

Leseprobe zu



Langenfeld/Miras

GmbH-Vertragspraxis

Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH und GmbH & Co. KG

inkl. CD

8. neu bearbeitete Auflage, 2019, 544 Seiten, gebunden, Monographie / Praxisbuch / Ratgeber,
170x240 mm

ISBN 978-3-504-32653-1

99,00 €

Kapitel 7

Abtretung und Kauf von Geschäftsanteilen

§ 1 Die Abtretung von Geschäftsanteilen

I. Allgemeines

1. Notarielle Beurkundung

Die Abtretung der nach dem Gesetz frei veräußerlichen Geschäftsanteile einer GmbH bedarf der notariellen Beurkundung, § 15 Abs. 3 GmbHG. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung ist ebenfalls formbedürftig, wobei ein etwaiger Formmangel durch die beurkundete Abtretung geheilt wird, § 15 Abs. 4 GmbHG. Der Formzwang umfasst auch **Nebenabreden**¹: Nach der Rechtsprechung des BGH gelten die gesetzlichen Formvorschriften für alle Vereinbarungen, die gemeinsam eine „rechte Einheit“ bilden, also nach dem Willen der Beteiligten mit der formpflichtigen Vereinbarung „stehen und fallen“ sollen². Bei umfassenden Vertragsregelungen, bei denen auch nur eine Abrede formpflichtig ist, wird der gesamte Vertragsinhalt formbedürftig („Vollständigkeitsgrundsatz“)³. Bei Veräußerung des GmbH-Anteils und des KG-Anteils an einer GmbH & Co. KG erstreckt sich die Formbedürftigkeit auf die Veräußerung des KG-Anteils⁴.

Liegen zwei beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte vor und schließen die Beteiligten trotz entgegenstehender notarieller Belehrung eines der Rechtsgeschäfte lediglich schriftlich ab, so wird das notariell beurkundete Rechtsgeschäft nicht aufgrund der Formnichtigkeit des lediglich schriftlich abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ebenfalls nach § 139 BGB wichtig: Die Beteiligten beabsichtigten, einen GmbH-Geschäftsanteil abzutreten und sodann einen Treuhandvertrag darüber abzuschließen⁵. Obwohl der Notar über die Formbedürftigkeit beider Vorgänge belehrt hatte, beurkundeten die Beteiligten nur die Abtretung; den Treuhandvertrag schlossen sie privatschriftlich. Hinterher berief sich eine der Parteien auf die Formnichtigkeit des Treuhandvertrags und über § 139 BGB auch auf die Nichtigkeit der Abtretung. Der Bundesgerichtshof verneinte hier eine rechtliche Einheit beider Vorgänge, da die

1 BGH v. 8.5.2000 – II ZR 144/98, DStR 2000, 1272; OLG Hamburg v. 26.1.2007 – 11 U 254/05, GmbHR 2007, 377.

2 St. Rspr., BGH v. 13.6.2002 – VII ZR 321/00, DNotZ 2002, 944 m.w.N. (am Beispiel des Grundstücksvertrags); vgl. auch Hermanns, DNotZ 2013, 9 (14).

3 Lötbe in Ulmer/Habersack/Lötbe, § 15 GmbHG Rz. 80; Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 15 GmbHG Rz. 40; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 15 GmbHG Rz. 39; kritisch: Heidenhain, NJW 1999, 3073; vgl. auch Loritz, DNotZ 2000, 90; Anm. von Emde, GmbHR 2000, 731 zu OLG Stuttgart v. 17.5.2000 – 20 U 68/99, GmbHR 2000, 721.

4 BGH v. 14.4.1986 – II ZR 155/85, GmbHR 1986, 258.

5 Zum Formerfordernis des Treuhandvertrags über einen GmbH-Geschäftsanteil vgl. Rz. 1310.

1186

1187

Beteiligten in Kenntnis der Formbedürftigkeit des Treuhandvertrags auf eine Beurkundung verzichtet haben; damit haben sie dokumentiert, dass sie auf die rechtliche Verbindlichkeit der Treuhandvereinbarung verzichteten⁶. Die beiden Geschäfte sollten gerade nicht miteinander „stehen und fallen“. Die beurkundete Geschäftsanteilsabtretung wurde daher als wirksam angesehen.

- 1188 Die Formvorschriften beziehen sich nur auf Anteile deutscher GmbHs. Auf vergleichbare **ausländische Gesellschaftsformen** sind die für die deutsche GmbH vorgesehenen Formvorschriften nicht anwendbar. In der obergerichtlichen Rechtsprechung gibt es hierzu unterschiedliche Auffassungen⁷. Der Bundesgerichtshof hat die Frage bewusst offen gelassen⁸. Die Literatur wendet sich mehrheitlich und zu Recht gegen eine Anwendung der Beurkundungspflicht, da der deutsche Gesetzgeber ausländischen Gesellschaftsformen seine Formpflichten nicht aufzwingen kann⁹.
- 1189 Vollmachten zur Verpflichtung und Abtretung bedürfen nicht der notariellen Form, § 167 Abs. 2 BGB¹⁰. Zur Beurkundung durch einen **Notar im Ausland** vgl. Rz. 706.

2. Zustimmungsbedürftigkeit

- 1190 Häufig sind Abtretungser schwerungen durch satzungsmäßige Genehmigungserfordernisse nach § 15 Abs. 5 GmbHG (**Vinkulierungsklauseln**). Bedarf die Übertragung des Geschäftsanteils der Zustimmung der Gesellschaft, kommt es für die zivilrechtliche Wirksamkeit auf die Erklärung des Geschäftsführers als gesetzlichen Vertreter der GmbH an (§ 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 GmbHG). Handelt er, ohne den erforderlichen Gesellschafterbeschluss herbeigeführt zu haben, liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor, was allerdings nur bei positiver Kenntnis des Erwerbers zur Unwirksamkeit der Erklärung führt¹¹; ansonsten wirkt seine umfassende Vertretungsmacht sogar bei entgegenstehenden Weisungen durch die Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Bei der Einmann-GmbH haben Zustimmungserfordernisse nach § 15 Abs. 5 GmbHG keine Wirkung¹².
- 1191 Der entgeltliche Erwerb und die Veräußerung von Geschäftsanteilen durch einen **Minderjährigen** bedürfen grundsätzlich keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB, auch wenn die GmbH ein Erwerbsgeschäft be-

6 BGH v. 22.9.2016 – III ZR 427/15, GmbHR 2016, 1198 (1199) Rz. 19.

7 Dagegen: OLG München v. 5.3.1993 – 23 U 5958/92, NJW-RR 1993, 998 = GmbHR 1993, 654 (hinsichtlich Anteilen einer kanadischen Limited). Dafür: OLG Celle v. 20.11.1991 – 20 U 26/91, NJW-RR 1992, 1126 = GmbHR 1992, 815 (hinsichtlich Anteilen einer polnischen Sp.zo.o.).

8 BGH v. 4.11.2004 – III ZR 172/03, GmbHR 2005, 53.

9 Ausführlich hierzu: Horn, GmbHR 2016, 797 (802) m.w.N.

10 Huke, BWNotZ 1997, 156/157 mit Begründung aus dem Formzweck des § 15 Abs. 3 GmbHG.

11 BGH v. 14.3.1988 – II ZR 211/87, GmbHR 1988, 260.

12 BGH v. 15.4.1991 – II ZR 209/90, GmbHR 1991, 311.

treibt¹³. Übersteigt die vom Minderjährigen zu erwerbende oder veräußernde Beteiligung 50 %, sieht der Bundesgerichtsgerichtshof allerdings eine Genehmigungsbedürftigkeit als gegeben, weil dann das Erwerbsgeschäft insgesamt Vertragsgegenstand ist¹⁴. In Betracht kommt auch eine Genehmigungspflicht beim Erwerb nach § 1822 Nr. 10 BGB, wenn noch Einlageverpflichtungen bestehen¹⁵.

II. Der Abtretungsgegenstand

Abtretbar sind Geschäftsanteile an einer bereits bestehenden GmbH und künftige Anteile an einer noch nicht eingetragenen GmbH. 1192

Werden Geschäftsanteile an einer künftigen, also noch nicht im Handelsregister eingetragenen GmbH übertragen, ist danach zu unterscheiden, in welchem Zeitpunkt die Übertragung nach dem Willen von Veräußerer und Erwerber wirksam werden soll: 1193

- Bei der Veräußerung von **Geschäftsanteilen einer Vor-GmbH** (GmbH nach notarieller Gründung aber vor Eintragung im Handelsregister), die sofort wirksam werden soll, handelt es sich nach herrschender Meinung nicht um eine Geschäftsanteilsabtretung i.S.d. § 15 GmbHG, sondern um eine **Änderung des GmbH-Gründungsvertrags**, die – unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Vinkulierungsklausel – der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf¹⁶.
- Die **Abtretung künftiger Anteile** wird als aufschiebend bedingte Übertragung gewertet, die mit der Entstehung der GmbH durch Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) wirksam wird¹⁷.

Hält der Abtretende mehrere Geschäftsanteile oder wird nur ein Teil eines Geschäftsanteils abgetreten, so ist zur Vermeidung der Unwirksamkeit der Abtretung der abgetretene Geschäftsanteil genau zu bezeichnen¹⁸. 1194

Anteilsgebundene Sonderrechte gehen mit der Abtretung des Anteils auf den Erwerber über. Persönliche Sonderrechte müssen ausdrücklich mit übertragen werden, soweit sie überhaupt abtretbar sind¹⁹. 1195

¹³ Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 15 GmbHG Rz. 8; Fastrich in Baumbach/Hueck, § 15 GmbHG Rz. 4.

¹⁴ BGH v. 28.1.2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 (153); Winkler, ZGR 1990, 131.

¹⁵ BGH v. 20.2.1989 – II ZR 148/88, GmbHR 1989, 327.

¹⁶ BGH v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, GmbHR 1997, 405; Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 GmbHG Rz. 63.

¹⁷ BGH v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, GmbHR 1997, 405.

¹⁸ OLG Düsseldorf v. 10.2.1978 – 16 U 88/77, MDR 1978, 668; Fastrich in Baumbach/Hueck, § 15 GmbHG Rz. 22; vgl. auch BGH v. 6.11.1986 – V ZB 8/86, GmbHR 1987, 301; KG v. 22.11.1996 – 5 U 1304/96, GmbHR 1997, 603.

¹⁹ Buchholz, MittRhNotK 1991, 3 m.w.N.

III. Die Gesellschafterliste

1. Gesteigerte Bedeutung

- 1196 Durch die Vermittlung der Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG)²⁰ erfährt die Gesellschafterliste eine Aufwertung in die Richtung einer Annäherung an das Aktienregister bei der Namensaktie. Die Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen und kann im Handelsregister eingesehen werden²¹. Die Geschäftsführer werden in den Fällen, in denen der Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Gesellschafterliste selbst erstellt, unterschreibt und sofort nach Wirksamwerden des Rechtsübergangs elektronisch an das Registergericht gibt, vom Notar durch Übermittlung einer Abschrift der Liste informiert.
- 1197 Das Registergericht nimmt die Liste entgegen und prüft das Vorliegen der förmlichen Anforderungen; einen inhaltlichen Prüfungsauftrag hat es nicht²².
- 1198 Bei **offenbarer Unrichtigkeit der Gesellschafterliste** können die Geschäftsführer oder der beurkundende Notar die **Berichtigung durch Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste** verlangen. Offenbare Unrichtigkeit liegt beispielsweise vor, wenn sich der Fehler in der Gesellschafterliste aus der die Gesellschafterstellung begründenden Urkunde ergibt²³ oder wenn ein Rechenfehler bei der prozentualen Beteiligung der Geschäftsanteile vorliegt. Nach OLG Nürnberg bedarf die korrigierte Gesellschafterliste, die nach dem Stichtag des 26.6.2017 eingereicht wird, keiner Angaben zur prozentualen Beteiligung der Gesellschafter, wenn die ursprüngliche (nunmehr zu korrigierende) Gesellschafterliste vor diesem Stichtag eingereicht worden war²⁴. In der Literatur wird dies teilweise anders gesehen und verlangt, dass alle Gesellschafterlisten – auch Listen, die der Korrektur vor dem Stichtag eingereichter Listen dienen –, die nach dem 26.6.2017 eingereicht werden, der Form des aktuellen § 40 Abs. 1 GmbHG genügen müssen, also auch die dort genannten Prozentangaben zu enthalten haben²⁵. Der BGH hat sich letztgenannter Meinung angeschlossen²⁶. War die fehlerbehaftete Gesellschafterliste bereits im Registerordner des Handelsregisters veröffentlicht worden, ist diese in den Genuss des Gutglaubenschutzes gelangt²⁷. Die korrigierte Liste wirkt dann lediglich ab dem Zeitpunkt ihrer Einreichung beim Handelsregister (*ex nunc*)²⁸.

20 Vgl. Rz. 1280 ff.

21 Über www.handelsregister.de für registrierte Nutzer auch online gegen Gebühr abrufbar.

22 D. Mayer, MittBayNot 2014, 24 (27).

23 OLG Nürnberg v. 28.12.2017 – 12 W 2005/17, GmbHR 2018, 256 (258).

24 OLG Nürnberg v. 28.12.2017 – 12 W 2005/17, GmbHR 2018, 256 (258).

25 Lieder/Cziupka, GmbHR 2018, 231 (235) m.w.N.

26 BGH v. 26.6.2018 – II ZB 12/16, GmbHR 2018, 958.

27 Vgl. Rz. 1281.

28 OLG Nürnberg v. 28.12.2017 – 12 W 2005/17, GmbHR 2018, 256 (258).

2. Zuständigkeit für die Einreichung

a) Geschäftsführer

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, dem Handelsregister jede Veränderung der Beteiligung an der GmbH durch Einreichung einer von ihnen unterzeichneten, aktualisierten Gesellschafterliste mitzuteilen (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Hat die GmbH mehrere Geschäftsführer, müssen sie die in vertretungsberechtigter Zahl zusammenwirken²⁹. Gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG haften die Geschäftsführer bei schuldhafte falscher Ausfertigung der Liste denjenigen auf Schadensersatz, deren Beteiligung sich geändert hat. Daraus, dass die Änderung auf Mitteilung und Nachweis erfolgt (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), ergibt sich für die Geschäftsführer eine Prüfpflicht.

Beruht die Veränderung der Gesellschafterstellung **auf einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung** von Geschäftsanteilen trifft den beurkundenden **Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG** die Amtspflicht zur Erstellung der Liste, zu ihrer Unterzeichnung und zu ihrer elektronischen Einreichung beim Registergericht anstelle der Geschäftsführer. Soweit die notarielle Einreichungspflicht besteht, sind die **Geschäftsführer zur Einreichung der veränderten Gesellschafterliste nicht befugt**, es sei denn, es geht um die Korrektur einer vom Notar fehlerhaft eingereichten Gesellschafterliste³⁰.

Daher wird die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Einreichung der geänderten Liste in den sonstigen Übergangsfällen praktisch, etwa 1201

- bei der Vererbung von Geschäftsanteilen,
- im Falle der Beurkundung einer Geschäftsanteilsveräußerung durch einen ausländischen Notar³¹ und
- bei der Veränderung des Gesellschafterbestands einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist³².

Obergerichtlich ungeklärt und in der Literatur umstritten ist, ob die Gesellschafter dem Geschäftsführer im Hinblick auf die Gestaltung der Gesellschafterliste verbindliche Weisungen erteilen können³³.

Die Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 1 GmbHG ist in Papierform zu erstellen und im Original von den Geschäftsführern zu unterzeichnen, doch kann sie wegen § 12 1202

²⁹ Noack in Baumbach/Hueck, § 40 GmbHG Rz. 16.

³⁰ BGH v. 7.2.2017 – II ZR 28/15, GmbHR 2017, 519; BGH v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, GmbHR 2014, 198 m. Komm. Bayer; OLG Rostock v. 25.1.2017 – 1 W 55/16, GmbHR 2017, 523.

³¹ Vgl. Rz. 1204.

³² Vgl. Rz. 239.

³³ Ausdrücklich offen gelassen: BGH v. 7.2.2017 – II ZR 28/15, GmbHR 2017, 519 (520). Zum Meinungsstand in der Literatur: Lieder, GmbHR 2017, 520 (521).

Abs. 2 Satz 1 HGB nur elektronisch eingereicht werden. Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB genügt die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung. Praktisch bedeutet dies, dass die im Original unterschriebene Gesellschafterliste computerlesbar einzuscannen und als Datei an das Handelsregister zu übermitteln ist (durch E-Mail)³⁴. Eine elektronische Signatur ist nicht erforderlich³⁵.

- 1203 Das Registergericht hat keine inhaltliche Prüfpflicht im Hinblick auf die Liste³⁶, doch darf es die Liste auf die formalen Anforderungen des § 40 GmbHG hin überprüfen und bei Beanstandungen die Entgegennahme verweigern³⁷. In diesem Fall gilt die Liste als nicht eingereicht.

b) Notar

- 1204 Wie oben dargelegt³⁸ ist der an der Veränderung des Gesellschafterbestands mitwirkende Notar (§ 40 Abs. 2 GmbHG) zur Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet. Er hat im Zuge der von ihm beurkundeten Geschäftsanteilsabtretung die Gesellschafterliste zu erstellen, zu unterschreiben und dem Handelsregister elektronisch zu übermitteln. Da die Mitteilungspflicht des § 40 Abs. 2 GmbHG wegen der auf das Inland beschränkten Hoheitsgewalt des deutschen Gesetzgebers **nur die in Deutschland tätigen Notare** trifft, ist der im Ausland ansässige Notar nicht verpflichtet, die neue Gesellschafterliste mit der von ihm beurkundeten Veränderung im Gesellschafterbestand dem Handelsregister einzureichen³⁹. Dennoch ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH eine **Annexkompetenz des im Ausland wirkenden Notars** in dem Sinne, dass er im Falle einer von ihm beurkundeten Abtretung die geänderte Gesellschafterliste einreichen kann⁴⁰. Kurz: Der ausländische Notar ist zur Listeneinreichung **berechtigt aber nicht verpflichtet**⁴¹. Mangels ausschließlicher Zuständigkeit des ausländischen Notars ist **daneben auch der Geschäftsführer** nach § 40 Abs. 1 GmbHG für die Einreichung der veränderten Liste zuständig⁴².
- 1205 Bei der Geschäftsanteilsabtretung als dem häufigsten Veränderungsfall erhält die Vollzugstätigkeit des Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine erhöhte Bedeutung. Der beurkundende Notar hat unverzüglich nach dem Wirksamwerden der Abtretung ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste an

34 Noack in Baumbach/Hueck, § 40 GmbHG Rz. 36; Krafka in MünchKomm/HGB, § 12 HGB Rz. 56, 57.

35 Hopt in Baumbach/Hopt, § 12 HGB Rz. 7; Ries in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, § 12 HGB Rz. 18.

36 BGH v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248.

37 BGH v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, GmbHR 2011, 1269.

38 Vgl. Rz. 1200.

39 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 GmbHG Rz. 29.

40 BGH v. 17.12.2013 – II ZR 6/13, GmbHR 2014, 248.

41 Noack in Baumbach/Hueck, § 40 GmbHG Rz. 69.

42 BGH v. 17.12.2013 – II ZR 6/13, GmbHR 2014, 248 (249) Rz. 12.

Stelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Liste muss mit der Bescheinigung des Notars versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Als Konsequenz dieser Verpflichtung ergibt sich für den Notar, dass er zur Beurkundung die letzte Gesellschafterliste, gegebenenfalls auch vorhergehende Listen, beim Registergericht fordern muss. Hierdurch wird er auch in die Lage versetzt, den abgetretenen Geschäftsanteil anhand seiner Nummerierung genau zu bezeichnen. In der Gesetzesbegründung wird betont, dass diese Mitwirkung des Notars verbunden mit der an § 54 GmbHG angelehnten Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die „Richtigkeitsgewähr“ der Gesellschafterliste erhöht⁴³.

3. Zeitpunkt der Einreichung

Die Einreichung der Gesellschafterliste hat gem. § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG **unverzüglich**⁴⁴ nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung zu erfolgen. Sie kann also bei Abtretungen noch nicht vorgenommen werden, wenn aufschiebende Bedingungen – etwa die zur Wirksamkeitsbedingung erhobene Zahlung des Kaufpreises – noch nicht eingetreten sind oder eine nach § 15 Abs. 5 GmbHG erforderliche Genehmigung noch aussteht. Dann ist eine unverzügliche Aufnahme in das Handelsregister und damit der Eintritt der Wirkung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG für im Anschluss an die Abtretung gefassten satzungsändernden Beschlüsse der neuen Gesellschafter nicht möglich. Die Gesellschafterbeschlüsse werden vielmehr endgültig unwirksam⁴⁵. In diesen Fällen bleibt nichts anderes übrig, als entweder die aufschiebende Bedingung zu vermeiden bzw. den Genehmigungsbeschluss nach § 15 Abs. 5 GmbHG sofort zu fassen, oder mit der Beschlussfassung zuzuwarten, bis die Anteilsabtretung wirksam geworden ist.

1206

4. Nummerierung der Geschäftsanteile

Die Information in der Gesellschafterliste betrifft nicht nur die persönlichen Daten der Gesellschafter (Name, Geburtsdatum und Wohnort), sondern auch „die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile“. Hier konkretisiert sich die Bedeutung der durch § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG vorgeschriebenen durchlaufenden Nummerierung der Geschäftsanteile. Die laufenden Nummern werden damit zum **wichtigsten Instrument der Konkretisierung der Geschäftsanteile**.

1207

43 Begr. RegE BT-Drucks. 16/6140 (MoMiG-RegE), 44.

44 „Ohne schuldhaftes Zögern“; Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB.

45 D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (405).

- 1208 Bei der **Teilung von Geschäftsanteilen** sind zwangsläufig neue Nummern zu vergeben⁴⁶. Nach § 1 Abs. 3 GesLV⁴⁷ bestehen die Möglichkeiten, die Anteile
- neu durchzunummerieren und bei diesen in der Veränderungsspalte zu vermerken, dass sie aus dem bisherigen Geschäftsanteil entstanden sind⁴⁸ oder
 - durch Abschnittsnummern zu kennzeichnen (aus 1 wird 1.1 und 1.2)⁴⁹.
- 1209 Letztere Möglichkeit erscheint erheblich transparenter, da aus der Nummerierung selbst deutlich wird, aus welchem ursprünglichen Geschäftsanteil die neuen Anteile hervorgegangen sind⁵⁰. Dies sei an dem Beispielsfall erläutert, dass von dem Geschäftsanteil Nr. 1 mit 12.500 Euro ein Teil von 5.000 Euro abgeteilt und abgetreten wird. Die **Gliederung nach DIN 1421** (1.1, 1.2, [...]) hat den Vorteil, dass eine unendlich tiefe Gliederung möglich ist, so dass auch bei mehrfacher Teilung eines Geschäftsanteils die Nummerierung durchschaubar bleibt⁵¹.

1210 **M 81 Ursprüngliche Gesellschafterliste**

Liste der Gesellschafter der XY-GmbH, Köln

<i>Nummer des Geschäfts- anteils</i>	<i>Nach- und Vorname, Geburtsdatum, Wohnort</i>	<i>Nennbetrag in Euro</i>
1	<i>Maria Schulze, 13.8.1957, A-Stadt</i>	<i>12.500</i>
2	<i>Josef Schmidt, 5.10.1955, B-Dorf</i>	<i>12.500</i>

(Ort, Datum, Unterschrift)

46 Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV zum RegE des MoMiG v. 5.9.2007, NZG 2007, 735 (738); *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403 (407).

47 Gesellschafterlistenverordnung v. 20.6.2018, BGBl. I 2018, 870 (vgl. auch Rz. 233).

48 Aufgrund der Nummerierungskontinuität darf eine einmal vergebene Nummer nicht für einen anderen Geschäftsanteil vergeben werden (§ 1 Abs. 2 GesLV), so dass bei einer Neunummerierung die laufenden Nummern der Geschäftsanteile nicht mehr fortlaufend sind; *Freier*, notar 2018, 292 (293).

49 BGH v. 1.3.2011 – II ZR 6/10, GmbHR 2011, 474 (475) Rz. 13; *Heidinger* in Münch-Komm/GmbHG, § 40 GmbHG Rz. 40.

50 A.A.: *Freier*, notar 2018, 292 (293), da die Historie des neuen Geschäftsanteils auch anhand der Veränderungsspalte gut erkennbar sei.

51 *D. Mayer*, MitBayNot 2014, 24 (31).

M 82 Gesellschafterliste nach Abtretung

1211

<i>Amtsgericht Köln HRB 123 456</i>					
<i>Liste der Gesellschafter der XY GmbH mit dem Sitz in Köln</i>					
	<i>Geschäftsanteile</i>				<i>Veränderung</i>
<i>Gesellschafter</i>	<i>Nummer</i>	<i>Nennbetrag</i>	<i>Prozentuale Beteiligung des einzelnen Geschäftsanteils am Stammkapital</i>	<i>Gesamtumfang der Beteiligung des Gesellschafters am Stammkapital als Prozentsatz</i>	
<i>Maria Schulze, 13.8.1957, A-Stadt</i>	1.1	7.500 €	30,0 %	30,0 %	<i>Geschäftsanteile Nr. 1.1 und Nr. 1.2 entstanden aus Teilung des ursprünglichen Geschäftsanteils Nr. 1 mit einem Nennbetrag von 12.500 €</i>
<i>Carla Neumeier, 25.9.1980, C-Kirchen</i>	1.2	5.000 €	20,0 %	20,0 %	
<i>Josef Schmidt, 5.10.1955, B-Dorf</i>	2	12.500 €	50,0 %	50,0 %	
<i>Stammkapital: 25.000 €</i>					
<i>Ich bescheinige hiermit, dass die vorstehende Gesellschafterliste den Veränderungen entspricht, an denen ich durch meine Urkunde vom heutigen Tage ... – (Urkundenrolle, Jahrgang und Name des unterzeichnenden Notars) – mitgewirkt habe, und dass die übrigen Angaben in der Liste mit dem Inhalt der zuletzt beim Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (abgesehen von den durch die Veränderung eingetretenen Anpassungen der Prozentangaben zur Beteiligungsquote des einzelnen Geschäftsanteils und zum Gesamtumfang der Beteiligung von Gesellschaftern)⁵².</i>					
<i>Ort, Datum, Dienstsiegel und Unterschrift des Notars</i>					

52 Die Formulierung der Notarbescheinigung entspricht Melchior/Böhringer, GmbHR 2017, 1074 (1080).

Hinweis: Die Notwendigkeit der **Neunummerierung lässt sich vermeiden**, indem bereits bei der Gründung Geschäftsanteile mit dem Mindestnominalkapital von 1 Euro (§ 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) gebildet werden⁵³. Teilabtretungen kann es dann begrifflich nicht geben. Damit hat **jeder Geschäftsanteil** von vornherein **eine feste Nummer**; zeitraubende genealogische Ermittlungen über die Entstehung eines Geschäftsanteils⁵⁴ entfallen und Zuordnungsprobleme werden ausgeschlossen⁵⁵.

1212 Die **Umnummerierung** von Geschäftsanteilen unter Kennzeichnung ihrer Herkunft ist zulässig⁵⁶. Im Falle der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist eine Umnummerierung sogar zwingend erforderlich. Bei der Neuvergabe von Nummern sind folgende Grundsätze zu berücksichtigen:

- Gemäß § 1 Abs. 2 GesLV dürfen **bereits verwendete Nummern nicht** für andere Geschäftsanteile **nochmals verwendet werden**⁵⁷. Werden neue Geschäftsanteile geschaffen, müssen hierfür neue Einzelnummern vergeben werden (§ 1 Abs. 3 GesLV).
- Fallen infolge der Einziehung Geschäftsanteile mit niedriger Nummer weg und bleiben Geschäftsanteile mit höherer Nummer bestehen, empfiehlt es sich aus Transparenzgesichtspunkten, bei den unverändert gebliebenen Geschäftsanteilen die bisherige Nummerierung beizubehalten⁵⁸. Der Bundesgerichtshof hat die Möglichkeit gesehen, dass dadurch „Brüche in der Gliederungskontinuität unvermeidlich“ werden⁵⁹. Das kann auch dazu führen, dass bisherige Nummern frei bleiben⁶⁰: Die aktuelle Nummerierung ist dann nicht mehr „fortlaufend“, doch kann dies in einem Veränderungsvermerk in der Liste erläutert werden⁶¹.
- Wird ein Geschäftsanteil geteilt, können die daraus entstandenen Geschäftsanteile durch „Abschnittsnummern“ gekennzeichnet werden (§ 1 Abs. 4 Satz 3 GesLV), aus denen sich die Herkunft der neuen Geschäftsanteile ergibt⁶².
- Die entsprechenden Veränderungen sind in einer Veränderungsspalte der Gesellschafterliste (§ 2 GesLV) zu vermerken.

53 Vgl. Vorschlag in Mustersatzung, Rz. 160 (M 1, § 3).

54 Beispielsweise im Rahmen einer Due Diligence (vgl. Rz. 1260 ff.) im Zusammenhang mit einem geplanten Anteilserwerb.

55 Götze/Bressler, NZG 2007, 894 (895).

56 BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474 (475) Rz. 13.

57 So schon vor Inkrafttreten der GesLV: Heidinger in MünchKomm/GmbHG, § 40 GmbHG Rz. 42; Paefgen in Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 40 GmbHG Rz. 34.

58 Wicke, § 40 GmbHG Rz. 5.

59 BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474 (475) Rz. 13.

60 Vgl. Muster M 120.

61 Heidinger in MünchKomm/GmbHG, § 40 GmbHG Rz. 42; Wicke, § 40 GmbHG Rz. 5.

62 Aus Geschäftsanteil Nr. 1 werden die Geschäftsanteile Nr. 1.1 und Nr. 1.2; vgl. auch amtliche Begründung zur GesLV, BR-Drucks. 105/18 v. 6.4.2018, 11.

IV. Wirksamwerden der Abtretung im Verhältnis zur Gesellschaft

1. Eintragung in die Gesellschafterliste

Im Verhältnis der Vertragsteile untereinander und zu Dritten wird die Abtretung von Geschäftsanteilen mit Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG unter Berücksichtigung etwa vereinbarter Bedingungen und Genehmigungserfordernissen wirksam. Dies gilt nicht für das Verhältnis zur Gesellschaft: Ihr gegenüber gilt als Gesellschafter nur, wer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste aufgenommen ist (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Der Terminus „gilt“ stellt klar, dass es sich hierbei um eine durch Gesetz angeordnete **unwiderlegliche Vermutung** handelt⁶³. Aus der Unwiderleglichkeit der Vermutung folgt, dass die Gesellschaft selbst bei positiver Kenntnis des Rechtsübergangs auf den neuen Geschäftsanteilsinhaber diesen nicht als Gesellschafter behandeln darf, sondern sich weiterhin den bisherigen Gesellschafter wenden muss⁶⁴.

1213

2. Anwendungsbereich

§ 16 Abs. 1 GmbHG erfasst alle Fälle des ganzen oder teilweisen Übergangs eines Geschäftsanteils. Auf den Rechtsgrund des Übergangs kommt es also nicht an, so dass nicht nur rechtsgeschäftliche Übertragungsakte infolge Abtretung (§ 15 Abs. 3 GmbHG) betroffen sind, sondern auch Fälle der gesetzlichen Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge (im Wege der Erbschaft oder Umwandlung).

1214

Nach umstrittener Ansicht gilt die **Vermutungswirkung** der Gesellschafterliste **nur für Gesellschafterlisten, die zeitlich nach Inkrafttreten des aktuellen § 16 Abs. 1 GmbHG am 1.11.2008 beim Handelsregister eingereicht** wurden, so dass den Gesellschafterlisten, die vor diesem Zeitpunkt nach dem damaligen Recht beim Handelsregister aufgenommen wurden, die Vermutungswirkung nicht zukommen soll⁶⁵. Den Geschäftsführern von GmbHs, die seit dem 1.11.2008 keine Gesellschafterliste mehr beim Handelsregister eingereicht haben, kann daher **zur Klarstellung der Rechtslage nur dringend empfohlen** werden, eine **neue Gesellschafterliste nach dem aktuellen Stand beim Handelsregister einzureichen**⁶⁶.

1215

63 *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 GmbHG Rz. 6; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 16 GmbHG Rz. 11; *Wicke*, § 16 GmbHG Rz. 3.

64 Wenn es beispielsweise um die Ladung zur Gesellschafterversammlung oder die Auszahlung von Jahresüberschüssen geht.

65 OLG Dresden v. 1.6.2016 – 17 W 289/16, GmbHR 2017, 306; LG München I v. 24.9.2009 – 17 HK T 15914/09, GmbHR 2010, 149; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 16 GmbHG Rz. 13/13a. Die wohl herrschende Literatur ist anderer Ansicht: *Heidinger*, GmbHR 2017, 273 (sehr dezidiert, mit der Aussage, das OLG Dresden mache sich damit zum „Totengräber der Gesellschafterliste“); *Löbbecke* in Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 16 GmbHG Rz. 191; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 16 GmbHG Rz. 82; *Verse* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 16 GmbHG Rz. 46.

66 So bereits die Empfehlung des DNotI-Gutachtens, DNotI-Report 2008, 185 (188). Ein weiteres Argument für die Aktualisierung alter Gesellschafterlisten ist die Vermeidung der Transparenzregisterpflicht, vgl. Rz. 804.

- 1216 Die Anknüpfung der Rechtsfolgen des § 16 GmbHG an den Zeitpunkt der Aufnahme im Handelsregister bedeutet nicht, dass erst dann der Erwerb des Geschäftsanteils wirksam wird. Vielmehr ist die zivilrechtliche **Wirksamkeit** der Übertragung im Verhältnis zwischen bisherigem und neuem Geschäftsanteilsinhaber unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste im Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings infolge § 16 Abs. 1 GmbHG die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da er im Verhältnis zur Gesellschaft seine Gesellschafterstellung erst mit dieser Eintragung und Aufnahme erhält. Dies bedeutet auch, dass er die vor Eintragung und Aufnahme von der Gesellschaft gegenüber dem Veräußerer oder vom Veräußerer gegenüber der Gesellschaft in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Rechts-handlungen⁶⁷ gegen sich gelten lassen muss.
- 1217 Von größter praktischer Wichtigkeit ist **§ 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG**, wonach eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Rechtshandlung als von Anfang an wirksam gilt, wenn die Liste unverzüglich⁶⁸ nach Vor-nahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Dies erlaubt es der Beurkundungspraxis im Fall der Abtretung aller Geschäftsanteile die neuen Gesellschafter sofort im Anschluss an die Abtretung der Geschäftsanteile **Gesell-schafterbeschlüsse**⁶⁹ fassen zu lassen. Die Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner gespeichert ist, § 9 Abs. 1 HRV.

3. Auseinanderfallen von Inhaberschaft und Listeneintragung

a) Vorläufiges Auseinanderfallen

- 1218 Wegen § 16 Abs. 1 GmbHG ist es also möglich, dass die materiell-rechtliche Inha-berschaft eines Geschäftsanteils und die Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft auseinanderfallen:
- Bei wirksamer Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung ist der Erwerber materiell-rechtlich Inhaber des ihm übertragenen Geschäftsanteils. Gegenüber der Gesellschaft ist der Veräußerer (der seine Geschäftsanteile wirksam übertra-gen hat und daher materiell-rechtlich nicht mehr Gesellschafter ist) so lange als Gesellschafter zu behandeln, bis die beim Handelsregister aufgenommene Gesell-schafterliste geändert ist.
 - Umgekehrt ist es möglich, dass die Umschreibung der beim Handelsregister auf-genommenen Liste vorgenommen wurde, obwohl die Abtretung in materiell-

⁶⁷ Beispielsweise: Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung; Empfang verbote-ner Rückzahlungen gem. § 30 Abs. 1 GmbHG; Entgegennahme von Willenserklärungen gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

⁶⁸ Vgl. Legaldefinition des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB: „ohne schuldhaftes Zögern“.

⁶⁹ Beispielsweise über Satzungsänderungen.

rechtlicher Hinsicht unwirksam war⁷⁰. In diesem Fall ist der vermeintliche Erwerber nicht Inhaber des Geschäftsanteils, muss aber von der Gesellschaft als Gesellschafter behandelt werden, bis die Gesellschafterliste beim Handelsregister korrigiert ist⁷¹.

Kurz: Wenn es um die Ausübung von Gesellschafterrechten gegenüber der Gesellschaft geht, können sich der GmbH-Geschäftsführer und die (Mit-)Gesellschafter bei der Frage, wer Gesellschafter ist, ausschließlich auf die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste verlassen (**Legitimationswirkung**⁷²), und zwar selbst dann, wenn die fehlende materiell-rechtliche Berechtigung positiv bekannt ist⁷³: Sogar der Gesellschafter, der seine Gesellschafterstellung durch eigene Kündigung selbst beendet hat, kann sich auf § 16 Abs. 1 GmbHG berufen, solange er noch in der Gesellschafterliste eingetragen ist⁷⁴. **Gesellschafter ist** in diesem Zusammenhang nur, **wer in der Liste steht**⁷⁵. Alle anderen Vorgänge, die eine materiell-rechtliche Übertragung eines Geschäftsanteils zur Folge haben könnten, sind für Gesellschafter und Geschäftsführer ohne Bedeutung und von ihnen in diesem Zusammenhang zu ignorieren⁷⁶.

1219

b) Dauerhaftes Auseinanderfallen: Möglichkeit der stillen Abtretung?

Veräußerer und Erwerber, die an einer Offenlegung der Geschäftsanteilsübertragung nicht interessiert sind, könnten sich die Wirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG gezielt dadurch zunutze machen, dass sie die Umschreibung der Gesellschafterliste bewusst verhindern. Dies hätte zur Folge, dass materielle Berechtigung am Geschäftsanteil und formelle Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft dauerhaft auseinanderfielen („stille Abtretung“).

1220

Grundsätzlich denkbar ist eine solche stille Abtretung in folgender Konstellation:

1221

- Die Abtretung wird vor einem im Ausland ansässigen Notar beurkundet⁷⁷. Dieser ist nicht gem. § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet.

70 Beispielsweise bei Nichtigkeit wegen unerkannter Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 Nr. 2 BGB eines Beteiligten oder gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge Anfechtung.

71 Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 GmbHG Rz. 27.

72 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 GmbHG Rz. 26.

73 OLG Frankfurt v. 4.11.2016 – 20 W 269/16, GmbHR 2017, 868 (870); OLG Bremen v. 21.10.2011 – 2 U 43/11, GmbHR 2012, 687.

74 OLG Düsseldorf v. 24.6.2016 – I-16 U 74/15, GmbHR 2016, 988 (990), wonach es in dieser Situation auch nicht rechtsmissbräuchlich ist, sich auf die Legitimationswirkung zu berufen.

75 Heckschen/Strnad, notar 2017, 399 (402).

76 Eine Ausnahme besteht allenfalls bei rechtsmissbräuchlichem („kollusivem“) Zusammenwirken des GmbH-Geschäftsführers mit dem materiell zu Unrecht eingetragenen Listen-gesellschafter, mit dem Ziel, dem wahren Geschäftsanteilsinhaber Schaden zuzufügen; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 GmbHG Rz. 33.

77 Zur grundsätzlichen Wirksamkeit der „Auslandsbeurkundung“, vgl. Rz. 706 f.

- Eine Vinkulierung des Geschäftsanteils (§ 15 Abs. 5 GmbHG) im Sinne eines Zustimmungsvorbehalts der Gesellschaft darf nicht bestehen. So kann der Geschäftsanteil materiell-rechtlich wirksam abgetreten werden, ohne dass die Gesellschaft (und damit der neben dem deutschen Notar ebenfalls zur Listeneinreichung verpflichtete Geschäftsführer; § 40 Abs. 1 GmbHG) von der Abtretung erfährt.

1222 Zwar wird vertreten, dass den veräußernden Gesellschafter eine aus seiner Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft abgeleitete (gesetzlich allerdings nicht explizit geregelte) Pflicht treffe, die Veränderung im Gesellschafterbestand dem Handelsregister mitzuteilen⁷⁸; dennoch könnte der mitteilungspflichtige Gesellschafter diese Mitteilung pflichtwidrigerweise unterlassen. So könnten die Beteiligten der Geschäftsanteilsveräußerung die **Auslandsbeurkundung mit der Abrede koppeln**, gegenüber der Gesellschaft **Stillschweigen über die Abtretung** zu bewahren⁷⁹. Fest steht, dass dadurch die gesetzgeberische Absicht, die im Zusammenhang mit der Einführung von §§ 16 Abs. 1, 40 GmbHG (Missbrauchsbekämpfung, Transparenz der Eignerstrukturen und Verhinderung der Geldwäsche) verfolgt wurde, unterlaufen würde⁸⁰. Aus diesem Grund wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass eine derartig konstruierte stille Abtretung künftig nicht mehr möglich sein soll⁸¹, ohne allerdings hierfür eine nähere juristische Begründung zu bieten. Um das gewünschte Ergebnis („keine stille Abtretung“) zu erreichen, müsste festgestellt werden, dass die stille Abtretung nichtig ist, der Übertragungsakt nach § 15 Abs. 3 GmbHG also keine Rechtswirkung entfaltet. Als Begründung hierfür kommt die Anwendung von § 134 oder § 138 BGB in Frage. § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) scheidet aus, weil das Unterlassen einer Nebenpflicht (Mitteilung der Abtretung) im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft, das für sich gesehen erlaubt ist (Abtretung), das Rechtsgeschäft als solches nicht zum verbotenen Rechtsgeschäft macht. Daher ist eine Nichtigkeit der stillen Abtretung allenfalls im Wege der **Sittenwidrigkeit** nach § 138 Abs. 1 BGB zu begründen. Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn durch das Rechtsgeschäft gegen die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Prinzipien verstößen wird⁸². Angesichts der vom Gesetzgeber durch die Mitteilungspflicht beabsichtigten Transparenz zur Verhinderung von Geldwäsche und sonstigen Missbräuchen, liegt durch eine gezielte Auslandsbeurkundung mit gekoppelter Stillschweigensabrede ein solcher Verstoß gegen rechtsethische Prinzipien auf der Hand. In Fällen, in denen die schuldrechtliche Abrede (hier der zugrunde liegende Vertrag nach § 15 Abs. 4 GmbHG) gegen die guten Sitten verstößt, ist es anerkannt, dass **auch das Vollzugsgeschäft** (hier die Abtretung nach

78 *Terlau* in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, § 40 GmbHG Rz. 17; *Löbbecke* in Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 16 GmbHG Rz. 8; *Wicke*, § 40 GmbHG Rz. 8.

79 *Heidinger* in MünchKomm/GmbHG, § 16 GmbHG Rz. 157, 158.

80 Vgl. *Heidinger* in MünchKomm/GmbHG, § 16 GmbHG Rz. 15; *Löbbecke* in Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 16 GmbHG Rz. 6.

81 *Löbbecke* in Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 16 GmbHG Rz. 8; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 16 GmbHG Rz. 41; *Heidinger* in MünchKomm/GmbHG, § 16 GmbHG Rz. 158; *Schacht* in Müller/Winkeljohann, Beck'sches Hdb. GmbH, § 12 Rz. 76.

82 *Ellenberger* in Palandt, § 138 BGB Rz. 3.

§ 15 Abs. 3 GmbHG) nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wenn durch die Rechtsordnung gerade der durch den Vollzug bezweckte Erfolg verhindert werden soll⁸³.

Eine Gestaltung der Geschäftsanteilsabtretung, die eine Mitteilung der neuen Inhaber- 1223
verhältnisse zielgerichtet verhindern soll, indem

- gesetzliche Mitteilungspflichten des deutschen Notars durch eine Auslandsbeurkundung umgangen und
- zivilrechtliche Mitteilungspflichten des abtretenden Gesellschafters durch eine (ausdrückliche oder konkludente) Stillschweigensabrede unterbunden

werden, führt daher zur Nichtigkeit der schuldrechtlichen Abrede und der Geschäftsanteilsabtretung nach § 138 Abs. 1 BGB.

4. Verhältnis zwischen Alt- und Neugesellschafter

Leistungen, die der Veräußerer aufgrund seiner noch bestehenden Listeneintragung von der Gesellschaft erhalten hat (beispielsweise Gewinnausschüttungen), haben wegen § 16 Abs. 1 GmbHG für die Gesellschaft befreiende Wirkung i.S.d. § 362 BGB. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen der materiell nicht berechtigten, aber im Handelsregister noch eingetragenen Person („Listengesellschafter“) und dem wahren Geschäftsanteilsinhaber hat § 16 Abs. 1 GmbHG allerdings keine Wirkung. Der materiell berechtigte Geschäftsanteilsinhaber kann daher vom Listengesellschafter die Herausgabe dieser Leistungen aus dem der Geschäftsanteilsübertragung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (z.B. § 446 Satz 2 BGB bei zugrunde liegendem Anteilskauf gem. §§ 433, 453 BGB) oder aus § 816 Abs. 2 BGB verlangen. 1224

Einstweilen frei.

1225–1237

§ 2 Der Anteilskauf

I. Grundsätze

Die Anteilsabtretung kann auf den verschiedensten Grundgeschäften beruhen, etwa auf Schenkung, vorweggenommener Erbfolge, ehebedingter Zuwendung, Treuhand oder Erbauseinandersetzung. Der praktisch wichtigste Fall ist der Kauf von Geschäftsanteilen. Nach § 453 Abs. 1 BGB kommen die Vorschriften über den Sachauf zur Anwendung. Soweit nicht wirtschaftlich ein Unternehmenskauf vorliegt, unterliegt der Verkäufer nur einer Rechtsmängelhaftung nach § 435 BGB. 1238

⁸³ BGH v. 30.4.1959 – VII ZR 19/58, NJW 1959, 1533 (Sittenwidrigkeit des Sicherungsvertrags umfasst auch die auf dieser Grundlage erfolgte Abtretung); auch: *Arnbruster* in MünchKomm/BGB, § 138 BGB Rz. 165.