

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 173693

letzte Aktualisierung: 29. November 2019

GmbHG §§ 16 Abs. 1, Abs. 3, 40

Sich kreuzende Gesellschafterlisten; zwingend chronologische Reihenfolge der Gesellschafterlisten; Voreintragung in der Gesellschafterliste; gutgläubiger Erwerb; drei Jahre unrichtige Liste

I. Sachverhalt

TH war seit der Gründung der X-GmbH im Jahr 2015 an dieser als Treuhänder beteiligt. Der Treuhandvertrag mit dem Treugeber (TG) enthielt für den Fall der Kündigung eine „Rückfallklausel“. Unklar ist, ob diese eine aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils oder nur eine diesbezügliche Verpflichtung des Treuhänders enthält.

Am 6.9.2019 wurde der Treuhandvertrag wirksam gekündigt und eine neue Gesellschafterliste mit dem Treugeber als Alleingesellschafter eingereicht, aber zunächst ohne nachvollziehbaren Grund vom Registergericht nicht sofort aufgenommen. Am 9.9.2019 wurde der Geschäftsanteil vom Treuhänder mit notarieller Urkunde an einen Dritten (D) abgetreten. Weder der Notar noch der Erwerber (D) wussten von dem Treuhandvertrag und der im Handelsregister eingereichten aber noch nicht aufgenommen Gesellschafterliste.

Das Handelsregister hat die Aufnahme der diesbezüglich am 9.9.2019 eingereichten Gesellschafterliste zurückgewiesen und stattdessen am 10.9.2019 die Liste vom 6.9.2019 aufgenommen. Dabei hat es darauf hingewiesen, dass dem Registergericht nur ein eingeschränktes Prüfungsrecht hinsichtlich der Erfüllung der formell-rechtlichen Voraussetzungen zustehe. Die eingereichte Gesellschafterliste vom 6.9.2019 liege zeitlich vor der am 9.9.2019 eingereichten Liste. Gleiches gelte für die Daten der jeweiligen Abtretungsurkunden. Das Registergericht sei stets gehalten, Gesellschafterlisten in chronologischer Reihenfolge zu bearbeiten und, soweit zulässig, in den Registerordner aufzunehmen. Es habe daher nur die zuerst eingereichte Gesellschafterliste vom 6.9.2019 in den Registerordner aufgenommen werden können.

II. Fragen

1. Wird die Wirksamkeit der Abtretung (ggf. auch durch gutgläubigen Erwerb) am 9.9.2019 durch die zuvor am 6.9.2019 eingereichte Gesellschafterliste verhindert?
2. Verweigert das Registergericht zu Recht die Aufnahme der Gesellschafterliste vom 9.9.2019?

III. Zur Rechtslage

Bei dem uns vorgelegten Sachverhalt entwickelt sich die materiell-rechtliche Rechtslage ggf. abweichend von der in der im Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste ausgewiesenen Rechtslage. Zwar sollte die Gesellschafterliste immer die materiell-rechtliche Rechtslage korrekt wiedergeben. Grundsätzlich ist aber die Wirksamkeit der Abtretung eines Geschäftsanteils unabhängig von den entsprechenden Eintragungen in der Gesellschafterliste (Begr. RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 37; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 350). Daher muss genau unterschieden werden zwischen der materiell-rechtlichen Berechtigung am Geschäftsanteil und der in der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 GmbHG ausgewiesenen relativen Gesellschafterstellung gegenüber der GmbH. Letztere kann abweichend von der materiell-rechtlichen Rechtslage, allein durch die Eintragung in einer im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste, geschaffen werden. Eine erstellte und beim Handelsregister eingereichte, aber noch nicht im Registerportal aufgenommene und dort einsehbare Gesellschafterliste entfaltet jedoch noch keinerlei Rechtswirkung, weder nach § 16 Abs. 1 (relative Gesellschafterstellung) noch nach § 16 Abs. 3 GmbHG (gutgläubiger Erwerb) (MünchKommGmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2019, § 40 Rn. 342; Ebbing, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 16 Rn. 22).

1. Wirksamkeit der Abtretung vom 9.9.2019

a) Unwirksame Abtretung am 6.9.2019

Wenn die behauptete Geschäftsanteilsabtretung vom 6.9.2019 trotz wirksamer Kündigung des Treuhandvertrages mangels aufschiebend bedingter Abtretung in der „Rückfallklausel“ nicht wirksam war, ist die am 9.9.2019 notariell beurkundete Abtretung des Geschäftsanteils vom weiterhin materiell-rechtlich Berechtigten und in der letzten im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragene Alleingesellschafter wirksam erfolgt. Die Gesellschafterliste vom 6.9.2019 kann daran nichts ändern, weil sie zum Zeitpunkt der Abtretung am 9.9.2019 noch nicht im Handelsregister aufgenommen war. Außerdem hätte, wie oben dargestellt, selbst eine unrichtige Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste dem wahren Gesellschafter lediglich die relative Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 GmbHG, aber nicht die Verfügungsbefugnis zur Abtretung entzogen.

b) Wirksame Abtretung am 6.9.2019

(1) Abtretung am 9.9.2019

Sollte die „Rückfallklausel“ eine aufschiebend bedingte Abtretung enthalten haben, wäre diese durch Kündigung des Treuhandvertrages am 6.9.2019 materiell-rechtlich wirksam geworden. Dann hätte der TH am 6.9.2019 die Inhaberschaft und seine Verfügungsbefugnis über den Geschäftsanteil verloren und er hätte seinen Geschäftsanteil am 9.9.2019 nicht mehr wirksam an den Erwerber (D) abtreten können. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass der TG am 9.9.2019 nur in der eingereichten aber noch nicht in der letzten im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen war. Auch die am 9.9.2019 noch bestehende Eintragung des TH in der aufgenommenen Liste konnte dem TH keine Verfügungsbefugnis über den Geschäftsanteil verschaffen.

(2) Gutgläubiger Erwerb

Der D könnte nach dem uns mitgeteilten Sachverhalt mit der Beurkundung der Abtretung vom 9.9.2019 den hier in Frage stehenden Geschäftsanteil allenfalls gutgläubig erworben haben (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Fraglich ist, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Der Veräußerer war zum Zeitpunkt der Abtretung am 9.9.2019 in der Gesellschafterliste als Alleingesellschafter eingetragen. Es war auch kein Widerspruch in der Gesellschafterliste zugeordnet. Dem Zweiterwerber D war nach dem mitgeteilten Sachverhalt die mangelnde Berechtigung des Veräußerers nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt. Allenfalls seine Kenntnis von einer abweichenden aufgenommenen Gesellschafterliste hätte ihn bösgläubig machen können. Anhaltspunkte dafür, dass dem vermeintlich berechtigten TG die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zuzurechnen ist, sind aus dem uns mitgeteilten Sachverhalt nicht erkennbar. Die Verzögerung der Aufnahme der Gesellschafterliste mit dem Treugeber lag im Bereich des Registergerichts. Das evtl. dort vorhandene Verschulden kann dem TG nicht zugerechnet werden. Daher hätte die Gesellschafterliste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des betroffenen Geschäftsanteils drei Jahre lang unrichtig gewesen sein müssen (§ 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Der Alleingesellschafter TH war im hier vorliegenden Fall zwar seit 2015 also mehr als drei Jahre in der Gesellschafterliste eingetragen. Jedoch war die Liste erst seit dem 6.9.2019 durch die ggf. wirksame Abtretung an den TG unrichtig geworden. Am 9.9.2019 konnte also ein gutgläubiger Erwerb noch nicht erfolgen, da die Liste erst drei Tage unrichtig war (allg. M.; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 16 Rn. 265 m. w. N. in Fn. 608).

c) Ergebnis

Im Ergebnis hängt die materiell-rechtliche Rechtslage davon ab, ob durch die Kündigung des Treuhandvertrages am 6.9.2019 eine formwirksame Abtretung durch Eintritt der aufschiebenden Bedingung ausgelöst wurde. Ist dies der Fall, ist u. E. die Abtretung am 9.9.2019 mangels Verfügungsbefugnis des Zedenten materiell-rechtlich gescheitert. Auch für einen gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG fehlt es an der dreijährigen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste.

Ist aber die Abtretung am 6.9.2019 unwirksam, bestehen keine Zweifel an der Wirksamkeit der Abtretung vom 9.9.2019. Die am 6.9.2019 eingereichte abweichende Gesellschafterliste steht dem nicht entgegen. Da sie erst am 10.9.2019 aufgenommen wurde, hatte sie vorher keinerlei Rechtswirkungen entfaltet. Die Abtretung wäre sogar wirksam, wenn diese Gesellschafterliste mit dem TG als Gesellschafter vom 6.9.2019 schon am 9.9.2019 vom Handelsregister aufgenommen worden wäre.

2. Die Listeneinreichung

In dem uns mitgeteilten Sachverhalt fällt auf, dass das Registergericht die ihm am 6.9.2019 bereits vorgelegte Gesellschafterliste erst am 10.9.2019 im Handelsregister aufgenommen hat und erst zu diesem Zeitpunkt die Liste ihre Wirkung entfalten konnte. Der Grund hierfür wird uns nicht mitgeteilt. Wir gehen davon aus, dass sich dieser beim Registergericht selbst ergeben hat. Die Gesellschafterliste vom 9.9.2019 kollidiert jetzt mit der am 10.9.2019 im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 6.9.2019 und knüpft nicht mehr unmittelbar an die frühere Gesellschafterliste an, die bei Einsicht des Notars am

9.9.2019 als letzte dort aufgenommen war. Zwar wird dem Registergericht nur ein formelles und kein inhaltliches Prüfungsrecht bei der Gesellschafterliste zuerkannt (Begr. RegE, BT-Drs. 16/6140, 44 liSp oben; jüngst wieder: BGH v. 26.6.2018, NZG 2018, 1023 Tz. 9; str. ausführlich dazu MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 343 ff. m. w. N. auch der abweichenden Auffassungen). Es soll aber auch eine Beanstandungsbefugnis bestehen, wenn das Registergericht Widersprüche zwischen zwei unabhängig voneinander eingereichten Gesellschafterlisten erkennt (Terlau, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 40 Rn. 41; Wachter, ZNotP 2008, 378, 386).

a) Unrichtige Gesellschafterliste vom 6.9.2019

Wenn man davon ausgeht, dass die Abtretung am 6.9.2019 trotz wirksamer Kündigung des Treuhandvertrages nicht wirksam ist, wäre die Gesellschafterliste vom 6.9.2019 (aufgenommen am 10.9.2019) unrichtig. Eine nachfolgende korrekte Gesellschafterliste kann damit ihrem Inhalt nach nicht chronologisch im Sinne einer Voreintragung des Veräußerers an die vorangehende unrichtige Gesellschafterliste anknüpfen. Daher ist es dringend empfehlenswert, zunächst die unrichtige im Handelsregister aber bereits aufgenommene Gesellschafterliste durch eine Korrekturliste zu „neutralisieren“.

Wird eine solche Vorgehensweise von den Beteiligten verweigert, müsste dies durch Klage des Betroffenen (hier D) gegen die GmbH durchgesetzt werden (KG v. 10.7.2019, NZG 2019, 913). Dann halten wir es aber nicht für systemkonform, die Aufnahme der neuen aktuellen und richtigen Gesellschafterliste, die eine wirksame Abtretung des TH an D am 9.9.2019 berücksichtigt, bis zum Ende des Prozesses zu verzögern. Denn der materiell-rechtliche Erwerber hat ein Recht darauf, durch Eintragung in der Gesellschafterliste und deren Aufnahme im Handelsregister auch relativer Gesellschafter i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG zu sein. Obwohl die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer Abtretung grundsätzlich unabhängig von der Listeneintragung ist, wird in der Literatur teilweise unter dem Stichwort „Voreintragung“ verlangt, dass eine Gesellschafterliste auch nach wirksamer Abtretung erst eingereicht werden kann, wenn der Veräußerer in der aktuellsten Liste eingetragen war (GroßkommGmbHG/Paefgen, 2. Aufl. 2014, § 40 Rn. 149; a. A. Heidinger, Kap. 13 Rn. 578 ff. m. w. N. auch der Gegenmeinung; Gutachten DNotI-Report 2010, 53 ff., 57). Dies dient zwar systemkonform der Chronologie und dem lückenlosen Nachweis der Gesellschafterstellungen. Der Preis der ggf. langen Verzögerungen auch der relativen Gesellschafterstellung des rechtmäßigen Erwerbers des Geschäftsanteiles kann u. E. dafür aber nicht akzeptiert werden. Daher halten wir im Ergebnis eine Eintragung des wahren Erwerbers mit der Abtretung am 9.9.2019 in einer entsprechenden Gesellschafterliste für zulässig, unabhängig davon, ob die vorherige falsche Liste schon korrigiert wurde. Der einreichende Notar darf allerdings keine Zweifel an der Wirksamkeit der von ihm beurkundenden Abtretung haben.

b) Korrekte Gesellschafterliste vom 6.9.2019

Ist die Abtretung vom 6.9.2019 wirksam, war auch die Aufnahme der Liste am 10.9.2019 korrekt. Konnte die Abtretung am 9.9.2019 mangels Verfügungsbefugnis des Listengeschafters oder gutgläubigen Erwerbs nicht wirksam werden, ist die Zurückweisung der dann unrichtigen Gesellschafterliste durch das Registergericht denkbar. Allerdings hat das Registergericht kein inhaltliches sondern nur ein formelles Prüfungsrecht der Gesellschafterliste. Allenfalls bei offensichtlicher Unrichtigkeit der Gesellschafterliste wird dem Registergericht die Berücksichtigung einer nicht korrekt wieder-

gegebenen materiell-rechtlichen Rechtslage zugebilligt (GroßkommGmbHG/Paefgen § 40 Rn. 63: offenkundig inhaltlich falsch, äußerst restriktiv). Im hier konkret vorliegenden Fall ist die Rechtslage aber unklar und damit auch der Inhalt der Liste nicht offensichtlich unrichtig. Die Frage, welche der Abtretungen letztlich wirksam ist, müsste durch ein Zivilgericht geklärt werden. Wenn dem Handelsregister eine formell ordnungsgemäße Liste eingereicht wird, muss es diese u. E. unabhängig von der materiell-rechtlichen Rechtslage ins Registerportal einzustellen. Dabei hat es die Gesellschafterlisten chronologisch nach ihrem Eingang aufzunehmen (OLG Düsseldorf RNotZ 2019, 345). Die davon Betroffenen müssten sich gegen die Aufnahme der ggf. falschen Gesellschafterliste mit Rechtsmitteln im vorläufigen Rechtsschutz wehren (s. jüngst der Fall des BGH v. 2.7.2019, NZG 2019, 979; dazu Heckschen, NZG 2019, 1097). Außerdem könnte in der Liste v. 9.9.2019 nach § 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG ein Widerspruch zugeordnet werden. Dieser verhindert aber nur zukünftigen gutgläubigen Erwerb, kann aber nicht die relative Gesellschafterstellung des D beseitigen

c) Gesellschafterliste nach gutgläubigem Erwerb

Ist die Abtretung am 6.9.2019 wirksam und wäre durch gutgläubigen Erwerb (z. B. bei Zurechnung der Unrichtigkeit beim Berechtigten) auch die Abtretung am 9.9.2019 vollzogen, müssen u. E. beide Listen als korrekte Listen im Handelsregister aufgenommen werden. Denn zunächst hätte dann am 6.9.2019 unabhängig von der Aufnahme einer dies darstellenden Gesellschafterliste der TG materiell-rechtlich wirksam den betreffenden Gesellschaftsanteil erworben. Erst am 9.9.2019 hätten sie durch gutgläubigen Erwerb vom TH den vermeintlichen Gesellschafter (in der Gesellschafterliste als relativer Gesellschafter ausgewiesener Listengesellschafter) materiell wirksam den Geschäftsanteil wieder verloren, was wiederum in einer neuen Liste dargestellt werden müsste.

d) Ergebnis

Im Ergebnis hängt die Zulässigkeit der Listeneinreichung grds. von der vorliegenden materiellen Rechtslage ab. Ist nicht die Abtretung am 6.9.2019 sondern diejenige am 9.9.2019 wirksam, ist die Liste vom 6.9.2019 unrichtig und müsste zunächst durch eine Korrekturliste neutralisiert werden, an die dann die Liste vom 9.9.2019 korrekt anknüpfen könnte. Nach hier vertretener Ansicht müsste die Liste vom 9.9.2019 aber selbst dann aufgenommen werden, wenn sie inhaltlich falsch wäre, da das Registergericht insoweit kein Prüfungsrecht hat. Allenfalls sollte bei Bedarf die Bescheinigung des Notars bzgl. der Anknüpfung an die vorletzte im Handelsregister aufgenommene Liste modifiziert werden.