Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 174879****letzte Aktualisierung: 17. April 2020****GmbHG § 40****Angabe der Prozentsätze in der Gesellschafterliste nach Einziehung eines Geschäftsanteils ohne Aufstockung der Nennbeträge****I. Sachverhalt**

In einer GmbH mit 5 Gesellschaftern mit je einem Geschäftsanteil (3 zu je 92.000 € [jeweils 23 %], einmal 84.000 € [21 %] und einmal 40.000 € [10 %]) sowie einem Stammkapital von 400.000 € wird der Geschäftsanteil im Nennbetrag von 40.000 € eingezogen. Beschlüsse zur Aufstockung, Neubildung oder Kapitalherabsetzung werden nicht gefasst. Das satzungsmäßige Stammkapital weicht deshalb von der Summe der Nennbeträge der einzelnen verbliebenen Geschäftsanteile (360.000 €) ab.

II. Fragen

Woran hat sich in dieser Situation die Angabe der prozentualen Beteiligung in der Gesellschafterliste zu orientieren? Am ursprünglichen Stammkapital oder an der Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile?

III. Zur Rechtslage

Zu der aufgeworfenen Rechtsfrage existiert derzeit – soweit ersichtlich – noch keine Rechtsprechung. Auch die Gesellschafterlistenverordnung von 2018 enthält dazu keine Hinweise.

1. Die beiden Lösungsansätze

Der Wortlaut des seit 2017 aktuellen § 40 Abs. 1 S. 1 2. Hs. GmbHG: „... sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind“ erlaubt die Argumentation für beide möglichen Lösungen. Versteht man den Wortlaut der Norm ganz formal, müsste man weiterhin von dem Verhältnis des einzelnen Geschäftsanteils mit seinem Nennbetrag zur unveränderten Stammkapitalziffer ausgehen, sodass die Bezugsgröße (100 %) das Stammkapital selbst ist (so z. B. Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1191). Dann würden allerdings die Prozentsätze der nach der Einziehung verbleibenden Geschäftsanteile die gleiche Höhe wie vor der Einziehung behalten, obwohl bei der Einziehung – anders als bei dem Erwerb von eigenen Geschäftsanteilen - der betroffene Geschäftsanteil nach allgemeiner Meinung vernichtet wird. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung (Stimmrecht, Dividendenanspruch,

Liquidationserlös usw.) der anderen Gesellschafter erhöht sich automatisch bei allen verbleibenden Gesellschaftern proportional.

Um diesen Unterschied der tatsächlichen, gesellschaftsrechtlichen Beteiligung bei der Angabe der Prozentsätze zu dokumentieren, vertritt eine starke Gegenmeinung, dass als Bezugsgröße 100 % die Summe aller *verbliebenen* Nennbeträge anzunehmen ist (MünchKommGmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2019, § 40 Rn. 135; Melchior/Böhringer, GmbHR 2017, 1074, 1076 f.; Scholz/Seibt, GmbHG 12. Aufl. 2020, § 40 Rn. 31; Wachter, GmbHR 2018, 1129, 1138; Heidinger in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 393).

2. Die Summe der Nennbeträge

Es spricht viel für letztere Ansicht, dass die Bezugsgröße (100 %) für die Angaben der Prozente bei den einzelnen Geschäftsanteilen die Summe aller nach der Einziehung verbliebenen Nennbeträge ist.

Da durch die Einziehung eines Geschäftsanteiles die Gesellschafterbeteiligung der verbleibenden Gesellschafter quotale erhöht wird, repräsentieren die verbleibenden zu geringen Nennbeträge eine höhere gesellschaftsrechtliche Beteiligung als sie tatsächlich ausweisen. Dies ist gerade für den Ausweis des wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 GWG relevant, der bei einer Beteiligung von über 25 % angenommen wird. Folgt man der anderen Ansicht, könnten die Angaben der Prozentsätze für die einzelnen Geschäftsanteile dadurch manipuliert werden, dass man einen Aufstockungsbeschluss nach der Einziehung fasst oder nicht. Im hier vorgelegten Fall hätten die drei 23-prozentig Beteiligten weiterhin einen Ausweis von 23 % in der Liste statt realer i.H.v. 25,56 %. Bei den strengen Vorgaben der Gesellschafterlistenverordnung für das Löschen von Altangaben in der Gesellschafterliste (§ 3 GesLVO) ist auch schon bei der nächsten Liste nach der Einziehung kaum mehr erkennbar, dass die Summe der Nennbeträge von dem Stammkapital abweicht und die Prozentzahlen nicht die wahren Gesellschaftsverhältnisse wiedergeben. Deshalb dürfte dann die Gesellschafterliste die Meldung zum Transparenzregister nach § 20 GwG nicht ersetzen können (so auch Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1191 für den vergleichbaren, aber abzugrenzenden Fall der eigenen Anteile).

Man kann u. E. auch mit der Neuregelung des § 14 GmbHG und dem Verständnis für die „Nennbeträge“ argumentieren. Der Geschäftsanteil ist danach eine Kurzbezeichnung für die Summe der Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters in der GmbH (Mitgliedschaft) (*Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 14 Rn. 1). Der einzelne Geschäftsanteil bestimmt sodann das Maß der Rechte und Pflichten seines Inhabers im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern. Dabei ist das Verhältnis der Nennwerte maßgebend (*Bayer*, § 14 Rn. 1; *Altmeyen*, in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 14 Rn. 4; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl. 2018, § 14 Rn. 8 u. 14). *Reichert/Weller* (§ 14 Rn. 14) formulieren diesbezüglich am deutlichsten:

„Aus dem Verhältnis des Nennbetrages eines Geschäftsanteils zur Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile ergibt sich, zu welchem Bruchteil der Inhaber eines Anteils an der GmbH beteiligt ist.“

Dabei gehen die Autoren sicherlich davon aus, dass nach dem neu gefassten § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG stets die Summe der Nennbeträge der Stammkapitalziffer entsprechen muss

(Verweis auf BT-Drucks. 16/6140, S. 31 li. Sp.). Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers in § 40 Abs. 1 S. 1 2. Hs. GmbHG, durch die Angabe der Prozentsätze leicht erkennen zu können, wer eine Beteiligung von über 25 % an einer GmbH hält und damit wirtschaftlich Berechtigter i. S. d. GwG ist. Die vom BGH (Entscheidung v. 2.12.2015 – II ZR 322/13, GmbHR 2015, 416) tolerierte fehlende Aufstockung der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile nach Einziehung eines Geschäftsanteils würde ansonsten den Sinn und Zweck des Gesetzes aushebeln.

3. Ergebnis

Aus den oben genannten Gründen ist unseres Erachtens die Meinung, von der Summe der Nennbeträge aller verbliebenen Geschäftsanteile als Bezugsgröße (100 %) für die Berechnung der Prozentangaben auszugehen. Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Rechtslage diesbezüglich aber noch nicht abschließend geklärt.