

Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen¹

I. Das rechtspolitische Problem

Dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen, ist ein ehrwürdiger Rechtssatz mit fundamentalem Gerechtigkeitsgehalt, der bislang auch das GmbH-Recht geprägt hat. Nur vom tatsächlichen Inhaber eines existierenden Geschäftsanteils ließ sich ein solcher erwerben. Seit In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)² am 1.11.2008 sieht das Gesetz die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten allerdings auch für GmbH-Geschäftsanteile vor. Die Neuregelung gilt es im Folgenden näher vorzustellen und im Einzelnen zu würdigen. Zunächst einmal drängt sich freilich angesichts des damit zu konstatierenden Paradigmenwechsels die Frage auf, in welcher Hinsicht sich das bisherige Recht als defizitär erwies und ob daher für eine solche Neuregelung überhaupt hinreichender rechtspolitischer Handlungsbedarf bestand.

Da es bislang im Rechtsverkehr mit GmbH-Geschäftsanteilen keinerlei Verkehrsschutz gab, musste der Erwerber durch eigene Nachprüfung sicherstellen, dass der Veräußerer tatsächlich materiell berechtigt war. Hierzu blieb ihm nichts anderes übrig, als die Kette der bisherigen Veräußerungen bis zum Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft oder der Schaffung des Geschäftsanteils im Wege der Kapitalerhöhung zurückzuverfolgen. Das verursachte, insbesondere bei älteren Gesellschaften, teilweise schon für sich genommen erhebliche Probleme, stellte den Erwerber aber noch keineswegs sorgenfrei. Denn nicht nur konnte er einem Betrüger aufgesessen sein, vielmehr konnte in der Kette der Abtretungserklärungen auch eine unbemerkt mit einem Rechtsmangel behaftet sein. Aus der Fülle denkbarer Tatbestände ist hier etwa an die unrichtige Würdigung eines Erbfalls und die Nichtbeachtung eines satzungsmäßigen Zustimmungserfordernisses zu denken. Schließlich kommen in der Praxis Bedingungen im Sinne der §§ 158 ff. BGB eine überragende Bedeutung zu. Dabei tritt neben die fast schon obligatorische Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung vor allem bei größeren Transaktionen nicht selten ein Kartell-, Banken- oder sonstiger Vorbehalt.

¹ Es handelt sich um die Schriftfassung des am 7.1.2008 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg gehaltenen Probevortrags; vgl. aus dem Schrifttum seitdem insbesondere *Apfelbaum*, BB 2008, 2470; *Harbarth*, ZIP 2008, 57; *Kort*, GmbHR 2009, 169; *Mayer*, DNotZ 2008, 403; *Preuß*, ZGR 2008, 676; *Reymann*, WM 2008, 2095.

² BGBl. I, S. 2026.

Angesichts dessen sahen sich Erwerber gezwungen, mit hohem Aufwand, aber ungewissem Erfolg im Zuge einer so genannten Due Diligence Nachforschungen über die materielle Rechtslage anzustellen. Ergänzend verlangten Erwerber vom Veräußerer regelmäßig eine Garantie, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zustand, konnten auf diesem Wege aber selbstverständlich nur einen Ausgleich ihres Schadens in Geld erlangen. Zu Recht konstatiert daher die Begründung zum Regierungsentwurf, dass sich das bisherige Recht als schwerfälliges System mit hohen Transaktionskosten und Rechtsunsicherheiten präsentierte.³ Es ist daher das Verkehrsinteresse an einem leichten und sicheren Rechtsverkehr, welches die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs und den damit verbundenen massiven Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des bisherigen Inhabers rechtfertigt. Demgegenüber ist geltend gemacht worden, ein quantitativ relevantes Bedürfnis sei bisher nicht in Erscheinung getreten, einschlägige Fälle eines Zusammenbruchs einer ganzen Erwerbskette blieben, wohl auch aufgrund des Erfordernisses notarieller Beurkundung, der seltene Ausnahmefall.⁴ Darauf kommt es indessen nicht entscheidend an. Solange nämlich das Risiko eines Fehlschlags nicht gänzlich zu vernachlässigen ist, muss der Erwerber stets Vorsorge treffen und jedenfalls bei wirtschaftlich bedeutsamen Transaktionen eine zeit- und ressourcenraubende Due Diligence durchführen. Wenn er dagegen notfalls auch gutgläubig erwerben kann, erleichtert das umgekehrt ebenfalls alle und namentlich auch diejenigen Erwerbsvorgänge, bei denen es auf die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs gar nicht ankommt. Im Ergebnis ist es daher zu begrüßen, dass der Gesetzgeber entsprechenden Forderungen aus der Unternehmenspraxis nachgekommen ist.

II) Die Suche nach dem richtigen Konzept

Nicht ausgemacht ist hingegen mit dieser Festlegung, auf welche Weise der Verkehrsschutz zu realisieren ist. Auf der Suche nach dem richtigen Ansatz wurde im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zunächst der Vorschlag unterbreitet, den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen auszugestalten.⁵ Zu Recht stieß die Forderung nach einer Verbriefung der Anteile indessen überwiegend auf Kritik.⁶ In der Tat wäre eine weitgehende Angleichung des GmbH-Anteils an die Aktie mit dem Leitbild einer personalistischen Kapitalgesellschaft, bei der der Anteilshandel durch das Erfordernis

³ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

⁴ *Zöllner*, in: VGR (Hrsg.), *Die GmbH in der Diskussion*, 2006, S. 175, 183; daneben die Diskussionsbeiträge von *Ulmer* (aaO, S. 206) und *Priester* (aaO, S. 209).

⁵ Vgl. etwa *Gehling*, ZIP 2006, 689; *Ziemons*, BB 2006, Beil. 7 zu Heft 37, S. 9.

⁶ *Rodewig*, ZIP 2006, 690; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211, 214.

notarieller Beurkundung gezielt erschwert wird, nur schwer vereinbar. Ebenfalls nicht durchzusetzen vermochte sich der Vorschlag, den Erwerbsvorgang künftig zweiaktig auszugestalten und neben der notariell beurkundeten Einigung zusätzlich eine Eintragung im Handelsregister vorzuschreiben⁷. Zwar hätte man sich hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs auf gesichertem Terrain befunden. Denn ähnlich wie die Grundbucheintragung im Immobiliarsachenrecht hätte die Eintragung im Handelsregister als ein wegen der vorgeschalteten Prüfung durch das Registergericht besonders zuverlässiger Rechtsscheinsträger fungieren können. Gerade in dieser Einbindung der Registergerichte sahen indes die Bundesländer eine unerwünschte Mehrbelastung, die sie zu verhindern wussten.⁸

III. Der Regelungsansatz des § 16 Abs. 3 GmbHG

1. Die Gesellschafterliste als Basis des gutgläubigen Erwerbs

Stattdessen hat der Gesetzgeber als Basis für den gutgläubigen Erwerb die Eintragung in die Gesellschafterliste gewählt. Aus der Gesellschafterliste sollen die Identität der Gesellschafter sowie der Umfang ihrer Beteiligung hervorgehen. Hierzu haben die Geschäftsführer der Gesellschaft unverzüglich nach dem Wirksamwerden einer Veränderung eine von ihnen unterschriebene, aktualisierte Fassung zu erstellen und zum Handelsregister einzureichen. Die Gesellschafterliste wird vom Registergericht allerdings weder geprüft noch gar in das Handelsregister selbst übernommen; vielmehr verwahrt das Registergericht sie nur und ermöglicht so die allgemeine Kenntnisnahme. Um trotz dieser im Grundsatz privaten Führung ein Höchstmaß an Richtigkeitsgewähr sicherzustellen, vertraut das Gesetz auf die Mitwirkung der Notare. Hat nämlich ein Notar an Veränderungen am Anteilsbestand mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaig später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift an die Gesellschaft zu übermitteln. Im Übrigen setzt das Gesetz ganz auf den Eigennutz der Gesellschafter. Da im Verhältnis zur Gesellschaft nur als Inhaber eines Geschäftsanteils gilt, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Liste eingetragen ist, besteht ein erheblicher Anreiz, sich mit Nachdruck um die richtige Führung der Liste zu kümmern.

Daran anknüpfend bestimmt der neu in das Gesetz aufgenommene § 16 Abs. 3 GmbHG zum gutgläubigen Erwerb: „Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil wirksam vom

⁷ Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 202 ff.; Flesner, NZG 2007, 641, 643.

⁸ Vgl. Seibert, ZIP 2006, 1157, 1160.

Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist.“ Die Anleihen dieser Regelung bei § 892 BGB betreffend den gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks sind unverkennbar. Hier wie dort fungiert eine „Buchberechtigung“ als Rechtsscheinträger, dessen Wirkung der wahre Berechtigte durch Erhebung eines Widerspruchs zerstören kann. Freilich kann die zum Handelsregister genommene Gesellschafterliste aufgrund der fehlenden amtlichen Prüfung nicht dasselbe Maß an Richtigkeitsgewähr für sich in Anspruch nehmen wie das Grundbuch. Daher schadet nicht nur positive Kenntnis der wirklichen Rechtslage, sondern bereits grobe Fahrlässigkeit. Außerdem ist § 16 Abs. 3 GmbHG nicht als reiner Rechtsscheintatbestand ausgestaltet; vielmehr bedarf es einer noch näher zu erläuternden Zurechenbarkeit des falschen Rechtsscheins gegenüber dem Berechtigten. Im Folgenden ist die Neuregelung näher zu beleuchten, wobei der Konzeption der Norm folgend konstruktiv zwischen tatbestandlichen Voraussetzungen und Einwendungen zu unterscheiden ist.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

a) Rechtsgeschäft

Als positive Voraussetzungen benennt das Gesetz den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils von einem nichtberechtigten Veräußerer, der als Berechtigter in der Gesellschafterliste ausgewiesen ist. Keiner näheren Erläuterung bedarf insofern die Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Erwerbsvorgänge. Da der gutgläubige Erwerb rechtssystematisch als eine Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips zu deuten ist, kann er nur dann Platz greifen, wenn der Erwerber tatsächlich eine Disposition getroffen hat. Ein gutgläubiger Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ist daher hier – ebenso wie auch bei allen anderen Gutglaubenstatbeständen – ausgeschlossen. Entscheidend ist sodann, dass die beiden anderen Voraussetzungen, nämlich der Geschäftsanteil als Erwerbsgegenstand und die unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste als Rechtsscheinsträger, tatsächlich vorliegen.

b) Bestehender Geschäftsanteil

Gutgläubig erworben werden kann daher nach den Vorstellungen des Gesetzgebers zunächst nur ein existenter Geschäftsanteil.⁹ Dem ist schon deswegen zu folgen, weil sonst die Zahl der Geschäftsanteile das Stammkapital übersteigen könnte und sich daraus kaum lösbare Folgeprobleme ergeben. Als Kompensation wäre etwa an eine quotale Kürzung der bestehenden Anteile zu Lasten aller Alteigner zu denken. Wenngleich diese Beschränkung also gut begründet ist, so bedeutet sie doch für die Praxis des Unternehmenserwerbs eine nicht zu unterschätzende Beschwer. Weiterhin der Vorsorge des Erwerbers überlassen bleibt es nämlich festzustellen, ob der betreffende Geschäftsanteil überhaupt wirksam entstanden ist oder er etwa einer fehlerhaften und daher rückabzuwickelnden Kapitalerhöhung entspringt. Desgleichen muss der Erwerber im eigenen Interesse ausschließen, dass der Anteil zwischenzeitlich wieder von der Gesellschaft eingezogen wurde.

Nicht ausgemacht ist hingegen, ob die Gutgläubenswirkung in denjenigen Situationen weiterhilft, in denen der Geschäftsanteil zwar existiert, aber nicht in der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung. In der Praxis kommt es vor, dass mehrere selbständige Anteile eines Gesellschafters in der Gesellschafterliste zusammengefasst werden, oder etwa irrtümlich davon ausgegangen wird, dass ein Geschäftsanteil wirksam geteilt worden ist. Im Ergebnis sollte ein gutgläubiger Erwerb entsprechend der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung bejaht werden.¹⁰ Dem Erwerb vom Nicht-So-Berechtigten stehen keine durchgreifenden Bedenken entgegen, weil die Geschäftsanteile in der Summe tatsächlich existieren und dem Veräußerer auch gehören. Der Wirkung des gutgläubigen Erwerbs erschöpft sich hier in dem nicht besonders gewichtigen Eingriff in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung, die für die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen und damit für die Stückelung eigentlich zuständig ist.

c) Legitimation durch die Gesellschafterliste

Auch ein tatsächlich bestehender Anteil kann aber nur dann gutgläubig erworben werden, wenn der Veräußerer durch die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste legitimiert ist. Wie schon erwähnt, hat sich der Gesetzgeber insoweit für eine Kompromisslösung entschieden. Weil ihm einerseits eine behördliche Prüfung der eingereichten Unterlagen nach dem Vorbild des Grundbuchrechts als zu aufwendig erschien,

⁹ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 39; ebenso *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; aA *Grunewald*, DK 2007, 13, 14.

¹⁰ *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565 ff.; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897.

er aber andererseits gleichwohl für eine möglichst große Verlässlichkeit sorgen wollte, kann nicht jeder Interessierte, sondern allein der die Transaktion begleitende Notar oder, soweit es wie in Erbfällen einer Mitwirkung des Notars nicht bedarf, der Geschäftsführer die Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen. Damit stellt sich jedoch die Frage, ob nur die Liste als solche oder auch die besondere Qualität des Erstellers Teil des Rechtsscheintatbestands ist. Im letzteren Fall nämlich müsste die Liste zwingend vom Notar oder Geschäftsführer errichtet worden sein, da nach den Grundprinzipien des Zivilrechts nur der gute Glaube an das Recht, niemals aber der gute Glaube an den Rechtsscheintatbestand geschützt wird. Zum Schwur kommt es etwa in dem Fall, dass sich ein Betrüger ohne Wissen der Gesellschafter und Geschäftsführer eine ihn begünstigende und die gefälschte Unterschrift des Geschäftsführers aufweisende Liste zum Handelsregister einreicht und vier Jahre später sämtliche Gesellschaftsanteile an einen nichtsahnenden Erwerber veräußert. Es wäre vertretbar, hier die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs zu verneinen, eben weil der vom Gesetz geforderte qualifizierte Rechtsscheinträger nicht vorliegt. Zwingend ist diese weitere Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs jedoch keineswegs.¹¹ Vielmehr ist es im Ergebnis unbefriedigend und nach Wortlaut der Norm auch nicht erforderlich, den Erwerber mit der Gesellschaftsinterna betreffenden Nachforschungsobliegenheit zu belasten, ob der Einreichende mit dem Geschäftsführer identisch und auch tatsächlich noch Inhaber dieses Amtes ist. Das gilt umso mehr, als den betreffenden Gesellschaftern ja drei Jahre Zeit bleibt, für eine Korrektur der Liste zu sorgen, und sie nach Ablauf dieser Frist im Verhältnis zum gutgläubigen Erwerber keinesfalls als besonders schutzwürdig erscheinen. Daher kann jede Gesellschafterliste, die vom Registergericht zu den Akten genommen wurde, als Rechtsscheinträger fungieren.

3. Einwendungen

In jedem Fall kann der wahre Berechtigte dem Erwerb aber noch Einwendungen entgegensetzen. Er kann nämlich geltend machen, dass (1) die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ihm nicht zurechenbar, (2) der Erwerber bösgläubig oder (3) der Liste ein Widerspruch zugeordnet sei.

a) Zurechenbarkeit

Was zunächst die Frage der Zurechenbarkeit angeht, so ist streng zu unterscheiden: Ist die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste weniger als drei Jahre unrichtig, ist

¹¹ AA etwa *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301.

ein gutgläubiger Erwerb nur möglich, wenn die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem wahren Rechtsinhaber aufgrund besonderer Umstände zuzurechnen ist. Die Regierungsbegründung führt als Beispiel den Fall an, dass zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.¹² Fehlt es dagegen an einem solchen besonderen Umstand, ist ein gutgläubiger Erwerb erst nach drei Jahren möglich. Die Regierungsbegründung verweist insofern auf einen Geschäftsführer, der ohne Wissen des Gesellschafters eine falsche Liste einreicht.

Im Schrifttum ist diese Konzeption kritisiert worden, weil sie auf eine nicht konsistente Vermischung des aus dem Recht der beweglichen Sachen bekannten Veranlassungsprinzips und dem reinen Rechtsscheinsprinzip des § 892 BGB hinauslaufe.¹³ Indes kann bei näherem Hinsehen von einem von jeder Zurechnung losgelösten reinen Rechtsscheinsprinzip auch nach Ablauf der Dreijahresfrist keine Rede sein.¹⁴ Bei sachgerechter Lesart statuiert das Gesetz vielmehr die Obliegenheit, zukünftig in regelmäßigem Abstand von nicht mehr als drei Jahren den in der Gesellschafterliste verlautbarten Status zu überprüfen. Der Verlust der Rechtsstellung findet seine Rechtfertigung mit anderen Worten in dem unterlassenen Widerspruch gegen eine unrichtige Gesellschafterliste. Das ist rechtssystematisch insofern bemerkenswert, als damit dem GmbH-Gesellschafter als solchem, der nach bisherigen Vorstellungen allein dem allgemeinen bürgerlichen Recht unterstand und den die Rechtsprechung sogar als Verbraucher qualifiziert, bislang nur aus dem kaufmännischen Sonderverkehr bekannte Sorgfaltsanforderungen angesonnen werden.

Die Deutung der Dreijahresfrist als Begründung einer Obliegenheit zur Überprüfung der in der Liste verlautbarten Gesellschafterstellungen ist auch keineswegs dogmatischer Selbstzweck, vielmehr steuert sie maßgeblich die Auslegung des Gesetzes. So lassen sich etwa sachgerecht diejenigen Konstellationen beurteilen, in denen nacheinander verschiedene Personen jeweils unrichtig als Inhaber eingetragen sind. Zur Veranschaulichung möge folgendes Beispiel dienen: Statt des wahren Berechtigten ist zunächst für zwei Jahre der X eingetragen, im Anschluss daran wird aufgrund eines weiteren Fehlers der Y als Gesellschafter ausgewiesen, der seinerseits den Geschäftsanteil nach zwei Jahren an einen gutgläubigen Erwerber veräußert. Hier scheidet der gutgläubige Erwerb nicht etwa daran,

¹² Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 39.

¹³ Hamann, NZG 2007, 492, 493.

¹⁴ Ebenso Bohrer, DStR 2007, 995, 999.

dass der „buchberechtigte“ Veräußerer Y erst zwei und damit noch nicht drei Jahre unrichtig in der publizierten Gesellschafterliste eingetragen ist. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs beruht nämlich nicht auf einer „Ersitzung“ der Veräußerungsposition durch den „Buchberechtigten“. Entscheidend ist vielmehr allein, dass der- oder diejenigen, die im Laufe der vorangegangenen drei Jahre als Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen waren, durchgehend nicht die wahren Berechtigten waren.¹⁵ Weil in unserem Beispiel die Liste ununterbrochen seit mehr als drei Jahren unrichtig war, kann dem wahren Berechtigten der Vorwurf gemacht werden, entgegen der ihm aufgebürdeten Obliegenheit keinen Widerspruch erhoben zu haben. Dass der Geschäftsanteil in der Zwischenzeit verschiedenen Personen zugewiesen war, ist demgegenüber ohne Belang. Jede unrichtige Eintragung muss dem wahren Inhaber Anlass geben, für eine Korrektur der Liste zu sorgen. Da der Berechtigte seine Interessen in unserem Beispiel insgesamt über vier Jahre hinweg nicht wahrgenommen hat, ist er nach der Wertung des Gesetzes nicht schutzwürdig und muss einen Rechtsverlust zugunsten des gutgläubigen Erwerbers hinnehmen.

Auch in einer weiteren Konstellation erweist sich die hier zugrunde gelegte Konzeption als Ziel führend: Bestimmt der Erwerber den Veräußerer durch Drohung zum Geschäftsabschluss, so dürfte sich die nachfolgende Anfechtung auf das dingliche Erfüllungsgeschäft erstrecken. Nach erfolgter Anfechtung kann der Erwerber somit nur als Nichtberechtigter verfügen. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob die (fehlerhafte) Eintragung in der Gesellschafterliste dem Berechtigten zurechenbar ist. In Parallele zum Begriff des Abhandenkommens in § 935 BGB sollte dies verneint werden; Zurechnung ist ein wertendes Kriterium und mehr als bloße Verursachung. Dann stellt sich aber die weitere Frage, wann die 3-Jahres-Frist beginnt. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist aufgrund der Rückwirkung des § 142 Abs. 1 BGB die Liste als von Anfang an unrichtig anzusehen.¹⁶ Die Anwendung der Rückwirkungsfiktion führte jedoch dazu, dass ein gutgläubiger Erwerb möglich wäre, obwohl dem Berechtigten aufgrund des fortbestehenden Zwangs eine Korrektur der Liste nicht möglich oder jedenfalls nicht zumutbar war. Der Obliegenheitsverstoß, auf den es nach hier vertretener Auffassung maßgeblich ankommt, lässt sich demgegenüber erst ab dem Zeitpunkt der Beendigung der Zwangslage erheben. Richtig dürfte es daher sein, für die Berechnung der 3-Jahres-Frist nicht die Rückwirkungsfiktion des § 142 Abs. 1 BGB heranzuziehen, sondern auf den Zeitpunkt der Anfechtungserklärung abzustellen.

¹⁵ Vgl. Begr RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 39.

¹⁶ AA *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301.

In die Kritik geraten ist die Neuregelung aber vor allem aus einem anderen, freilich mit dem gerade erörterten Aspekt aufs Engste zusammenhängenden Grunde. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG ist ohne besonderen Zurechnungstatbestand ein gutgläubiger Erwerb nur dann möglich, wenn die Eintragung in der Liste seit mehr als drei Jahren unrichtig ist; Zeiträume, in denen der Betreffende zu Recht als Gesellschafter eingetragen war, haben mit anderen Worten außer Betracht zu bleiben. Kein gutgläubiger Erwerb ist danach möglich, wenn der seit vielen Jahren korrekt eingetragene Gesellschafter zunächst als Berechtigter an einen ersten Erwerber A und am folgenden Tag an einen zweiten Erwerber B veräußert. Denn der Veräußerer ist zwar bereits seit mehr als drei Jahren eingetragen, unrichtig ist die Eintragung jedoch erst seit einem Tag. Das ist für den zweiten Erwerber natürlich misslich, weil er ja ohne nähere Nachforschungen weder wissen kann, ob überhaupt und, wenn ja, erst recht nicht seit wann die Gesellschafterliste unrichtig ist. Es wurde daher von verschiedener Seite vorgeschlagen, das Wort „unrichtig“ zu streichen und allein auf die Eintragung als solche abzustellen.¹⁷

Diesem Ansinnen ist der Gesetzgeber jedoch aus guten Gründen nicht gefolgt. Nicht gerechtfertigt wäre nämlich die damit verbundene Belastung des wahren Berechtigten.¹⁸ Im angeführten Beispiel drohte der Ersterwerber A, den gerade erst erlangten Geschäftsanteil wieder an den Zweiterwerber B zu verlieren, ohne dass er die faire Chance gehabt hätte, in die Gesellschafterliste aufgenommen zu werden und so die Basis für den Gutgläubenserwerb zu zerstören. Für einen auch darüber hinweggehenden Verkehrsschutz ohne jedes Zurechnungselement besteht aber im Hinblick auf GmbH-Geschäftsanteile kein unabweisbares praktisches Bedürfnis und aufgrund der privatrechtlichen Grundlage der Gesellschafterliste auch keine hinreichende dogmatische Basis. Zwar muss der Erwerber mithin weiterhin damit rechnen, dass er aufgrund kurzfristiger betrügerischer Mehrfachverfügungen im Ergebnis leer ausgeht. Das bedeutet jedoch nicht, dass der eigentliche gesetzgeberische Regelungszweck verfehlt würde. Im Kern ging es nämlich dem Gesetzgeber darum, dem Erwerber eine Jahrzehnte zurückreichende, kostspielige Due Diligence zu ersparen. Dieser Vorgabe wiederum wird die Regelung durchaus gerecht, weil sich der Erwerber darauf verlassen kann, dass er frühere Mängel in der Erwerbskette überwinden kann, wenn der Veräußerer drei Jahre eingetragen war.

¹⁷ Vgl. etwa *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211, 214.

¹⁸ So auch *Grunewald*, DK 2007, 13, 14 f.

b) Bösgläubigkeit; Widerspruch

Die übrigen Einwendungen, die der bisherige Inhaber dem Erwerber entgegensetzen kann, weisen keine vergleichbaren Probleme auf, so dass insoweit einige knappe Hinweise genügen. Ein Erwerb scheidet zum einen aus, wenn es am guten Glauben fehlt, wobei neben positiver Kenntnis bereits grob fahrlässige Unkenntnis schadet. Eine Obliegenheit zur Nachforschung trifft den Erwerber in diesem Zusammenhang freilich sicher nicht, denn andernfalls würde das gesetzgeberische Anliegen, den Erwerbsvorgang zu erleichtern und eine Jahrzehnte zurückreichende Überprüfung der Inhaberkette entbehrlich zu machen, weithin konterkariert.¹⁹

Zum anderen ist der Erwerb ausgeschlossen, wenn der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet ist. Damit ist dem wahren Berechtigten ein Mittel an die Hand gegeben, den von der Gesellschafterliste ausgehenden Rechtsschein zu zerstören. Die Regelung orientiert sich engstens am Vorbild der §§ 892 und 899 BGB, so dass für die Auslegung weithin auf die dort gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden kann. Dieser Widerspruch kann vom Erwerber gezielt als Sicherungsmittel gegen Zwischenverfügungen eingesetzt werden.²⁰ Erfolgt die Veräußerung unter einer oder mehrer aufschiebender Bedingungen, wie der vollständigen Zahlung des Kaufpreises oder einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung, so kann sich der Erwerber vom Veräußerer die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der eingetragenen Liste genehmigen lassen und so den guten Glauben eventueller Zwischenerwerber zerstören.

IV. Würdigung

Eine abschließende Würdigung der Neuregelung fällt nicht leicht. Gewiss hat der Gesetzgeber ein drängendes rechtspolitisches Problem aufgegriffen, dabei aber bewusst auf eine zurückhaltende und um Ausgleich bemühte Lösung gesetzt. Dagegen lässt sich unschwer der Vorwurf erheben, die Regelung als Ganzes bleibe unausgegoren. Aus Sicht der Erwerber ist es natürlich misslich, dass nur tatsächlich existierende Geschäftsanteile erworben werden können und ein Schutz gegen kurzfristige Mehrfachverfügungen nicht besteht. Vielfach kritisiert wurde auch ein weiterer, bisher nicht erwähnter Gesichtspunkt, nämlich das Fehlen einer Regelung über den lastenfreien Erwerb.²¹ Das ist deswegen von erheblicher Bedeutung, weil die Verpfändung von Gesellschaftsanteilen in der Bankpraxis ein häufiges Mittel der

¹⁹ Vgl. *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 898.

²⁰ *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301.

²¹ Vgl. etwa *Rau*, DStR 2006, 1892, 1899; weitere Nachweise bei *Hamann*, NZG 2007, 492 Fn. 37.

Kreditsicherung ist. Selbstverständlich bleibt ein gutgläubiger Erwerb ohne die Möglichkeit des lastenfreien Erwerbs Stückwerk, weil der Erwerber fürchten muss, den Geschäftsanteil im Zuge einer Pfandrechtsverwertung wieder zu verlieren. Der Gesetzgeber hat jedoch von einer entsprechenden Regelung mit Bedacht abgesehen.²² Die Erstreckung des Gutgläubenschutzes auf die Lastenfreiheit wäre rechtstechnisch nämlich nur um den Preis der Offenlegung der beschränkten dinglichen Rechte möglich gewesen. Stille Verpfändungen ohne Offenlegung der Belastung, wie sie in der Kreditwirtschaft zur Schonung des Kreditnehmers verbreitet erfolgen, wären praktisch ausgeschlossen.

Von einem solchen Schritt wollte der Gesetzgeber offenkundig einstweilen absehen; ihm ging es allein darum, den Erwerber von Jahrzehnte zurückreichenden Nachforschungen über den jeweiligen Inhaber eines GmbH-Geschäftsanteils zu entlasten. Dieser Ansatz ist für sich genommen durchaus vernünftig und fügt sich in die im Gesellschaftsrecht ganz allgemein zu beobachtende Tendenz ein, dass der Gesetzgeber suchend in kleinen Schritten voranschreitet und von dem großen kodifikatorischen Wurf absieht. Nicht ausgeschlossen ist somit, dass weitere Schritte folgen. Sicher ist jedoch schon heute, dass der neu geschaffene Regelungsmechanismus erhebliche Auslegungsprobleme mit sich bringen wird. Einige wenige davon habe ich hier anzudeuten versucht; weitere werden hinzukommen.

²² Vgl. *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211, 215.