

Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG

Bei Gründung einer GmbH bzw. einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen eine „Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile ersichtlich sind“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Der Anfangsbestand der Mitglieder einer neu errichteten GmbH ist damit exakt festgestellt. Doch GmbH-Geschäftsanteile sind veräußerlich und vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Daher kann es zu einem Wechsel der Rechtsinhaberschaft kommen, was durch eine neue Liste der Gesellschafter zu dokumentieren ist (§ 40 GmbHG).

Die im Handelsregister „aufgenommene“ Liste der Gesellschafter hat drei wesentliche Wirkungen. Der Eintrag in der Liste *legitimiert*: Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der Liste steht (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG);¹ dies gilt auch für die Gründerliste, die noch keinen „Fall der Veränderung“ (so der zu enge Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG) kennt. Der Eintrag in der Liste *verpflichtet*: Der Erwerber eines Geschäftsanteils haftet neben dem Veräußerer für rückständige Einlagen (§ 16 Abs. 2 GmbHG).² Und insbesondere: Der Eintrag in der Liste bildet die Grundlage für einen *Gutgläubenserwerb* (§ 16 Abs. 3 GmbHG).³ Namentlich die letztgenannte Wirkung war in der Debatte im Vorfeld des MoMiG⁴ heftig umstritten.⁵ Im Folgenden soll es nicht um Sinn oder Unsinn der Einführung eines Anteilerwerbs vom Nichtberechtigten gehen. Insoweit ist die gesetzgeberische Entscheidung gefallen und seit dem 1. 11. 2008 in Kraft. Vielmehr ist zu untersuchen, wie und von wem diese für Redlichkeitserwerb, Legitimation und Haftung so bedeutsame Liste geführt wird (un-

¹ Zur Reichweite dieser Legitimation s. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Aufl., 2009, § 16 Rn. 3 ff.; einschränkend neuerdings Altmeyen, ZIP 2009, 345 ff. für den „Scheingesellschafter“.

² Ferner: Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 GmbHG. Ob diese Haftungen freilich *nur* an der Liste anknüpfen können, ist fraglich angesichts des Umstands, dass die Einreichung zum Handelsregister keiner materiellen Prüfung unterliegt. S. auch Altmeyen, ZIP 2009, 345, 352 f.

³ Bednarz, BB 2008, 1854; Bohrer, DStR 2007, 995; Bötcher/Blasche, NZG 2007, 565; Götze/Bressler, NZG 2007, 565; Grunewald, Der Konzern 2007, 13; Haman, NZG 2007, 492; Harbarth, ZIP 2008, 57; Mayer, DNotZ 2008, 403; Vossius, DB 2007, 2299; Link, RhNotZ 2009, 193, 215; Mayer, ZIP 2009, 1037.

⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

⁵ Vgl. Zöllner in: Die GmbH-Reform in der Diskussion, Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Band 11, 2006, S. 175, 182 ff. und Nachw. in Fn. 3.

ten II). Zuerst wird das Konzept der Gesellschafterliste im Vergleich mit ähnlichen Rechtseinrichtungen vorgestellt.

I. Konzept der Liste

1. Gesellschafterliste und Aktienregister

Die Konzeption der GmbH-Gesellschafterliste lehnt sich zum Teil an das Vorbild des Namensaktienregisters⁶ an. Die Pflichtangaben (Name, Geburtsdatum, Wohnort⁷) sind in etwa dieselben (§ 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG; § 67 Abs. 1 AktG). § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG entspricht sachlich § 67 Abs. 2 S. 1 AktG, wonach als Aktionär nur „gilt“, wer in das Aktienregister eingetragen ist. Dass die Änderung von Liste bzw. Register „auf Mitteilung und Nachweis“ erfolge, sagen § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG und § 67 Abs. 3 AktG. Damit sind die Gemeinsamkeiten freilich erschöpft.

Es bleiben sehr bedeutsame Unterschiede: Beim Aktienregister genügt die Aufnahme dort, während die Wirkungen der Gesellschafterliste erst mit „Aufnahme“ in das Handelsregister (unten 3.) eintreten.⁸ Das Aktienregister ist nicht öffentlich und seit dem NaStraG (2001) nur dem Vorstand zugänglich (§ 67 Abs. 6 S. 1 AktG), die Gesellschafterliste hingegen über das Handelsregister für jedermann einzusehen (§ 9 HGB). Während beim Aktienregister die an der Übertragung und Verwahrung mitwirkenden Kreditinstitute in die Pflicht genommen werden (§ 67 Abs. 4 AktG), sind es bei der Gesellschafterliste die an Veränderungen mitwirkenden Notare (§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Regelungen über die Verpflichtung zur Eintragung (§ 67 Abs. 1 S. 2 AktG), über die Löschung einer eingetragenen Person (§ 67 Abs. 5 AktG) oder über die Verwendung der Daten kennt nur das Aktienrecht (§ 67 Abs. 6 S. 3, 4 AktG), während das GmbHG für diese Fälle schweigt. Und es fehlt ein ganz wesentlicher Umstand, der die GmbH-Gesellschafterliste so einzigartig macht: sie ist die Basis des Redlichkeitserwerbs vom Nichtberechtigten, was es im Recht der Namensaktie im Hinblick auf das Aktienregister nicht gibt. Zwar kann auch eine Namensaktie gutgläubig erworben werden, aber nur dann, wenn sie urkundlich verbrieft ist⁹ und per Indossament übertragen wird (§ 68 Abs. 1 AktG).¹⁰ Ein Gutglaubensmodell für Geschäftsanteile auf wertpapierrechtlicher Basis wurde in der MoMiG-Reformdiskussion vorgeschlagen,¹¹ doch fand diese Konzeption kein Gehör.

⁶ Hüffer, AktG, § 67 Rn. 1 ff.

⁷ Bei dem Aktienregister ist die „Adresse“ verlangt, weshalb dieses Register für die Einberufung der Hauptversammlung (§ 121 Abs. 4 AktG) bzw. die Mitteilung über die Einberufung (§ 125 Abs. 2 AktG) nutzbar gemacht werden kann. Diese Verlässlichkeit bietet die Gesellschafterliste nicht, wenn lediglich der „Wohnort“ dort notiert ist.

⁸ Kort, GmbHR 2009, 169, 170.

⁹ Zur Verbriefung bei Namensaktien Noack, FS Wiedemann, 2002, S. 1141 ff.; zum Erfordernis und Recht auf Verbriefung Hüffer (Fn. 6), § 10 Rn. 2 f.

¹⁰ Lutter/Drygala in: KölnerKomm z. AktG, 3. Aufl., 2009, § 68 Rn. 9 ff.

¹¹ Gehling, ZIP 2006, 689.

Angesichts dieser doch erheblichen rechtlichen Unterschiede wird man kaum von einer nahen Parallelität von Gesellschafterliste und Aktienregister sprechen dürfen. Und als ein praktisch wesentlicher Unterschied kommt hinzu, dass es nur wenige tausend Namens-Aktiengesellschaften gibt, während fast eine Million GmbH¹² dieses neue System der Legitimation etc. zu praktizieren haben.

2. Gesellschafterliste und Grundbuch

Die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste mag man in Anbetracht der Wirkungen (Legitimation, Redlichkeitserwerb) mit dem Grundbuch vergleichen, zumal § 16 Abs. 3 GmbHG den „Widerspruch“ erwähnt. Aber Liste und Grundbuch sind schon im Ansatz divergent. Eine Grundstücksveräußerung ist ein Doppelakt, der sowohl das Rechtsgeschäft als auch den *konstitutiven* Grundbucheintrag enthält (§ 873 BGB). Hingegen spielt sich die Veräußerung eines Geschäftsanteils außerhalb der Liste ab,¹³ für sie genügt der wirksame rechtsgeschäftliche Tatbestand; der Vorgang wird in der Liste lediglich vermerkt, ohne dass dies für die materielle Wirksamkeit der Transaktion etwas bedeutet.¹⁴ Die Liste ist bedeutsam für die „relative Gesellschafterstellung“ gegenüber der Gesellschaft, im Normalfall aber nicht gegenüber Dritten, es sei denn ein Gutgläubenserwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG kommt ins Spiel. Daher liegt die Aussage, die in der Liste aufgeführte Person „gilt als Gesellschafter“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG), nicht auf einer Linie mit der Vermutung, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht der dort notierten Person zustehe (§ 891 Abs. 1 BGB). Die Vermutung des Grundbuchs wirkt gegenüber jedermann, ist aber widerleglich. Demgegenüber wirkt die Vermutung der Liste nur gegenüber der Gesellschaft; ob und inwiefern sie widerleglich ist¹⁵ oder nicht, steht im Meinungsstreit.

Eine deutliche Parallele besteht – allerdings nur im Ansatz – in der Frage des Gutgläubenserwerbs. Die Eintragung des Nichtberechtigten ist in beiden Konstellationen die Grundlage für den Erwerb von ihm. Freilich ist der Anwendungsbereich bei der Gesellschafterliste schmaler, da ein gutgläubig lastenfreier Erwerb dort nicht möglich ist. Und es schadet schon grobe Fahrlässigkeit des präsumtiven Erwerbers, während bei dem Grundbuch die Unrichtigkeit positiv bekannt sein muss. Vor allem ist eine Karenzzeit zu beachten: wenn die Liste „hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig“ ist, kommt ein Gutgläubenserwerb nicht in Betracht – es sei denn, dass die Unrichtigkeit dem Berechtigten zuzurechnen ist (§ 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Die „Zuordnung eines Widerspruchs“ (§ 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG, § 9 Abs. 1 S. 2 HRV) ist ersichtlich eine Anleihe bei der Regelung des § 899 BGB über die Eintragung eines Widerspruchs.

¹² *Kornblum*, GmbHR 2009, 25 nennt die Zahl 986 650 für Jahresanfang 2008.

¹³ *Baumbach/Hueck/Fastrich* (Fn. 1), § 16 Rn. 2; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 16 Rn. 1.

¹⁴ Zur selben Beurteilung im Namensaktienrecht *Hüffer* (Fn. 6), § 67 Rn. 11; *Lutter/Drygala* (Fn. 10), § 67 Rn. 42 f.

¹⁵ So *Altmeynen*, ZIP 2009, 345 für den „Scheingesellschafter“.

Im Gegensatz zum Grundbuchrecht gibt es keine spezifischen Verfahrensbestimmungen für die Aufnahme in die Liste oder für den Umgang mit einem Widerspruch. Die Grundbuchordnung enthält dafür bekanntlich diverse Verfahrensgrundsätze: Antragsprinzip, Bewilligungsprinzip, Priorität, Voreintragung. Liste und Grundbuch werden zwar beide bei Gericht „gelagert“ – aber Eintragungen in das Grundbuch werden durch Grundbuchbeamte vorgenommen, während die Gesellschafterliste durch Geschäftsführer bzw. Notar erstellt wird. Die Liste ist öffentlich, das Grundbuch hingegen nur bei Nachweis eines berechtigten Interesses zugänglich.

3. Gesellschafterliste und Handelsregister

Die Gesellschafter auf der Liste werden *nicht* in das Handelsregister *eingetragen*. Eine solche Lösung wurde im Zuge der MoMiG-Reform rasch verworfen, da damit eine (ggf. grundbuchähnliche) Prüfung der Anmeldung zur Eintragung verbunden gewesen wäre. Für die Justizverwaltungen der Länder und damit für deren Fiskus ist ein derartiger Aufwand, den rund eine Million GmbH verursachen würden, nicht darstellbar. Da nicht eingetragen wird, gibt es auch keine Bekanntmachung über die Einreichung einer Liste. § 15 HGB kommt mit Blick auf die Gesellschafterliste also in keiner Konstellation zum Zuge.

Das Registergericht ist in erster Linie eine schlicht verwahrende und für den Abruf parate Stelle. Die Liste wird in dem digital geführten Registerordner gespeichert (§ 9 Abs. 1 HRV); dies ist die „Aufnahme“ in das Handelsregister, von der § 16 Abs. 1 GmbHG spricht. Den Inhalt der Liste prüft das Gericht grundsätzlich nicht.¹⁶ Gewiss muss es darauf achten, dass die eingereichte Aufzeichnung der richtigen GmbH zugeordnet wird. Eine Verwechslung bei den Registernummern oder bei der sonstigen Bezeichnung darf nicht zur „Aufnahme“ der Liste führen. Neben dieser Selbstverständlichkeit einer ordentlichen Registrierung an der richtigen Stelle stellt sich aber doch die Frage, ob es weitergehende Prüfpflichten für den Registerrichter bzw. Rechtspfleger gibt. Das wird man jedenfalls für die Einreichung durch eine befugte Person zu bejahen haben. Einreichungsfähig sind die im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer und inländische Notare. Ausländische Notare (praktisch insbesondere: Basel-Stadt) sind weder nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung verpflichtet noch dazu befugt.¹⁷ Die Personen der Geschäftsführer und deren Vertretungsbefugnis sind dem Handelsregister durch die Anmeldung gemäß § 39 GmbHG bekannt. Einzureichen ist nach Maßgabe der im Handelsregister eingetragenen Vertretungsregelung für die GmbH und jeweils mit persönlicher Unterschrift, d. h. bei der elektronischen Einreichung (§ 12 Abs. 2 S. 1 HGB) durch gescannte Namenszeichnung. Eine Einreichung durch Gesellschafter oder weitere Dritte ist stets zurück zu weisen, da es an der Befugnis fehlt.

¹⁶ Kort, GmbHR 2009, 169, 171; König/Bormann, DNotZ 2008, 652, 669.

¹⁷ Zutr. Preuß, FS Spiegelberger, 2009, S. 876, 886ff.; iE wohl auch Berger/Kleissl, DB 2008, 2235, 2239.

Über diese kursorische Prüfung der Zuständigkeit und der Einreichungsbefugnis hinaus kann eine sachliche Prüfungspflicht nicht befürwortet werden.¹⁸ Sie stünde mit der bloßen Aufbewahrungs- und öffentlichen Zugangsfunktion des Registers nicht in Einklang. Allenfalls eine Zurückweisung von offenbar unrichtigen bzw. un schlüssigen Listen kommt in Betracht, etwa in dem Fall, dass die Summe der Geschäftsanteile (inklusive eigener Anteile) nicht den Betrag des Stammkapitals erreicht oder dass gleichzeitig (!) zwei kollidierende Listen eingereicht werden. Letzteres kann in dem Fall passieren, dass ein Notar an Veränderungen mitgewirkt hat oder angenommen hat, dies sei geschehen, und daneben der Geschäftsführer entsprechend aktiv wird. Freilich begibt sich der Registerrichter bei diesem näheren Hinsehen schon auf ein sehr unsicheres Feld, weshalb ihm kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn die Prüfung auf die im vorstehenden Absatz genannten Punkte beschränkt wird. Anders liegt es bei der Zuordnung eines Widerspruchs, der die Vorlage einer einstweiligen Verfügung oder die Bewilligung des Listenberechtigten erfordert. Das Vorliegen eines dieser Tatbestände hat der Registerrichter selbstverständlich zu prüfen.

Das Registergericht stellt die Listen nach der zeitlichen Reihenfolge des Eingangs in den Registerordner ein. Das Datum der Aufnahme in den Registerordner ist zu vermerken, da davon u. U. der Lauf der 3-Jahres-Frist des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG abhängt. Maßgebend für die oben benannten Wirkungen ist die zeitlich jüngste Liste, nicht aber für Feststellung der Fehlerhaftigkeit (ein Fehler kann „fortgeschrieben“ werden). Da es schon wegen der Haftung für rückständige Einlagen auf den Verlauf der Gesellschafterwechsel ankommt, sind die älteren Listen weiter in dem Registerordner zu belassen und zugänglich zu halten. Eine Chronologie der Veränderungen, wie sie etwa im Grundbuch kenntlich zu machen ist, gibt es bei der Gesellschafterliste nicht. Wer die Änderungen bei Personen und Beteiligungen nachvollziehen will, muss alle Listen durchsehen. Für die *Legal-Due-Diligence* ist die Arbeit im Vorfeld eines Unternehmenskaufs also kaum einfacher geworden.¹⁹

II. Probleme der Liste

1. Gesellschafterliste und Veränderungen vor Inkrafttreten des MoMiG

Ein im Lauf der Zeit sich wohl erledigendes, aber in den Jahren nach Inkrafttreten des MoMiG durchaus virulentes Problem ist der Umgang mit veralteten Gesellschafterlisten. Vor der GmbH-Reform bestand zwar ebenfalls eine Pflicht der Geschäftsführer, eine nach Veränderungen aktualisierte Liste zum Handelsregister zu reichen (§ 40 Abs. 1 GmbHG a.F.). Freilich wurde diese Pflicht oft lax gehandhabt, da mit der Liste keine weiteren Rechtsfolgen verbunden waren. Entscheidend war

¹⁸ BegrRegE MoMiG (BT-Drucks. 16/6140), S. 44; *Wicke* (Fn. 13), Rn. 6; zur alten Rechtslage LG Frankfurt GmbHR 1962, 118.

¹⁹ *Rodewald*, GmbHR 2009, 196 ff.

die *Anmeldung* bei der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F.), die nachfolgende Listeneinreichung erschien als bloß formaler Annex.

Daraus entstehen heute Probleme wie im folgenden Beispielfall: A und C sind mit Geschäftsanteilen zu je 12 500 € Gesellschafter einer GmbH. C hat seinen Geschäftsanteil im Jahr 2007 von B erworben. Die Veräußerung wurde seinerzeit nach § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet; eine neue Gesellschafterliste wurde jedoch nicht eingereicht. Die beim Handelsregister hinterlegte Liste weist daher noch A und B als Gesellschafter aus. 2009 soll eine Satzungsänderung beschlossen werden. Wer ist von dem Geschäftsführer zur Gesellschafterversammlung zu laden, wer ist abstimmungsberechtigt?

Zunächst ist festzustellen, dass es eine Übergangsregelung, wie sie in § 3 Abs. 3 EGGmbHG für den gutgläubigen Erwerb getroffen wurde, für den Fall der Legitimation nicht gibt. In Betracht kommen danach zwei Lösungen: (1) die bis zum 31. 10. 2008 bewirkten Anmeldungen bei der Gesellschaft sind maßgebend; (2) die im Handelsregister vorfindliche Gesellschafterliste ist maßgebend.

Der Wortlaut des neuen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG könnte in Richtung der erstgenannten Lösung gedeutet werden, wenn dort der „Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter“ angesprochen wird. Erst wenn wegen einer Veränderung eine neue Gesellschafterliste erforderlich wird, könnte es fortan auf diese ankommen. In dem Begriff der Veränderung wäre damit implizit doch eine Übergangsregelung enthalten. Doch damit würde man dem Normzweck nicht gerecht, der eine klare Festlegung des Gesellschafterbestands zum Ziel hat (daran würde es ansonsten auch bei der Gründungsliste fehlen). Ein unklares Nebeneinander der alten Liste im Handelsregister und der internen Liste der Anmeldungen bei der Gesellschaft darf es nicht geben. Seit November 2008 ist die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste maßgebend, auch und gerade dann, wenn sie mit den Anmeldungen nach alter Rechtslage nicht übereinstimmt.²⁰ Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Liste auf den aktuellen Stand zu bringen. Dafür bedarf es nicht einer erneuten „Mitteilung“ (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG), sondern Grundlage ist die seinerzeitige Anmeldung bei der Gesellschaft (nach § 16 GmbHG a.F.).

2. Gesellschafterliste und Führungslosigkeit

Die Eintragung auf der Gesellschafterliste soll – wie diejenige im Aktienregister – nur „im Verhältnis zur Gesellschaft“ wirken (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG; § 67 Abs. 2 S. 1 AktG). Man spricht gerne von der relativen Gesellschafterstellung. Die Notiz auf der Liste sagt (im Gegensatz zum Grundbuch; s. oben I. 2.) nichts darüber aus, wer *materiell* der Inhaber des Geschäftsanteils ist. Die Gesellschafterstellung kann demnach auseinanderfallen, je nachdem welcher Bezugspunkt (Innenverhältnis zur Gesellschaft, Außenverhältnis zu Dritten) gewählt wird. Diese vom Recht der Na-

²⁰ So auch *Wachter*, DB 2009, 159, 160 mit Fn. 15; *Horstkotte*, ZInsO, 2009, 209, 214; Gutachten des DNotI (ohne Verf.), DNotI-Report 2008, 185; abw. *Baumbach/Hueck/Fastrich* (Fn. 1), § 16 Rn. 7; *Brunnemann/Zirngibl*, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbH, 2008, § 4 Rn. 22, die frühere Anmeldung maßgebend sein lassen.

mensaktie her bekannte Relativität, die dort keine Probleme bereitet, trifft bei der GmbH auf eine Neuerung durch das MoMiG. Mit dem Reformgesetz wurde die Rechtsfigur der „Führungslosigkeit“ eingeführt. Für die Passivvertretung bei Wegfall der Geschäftsführer kommt es auf die Gesellschafter an (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG); gegenüber dem Insolvenzgericht ist in diesem Fall „jeder Gesellschafter ... zur Antragstellung berechtigt“ (§ 15 Abs. 1 S. 2 InsO; zur entsprechenden Pflicht s. § 15a Abs. 3 InsO). In den genannten Konstellationen ist der Außenrechtsverkehr betroffen. Für ihn ist – wie eingangs erwähnt – normalerweise nicht die Gesellschafterliste, sondern die wahre Rechtslage maßgebend. Diese Unterscheidung kann hier nicht penibel durchgehalten werden, da die Fälle gewissermaßen auf der Grenze von Innen- und Außenbereich liegen. Für Dritte, die der führungslosen Gesellschaft z. B. eine Kündigung erklären wollen, ist der maßgebliche Gesellschafter derjenige, welcher auf der Liste steht. Das bedeutet, dass auch ein Ex-Gesellschafter, der seinen Anteil abgetreten hat, bis zur Revision der Liste als Passivvertreter der führungslosen GmbH fungieren kann. Ebenso wird sich das Insolvenzgericht an der im Register aufgenommenen Liste orientieren und nicht nach der u. U. davon abweichenden wahren Rechtslage fahnden müssen.²¹

3. Betreuung der Liste durch Geschäftsführer

Die zuverlässige Führung der Liste ist angesichts der von ihr ausgehenden Wirkungen von höchster Bedeutung. Das reformierte GmbH-Recht setzt einerseits auf den Geschäftsführer, andererseits auf den Notar.²² Die Inpflichtnahme des Geschäftsführers ist aus mehreren Gründen sehr problematisch. Namentlich in kleineren personalistisch strukturierten GmbH steht er nicht selten im Spannungsfeld von Gesellschafterkonflikten. Die mit der Einreichungsbefugnis zugebilligte Machtposition kann in diesen Situationen ausgenutzt werden, um unliebsame Gesellschafter zunächst „kaltzustellen“. Daher ist es von großer Bedeutung, Regeln für das Tätigwerden des Geschäftsführers auf diesem Gebiet zu entwickeln.

a) Mitteilung und Nachweis

Das Gesetz bleibt vor dem Hintergrund, dass die Liste sowohl legitimiert als auch redlichen Erwerb ermöglicht, etwas blass, wenn es lapidar von „Mitteilung und Nachweis“ spricht (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Wenig ergiebig ist der Streit um die dogmatische Qualifikation der Mitteilung, wie er für die Anmeldung nach alter Rechtslage (§ 16 GmbHG a.F.) geführt wurde.²³ Dass die Mitteilung als geschäftsähnliche Handlung den Vorschriften über Willenserklärungen unterliegt, sollte kein Kopfzerbrechen bereiten.

²¹ IE ebenso *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209, 214 f; nach dem Konzept von *Altmeyden*, ZIP 2009, 345, 352 f., der diesen Fall nicht behandelt, wäre hier freilich Zurückhaltung für den „Scheingesellschafter“ angebracht.

²² Zurückgehend auf einen Vorschlag der Notare *Wachter* und *Vossius*. Dazu eingehend *Link* (Fn. 3).

²³ Dazu nur *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 16 Rn. 3.

Weitaus spannender ist die Entwicklung von Grundsätzen, die sowohl ein einfaches Verfahren ermöglichen als auch der Bedeutung der neu konzipierten Liste entsprechen. Und sie haben den Geschäftsführer, dessen Aufgabe die Leitung der GmbH ist – und gerade nicht die Beteiligungsverwaltung der Gesellschafter –, vor unzumutbaren Rechtsfragen zu bewahren.

Mitteilungsbefugt ist gewiss der von Änderung des Umfangs seiner Beteiligung oder in seinen persönlichen Verhältnissen (Name, Wohnort) betroffene Gesellschafter. Betrifft der Vorgang personelle Veränderung in der Gesellschafterstellung, kann jeder Betroffene mitteilen. Beispiel: Bei Veräußerung des Geschäftsanteils sind beide Parteien mitteilungsbefugt (praktisch bei Auslandsbeurkundung). Eine Streichung als Gesellschafter, ohne dass der davon Betroffene wenigstens gehört wird, geht freilich nicht an, mehr noch, man wird dessen Zustimmung verlangen. Dann gilt im Grundsatz ein formelles Konsensprinzip, ähnlich wie bei einer Grundbucheintragung. Eine Veränderung der Liste auf Mitteilung erfolgt nur, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht davon betroffen ist. Teilt also der Erwerber mit, muss der Veräußerer zustimmen. Diese Zustimmungen können sich je nach den Umständen auch aus dem vorzulegenden Nachweis, z. B. der Urkunde des Baseler Notars, ergeben.

Der im Gesetz ebenfalls genannte „Nachweis“ dient der Plausibilisierung der Mitteilung. Der BGH hat (noch zur alten Rechtslage) die Formulierung gefunden, der Nachweis müsse eine schlüssige und nach Lage der Dinge für den Geschäftsführer überzeugende Unterrichtung über die Veränderung sein.²⁴ Grundsätzlich darf der Geschäftsführer auf gleichsinnige Mitteilungen der Beteiligten vertrauen. Eine veritable Rechtsprüfung ist von dem Geschäftsführer nicht zu erwarten.²⁵

Zum Nachweiserfordernis seien hier noch zwei Fragen herausgegriffen. Die eine betrifft die Form. Da die Abtretung formgebunden ist, kann (praktisch ist das bei Auslandsbeurkundung) auf die Vorlage einer Abtretungsurkunde nicht verzichtet werden,²⁶ um die Formeinhaltung zu belegen. Die andere Frage tritt häufiger auf: wie ist die Erbfolge in den Anteil nachzuweisen? Ein Erbschein ist nicht notwendig, sondern es kann entsprechend § 35 Abs. 1 S. 2 GBO auch die Vorlage einer notariellen Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsniederschrift²⁷ genügen und im Einzelfall auch das privatschriftliche Testament oder die klare gesetzliche Erbfolge.

Mitteilung und Nachweis sind nicht erforderlich, wenn sich die Veränderung unter direkter Mitwirkung des Geschäftsführers vollzieht, er also von Amts wegen Kenntnis hat, oder wenn er als Gesellschafter selbst daran beteiligt ist.²⁸ Amtswegige Kenntnis kraft Mitwirkung ist in erster Linie bei der Vertretung der Gesellschaft im Rahmen des einschlägigen Rechtsaktes gegeben (Kaduzierung, Verstei-

²⁴ So zur ähnlichen Rechtslage nach § 16 GmbHG a.F. BGH DB 2008, 2587; BGH NJW-RR 1996, 1377; BGH WM 1991, 997.

²⁵ Kort, GmbHR 2009, 169, 171; Bednarz, BB 2008, 1856, 1858.

²⁶ Anders zutr. für das Namensaktienrecht Lutter/Drygala (Fn. 10), § 67 Rn. 100, da hier kein Formerfordernis besteht.

²⁷ BGH NJW 2005, 2770; Wicke (Fn. 13), Rn. 10; Wächter, DB 2009, 159, 160; Heckschen, ZErB 2008, 246, 251.

²⁸ Zur selben Beurteilung im Aktienrecht MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., 2008, § 67 Rn. 72; GroßkommAktG/Merkel, 2008, § 67 Rn. 90 („verlässlich erfährt“); Lutter/Drygala (Fn. 10), § 67 Rn. 12.

gerung, Einziehung, Erteilung der Genehmigung bei Vinkulierungsfreigabe) oder wenn der Geschäftsführer die Veränderung bei dem Registergericht anmeldet (z. B. Kapitalerhöhung, soweit nicht der Notar entsprechend tätig wurde).

b) Haftung des Geschäftsführers

Das reformierte GmbHG *erweitert* die Haftung des Geschäftsführers: Schadensersatz wird nicht nur den Gläubigern, sondern auch geschuldet „denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat“ (§ 40 Abs. 3 GmbHG). Dies betrifft in erster Linie den Erben, der nicht oder verspätet auf die Liste genommen wurde.²⁹ Bei Erwerbsvorgängen oder bei Kapitalmaßnahmen ist der daran mitwirkende deutsche Notar einreichungs- und haftungspflichtig, letzteres freilich nicht nach GmbH-Recht, sondern nach dem Notar-Berufsrecht (§ 19 BNotO). Anders liegt es wiederum bei Auslandsbeurkundungen, die dem Geschäftsführer präsentiert werden. Wenn er streitige Transaktionen von sich aus beurteilen müsste, wären die Haftungsgefahren kaum mehr überschaubar. Nach hier vertretener Auffassung bleibt dieses Hochrisiko dem Geschäftsführer erspart, da ein formelles Konsensprinzip anzunehmen ist.

Zu weit ginge es, ganz allgemein jeden Gesellschafter, der durch die Ausübung von Gesellschafterrechten aufgrund unrichtiger Liste geschädigt wurde, als Ersatzgläubiger anzusehen.³⁰ Diese Ausweitung ist vom Wortlaut und vom Zweck der Norm nicht mehr gedeckt. Insoweit könnte nur eine Interpretation als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB³¹ zugunsten der übrigen Gesellschafter, deren Beteiligung sich nicht geändert hat, helfen. Dies ist abzulehnen, da mit der Neufassung eine abschließende Regelung hinsichtlich des geschützten Personenkreises getroffen ist.

4. Mitwirkender Notar „anstelle“ des Geschäftsführers

Der Notar ist „anstelle der Geschäftsführer“ für die Einreichung zuständig, wenn er „an Veränderungen ... mitgewirkt“ hat (§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Der Notar tritt nicht etwa den Geschäftsführer,³² sondern ihn trifft eine originäre Amtspflicht.³³

Für die Abgrenzung der Kompetenzen ist maßgebend, was unter „Mitwirkung bei einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung“ zu verstehen ist. Der Wortlaut des Gesetzes ist sehr weit gefasst, die Begründung orientiert hingegen allein an der Beurkundung einer Anteilsveräußerung. Nun wird „Mitwirkung“ nicht im Sinne einer *condicio sine qua non* verstanden werden dürfen, sonst drohen unhaltbare Ergebnisse, etwa in dem Fall, dass ein Notar das Testament eines verstorbenen Gesellschafters beurkundet hat.³⁴ Andererseits

²⁹ Wachter, DB 2009, 159, 160.

³⁰ So aber Mayer, DNotZ 2008, 414.

³¹ Zur vorvorigen Fassung idS Haase, BB 1996, 2309.

³² So noch die Ausdrucksweise des *Referentenentwurfs* eines MoMiG v. 29. 5. 2006 („in Vertretung der Geschäftsführer“).

³³ Preuß, FS Spiegelberger, 2009, S. 876, 879.

³⁴ Keine „Mitwirkung“ iSd § 40 Abs. 1 GmbHG: Heckschen, ZErB 2008, 246, 251; Wachter, DB 2009, 159, 160 Fn. 22.

wäre der Blick lediglich auf die Beurkundung gem. § 15 Abs. 2 GmbHG verengend, und er würde nicht einmal in diesem Bereich einen klaren Befund ergeben, wenn Angebot und Annahme von zwei verschiedenen Notaren beurkundet werden. Die als weiteres Hauptanwendungsfeld in Betracht kommenden Änderungen im Umfang der Beteiligung sind Kapitalmaßnahmen. Kapitaländerungsbeschlüsse bedürfen der notariellen Beurkundung. Doch mit diesem Akt ist noch keine „Veränderung“ erreicht, vielmehr folgen Zeichnung (bei Kapitalerhöhung) und die Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister.

Eine Trennlinie anhand der Verfahrenstätigkeit (Beurkundung oder Beglaubigung) bietet sich auf den ersten Blick zwar an. Doch jedenfalls bei der Beglaubigung, die als Eigenentwurf des Notars vorgelegt wurde, verlangt die Rechtsprechung dieselben Prüf- und Belehrungspflichten wie bei der Beurkundung.³⁵ Diese Unterscheidung dürfte sich nicht als sachlich begründet erweisen.

Vorzugswürdig ist eine am Normzweck orientierte Eingrenzung. Derjenige Amtsträger, welcher den Vorgang insgesamt überblickt, soll die Einreichung bewirken.³⁶ Zwei Grenzlinien sind danach zu ziehen: Die vorangegangene notarielle Tätigkeit muss objektiv für die Veränderung kausal sein. Sie muss ferner für den handelnden Notar als final auf die Veränderung gerichtet erscheinen. Bei Kapitalmaßnahmen kann dies auch einmal bedeuten, dass nicht der den Beschluss beurkundende, sondern der die Anmeldung zum Handelsregister beglaubigende Notar für die Gesellschafterliste verantwortlich ist.

5. Unrichtige und streitige Listen

a) Korrektur durch den Geschäftsführer?

Die Begründung des Regierungsentwurfs eines MoMiG und ihr folgend etliche Stimmen im Schrifttum³⁷ gehen davon aus, dass ein Geschäftsführer die Liste auch selbst „berichtigen“ könne, insbesondere zur Kontrolle der notariellen Liste befugt sei. Das ist eine gefährliche Wendung, die mit der gesetzlichen Bestimmung, dass eine Änderung auf Mitteilung und Nachweis erfolge (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG), offenbar nicht im Einklang steht. Es ist nicht Sache des Geschäftsführers, die Übereinstimmung von materieller Rechtslage, die sehr umstritten sein kann, und formeller Listenlage zu bewirken. Die Überwachung der Liste obliegt im eigenen Interessen den Gesellschaftern, um deren Rechtsstellung es schließlich geht.

Der Grundsatz, dass kein selbstständiges Berichtigungsrecht noch eine entsprechende Berichtigungspflicht besteht, folgt zum einen daraus, dass nur auf Mitteilung der Betroffenen hin Veränderungen erfolgen sollen; zum zweiten aus dem Umstand, dass die Liste eine Legitimationsgrundlage für Gesellschafter ist, in die der Geschäftsführer nicht eingreifen darf, wie ihm auch sonst ein Eingriff in die

³⁵ BGH DNotZ 1997, 51, 52; Mayer, DNotZ 2008, 408; Apfelbaum, notar 2008, 160, 170; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452.

³⁶ Preuß in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 2008, Anh. zu § 53 Rn. 42 spricht gleichsinnig von Dokumentation der „Basiskontrolle“.

³⁷ Bednarz, BB 2008, 1854, 1859; Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 895.

Gesellschafterstellung versagt ist; zum dritten bildet die Liste die Basis für gutgläubigen Erwerb. Der Hinweis auf eine „allgemeine Sorgfaltspflicht“, den auch die Regierungsbegründung gibt, ist vor diesem Hintergrund unbedenklich. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, von der § 43 Abs. 1 GmbHG spricht, ist in den Angelegenheiten der Gesellschaft anzuwenden, wozu die Liste derjenigen, welche diese Gesellschaft bilden, nicht eigentlich gehört. Aus den vorgenannten Gründen kann der Geschäftsführer nicht eine von ihm für falsch gehaltene notarielle Gesellschafterliste durch eine von ihm erstellte ersetzen. Er ist aber gehalten, die Beteiligten über seine Bedenken zu informieren, damit diese ggf. initiativ werden können.³⁸

b) Auf die Liste – von der Liste

Dem Gesellschafter steht kein Einreichungsrecht zu. Das ist für den Regelfall unbestritten – aber was gilt im Ausnahmefall, dass kein Geschäftsführer im Amt ist? Dann hilft die Regelung über die Führungslosigkeit zwar auf den ersten Blick nicht weiter, da nur die Passivvertretung betreffend (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Jedoch wird man im Fall der Führungslosigkeit den an der Veränderung Beteiligten (vorbehaltlich der Tätigkeit des Notars gem. Abs. 2) ausnahmsweise ein gemeinsames Einreichungsrecht zubilligen müssen, da andernfalls eine Rechtsposition gegenüber der Gesellschaft nicht erlangbar wäre.

Nicht geregelt ist, wie im Streitfall die Einreichung einer veränderten Liste zu erreichen ist. Der oder die Betroffenen können zwar das Registergericht von Veränderungen iSv § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG in Kenntnis setzen, damit ggf. ein Verfahren nach § 388 FamFG in Gang gesetzt wird.³⁹ Doch das wird aus naheliegenden Gründen kaum eine praktikable Handhabung sein.

Die Einreichungspflicht kann von einem Gesellschafter, dessen Anteil betroffen ist bzw. vom Neuerwerber gerichtlich, auch im einstweiligen Rechtsschutz, durchgesetzt werden. Als Passivpartei bei einem Rechtsstreit ist die GmbH – nicht: deren Geschäftsführer⁴⁰ – anzusehen, da ein Rechtsverhältnis zu ihr in Frage steht.⁴¹

Zwar statuiert das Gesetz nur einen sekundärrechtlichen Schadensersatzanspruch (Abs. 3), doch liegt dem unausgesprochen ein primärrechtlicher Erfüllungsanspruch zugrunde, dass die Liste entsprechend geführt und eingereicht werde. Die Begründung zum MoMiG spricht davon, dass mit dem Anteilerwerb ein „gesetzliches Schuldverhältnis“ zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und der Gesellschaft entstehe, aufgrund dessen dem ausscheidenden wie dem eintretenden Gesellschafter ein Anspruch auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste zustehe.⁴² Woher dieses „gesetzliche“ Schuldverhältnis kommt, bleibt freilich offen. Konstruktiv ist es so, dass der Erwerber eines Geschäftsanteils materiell schon Gesell-

³⁸ Altmeyden, ZIP 2009, 345, 353; Kort, GmbHR 2009, 169, 171.

³⁹ So der Ratschlag in der Begr. RegE MoMiG (BT-Drucks. 16/6140).

⁴⁰ So aber Preuß, ZGR 2008, 676, 679 mit „extensiver Auslegung“ von Abs. 1.

⁴¹ Allg. Meinung zu § 40 aF; der insoweit unverändert blieb; s. auch Begr. RegE MoMiG (BT-Drucks. 16/6140), S. 38; Kort, GmbHR 2009, 169, 172 f.

⁴² Begr. RegE MoMiG (BT-Drucks. 16/6140), S. 38 zu § 16 Abs. 1; zust. referierend Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 791.

schafter ist, aber seine Rechte „im Verhältnis zur Gesellschaft“ nicht ausüben kann. Diese Rechtslage mag als gesetzliches Schuldverhältnis begriffen werden. Daran können sich dann auch Folgerungen knüpfen, wie etwa die, dass „bereits nach allgemeinem bürgerlichen Leistungsstörungenrecht aus der Verletzung dieser Pflicht ein Schadensersatzanspruch (folgt)“.⁴³

Soweit allerdings die Veränderung zwischen den Beteiligten (z. B. Parteien des Veräußerungsgeschäfts, Miterben) selbst streitig ist, muss diese Frage erst unter ihnen geklärt werden. Der Prätendentenstreit ist ein normaler Feststellungsprozess. Mit dem danach ergehenden Urteil ist der von § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG verlangte „Nachweis“ gegenüber dem Geschäftsführer zu erbringen.

Vorschriften über die Löschung hat der MoMiG-Gesetzgeber bewusst nicht getroffen. Insoweit wird wieder auf die „allgemeine Sorgfaltspflicht“ des Geschäftsführers verwiesen.⁴⁴ Vor Veranlassung der Berichtigung habe er den Betroffenen die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Letzteres ist selbstverständlich, doch die eigentliche Frage lautet, ob der Geschäftsführer *von sich aus* überhaupt eingreifen darf. Das wird hier bestritten.

III. Fazit

Die Gesellschafterliste des neuen GmbH-Rechts wurde vorstehend in grundsätzlichen und einigen führungspraktischen Aspekten behandelt. Schon diese knappe Skizze hat gezeigt, dass erhebliche Probleme mit dieser MoMiG-Schöpfung verbunden sind. Die Liste erscheint auf den ersten Blick wie ein rechtliches Implantat aus dem Recht der Namensaktie. Bei näherem Zusehen zeigt sich freilich, dass sie mit dem Aktienregister eher wenig gemeinsam hat. Auch die Beziehung zum Handelsregister ist nicht innig, da es ausreicht, wenn sie dort Aufnahme findet, ohne dass es auf eine registerrichterliche Prüfung ankommt. Die Liste soll Basis für den Gutgläubenserwerb sein, aber die vom Grundbuch vertrauten Vorkehrungen für eine unabhängig prüfende Registrierung gibt es nicht. Damit ist die Legitimations- und Rechtsscheinsgrundlage zu schwach ausgeprägt.

Geschäftsführer und Notar teilen sich in nicht immer klarer Weise die Aufgabe, die Liste bei Veränderungen zu bestücken. Der Notar hat den häufigen Fall des rechtsgeschäftlichen Anteilserwerbs zu betreuen. Im Übrigen ist der Geschäftsführer in einer oft misslichen Lage, wenn er Rechtsfragen der Veränderung in den Personen oder deren Beteiligung zu beurteilen hat. Eine eigenständige Listenkorrektur ist ihm grundsätzlich versagt. Bei Streitigkeiten ist der Geschäftsführer weder Schlichter noch Richter, denn seine Aufgabe ist zuvörderst die Leitung des Unternehmens der GmbH – und nicht die betreuende Verwaltung der Geschäftsanteile für die Gesellschafter.

⁴³ RegE MoMiG (BT-Drucks. 16/6140), S. 38 zu § 16 Abs. 1; idS auch *Wicke* (Fn. 13), § 40 Rn. 18.

⁴⁴ BegrRegE MoMiG (BT-Drucks. 16/6140).