

## Newsletter Gesellschaftsrecht/M&A

Nr. 7 – Januar 2012

### Neues zum Unternehmenskauf und Gesellschafterliste

**- Kein gutgläubiger Zweiterwerb eines aufschiebend bedingt  
abgetretenen GmbH-Anteils -**

#### Einleitung

Der Unternehmenskauf bei der GmbH als Zielgesellschaft kann über den Erwerb der gesamten oder wesentlichen Vermögensgegenstände (sog. *Asset Deal*), aber auch über den Kauf der Geschäftsanteile an der GmbH (sog. *Share Deal*) abgewickelt werden. Darum geht es hier. Häufig werden dabei die Geschäftsanteile aufschiebend bedingt abgetreten. Das dient vor allem dazu, den Verkäufer wegen des Kaufpreises abzusichern. Aber auch der zwischenzeitliche Abschluss weiterer Verträge oder eine etwa erforderliche kartellrechtliche Freigabe sind beim Unternehmenskauf typischerweise vereinbarte aufschiebende Bedingungen. Die Abtretung wird dann erst mit der Erfüllung aller Bedingungen wirksam.

Bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung bleibt der Veräußerer also noch Inhaber des Geschäftsanteils. Somit droht jedenfalls theoretisch die Gefahr, dass er den Geschäftsanteil bis zum Bedingungseintritt noch an einen anderen Zweiterwerber veräußert. Ob ein solcher Zweiterwerb überhaupt rechtlich möglich ist, war bisher nicht eindeutig. Eine neue BGH-Entscheidung (BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10) bringt insoweit zwar für die Praxis (zunächst) Klarheit, befriedigt aber im Ergebnis nicht vollends.

## **Bisherige Rechtslage**

Verfügt jemand aufschiebend bedingt über einen Gegenstand, so sind nach § 161 Abs. 1 S. 1 BGB weitere Verfügungen des Veräußerers in der Schwebezeit zwischen der bedingten Abtretung des Geschäftsanteils und dem Bedingungseintritt gegenüber dem (Erst-)Erwerber unwirksam. Dadurch wird der Ersterwerber also vor Zwischenverfügungen geschützt.

Das gilt jedoch nicht, wenn § 161 Abs. 3 BGB einschlägig ist. Nach dieser Vorschrift sind die Regelungen über den gutgläubigen Erwerb entsprechend anwendbar. Vor Inkrafttreten des MoMiG gab es bei GmbH-Geschäftsanteilen keinen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten. Daher konnte dem Zweiterwerber früher auch § 161 Abs. 3 BGB eindeutig nicht helfen. Doch durch das MoMiG hatte der Gesetzgeber Ende 2008 erstmalig einen Gutgläubenserwerb von Geschäftsanteilen in § 16 Abs. 3 GmbHG eingeführt. Die Frage war daher, ob mit Blick auf den insoweit nun möglicherweise, gegebenenfalls entsprechend, anwendbaren § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG die Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs eines aufschiebend bedingt abgetretenen GmbH-Anteils bestand. Diese Frage war bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs umstritten. Wer sie bejaht hat, musste über Schutzmaßnahmen zugunsten des Ersterwerbers nachdenken, wie etwa einen Widerspruch zur Gesellschafterliste (um den guten Glauben des Zweiterwerbers zu verhindern).

## **Das aktuelle Urteil des BGH**

Der BGH hat mit seiner Entscheidung die Frage nunmehr verneint. Es gebe keinen gutgläubigen Zweiterwerb bei der aufschiebend bedingten Anteilsabtretung.

Wie kam es zu der Entscheidung? Ein Notar hatte nach einer aufschiebend bedingten Abtretung eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht. In dieser war zu dem betroffenen Geschäftsanteil vermerkt: "aufschiebend bedingt abgetreten". Mit diesem Zusatz sollte der Erwerber in der Schwebezeit vor einem gutgläubigen Erwerb des Geschäftsanteils durch einen Dritten geschützt werden. Das Registergericht hatte die Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister abgelehnt, da eine Veränderung in der Gesellschafterstellung vor Eintritt der Bedingung noch nicht eingetreten war.

Der BGH hat dem Registergericht mit folgender formaler Argumentation Recht gegeben: Stehe die Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung, sei der Notar erst mit Bedingungseintritt verpflichtet, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen. Das Registergericht sei daher berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG keine Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweise, sondern eine solche Veränderung nur ankündige.

Zudem besteht nach Ansicht des BGH – und damit kommt er zum Kern der eingangs aufgeworfenen Frage – gar kein Schutzbedürfnis für einen solchen Zusatz in der Gesellschafterliste. Denn ein gutgläubiger Erwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils durch einen Zweiterwerber in der Schwebezeit sei nach § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG gar nicht möglich. Die Gesellschafterliste enthalte nur Angaben zum Inhaber des Geschäftsanteils und schütze daher auch nur den guten Glauben an die Inhaberschaft. Der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis werde dadurch nicht geschützt. Die Beschränkung der Verfügungsmacht des Veräußerers nach § 161 Abs. 1 BGB (siehe oben) werde also durch den Gutgläubensschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG gar nicht erfasst. Mit anderen Worten: da der Zweiterwerber vom Inhaber des Geschäftsanteils erwirbt, kommt nach dem BGH ein Gutgläubensschutz nicht in Betracht.

### **Folgerungen und Kritik**

Im Schrifttum war bislang vertreten worden, dass eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste mit Hinweis auf die bedingte Anteilsabtretung oder eine mit einem Widerspruch versehene Liste zulässig sei. Das sollte den Ersterwerber nach einer aufschiebend bedingten Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils gegen einen gutgläubigen Erwerb dieses Anteils bei erneuter Abtretung durch den Veräußerer (Zweiterwerb) schützen. Dazu besteht nun nach der Rechtsprechung des BGH kein Bedürfnis mehr. Es gibt den gutgläubigen Zweiterwerb nach seiner Ansicht in dieser Fallgestaltung nicht. Also entfallen auch Schutzmaßnahmen.

Das schafft zwar Rechtssicherheit. Doch das Ergebnis ist nicht stimmig. Die Entscheidung führt vielmehr zu Wertungswidersprüchen. Denn nach dem BGH stellt sich die Rechtslage so dar, dass der Dritte, also der gutgläubige Zweiterwerber,

den Anteil nicht erwerben kann, wenn er vom (noch, also bis zum Bedingungs-eintritt) Berechtigten erwirbt, dagegen aber schon, wenn er vom vollends Nicht-berechtigten erwirbt. Das verwundert. Der Veräußerer hat im ersten Fall doch mehr zu bieten als im zweiten. Deutlich wird dieser Wertungswiderspruch auch aus einem anderen Blickwinkel, nämlich dem des Ersterwerbers: sein (bis zum Bedingungs-eintritt bestehendes) bloßes Anwartschaftsrecht, also die Aussicht, künftig Inhaber des Anteils zu werden, wird stärker geschützt als sein späteres Vollrecht. Das kann er nämlich durch Gutgläubenserwerb eines Dritten verlieren; bei dem Anwartschaftsrecht dagegen, obwohl es das schwächere Recht ist, soll das nicht passieren können. Das leuchtet alles nicht recht ein. Hier ist das letzte Wort also noch nicht gesprochen. Der BGH hat zwar formal sauber argumentiert. Die Gelegenheit, bei den von ihm selbst erkannten Ungereimtheiten etwas zupackender richterliche Rechtsfortbildung zu betreiben, hat der BGH aber einstweilen ungenutzt verstreichen lassen. Begründet hat er das inhaltlich nicht näher. Er hat sich lapidar auf den Hinweis beschränkt, dass das eben alles so im Gesetz stehe.

## Fazit

Der BGH hat die umstrittene Frage des gutgläubigen Zweiterwerbs eines aufschiebend bedingt abgetretenen GmbH-Anteils verneint. Nach seiner Ansicht kann ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil nicht nach § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG vor Bedingungs-eintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig erworben werden. Das schafft (vorerst) Rechtssicherheit. Weil ein gutgläubiger Zwischenerwerb nicht droht, erübrigen sich auch Sicherungsmaßnahmen wie etwa ein Widerspruch zur Gesellschafterliste.

Ein befriedigender Rechtszustand ist dennoch nicht erreicht. Nach dieser Entscheidung bietet der Gutgläubenserwerb, den das MoMiG in § 16 Abs. 3 GmbHG eingeführt hat, unter Wertungsgesichtspunkten kein stimmiges Bild. Das Anwartschaftsrecht eines (Erst-)Erwerbers wird stärker geschützt als sein späteres Vollrecht und der (Zweit-)Erwerber steht besser da, wenn er vom völlig Nichtberechtigten statt vom (auflösend) Berechtigten erwirbt. Das passt nicht zusammen. Hier ist abzusehen und zu hoffen, dass es über kurz oder lang entweder eine Rechtsprechungs- oder eine Gesetzesänderung geben wird.

Für weitere Auskünfte stehen Ihnen Dr. Klaus J. Müller ([mueller@schiedermair.com](mailto:mueller@schiedermair.com)) oder ein anderer Notar unserer Sozietät gern zur Verfügung. Wir weisen darauf hin, dass die allgemeinen Informationen in unserem Newsletter eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen. Sie können alle Newsletter auf unserer Homepage [www.schiedermair.com](http://www.schiedermair.com) (Arbeitsgebiete/M&A) einsehen.