



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Herrn Prof. Dr. Ulrich Seibert
– III A 2 –
11015 Berlin

schwertfeger-ba@bmjv.bund.de

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: o.vossius@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, den 30. Oktober 2017

Referentenentwurf einer Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste

Ihr Schreiben vom 15. September 2017, Az. 3510-1-33 540/2017

Sehr geehrter Herr Professor Seibert,
sehr geehrte Damen und Herren,

Der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf einer Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (nachstehend „GesLV-E“) im Rahmen der Verbändebeteiligung.¹

1. Vorbemerkung - Einbeziehung IT-technischer Parameter

Der neugefasste § 40 Abs. 4 GmbHG dient letztlich dem Zweck, durch Vorstrukturierung der Daten in der Gesellschafterliste (Datenbankstruktur) deren Erfassung in maschinenlesbarer Form (vgl. § 40 Abs. 5 GmbHG) möglichst reibungsfrei zu gestalten, damit die Handelsregister in einem automatisierten Verfahren die ihnen übermittelten xml-Datensätze sowohl in den elektronischen Abruf einstellen als auch an das

¹ Trotz *Seibert*, GmbHR 2017, R 97/R98. Hierzu etwa §§ 14, 47, 48 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), zum Download verfügbar unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/themen/moderne-verwaltung/ggo.html> (zuletzt abgerufen am 13.10.2017). Letztlich stellen diese Bestimmungen der GGO nur eine Konkretisierung des Petitionsrechts nach Art. 17 GG dar.

Transparenzregister durchreichen bzw. mit diesem (was sehr viel eleganter wäre) verlinken können.

Dieser Gesichtspunkt erscheint uns im vorliegenden Entwurf der Verordnung nach § 40 Abs. 4 GmbHG noch nicht hinreichend gewürdigt. Wir empfehlen daher, in einer koordinierten Bund-Länder-Arbeitsgruppe (gern auch unter Einbeziehung des Sachverständigen der Verbände) gewissermaßen das Pferd von hinten aufzuzäumen und zuerst den Prozess der Datenübermittlung vom Handelsregister an das Transparenzregister zu strukturieren. Hieraus ergeben sich dann die Parameter nach § 40 Abs. 5 GmbHG, aus denen wegen der notwendigen bundeseinheitlichen Regelung die Vorgaben für die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 4 GmbHG zu entwickeln wären.

Ein solches Vorgehen dürfte vermutlich dazu führen, dass der Schwerpunkt einer Verordnung nach § 40 Abs. 4 GmbHG etwa bei einheitlichen Schreibweisen von Eigennamen, Straßen und Orten liegen sollte. Welche Notation ist bei arabischen oder kyrillischen Namen zu verwenden? Wie werden Orte im Ausland mit deutschen oder ausländischen Namen geschrieben (Laibach oder Ljubljana, Milano oder Mailand, Luxembourg oder Luxemburg)? Muss man vom „Handelsregister von Nanterre“, vom „R.C.S. de Nanterre“ oder vom „Registre de commerce et des sociétés de Nanterre“ sprechen? Ohne gesicherte Datenqualität wird das Transparenzregister schnell so aussagekräftig wie die EU-Dateien der Terrorismusverdächtigen.

2. Terminologie (§ 1 GesLV-E)

2.1 Zahl, Ziffer, Nummer

Wir regen an, statt des Begriffs *Ziffer* in § 1 Abs. 1 GesLV-E den Begriff *Zahl* zu verwenden. Denn eine Ziffer ist ein schriftliches Zeichen, das für eine Zahl steht. Es gibt im Dezimalsystem dementsprechend genau zehn Ziffern (0 bis 9). Ab Geschäftsanteil Nr. 10 wird also eine Zahl (als Nummer) verwendet, die aus mehreren Ziffern besteht. Der Begriff *Zahl* ist daher aus unserer Sicht treffender, zumal auch mit „*ganzen [...] Ziffern*“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs „*ganze Zahlen*“ im mathematischen Sinne gemeint sein dürften. Da es keine negativen Nummern geben sollte, könnte man statt von „*ganzen arabischen Ziffern*“ von „*natürlichen Zahlen im Dezimalsystem*“ sprechen. Im Dezimalsystem wird die arabische Ziffernotation verwendet.

In den folgenden Absätzen und Paragraphen sollte dann terminologisch besser von „*Nummer*“ statt von Ziffer gesprochen werden, da der GesLV-E dort die bereits vergebenen bzw. die zu vergebenden Nummern regelt.

2.2 Anteilsinhaber

Zudem verwendet § 1 Abs. 1 GesLV-E den Begriff des „*Anteilsinhabers*“, der im GmbHG nicht verwendet wird. Die Begrifflichkeit des UmwG (vgl. etwa § 13 Abs. 1

Satz 1 UmwG) ist hier nicht erforderlich. Wir regen an, den im GmbHG und insbesondere auch in § 40 GmbHG gebrauchten Begriff des „Gesellschafters“ zu verwenden.

2.3 Bruch- bzw. Abschnittsnummern

Mit § 1 Abs. 1 GesLV-E wird die Verwendung von Bruch- oder Abschnittsnummern im Grundsatz unterbunden. § 1 Abs. 3 Satz 2 GesLV-E enthält hierzu eine Ausnahme für die Teilung von Geschäftsanteilen. Beispielsweise werden z. B. bei Teilung des Geschäftsanteils Nr. 1 in drei neue Anteile diesen die Nummern 1.1, 1.2 und 1.3 gegeben. Dieses durchaus verbreitete Vorgehen hat den Vorteil, dass die Genese von Anteilen gut dargestellt werden kann. Mit § 40 Abs. 1 GmbHG ist dieses Vorgehen schon deshalb vereinbar, weil dessen Satz 1 nur von „*laufenden Nummern*“ spricht, nicht von „*fortlaufenden Nummern*“.

Für eine Untersagung dieses durch die Gestaltungsfreiheit des>Listenerstellers gedeckten Vorgehens spräche allenfalls, dass die Überführung solcher Bruch- oder Abschnittsnummern in *.xml-Formate technisch aufwendiger wäre als die in § 1 Abs. 1 GesLV-E vorgesehene fortlaufende Nummerierung. Ob das der Fall ist, kann erst nach dem in obenstehendem Abschnitt 1 vorgeschlagenen Vorgehen entschieden werden.

Allerdings ist die Verwendung von Bruch- oder Abschnittsnummern nicht auf Teilungen beschränkt. Auch bei Aufstockungsbeschlüssen infolge Einziehungen oder bei der Schaffung neuer Geschäftsanteile aufgrund Kapitalerhöhungen sieht man sie in der Praxis. Entstehen etwa anstelle eines eingezogenen Geschäftsanteils Nr. 3 drei neue Anteile, dann kann man diese mit den Nummern 3.1, 3.2 und 3.3 bezeichnen. Gleiches gilt, wenn an die Stelle des Anteils Nr. 1 durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln drei neue Anteile treten. Warum § 1 Abs. 3 Satz 2 GesLV-E die Zulässigkeit von Bruch- und Abschnittsnummern auf die Fälle der Teilung von Geschäftsanteilen beschränkt, ist unklar.

Sofern die Nummerierung der Anteile für das Transparenzregister gar nicht benötigt wird, enthält § 1 Abs. 1 GesLV-E einen schwer begründbaren Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des>Listenerstellers. Dann sollte man in § 1 Abs. 1 Satz 1 GesLV-E das Wort „*fortlaufend*“ streichen und evtl. durch „*nachvollziehbar*“ ersetzen. § 1 Abs. 3 Satz 2 GesLV-E könnte dann entfallen.

Entschließt sich der Ordnungsgeber hierzu, die Verwendung von Bruch- oder Abschnittsnummern abzuschaffen, sollte im Rahmen einer Übergangsvorschrift jedenfalls klargestellt werden, dass erst bei Einreichung einer neuen Liste aus gegebenem (anderen) Anlass die Geschäftsanteile mit Bruch- oder Abschnittsnummern neu und fortlaufend zu nummerieren sind.

3. Nummernzusammenfassung und Sortierung

§ 1 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GesLV-E enthalten aus der Sicht des Gestalters begrüßenswerte Klarstellungen. Allerdings haben diese Fragen in der Praxis bislang keine Rolle gespielt. Die Listenersteller haben die jeweils zweckmäßigste Art der Darstellung gewählt. Listen bei einer Einmann-GmbH mit Anteilen zu je € 1,00 sind nur in der Form des § 1 Abs. 1 Satz 2 GesLV-E erstellt worden und nicht mit 25.000 einzelnen Zeilen für jede laufende Nummer.

Mangels bisher aufgetretener Missstände stellt sich daher die Frage nach dem Handlungsbedarf des Verordnungsgebers.

Vorschläge

§ 1 Abs. 1 GesLV-E sollte daher aus unserer Sicht wie folgt gefasst werden (Erforderlichkeit der Regelung für Maschinenlesbarkeit unterstellt):

(1) In den Gesellschafterlisten sind die Geschäftsanteile mit natürlichen Zahlen im Dezimalsystem so zu nummerieren, dass die Beteiligungsverhältnisse und ihre Entwicklung nachvollzogen werden kann.

Zudem sollte in § 1 Abs. 2 bis 4 und § 3 der Begriff „Ziffer“ jeweils durch den Begriff „Nummer“ ersetzt werden.

4. Gliederungskontinuität, § 1 Abs. 2 und 3 GesLV-E

4.1 Einführung

Die genannten Vorschriften gehen hinter den bisherigen Rechtszustand zurück, ohne dass hierfür ein praktisches Bedürfnis erkennbar wird. Unklarheiten aufgrund der Nummerierung der Anteile sind in neun Jahren Praxis nicht aufgetreten. Im Gegenteil: Die Nummerierung der Anteile hat ihren Zweck, die sachenrechtliche Bestimmbarkeit der Anteile zu gewährleisten, in vollem Umfang erfüllt.

Ob Gesichtspunkte der Maschinenlesbarkeit für die jetzt vorgesehene Beschränkung der Gestaltungsfreiheit sprechen, kann ebenfalls erst nach einem Vorgehen wie oben 1. vorgeschlagen entschieden werden.

Zur Erläuterung dürfen wir folgende Beispiele voranstellen:

Beispiel 1:

Die Gesellschafter A, B und C halten drei Anteile zu € 12.500, € 6.250 und € 6.250 mit den Nummern 1, 2 und 3. In einer Gesellschafterversammlung beschließen sie nach vorgehender Teilung in Anteile zu je € 1,00 eine Sachkapitalerhöhung durch Einbringung eines ihnen in gleichem Verhältnis gehörenden Unternehmens um € 5.000,00 auf € 30.000,00, die sie im Verhältnis ihrer Beteiligung zeichnen (also A 2.500 Anteile, B und C je 1.250 Anteile). Elegant wäre folgende Gesellschafterliste nach Abschluss dieser Maßnahmen (hier verkürzt dargestellt):

Gesellschafter	Geschäftsanteile zu je € 1,00	laufende Nummern	Veränderungsspalte
A	15.000	1-15.000	Nrn. 1-12.500 früherer Anteil 1; Nrn. 12.501-15.000 einbringungsgeboren seit ____
B	7.500	15.001-22.500	Nr. 15.001-21.250 früherer Anteil 2; Nrn. 21.251-22.500 einbringungsgeboren seit ____
C	7.500	22.501-30.000	Nrn. 22.501-28.750 früherer Anteil 3; Nrn. 28.751-30.000 einbringungsgeboren seit ____

Eine solche Liste schützt die Gesellschafter (und deren Berater) vor steuerlich fatalen Gestaltungsfehlern. Ihre Zulässigkeit setzt voraus, dass in der aufgrund des Beschlusses über die Teilung der Anteile interimswise einzureichenden Gesellschafterliste (nachstehend „Zwischenliste“) die Nummernfolgen von 12.501 bis 15.000, und von 21.251 bis 22.500 zunächst freigehalten werden. Die letzte Nummer wäre dann 28.750. Die Zwischenliste nach Teilung stünde allerdings nur bis zum Vollzug der Sachkapitalerhöhung als aktuelle Liste im Abruf bereit. Danach stünde dem Rechtsverkehr eine Liste zur Verfügung, die sowohl nach Gesellschaftern als auch nach Anteilsinhabern sortiert ist und damit den höchstmöglichen Grad an Transparenz aufweist.

Nach § 1 Abs. 2 und 3 GesLV-E wäre dieses Vorgehen nicht mehr statthaft. Stattdessen bestünden zwei Möglichkeiten: Entweder müssten nach der Teilung die Nummern 4-25.003 vergeben werden (§ 1 Abs. 3 Satz 1 GesLV-E). Die Erhöhungsanteile bekämen die Nummern 25.004-30.003. Wählt der Listenersteller die Variante der Abschnittsnummern (§ 1 Abs. 3 Satz 3 GesLV-E), würden die Alt-Anteile nach der Teilung mit 1.1 bis 1.12500, 2.1 bis 2.6250 und 3.1 bis 3.6250 nummeriert. Die

neuen Anteile müssten die Nummern 4 bis 5.003 tragen. Beide vom GesLV-E vorgesehenen Varianten sind unübersichtlich und fehlerträchtig.

Beispiel 2 (Grundfall):

Die X-GmbH besteht aus den vier Gesellschaftern A, B, C und D. Diese sind wie folgt beteiligt:

Gesellschafter	Geschäftsanteil in €	laufende Nummer
A	10.000,00	1
B	5.000,00	2
C	5.000,00	3
D	5.000,00	4
Summe	25.000,00	

Variante 1:

Die Gesellschafter beschließen die Teilung des Anteils des A in einen Anteil zu € 9.000,00 und einen Anteil zu € 1.000,00. Letzterer wird an D abgetreten.

Hier sind zwei Gesellschafterlisten einzureichen, eine nach Teilung, eine weitere nach Abtretung. Wie sind die Anteile zu € 9.000,00 und zu € 1.000,00 zu nummerieren?

Lösung Variante 1:

In der Praxis sieht man folgende Lösungen:

- a) Der Anteil zu € 9.000,00 bekommt die Nummer 1.1, der Anteil zu € 1.000,00 die Nummer 1.2. (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 3 GesLV-E).
- b) Der Anteil zu € 9.000,00 bekommt die Nummer 5, der Anteil zu € 1.000,00 die Nummer 6. In den beiden neuen Listen beginnt die Nummernzählung daher mit 2. und nicht mit 1. (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 1 GesLV-E).
- c) Der bei A verbleibende Anteil zu € 9.000,00 bekommt die Nummer 1, der an D gehende Anteil die Nummer 5 (nach dem GesLV-E nicht erlaubt).

Vorzugswürdig erscheint Lösung c). Die Genese der beiden Anteile lässt sich aus der Abfolge der Listen ohne weiteres nachvollziehen. Einer Veränderungsspalte bedarf es nicht, jedoch kann man so die Rechtsänderung transparenter machen.

Die Lösung b) ist unübersichtlich und fehlerträchtig, da man sich bei künftigen Listen eher verzählen kann.

Die Lösung a) entspricht zwar dem Gesetz, da auch insoweit die Nummerierung fortlaufend ist. Sie ist durch § 1 Abs. 3 Satz 3 GesLV-E gedeckt. Die Nachteile der Lösung a) zeigen sich allerdings (siehe auch nachstehend 5.) bei einem weiteren Anteilssplit etwa im Zuge einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder einer weiteren Teilung, etwa in Geschäftsanteile im Nennwert von jeweils € 1,00.

Variante 2:

Aufgrund Insolvenz des Gesellschafters C beschließen die übrigen Gesellschafter die Einziehung seines Geschäftsanteils Nr. 3 und die proportionale Aufstockung der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter. D. h., der Geschäftsanteil des A wird um € 2.500,00 auf € 12.500,00 aufgestockt, die Geschäftsanteile von B und D um jeweils € 1.250 auf je € 6.250,00.

Wie sind diese aufgestockten Anteile zu nummerieren?

Wieder kommt entweder die Vergabe neuer Nummern (5, 6 und 7) oder die Verwendung bestehender Nummern (1, 2 und 4) in Betracht. Im ersten Fall wird die Liste unübersichtlich und fehlerträchtig, im zweiten Fall ist die Nummerierung nicht mehr fortlaufend. Vorzugswürdig ist daher eine Neunummerierung mit 1, 2 und 3. Diese lässt der GesLV-E jedoch nicht zu.

4.2 Klarstellung der Anordnung der Gliederungskontinuität

Der Regelungsgehalt von § 1 Abs. 2 Satz 1 GesLV-E ist unklar. Soll dieser nur regeln, dass eine einmal vergebene Nummer in derselben Liste nicht für einen anderen Geschäftsanteil vergeben werden darf, ist die Regelung redundant, weil dies bereits durch das Erfordernis der laufenden Nummerierung (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) geregelt ist.

Soll Satz 1 dagegen generell die Gliederungskontinuität regeln, dass also eine einmal vergebene Nummer auch in künftigen Listen nicht für einen anderen Geschäftsanteil vergeben werden darf, geht dies nicht deutlich genug aus der Regelung hervor, zumal sich der Klammerzusatz „*Gliederungskontinuität*“ erst am Ende des Satzes 2 findet. Satz 2 regelt den Grundsatz der Gliederungskontinuität indes gesetzestech-nisch nur negativ, indem bestimmt wird, wann eine Durchbrechung der Gliederungs-kontinuität zulässig ist.

Wie anhand der Beispiele gezeigt wurde, ist die Regelung nicht zweckmäßig, da sie die Übersichtlichkeit der Liste nicht fördert und zudem fehleranfällig ist.

Mit den obenstehenden Beispielen sollte hinreichend deutlich geworden sein, dass man auf eine Normierung der Gliederungskontinuität zugunsten eines Kriteriums der Nachvollziehbarkeit der Entwicklung der Beteiligungsverhältnisse aus dem Gesamtzusammenhang der aufeinanderfolgenden Listen verzichten sollte.

4.3 Durchbrechungen der Gliederungskontinuität

Hat man klargestellt, dass Neunummierungen zulässig sind, soweit und solange die Genese der neuen Anteile nachvollziehbar bleibt, muss die Durchbrechung der Gliederungskontinuität (§ 1 Abs. 2 Satz 2 GesLV-E) nicht explizit geregelt werden.

Der Entwurfsverfasser scheint hingegen davon auszugehen, dass eine Umnummerierung im Fall des Übergangs von Geschäftsanteilen auf eine andere Person (etwa kraft Rechtsgeschäfts oder durch Gesamtrechtsnachfolge) nicht zulässig wäre (siehe Besonderer Teil der Entwurfsbegründung, Zu § 1, Absatz 2 am Ende auf Seite 8).

Der BGH hat aber auch eine Umnummerierung nach Abtretung unter der Voraussetzung erlaubt, dass die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Umnummerierung nicht leidet und jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei identifiziert werden kann.² Diese Möglichkeit soll offenbar selbst nach dem bisherigen Entwurf des Verordnungstextes – der eine Änderung bei jedweder Änderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erlaubt – beibehalten werden. Die Begründung sollte daher angepasst werden.

4.4 Vorschlag

§ 1 Abs. 2 GesLV-E kann u. E. entfallen.

5. Neue Nummer bei Schaffung, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen (§ 1 Abs. 3 GesLV-E)

5.1 Beispiele

Auch hier dürfen wir folgende Beispiele voranstellen.

Variante 3 zum Beispiel 2 oben 4.1.

Die Gesellschafter beschließen, ihre Geschäftsanteile in Anteile im Nennwert zu € 1,00 zu teilen. Wie sind die Anteile in der neuen Gesellschafterliste zu nummerieren?

² BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, NZG 2011, 516.

Wiederum ist die Lösung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 GesLV-E (Nrn. 5-25.004) nicht sinnvoll. Zweckmäßig, aber nach dem GesLV-E nicht zulässig, ist allein die Nummerierung wie folgt:

Gesellschafter	Geschäftsanteile zu je € 1,00	laufende Nummern
A	10.000	1-10.000
B	5.000	10.001-15.000
C	5.000	15.001-20.000
D	5.000	20.001-25.000
Summe	25.000	

Variante 4 zum Beispiel 2 oben 4.1.

Nach Teilung gemäß Variante 3 erhöhen die Gesellschafter das Stammkapital aus Gesellschaftsmitteln im Verhältnis 1:3. Wie sieht die Nummerierung danach aus?

Lösung a) (Sortierung nach Gesellschaftern)

Gesellschafter	Geschäftsanteile zu je € 1,00	laufende Nummern
A	30.000	1-30.000
B	15.000	30.001-45.000
C	15.000	45.001-60.000
D	15.000	60.001-75.000
Summe	75.000	

Diese Nummerierung ist nach dem GesLV-E nicht zulässig.

Lösung b) (Sortierung nach Geschäftsanteilen)

Gesellschafter	Geschäftsanteile zu je € 1,00	laufende Nummern
A	10.000	1-10.000
B	5.000	10.001-15.000
C	5.000	15.001-20.000
D	5.000	20.001-25.000
A	20.000	25.001-45.000
B	10.000	45.001-55.000
C	10.000	55.001-65.000
D	10.000	65.001-75.000

Summe	75.000	
-------	--------	--

Auch diese Lösung dürfte nach dem GesLV-E nicht zulässig sein.

Lösung c)

Hätte man nach der Teilung die Nummern 5-25.004 vergeben, dann sähe die Liste nach der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln so aus:

Gesellschafter	Geschäftsanteile zu je € 1,00	laufende Nummer
A	10.000	5-10.004
B	5.000	10.005-15.004
C	5.000	15.005-20.004
D	5.000	20.005-25.004
A	20.000	25.005-45.004
B	10.000	45.005-55.004
C	10.000	55.005-65.004
D	10.000	65.005-75.004
Summe	75.000	

Mit Blick auf die Zwecke des Transparenzregisters ist es zweckmäßig, mehrere Beteiligungen eines Gesellschafters an einer GmbH möglichst fortlaufend zu nummerieren, damit die gesamte Beteiligungsquote leicht nachvollzogen werden kann. Dies spricht für die Lösung a) und gegen die Lösung c). In der Veränderungsspalte könnte die Genese dieser Anteile dann nachvollzogen werden. Mit Veränderungsspalte sähe die Liste dann wie folgt aus:

Liste nach Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vom

Gesellschafter	Geschäftsanteile zu je € 1,00	laufende Nummer	Bemerkungen
A	30.000	1-30.000	vormals 1-10.000
B	15.000	30.001-45.000	vormals 10.001-15.000
C	15.000	45.001-60.000	vormals 15.001-20.000
D	15.000	60.001-75.000	vormals 20.001 bis 25.000
Summe	75.000		

5.2 Beschränkung der Gestaltungspraxis

§ 1 Absatz 3 GesLV-E enthält eine spezielle Regelung zur Schaffung neuer Anteile sowie zur Zusammenlegung und Teilung von Geschäftsanteilen. Nach § 1 Abs. 3 Satz 3 GesLV-E wäre bei der Teilung von Geschäftsanteilen folgende in der Praxis vorkommende Gestaltung nicht mehr erlaubt:

Beispiel 3:

A und B halten je einen Geschäftsanteil in Höhe von € 12.500 an der X-GmbH (laufende Nummern 1 und 2). Zur Vorbereitung einer Abtretung werden die Anteile geteilt in 1 €-Anteile, so dass A und B jeweils 12.500 Anteile zu je 1 € halten. Diese werden mit den Nummern 1 bis 25.000 nummeriert, wobei die auf 1 € abgeschmolzenen bisherigen Geschäftsanteile die bisherige vergebene Nummer behalten (Nr. 1 und Nr. 2) und den weiteren entstehenden Geschäftsanteilen neue Nummern zugeordnet werden.³

In der Literatur wird die dargestellte Möglichkeit als „praktikable und zulässige“ Lösung bezeichnet.⁴ Sie hat den Vorteil, dass die Nummerierung bei eins beginnt und die Gesamtzahl der Nummern der Geschäftsanteile nicht die Gesamtzahl der Geschäftsanteile übersteigt. Wie in oben stehenden Beispielen gezeigt, ist diese Lösung vorzugswürdig. Wir regen daher an, diese in der Praxis geübte Möglichkeit beizubehalten und nicht durch die GesLV zu verbieten. Das ist oftmals auch aus steuerlichen Gründen gewünscht, um Herkunft und Fortbestand bestimmter Geschäftsanteile eindeutig und zweifelsfrei gegenüber den Finanzbehörden zu belegen. Ein „Recycling“ von bereits vergebenen Nummern sollte zulässig sein.

Die entsprechende Problematik stellt sich auch bei Aufstockungsbeschlüssen, sei es aufgrund von Einziehungen oder aufgrund von Kapitalerhöhungen, oder bei Verminderungen des Nennwerts von Geschäftsanteilen aufgrund Kapitalherabsetzungen. Auch hier erscheint es sinnvoll, die bisherigen Nummern beizubehalten.

Wir regen daher an, § 1 Abs. 3 GesLV-E entweder ebenfalls ganz zu streichen oder wie folgt zu fassen:

(3) Die Liste kann neu nummeriert werden, wenn neue Geschäftsanteile geschaffen, Geschäftsanteile zusammengelegt oder Geschäftsanteile geteilt werden. Ursprüngliche Nummern können neu vergeben werden, wenn die Entwicklung der Beteiligung aus der Liste selbst oder aufgrund vorausgehender Listen nachvollziehbar bleibt. Im Fall der Teilung kann auch der ursprüngliche Geschäftsanteil mit derselben Nummer nach der Teilung beibehalten werden.

³ Wachter, NZG 2009, 1001, 1004; Winter, in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 40 Rn. 10.

⁴ Winter, in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 40 Rn. 10.

6. Neufassung der Liste (§ 1 Abs. 4 GesLV-E)

6.1 Verordnungsermächtigung

Nach § 1 Abs. 4 Satz 1 GesLV-E darf die Gesellschafterliste neu gefasst werden, wenn die bisherige Liste unübersichtlich geworden ist. Im Umkehrschluss ist in Fällen, in denen keine Unübersichtlichkeit vorliegt, keine Bereinigungsliste zulässig. Insbesondere (näher dazu unten 12.) hier haben wir Zweifel, ob die Ermächtigungsgrundlage ausreicht, ein solches Verbot der Neufassung anzuordnen, weil § 40 Abs. 4 GmbHG den Ordnungsgeber nur zu Regelungen zur „Ausgestaltung der“ Gesellschafterliste, nicht aber zu weiteren Listen ermächtigt.

Geht man von einer Zulässigkeit der Regelung aus, ist der jetzige Wortlaut des § 1 Abs. 4 Satz 1 GesLV im Hinblick auf den Zweck dieser Regelung überschießend. Der Wortlaut erlaubt eine vollständige Neufassung der Gesellschafterliste bei einer Unübersichtlichkeit der bisherigen Gesellschafterliste. Aus unserer Sicht ist jedoch nur eine Neunummerierung gemeint, was sich auch aus der Begründung (Teil B, Zu § 1, Absatz 4 auf Seite 8) ergibt. So sollte es dem Listenersteller unbenommen bleiben, beispielsweise eine Sortierung der Gesellschafterliste nach Geschäftsanteilen zu ändern hin zu einer Sortierung nach Gesellschaftern (was nach § 1 Abs. 1 Satz 3 GesLV-E zulässig ist). Voraussetzung hierfür bleibt allerdings, dass die Gesellschafterliste das für ihre Überführung in maschinenlesbare Datensätze erforderliche Format beibehält.

Beispiel 4:

In der X-GmbH sind Gesellschafter A mit den Anteilen 1, 3, 15-18, 20 und 21 beteiligt, Gesellschafter B mit den Anteilen 2, 4-6, 12-14 und 22, Gesellschafter C mit den Anteilen 7 und 23-24 sowie Gesellschafter D mit den Anteilen 8-11, 19 und 25. Die bisherige Gesellschafterliste ist nach Geschäftsanteilen sortiert (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 GesLV-E). Geschäftsführer Y beabsichtigt zur Vereinfachung von Gesellschafterversammlungen (insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Stimmrechte) eine neue Gesellschafterliste zu erstellen, die nach Gesellschaftern sortiert ist (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Var. 1 GesLV-E). Die Angaben in der Gesellschafterliste und die laufenden Nummern sollen nicht geändert werden.

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 4 Satz 1 GesLV-E ist zweifelhaft, ob Y die Gesellschafterliste wie beabsichtigt erstellen und zum Handelsregister einreichen kann. Denn die gewünschte Änderung könnte eine Neufassung der Gesellschafterliste darstellen, die nur dann erlaubt ist, wenn die bisherige Gesellschafterliste unübersichtlich geworden ist. Nach der Begründung soll sich die „*eingeschränkte registergerichtliche Prüfung der Aufnahmefähigkeit der Gesellschafterliste [...] im Regelfall nicht auf die Frage des Vorliegens des Tatbestands einer ‚unübersichtlichen‘ Gesellschafterliste erstrecken*“ (Teil B, Zu § 1, Absatz 4, auf Seite 8).

Die Erfahrungen in der Praxis zeigen jedoch, dass dies ein frommer Wunsch bleiben könnte, da die Register Gesellschafterlisten im Einzelfall durchaus intensiver prüfen, als dies vom Gesetzgeber beabsichtigt wurde. Streitigkeiten, ob eine Unübersichtlichkeit bereits gegeben war oder nicht, sind vorprogrammiert. Wir regen daher an, entweder § 1 Abs. 4 GesLV-E wegen nicht ausreichender Verordnungsermächtigung ganz zu streichen oder zumindest klarzustellen, dass nur eine vollständige neue Nummerierung unter § 1 Abs. 4 Satz 1 GesLV-E fällt.

6.2 Beschränkungen für Notare (§ 1 Abs. 4 Satz 3 GesLV-E) sind nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt

Nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage des § 40 Abs. 4 GmbHG gedeckt sind die Einschränkungen für Gesellschafterlisten in § 1 Abs. 4 Satz 3 GesLV-E, die von Notaren erstellt werden.

Notare sollen Bereinigungslisten offenbar nur aufgrund einer Weisung der Geschäftsführer erstellen dürfen. Das entspricht nicht den gesetzlichen Grundlagen des § 40 GmbHG. Denn nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der Notar (bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen) eine Gesellschafterliste „*anstelle*“ der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Der Notar ist im Vergleich zum Geschäftsführer kein Listenersteller minderen Rechts; seine Zuständigkeit zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste als originäre Amtspflicht⁵ ist nicht ein Weniger zur Pflicht der Geschäftsführer. Da er „*anstelle*“ des Geschäftsführers handelt, ist nicht einzusehen und nicht zu rechtfertigen, weshalb der Notar weitergehenden Beschränkungen als der Geschäftsführer unterliegen soll. Diese Beschränkungen überschreiten die Ermächtigung des Ordnungsgebers zur bloßen „*Ausgestaltung*“. Es handelt sich vielmehr um eine materielle Beschränkung der Befugnisse des Notars als Listenersteller.

Dass Notare nicht anlasslos Bereinigungslisten erstellen und einreichen, ist bereits dadurch sichergestellt, dass Notare nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG aus eigener Zuständigkeit eine Gesellschafterliste einreichen dürfen. Die Verordnung könnte aber insoweit klarstellen, dass Notare in diesem Rahmen auch zur Erstellung von Bereinigungslisten befugt sind.

Bislang wurden in der Praxis „Bereinigungslisten“ nie ohne Anlass eingereicht, d.h. nur anlässlich einer Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Die Praxis hat also bereits einen Modus gefunden. Ein Bedürfnis für § 4 Abs. 4 Sätze 1-3 GesLV-E ist daher nicht erkennbar, so dass Handlungsbedarf für den Ordnungsgeber nicht besteht. Allenfalls könnte man klarstellen, dass es jeder Gesellschaft unbenommen ist, dem jetzigen § 40 i. V. m. der GesLV nicht genügende Altlisten jederzeit durch den neuen gesetzlichen Vorgaben genügende Gesellschafterlisten zu er-

⁵ Noack, in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 40 Rn. 57.

setzen. Jedoch wird ein sorgfältig arbeitender Notar schon wegen der mit der Listen-erstellung verbundenen Kosten hier Zurückhaltung üben.

6.3 Pflicht zur Einreichung des Gesellschafterbeschlusses (§ 1 Abs. 4 Satz 4 GesLV-E) ist nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, rechtlich irrelevant und ohne erkennbaren Mehrwert

Auch die Pflicht zur Einreichung des Beschlusses nach § 1 Abs. 4 Satz 4 GesLV-E ist nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Eine solche Pflicht ist § 40 GmbHG nicht zu entnehmen und nicht mehr „*Ausgestaltung*“ der Gesellschafterliste, sondern eine darüber hinausgehende Erweiterung der Pflichten des Notars als Listen-ersteller zur Beifügung einer Anlage, die gesetzlich weder gefordert noch relevant ist.

Darüber hinaus ist der Sinn und Zweck dieser Pflicht unklar. Der Gesellschafterbeschluss – sofern der Notar von diesem überhaupt erfährt – ist im Außenverhältnis rechtlich irrelevant. Die Entwurfsbegründung gibt vor, aus dem Beschluss ergebe „*sich in der Regel genau, welche vormaligen Ziffern die Geschäftsanteile hatten*“ (Teil B, Zu § 1, Absatz 4 am Ende auf Seite 9). Diese Begründung erstaunt. Das ist zwar in der Praxis häufig der Fall. Die Beteiligten (und der Notar, sofern er Beschlüsse vorbereitet) nehmen aber als Informationsgrundlage die letzte beim Handelsregister hinterlegte Gesellschafterliste. Dort und nirgendwo anders finden sich „*die vormaligen Ziffern*“ der Geschäftsanteile in rechtlich bedeutsamer Weise eben gerade auch für das Innenverhältnis und die Stimmberechtigung in der Gesellschafterversammlung, die den Beschluss fasst.

Die Einreichung des Gesellschafterbeschlusses bedeutet zudem, dass das Handelsregister diesen zumindest formal prüfen und in den elektronischen Abruf einstellen muss. Das erhöht gegenüber der bisherigen Rechtslage den Aufwand für die Gerichte ohne erkennbaren Mehrwert. Die notarbescheinigte Liste des MoMiG verfolgte den Zweck, die Handelsregister von Prüfungsaufwand zu entlasten und damit die Verfahren zu beschleunigen. Diesen Zweck hat das Gesetz erreicht, ohne dass Missstände aufgetreten sind. Für eine Rückverlagerung von Prüfungspflichten vom Notar auf das Gericht sehen wir keinen Anlass. Die Entscheidung, wer hier was in welcher Intensität prüft, obliegt dem Gesetz- und nicht dem Ordnungsgeber.

Zusammenfassend führt die in § 1 Abs. 4 Satz 4 GesLV-E vorgesehene Pflicht zu einer Bürokratisierung, ohne ein erkennbares Ziel zu verfolgen, dass diese Pflicht rechtfertigen würde.

6.4 Vorschlag

§ 1 Abs. 4 GesLV-E sollte entfallen, da die Vorschrift zum einen durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt ist, zum anderen die Praxis bereits einen Modus gefunden hat, der den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht wird.

7. Veränderungsspalte als Option, nicht als Vorgabe (§ 3 Abs. 1 GesLV-E)

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GesLV-E „soll“ die Gesellschafterliste eine Veränderungsspalte enthalten. Eine Veränderungsspalte ist in § 40 GmbHG nicht ausdrücklich vorgesehen, sondern wurde von der Praxis entwickelt, um die Liste transparenter zu machen und die Bestimmbarkeit der Anteile zu erhöhen. Hier spielen auch steuerliche Gesichtspunkte hinein, etwa neben der Kenntlichmachung sog. einbringungsgeborener Anteile auch die Allokation unterschiedlicher Anschaffungskosten zur Ermittlung möglicher steuerpflichtiger Veräußerungsgewinne bei Umstrukturierungen und Verkauf von Anteilen.

Der BGH hat Veränderungsspalten nicht beanstandet – trotz seiner Zurückhaltung (und der anderer Obergerichte) bei der Frage, ob und inwieweit zusätzliche Angaben erlaubt sind.⁶ Analog zu dieser Grundregel, dass eine Veränderungsspalte zwar erlaubt ist, aber von § 40 GmbHG nicht gefordert wird, sollte auch die GesLV ausgestaltet werden. Das bedeutet, dass § 3 Abs. 1 GesLV-E keine bestimmte Möglichkeit vorgeben (wie es derzeit durch die Ausgestaltung als Soll-Vorschrift der Fall ist), sondern es in das Ermessen des Listenerstellers stellen sollte, ob die Liste eine Veränderungsspalte enthalten soll. Der Listenersteller kann dann im jeweiligen Einzelfall entscheiden, ob eine solche Veränderungsspalte sinnvoll und notwendig ist.

Zumindest dann, wenn ein intendiertes Ermessen des Listenerstellers beibehalten werden soll, sollte des Weiteren klargestellt werden, dass in der Veränderungsspalte nur Veränderungen zur bisherigen Gesellschafterliste dargestellt werden. Würde die Regelung so verstanden, sämtliche historischen Änderungen in der Veränderungsspalte darzustellen, so würde die Gesellschafterliste sehr schnell sehr unübersichtlich.

Wir schlagen daher folgende Klarstellung des § 2 Abs. 1 Satz 1 GesLV-E vor:

(1) Die Gesellschafterliste kann eine Veränderungsspalte enthalten. Sie kann auch Informationen über Entstehung oder Herkunft von Geschäftsanteilen liefern.

⁶ BGH v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, NJW 2011, 1809; BGH v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, DNotZ 2011, 943 mit kritischer Anm. von Jeep; Krafka/Kühn, Registerrecht, Rn. 1101a.

8. Klarstellung bei Streichungen (§ 3 Abs. 1 Satz 3 GesLV-E)

Nach § 3 Satz 3 GesLV-E ist die jeweils gewählte Variante (Streichung oder Wegfall alter Angaben) durchgängig bei der Listenerstellung zu beachten. Dieser Wortlaut könnte so verstanden werden, dass eine einmal gewählte Variante auch bei nachfolgenden Gesellschafterlisten zwingend beibehalten werden muss. Das ist aus unserer Sicht nicht sinnvoll und sollte klargestellt werden.

Beispiel 5:

Bei einer Gesellschaft hat sich in der Vergangenheit vieles geändert. Um keine seitenlange Liste fortführen zu müssen, wurden bisher gestrichene Angaben weggelassen (in Übereinstimmung mit § 3 Satz 2 GesLV-E). Nun werden erneut Geschäftsanteile geteilt und zusammengelegt. Der Wortlaut des § 3 Satz 3 GesLV-E könnte so verstanden werden, dass die neuesten Änderungen nicht mehr mit einer Streichung gemäß § 3 Satz 2 GesLV-E gekennzeichnet werden dürfen. Durch die Wahl einer straffen Darstellung ohne Streichungen bei der Erstellung vorhergehender Listen bleibt es versagt, neuere Änderungen durch Streichung in der Liste transparent darzustellen. Die einmal geschaffene straffe Liste verhindert also für alle Zeit, dass der Inhalt von Änderungen transparent dargestellt wird.

Es sollte daher klargestellt werden, was sinnvollerweise mit der Regelung bezweckt werden sollte, nämlich dass in „einer“ Gesellschafterliste nicht teilweise mit Streichungen gearbeitet werden soll und teilweise nicht. Wird hingegen bei einer neuen Gesellschafterliste eine andere Variante gewählt, sollte dies durch die Verordnung nicht verboten werden.

Wir schlagen daher vor, § 3 Satz 3 GesLV-E wie folgt zu fassen:

Die jeweils gewählte Variante ist bei der Erstellung einer Gesellschafterliste durchgängig zu beachten.

9. Prozentangaben (§ 4 GesLV-E)

9.1 Begrüßenswerte Klarstellungen und Erleichterungen

Wir begrüßen die mit § 4 GesLV-E vorgesehenen Klarstellungen und Erleichterungen im Zusammenhang mit der nach der Neufassung des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG notwendigen Angabe der prozentualen Beteiligung.

Gerade hier ist jedoch ein Abgleich mit den Anforderungen an einen maschinenlesbaren Datensatz geboten, sonst riskiert man, eine nicht umsetzbare Regelung geschaffen zu haben (vgl. oben 1.).

Es sei weiter der Hinweis erlaubt, dass diese Änderung des § 40 GmbHG europarechtlich nicht geboten war⁷ und aus unserer Sicht rechtspolitisch fragwürdig ist. In der Gesetzesbegründung ist als Ziel der Angabe der prozentualen Beteiligung angeführt, diese diene der „Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste“.⁸ Das überzeugt nur für wenige Fälle, insbesondere wenn man sich vor Augen führt, dass zumindest nach dem Gesetzeswortlaut die prozentuale Beteiligung eines 1-Euro-Anteils auszuweisen ist, auch wenn beispielsweise nur ein Gesellschafter an einer GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € beteiligt ist (prozentuale Beteiligung eines Geschäftsanteils 0,004 %, prozentuale Beteiligung insgesamt 100 %). Der Erkenntniswert der Angabe der Beteiligungsquote pro 1-Euro-Anteil in Prozent geht gegen Null.

9.1.1 Kleinstprozentsätze

Erfreulicherweise sollen jedenfalls diese Ausreißer nun durch die Vereinfachungsregelung in § 4 Abs. 5 GesLV-E abgemildert werden. Allerdings steht die Regelung des Verordnungsgebers in diametralem Gegensatz zum Gesetzeswortlaut (vgl. auch OLG München, Beschl. v. 12.10.2017, 31 Wx 299/17, das hier eine teleologisch reduzierende Auslegung ablehnt). Diese durchaus gut gemeinte Regelung könnte daher gegen § 40 Abs. 1 GmbHG verstoßen.

9.1.2 Rundungen

Mathematisch nicht nachvollziehbar ist § 4 Abs. 4 GesLV-E. Rundungsdifferenzen können nur bei Dezimalbrüchen auftreten. Hier ist eine Klarstellung sinnvoll, dass die Summe der als gerundete Dezimalbrüche dargestellten Prozentsätze nicht 100 % ergeben müssen. Stellt man dagegen die Beteiligungsquote als Bruch (nicht als Prozentsatz und Dezimalbruch) dar (also mit der Summe der Anteile eines Gesellschafters im Zähler und dem Stammkapital im Nenner, so ergibt die Summe aller dieser Brüche für alle Gesellschafter mangels Rundung zwangsläufig 1 (i. W. eins) und nicht 100. Hier gilt nichts anderes als beim Aufaddieren der als Bruch dargestellten Erbquoten im Erbrecht. Soweit die Beteiligungsquote als Bruch gemäß § 4 Abs. 3 GesLV-E dargestellt ist, hat Absatz 4 keinen sinnvollen Regelungsgehalt.

Die Darstellung als Bruch dürfte in jedem Fall gewählt werden, da der Anwender bei Erstellung des maschinenlesbaren Datensatzes die Beteiligungsquote als Formel eingeben sollte, die dann von der EDV ähnlich wie bei Tabellenkalkulationsprogrammen weiter verarbeitet wird. Wegen der Umsetzung in einen binären Dezimalbruch sind auch bei der Genauigkeit etwa von Excel 2016 Rundungsdifferenzen nicht zu vermeiden.

⁷ Seibert/Bochmann/Cziupka, GmbHG 2017, R 289, 290.

⁸ BT-Drucks. 18/11555, S. 174.

9.2 Regelung zu eigenen Anteilen

Abgesehen davon bleibt in der Gesetzesbegründung unklar, wie eigene Anteile der GmbH bei der Berechnung der Beteiligungsquote zu behandeln sind. Stellt man auf das Stimmrecht ab, so müssten eigene Anteile bei der Berechnung des Divisors (Nenners) vom Stammkapital abgezogen werden. Die an das Transparenzregister zu übergebenden Daten wären erheblich aussagekräftiger, würde man bereits bei der Berechnung der Beteiligungsquoten einzelner Gesellschafter eigene Anteile vom Stammkapital im Nenner subtrahieren. Das wäre durch die in Ziff. 1 angeregte Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu klären.

Ebenfalls offen bleibt auch die Frage, ob zum Anteil eines Gesellschafters an einer GmbH, den er unmittelbar hält, auch der Anteil des Gesellschafters an einer Personengesellschaft/-gemeinschaft hinzugerechnet werden muss, die an derselben GmbH beteiligt ist (OHG, GbR, KG, Erbengemeinschaft). Wir regen an, diese Fälle in der Verordnung zu regeln, um eine einheitliche Handhabung durch die Rechtsanwender zu gewährleisten.

Beispiel 6:

Am Stammkapital von € 25.000 der X-GmbH ist A mit einem Anteil zu € 5.000 (20 %) beteiligt. Weitere € 5.000 hält die B-KG. A ist deren Komplementär, hält aber nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Kapitalanteil. Für den KG-Vertrag gilt die gesetzliche Regelung der §§ 164 ff. HGB, d. h., die Kommanditisten haben nur bei ungewöhnlichen Geschäften (so sie von diesen erfahren) ein Widerspruchsrecht. Ist das faktische Stimmrecht von 40 % nur zum Transparenzregister zu melden oder sind diese Verhältnisse bereits in der Gesellschafterliste zum Ausdruck zu bringen?

10. Zeitlicher Anwendungsbereich bei neu gegründeten Gesellschaften (§ 5 GesLV-E)

§ 5 GesLV-E regelt zu Recht, dass eine anlasslose Einreichung einer neuen Gesellschafterliste allein aufgrund des Inkrafttretens der Verordnung (dazu siehe unten 11.) nicht notwendig ist.

Wir regen jedoch zusätzlich eine Klarstellung zu Gesellschaften an, die vor Inkrafttreten der GesLV neu gegründet und noch nicht ins Handelsregister eingetragen wurden. Für diese sollte die GesLV ebenfalls nicht gelten. Das ist sachgerecht, da die Gründung (in deren Zusammenhang regelmäßig die Gesellschafterliste gefertigt wird) häufig bereits einige Zeit vor Anmeldung zum Handelsregister erfolgt, weil die Beteiligten teilweise eine lange Zeit auf die Eröffnung eines Bankkontos warten.⁹

⁹ Nebenbei sei hier erwähnt, dass – anders als die EU-Kommission dies teilweise anzunehmen scheint – der größte Gründungsverzögerer nicht die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung

Würde die GesLV auch auf diese Gesellschaften Anwendung finden, müssten wohl neue Gesellschafterlisten erstellt werden, die mit weiterem Aufwand und teilweise weiteren Kosten für die Beteiligten verbunden wären. § 5 GesLV-E sollte daher um folgenden Satz 3 ergänzt werden:

Dies gilt entsprechend auch für Gesellschaften, die am Tag des Inkrafttretens dieser Verordnung gegründet, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen sind.

11. Inkrafttreten (§ 6 GesLV-E)

Bislang ist vorgesehen, dass die GesLV sofort am Tag nach der Verkündung in Kraft treten soll. Aus unserer Sicht ist eine solche Eile nach Verkündung nicht notwendig, es gibt insoweit auch keine Umsetzungsfrist. Wichtig wäre aber, den von der GesLV betroffenen Geschäftsführern und Notaren hinreichend Zeit zu geben, sich auf die Wirksamkeit der GesLV vorzubereiten, damit die Anforderungen der Verordnung auch zuverlässig ab Geltung eingehalten werden können. Das würde auch zu einer Entlastung der Registergerichte führen, da bei einer unmittelbaren Geltung nach Veröffentlichung zu befürchten ist, dass Gesellschafterlisten die Anforderungen noch nicht erfüllen. Dies gilt insbesondere für Geschäftsführer als Listenersteller, die im Gegensatz zu Notaren das Bundesgesetzblatt nicht beziehen. Eine Geltung ab dem Folgemonat der Verkündung ist aus unserer Sicht in jedem Fall ausreichend. Wir schlagen daher folgende Fassung des § 6 vor:

Diese Verordnung tritt am ersten Tag des ersten Monats nach der Verkündung in Kraft.

Mit der Verkündung sollte, wie sich aus den Überlegungen unter 1. ergibt, abgewartet werden, bis die technischen Parameter für den Datenaustausch zwischen Handels- und Transparenzregister geklärt sind.

12. Reichweite der Verordnungsermächtigung in § 40 Abs. 4 GmbHG

Oben in den Abschnitten 6. und 9.1.1 haben wir bereits unsere Zweifel daran zum Ausdruck gebracht, ob der GesLV-E von der Verordnungsermächtigung des § 40 Abs. 4 GmbHG vollumfänglich gedeckt ist. Diese Überlegungen wollen wir nachfolgend vertiefen.

Nach § 40 Abs. 4 GmbHG ist das BMJV mit Zustimmung des Bundesrats ermächtigt, durch Rechtsverordnung „nähere Bestimmungen über die Ausgestaltung der Gesell-

oder das Handelsregisterverfahren ist, sondern die teilweise sehr langen Bearbeitungszeit der Banken aufgrund der zeitintensiven Prüfungen nach dem Geldwäschegesetz.

schafterliste zu treffen.“ Diese gesetzliche Regelung gibt den Regelungsrahmen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG („*Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung*“) vor.

Der Gesetzgeber hat ausweislich der amtlichen Begründung zu § 40 Abs. 4 GmbH den Verordnungsgeber zur „*Vereinheitlichung der Listen in inhaltlicher und struktureller Hinsicht*“ ermächtigen wollen.¹⁰

§ 40 Abs. 4 GmbHG selbst spricht jedoch nur von „*Ausgestaltung*“.

12.1 Wortsinn

Zunächst kommt es auf den Sinn des Wortes „*Ausgestaltung*“ an. Aus seinem Wortstamm „*Gestalt*“ könnte man folgern, dass es nur um die formale Gestalt der Gesellschafterliste geht, also ihr Layout in „*struktureller Hinsicht*“. Inhaltliche Fragen blieben dann außen vor. Die Begründung hat keinen Anhalt im Gesetzeswortlaut gefunden.

Regelungsgegenstand einer GesLV könnte hiernach also sein, wie die Gesellschafterliste formal aufgebaut ist, also etwa welche Spalten sie hat und was in welche Zeile kommt. Insbesondere könnte geregelt werden, ob die einzelnen Zeilen nach laufenden Nummern der Geschäftsanteile oder nach Gesellschaftern sortiert werden sollen (wie in § 1 Abs. 1 Satz 3 GesLV-E vorgesehen). Wichtiger Inhalt der Verordnung wären auch die oben 1. genannten Fragen der Datenqualität. Diese haben bisher keinen Eingang in den Entwurf gefunden (vgl. oben 1.).

12.2 Telos

Für diese Auslegung des Wortes „*Ausgestaltung*“ spricht auch der nachfolgende § 40 Abs. 5 GmbHG. Denn Ziel des Gesetzes ist offenbar, die in die Liste aufzunehmenden Daten maschinenlesbar so aufzubereiten, dass das Handelsregister diese ohne Nachbearbeitung an das Transparenzregister übergeben kann. Das setzt ein einheitliches Datenbankformat und eine einheitliche Datenqualität voraus und erfordert z. B. eine Gliederung nach Feldern für die spätere Übernahme in *.xml.

Das bedeutet zugleich als erstes Zwischenergebnis, dass viele der Regelungen des GesLV-E am Ziel des Gesetzgebers letztlich vorbeigehen. Insbesondere könnte dies auf die detaillierten Vorgaben des GesLV-E zur Nummerierung der Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste zutreffen. Die Nummerierung ist relevant für die sachrechtliche Bestimmtheit und für die Allokation steuerlicher Anschaffungskosten zu bestimmten Geschäftsanteilen für Zwecke der Besteuerung. Für die Zwecke des Transparenzregisters ist sie – vorbehaltlich anderer Ergebnisse der unter 1. angeregten Arbeitsgruppe – ohne Bedeutung. Es ist unklar, ob die Nummern der Geschäfts-

¹⁰ BT-Drucks. 18/11555, S. 174.

anteile für den *.xml-Datensatz überhaupt benötigt werden. Zudem würden dort die Nummern ohnedies im Dualsystem übergeben und gespeichert werden.

12.3 Systematischer Zusammenhang

Auch eine systematische Auslegung des Wortes „*Ausgestaltung*“ im Sinne eines Vergleichs mit anderen Rechtsvorschriften spricht eher für eine enge Auslegung des Begriffs „*Ausgestaltung*“ in § 40 Abs. 4 GmbHG. Der Gesetzgeber verwendet dieses Wort an mehreren Stellen, z. B. in § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG („*zivilrechtliche Ausgestaltung der Kapitalanlage*“), § 92 Nr. 4 EEG („*die Ausgestaltung des Herkunftsnachweisregisters*“), § 93 EEG („*Ausgestaltung des Anlagenregisters*“)¹¹, § 81b Abs. 1 Nr. 4 GWB („*rechtlichen Ausgestaltung*“) oder § 17 Abs. 1 Satz 1 HwO („*vertragliche und praktische Ausgestaltung*“).

All diesen Verwendungen ist gemein, dass das Wort „*Ausgestaltung*“ durch weitere Attribute näher „ausgestaltet“ wird. Im Fall des § 40 Abs. 4 GmbHG erfolgt dies durch das Attribut „*der Gesellschafterliste*“. Damit wird klar, dass inhaltliche Vorgaben **nicht** erfasst sind. Sonst hätte der Gesetzgeber in § 40 Abs. 4 GmbHG „*nähere Bestimmung über die inhaltliche und äußere/strukturelle Ausgestaltung der Gesellschafterliste*“ getroffen. Dieser Satz der Begründung hat jedoch keinen Anhalt im Gesetzeswortlaut gefunden.

Mithin könnte die Ermächtigung in § 40 Abs. 4 GmbHG mangels eines Attributs nur Vorgaben erfassen, die zum Zwecke der Vorstrukturierung der in die Gesellschafterliste nach dem Gesetzeswortlaut aufzunehmenden Daten für deren Überführung in maschinenlesbare Form erforderlich sind. Darüber hinausgehende Vorgaben, speziell zur Gliederungskontinuität oder zum Inhalt der Liste, wären dann von der Ermächtigung nicht gedeckt. Eine entsprechend dem Entwurf erlassene Rechtsverordnung würde gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen.

12.4 Anregung

Wir regen daher an, zur Sicherheit insoweit den Entwurf einer hausinternen Vorprüfung durch die entsprechende Abteilung des BMJV zu unterziehen. Mit einer Verordnung, die in diesem zentralen Punkt Gegenstand gerichtlicher Überprüfung wird, ist der notariellen und registergerichtlichen Praxis nicht gedient.

13. Weitere Angaben und gebotene Fortentwicklung der Gesellschafterliste

Der GesLV-E enthält bislang nur Regelungen zu Angaben in der Gesellschafterliste, die auch bislang zulässig sind. Weitere Angaben wie Verfügungsbeschränkungen,

¹¹ Siehe hierzu § 6 EEG und die Anlagenregisterverordnung vom 1.8.2014 (BGBl. I, 1320), zuletzt geändert durch G. v. 22.12.2016, BGBl. I, 3106: hier ist Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in vorbildlicher Weise genügt.

dingliche Belastungen (z. B. Nießbrauch oder Pfandrecht) oder Testamentsvollstreckung sind bisher von der Rechtsprechung nicht zugelassen worden.¹² Solche Angaben wären in der Praxis aber hilfreich, weil sie einen etwaigen guten Glauben zerstören könnten, wenn die gesetzlichen Regelungen entsprechend ausgestaltet werden würden. Es bedarf daher analog zum Grundbuch einer Abteilung II der Gesellschafterliste, in der solche Eintragungen eingetragen werden können. Dieser Inhalt einer Veränderungsspalte bedürfte wohl einer gesetzlichen Regelung.

Denn das MoMiG ist seinerzeit bei der Reform der Gesellschafterliste auf halbem Wege stehengeblieben. Mit der Reform wurden seinerzeit folgende Ziele verfolgt:¹³

- Transparenz der Beteiligungsverhältnisse gegenüber Gesellschaft¹⁴ und Öffentlichkeit – auch zum Zweck der Geldwäschebekämpfung – einerseits sowie
- Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen andererseits.

Diese Ziele sind nur unvollständig erreicht worden, auch das jüngst beschlossene Transparenzregister schafft nur bedingt Abhilfe. Die Ziele haben indes bis heute nichts von ihrer Aktualität eingebüßt, sondern sollten vielmehr – auch angesichts der Entwicklungen bei der Geldwäschebekämpfung – noch dringender verwirklicht werden.

Insbesondere ist der Gutgläubensschutz nach § 16 Abs. 3 GmbHG bisher unzureichend umgesetzt. So schützt § 16 Abs. 3 GmbHG den Erwerber nicht

- bei Verfügungsbeschränkungen,
- bei aufschiebend bedingten Vorabtretungen,
- bei dinglichen Belastungen,

weil diese Belastungen und Beschränkungen – anders als im Grundbuch – nicht in der Liste eingetragen werden dürfen. Damit sind in der Praxis nach wie vor umfangreiche Legal Due Diligence Prüfungen hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Verkäufers eines Geschäftsanteils erforderlich und üblich, so dass die vom Gesetzgeber des MoMiG bemängelten unnötig hohen Transaktionskosten¹⁵ teilweise weiterhin anfallen. Das lässt die volkswirtschaftlichen Chancen ungenutzt, die ein Register bietet und die insbesondere zu den Standortvorteilen des deutschen Rechtsstandorts gerade gegenüber dem anglo-amerikanischen Rechtssystem gehören.

Ein weitgehender Gutgläubensschutz eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs wäre jedoch nur dann zu rechtfertigen, wenn allein der Notar zur Erstellung der Gesellschafterliste und zur Einreichung beim Handelsregister befugt wäre. Das zeigt nicht zuletzt der Vergleich mit den übrigen Gutgläubenserwerbstatbeständen des bürgerlichen Rechts aufgrund eines Registers, insbesondere mit § 892 BGB.

¹² BGH v. 24.2.2015 – II ZB 17/14, DNotI-Report 2015, 53; BGH v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, DNotZ 2011, 943; *Jeep, notar* 2011, 367; *Damm*, BWNotZ 2017, 2, 10.

¹³ BT-Drs. 16/6140, S. 37.

¹⁴ Für die Gesellschaft ist es wichtig zu wissen, wer Gesellschafter ist, insbesondere wegen der Teilnahme an und der Ausübung der Stimmrechte in Gesellschafterversammlungen und bei der Frage, an wen Gewinnausschüttungen zu erfolgen haben. Dabei gilt nach § 16 Abs. 1 GmbHG nur derjenige als Gesellschafter, der in die Liste eingetragen ist.

¹⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 38.

Auch die Transparenz würde gestärkt. Denn durch Eintragungen in Abteilung II würde der wirtschaftliche Anteilsinhaber in den praktisch relevanten Fällen sichtbar. Es bestünde auch ein hinreichender Anreiz zur Eintragung, weil bei Nichteintragung ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich ist, der die Position des Berechtigten zum Erlöschen bringt.

Damit wird der Geschäftsanteil an einer GmbH zu einem tauglichen Objekt der Kreditsicherung. Die Finanzierungsspielräume gerade des Mittelstandes würden deutlich erhöht und für ein Ausweichen der Banken auf Sicherheiten, die Ehepartner oder andere Angehörige stellen, gäbe es erheblich weniger Anlass als heute. Gerade aus den gesellschaftspolitisch immer wieder brisanten Ehegattenbürgschaften nähme man so den Druck von Bankenseite heraus.

Wir erneuern zudem unsere bereits gegenüber dem Rechtsausschuss des letzten Deutschen Bundestags zum Ausdruck gebrachte Bereitschaft des Notariats, alle Gesellschafterlisten als notarbescheinigte Listen zu erstellen und den GmbH-Geschäftsführer von dieser ebenso mühevollen wie haftungsträchtigen Tätigkeit zu entlasten.

Für Ergänzungen und nähere Darlegungen sprechen Sie uns gern an.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius