

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 178834****letzte Aktualisierung: 30. Oktober 2020****GmbHG § 15**

Form der Aufhebung eines Treuhandvertrags mit aufschiebend bedingter Abtretung eines Geschäftsanteils an Treugeber; Bestimmtheitsgrundsatzes nach Teilung bereits bedingt abgetretener Geschäftsanteile

I. Sachverhalt

In einer Treuhandvereinbarung über zwei GmbH-Geschäftsanteile hat der Treuhänder (und alleiniger Gesellschafter) diese Geschäftsanteile aufschiebend bedingt auf die Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treugeber abgetreten. Nach Begründung des Treuhandverhältnisses und Beurkundung dieser aufschiebend bedingten Abtretung wurden die Geschäftsanteile durch Gesellschafterbeschluss geteilt. Im Anschluss an diese Teilung hat der Treugeber „50 Prozent der treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile“ an den Treuhänder überlassen. In Erfüllung dieser Überlassung wurde das Treuhandverhältnis hinsichtlich der überlassenen Geschäftsanteile einvernehmlich aufgehoben und die vorgenannte aufschiebend bedingte Abtretung an den Treuhänder hinsichtlich dieser Geschäftsanteile aufgehoben. Das verbliebene Treuhandverhältnis wurde nunmehr durch Kündigung des Treugebers wirksam beendet, sodass die aufschiebende Bedingung, unter der die vorgenannte Abtretung an den Treugeber vereinbart wurde, eingetreten ist.

II. Fragen

1. Bedurfte die „Überlassung“ bzw. die Aufhebung des Treuhandvertrags der notariellen Beurkundung?
2. Steht die zwischenzeitliche Teilung der abgetretenen Geschäftsanteile der Wirksamkeit der Abtretung, insbesondere vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes, entgegen?

III. Zur Rechtslage**1. Beurkundungsbedürftigkeit der „Überlassung“**

U. E. dürfte die „Überlassung“ einiger der treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile vom Treugeber an den Treuhänder beurkundungsbedürftig gewesen sein. Die Formbedürftigkeit eines Treuhandvertrags nach § 15 Abs. 3, 4 GmbHG ergibt sich grundsätzlich daraus, dass in ihm regelmäßig eine Verpflichtung zur Anteilsabtretung oder schon eine Abtretung selbst enthalten ist. Vorliegend waren die jeweiligen Treuhandverträge jedenfalls deswegen formbedürftig, weil in ihnen zugleich die Geschäftsanteile an die Treugeber aufschiebend bedingt rückabgetreten wurden.

Inwieweit auch die Aufhebung von Treuhandverträgen notariell beurkundungsbedürftig sein kann, ist in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – bisher noch nicht behandelt worden. Es entspricht aber allgemeiner Meinung, dass die Vereinbarung, durch welche ein obligatorischer Vertrag auf Abtretung eines Geschäftsanteils aufgehoben wird, nicht der notariellen Form bedarf (Löbbecke, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 72 m. w. N.). Demgegenüber bedarf die Aufhebung eines dinglichen Vertrages über die Abtretung eines Geschäftsanteils der notariellen Form des § 15 Abs. 3 GmbHG (Löbbecke, § 15 Rn. 133; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 91). Denn die Aufhebung einer Abtretung beinhaltet letztlich die Rückabtretung eines Geschäftsanteils. Die Formpflichtigkeit der Rückabtretung des Geschäftsanteils wird etwa angenommen, wenn zu Sicherungs- oder Treuhandzwecken übertragen war, da nach Erfüllung des Zwecks und vereinbarter Aufhebung der Treuhänderstellung der Geschäftsanteil grundsätzlich nicht von selbst an den Übertrager zurückfällt.

Vorliegend ist die Abtretung des Geschäftsanteils aufschiebend bedingt vereinbart worden; die Bedingung läge in der Beendigung des Treuhandvertrags. Eine Aufhebung mit dem Ziel, den Treuhänder jetzt auch zum wirtschaftlichen Eigentümer der Geschäftsanteile zu machen, müsste also die Rückgängigmachung der aufschiebend bedingten Abtretung beinhalten. Es stellt sich also die Frage, ob auch eine solche Aufhebung formpflichtig ist. Insofern ist zu berücksichtigen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH im Fall der aufschiebend bedingten Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils der aus der Bedingung begünstigte Veräußerer einseitig durch formfreie, empfangsbedürftige Erklärung, die nicht einmal einer Annahme bedürfe, auf die Bedingung verzichten kann (vgl. nur BGH DNotZ 1999, 420, 425; WM 1989, 256; DNotZ 1995, 557, 559). Nach der Auffassung des BGH ist diese Möglichkeit eines formfreien Verzichts auf die der Abtretung beigegebene Bedingung anzuerkennen, weil darin keine der Form des § 15 GmbHG unterliegende Vertragsänderung zu sehen sei und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit der Nachweis eines Verzichts in der Regel keine größeren Schwierigkeiten bereiten werde als der Nachweis des Eintritts der Bedingung.

Der Verzicht auf die Bedingung führt letztlich dazu, dass die Abtretung nunmehr als unbedingt zu begreifen ist, mit der Folge, dass die Abtretung mit dem Verzicht wirksam wird. Dass umgekehrt formlos vereinbart werden könnte, dass eine Bedingung nicht mehr eintreten kann, wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Die Auffassung des BGH, nach der die dingliche Wirkung der Abtretung ohne Weiteres herbeigeführt werden kann, legt u. E. aber nahe, dass die Aufhebung der – wenn auch bedingten – Abtretung nicht formlos möglich ist. Weil darin insoweit also eine die dingliche Verfügung über den Geschäftsanteil betreffende Vertragsänderung zu sehen ist, greift u. E. § 15 Abs. 3 GmbHG. Eine aktualisierte Gesellschafterliste hätte damals dennoch nicht erstellt und eingereicht werden müssen; denn Voraussetzung ist schon dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG eine Veränderung. Hieran fehlt es aber vorliegend, da der Treuhänder unverändert Gesellschafter ist, sich die Aufhebung der Rückabtretung dagegen auf eine Veränderung bezieht, die erst in Zukunft wirksam geworden wäre.

2. Abtretung nach Teilung; Bestimmtheitsgrundsatz

Sollte die Überführung auch des wirtschaftlichen Eigentums an einigen der nach Teilung neu zerlegten Geschäftsanteile vom Treugeber auf den Treuhänder beurkundet worden sein (wie es u. E. erforderlich gewesen wäre), würden wir davon ausgehen, dass in dieser Übertragungsurkunde die „freigegebenen“ Geschäftsanteile konkret bezeichnet wurden (etwa:

„Die nach Teilung entstandenen Geschäftsanteile mit den Nummern 5-10...“). In diesem Fall würden wir meinen, dass die aufschiebend bedingte Abtretung des vormaligen (ungeteilten) Geschäftsanteils nicht allein dadurch beeinträchtigt wird, dass dieser Geschäftsanteil nunmehr geteilt wurde. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils mit einem konkreten Nennbetrag kann u. E. ohne Weiteres so ausgelegt werden, dass die an die Stelle des früheren Geschäftsanteils getretenen, durch Teilung entstandenen Geschäftsanteile übertragen werden sollen. Ob dies dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz für die dingliche Verfügung, wie hier die Abtretung, gleichermaßen genügt, erscheint jedoch nicht selbstverständlich. Der BGH hatte in der Vergangenheit (NJW-RR 1987, 807) für den Fall, dass Geschäftsanteile in einem Abtretungsvertrag in einer falschen Stückelung angegeben wurden, den Bestimmtheitsgrundsatz als erfüllt angesehen, wenn nur ein eindeutiges Auslegungsergebnis möglich ist. Daher neigen wir dazu, auch hier eine wirksame bedingte Abtretung einer Teilmenge der durch Teilung neu entstandenen Geschäftsanteile anzunehmen, sofern diese hinreichend identifizierbar sind, was dann der Fall wäre, wenn die „freigegebenen“ Geschäftsanteile, wie geschildert, ihrerseits hinreichend bestimmt bezeichnet worden sein sollten.

Sollten dagegen die „freigegebenen“ Geschäftsanteile nicht hinreichend bestimmt bezeichnet worden sein (etwa, weil die Vereinbarung ausschließlich dahin lautete „50 Prozent der Geschäftsanteile“ abzutreten, ohne die Geschäftsanteile näher zu benennen), halten wir zwar weiterhin für möglich, die schuldrechtliche Rückübertragungsverpflichtung dahingehend auszulegen, dass sie sich auch auf jene Teilmenge der durch Teilung neu entstandenen Geschäftsanteile beziehen soll, die nicht „freigegeben“ wurde; dinglich wäre dann aber der Bestimmtheitsgrundsatz nicht gewahrt, weil für einen außenstehenden Dritten nicht erkennbar wäre, welche konkreten Geschäftsanteile „freigegeben“ und welche weiterhin treuhänderisch gehalten werden sollten. Die Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes hätte die Nichtigkeit des Abtretungsvertrages zur Folge (vgl. BGH NZG 2010, 908, 909; Verse, in: Hessler/Strohn, GesR, 4. Aufl. 2019, § 15 GmbHG Rn. 6). Wir weisen allerdings darauf hin, dass es im Schrifttum auch liberalere Stimmen gibt, die eine Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes vertreten, wenn die für die Abtretung in Frage kommenden Geschäftsanteile identisch sind (gleicher Inhaber und Nennwert, gleiche Entstehung und gleiche Verfügungs- und Belastungshistorie, keine individuelle Bezeichnung in der Gesellschafterliste), so etwa Seelinger (GmbHR 2014, 119, 123):

„Der Veräußerer, der seinen GmbH-Geschäftsanteil von 25.000 € in zwei GmbH-Geschäftsanteile von jeweils 12.500 € teilt, kann daher einen der beiden GmbH-Geschäftsanteile an einen Erwerber abtreten und den anderen der beiden GmbH-Geschäftsanteile behalten (oder an einen anderen Erwerber abtreten), ohne dass eine (in der Praxis übliche) nähere Bezeichnung durch Ziffern oder Definitionen erforderlich ist.“

Dies halten wir jedenfalls dann für nicht überzeugend, wenn – wie hier nach erfolgter Teilung von Geschäftsanteilen – aufgrund der hiermit verbundenen Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 GmbHG ohnehin eine aktualisierte Gesellschafterliste hätte erstellt werden müssen, aus der heraus sich konkrete Identifizierungsmerkmale der jeweiligen Geschäftsanteile ergeben. Erwägenswert wäre ein solches liberales Verständnis nur in den aber ohnehin streitigen Fällen der sog. „Teilung durch Veräußerung von Teilgeschäftsanteilen mit Zustimmung der Gesellschafter“ (für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens BGH NZG 2014, 184, Rn. 25), wenn die „Teilung durch Veräußerung von Teilgeschäftsanteilen“ zur Entstehung von zwei neuen Geschäftsanteilen mit identischem Nennbetrag führt, von denen nur einer

übertragen wird (in diesem Sinne für eine Liberalisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes auch Verse, § 15 GmbHG Rn. 9b: „Wenn die Teilung durch Veräußerung von Teilgeschäftsanteilen zur Entstehung von zwei neuen Geschäftsanteilen mit identischem Nennbetrag führt, von denen nur einer übertragen wird [zB Abtretung eines Teilgeschäftsanteils im Nennbetrag von 12.500 EUR aus dem bisher bestehenden Geschäftsanteil im Nennbetrag von 25.000 EUR], stellt sich die Frage, ob es zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes und damit für die Wirksamkeit der Veräußerung zwingend erforderlich ist, in den Abtretungsvertrag zusätzliche Angaben zur Unterscheidbarkeit des übertragenen von dem nicht übertragenen Geschäftsanteil aufzunehmen. Die Frage ist zu verneinen, da die Unterscheidbarkeit der Geschäftsanteile gerade erst durch die Veräußerung hergestellt wird.“). Für den zu begutachtenden Fall dürften diese Ansätze aber nicht fruchtbar gemacht werden können.