeurkundung** (Rdnr. 89).
- 34 Hinzu kommt eine **Korrekturzuständigkeit** in zwei Fällen, nämlich im Hinblick auf (i) bloße Schreibfehler und offensichtliche Unrichtigkeiten sowie (ii) solche Feststellungen der Gesellschafterliste, die ursprünglich in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 Satz 1 fielen (Annexzuständigkeit) (Rdnr. 33). Schließlich kommen den Geschäftsführern die Zuständigkeit für die Richtigstellung der Feststellungen in der Gesellschafterliste zu, die vor Inkrafttreten des MoMiG eingetragen wurden<sup>1</sup>.
- b) Prüfungspflicht**
- 35 Im gesetzlichen Ausgangspunkt (§ 40 Abs. 1 Satz 2) besteht eine **materielle Prüfungspflicht der Geschäftsführer** (i) bezogen auf die „Mitteilung und [den] Nachweis“ einer Veränderung im Gesellschafterbestand und (ii) erst auf „Mitteilung und Nachweis“ einer solchen Veränderung, d.h. dann (aber auch eben erst dann) müssen die Geschäftsführer prüfen, ob tatsächlich relevante Veränderungen im Gesellschafterbestand wirksam geworden sind<sup>2</sup>. Hieraus folgt auch, dass die Geschäftsführer vor „Mitteilung und Nachweis“ im Regelfall nicht verpflichtet sind, die materielle Rechtslage von sich aus durch Nachforschung zu überprüfen<sup>3</sup>. So sind die Geschäftsführer – entsprechend der Rechtsmeinung zu § 67 Abs. 3 AktG<sup>4</sup> – weder zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste befugt noch gar verpflichtet, wenn diese auf andere Weise als „auf Mitteilung und Nachweis“ Kenntnis von Veränderung des Gesellschafterbestandes erlangt haben<sup>5</sup>. Allerdings kann sich die **allgemeine Sorgfaltspflicht der Geschäftsführung** (§ 43 Abs. 1) in Fällen offenkundiger Unrichtigkeit der Gesellschafterliste wegen Veränderung im Gesellschafterbestand in der Weise verdichten, dass die Geschäftsführer verpflichtet werden, die Angelegenheit den betreffenden Gesellschaftern zur Stellungnahme oder gar sämtlichen Gesellschaftern zur Beratung und (Weisungs-)Beschlussfassung vorzulegen (näher hierzu Rdnr. 39). Die **mitgliedschaftliche Treuepflicht** der Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern sowie gegenüber der Gesellschaft verpflichtet im Regelfall erst dann zur Offenlegung von Umständen ihrer eigenen Persönlichkeits- und Vermögenssphäre, wenn sie selbst „Mitteilung“ über Veränderungen im Gesellschafterbestand

1 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 109; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 103; *Berninger*, GmbHR 2009, 679, 683; *Bussian/Achenbach*, BB 2010, 778, 780; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411.

2 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.43, vgl. auch *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 76.

3 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 51; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 76; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 22; *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.38; *Link*, RNotZ 2009, 193, 200; *Wachter*, DB 2009, 159, 160.

4 Vgl. z.B. *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rdnr. 58 und 68; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 72.

5 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44 (mit Verweis auf § 67 Abs. 3 AktG); *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 76; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895.

gemacht haben<sup>1</sup>. Die Sperrwirkung von „Mitteilung und Nachweis“ für die materielle Prüfungspflicht der Geschäftsführer gilt dann nicht, wenn „Mitteilung und Nachweis“ gar nicht erforderlich sind, nämlich wenn die Veränderung im Gesellschafterbestand unter direkter Mitwirkung der Geschäftsführer erfolgt (Kenntnis von Amts wegen), also z.B. in den Fällen der Einziehung oder Kaduzierung aufgrund (privatschriftlichem) Gesellschafterbeschluss<sup>2</sup>.

### c) Erstellungspflicht

Wenn (i) eine Veränderung im Gesellschafterbestand wirksam geworden ist, (ii) die Zuständigkeit der Geschäftsführer nach dem Substraktionsprinzip (Rdnr. 33) gegeben ist und (iii) „Mitteilung und Nachweis“ von der Änderung vorliegt bzw. dieses Erfordernis ausnahmsweise entbehrlich ist, dann sind die Geschäftsführer verpflichtet,

- **eine diese Veränderung ausweisende, neue Gesellschafterliste zu erstellen und**
- **diese zum Zeichen der Verbindlichkeit und Verantwortungsübernahme zu unterzeichnen.**

Im Grundsatz ist für jede Veränderung *eine gesonderte*, geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen (**Konzept der Partikularpflicht**; s. Rdnr. 30), damit der historische Verlauf der Veränderung leicht nachvollzogen werden kann<sup>3</sup> (s. auch Rdnr. 73 für die Erstellungspflicht des Notars).

Bei dieser Erstellungspflicht handelt es sich nicht um eine unternehmerische Geschäftsführungsmaßnahme, die einem Ermessen im Sinne der Business Judgment Rule unterliegt, sondern um eine zwingende Amtspflicht, für die das **Legalitätsprinzip** gilt.

### d) Einreichungspflicht

Unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der Erstellungspflicht (Rdnr. 36 f.) folgt für die Geschäftsführer die Verpflichtung, die die Veränderung anzeigen, neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen (zur Einreichung selbst s. Rdnr. 49 ff.). Auch die Einreichungspflicht unterfällt dem **Legalitätsprinzip** und eröffnet kein unternehmerisches Ermessen.

### e) Berichtigungspflicht

Im Regelfall trifft die Geschäftsführer weder eine allgemeine Pflicht zur Prüfung der Sach- und Rechtslage noch eine Nachforschungspflicht über das Vorliegen

<sup>1</sup> Für eine weitergehende Treuepflicht der Gesellschafter *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 49; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 19; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 12; *Wicke*, Rdnr. 8; wohl auch *Reymann*, BB 2009, 506, 509; wie hier *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 24; *Bednarz*, BB 2009, 1854, 1857.

<sup>2</sup> *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 85; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 19; *Noack*, in: FS Hüffer, 2010, S. 723, 730 f.; i.E. auch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 11.

<sup>3</sup> Z.B. *Hasselmann*, NZG 2009, 449 f.

von Veränderungen im Gesellschafterbestand (s. hierzu und zu den Ausnahmen Rdnr. 35). Ausweislich der Regierungsbegründung – und dies entspricht der allgemeinen Sorgfaltspflicht für Geschäftsführungsmaßnahmen nach § 43 Abs. 1 – sollen die Geschäftsführer die im Handelsregister aufgenommenen (einschließlich von Notaren eingereichten) Gesellschafterlisten auf ihre Richtigkeit hin prüfen und bei Unstimmigkeiten eine Klärung herbeiführen<sup>1</sup>. Die Auflösung dieser Konfliktlage zwischen beiden Grundsätzen gelingt praktisch dadurch, dass die **Geschäftsführer nur dann zu weiteren Maßnahmen verpflichtet sind, wenn sie zwar auf andere Weise als durch Mitteilung des Berechtigten, aber auf der Basis von Tatsachen annehmen dürfen, dass die derzeitige Gesellschafterliste unrichtig ist**. In diesen Fällen sind die Geschäftsführer verpflichtet, jedenfalls aber berechtigt, den oder die Betroffenen von diesen Tatsachen in Kenntnis zu setzen und zur **Stellungnahme** aufzufordern<sup>2</sup>; dies entspricht auch dem förmlichen Verfahren nach § 67 Abs. 5 AktG (auf das die Regierungsbegründung verweist<sup>3</sup>). Erhebt einer der Beteiligten innerhalb der von den Geschäftsführern anzusetzenden angemessenen Frist Widerspruch gegen die Vornahme der Listenänderung, kann diese nicht erfolgen (vgl. § 67 Abs. 5 Satz 2 AktG); die an der Listenkorrektur Beteiligten müssten dann auf Änderung der Gesellschafterliste klagen. Kann ein Beteiligter dem Geschäftsführer ohne Widerspruch eines anderen die nicht oder fehlerhaft in der Liste berücksichtigte Veränderung im Gesellschafterbestand nachweisen, kann es zur Berichtigung der Liste durch die Geschäftsführer bzw. durch den relevanten Notar (Rdnr. 69) kommen<sup>4</sup>. Im Streitfall wird der Nachweis durch ein Feststellungsurteil im **Prätendentenstreit** erbracht<sup>5</sup>. Die Geschäftsführer sind aber bei Vorliegen von Tatsachen, auf deren Grundlage sie von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ausgehen dürfen, auch berechtigt (im Regelfall allerdings nur, nachdem die Stellungnahmeeinholung der konkret betroffenen Gesellschafter erfolglos geblieben ist), sämtliche Gesellschafter zu informieren und eine Beratung und Beschlussfassung zum Verfahren anzuregen<sup>6</sup>. Bei der Befolgung eines etwaigen **Weisungsbeschlusses** haben die Geschäftsführer allerdings zu beachten, dass sie solchen Beschlüssen nicht nachkommen dürfen, die in unzulässiger Weise in ihre zwingende Amts-

1 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; vgl. auch *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 101; gegen eine Überwachungspflicht der Geschäftsführer *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 38 (Überwachungspflicht ist Gesellschafteraufgabe).

2 Gleichsinnig wohl *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 101; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 22; *Wicke*, § 16 Rdnr. 5; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 40; *Altmeppen*, ZIP 2009, 345, 353; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 171; schwächer (kein Berichtigungsrecht und keine Berichtigungspflicht, aber Informationspflicht) *Noack*, in: *FS Hüffer*, 2010, S. 723, 733; wohl weitergehend *Reichert/Weller*, in: *Goette/Habersack*, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.46 (Pflicht zur Listenaktualisierung); unklar *Paefgen*, in: *Ulmer*, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 51 („Geschäftsführer dürfen wohl aber offensichtliche Unrichtigkeit der Liste nicht sehenden Auges tolerieren“).

3 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

4 Ohne Berücksichtigung der Zuständigkeitsbereiche *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 101; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 22.

5 *Noack*, in: *FS Hüffer*, 2010, S. 723, 734; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 101.

6 Offenbar ähnlich OLG München v. 30.1.2012 – 31 Wx 483/11, GmbHR 2012, 398 f. (Zulässigkeit der Berichtigung technischer Defizite und inhaltlicher Mängel mit „Billigung der Gesellschafter“); vgl. auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 38 und 40.

pflicht nach § 40 Abs. 1 Satz 1 eingreifen<sup>1</sup>. Eine Befolgung wäre aber z.B. bei solchen Gesellschafterbeschlüssen möglich, (i) bei denen die von der in Frage stehenden Listenkorrektur direkt betroffenen Gesellschafter mit jeweils gleichlautenden Stimmwert („Ja“ oder „Nein“) Teil der Beschlussmehrheit waren und (ii) im Fall eines korrekturunterstützenden Beschlusses „Nachweise“ im Rahmen der Gesellschafterversammlung vorgebracht wurden. Zu weiteren Berichtigungspflichten s. Rdnr. 52, 82.

## 2. Mitteilung und Nachweis von Veränderungen (§ 40 Abs. 1 Satz 2)

Nach der Vorbildnorm des § 67 Abs. 3 AktG wird die Erstellungspflicht der Geschäftsführer im Grundsatz nur „auf Mitteilung und Nachweis“ ausgelöst, d.h. auf Betreiben derjenigen, die an der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen beteiligt sind. Dementsprechend steht der Inhalt der **Gesellschafterliste weithin zur Disposition der an der Veränderung Beteiligten**, und dieses Konzept kann auch nicht durch die Annahme einer Mitteilungspflicht der Beteiligten gegenüber den Geschäftsführern oder der Gesellschaft überwunden werden, die sich aus einer Treuepflicht oder allgemein aus dem gesetzlichen Ziel der Neuregelung von § 40 ergeben soll, eine zuverlässige Transparenz der Gesellschafterverhältnisse zu erreichen<sup>2</sup>. Dieses Konzept steht im Gegensatz zum Grundsatz einer Handlungspflicht „von Amts wegen“. Hiervon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn „Mitteilung und Nachweis“ entbehrlich sind, nämlich sofern sich die Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen unter unmittelbarer Mitwirkung der Geschäftsführer vollzieht, z.B. bei deren Vertretung der Gesellschaft im Rahmen der Kaduzierung, Versteigerung, Einziehung oder Erteilung der Genehmigung bei einer Veräußerungsbeschränkung i.S. von § 15 Abs. 5<sup>3</sup>.

### a) Mitteilung

Die Mitteilung von der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen ist 41 keine bloße tatsächliche Übermittlung von Informationen, sondern darüber hinausgehend eine **einseitige empfangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung**, die darauf gerichtet ist, die Geschäftsführer zur Ausführung ihrer Amtspflicht zur Errichtung und Einreichung der Gesellschafterliste (und nicht wie bei der Willenserklärung auf die unmittelbare Herbeiführung der Rechtsfolgen) zu veranlassen<sup>4</sup>. Auf die Mitteilung sind die Vorschriften über Willenserklärungen

1 Zu streng (Unzulässigkeit der Überantwortung auf die Gesellschafterversammlung) *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 51; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 22.

2 A.A. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 84; zu einer Mitteilungspflicht auch *Wicke*, Rdnr. 8 und § 16 Rdnr. 1; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 10; wie hier gegen eine Mitteilungspflicht *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 24.

3 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 85; *Noack*, in: FS Hüffer, 2010, S. 732, 730; s. auch Rdnr. 33.

4 Ebenso *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 44; ebenso zu § 67 AktG: *Hüffer*, § 67 AktG Rdnr. 17; *Bezzenberger*, in: Karsten Schmidt/Lutter, § 67 AktG Rdnr. 16; *Lutter/Drygala*, in: KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2009, § 67 AktG Rdnr. 98.

(§§ 105 ff. BGB) entsprechend anzuwenden<sup>1</sup>. Demnach ist bis zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste ein Widerruf der Mitteilung durch den Berechtigten möglich<sup>2</sup>. Eine gesetzliche **Form** ist für die Mitteilung nicht vorgeschrieben; sie ist daher im Grundsatz nicht formbedürftig, also auch mündlich, per Telefax, per E-Mail, textförmlich oder auch konkluident<sup>3</sup> möglich. Aus Gründen der erheblichen Rechtsbedeutung der Mitteilung und aus Beweisgründen empfiehlt sich, in der Regel jedenfalls die Textform (§ 126b BGB) einzuhalten<sup>4</sup>. Im Grundsatz hat die Mitteilung in deutscher **Sprache** zu erfolgen; allerdings ist auch die ausschließliche Nutzung einer im internationalen Rechtsverkehr gebräuchlichen Sprache (vor allem Englisch) zulässig, wenn sämtliche Geschäftsführer und Gesellschafter der betreffenden Gesellschaft hiermit einverstanden sind. Die **Satzung** kann die Einhaltung einer bestimmten Form<sup>5</sup> oder die Zulässigkeit einer im Rechtsverkehr gebräuchlichen Sprache für die Mitteilung nach § 40 Abs. 1 Satz 2 vorsehen.

- 42 Nach der Vorbildnorm des § 67 Abs. 3 AktG sind zur Mitteilung der Veräußerer und der Erwerber jeweils für sich befugt, wobei der **Mitteilende auch formell legitimiert sein muss**<sup>6</sup>. Übertragen auf § 40 Abs. 1 Satz 2 bedeutet dies, dass in Abweichung vom strengen Listenprinzip (i) der durch seine eigene Eintragung in der Gesellschafterliste oder durch einen anderweitigen, lückenlosen Nachweis über die bisherige Berechtigung Legitimierte oder (ii) der durch lückenlosen Nachweis legitimierte Erwerber zur Mitteilung berechtigt ist<sup>7</sup>. Daher ist auch der seine Legitimation durch lückenlosen Nachweis belegende Erbe des Listengesellschafters zur Mitteilung berechtigt<sup>8</sup>.
- 43 Die Mitteilung muss dem Mitteilungsberechtigten zumindest **zurechenbar** sein<sup>9</sup>. Daher sind bei der Mitteilung sowohl die gesetzliche als auch die rechts-

1 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 44; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 78; Noack, in: FS Hüffer, 2010, S. 723, 729; zu § 67 AktG: Bezzemberger, in: Kasten Schmidt/Lutter, § 67 AktG Rdnr. 16; Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 73; Cahn, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rdnr. 69.

2 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 44; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 19; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 22.

3 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 44; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 78; Kort, GmbHR 2009, 169; Link, RNotZ 2009, 193, 199; a.A. Wachter, ZNotP 2008, 378, 383 (schriftliche Erklärung in deutscher Sprache).

4 Für die Empfehlung sogar der Schriftform: Wachter, ZNotP 2008, 378, 383; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 78.

5 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 45; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 78; Kort, GmbHR 2009, 169; Wachter, ZNotP 2008, 378, 383.

6 Z.B. Hüffer, § 67 AktG Rdnr. 12; Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 68.

7 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 81.

8 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 81; für die Empfehlung einer postmortalen oder transmortalen Vollmacht an den Gesellschaftererben Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 16 Rdnr. 10; Link, RNotZ 2009, 193, 213; Wachter, DB 2009, 159, 162; Wolff, BB 2010, 454, 456; hiergegen zweifelnd Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 42 Fn. 122 („Vollmachtlösung erscheint fraglich“).

9 So zu § 67 AktG: OLG Zweibrücken v. 3.12.1992 – 3 W 171/96, AG 1997, 140; Cahn, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rdnr. 38; Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 68.

geschäftliche Vertretung möglich, die allerdings den Geschäftsführern mit der Mitteilung hinreichend nachzuweisen ist<sup>1</sup>. An der Zurechenbarkeit der Mitteilung fehlt es bei der Abgabe durch einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsunfähigen, bei Auftreten eines zur Mitteilung nicht Befugten (*falsus procurator*) oder im Fall einer gefälschten Mitteilung<sup>2</sup>.

### b) Nachweis

Die Handlungspflicht der Geschäftsführer wird nicht nur durch eine „Mitteilung“ ausgelöst, sondern es bedarf wegen der erheblichen Rechtswirkungen durch eine Änderung der Gesellschafterliste der Vorlage von „Nachweisen“. Denn nur unter Beifügung von Nachweisen wird die Gesellschaft hinreichend überzeugend von der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen unterrichtet, und die Geschäftsführer haben eine Informationsgrundlage, die ihnen eine Prüfung der Sach- und Rechtslage ermöglicht. Das Gesetz regelt zum **Inhalt**, zur **Art** oder zur **Granularität des erforderlichen Nachweises** nichts Ausdrückliches. Die Anforderungen sind daher teleologisch und unter Berücksichtigung der Vorbildnorm des § 67 Abs. 3 AktG zu entwickeln<sup>3</sup>; auf die früheren Grundsätze zur Anmeldung bei der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 a.F. kann hingegen wegen der erweiterten Funktionen und Rechtswirkungen der Gesellschafterliste nicht zurückgegriffen werden<sup>4</sup>. Nur in Bezug auf die überkommene Rechtslage zu § 16 Abs. 1 a.F. ist es sinnvoll, von einem im Vergleich hierzu „strengen Maßstab“ zu sprechen<sup>5</sup>. Die Nachweise müssen einen solchen Inhalt und eine solche Granularität haben, dass sie **den Geschäftsführern eine auf Tatsachen beruhende, qualifizierte Plausibilitätsprüfung über das Wirksamwerden einer Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen ermöglicht**, und zwar eingedenk einer vom Gesetzgeber nicht geforderten juristischen Fachausbildung von Geschäftsführern und des Bestehens der Sonderhaftungsnorm in § 40 Abs. 3<sup>6</sup>.

Bei der Beurteilung der von den Mitteilungsberechtigten zur Kenntnis gebrachten Nachweise kommen den Geschäftsführern ein **nicht zu eng zu konturierender Er-**

44

45

1 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 83.

2 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 46; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 82; *Kort*, GmbHR 2009, 169 f.; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1043 f.

3 Zur Bedeutung der Vorbildnorm des § 67 Abs. 3 AktG Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; *Heckschen*, ZErb 2008, 246, 251; *Reymann*, BB 2009, 506, 507; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 383.

4 A.A. offenbar *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 47; *Link*, RNotZ 2009, 133, 199; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1044.

5 Ohne diese Vergleichsbetrachtung und daher zu weit gehend *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 47; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 86; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20; *Link*, RNotZ 2009, 193, 200; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1044; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 413; *Wachter*, DB 2009, 159, 160; *Wachter*, ZNotP 2008, 373, 384; kritisch daher zu Recht *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 395.

6 Ähnlich *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 395; wohl auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 25; *Reichert/Weller*, in: *Goette/Habersack*, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.42 (geeignete und überzeugende Beweise); vgl. auch *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 47 (mehr als eine Plausibilitätsprüfung wird man vernünftigerweise nicht abverlangen können; aber auch Erfordernis eines „strengen Maßstabes“).

**messensspielraum** zu<sup>1</sup>. Durch eine **Satzungsregelung** kann eine Konturierung des Nachweiserfordernisses erfolgen<sup>2</sup>. Die Geschäftsführer sind auch berechtigt, zur Erfüllung ihrer Amtspflicht (und d.h. auf Kosten der Gesellschaft) zur Prüfung der Nachweise **rechtlichen Rat** einzuhören<sup>3</sup>. Der Nachweis kann im Grundsatz mit allen vorhandenen Beweismitteln geführt werden. Bestehen Zweifel am Inhalt des Nachweises, sind die Geschäftsführer nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, weitere Informationen zu verlangen<sup>4</sup>; bei geringen, nicht selten zu vermeidenden Restzweifeln ist die Prüfungspflicht erfüllt. Solange darüber hinausgehende Zweifel bestehen, dürfen die Geschäftsführer eine Änderung und Einreichung dieser geänderten Gesellschafterliste nicht vornehmen<sup>5</sup>. Der von der Nichteinreichung einer geänderten Gesellschaft Betroffene kann dann zu seinem Schutz einen Widerspruch zur bestehenden und ihn nicht berücksichtigenden Gesellschafterliste eintragen lassen und die Gesellschaft auf Einreichung einer aktuellen Liste zum Handelsregister verklagen<sup>6</sup>. Das in Kenntnis gesetzte Registergericht kann zudem die Geschäftsführer dazu anhalten, eine geänderte Gesellschafterliste einzureichen (§ 388 Abs. 2 FamFG)<sup>7</sup>.

- 46 Zum „Nachweis“ der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen gilt im Zweifel Folgendes: Bei der **Geschäftsanteilsabtretung unter Mitwirkung eines ausländischen Notars** erfolgt der Nachweis in der Regel durch Vorlage der Abtretungsurkunde<sup>8</sup>. Bei **Abtretungen im Wege des gerichtlichen Vergleichs** ist der Nachweis in der Regel durch Vorlage des gerichtlichen Protokolls zu erbringen<sup>9</sup>. Beim **Anteilserwerb im Wege der Zwangsvollstreckung** ist das Versteigerungsprotokoll vorzulegen<sup>10</sup>. Bei **Bestehen besonderer Abtretungsvoraussetzungen** durch Gesetz (z.B. Genehmigung durch Vormundschaftsgericht; Genehmigung durch Testamentsvollstrecken) oder durch Satzung (vgl. § 15 Abs. 5) ist auch deren Vorliegen in geeigneter Form nachzuweisen. Bei der **Einziehung, Teilung oder Zusammenlegung von Gesellschaftsanteilen** sind die (privatschriftlichen) Gesellschafterbeschlüsse in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorzulegen<sup>11</sup>.

1 Vgl. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 86; zu § 16 a.F. 10. Aufl., § 16 Rdnr. 19.

2 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 86; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 1; *Wicke*, Rdnr. 2.

3 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 47; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20; *Wachter*, DB 2009, 159, 161.

4 *Schwächer* (im Sinne einer Berechtigung) *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 88; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 21; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 413; *Wachter*, GmbHR-Sonderheft 2008, 51, 54.

5 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 47; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20; *Wachter*, DB 2009, 159, 161.

6 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 87.

7 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44 li. Sp.; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 87.

8 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 89; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 25.

9 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 90.

10 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 90; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 Rdnr. 15.

11 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 48; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 88; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 26; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 21; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1044; *Wicke*, Rdnr. 10; *Wachter*,

Im **Erbfall** haben die Geschäftsführer in der Regel die Vorlage eines Erbscheins oder einer notariellen Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO analog) zu verlangen<sup>1</sup>. Private Testamente und ausländische Erbzeugnisse sind demgegenüber nicht ohne weiteres ausreichender Nachweis<sup>2</sup>; ausländische Erbzeugnisse sind nur dann als ausreichend anzuerkennen, wenn sie vergleichbare Rechtswirkungen wie ein deutscher Erbschein haben<sup>3</sup>. Gerade im Hinblick auf Erbfälle empfiehlt sich eine die Nachweisanforderungen konturierende Satzungsbestimmung, die z.B. § 35 GBO nachgebildet ist<sup>4</sup>.

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage bei § 16 a.F., demzufolge die GmbH auf den förmlichen Nachweis bei der Anmeldung verzichten konnte<sup>5</sup>, können die Geschäftsführer bei § 40 im Grundsatz **nicht** auf den „Nachweis“ der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen (ausdrücklich oder stillschweigend) **verzichten**<sup>6</sup>. Dies liegt formal darin begründet, dass ohne „Nachweis“ die Amtspflichten gar nicht ausgelöst werden, und materiell, dass das Nachweiserfordernis Voraussetzung für die weiterreichenden Rechtswirkungen der Gesellschafterliste sind. Eine Ausnahme hiervon gilt selbstverständlich dann, wenn die Mitteilungs- und Nachweiserfordernisse von Vornherein entbehrlich sind (Rdnr. 40).

### 3. Einreichung und Form

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen (§ 40 Abs. 1 Satz 1) und nach Zugang von Mitteilung und Nachweis hierzu (§ 40 Abs. 1 Satz 2), eine neue Gesellschafterliste zu erstellen, zu unterschreiben und beim Handelsregister einzureichen. Die Erstellung und Einreichung hat dabei „**unverzüglich**“, d.h. ohne schuldhafte Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), zu erfolgen<sup>7</sup>. Die sich hieraus ergebende Prüfungs- und Handlungsfrist ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Komplexität des Vorgangs, zu bemessen. Sofern keine besonde-

<sup>1</sup> ZNotP 2008, 378, 383; a.A. *Link*, RNotZ 2009, 193, 200 (grds. Ermessen des Geschäftsführers).

<sup>2</sup> *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 48; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 21; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 88; *Link*, RNotZ 2009, 193, 200; *Wachter*, ZNotP 2009, 82, 90; *Wachter*, DB 2009, 159, 160.

<sup>3</sup> *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 48; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 88; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 384; *Wachter*, DB 2009, 159, 160.

<sup>4</sup> *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 48; *Link*, RNotZ 2009, 193, 200; *Wachter*, DB 2009, 159, 160.

<sup>5</sup> So zu Recht *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 48; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 93; *Heckschen*, ZErb 2008, 246, 251; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 384 (mit Formulierungsvorschlag); *Wachter*, DB 2009, 159, 160; krit. *Link*, RNotZ 2009, 193, 200.

<sup>6</sup> Vgl. BGH v. 13.10.2008 – II ZR 76/07, GmbHR 2009, 38, 39; BGH v. 29.1.2001 – II ZR 183/00, ZIP 2001, 501, 513 ff. = GmbHR 2001, 339; vgl. auch 10. Aufl., § 16 Rdnr. 19.

<sup>7</sup> Zutreffend *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 91; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 50.

<sup>7</sup> *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 94; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 33; *Link*, RNotZ 2009, 193, 208 f.; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 413.

re Komplexität vorliegt, gilt im Grundsatz eine Prüfungs- und Handlungsfrist von etwa 14 Tagen<sup>1</sup>; die Frist beginnt ab dem Zeitpunkt, in dem Mitteilung und Nachweis eine hinreichende Plausibilitätsprüfung ermöglichen. Der Einreichungszeitpunkt steht weder zur Disposition der an der Veränderung Beteiligten noch der Geschäftsführer<sup>2</sup>. Dementsprechend kann die Einreichung der geänderten Gesellschafter frühestens unmittelbar nach dem Wirksamwerden der Veränderung erfolgen.

- 50 Die Gesellschafterliste ist in **elektronischer Form** zum Handelsregister einzureichen (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB). Dabei reicht die Einreichung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung aus, da § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 (ebenso wie § 8 Abs. 1 Nr. 3) nur die Einreichung eines unterschriebenen, und eben nicht eines notariell beglaubigten oder gar beurkundeten Dokuments verlangt<sup>3</sup>. Technisch erfolgt die Einreichung beim Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach der Länder (EGVP) in eingescannter Form<sup>4</sup>; die Einreichung per Email ist nach den derzeitigen Länderverordnungen gemäß § 8a Abs. 2 HGB über die elektronische Registerführung weitflächig unzulässig<sup>5</sup>. Ein **besonderer Identitätsnachweis der Einreichenden wird nicht verlangt**, insbesondere eine Einreichung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (öffentliche beglaubigte Form) ist nicht erforderlich<sup>6</sup>.
- 51 Die Einreichung der Gesellschafterliste erfolgt **zur Aufnahme in das Handelsregister**, d.h. zur Speicherung in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten elektronischen Registerordner<sup>7</sup>. Mit der Speicherung können die Gesellschafterlisten von jedermann gegen Zahlung einer Gebühr eingesehen werden (§ 9 Abs. 1 HGB). Eine *Eintragung* der Gesellschafterliste im Handelsregister erfolgt nicht, so dass auch kein Verkehrsschutz über § 15 HGB in Betracht kommt<sup>8</sup>. Die Legitimations- und Rechtsscheinwirkungen der Gesellschafterliste knüpfen konsequenterweise nach § 16 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 an die Aufnahme in das Handelsregister (und nicht an eine dortige Eintragung) an.

1 Strenger für eine Maximalfrist von 14 Tagen z.B. *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 30; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 94; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 391; großzügiger: *Schulte*, GmbHR 2010, 1128, 1130 (i.d.R. 3 Wochen).

2 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 30; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 94; *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.33.

3 LG Trier v. 19.3.2009 – 7 HK T 1/09, NZG 2010, 233; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 98; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 10; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 36; anderer Ansicht *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.37 (zusätzliche Einreichung des Originals/beglaubigten Kopie).

4 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 31; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 67; ausf. *Link*, RNotZ 2009, 193, 208.

5 Hierzu *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 456 (Ausnahme: Rheinland-Pfalz).

6 So noch die Forderung des Bundesrats in dessen MoMiG-Stellungnahme, BT-Drucks. 16/6140, S. 67; hierzu auch *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1450.

7 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 32; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14.

8 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14.

Da die Rechtswirkungen der Gesellschafterliste an die Aufnahme im Handelsregister anknüpfen (Rdnr. 51), sind die Geschäftsführer verpflichtet, die entsprechende Aufnahme der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste zu überprüfen<sup>1</sup>. 52

#### 4. Korrektur und Rechtsschutz

Die Geschäftsführer trifft im Grundsatz keine Pflicht zu eigenen Nachforschungen über die Richtigkeit der beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (Rdnr. 35). Daher sind die Geschäftsführer auch nur in Ausnahmefällen zur Berichtigung einer beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste verpflichtet (Rdnr. 39). Die Amtspflichten des Geschäftsführers im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste kann das Registergericht durch **Verhängung von Zwangsgeld** (§§ 388 ff. FamFG) durchsetzen. Allerdings kommt dem an der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen Betroffenen **kein unmittelbarer Anspruch auf Tätigwerden des Registergerichts** zu<sup>2</sup>. Allerdings haben die von der Veränderung Betroffenen, also typischerweise die ausgeschiedenen und neu eingetretenen Gesellschafter, **Anspruch gegen die Gesellschaft** (nicht: gegen die Geschäftsführer trotz deren Organpflicht) **auf Berichtigung der Gesellschafterliste**<sup>3</sup>. Das ergibt sich aus dem – für die ausgeschiedenen Gesellschafter: nachwirkenden – Mitgliedschaftsverhältnis zur Gesellschaft<sup>4</sup>. Dieser Anspruch kann auch im einstweiligen Rechtsschutz durchgesetzt werden<sup>5</sup>. Im seltenen Fall einer schuldhafte Pflichtverletzung haftet die Gesellschaft nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auf **Schadensersatz** (vgl. § 280 Abs. 1 BGB)<sup>6</sup>. 53

1 Ebenso *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 33; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039.

2 So ausdrücklich Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; vgl. auch *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 52.

3 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 38; OLG München v. 29.7.2010 – 23 U 1997/10, GmbHR 2011, 429; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 53; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, § 84 Rdnr. 84; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18; *Wicke*, Rdnr. 8; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 173; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 414; a.A. (Klagegegner Geschäftsführer) OLG Brandenburg v. 12.2.2013 – 7 W 72/12, GmbHR 2013, 309 m. abl. *Peetz* und abl. *Anm. Wachter*, EWiR 2013, 375; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 679; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 489.

4 Zutr. *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 393; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 53; abw. (Anspruch aus gesetzlichem Schuldverhältnis) Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 38; folgend *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 30; *Wicke*, Rdnr. 8; ohne dogmatische Einordnung *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 18; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 172; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 414; a.A. (kein Anspruch) *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1857.

5 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 38; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 53; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 73; *Wicke*, Rdnr. 8; *Noack*, in: FS Hüffer, S. 723, 733; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 791; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174.

6 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 38; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 53; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18; *Wicke*, Rdnr. 8; abw. (Schadensersatz nach § 40 Abs. 3 gegen die Geschäftsführer) *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174; a.A. *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1857.

## V. Erstellungspflicht und Einreichungszuständigkeit des Notars (§ 40 Abs. 2)

- 54 Der MoMiG-Gesetzgeber hat mit der Neuregelung der Amtspflichten des Notars im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 2) einen wesentlichen **Konzeptwechsel** vorgenommen: Während § 40 Abs. 1 Satz 2 a.F. den Notar nur zu einer Mitteilungspflicht über eine (mögliche) Geschäftsanteilsabtretung verpflichtete, ist nun der deutsche Notar – zwar nicht rechtlich, aber im Sinne der praktischen Häufigkeit: primär – zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet, der an den Veränderungen in den Gesellschafterverhältnissen mitgewirkt hat. Diese neuartige Amtspflicht sichert die deutlich erweiterten Rechtswirkungen der Gesellschafterliste ab (Rdnr. 3 ff.).

### 1. Zuständigkeit und allgemeiner Pflichtenkanon (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1)

- 55 Ein deutscher Notar ist nur dann berechtigt und gleichzeitig verpflichtet, nach Wirksamwerden einer Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen eine geänderte Gesellschafterliste zu erstellen, diese zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen, wenn er an den Veränderungen „mitgewirkt“ hat. Diese **Pflichtenzuordnung ist in mehrfacher Hinsicht zwingend**<sup>1</sup>: Weder die Geschäftsführer noch die Gesellschafter können den mitwirkenden Notar von dessen Amtspflicht befreien noch auf dessen Erfüllung verzichten. Auch der Notar kann die Amtspflicht weder auf die Geschäftsführer oder Dritte (einschließlich der Gesellschafter) noch auf einen anderen inländischen oder ausländischen Notar delegieren. Die sich aus § 40 Abs. 2 ergebenden Pflichten des Notars sind **Amtspflichten**, d.h. der Notar wird von Amts wegen und nicht als Vertreter der Geschäftsführer oder der Gesellschafter tätig<sup>2</sup>. Die Amtspflicht des Notars beruht allein auf dessen Mitwirkung bei der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen, ohne dass es (i) einer Weisung der Gesellschaft oder ihrer Geschäftsführer, (ii) eines Antrags der Gesellschaft oder ihrer Geschäftsführer oder (iii) einer besonderen, sowieso materiell überflüssigen „Mitteilung und Nachweis“ bedürfte<sup>3</sup>.

1 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 117; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 57; Bayer, GmbHR 2013, 897, 906; Link, RNotZ 2009, 193, 198 f.; Wachter, GmbHR-Sonderheft 2008, 51, 56; Wachter, NZG 2009, 1001, 1004.

2 Allg. M., vgl. OLG Köln v. 7.5.2010 – I-2 Wx 20/10, FGPrax 2010, 202 = GmbHR 2011, 141; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 55; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 117; Noack, in: FS Hüffer, 2010, S. 723, 731; Preuß, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 876, 879; Berninger, DStR 2010, 1292, 1292; Bohrer, MittBayNot 2010, 17 (anders noch in DStR 2007, 995, 1000); Wachter, ZNotP 2008, 378, 387.

3 Zutr. Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 121; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 49; Link, RNotZ 2009, 193, 201; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 411; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1044; a.A. Bohrer, DStR 2007, 995, 1000 [Antragserfordernis]; Wachter, ZNotP 2008, 378, 390 (Mitteilung und Nachweis von der Veränderung).

### a) Mitwirkung an Veränderung

Voraussetzung für die Zuständigkeitsbegründung des deutschen Notars ist dessen **Mitwirkung in amtlicher Eigenschaft**<sup>1</sup>. Keine Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 besteht daher dann, wenn ein Notar selbst von den Veränderungen in den Gesellschafterverhältnissen betroffen ist oder an Gesellschafterbeschlüssen mitgewirkt hat, aus denen sich solche Veränderungen ergeben. Der **Begriff der Mitwirkung** erfasst (i) die Fälle, in denen ein Notar ein Geschäft beurkundet bzw. Unterschriften beglaubigt, dessen *unmittelbare* Folge die Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen ist (Rdnr. 57 ff.), sowie (ii) einige qualifizierte Fallgruppen, bei denen diese Mitwirkung *mittelbar* zur Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen führt (Rdnr. 61 ff.).

#### aa) Unmittelbare Mitwirkung

Eine Mitwirkung des Notars liegt bei der Beurkundung der **rechtsgeschäftlichen Abtretung nach § 15 Abs. 4** vor, und zwar unabhängig davon, ob der Notar den Abtretungsvertrag entworfen oder an dessen Ausarbeitung mitgewirkt hat<sup>2</sup>. Eine Beurkundung des schuldrechtlichen Vertrages nach § 15 Abs. 3 ist für die Zuständigkeitszuweisung weder ausreichend noch erforderlich<sup>3</sup>. Bei Aufteilung der Anteilsabtretung in die Beurkundung von Angebot und Annahme bei zwei verschiedenen Notaren wird nur die Pflichtenzuständigkeit des die Annahme beurkundenden Notars eröffnet<sup>4</sup>; denn nur mit Beurkundung der Annahme kommt es zur Veränderung in den Gesellschaftsverhältnissen. Tritt bei einer Anteilsabtretung eine **auflösende Bedingung** ein oder ein vergleichbares für das **Wirksambleiben** der Anteilsabtretung maßgebliches Ereignis, sind für die Einreichung einer neuen, geänderten Gesellschafterliste die Geschäftsführer zuständig (s. Rdnr. 72). Bei Bestehen einer **aufschiebenden Bedingung** bleibt es im Grundsatz bei einer Prüfungs-, Erstellungs- und Einreichungspflicht des an der Anteilsabtretung mitwirkenden Notars (Rdnr. 71).

Eine Mitwirkung an den Veränderungen in den Gesellschafterverhältnissen liegt auch vor bei

1 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 57; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 23; *Wicke*, Rdnr. 13; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 15; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 452.

2 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 58; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 133; *Link*, RNotZ 2009, 193, 195; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 452 Fn. 55; *Reymann*, BB 2009, 506, 508; a.A. (Notwendigkeit einer Entwurfsmitwirkung) *Apfelbaum*, BB 2008, 2470, 2477 f.

3 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 58; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 133; a.A. *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 452.

4 Ebenso *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 72; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 134; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; a.A. OLG München v. 24.10.2012 – 31 Wx 400/12, GmbHR 2012, 1367; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388 (Vollzugbestimmung ist entscheidend); *Everts*, in: *Kroiß/Everts/Poller*, GmbH-Registerrecht, 2008, Rdnr. 116 (Innenverhältnisregelung entscheidend); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 26 (Vollzugsauftrag entscheidend).

- **satzungsändernden Beschlüssen, die eine Veränderung bei den Gesellschaftern mit sich bringen** (z.B. Firmenänderung oder Sitzverlegung bei einer Gesellschafterin);
  - **Gesellschafterbeschlüssen zur Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung<sup>1</sup>;**
  - **Umwandlungsbeschlüssen, durch die sich unmittelbar Veränderungen im Gesellschafterbestand einer an dem Umwandlungsvorgang selbst beteiligten Gesellschaft ergeben, nämlich durch Anteilsgewährung (Kapitalerhöhung oder Zuweisung vorhandener Geschäftsanteile)<sup>2</sup>;**
  - **(überobligatorisch) notariell beurkundeten Gesellschafterbeschlüssen (i) zur Einziehung, (ii) über die Teilung oder (iii) über die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen<sup>3</sup>;**
  - **Beglaubigungen von Übernahmeverklärungen (§ 55 Abs. 1)<sup>4</sup>;**
  - **Beglaubigungen der Unterschriften unter die vom Beglaubigungsnotar entworfene Anmeldung der Durchführung einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital (§§ 55a, 57)<sup>5</sup>.**
- 59 Für die Zuständigkeitseröffnende Mitwirkung genügt es, wenn der Notar einen **Gesellschafterbeschluss entworfen und die Unterschriften hierunter beglaubigt** hat<sup>6</sup>. Demgegenüber ist es nicht ausreichend, wenn der Notar nur einen Entwurf erstellt<sup>7</sup> oder nur die Unterschriften unter einem Fremdentwurf beglaubigt hat<sup>8</sup>. Denn in beiden Fällen trifft den Notar nur eine eingeschränkte gesetzliche Prüfungspflicht<sup>9</sup>.
- 60 Sind **mehrere Notare an der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen maßgeblich beteiligt**, ohne dass die Veränderung rechtssicher nur einem Notar zugeordnet werden kann (vgl. Rdnr. 56 f.), so sind die insoweit mitwirkenden

1 Vgl. OLG München v. 7.7.2010 – 31 Wx 73/10, DNotZ 2011, 63 = GmbHR 2010, 921; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 59; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 135, 137; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 54; *Wicke*, Rdnr. 13; vgl. auch *Preuß*, RNotZ 2009, 529, 533 (mit Hinweisen zu abweichenden Ansichten).

2 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 60; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 135, 138; *Berninger*, GmbHR 2009, 679, 681.

3 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 135; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 24.

4 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 59.

5 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 140; weiter (allerdings ohne Entwurfserfordernis des Beglaubigungsnotars) *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 66; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 24; *Wicke*, Rdnr. 13; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 15.

6 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 135; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452.

7 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 135; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 64; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 453; *Link*, RNotZ 2009, 193, 197; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452; a.A. *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408.

8 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 141; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 52; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 24; *Wicke*, Rdnr. 13; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 15; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452; a.A. *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 65.

9 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 141.

Notare jeweils einzeln zur Erstellung und zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste berechtigt und auch verpflichtet<sup>1</sup>. In der Praxis ist es sinnvoll, wenn die amtsverpflichteten Notare einen „Vollzugsnotar“ unter ihnen bestimmen, der die betreffenden Handelsregisteranmeldungen erledigt, die hieraus folgenden Eintragungsmitteilungen überwacht und in Folge auch die notwendig zu ändernden Gesellschafterlisten einreicht<sup>2</sup>; allerdings bleibt von dieser Dispositionsregelung das Bestehenbleiben der Amtspflichten der weiteren Mitwirkungsnotare unberührt.

### bb) Mittelbare Mitwirkung

Schwierige Abgrenzungsfragen zwischen der Zuständigkeitseröffnung der Geschäftsführer oder eines Notars ergeben sich in solchen Fällen, in denen die nach § 40 Abs. 1 Satz 1 offenlegungspflichtige Veränderung nur mittelbare Folge der Notarmitwirkung ist. Dabei geht es in der Praxis um (i) die Beurkundung einer Verschmelzung oder Spaltung, bei der zum Aktivvermögen des übertragenen Rechtsträgers ein Geschäftsanteil an einer Drittgesellschaft gehört, (ii) Fälle der Anwachsung nach § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog), bei der zum übergehenden Vermögen ein Geschäftsanteil an einer Drittgesellschaft gehört, und (iii) die Beurkundung von satzungsändernden Beschlüssen oder eines Formwechsels beim Gesellschafter. Der Wortlaut von § 40 Abs. 2 Satz 1 ist für eine nähere Konturierung des Mitwirkungserfordernisses nach Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit (oder weiteren die Mittelbarkeit einschränkenden Parametern) ebenso unergiebig wie die Begründung des Regierungsentwurfs, in der als Fälle fehlender notarieller Mitwirkung beispielhaft und ohne weitere Differenzierung „Gesamtrechtsnachfolge, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen“ aufgezählt sind<sup>3</sup>.

Der **Meinungsstand in der Literatur** reicht von der vollständigen Ablehnung einer Notarzuständigkeit bei nur mittelbarer Beteiligung<sup>4</sup> bis zur Auffassung, der Notar sei bei jeder mittelbaren Mitwirkung für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zuständig<sup>5</sup>. Die Mehrheit der Literaturstimmen spricht

1 OLG München v. 24.10.2012 – 31 Wx 400/12, GmbHR 2012, 1367 (allerdings hier zum Fall der Beurkundung von Angebot und Annahme durch unterschiedliche Notare, vgl. Rdnr. 57); *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 136; *Ries*, in: Liber amicorum Mock, 2009, S. 217, 222; a.A. (nur Notar der letzten Amtshandlung) *H. Schmidt*, NotBZ 2013, 13, 15.

2 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 136; ähnlich *Wachter*, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 37; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388; abw. (für alleinige Amtspflicht des „Vollzugsnotars“) *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 74; *Wicke*, Rdnr. 14a; *Wicke*, NotBZ 2009, 13; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 16; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 455; weiter abw. (vorrangig Vollzugsnotar, hilfsweise Notar der letzten Amtshandlung) *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 26.

3 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

4 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 16; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 25 (mit der Ausnahme für den Fall, dass der Notar einen Vollzugsauftrag hat); *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.54.

5 *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1854; *Bohrer*, DStR 2007, 995, 998; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 59; *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 359 f.; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452; *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 435.

sich für vermittelnde Auffassungen aus, wobei unterschiedliche Abgrenzungsparameter befürwortet werden: Teilweise wird auf die Natur und den Umfang der mittelbar betroffenen Gesellschaftsbeteiligung abgestellt<sup>1</sup>, teilweise auf die Erkennbarkeit der mittelbaren Veränderung in den Gesellschaftsverhältnissen für den Notar<sup>2</sup>, teilweise darauf, ob die Tätigkeit des Notars zwar mittelbar, aber final auf die Veränderung der Gesellschafterverhältnisse gerichtet ist<sup>3</sup> und teilweise wird nach der Regelung eines Vollzugsauftrages die Kompetenzzuweisung an den Notar vorgenommen<sup>4</sup>.

- 63 Eine praxistaugliche und sich in die gesetzliche Konzeption des § 40 eingliedern-de Lösung wird am besten durch die Beachtung der folgenden **drei Leitlinien** erreicht: (1) Es ist eine eindeutige Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeitsbereiche der Geschäftsführer von demjenigen des mitwirkenden Notars zu erreichen. Hierbei ist auf die Bildung typisierter Fallgruppen zu setzen, die eine Berücksichtigung außergewöhnlicher Einzelfallumstände ausschließt. (2) Das Gesetz sieht keine Primärpflichtzuordnung zum Notar unter dem Gesichtspunkt seiner fachlichen Sachkenntnis vor. Vielmehr spricht die systematische Gesetzesstruktur sowie die gesetzgeberischen Ziele der Entbürokratisierung und Kostenentlastung der Gesellschaftsführung für eine Primärpflicht der Geschäftsführer, die als Ausfluss hiervon eine Zweifelsregelung zu Gunsten einer Geschäftsführer-zuständigkeit hat (Rdnr. 9, 29 f.). (3) Diese Zuständigkeitszuordnung für Zweifelsfälle wird nur in solchen Fällen durch eine Zuständigkeitszuordnung zum Mitwirkungsnotar abgelöst, (a) in denen der Notar die mittelbare Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen typischerweise und ohne erhebliche Nachforschungen erkennen kann und (b) die Errichtung und Einreichung der Gesell-schafterliste durch den Notar regelmäßig signifikant effizienter als die Über-antwortung an die Geschäftsführer wäre. Hieraus ergibt sich für die einzelnen Fallgruppen Folgendes:
- 64 Für den Fall des **Übergangs von Geschäftsanteilen mit dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers durch eine Verschmelzung** (§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwG) hat das OLG Hamm<sup>5</sup> die Zuständigkeit des Notars für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste bejaht, der den Verschmelzungsvorgang beurkundet hatte. Das Gericht stützte sich im Wesentlichen auf den weiten Wortlaut von § 40 Abs. 2 Satz 1 und dem vom Gericht herausgehobenen gesetzgeberi-schen Ziel, dem mitwirkenden Notar zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe

1 Vgl. *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304 (Einreichungspflicht des Notars allenfalls bei 100 %-Beteiligung des übertragenen Rechtsträgers).

2 Vgl. *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1045; *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 403, 408; *Ries*, NZG 2010, 135, 135; *Schulte*, GmbHR 2010, 1128, 1131; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 454 und diesem folgend *Paegegen*, in: *Ulmer*, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 67 f.

3 *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388 f.; ähnlich *Noack*, in: *FS Hüffer*, 2010, S. 723, 731 f.; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 51.

4 *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 25; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Wicke*, RNotZ 2009, 1, 14.

5 OLG Hamm v. 1.12.2009 – 15 W 304/09, GmbHR 2010, 205 m. zust. Anm. *Wachter*, abl. *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2010, 48, 49; abl. auch *Berninger*, DStR 2010, 1292, 1293; inhaltlich bestätigend OLG Hamm v. 16.2.2010 – 15 W 322/09 und I-15 W 322/09, BB 2010, 985 m. Anm. *Leitzen*.

die Änderung der Gesellschafterliste mit zu übertragen, damit sichergestellt ist, dass der neue Gesellschafter in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Veränderung als Berechtigter ausgewiesen wird. Dabei liegt es aufgrund der Sachverhaltsangaben nahe anzunehmen, dass das OLG Hamm zur Zuständigkeitsverweisung an den Notar kam, da dieser mit den internen Verhältnissen des übertragenen Rechtsträgers vertraut war<sup>1</sup>. Diese Gerichtsentscheidung taugt als Leitlinie für die Fallgruppe des Anteilsübergangs durch Verschmelzung (Gesamtrechtsnachfolge) nicht: Denn aus der Verschmelzungsdokumentation ist im Regelfall nicht ersichtlich, ob zu den qua Gesamtrechtsnachfolge übergehenden Vermögensgegenständen auch Geschäftsanteile gehören (keine typisierte Erkennbarkeit). Eine Einzelfallbeurteilung, ob der konkrete Notar aufgrund besonderer Umstände oder früherer Tätigkeit erkannte oder erkennen konnte, dass zum übergehenden Vermögen Geschäftsanteile gehören, genügt den wegen der bedeutenden Rechtswirkungen der Gesellschafterliste hohen Anforderungen an die Rechtssicherheit nicht<sup>2</sup>. Das Gleiche gilt für den Übergang eines Geschäftsanteils qua Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Anwachung des gesamten Gesellschaftsvermögens auf den letzten verbleibenden Gesellschafter (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB analog).

Demgegenüber sind bei der **Spaltung die einzelnen auf den oder die übernehmenden Rechtsträger entfallenden Vermögensgegenstände** unter Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes aufzuführen (vgl. § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG). Daher kann der den Spaltungsvorgang beurkundende Notar den mittelbaren Übergang der Geschäftsanteile eindeutig identifizieren, eine geänderte Gesellschafterliste ohne Aufwand erstellen und dann zum Handelsregister einreichen. Ihm ist daher die Zuständigkeit zuzuweisen<sup>3</sup>.

65

**Satzungsändernde Beschlüsse bei Unternehmensträgern**, durch die die Firma oder der Sitz geändert werden, sowie die Beurkundung des **Formwechsels** eines Geschäftsanteile haltenden Unternehmensträgers führen nicht zu einer Zuständigkeitszuordnung zum Notar. Denn wie bei der Verschmelzung ist es typischerweise für den Notar nicht erkennbar, ob der von der Beurkundung unmittelbar betroffene Rechtsträger Geschäftsanteile hält; eine solche Nachforschungspflicht wird von dem Beurkundungsmandat nicht umfasst<sup>4</sup>. Entsprechendes gilt bei **Änderungen im Gesellschafterkreis einer Außen-GbR**, zu dessen Gesamthandsvermögen Geschäftsanteile gehören (s. zur namentlichen Erwähnung aller GbR-Gesellschafter analog § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO Rdnr. 17)<sup>5</sup>.

66

1 Ähnliche Vermutung bei *Berninger*, DStR 2010, 1292, 1294; offen in diesem Punkt *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 146.

2 Ebenso *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 454; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 67; anderer Ansicht *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 149 (anders noch *Heckschen/Heidinger*, § 13 Rdnr. 327); im Ergebnis offen *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 25 („zweifelhaft“); ausführlich *Löbbe*, GmbHHR 2012, 7, 11 ff.

3 Ebenso *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 454; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 68; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 149.

4 So jetzt OLG Hamm v. 2.11.2011 – 27 W 100/11, GmbHHR 2012, 38 = DNotZ 2012, 382 m. Anm. *Ising* – Notar 2012, 63 m. zust. Anm. *Goetze/Zimmermann*; a.A. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 139.

5 A.A. wohl *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 70.

- 67 Die Beurkundung eines **Testaments** oder **Erbvertrages** oder die Beglaubigung eines **Antrags auf Erteilung eines Erbscheins** oder **eines Testamentsvollstreckzeugnisses** führen bei Zugehörigkeit von Geschäftsanteilen zum Nachlass nicht zu einer Zuständigkeitszuordnung zum Notar<sup>1</sup>. Denn der Anteilsübergang erfolgt aufgrund erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge (§ 1992 BGB), die sich auf den Nachlass als Ganzes bezieht, und ohne dass typischerweise eine Identifikation der einzelnen Vermögensgegenstände erfolgt. Diese Fallgruppe entspricht dem Rechtsübergang qua Gesamtrechtsnachfolge bei der Verschmelzung. Ein Fall der unmittelbaren Mitwirkung des Notars liegt indes in der Beurkundung einer **Anteilsübertragung in Erfüllung eines Vermächtnisses**<sup>2</sup> oder bei einer **Erbauseinandersetzung**<sup>3</sup> vor; hier bewirken die Maßnahmen die unmittelbare Beteiligungsübertragung. Eine differenzierte Bewertung ist bei einer Beurkundung der Übertragung eines Erbteils (§ 2033 BGB) angezeigt, wenn zum Nachlass ein Geschäftsanteil gehört: Verfügt ein Miterbe über seinen Anteil am Nachlass, so führt das wie bei der Verschmelzung nur mittelbar zur Änderung der Gesellschaftsbeteiligung. Erwirbt eine Person allerdings alle Erbteile, wird diese kraft Gesetz ohne weitere Erbauseinandersetzung GmbH-Gesellschafter; in diesem Fall liegt ein unmittelbares Mitwirken des Notars an der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen (Änderung in den Personen der Gesellschafter) vor. Nur im letzteren Fall ist daher auch die Zuständigkeit des Notars für das Erstellen und das Einreichen einer geänderten Gesellschafterliste gegeben<sup>4</sup>.

### b) Prüfungs- und Berichtigungspflicht

- 68 Die Erstellungs- und Einreichungspflicht des Notars trifft diesen „nach Wirksamwerden der Veränderung“. Damit ist nicht nur eine zwingende zeitliche Reihenfolge vorgegeben, sondern auch die sachliche Voraussetzung für die Erstellungs- und Einreichungsfrist: Der Notar hat vor Erstellung einer geänderten Gesellschafterliste zu prüfen, **ob eine Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen zu seiner Überzeugung wirksam geworden ist**<sup>5</sup>. Ob ein ausreichender Grad an Überzeugung gegeben ist, entscheidet der betreffende Notar nach

1 Heckschen, ZErb 2008, 246, 251; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 71; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 72; Wachter, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 40; Wachter, ZNotP 2008, 378, 389; Lange, GmbHR 2012, 986, 988.

2 Heckschen, ZErb 2008, 246, 251; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 71; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 151; Lange, GmbHR 2012, 986, 987; Wachter, DB 2009, 159, 163.

3 Heckschen, ZErb 2008, 246, 251; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 71; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 151; Lange, GmbHR 2012, 986, 987.

4 Abw. (unterschiedslose Zuständigkeit des Notars) Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 71; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 155; abw. (einheitlich keine Zuständigkeit des Notars) Heckschen, ZErb 2008, 246, 252.

5 OLG Thüringen v. 28.7.2010 – 6 W 256/10, ZIP 2010, 1795, 1796; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28 („sichere Überzeugung vom Wirksamwerden der Änderung“); Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 54; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1046 ff.; Wachter, ZNotP 2008, 378, 388; weitergehend (aus Praktikabilitätserwägungen sofortige Einreichung unter Hinweis darauf, dass Liste Anteilsverhältnisse nach Durchführung der Kapitalerhöhung wiedergibt) Herrler, DNotZ 2008, 903, 910.

**pflichtgemäßen Ermessen**<sup>1</sup>; ihn trifft **keine absolute Wirksamkeitsverantwortung**<sup>2</sup>. Eher theoretische Restzweifel dürfen außer Betracht bleiben. Bestehen aufgrund konkreter Anhaltspunkte weitergehende Zweifel am Wirksamwerden der Veränderung, hat der Notar die Erstellung der Liste zunächst zu unterlassen und die Beteiligten um entsprechende Nachweise bzw. um Stellungnahme zu ersuchen<sup>3</sup>. Zweifel können sich z.B. beziehen auf die Geschäftsfähigkeit der an einer Anteilsabtretung beteiligten Person<sup>4</sup>, die wirksame Vertretung bei Beteiligung von juristischen Personen an der Anteilsabtretung<sup>5</sup>, das Bestehen von Genehmigungen wegen gesetzlichen oder statutarischen Verfügungsbeschränkungen<sup>6</sup> oder die Voreintragung des Veräußerers in der aktuellen Gesellschafterliste (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1)<sup>7</sup>. Bei Fehlen der Voreintragung des Veräußerers in der aktuellen Gesellschafterliste hat der Notar regelmäßig die Geschäftsführer der GmbH zu kontaktieren und diese um Aufklärung und ggf. Erstellung einer geänderten Gesellschafterliste und Einreichung zum Handelsregister aufzufordern<sup>8</sup>. Zur weitergehenden Nachforschung im Hinblick auf die Richtigkeit der im Handelsregister aufgenommenen (oder dem Notar im Original vorgelegten) aktuellen Gesellschafterliste ist er im Regelfall (d.h. bei Fehlen offenkundiger Unrichtigkeit oder Inkonsistenzen) nicht verpflichtet<sup>9</sup>.

Die an der mutmaßlichen Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen **Beteiligten** oder gar die sämtlichen Gesellschafter sind gegenüber dem Notar **nicht zur Auskunft oder zur Nachweisführung** verpflichtet<sup>10</sup>. Nichtsdestotrotz ist der Notar selbstverständlich berechtigt, die Beteiligten um Auskunft und Nachweise zu bitten und gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass er eine geänderte Gesellschafterliste erst nach Kenntnisnahme der fehlenden Informationen und Nachweise erstellen wird<sup>11</sup>. In der Praxis werden im **Anteilsübertragungsvertrag** häufig ausdrücklich Informations- und Nachweispflichten der Vertragsparteien

69

1 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 128; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1047; Hauschild, ZIP 2012, 660, 664 f.; H. Schmidt, BNotZ 2013, 13, 16; vgl. auch DNotI-Report 2010, 53, 54.

2 Ähnlich Hauschild, ZIP 2012, 660, 662; H. Schmidt, NotBZ 2013, 13, 16.

3 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 75; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409; Preuß, ZGR 2008, 678, 681; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 790.

4 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 75; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 29.

5 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 75.

6 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 75; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1046.

7 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1046; Preuß, ZGR 2008, 676, 681; Wachter, ZNotP 2008, 373, 392; Wicke, BNotZ 2009, 1, 14; vgl. auch DNotI-Report 2010, 53, 54.

8 Zutr. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28; hierzu DNotI-Report 2010, 53, 54 ff.

9 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28; Bednarz, BB 2008, 1854, 1861; Harbarth, ZIP 2008, 57, 59; Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 1993, 2002; Uwe H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 396; Vossius, DB 2007, 2299, 2304; Wicke, BNotZ 2009, 1, 14.

10 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 75; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 58; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 29; Wicke, Rdnr. 15; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409; Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 896; Preuß, ZGR 2008, 676, 681; Vossius, DB 2007, 2299, 2304.

11 Kort, GmbHR 2009, 169, 172; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 29.

gegenüber dem beurkundenden Notar geregelt<sup>1</sup>. Auf die Echtheit und inhaltliche Richtigkeit zur Kenntnis gebrachter Informationen und Nachweise darf sich der Notar im Regelfall verlassen; es gibt keinen Grundsatz des Misstrauens gegenüber den Beurkundungsbeteiligten oder sonst wie Beteiligten (s. auch Rdnr. 9).

- 70 **Auskunfts- und Nachweispflichten** können allerdings in Ausnahmefällen aus der **mitgliedschaftlichen Treuepflicht** der (ehemaligen) Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern fließen und in diesem Verhältnis Informationsansprüche (selbst!) oder jedenfalls Schadensersatzansprüche begründen<sup>2</sup>.
- 71 Unterliegt die Anteilsabtretung oder eine sonstige in der Gesellschafterliste auszuweisende Information einer **aufschiebenden Bedingung** (z.B. Kaufpreiszahlung, Kartellrechtliche Freigabe oder andere öffentlich-rechtliche Genehmigung, Eintritt sonstiger Vollzugsbedingungen [*closing conditions*]), so hat sich der Mitwirkungsnotar nach allgemeinen Grundsätzen vor Erstellung und Einreichung der geänderten Gesellschafterliste des Eintritts solcher Bedingungen zu seiner Überzeugung zu vergewissern<sup>3</sup>. Bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung ist alleine der Mitwirkungsnotar (nicht: die Geschäftsführer) zur Erstellung und Einreichung verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob dem Notar die Prüfung der Vollzugsbedingungen überantwortet wurde<sup>4</sup>; denn die Zuständigkeitszuordnung ist der Parteidisposition nicht zugänglich. Dabei gilt auch hier, dass der Notar sich im Regelfall auf die von den Beteiligten zur Kenntnis gebrachten Informationen und Nachweise verlassen darf (s. auch Rdnr. 82). Die Mitteilung über den Eintritt aufschiebender Vollzugsbedingungen gegenüber dem beurkundenden Notar wird in der Regel auch im Anteilsabtretungsvertrag geregelt<sup>5</sup>. Bei Unternehmenskaufverträgen wird zum Nachweis des Eintritts aufschiebender Vollzugsbedingungen die Erstellung eines sog. **Closing Memorandums** vereinbart, das dann auch an den beurkundenden Notar mit dem Ersuchen zur Erstellung der geänderten Gesellschafterliste übermittelt wird<sup>6</sup>. Der Notar ist allerdings bei seiner Prüfung über das Wirksamwerden der Vereinbarung nicht an die von den Beteiligten vertraglich geregelten und/oder die von den Beteiligten übermittelten Nachweise beschränkt; er kann weitere Informationen und Nachwei-

1 Formulierungsvorschlag bei *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1047; zur Empfehlung: *Paefgen*, in: *Ulmer, Erg.-Band MoMiG*, Rdnr. 75; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 29; *Wicke*, Rdnr. 15; *Ries*, in: *Liber Amicorum Mock*, 2009, S. 217, 222; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1846.

2 So wohl auch *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 29.

3 *Paefgen*, in: *Ulmer, Erg.-Band MoMiG*, Rdnr. 76.

4 *Paefgen*, in: *Ulmer, Erg.-Band MoMiG*, Rdnr. 76; *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 185; *Terlau*, in: *Michalski*, Rdnr. 25; abw. (für den Fall des Anteilsübergangs bei Beendigung eines Treuhandvertrages nur bei ausdrücklichem Überwachungsauftrag) OLG Brandenburg v. 12.2.2013 – 7 W 72/12, *GmbHR* 2013, 309 m. abl. Anm. *Preetz* und abl. Anm. *Wachter*, *EWiR* 2013, 375.

5 Formulierungsvorschlag bei *Wicke*, *NotBZ* 2009, 1, 14; zur Empfehlung z.B. *Paefgen*, in: *Ulmer, Erg.-Band MoMiG*, Rdnr. 76; *Reichert/Weller*, in: *Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis*, 2009, Rdnr. 3.61; *Reymann*, *BB* 2009, 506, 509; *Wachter*, *ZNotP* 2008, 378, 391.

6 Vgl. *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 842; *Greitemann/Bergjan*, in: *FS Pöllath + Partner*, 2008, S. 271, 277 ff.; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1846.

se anfordern<sup>1</sup>. Eine Pflicht zur eigenständigen Nachforschung im Hinblick auf den Eintritt aufschiebender Vollzugsbedingungen durch den Notar besteht – sofern hierfür nicht ausnahmsweise ein gesondert erteilter Auftrag besteht (§ 24 Abs. 1 BNotO) – nicht<sup>2</sup>.

Den Notar trifft erst recht keine eigenständige, fortlaufende Überwachungspflicht im Hinblick auf (i) den **Eintritt auflösender Bedingungen**, (ii) das Eingreifen von Rückübertragungsklauseln oder (iii) sonstige für das **Wirksambleiben** des in einer von ihm erstellten Gesellschafterliste für die ausgewiesene Veränderung maßgebliche Ereignisse<sup>3</sup>. Für den Fall des Eintritts einer auflösenden Bedingung oder der Rückübertragung des Vertragsgegenstands aufgrund einer vertraglichen Rückübertragungsklausel ist es Sache des Geschäftsführers (Fall der auflösenden Bedingung) bzw. des an der Rückabtretung mitwirkenden Notars (Fall der Rückübertragung in Folge der vertraglichen Rückübertragungsklausel), eine erneute geänderte Gesellschafterliste zu erstellen und beim Handelsregister einzureichen<sup>4</sup>. Dies ergibt sich ohne Zweifel aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1, geht in gleicher Weise aus der Begründung des Regierungsentwurfs hervor<sup>5</sup> und passt sich in die Pflicht der Geschäftsführer zur Nachkontrolle eingereichter Gesellschafterlisten ein (s. Rdnr. 39). Eine allgemeine Pflicht zur Nachkontrolle der von ihm erstellten und zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste trifft den Notar – anders als den Geschäftsführer – im Regelfall nicht. Gelangen dem Notar allerdings später Informationen oder Nachweise zur Kenntnis, durch die die Überzeugung in ihm gebildet wird, dass die Gesellschafterliste unrichtig ist, hat er die Beteiligten über den neuen Sachverhalt zu informieren, ggf. um eine Stellungnahme zu ersuchen und dann – bei unveränderter Sachlage – eine neue Gesellschafterliste zu erstellen und diese beim Handelsregister einzureichen<sup>6</sup>.

### c) Erstellungspflicht

Bei Bestehen seiner Zuständigkeit hat der Notar – wenn zu seiner Überzeugung eine Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen vorliegt (Rdnr. 68 ff.) – die Gesellschafterliste „anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben“. Dieser Gesetzeswortlauf schließt die zeitlich vorgängige Verpflichtung des Notars ein, ei-

72

73

1 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 76; *Link*, RNotZ 2009, 193, 202 f.; Tebben, RNotZ 2008, 441, 453.

2 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 76; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 30; Wicke, Rdnr. 15; Bednarz, BB 2008, 1584, 1860; Kort, GmbHR 2009, 169, 172.

3 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 77; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 31; Wicke, Rdnr. 15; Bednarz, BB 2008, 1854, 1860; Kort, GmbHR 2009, 169, 172; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 410.

4 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 76; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 185; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16.

5 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

6 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 78; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 32; Bayer, in: Liber Amicorum M. Winter, 2011, S. 9, 37; Hasselmann, NZG 2009, 486, 492; Herrler, NZG 2011, 536, 538; *Link*, RNotZ 2009, 193, 198; Preuß, ZGR 2008, 676, 681; Tebben, RNotZ 2008, 441, 453.

ne die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste zu erstellen<sup>1</sup>. Im Grundsatz ist für jede Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen eine gesonderte Gesellschafterliste einzureichen (**Konzept der Partikularpflicht**; s. Rdnr. 30; für Einreichungspflicht der Geschäftsführer s. Rdnr. 38). Dies gilt im Grundsatz auch, wenn **mehrere Veränderungen in einer Urkunde** ihre Ursache haben (z.B. Teilung eines Geschäftsanteils und Abtretung eines der gebildeten Teilgeschäftsanteile in derselben Notarurkunde). Allerdings ist hiervon eine Ausnahme zu machen, wenn mehrere Geschäftsanteile in einer Notarurkunde an verschiedene Personen mit gleicher Wirksamkeitswirkung abgetreten werden; es reicht dann *eine* geänderte Gesellschafterliste. Werden die Anteilsübertragungen hingegen zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam, sind mehrere Gesellschafterlisten zum Handelsregister einzureichen<sup>2</sup>. Das Erfordernis einer mehrfachen Einreichung gilt auch, wenn ein Geschäftsanteil nacheinander in einer Notarurkunde mehrfach übertragen wird<sup>3</sup>.

- 74 Die Erstellungspflicht ist eine Amtspflicht, der Notar bedarf insoweit **keines weiteren Auftrags durch die Beteiligten** oder gar eines – allerdings zulässigen – Entwurfs durch die Geschäftsführer (bzw. durch von diesen beauftragte Rechtsanwälte)<sup>4</sup>. Zum Zeichen der Verantwortungsübernahme schließt der Notar die Gesellschafterliste mit einer **Unterschrift** ab; sind Gesellschafterliste und Notarbescheinigung zu einem einheitlichen Dokument verbunden, genügt eine Unterschrift<sup>5</sup>.

#### d) Einreichungspflicht

- 75 Der Notar muss die Gesellschafterliste „**unverzüglich**“ (also ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) **nach Wirksamwerden der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen** beim Handelsregister einreichen (§ 40 Abs. 2 Satz 2). Zur Einreichung beim Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach der Länder (EGVP) s. Rdnr. 50 und zur Einreichung in öffentlich beglaubigter Form s. Rdnr. 85. Die Gesellschafterliste hat **materiell-rechtlich dem Rechtszustand am Tag der Einreichung der Gesellschafterliste zu entsprechen**<sup>6</sup>. Eventuelle **spätere Änderungen** am materiellen Rechtszustand (z.B. Eintritt auflösender Bedingung; Rückübertragung von Geschäftsanteilen aufgrund Rückübertragungsrege-

1 Ebenso *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 54; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 170; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 66; *Wachter*, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 45; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392; a.A. *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1000.

2 DNotI-Report 2011, 25 f.; *H. Schmidt*, NotBZ 2013, 13, 14.

3 *Wicke*, Rdnr. 4; *H. Schmidt*, NotBZ 2013, 13, 14.

4 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 170.

5 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 169; *Link*, RNotZ 2009, 207; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392; *Wicke*, NotBZ 2009, 14 Fn. 137; zur Verbindung von Gesellschafterliste und Notarbescheinigung mit einer Unterschrift OLG München v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, DNotZ 2009, 637 = GmbHR 2009, 825; LG Dresden v. 8.4.2009 – 42 HK T 10/09, ZIP 2009, 1765; dazu zust. *Wachter*, EWiR 2009, 641 f.; a.A. (zweimalige Unterschrift erforderlich) *H. Schmidt*, NotBZ 2013, 13, 14.

6 OLG Thüringen v. 28.7.2010 – 6 W 256/10, DB 2010, 2044 = GmbHR 2010, 1038 (Kapitalerhöhung); *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 178; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 13; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 33; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 9; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 414.

lung; Änderung der Gesellschafterstellung wegen rechtskräftigen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsurteils) hindern die Einreichungspflicht des Notars nicht<sup>1</sup>. Allerdings wird (nur) bei **Vorliegen und Kenntnis eines Nichtigkeitsgrundes** der Notar im Rahmen seiner eigenverantwortlichen Prüfung zur Wirksamkeit der Veränderung (hierzu Rdnr. 68) Zweifel hieran haben, die ihn an der Erstellung und Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste hindern<sup>2</sup>. In der Praxis ist es Notaren möglich, zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterlisten vor dortiger Aufnahme zurückzuziehen und damit eine Aufnahme zu verhindern. Der Mitwirkungsnotar kann schon vor dem Wirksamwerden der Veränderung die Gesellschafterliste erstellen, die Einreichung beim Handelsregister kann indes erst nach dem Wirksamwerden erfolgen<sup>3</sup>.

## 2. Übermittlung an die Gesellschaft (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2)

Nach Erstellung der geänderten Gesellschafterliste hat der Notar diese nicht nur an das Handelsregister, sondern zugleich auch eine einfache Abschrift an die Gesellschaft zu übermitteln (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2). Eine gesetzliche **Übermittlungsform** ist nicht geregelt, so dass auch eine Übersendung in elektronischer Form (z.B. per Email oder Telefax) genügt<sup>4</sup>. Die Übermittlung dient zum einen der Information der Geschäftsführer, die aufgrund ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht zur fortlaufenden Nachkontrolle der Gesellschafterliste verpflichtet sind (Rdnr. 39), zum anderen der Information der Geschäftsführer sowie der Gesellschafter in Bezug auf die aktuellen Gesellschafterverhältnisse und die Rechtswirkungen nach § 16<sup>5</sup>. Allerdings kommt es für die Rechtswirkungen des § 16 nicht auf den Inhalt der an die Gesellschaft übermittelten Gesellschafterliste, sondern alleine auf die konkret im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste an<sup>6</sup>. Bei Veränderungen in den Gesellschafterverhältnissen aufgrund von Anteilsübertragungen wird in der Praxis häufig notarseits die bei Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste auch an die an der Abtretung beteiligten Parteien übermittelt, und diese Übermittlungspflicht auch explizit in das Notarmandat aufgenommen<sup>7</sup>. Im Fall der **Führungslosigkeit der GmbH** erfolgt die Übermittlung der Gesellschafterliste an *einen* der Gesellschafter anstelle eines Geschäftsführers (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2)<sup>8</sup>.

76

1 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; vgl. auch *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 179 ff.

2 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 184.

3 OLG Thüringen v. 28.7.2010 – 6 W 256/10, DB 2010, 2044 = GmbHR 2010, 1038 (Kapitalerhöhung); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 13.

4 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 86; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 197; *Link*, RNotZ 2009, 193, 208; *Wachter*, ZNotP 2008, 373, 393.

5 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44 re.Sp.

6 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 87; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 197.

7 Für eine entsprechende Empfehlung vgl. auch *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 88; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 82; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 197; *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1861; *Link*, RNotZ 2009, 193, 209.

8 Ausf. *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 393; vgl. auch *Noack*, in: FS Hüffer 2010, S. 723, 728 f.; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 86; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 197.

### 3. Notarbescheinigung (§ 40 Abs. 2 Satz 2)

- 77 Der Umfang der Notarpflichten im Hinblick auf die Erstellung und die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste und deren Einreichung beim Handelsregister weicht in einem wesentlichen Punkt von den entsprechenden Geschäftsführerpflichten ab: Im Unterschied zum Geschäftsführer muss der Notar zusätzliche eine Bescheinigung ausstellen, aus der sich ergibt, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen der Notar mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 Satz 2). Diese Notarbescheinigung **ist der Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 nachgebildet**<sup>1</sup>, soll über die explizite Vorgabe eines Prüfungsprozesses und eines Prüfungsinhalts die **Richtigkeitsgewähr der notariell erstellten Gesellschafterliste erhöhen**<sup>2</sup> und ist insoweit **funktionales (nicht: rechtliches!) Äquivalent der handelsgerichtlichen Eintragungsverfügung bei eintragungspflichtigen Umständen**<sup>3</sup>. Die Notarbescheinigung bildet mit der notariellen Gesellschafterliste eine **funktionale Einheit**. Beide Dokumente sind von demselben Notar zu erstellen und zu unterzeichnen (eine einzige Unterschrift unter die verbundenen Dokumente ist ausreichend; s. Rdnr. 74); die isolierte Erstellung und Unterzeichnung der Notarbescheinigung durch einen dritten Notar ist nicht zulässig<sup>4</sup>. Die rechts-politisch überzeugende Regelung ist ein Element zur Richtigkeitsabsicherung der Gesellschafterliste, was wiederum Voraussetzung für die weitgehenden Rechtswirkungen der Gesellschafterliste (insbesondere die Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs auf der Grundlage dieses Rechtsscheinträgers) ist. Für die Aufnahme einer notariellen Gesellschafterliste in das Handelsregister ist die Übermittlung der Notarbescheinigung zwingende Voraussetzung<sup>5</sup>.

#### a) Bescheinigung

- 78 Auf der Grundlage des Gesetzeswortlauts in § 40 Abs. 2 Satz 2 lautet die Notarbescheinigung in der Praxis häufig in etwa wie folgt<sup>6</sup>: „*Die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Gesellschafterliste entsprechen den Veränderungen, an denen ich als Notar mitgewirkt habe (UR-Nr. .../vom ...). Die Gesellschafterliste stimmt im Übrigen mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom ... überein. Ort, Datum Unterschrift des Notars, Siegel*“. Allerdings ist die Verwendung des Gesetzeswortlauts oder eines ansonsten bestimmten Wortlauts nicht gesetzlich vorgeschrieben; es muss sich aus der Bescheinigung nur ebenso eindeutig wie aus dem Gesetzeswortlaut ergeben, dass die Eintragungen in der Gesellschafterliste – außer den vom Notar bescheinigten

1 Z.B. Wachter, ZNotP 2008, 378, 391; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 199.

2 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

3 Ähnl. Bohrer, MittBayNot 2010, 17, 19 f., krit. Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 198.

4 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 199.

5 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 79; Link, RNotZ 2009, 193, 204.

6 Formulierungsvorschläge bei D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1049; Link, RNotZ 209, 193, 206; Vossius, DB 2007, 2299, 2304; Wachter, GmbHR-Sonderheft 2008, 51, 58; Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 435; Wicke, NotBZ 2009, 1, 14.

Änderungen – mit dem Inhalt der sich aus dem Handelsregister ergebenden letzten Eintragung übereinstimmen<sup>1</sup>.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist der Bescheinigungsinhalt auf die **unmittelbare Vorgängerliste als Vergleichsdokument** abzustellen. Dabei reicht eine allgemeine Bezugnahme auf die zuletzt zum Register aufgenommene Gesellschafterliste nicht aus, sondern es ist die konkrete Vorgängerliste näher zu bezeichnen<sup>2</sup>. Die in der Gesellschafterliste enthaltenen Abweichungen zur Vorgängerliste müssen (obwohl sie nicht als solche, z.B. durch eine die Änderungen anzeigennde Markierungsfassung ersichtlich sind<sup>3</sup>) nicht im Einzelnen aufgeführt werden<sup>4</sup>.

Als **Tatsachenbescheinigung über eine notarielle Wahrnehmung** ist die Notarbescheinigung in die Urkundenrolle einzutragen (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 DONot)<sup>5</sup>. Von der Notarbescheinigung i.S. von § 40 Abs. 2 Satz 2 ist eine vom Notar aufgrund der Einsichtnahme in das Handelsregister ausgestellte Bescheinigung zu unterscheiden, dass die in der Gesellschafterliste ausgewiesenen Personen im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter gelten (Bescheinigung analog § 21 BNotO)<sup>6</sup>.

Sind in der Gesellschafterliste neben den gesetzlichen Mindestinhalten auch **sonstige Informationen**, insbesondere Angaben über dingliche Belastungen in einer Vermerkspalte (zur Zulässigkeit s. Rdnr. 26), aufgeführt, sind diese Informationen auch in der neu zu erstellenden Gesellschafterliste beizubehalten<sup>7</sup>. Dies entspricht der Rechtslage und Praxis bei Satzungsbescheinigungen nach § 54 im Hinblick auf unechte Satzungsbestandteile<sup>8</sup>. Ein ggf. zur Gesellschafterliste zu geordneter Widerspruch (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 3) wird von der Notarbescheinigung nicht erfasst, da der Widerspruch eben nicht Inhalt der Gesellschafterliste ist.

### b) Prüfungspflicht

Bei der Erstellung der Notarbescheinigung trifft den Notar eine nur sachlich und inhaltlich beschränkte Prüfungspflicht: In **sachlicher Hinsicht** wird durch die Notarbescheinigung nur bekundet, dass die Angaben in der Gesellschafterliste den (mutmaßlichen) Veränderungen entsprechen, an denen der Notar mitgewirkt hat. Die Wirksamkeit der Veränderung selbst wird nicht bescheinigt<sup>9</sup>. In

1 OLG Stuttgart v. 7.4.2011 – 8 W 120/11, GmbHR 2011, 542, 543.

2 Zutr. *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 83; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049; schwächer *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 200 („sollte“).

3 Missverständlich *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 83; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 200.

4 *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049.

5 Zutr. *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 83; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 171, 195; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049, a.A. *Link*, RNotZ 2009, 193, 207 [Verwahren durch Anheften oder Ankleben i.S. von § 18 Abs. 2 Spiegelstrich 2 DO-Not].

6 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 85.

7 Ebenso *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 201; a.A. *Melchior*, NotBZ 2010, 213, 216; *Wälzholz*, MittBayNot 2010, 68, 69.

8 *Priester/Veil*, 10. Aufl., § 54 Rdnr. 19; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 54 Rdnr. 11.

9 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 205; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392.

**inhaltlicher Hinsicht** bezieht sich die Prüfungspflicht nicht auf die Richtigkeit der Vorgängerliste und die rechtliche Wirksamkeit der dort enthaltenen Informationen<sup>1</sup>. Im Grundsatz hat er zwingend an die Vorgängerliste anzuknüpfen, und der Notar kann sich auf deren Inhalte verlassen<sup>2</sup>. Es gilt das **Prinzip der formellen Richtigkeit**<sup>3</sup>. Dies gilt nur dann **nicht, wenn die Vorgängerliste ohne weitere Nachforschungen erkennbar nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht** (z.B. Beteiligungsquoten in Prozent anstatt Nennbeträgen; Addition der Nennbeträge sämtlicher Geschäftsanteile weicht ohne weitere Erläuterungen vom Stammkapital ab)<sup>4</sup>. In diesem Fall muss der Notar die Erstellung der neuen Gesellschafterliste zurückstellen und die Geschäftsführer um Aufklärung des Sachverhalts und ggf. Berichtigung der Vorgängerliste ersuchen.

- 83 Trotz Erhalt des Bestätigungsberichts über den Eingang der Gesellschafterliste beim Handelsregister trifft den Notar – insoweit wie die Geschäftsführer (s. Rdnr. 52) – noch die weitere **Überwachungspflicht** im Hinblick darauf, ob das Handelsregister die Gesellschafterliste auch tatsächlich in die elektronische Registerakte übernommen hat (Grundlage der Rechtsscheinwirkungen nach § 16!) und ob bei der Aufnahme im Handelsregister etwa offenkundige Fehler aufgetreten sind (z.B. Zuordnung einer falschen Liste)<sup>5</sup>; weitere Kontrollpflichten bestehen aber nicht.

### c) Rechtswirkungen

- 84 Die Notarbescheinigung ist weder ein Rechtsscheinträger im Zusammenhang mit § 16<sup>6</sup> noch gesondert hiervon<sup>7</sup>. Umgekehrt entfaltet eine im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste auch ohne Notarbescheinigung die Rechtscheinwirkungen des § 16 Abs. 1 bis Abs. 3<sup>8</sup>. Allerdings wird das Registergericht die Aufnahme einer Gesellschafterliste im Handelsregister bei fehlender Notarbescheinigung als formell unrichtig verweigern (Rdnr. 94).

1 OLG München v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, ZIP 2009, 1421 = GmbHR 2009, 825; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 81; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 205; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396.

2 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 205; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 81; *Wachter*, ZNotP 2008, 373, 391 f.; vgl. auch DNotI-Report 2010, 53, 56 ff.

3 *Ebenso Terlau*, in: Michalski, Rdnr. 36.

4 *Ebenso Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 81; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1048; *Bohrer*, MittBayNot 2010, 17, 18; ähnl. auch *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.57; abw. (keine Ausnahme) *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 205 ff.

5 A.A. (keine Notarverpflichtung) *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 209; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 67; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 33; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14; *Wicke*, Rdnr. 17; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 15; *Wachter*, GmbHR-Sonderheft 2008, 51, 58.

6 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 84; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 210; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 65; *Wachter*, GmbHR-Sonderheft 2008, 51, 58.

7 OLG Stuttgart v. 7.4.2011 – 8 W 120/11, GmbHR 2011, 542, 543.

8 *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 210; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 493.

#### 4. Einreichung und Form

Im Fall der Notarzuständigkeit ist die Gesellschafterliste nicht nur in Form einer einfachen elektronischen Aufzeichnung einzureichen, sondern in signierter Form (§ 12 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 HGB)<sup>1</sup>, da die mit der Gesellschafterliste einzureichende Notarbescheinigung ein Vermerk i.S. des § 39 BeurkG ist. Der Notar kann die mit der Notarbescheinigung verbundene Gesellschafterliste auch elektronisch erstellen und elektronisch signieren (§ 39a Satz 1 i.V.m. § 39 BeurkG)<sup>2</sup>. Die Notareigenschaft wird durch die Verbindung der Notarbescheinigung mit dem Notarattribut auf der Signaturkarte bestätigt, die an die Stelle des Siegels tritt (§ 39a Satz 4 BeurkG)<sup>3</sup>. Bei diesem Vorgang handelt es sich um die Errichtung eines sonstigen Zeugnisses des Notars, mit der Folge, dass kein Beglaubigungs- oder Transfervermerk zu verwenden ist<sup>4</sup>. Die Übersendung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ist nur dann (ausnahmsweise) für die Einreichung der Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung erforderlich, wenn diese erst in Papierform erstellt wird<sup>5</sup>.

#### 5. Rechtsschutz

Rechtsschutz gegen einen Notar, der seine Pflichten aus § 40 Abs. 2 nicht erfüllt und damit seine Amtspflicht („Urkundstätigkeit“) verletzt, bietet die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO. Über die Beschwerde entscheidet eine Zivilkammer des LG, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat (§ 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO). Beschwerdeberechtigt ist der Antragsteller, der um die Vornahme der Amtstätigkeit (Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste) nachgesucht hat und dessen Antrag der Notar ganz oder teilweise – auch ohne Bescheid und ggf. durch konkludentes Verhalten<sup>6</sup> – abgelehnt hat (§ 59 Abs. 2 FamFG); dies sind potenziell die von den Eintragungen in der Gesellschafterliste Betroffenen. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Vorschriften des FamFG (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO). Das Beschwerdegericht verwirft die Beschwerde entweder als unzulässig oder unbegründet oder weist den Notar an, die begehrte Amtshandlung vorzunehmen bzw. zu unterlassen. Das Beschwerdegericht kann auch im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes eine einstweilige Anordnung treffen oder die vollziehende Verfügung des Notars aussetzen (§ 49 Abs. 2 FamFG). Gegen die Entscheidung des LG findet die Rechtsbeschwerde statt (§§ 70 ff. FamFG). Die Anweisung des Gerichts, die Erstellung und/oder Einreichung einer bestimmten Gesellschafterliste vorzunehmen oder zu unterlassen, bindet

1 LG Gera v. 7.10.2009 – 2 HK T 26/09, RNotZ 2010, 67 m. Anm. Mödl (anders noch LG Gera v. 18.6.2009 – 2 HK T 16/09, NotBZ 2009, 302); Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 195.

2 LG Trier v. 19.3.2009 – 7 HK T 1/09, NotBZ 2009, 423; Apfelbaum, DNotZ 2008, 711, 715; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 196; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 31; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 11; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 13.

3 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 196.

4 Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 196.

5 KG v. 20.6.2011 – 25 W 25/11, NZG 2012, 315 = NotBZ 2011, 394; Heidinger, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 196; a.A. OLG Thüringen v. 25.5.2010 – 6 W 39/10, DNotZ 2010, 793 = GmbHR 2010, 760.

6 Vgl. OLG Düsseldorf v. 26.11.1997 – 3 Wx 483/97, DNotZ 1998, 747, 748.

den Notar und entlastet ihn gleichzeitig haftungsrechtlich<sup>1</sup>. Der Notar kann – zur Vermeidung des Anscheins einer Parteilichkeit – in einem beschwerdefähigen Vorbescheid ankündigen, er werde einem bestimmten Antrag eines Beteiligten stattgeben, wenn keiner der zum Verfahren hinzugezogenen Beteiligten binnen einer bestimmten Frist Beschwerde einlegt<sup>2</sup>. Zur Notarhaftung nach § 19 BNotO s. Rdnr. 102 f.

## 6. Gebühren

- 87 Nach dem neuen „**Gerichts- und Notarkostengesetz**“ (GNotKG)<sup>3</sup>, das die Kostenordnung zum 1.8.2013 ersetzt hat, wird der Notar für die Fertigung, Änderung oder Ergänzung der **Gesellschafterliste** eine gesonderte Vollzugsgebühr erhalten<sup>4</sup>. Sofern der Notar gleichzeitig eine Gebühr für das Beurkundungsverfahren oder für die Fertigung eines Entwurfs erhält<sup>5</sup>, beträgt der Gebührensatz 5/10 (Nr. 22110 KV), wenn die Gebühr für das zugrundeliegende Beurkundungsverfahren 20/10 beträgt (z.B. bei der Anteilsabtretung; Nr. 21100 KV), bei geringeren Gebühren reduziert sich der Gebührensatz auf 3/10 (Nr. 22111 KV). Der Geschäftswert soll in Zukunft dem Geschäftswert des zugrundeliegenden Beurkundungsverfahrens entsprechen (§ 112 GNotKG); die Vollzugsgebühr darf indes nie mehr als 250 Euro betragen (Nr. 22113 KV).
- 88 Die **Notarbescheinigung** nach § 40 Abs. 2 Satz 2 soll auch in Zukunft in der Regel ein gebührenfreies Nebengeschäft bleiben (vgl. Nr. 22200 Nr. 6 KV). Eine Ausnahme soll allerdings dann gelten, wenn der Notar für die Bescheinigung Umstände prüfen muss, die außerhalb der betroffenen Urkunde liegen, z.B. bei der Prüfung des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung. Dann erhält der Notar zusätzlich eine 5/10-Betreuungsgebühr (Nr. 22200 Nr. 6 KV), deren Geschäftswert wie bei der Beurkundung zu bestimmen ist (§ 113 GNotKG), und zwar ohne Gebührenhöchstgrenze.

## VI. Zuständigkeiten und Pflichten ausländischer Notare

- 89 Der Normbefehl zur Erstellung und Einreichung einer Gesellschafterliste trifft aufgrund des völkerrechtlichen **Territorialitätsprinzips** nur deutsche Notare,

1 KG v. 27.10.1970 – 1 W 12222/70, DNotZ 1971, 494, 496; BayObLG v. 4.1.1972 – 2 Z 127/71, DNotZ 1972, 371, 372; *Frenz*, in: *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 15 BNotO Rdnr. 50, 54; *Reithmann*, in: *Schippel/Bracker*, 9. Aufl. 2011, § 15 BNotO Rdnr. 99.

2 Zur Zulässigkeit eines beschwerdefähigen Vorbescheids nach dem FamFG *Reithmann*, in: *Schippel/Bracker*, 9. Aufl. 2011, § 15 BNotO Rdnr. 65, 75; *Sandkühler*, DNotZ 2009, 595, 596 ff.; zum Vorbescheid allgemein *Hertel*, in: *FS Notarkammer Pfalz*, 2003, S. 167 ff.

3 BGBI. I 2013, 2586; zum Regierungsentwurf *Pfeiffer*, NZG 2013, 244 ff.

4 Vgl. Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Anlage 2 zu § 34 Abs. 3 GNotKG. Damit hat sich der Streit um die gebührenrechtliche Behandlung von Erstellung und Änderung der Gesellschafterliste nach der KostO erledigt; ebenso *Pfeiffer*, NZG 2013, 244, 247; vgl. zum Streit die 10. Aufl., Rdnr. 87.

5 Andernfalls gelten Nrn. 22120 und 22121 KV gemäß Vorbemerkung 2.2.1.2 Nr. 1 der Anlage 2 zu § 34 Abs. 3 GNotKG, mit der Folge einer Erhöhung des Gebührensatzes.

nicht jedoch einen ausländischen Notar<sup>1</sup>. Da nach der hier vertretenen Auffassung die Auslandsbeurkundung von Anteilsabtretungen an einer deutschen GmbH weiterhin zulässig ist (s. ausf. § 15 Rdnr. 81 ff.), stellt sich weiter die Frage, ob der an der Beurkundung der Anteilsabtretung mitwirkende, als „gleichwertig“ anzusehende ausländische Notar wenigstens berechtigt ist, eine diese Veränderung abbildende Gesellschafterliste zu erstellen und beim Handelsregister einzureichen. Nach einer jüngeren Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>2</sup> und einer stark vertretenen Meinung in der Literatur<sup>3</sup> ist ein solchermaßen qualifizierter ausländischer Notar dann zur Einreichung einer Gesellschafterliste berechtigt, wenn er *kraft Auftrags durch die GmbH* (nicht: *kraft Auftrags durch die Beteiligten*) handelt; eine Berechtigung *in eigener Kompetenz* wird hingegen weithin nicht angenommen<sup>4</sup>. Diese Auffassung wird vor allem damit begründet, dass in den Fällen, in denen das deutsche Recht eine Beurkundung durch den ausländischen Notar als der Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig anerkennt, keine Anhaltspunkte im Gesetz erkennbar seien, die gegen eine Eignung des ausländischen Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste (eine Folgeaufgabe) sprechen könnten<sup>5</sup>.

Dieser Ansicht ist – mit einer neuen Entscheidung des OLG München<sup>6</sup> – nicht zu folgen: Die **Beauftragung eines Dritten zur Erstellung und Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste in deren eigenem Namen widerspricht dem Konzept der sich wechselseitig ausschließenden Gleichordnungszuständigkeit von Geschäftsführern und deutschen Mitwirkungsnotaren; tertium non datur**. Bei den Pflichten der Geschäftsführer und des Mitwirkungsnotars handelt es sich um höchstpersönliche, nicht delegierbare Amtspflichten, deren Verletzung nach § 40 Abs. 3 (Geschäftsführer) bzw. § 19 BNotO (Mitwirkungsnotar) durch zwingende Haftungsvorschriften sanktioniert wird, die einen Dritten, auch den ausländischen Notar, nicht treffen. Die etwaige Vereinbarung einer vertraglichen Haftung ist im Hinblick auf die erheblichen Rechtswirkungen der Gesellschafterliste nicht ausreichend. Ferner bestehen auch praktische Schwierigkeiten bei der Einreichung von Gesellschafterlisten durch ausländische Notare, zum Bei-

90

1 OLG Düsseldorf v. 2.3.2011 – 3 Wx 236/10, GmbHR 2011, 417, 418 m. Anm. *Ulrich/Marniok*; OLG München v. 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, NZG 2013, 340 = GmbHR 2013, 269; vgl. auch *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 224; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 27; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 69; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 18; *Breitenstein/Meyding*, BB 2006, 1457, 1460; *Goetze/Bressler*, NZG 2007, 894, 986; *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 688; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396.

2 OLG Düsseldorf v. 2.3.2011 – 3 Wx 236/10, ZIP 2011, 564, 567 = GmbHR 2011, 417, 420 m. insoweit krit. Anm. *Ulrich/Marniok*; abl. *Stüß*, DNotZ 2011, 414, 422.

3 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 14; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 9; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 408, 411; *Krause*, BB 2009, 2501, 2502; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Kanzleiter*, in: FS Roth, 2011, S. 355, 357; weitergehend sogar *Reithmann*, GmbHR 2009, 699, 701 (Verpflichtung zur Ausstellung einer Notarbescheinigung).

4 So jetzt aber *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 628 ff.

5 Z.B. OLG Düsseldorf v. 2.3.2011 – 3 Wx 236/10, ZIP 2011, 564, 567 = GmbHR 2011, 417, 420.

6 OLG München v. 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, NZG 2013, 340 = GmbHR 2013, 269; zust. *Hasselmann*, NZG 2013, 325, 327 f.; abl. *Herrler*, GmbHR 2013, 617 ff.

spiel wäre bei einer Einreichung durch Schweizer Notare im Hinblick auf die elektronisch signierte Bilddatei an sich eine Apostille erforderlich (allerdings könnte sich der ausländische Notar eines deutschen Notars als Boten bedienen). Schließlich besteht auch kein praktisches Bedürfnis für eine Einreichungsberechtigung eines ausländischen Notars, da die dann einreichungsverpflichteten Geschäftsführer<sup>1</sup> einen ausländischen Notar zur Vorbereitung der Gesellschafterliste als Gehilfen und für die Einreichung als Boten heranziehen können<sup>2</sup>. Durch die Einschaltung von **Vorbereitungsgehilfen und Einreichungsboten** werden die Geschäftsführer allerdings nicht von ihren persönlichen Amtspflichten befreit<sup>3</sup>. Ein deutscher Notar ist in keinem Fall berechtigt noch gar verpflichtet, eine im Hinblick auf eine von einem ausländischen Notar beurkundete Anteilsübertragung geänderte Gesellschafterliste sowie Notarbescheinigung zu erstellen und einzureichen<sup>4</sup>.

## VII. Handlungspflichten des Handelsregisters

### 1. Aufnahme in das Handelsregister

- 91 Die Rechtswirkung der Gesellschafterliste entsteht zeitlich erst und sachlich mit ihrer Aufnahme im Handelsregister (vgl. § 16 Abs. 1 und Abs. 3). Das Registergericht hat die Gesellschafterliste im Handelsregister **in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten, elektronisch geführten und online zugänglichen Registerordner** (§ 9 Abs. 1 HRV) aufzunehmen<sup>5</sup>. Demgemäß ist für die Begründung der Rechtswirkungen der Gesellschafterliste die **Speicherung im Registerordner** vorausgesetzt; die bloße Einreichung im Sinne eines Zugangs der Daten in der Handelsregistersphäre ist nicht ausreichend<sup>6</sup>. Allerdings ist mit der Regierungsbegründung davon auszugehen, dass auch eine Gesellschafterliste im sog. Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV a.F.) als aufgenommen i.S. von § 16 Abs. 1 gilt<sup>7</sup>.
- 92 Für die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister fällt nach § 1 HRegGebV (Anlage I Nr. 5002) eine **Gebühr** an, und zwar unabhängig davon, ob die Geschäftsführer oder der Mitwirkungsnotar die Liste einreicht<sup>8</sup>. Art. 4 (Änderung der HRegGebV) des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes<sup>9</sup> sieht insofern keine Änderungen vor.

1 Zutreffend OLG München v. 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, NZG 2013, 340 = GmbHR 2013, 269; zust. *Hasselmann*, NZG 2013, 325, 327 f.

2 *Hasselmann*, NZG 2013, 325, 328.

3 *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 27; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 71; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 18; *Olk*, NZG 2011, 381, 383; *Hasselmann*, ZIP 2010, 2486, 2490; *Hasselmann*, NZG 2013, 325, 328.

4 *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 227; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 27; *Wicke*, Rdnr. 12; *Berninger*, GmbHR 2009, 679, 682; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

5 Einzelheiten bei *Melchior*, NotBZ 2006, 409 ff.; *Seibert/Wedemann*, GmbHR 2007, 17 ff.

6 *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 230; *Noack*, DB 2007, 1395, 1399.

7 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 37; vgl. auch *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 230.

8 OLG München v. 30.6.2010 – 34 Wx 026/10, NZG 2010, 1231; *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 230; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 15.

9 BGBl. I 2013, 2586.

## 2. Prüfungspflicht des Handelsregisters

Mit § 40 i.d.F. des MoMiG hat der Gesetzgeber zwar die Bedeutung der Gesellschafterliste deutlich erhöht, gleichzeitig aber eine private Prüfung und Erstellung der Gesellschafterliste nach Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen statuiert, und zwar in bewusster Ablehnung des Konzepts einer Eintragung der Gesellschafterstellung im Handelsregister mit entsprechender Prüfung durch das Registergericht (s. Rdnr. 91). Insoweit ist es konsequent, dass die Regierungsbegründung<sup>1</sup> konstatiert, dass dem Registergericht keine inhaltliche Prüfungspflicht bezüglich der Gesellschafterliste zukommt, und feststellt: „Das Handelsregister ist nicht prüfende Stelle“<sup>2</sup>. Diese Leitlinie, der zufolge das Registergericht *im Grundsatz* weder verpflichtet noch berechtigt ist, den Inhalt der Gesellschafterliste auf seine Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage zu prüfen (materielles Prüfungsrecht), wird in der bisherigen Rechtsprechung und von der Literatur praktisch ausnahmslos geteilt. Allerdings besteht richtigerweise trotz dieser Ausgangslage eine **beschränkte Prüfungspflicht** des Registergerichts, die allerdings hinter der Prüfungspflicht des Registergerichts zu § 40 a.F.<sup>3</sup> zurückbleibt:

Dem Registergericht kommt zunächst ein **formales Prüfungsrecht** im Hinblick darauf zu, ob die eingereichte Gesellschafterliste überhaupt als eine solche Liste i.S. von § 40 qualifiziert, da nur solche in den Registerordner aufzunehmen ist<sup>4</sup>. So hat das Registergericht z.B. zu prüfen, ob die Gesellschafterliste unterschrieben ist oder bei Notareinreichung eine Notarbescheinigung i.S. von § 40 Abs. 2 Satz 2 beigefügt ist; andernfalls handelt es sich um formell fehlerhafte „Nichtlisten“, deren Aufnahme im Handelsregister abgelehnt werden muss. Besondere Pflichten des Registergerichts im Hinblick auf die Prüfung der Authentizität des Einreichers bestehen nicht; eine solche Verpflichtung wäre auch praktisch nicht durchführbar<sup>5</sup>. Darüber hinaus kommt dem Registergericht ein sehr beschränktes, **materielles Prüfungsrecht** im Hinblick auf eine offensichtliche inhaltliche Unrichtigkeit zu, das eine gewisse Plausibilitätskontrolle der Gesellschafterliste einschließt, ohne dass das diesbezügliche Prüfungsrecht demjenigen bei der Prüfung von Handelsregisteranmeldungen nahe kommt. So hat das Registergericht Gesellschafterlisten mit dem Ersuchen um Sachverhaltsaufklärung bzw. ggf. Begrichtigung zurückzuweisen, wenn die dort enthaltenen Angaben offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen (sog. Evidenzfälle)<sup>6</sup>. Die Praxis einiger Registergerichte, trotz Aufnahme der eingereichten Gesellschafterliste ergänzend Hinweise zu möglichen Fehlern in der Gesellschafterlis-

1 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 44 li. Sp.

2 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 38 re. Sp.

3 Hierzu nur *Uwe H. Schneider*, 10. Aufl., Rdnr. 22.

4 Vgl. OLG München v. 26.1.2012 – 31 Wx 13/12, GmbHR 2012, 399, 400; OLG Frankfurt v. 17.1.2011 – 20 W 378/10, GmbHR 2011, 823, 825 f.; OLG Bamberg v. 2.2.2010 – 6 W 40/09, GmbHR 2010, 594 m. Anm. *Wachter, Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490.

5 Hierzu aufs. *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 241.

6 I.E. ebenso *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 11; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039; *Link*, RNotZ 2009, 193, 209; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 395; *Wachter*, ZNotP 2008, 376, 386.

te zu geben, ist gesetzeskonform<sup>1</sup>. Der BGH hat die Frage eines materiellen Prüfungsrechts und dessen Konturierung bislang ausdrücklich offen gelassen<sup>2</sup>.

### 3. Rechtsschutz

- 95 Eine die Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister verweigernde Verfügung des Registergerichts ist eine gesetzlich nicht geregelte sonstige gerichtliche Verfügung<sup>3</sup>. Hiergegen ist die **Beschwerde** nach §§ 58, 59 bzw. § 382 Abs. 4 FamFG zulässig<sup>4</sup>. Dem Notar kommt wegen seiner Amtspflichtstellung ein eigenständiges Beschwerderecht zu<sup>5</sup>. Eine gesetzliche Rechtsgrundlage für die Amtslösung einer Gesellschafterliste, die in das Handelsregister aufgenommen wurde, besteht nicht, insbesondere sind die §§ 393 ff. FamFG (Amtslösung von Eintragungen im Handelsregister) nicht anwendbar, da die Aufnahme der Gesellschafterliste keine Handelsregistereintragung ist<sup>6</sup>. Eine fehlerhafte Gesellschafterliste lässt sich nur mit Wirkung *pro futuro* durch Aufnahme einer neuen, geänderten Gesellschafterliste korrigieren; hierfür sind die Geschäftsführer zuständig (s. Rdnr. 32 ff.).

1 OLG Frankfurt v. 22.11.2010 – 20 W 333/10, GmbHR 2011, 198, 200 f. („sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit“) m. abl. Anm. *Biebinger*; OLG Frankfurt v. 17.1.2011 – 20 W 378/10, GmbHR 2011, 823, 826 („sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit“); OLG Thüringen v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598; OLG München v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, GmbHR 2009, 1211 m. Anm. *Riemenschneider*; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 13; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 395; *Wachter*, NZG 2009, 1001, 1003; vgl. auch *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 240; weitergehend (Empfehlung an die Registergerichte) *Melchior*, NotBZ 2010, 213, 217.

2 BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474, 475 (Rdnr. 12) m. Anm. *Heidinger* und *Wachter*, EWiR 2011, 279; vgl. auch *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 15.

3 *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 243; *Wachter*, NZG 2009, 1001, 1003; abw. (Zwischenverfügung) LG Augsburg v. 28.4.2009 – 2 HK T 902/09, NZG 2009, 1032; LG Gera v. 18.6.2009 – 2 HK T 16/09, NotBZ 2009, 332.

4 Vgl. OLG Hamm v. 1.12.2009 – 15 W 304/09, GmbHR 2010, 205; OLG München v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, ZIP 2009, 1421 = GmbHR 2009, 825; OLG München v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NZG 2009, 1192 = GmbHR 2009, 1211; OLG Jena v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, NZG 2010, 591 = GmbHR 2010, 598; *Kafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1105; *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 243; *Schulte*, GmbHR 2010, 1128, 1129.

5 BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474 m. Anm. *Heidinger*; OLG Frankfurt v. 22.11.2010 – 20 W 333/10, GmbHR 2011, 198 m. abl. Anm. *Biebinger*; OLG Thüringen v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, NZG 2010, 591 = GmbHR 2010, 598; OLG Thüringen v. 28.7.2010 – 6 W 256/10, DB 2010, 2044 = GmbHR 2010, 1038; OLG Hamburg v. 12.7.2010 – 11 W 51/10, NZG 2010, 1157 = GmbHR 2011, 32; OLG Bamberg v. 2.2.2010 – 6 W 40/09, GmbHR 2010, 594; a.A. OLG Köln v. 7.5.2010 – 2 Wx 20/10, FGPrax 2010, 202 = GmbHR 2011, 141; *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 243.

6 *Heidinger*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 244; *Wicke*, Rdnr. 6a.

## VIII. Haftung

### 1. Haftung des Geschäftsführers

#### a) Pflichtverletzung und Verschulden

Nach § 40 Abs. 3 haften die „Geschäftsführer, welche die ihnen nach Abs. 1 obliegende Pflicht verletzen, [...] als Gesamtschuldner“. **Haftungstatbestände** sind demnach (d.h. nach dem Verweis auf Abs. 1) (i) die Nicht-Einreichung einer an sich geforderten Gesellschafterliste, (ii) die verspätete Einrichtung einer Gesellschafterliste und (iii) die Einreichung einer sachlich unrichtigen Gesellschafterliste<sup>1</sup>. Die Haftung nach § 40 Abs. 3 setzt **Verschulden** voraus<sup>2</sup>. Dies liegt dann vor, wenn der Geschäftsführer (i) von der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen (Fälle der Nicht-Einreichung oder verspäteten Einreichung) oder (ii) von der materiellen Unrichtigkeit der von ihm eingereichten Gesellschafterliste (Fälle der Einreichung einer inhaltlich unrichtigen Gesellschafterliste) Kenntnis hat oder bei Anwendung gebührender Sorgfalt haben musste. Allerdings dürfen die Geschäftsführer im Grundsatz auf die Eintragung in der Vorgängerliste, insb. auf die Berechtigung der in der Vorgängerliste eingetragenen Gesellschafter, vertrauen<sup>3</sup>. Ein Geschäftsführer handelt demgegenüber schulhaft, wenn er z.B. einen Scheinerben ohne Vorlage eines Erbscheins oder einer notariellen Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsniederschrift in die Gesellschafterliste einträgt<sup>4</sup>.

Für Schadensersatzansprüche nach § 40 Abs. 3 sind nicht nur die Gläubiger der Gesellschaft anspruchsberechtigt, sondern auch die Personen, die entweder zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung Gesellschafter sind oder dies zuvor waren, und im Hinblick auf die eine Veränderung eingetreten ist, die den Gegenstand der fraglichen Gesellschafterliste bildet<sup>5</sup>. Für alle sonstigen Gesellschafter scheidet eine Haftung nach § 40 Abs. 3 aus, und dies entspricht auch dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Direkthaftung der Geschäftsführer wegen Verletzung ihrer Organpflichten gegenüber den Gesellschaftern nicht besteht<sup>6</sup>. Ebenso wenig sind von § 40 Abs. 3 die Personen geschützt, die zwar niemals Gesellschafter waren, aber im Vertrauen auf die Richtigkeit der Gesellschafterliste davon ausgegangen sind, einen Geschäftsanteil an der Gesellschaft erworben zu haben

1 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 94; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 44; Wicke, Rdnr. 20; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 414; Reichert/Weller, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.49; Uwe H. Schneider, GmbHR 2009, 393; verkürzend allerdings Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 43 f. (Haftung bei falscher Ausfertigung der Gesellschafterliste).

2 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 43 f.; vgl. auch Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 95; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 44; Kort, GmbHR 2009, 393, 396; Uwe H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 394.

3 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 95; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 794.

4 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 93; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 95; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 794.

5 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 43 f.; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 96; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 47; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 794.

6 Uwe H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 394.

(z.B. Scheitern eines gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 mangels Ablaufs der 3-Jahres-Frist)<sup>1</sup>. Schließlich werden von § 40 Abs. 3 auch nicht die Fälle erfasst, bei denen eine zu Unrecht in der Gesellschafterliste eingetragene Person, die materiell-rechtlich niemals Gesellschafter war, dadurch Schaden erleidet, dass gegen sie (i) unter Verweis auf § 16 Abs. 1 Ansprüche auf Einlageleistung (§ 16 Abs. 2, § 24 Abs. 3), (ii) auf Erstattung verbotener Rückzahlungen nach § 31 oder (iii) auf Schadensersatz wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB erhoben werden<sup>2</sup>.

### b) Schaden

- 98 Zu den nach § 40 Abs. 3 ersatzfähigen **Schäden von Gesellschaftsgläubigern** gehören z.B. solche, die dadurch entstehen, (i) dass dieser zunächst die in der Gesellschafterliste materiell-rechtlich zu Unrecht eingetragene Person erfolglos als Gesellschafter in Anspruch nimmt, (ii) dass dieser den nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter mit Kostenaufwand ermitteln muss oder (iii) dass die Durchsetzung von Ansprüchen gegen den in der Gesellschafterliste nicht eingetragenen Gesellschafter wegen Zeitablaufs an dessen Vermögenslosigkeit oder an einer Anspruchsverjährung scheitert<sup>3</sup>. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschafter nach der BGH-Rechtsprechung auf Fälle der Deliktshaftung und der Haftung wegen Vermögensvermischung beschränkt sind; die Haftung des Gesellschafters aus existenzvernichtenden Eingriff nach § 826 BGB ist nun als Innenhaftung gegenüber den Gesellschaft konzipiert. Für solche Ansprüche aus Innenhaftung, die ein Gesellschaftsgläubiger gegen einen Gesellschafter als Drittschuldner nach Pfändung von Ansprüchen der Gesellschaft geltend machen kann, kommt dem Gläubiger nun die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 zugute<sup>4</sup>.
- 99 Zu den nach § 40 Abs. 3 ersatzfähigen **Schäden von in der Gesellschafterliste nicht eingetragenen Gesellschaftern** gehören z.B. solche, die dadurch entstehen, (i) dass dieser Geschäftsanteile an einen Dritten durch gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 verliert oder (ii) dass eine zu Unrecht in die Gesellschafterliste eingetragene Person Vermögensrechte (Gewinnrecht, Bezugsrecht, Recht auf den Liquidationserlös) oder Verwaltungsrechte (Stimmrechte, Anfechtungsrecht) zum Nachteil des materiell-rechtlichen Gesellschafters tatsächlich ausübt<sup>5</sup>. Von § 40 Abs. 3 werden auch solche Schäden erfasst, die ein zu Unrecht noch eingetragener, ehemaliger Gesellschafter dadurch erleidet, dass gegen ihn (i) unter Verweis auf § 16 Abs. 1 Ansprüche auf Einlageleistung (§ 16 Abs. 2, § 24 Abs. 3), (ii) auf

1 Paefgen, in: Ulmer Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 96.

2 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 96; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35.

3 Vgl. Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 97; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 18; Gustavus, GmbHR 1998, 18, 19. – Dies entspricht alles der Rechtslage zu § 40 a.F, s. Uwe H. Schneider, 10. Aufl., § 40 Rdnr. 27.

4 Zutr. Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 97.

5 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 98; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 414; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 47.

Erstattung verbotener Rückzahlungen nach § 31 oder (iii) auf Schadensersatz wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB erhoben werden<sup>1</sup>.

Den auf Schadensersatz klagenden Gläubigern bzw. (ehemaligen) Gesellschaftern kommt nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG analog (in Verbindung mit § 43 Abs. 2) eine **Umkehr der Darlegungs- und Beweislast** sowohl im Hinblick auf die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerhandelns als auch für dessen Verschulden zugute<sup>2</sup>. Nach allgemeinen Grundsätzen (§ 43 Abs. 2) muss sich der Geschäftsführer indes erst dann entlasten, wenn vom Kläger die Möglichkeit dargetan wird, dass er seiner Bestellungs- und Einreichungspflicht zumindest fahrlässig nicht nachgekommen ist<sup>3</sup>.

### c) Kausalität

Die Haftung nach § 40 Abs. 3 setzt **Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem tatsächlich entstandenen Schaden** voraus<sup>4</sup>. Für den Fall des Anteilsverlusts wegen gutgläubigen Erwerbs durch einen Dritten bedeutet dies: Eine ausreichende Kausalitätsbeziehung liegt vor, wenn es sich bei der von dem in Anspruch genommenen Geschäftsführer eingereichten Gesellschafterliste zum Zeitpunkt des gutgläubigen Erwerbs um die letzte im Handelsregister eingereichte Liste handelte; eine tatsächliche Einsichtnahme in die Gesellschafterliste durch den gutgläubig erwerbenden Dritten ist nicht erforderlich<sup>5</sup>.

101

## 2. Haftung des Notars

§ 40 Abs. 3 findet auf Notare keine Anwendung. Notare können allerdings nach **§ 19 BNotO** haften, wenn diese (i) die Gesellschafterliste nicht oder (ii) verspätet oder (iii) mit fehlerhaftem Inhalt einreichen oder (iv) die Abschrift der Gesellschafterliste nicht oder verspätet an die Gesellschaft übermitteln oder (v) ihre (beschränkten) Überwachungspflichten nach Einreichung verletzen<sup>6</sup>. Im Rahmen des § 19 BNotO kommt eine Haftung sowohl gegenüber Gesellschaftsgläubigern als auch gegenüber denjenigen in Betracht, deren Beteiligung sich geändert hat<sup>7</sup>.

102

1 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 98; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35.

2 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 100; abw. (Umkehr der Darlehens- und Beweislast nur für das Verschulden) *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35; *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 18.

3 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 100.

4 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 99; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 44.

5 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 99; a.A. *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 18.

6 Vgl. *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 101; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 415; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 72; *Wicke*, Rdnr. 21; *Terlau*, in: Michalski, Rdnr. 45; *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.62; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

7 *Terlau*, in: Michalski, Rdnr. 45.

- 103 Der Notar kann seine Amtshaftung für die Unrichtigkeit der eingereichten Gesellschafterliste nach § 19 BNotO insoweit ausschließen, (i) als er den Beteiligten seiner Mitwirkungshandlung durch einen Vorbescheid ankündigt, dass er die Einreichung einer bestimmten Gesellschafterliste beabsichtigt, und (ii) die Bescheidempfänger keine Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO einlegen<sup>1</sup>.

## IX. Übergangsfälle

- 104 Der MoMiG-Gesetzgeber hat **weder für die Pflichten der Geschäftsführer noch für diejenigen der Notare eine ausdrückliche Übergangsregel vorgesehen**, insbesondere nicht für die Frage der Berichtigung von unrichtigen Gesellschafterlisten, die vor MoMiG-Inkrafttreten am 1.11.2008 eingereicht wurden. Die Übergangsregelung in § 3 Abs. 3 EGGmbHG bezieht sich nur auf den gutgläubigen Anteilsvertrag aufgrund von Eintragungen in der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 3, nicht aber auf die Erstellung der Gesellschafterliste als solcher<sup>2</sup>. Es ist zwischen den Pflichten der Geschäftsführer und derjenigen der Notare zu unterscheiden:
- 105 Die **Geschäftsführer** unterlagen bereits vor MoMiG-Inkrafttreten einer Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung von Gesellschafterlisten, so dass sich insoweit keine Übergangsfragen stellen. Ihnen kommt die Zuständigkeit für die Berichtigung von unrichtigen Gesellschafterlisten zu, die vor dem MoMiG-Inkrafttreten beim Handelsregister eingereicht wurden<sup>3</sup>; es ist dabei unbedeutlich, ob die Geschäftsführer bereits bei der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen schon Organpersonen waren. Dies gilt auch dann, wenn die vor MoMiG-Inkrafttreten eingetretene Veränderung auf einer notariell beurkundeten Anteilsübertragung beruht und eine geänderte Gesellschafterliste im Rahmen einer Beschwerdeschrift des Notars dem Handelsregister zugegangen ist<sup>4</sup>. Die Berichtigung einer vor MoMiG-Inkrafttreten eingereichten Gesellschafterliste nach dem 1.11.2008 muss die MoMiG-Rechtslage (z.B. § 5 Abs. 3 Satz 3) nicht beachten, wenn die Veränderung vor dem 1.11.2008 eingetreten ist und keine spezielle, abweichende Übergangsvorschrift für die materielle Norm besteht<sup>5</sup>.
- 106 Da für **Notare** vor dem MoMiG-Inkrafttreten keine Pflicht zur Einreichung von Gesellschafterlisten bestand, findet der Normbefehl nach § 40 Abs. 2 nur im Hinblick auf solche notariellen Mitwirkungshandlungen Anwendung, die nach MoMiG-Inkrafttreten (d.h. ab dem 1.11.2008) erfolgt sind<sup>6</sup>. Eine solche notarielle Mitwirkungshandlung kann sich auch auf eine vor dem MoMiG-Inkrafttreten erfolgte notarielle beurkundete Anteilsabtretung beziehen, nämlich wenn eine in dem Abtretungsvertrag enthaltene aufschiebende Bedingung erst nach dem 30.10.2008 eintritt und auch die Mitwirkungshandlung des Notars erst hiernach

1 OLG Düsseldorf v. 27.2.1986 – 18 U 174/85, DNotZ 1987, 562; *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 102; *Link*, RNotZ 2009, 193, 201; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 453.

2 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 103.

3 *Paefgen*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 103; *Berninger*, GmbHR 2009, 679, 682 f.; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411.

4 KG Berlin v. 23.2.2012 – 25 W 97/11, GmbHR 2012, 686, 687.

5 OLG München v. 30.1.2012 – 31 Wx 483/11, GmbHR 2012, 398, 399.

6 *Terlau*, in: *Michalski*, Rdnr. 46; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 392; DNotI-Gutachten v. 5.2.2009 Nr. 91184; DNotI-Gutachten v. 5.1.2009, Nr. 90388.

erfolgt. In diesem Fall hat der Notar nach allgemeinen Grundsätzen die Altliste durch Erstellung und Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste zu berichtigen<sup>1</sup>.

Die Verpflichtung zur Erteilung einer Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 ist auch dann gefordert, wenn die zuletzt beim Handelsregister eingereichte Vorgängerliste vor dem MoMiG-Inkrafttreten in Handelsregister aufgenommen wurde<sup>2</sup>. Vor dem MoMiG-Inkrafttreten im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten bedürfen im Hinblick auf die jetzt erforderliche Nummerierung der Geschäftsanteile erst dann einer Anpassung an § 40 n.F., wenn die Aktualisierung der Gesellschafterliste aus anderen Gründen erforderlich wird; die fehlende Nummerierung begründet für sich alleine keine Berichtigungspflicht<sup>3</sup>.

## § 41 Buchführungspflicht

**Die Geschäftsführer sind verpflichtet, für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen.**

Text i.d.F. des Bilanzrichtlinien-Gesetzes vom 19.12.1985 (BGBl. I 1985, 2355).

## Inhaltsübersicht

<b>I. Inhalt und Bedeutung der Vorschrift</b>	
1. Entwicklung .....	1
2. Öffentlich-rechtliche Verpflichtung .....	3
<b>II. Verpflichtung der Geschäftsführer</b>	
1. Personen des Verpflichteten	
a) Geschäftsführer .....	4
b) Delegation .....	5
c) Buchführungskenntnisse .....	7
2. Folgen der Pflichtverletzung .....	8
<b>III. Umfang der Verpflichtung</b>	9

**Schrifttum:** Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012; Biener/Berneke, Bilanzrichtlinien-Gesetz, 1986, S. 544 ff.; Crezelius, Was ist Recht im Bilanzrecht?, ZIP 2003, 461; Groß, Deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, ZGR 1998, 551; Schnorr, Geschäftsleiteraußenhaftung für fehlerhafte Buchführung, ZHR 170 (2006), 9; Stapelfeld, Außenhaftung des Geschäftsführers bei Verletzung der Buchführungspflicht, GmbHR 1991, 94.

<sup>1</sup> Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 104; Berninger, GmbHR 2009, 679, 683 f.

<sup>2</sup> OLG München v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, DB 2009, 1395 = GmbHR 2009, 825; Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 106.

3 Paefgen, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 105; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 5; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 9; Wicke, Rdnr. 5; Wicke, NotBZ 2009, 1, 17; Reichert/Weller, in: Goette/Habersack, MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.30; Berninger, GmbHR 2009, 679, 683; Greitemann/Bergjan, in: FS Pöllath + Partner, 2008, S. 271, 282; Link, RNotZ 2009, 193, 209.