

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 428 – Gesamtgläubigerschaft; Zwangssicherungshypothek; Abtretung der Forderung durch einzelne Gesamtgläubiger

GmbHG §§ 33 Abs. 2, 5a, 15 – Erwerb eigener Anteile durch Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); Zulässigkeit; Ermittlung des zulässigen Kaufpreises

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG § 16 Abs. 1 – Gesellschafterwechsel; Unverzüglichkeit der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister; Zeitspanne von über drei Wochen; Unwirksamkeit der durch den Neugesellschafter gefassten Beschlüsse

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 428

Gesamtgläubigerschaft; Zwangssicherungshypothek; Abtretung der Forderung durch einzelne Gesamtgläubiger

I. Sachverhalt

Es wurde ein Kauf- und Abtretungsvertrag beurkundet. Verkauft und abgetreten wurden „zwei Forderungen“, die zwei im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypotheken zugrunde liegen. Formuliert war in der Urkunde wie folgt:

„(Die Zedenten) treten die den Zwangshypotheken zugrunde liegenden beiden Forderungen jeweils mit Zinsen seit (...) an (den Zessionar) ab“.

Nach dem Grundbuch waren die beiden Zedenten neben weiteren Personen Gesamtgläubiger der eingetragenen Zwangssicherungshypotheken.

Im Grundbuch ist neben dem Land Hessen (Landesfiskus) zu 1/2 der Zessionar als weiterer Miteigentümer zu 1/2 eingetragen. Die Zwangssicherungshypotheken lasten nur an dem Miteigentumsanteil, der dem Land Hessen gehört. Die Urkunde enthält die Bewilligungen und Anträge aller an der Urkunde Beteiligten zur Eintragung der Abtretungen im Grundbuch.

Das Grundbuchamt meint, zur Abtretung des Rechts müssten auch die anderen im Grundbuch vermerkten Gläubiger der Zwangssicherungshypothek zustimmen.

II. Frage

Ist die Ansicht des Grundbuchamts zutreffend? Nach Auffassung des Notars sei zu berücksichtigen, dass die Gläubiger als Gesamtberechtigte eingetragen sind, weshalb sie forderungsberechtigt sind, mithin Leistung an

alle verlangen und daher auch die Forderungen abgetreten werden könnten, ohne dass die anderen Gläubiger zustimmen.

III. Zur Rechtslage

I. Allgemeines zur Übertragung einer Sicherungshypothek

Für die **Übertragung** einer Sicherungshypothek, bei der es sich stets um eine **Buchhypothek** handelt, bedarf es der **Abtretung** der zugrunde liegenden **Forderung** nach §§ 1153, 1154 Abs. 3 i. V. m. §§ 873, 878 BGB. Mithin ist die Abtretung der Forderung zu ihrer **Wirksamkeit** in das Grundbuch einzutragen. Die Eintragungsbewilligung hat in zweifelsfreier Weise das abzutretende Recht und die Angabe zu enthalten, ob und von welchem Zeitpunkt an Zinsen auf den neuen Gläubiger mitübergehen sollen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2403).

Da sich der Gläubiger einer Forderung, die mit einer Sicherungshypothek gesichert wird, hinsichtlich des **Bestands** der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§ 1184 Abs. 1 BGB) und § 1185 Abs. 2 BGB bestimmte Vorschriften des Hypothekenrechts (insb. § 1138 BGB) für nicht anwendbar erklärt, kann eine **Sicherungshypothek** nur dann **gutgläubig** erworben werden, wenn **die Forderung tatsächlich besteht** und mit Abtretungsvertrag übertragen wird (Schöner/Stöber, Rn. 2096 a. E.; BeckOK-BGB/Rohe, Std.: 1.2.2023, § 1184 Rn. 7, 12).

II. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts

Zu untersuchen ist zum einen, inwieweit bzw. worüber die Zedenten **verfügungsbefugt** sind bzw. waren und zum anderen, worüber sie nach den Erklärungen der Urkunde **verfügt haben**.

1. Verfügungsbefugnis bei Gesamtgläubigern; „Forderung“ und „Forderungsberechtigung“

Voraussetzung jeder Abtretung ist, dass der Zedent **verfügungsbefugt** ist (Staudinger/Busche, BGB, Neubearb. 2022, Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 12). Genauer zu betrachten ist, inwieweit bzw. **worüber** bei Bestehen einer **Gesamtgläubigerschaft** der **einzelne** Gläubiger Verfügungsbefugnis ist.

Ganz allgemein gehört zu den Merkmalen der Gesamtgläubigerschaft, dass jeder der Gläubiger voll „forderungsberechtigt“ ist (MünchKommBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 428 Rn. 3). Dies bedeutet in erster Linie, dass jeder Gläubiger die Leistung ganz oder teilweise fordern und dass der Schuldner nach seinem Belieben an einen der Gläubiger leisten kann (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 428 Rn. 1).

Diese „Forderungsberechtigung“ ist allerdings sowohl begrifflich als auch rechtlich von der „Forderung“ selbst zu unterscheiden. Jeder einzelne Gesamtgläubiger hat ein separat zu betrachtendes Forderungsrecht inne, dessen Bezugsobjekt gewissermaßen die gemeinsame Forderung ist. Der BGH hat dies im Kontext eines zwei Ehegatten zustehenden Oder-Kontos wie folgt beschrieben (NJW 1991, 420 – Hervorhebung durch DNotI):

„Die Inhaber eines Oder-Kontos sind Gesamtgläubiger i. S. des § 428 BGB und als solche jeder für sich aus eigenem Recht hinsichtlich des gesamten Guthabens selbständig forderungsberechtigt (...). Die Befugnis eines jeden von ihnen, über dieses Konto ohne Mitwirkung der anderen Kontoinhaber selbständig zu verfügen (§ 429 III 2 BGB), beruht nicht auf einer gegenseitigen eingeräumten Ermächtigung (...).“

Zu dieser Forderungsberechtigung, die jedem Gesamtgläubiger zusteht und die das Außenverhältnis gegenüber dem Schuldner betrifft, tritt hinzu, dass jeder einzelne Gesamtgläubiger gegenüber den anderen Gesamtgläubigern i. d. R. im Innenverhältnis zu Bruchteilen i. S. v. §§ 741 ff. BGB an der gemeinsam gehaltenen Forderung beteiligt ist. Sofern nichts Abweichendes vereinbart wurde, gilt für die Binnenquote insoweit § 430 BGB (vgl. auch § 742 BGB), wonach im Zweifel anzunehmen ist, dass die Gesamtgläubiger im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt sind.

Bei Gesamtgläubigerschaft ist anerkannt, dass jeder für sich „seine ihm zustehende Forderung“ übertragen kann und dass die Rechte der übrigen Gesamtgläubiger hiervon unberührt bleiben, § 429 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 425 Abs. 1 BGB (MünchKommBGB/Kieninger, 9. Aufl. 2022, § 398 Rn. 28; BGH NJW-RR 1987, 1260; BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.9.2022, § 398 Rn. 71.1.). § 429 Abs. 3 S. 2 BGB ist sogar ausdrücklich zu entnehmen, dass dann, wenn ein Gesamtgläubiger „seine Forderung“ auf einen anderen überträgt, die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt bleiben.

Der Wortlaut der Vorschrift dürfte jedoch ungenau sein. Bei der Abtretung durch einen von mehreren Gesamtgläubigern tritt dieser nämlich nicht „die Forderung“, sondern seine Binnenberechtigung an dem Vermögensgegenstand „Forderung“ sowie seine Forderungsberechtigung gem. § 428 S. 1 BGB ab.

Die Zedenten konnten mithin ihre Binnenberechtigung an der Forderung, die den Sicherungshypotheken zugrunde liegt, sowie ihre Forderungsberechtigung i. S. v. § 428 S. 1 BGB an den Zessionar abtreten. Allerdings

wechselte damit bei wirtschaftlicher Betrachtung nur eine Person der Gruppe der Gesamtgläubiger. Denn der Schuldner der Forderung kann weiterhin gemäß § 428 BGB an jeden der Gesamtgläubiger mit schuldbefreiender Wirkung leisten. Plakativ ausgedrückt überträgt der Zedent somit seine „Position in der Gruppe der Gesamtgläubiger“.

Looschelders führt hierzu aus (Staudinger, BGB, Neubearb. 2022, § 429 Rn. 68):

„§ 429 Abs 3 S 2 BGB stellt sicher, dass durch die Abtretung der Forderung eines einzelnen Gesamtgläubigers gegen den Schuldner an einen Dritten die Rechte der übrigen Gesamtgläubiger unberührt bleiben. Wie jedem anderen Gläubiger auch ist es dem einzelnen Gesamtgläubiger ohne Beteiligung des Schuldners möglich, seine Forderung auf eine andere Person durch Abtretung (§ 398 S 1 BGB) zu übertragen (...); der Schuldner kann nicht erwarten, dass die Gesamtgläubigerschaft in derselben Personenkonstellation unverändert bestehen bleibt (...). In den Beratungen hielt man eine solche Vorschrift für erforderlich, „weil nach dem System des Entwurfs die Meinung entstehen könne, in der Abtretung der Forderung liege eine Verfügung über die Substanz des Rechts und eine Aneignung des Wertes desselben, und dadurch würden die Gläubiger in gleicher Weise ausgeschlossen wie durch die Beitreibung der Leistung“(...).“

Obwohl diese Kommentarstelle – nach der hier verwendeten Diktion sprachlich ungenau – von der „Forderung“ spricht, wenn eigentlich die dem einzelnen Gesamtgläubiger zustehende „Forderungsberechtigung“ gemeint ist, so wird doch deutlich, dass entsprechend zu differenzieren ist. Denn ein einzelner abtretender Gesamtgläubiger **verfügt gerade nicht über die Substanz des Rechts** (also nicht über *die Forderung*).

Sofern der Zedent nicht nur seine „Position in der Gruppe der Gesamtgläubiger“ übertragen möchte, sondern die Forderung dergestalt auf den Zessionar übertragen will, dass dieser anschließend alleine berechtigt und die Gesamtgläubigerschaft beendet ist, müsste er hierzu von den anderen Gesamtgläubigern ermächtigt sein (Staudinger/Looschelders, § 429 Rn. 69). Denn dann läge letztlich eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand „Forderung“ im Ganzen vor, die nur gemeinschaftlich vorgenommen werden kann (vgl. § 747 S. 2 BGB).

2. Abtretungsgegenstand im vorliegenden Fall – Verständnis des Grundbuchamtes

Es liegt nahe, dass das Grundbuchamt die Urkunde dahingehend verstanden hat, dass die Forderung **mit Wir-**

kung für alle Gesamtgläubiger an den Zessionar übertragen werden sollte. Vor diesem Hintergrund ist das Verlangen des Grundbuchamtes nach Zustimmung der übrigen Gesamtgläubiger zutreffend (§ 747 S. 2 BGB).

Unter Umständen ließe sich gegenüber dem Grundbuchamt jedoch darstellen, dass die **Auslegung** der Erklärungen ergibt, dass gerade nicht „die Forderung“ abgetreten werden sollte, sondern nur die den Zedenten insoweit zustehenden Rechte.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien Vernünftiges gewollt haben und dass sie eine Regelung frei von Widersprüchen treffen, sich gesetzeskonform verhalten und nichts Unredliches anstreben wollten. Des Weiteren gebührt im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug, die die Unzulässigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet (vgl. Grünberg/Ellenberger, § 133 Rn. 25, 26, m. w. N.)

Führt man sich vor Augen, dass die Zedenten ohne Ermächtigung der übrigen Gesamtgläubiger „die Forderung“ gar nicht abtreten konnten, so sprechen die vorliegenden Maßstäbe für eine Auslegung dahingehend, dass nur die den Zedenten zustehenden und separat übertragbaren Rechtspositionen abgetreten werden sollten. Dem steht auch der Wortlaut der Urkunde nicht zwingend entgegen, was sich schon daran zeigt, dass auch das Gesetz, namentlich § 429 Abs. 3 S. 2 BGB, sprachlich ungenau von „Forderung“ spricht, hierbei jedoch letztlich nur die dem einzelnen Zedenten/Gesamtgläubiger zustehenden Positionen, nämlich seine Mitberechtigung an der Forderung sowie die Forderungsberechtigung nach § 428 S. 1 BGB meinen kann.

GmbHG §§ 33 Abs. 2, 5a, 15

Erwerb eigener Anteile durch Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); Zulässigkeit; Ermittlung des zulässigen Kaufpreises

I. Sachverhalt

Gesellschafter einer UG (haftungsbeschränkt) sind A und B zu jeweils 50 %. B möchte seine Geschäftsanteile verkaufen. Da A nicht über ausreichend Liquidität verfügt, soll – auf Anraten des Steuerberaters – die UG selbst die Anteile zu einem Kaufpreis von 10.000 € erwerben. Der Steuerberater meint, „das Kapital der UG“ werde Ende des Jahres bei ca. 25.000 € liegen.

II. Frage

Ist der Erwerb eigener Anteile im konkreten Fall möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Erwerb eigener Anteile durch eine UG (haftungsbeschränkt)

Der Vorschlag des Steuerberaters zielt auf einen Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. Ein solcher Erwerb ist nur unter den Voraussetzungen des § 33 GmbHG zulässig. Gem. § 33 Abs. 1 GmbHG verbietet sich der Erwerb nicht vollingezahlter Geschäftsanteile. Der Erwerb *volleingezahlter* Geschäftsanteile ist gem. **§ 33 Abs. 2 GmbHG nur gestattet**, wenn die Gesellschaft „im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf.“ Vereinfacht gesagt müsste es der Gesellschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt möglich sein, eine **hypothetische Rücklage in Höhe des Kaufpreises** zu bilden. Tatsächlich ist diese Rücklage nicht zu bilden.

Zur Frage, ob der Erwerb eigener Anteile im Falle einer UG (haftungsbeschränkt) weiter eingeschränkt oder gar ausgeschlossen ist, haben wir wenige ausdrückliche Stellungnahmen ausfindig machen können. Begründen ließe sich eine Einschränkung u. E. nur unter dem Aspekt der **Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung**. Dabei ist zunächst zu bedenken, dass ein Ausschluss des Erwerbs nach § 33 Abs. 1 GmbHG (diese Regelung dient der *Kapitalaufbringung*, Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 33 Rn. 2; MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 44) von vornherein nicht in Betracht kommt, weil das Stammkapital der UG gem. § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG immer vollingezahlt sein muss. **Die Kapitalerhaltung wird u. E. durch § 33 Abs. 2 GmbHG ausreichend gesichert**. Wenn nur ungebundenes Vermögen für den Kaufpreis verwendet werden darf, ist auch die UG in ihrer Kapitalausstattung nicht gefährdet. Zudem gewährleistet die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG, dass der UG auch zusätzlich vorhandenes Vermögen zugutekommt. Davon abgesehen ist kein Grund ersichtlich, warum ungebundenes Vermögen nicht für beliebige Zwecke – wie etwa den Erwerb eigener Anteile – zur Verfügung stehen sollte (so auch GroßkommGmbHG/Paura, 3. Aufl. 2019, § 5a Rn. 20).

2. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen des § 33 Abs. 2 GmbHG

Freilich müssten die Anforderungen des § 33 Abs. 2 GmbHG im konkreten Fall erfüllt sein. Wenn mit dem im Sachverhalt genannten „Kapital der UG“ das Stammkapital zum Jahresende gemeint ist (also das Stammkapital einer regulären GmbH aufgrund einer

bis dahin durchgeführten Kapitalerhöhung), so besagt dies im Hinblick auf § 33 Abs. 2 GmbHG nichts. Die Norm knüpft nämlich in keiner Weise an die Stammkapitalziffer an.

Wenn mit „Kapital der UG“ das voraussichtliche bilanzielle Eigenkapital gemeint ist, so ist diese Angabe für sich genommen ebenso wenig aussagekräftig. Zum Eigenkapital (vgl. § 272 HGB) gehören auch die Einlagen und die gebundenen Rücklagen der Gesellschaft. **Ungebundenes Vermögen i. S. d. § 33 Abs. 2 GmbHG** kann aber nur das darüber hinaus vorhandene Vermögen sein (Maßstab des § 30 Abs. 1 GmbHG), also der Überschuss der in der fortgeschriebenen Ertragsbilanz korrekt angesetzten Aktiva nach Abzug sämtlicher Verbindlichkeiten und Rückstellungen (Bilanzgewinn) sowie die ausschüttungsfähigen „freien“ Rücklagen (MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 86 f.). **Nicht zu berücksichtigen** sind folglich **Rücklagen nach § 5a Abs. 3 GmbHG** (MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, § 33 Rn. 86; MünchKommHGB/Reiner, 4. Aufl. 2020, § 272 Rn. 24; vgl. auch dazu, dass § 30 Abs. 1 GmbHG die Rücklage nach § 5a Abs. 3 GmbHG erfasst: Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 11). Zur Verfügung kann nach unserem Verständnis zudem nicht der zu thesaurierende Gewinnanteil gem. § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG stehen.

Des Weiteren wird im konkreten Fall die Frage nach dem **Zeitpunkt** relevant, **zu dem das ungebundene Vermögen gegeben sein muss**. Diese Frage ist allgemein **umstritten**:

Vor Neufassung des § 33 Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG stellte der **BGH** (NJW 1998, 3121, 3122) auf den Zeitpunkt der Gegenleistung ab. Zu bedenken ist aber, dass § 33 Abs. 2 GmbHG a. F. sich zum Zeitpunkt der (damals tatsächlich erforderlichen) Rücklagenbildung nicht ausdrücklich verhielt. Gleichwohl hat der BGH *obiter dictum* auch in einer aktuelleren Entscheidung (NZG 2020, 384 Rn. 40 f.) den Zahlungszeitpunkt für entscheidend erklärt.

Nach Ansicht des **OLG Rostock** (NZG 2013, 543, 545) ist bei § 33 Abs. 2 GmbHG n. F. der Zeitpunkt des schuldrechtlichen Geschäfts maßgeblich (s. auch Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 33 Rn. 16).

Die wohl h. M. in der **Literatur** stellt hingegen auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs ab (MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, § 33 Rn. 100; Altmeppen, GmbHG, § 33 Rn. 20; BeckOK-GmbHG/Schindler, Std.: 1.3.2023, § 33 Rn. 53.1;

Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 33 Rn. 6; Henssler/Strohn/Fleischer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 33 GmbHG Rn. 15; Lieder, GmbHR 2014, 57; Priester, GmbHR 2013, 1121, 1124).

Nur eine Mindermeinung dürfte das Vorhandensein des Vermögens zu beiden Zeitpunkten verlangen (Kersting, § 33 Rn. 11a).

3. Fazit

Ein Erwerb eigener Anteile gem. § 33 Abs. 2 GmbHG dürfte der UG (haftungsbeschränkt) grundsätzlich möglich sein. Die Mittel zur Kaufpreiszahlung müssten dem ungebundenen Vermögen der UG entnommen werden (das nicht gleichbedeutend mit dem Eigenkapital der Gesellschaft ist). Richtet man sich nach der Entscheidung des OLG Rostock, so müsste dieses Vermögen bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses in ausreichender Höhe vorhanden sein.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

ZVG §§ 180, 182, 105 ff., 44, 49, 52; BGB §§ 1191, 1197, 242

Zeitlicher Vorteil bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld vor der Teilungsversteigerung
Abruf-Nr.:

BGB § 928

Vormerkungsfestigkeit einer Dereliktion
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GmbHG § 16 Abs. 1

Gesellschafterwechsel; Unverzüglichkeit der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister; Zeitspanne von über drei Wochen; Unwirksamkeit der durch den Neugesellschafter gefassten Beschlüsse

OLG Schleswig, Beschl. v. 20.3.2023 – 2 Wx 56/22

1. Im Rahmen von § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG kommt [es] für die Unverzüglichkeit auf die Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister an.

2. Dabei ist auch die verspätete Einreichung durch die Notarin als schuldhaftes Zögern im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG anzusehen.

3. Unverzüglich im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 [wohl gemeint: S. 2] GmbHG ist eine Einreichung zum Handelsregister allenfalls dann, wenn sie innerhalb einer Frist von höchstens 2 Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt. Eine Zeitspanne von über 2 Wochen lässt sich schon begrifflich nicht mehr als unverzüglich ansehen und ist weder mit dem Normzweck des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG noch mit dem Ausnahmecharakter von § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG vereinbar.

Problem

Im Handelsregister ist die A-GmbH eingetragen. Deren alleiniger Gesellschafter war ausweislich der Gesellschafterliste V, der gleichzeitig einziger Geschäftsführer der Gesellschaft war. Mit notarieller Urkunde (Ziff. I.) übertrug V sämtliche Geschäftsanteile an E. In derselben Urkunde (Ziff. II.) hielt E eine Gesellschafterversammlung ab, in der er V vom Amt des Geschäftsführers abberief und sich selbst zum Geschäftsführer bestellte. Zudem beschloss E eine Satzungsänderung und verlegte den Sitz der GmbH. Am Tag der Beurkundung beglaubigte die Notarin die Unterschrift von E unter einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung. Diese Anmeldung reichte die Notarin zusammen mit einer Gesellschafterliste, aus der E als Alleingesellschafter hervorging, 27 Tage nach dem Tag der Beurkundung beim Handelsregister ein.

Das Handelsregister verweigerte den Vollzug der Handelsregisteranmeldung (Geschäftsführerwechsel; Satzungsänderung). Zur Begründung führte es aus, dass die Beschlüsse unwirksam seien, da E zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht aus der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste als Gesellschafter hervorgehe und die (aktualisierte) Gesellschafterliste auch nicht unverzüglich i. S. v. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG in das Handelsregister aufgenommen worden sei.

Hiergegen reichte die Notarin Beschwerde ein mit der Begründung, eine zügigere Vorlage zum Handelsregister sei zum einen angesichts der Coronapandemie und des auch im Notariat bestehenden Fachkräftemangels nicht möglich gewesen. Zudem seien die Beschlüsse wirksam, da an der Urkunde, die die Beschlüsse enthalte, auch der Altgesellschafter mitgewirkt habe.

Entscheidung

Das OLG Schleswig hält die Beschwerde für unbegründet und bestätigt die Unwirksamkeit der gefassten Beschlüsse.

Zur Begründung führt es aus, die Beschlüsse (Geschäftsführerwechsel, Satzungsänderung) seien entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch einen nicht in der Gesellschafterliste des Handelsregisters eingetragenen Gesellschafter gefasst worden. E käme gegenüber der Gesellschaft noch keine Gesellschafterstellung zu. Mit dem Argument der Notarin, V sei auch an der Urkunde beteiligt gewesen, die die Beschlüsse enthalten, befasst sich das Gericht nicht ausdrücklich, schließt sich damit aber wohl der Ansicht des Handelsregisters an, wonach V ausweislich des Wortlauts der Urkunde *an den Beschlüssen* (Ziff. II. der Urkunde) nicht mitgewirkt hat.

Das Gericht führt aus, es reiche auch nicht aus, dass die Übertragung der Geschäftsanteile für das Handelsregister aus der eingereichten Urkunde (Ziff. I.) erkennbar sei, vielmehr sei die Eintragung der Veränderung *in die Gesellschafterliste* erforderlich.

Die Beschlüsse gälten auch nicht nach § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG als wirksam. Demnach gelte eine vom Erwerber (E) in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von Anfang an wirksam, wenn die (aktuelle) Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung (hier: Fassung der Beschlüsse) in das Handelsregister aufgenommen werde. Es fehle vorliegend an der geforderten Unverzüglichkeit.

Für die Unverzüglichkeit komme es auf die Einreichung der Liste an. Es sei umstritten, ob die unverzügliche *Aufnahme* zu verlangen sei (so der Wortlaut) oder ob die *Einreichung* genüge. Das OLG Schleswig folgt hierbei der Ansicht, die die *Einreichung* genügen lässt. Zur Begründung führt es aus, eine etwaige verzögerte Bearbeitung durch Handelsregister könne – gerade angesichts der Rechtswirkungen von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG – nicht zulasten des neuen Gesellschafters gehen.

Die verzögerte Einreichung durch die Notarin wirke auch zu Ungunsten von E. Einerseits sei die Notarin tatsächlich für E aufgetreten, zum anderen gelte sie nach § 378 Abs. 2 FamFG als ermächtigt, im Namen von E Eintragung im Handelsregister zu beantragen.

Die Einreichung sei schließlich nicht „unverzüglich“ i. S. v. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG erfolgt, da die Liste erst knapp vier Wochen nach der vorgenommenen Rechtshandlung eingereicht worden sei. Das OLG Schleswig begründet ausführlich, weshalb es eine Zeitspanne von über zwei Wochen als nicht mehr unverzüglich ansieht:

Zum einen sei eine Einreichung bei Überschreitung dieser Zeitspanne bereits begrifflich nicht mehr als unverzüglich anzusehen. Unverzüglich i. S. v. „ohne schuldhaftes Zögern“ bedeute *zeitnah*. Da die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einen überschaubaren Vorgang darstelle, der durch ein Notariat routiniert und schnell binnen weniger Werktagen erledigt werden könne, müsse er, um dem Erfordernis der Unverzüglichkeit zu genügen, auch in einem solchen Zeitraum abgewickelt werden.

Des Weiteren sei § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG eng auszulegen. Hierfür spreche, dass die Aufnahme der Liste als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Ausübung von Gesellschafterrechten (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG) dem Transparenzprinzip diene und auch Geldwäsche verhindern solle. Durch § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG solle gewissermaßen Druck erzeugt werden, den Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und einfach nachvollziehbar in der Gesellschafterliste ersehen zu können. Schließlich spreche der Ausnahmecharakter von § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG für eine enge Auslegung. Zwar solle der Neugesellschafter nach Wirksamwerden des Erwerbs der Geschäftsanteile seine Gesellschafterrechte sogleich ausüben können, aber gerade dann müsse den Anforderungen des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG – als Ausnahme zu § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG – auch genüge getan werden.

Das OLG Schleswig deutet zuletzt noch an, dass Ausnahmefälle denkbar seien, in denen bei außergewöhnlichen Umständen auch die Einreichung einer Gesellschafterliste nach mehr als zwei Wochen noch als „unverzüglich“ angesehen werden könnte. Kriterien hierfür benennt das Gericht jedoch nicht. Der offenbar nur schlagwortartige Hinweis der Notarin auf die Coronapandemie und den Fachkräftemangel genüge „schon im Ansatz nicht“.

Konsequenz der fehlenden Unverzüglichkeit der Einreichung sei die endgültige Unwirksamkeit der gefassten Beschlüsse.

Praxishinweis

Die Entscheidung verdeutlicht den wichtigen Zusammenhang zwischen der in der Praxis allseits bekannten Pflicht des Notars zur unverzüglichen Einreichung einer Gesellschafterliste nach Anteilsabtretung nach § 40 Abs. 2 GmbHG und den – möglicherweise nicht stets gegenwärtigen – u. U. gravierenden Konsequenzen im Falle der Verzögerung, die sich aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ergeben. Hilfreich wäre im zugrundeliegenden Fall eine Beschlussfassung ausdrücklich durch Veräußerer (V) und Erwerber (E) gewesen, mithin ein erkennbares Mitwirken von V an Ziff. II. der Urkunde.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn