



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

**„Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in
das österreichische Recht – Überlegungen *de lege ferenda* mit
Berücksichtigung der Entwicklungen in Deutschland“**

verfasst von / submitted by

Mag. Mgr Krzysztof Nowak, LL.M. (Heidelberg)

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2018 / Vienna, 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the
student record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student
record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor

ao. Univ.-Prof. Dr. Claudia Rudolf

Meiner Ehefrau

Magdalena

Vorwort

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern, *Urszula* und *Andrzej Nowak*, die mich immer in jeglicher Hinsicht unterstützt und gefördert haben. Bereits seit meiner Jugend haben sie großen Wert auf meine Ausbildung gelegt. Ohne deren Hilfe wäre diese Dissertation nicht entstanden. Widmen möchte ich die Dissertation meiner Ehefrau, *Magdalena Nowak*, die mir während meiner Arbeit an der Dissertation stets zur Seite stand und dabei große Geduld gezeigt hat. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Ende April 2018 berücksichtigt.

Wien, im Juni 2018

Krzysztof Nowak

Eidesstattliche Erklärung

Ich, Mag. Mgr Krzysztof Nowak LL.M., geboren am 6. Februar 1988, wohnhaft in 1020 Wien, erkläre an Eides statt, dass ich die beiliegende Dissertation selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und der benutzten Literatur wörtlich oder inhaltlich entnommene Stellen als solche gekennzeichnet habe.

Mag. Mgr. Krzysztof Nowak LL.M.

Wien, am 2. Juni 2018

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Eidesstattliche Erklärung.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einführung.....	1
I. Fragestellungen und Methoden	1
II. Aufbau der Arbeit.....	2
B. Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Deutschland	5
I. Zweck der Regelung des gutgläubigen Erwerbs	6
II. Allgemeine Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach deutschem Recht	7
1. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger	8
1.1. Änderungen nach MoMiG	8
1.2. Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste und diesbezügliche Haftung	9
1.3. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger bei nicht verfahrensmäßig korrekter Führung der Liste	11
2. Existenz des Geschäftsanteils und richtige Stückelung	12
3. Rechtsgeschäft und Verkehrsgeschäft	13
III. Reichweite der Regelung im Allgemeinen	14
IV. Zwischenerwerb.....	16
1. Meinung des BGH	17
2. Kritik der vom BGH aufgezeigten Lösung	18
3. Widerspruchsmodell und Zweilistenmodell als potenzielle Lösung	19
V. Ausschlussgründe des gutgläubigen Erwerbs	21
1. Fehlende Zurechenbarkeit vor Erreichen der Dreijahresfrist.....	21
1.1. Begriff und Beispiele der Zurechenbarkeit	22
1.2. Beginn der Dreijahresfrist	23
2. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis	23
3. Widerspruch.....	24
VI. Kritik an der deutschen Lösung	25
1. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger	26
2. Ausgewähltes Modell des gutgläubigen Erwerbs	28

3.	Anknüpfung für den Beginn des Zeitablaufs und Fristlänge	28
4.	Kein lastenfreier Erwerb	29
VII.	Zusammenfassung des Kapitels.....	30
C.	Status Quo in Österreich	32
I.	Herrschende Lehre	32
II.	Die den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen bejahenden Meinungen	34
III.	Stellungnahme zur Regelung <i>de lege lata</i>	36
1.	Gutgläubiger Erwerb nach § 15 Abs 1 UGB?	37
1.1.	Grammatische Auslegung	38
1.2.	Systematische Auslegung.....	43
1.3.	Historische Auslegung	51
1.4.	Teleologische Auslegung	52
1.5.	Zwischenergebnis zu § 15 Abs 1 UGB	53
2.	Gutgläubiger Erwerb nach § 15 Abs 3 UGB?	54
2.1.	Grammatische Auslegung	55
2.2.	Systematische Auslegung.....	57
2.3.	Historische Auslegung	58
2.4.	Teleologische Auslegung	59
2.5.	Zwischenergebnis zu § 15 Abs 3 UGB	59
IV.	Zusammenfassung des Kapitels.....	60
D.	Rechtspolitischer Handlungsbedarf.....	61
I.	Vermeidung des Auseinanderfallens von Veräußerer und wahrem Berechtigten	61
1.	Unterschrift des Veräußerers in der Firmenbuchanmeldung bzw „Aufsandungserklärung“	62
2.	Beglaubigte Unterschrift der Geschäftsführer in der Firmenbuchanmeldung	63
3.	Vorlage des Abtretungsvertrages	64
4.	Umfangreiche materielle Prüfung durch das Firmenbuchgericht	65
5.	Konstitutive Eintragung	66
6.	Zwischenergebnis	67
II.	Vergleich mit Deutschland.....	68
III.	Fälle eines gescheiterten Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen	70
1.	Originärer Erwerb	70
1.1.	Entstehung der GmbH	71

1.2. Kapitalerhöhung	72
2. Derivativer Erwerb.....	74
3. Veränderungen an bestehenden Geschäftsanteilen	77
4. Zwischenergebnis und Bedeutung für den Handlungsbedarf	79
IV. Keine Möglichkeit der Heilung bei derivativem Erwerb von GmbH-Anteilen	80
V. Forderungen an die Schaffung des gutgläubigen Erwerbs	83
1. Die Forderungen vor Inkrafttreten des FBG	84
2. Gutachten von <i>Schauer</i>	85
3. Diskussion im Rahmen des Österreichischen Juristentags	87
4. Beitrag von <i>Haberer</i>	89
VI. Die in Österreich denkbaren Konzepte des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen	91
VII. Zusammenfassung des Kapitels.....	93
E. Allfällige Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich nach deutschem Vorbild	95
I. Rechtsscheinträger und Gewährleistung der notwendigen Publizität des Gesellschafterstands	95
1. Keine Gesellschafterliste in Österreich.....	95
2. Eintragung der Gesellschafter in das österreichische Firmenbuch	97
3. Rückkehr zur Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für die österreichische Regelung – eine sinnvolle Vorgehensweise?	98
3.1. Gesellschafterliste neben der Eintragung ins Hauptbuch.....	99
3.2. Gesellschafterliste statt der Eintragung ins Hauptbuch.....	100
4. Eintragung in das Hauptbuch als funktionsäquivalente Lösung.....	101
II. Pflicht zur Anmeldung der Änderungen im Gesellschafterstand.....	102
1. Pflicht des Notars in Deutschland.....	103
2. Pflicht des Geschäftsführers in Deutschland	105
3. Geschäftsführerpflicht in Österreich.....	106
4. Vergleich der Regelungen und Stellungnahme.....	108
4.1. Geschäftsführerpflicht nach der deutschen Regelung.....	109
4.2. Notarpflicht nach der deutschen Regelung	110
III. Materielle Prüfung der Eintragungen	111
1. Keine Pflicht zur Prüfung durch das Gericht in Deutschland?	111

2.	Begrenzte Prüfung in Österreich.....	114
3.	Tatsächlicher Unterschied hinsichtlich gerichtlicher Prüfung bei Eintragungen zwischen den beiden Rechtsordnungen und Stellungnahme.....	116
IV.	Zusammenfassung des Kapitels.....	118
F.	Sinn der Übernahme der negativen Tatbestandsmerkmale gemäß der deutschen Regelung.....	119
I.	Zurechenbarkeit und allfällige Frist	119
1.	Reines Rechtsscheinprinzip und Veranlassungsprinzip bei gutgläubigem Erwerb in Österreich	120
2.	Ausgestaltung bei gutgläubigem Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen	121
3.	Frist bei fehlender Zurechenbarkeit des unrichtigen Firmenbuchstandes	124
3.1.	Beginn der Frist.....	124
3.2.	Schreibjahre.....	125
3.3.	Länge der Frist	126
3.4.	Zwischenergebnis.....	129
II.	Die an die Gutgläubigkeit gestellten Erfordernisse.....	130
1.	Erfordernisse bei gutgläubigem Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen	131
2.	Stellungnahme hinsichtlich Gutgläubigkeit bei Erwerb von GmbH-Anteilen	132
3.	Beispiel der Due Diligence Prüfung	132
III.	Abwehrmöglichkeit des wahren Berechtigten.....	134
1.	Rekursrecht in Firmenbuchsachen <i>de lege lata</i>	135
2.	Klageweise Klärung der Gesellschafterstellung	137
3.	Parallele zur Streitanmerkung im Grundbuch.....	139
4.	Argumente für die Einführung eines Widerspruchsrechts und dessen Ausgestaltung... ..	139
5.	Widerspruchsrecht auch hinsichtlich zukünftiger Abtretung	141
IV.	Zusammenfassung des Kapitels.....	143
G.	Wertpapierrechtliche Lösung	145
I.	Diskussion in Deutschland	145
1.	<i>Krefting, Lange und Kühn</i>	145
2.	Vorschlag von <i>Gehling</i>	146
3.	Vorschlag von <i>Ziemons</i>	148

4.	Stellungnahme zu den Ansichten von <i>Gehling</i> und <i>Ziemons</i>	148
II.	Die Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen im Allgemeinen	150
1.	Regelung <i>de lege lata</i> und historische Bedenken gegen die Verbriefung	151
2.	Argumente gegen die Verbriefung.....	153
3.	Verbriefung von GmbH-Anteilen im europäischen Vergleich	153
III.	Parallele zum Aktienrecht	155
1.	Der gutgläubige Erwerb bei Namensaktien	155
2.	Entmaterialisierung der Aktienurkunden	156
2.1.	Die sich aus der Verbriefung ergebenden Schwierigkeiten und deren Überwindung.....	157
2.2.	Forderung nach Schaffung von Wertrechten und Unzweckmäßigkeit der Verbriefung in einem Papier	158
IV.	Mögliche Ausgestaltung des gutgläubigen Erwerbs und Stellungnahme	159
1.	Legitimationsfunktion eines Wertpapiers und daran knüpfender gutgläubige Erwerb... ..	160
2.	Außerachtlassen der Wertpapiere im weiteren Sinne	160
3.	Vorteil von Orderpapieren gegenüber Inhaberpapieren.....	162
4.	Ausgestaltung im Detail.....	164
5.	Kritikpunkte	165
V.	Zusammenfassung des Kapitels	166
H.	Lastenfreier gutgläubiger Erwerb.....	167
I.	Ersichtlichmachung der Belastungen als Voraussetzung.....	168
II.	Die in Betracht kommenden Belastungen der Geschäftsanteile	171
1.	Pfandrecht	171
2.	Fruchtgenussrecht	174
3.	Vorerwerbsrechte?	176
4.	Zwischenergebnis	178
III.	Die gegenteiligen Interessen bei der Ersichtlichmachung des Pfandrechts an GmbH-Anteilen	179
1.	Die Literaturstimmen in Deutschland	179
2.	Konsequenzen eines allfälligen lastenfreien Erwerbs für die Beteiligte und die Kreditwirtschaft.....	181
2.1.	Erschwerungen der Kreditaufnahme?	181

2.2. Gesteigerte Transparenz	182
3. Der dem Firmenbuchgericht aufgebürdete Mehraufwand	183
IV. Zusammenfassung des Kapitels	183
I. Eigener Vorschlag und Zusammenfassung der Ergebnisse	185
I. Umfang und Ausgestaltung der Regelung	185
II. Negative Tatbestandsmerkmale	187
III. „Auflassungserklärung“	188
IV. Formulierungsvorschläge	189
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	191
VI. Die Beantwortung der eingangs gestellten Fragen	192
Anhänge	197
Zusammenfassung	197
Summary	198
Streszczenie	199
Lebenslauf	200
Literaturverzeichnis	201
Entscheidungsregister Österreich	211
Entscheidungsregister Deutschland	215

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift <i>oder</i> Aktiengesellschaft
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt <i>oder</i> (deutsches) Anwaltsblatt
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz
BB	Betriebs-Berater
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Blg	Beilage(n)
BlgHH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	beispielsweise
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BVG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
d	deutsch (vor einer anderen Abkürzung)
dAktG	(deutsches) Aktiengesetz
DB	Der Betrieb
DepG	Depotgesetz
ders	derselbe

dGmbHG	(deutsches) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
dh	das heißt
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts-Report
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Drs	Drucksache
DStR	Deutsche Steuer-Zeitung
dWG	(deutsches) Wechselgesetz
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ecolex	Fachzeitschrift zum Wirtschaftsrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (Entscheidungssammlung)
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWrr	Entscheidungen Wohnrecht
f	und der, die folgende
FBG	Firmenbuchgesetz
FD-MA	Fachdienst Mergers & Acquisitions
ff	und der, die folgenden
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FHZivR	Fundheft für Zivilrecht
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GBG	Allgemeines Grundbuchgesetz
GBU	GmbH-Bulletin
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesAusG	Gesellschafter-Ausschlussgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

GewA	Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GmbH-Stpr	GmbH-Steuerpraxis
GP	Gesetzgebungsperiode
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HaRÄG	Handelsrechtsänderungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HHB	Herrenhausbericht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HRV	(deutsche) Handelsregisterverordnung
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
idS	in diesem Sinne
idZ	in diesem Zusammenhang
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des, -der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JA	(deutsche) Juristische Arbeitsblätter
JAP	Juristische Ausbildung und Praxis
JBl	Juristische Blätter
Jh.	Jahrhundert
JN	Jurisdiktionsnorm
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Zeitschrift Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung

LGBI	(liechtensteinisches) Landesgesetzblatt
lit	littera (= Buchstabe)
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LSK	Leitsatzkartei des deutschen Rechts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
mwN	mit weiteren Nachweisen
mzN	mit zahlreichen Nachweisen
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
notar	Zeitschrift notar
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr	Nummer
NRsp	Neue Rechtsprechung des OGH in Österreichische Juristen-Zeitung
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe (Zeitschrift)
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZ-K	Kartei in Außerstreitsachen in Österreichische Notariats-Zeitung
ÖBA	Österreichische Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der ÖJZ
OLG	Oberlandesgericht
OLGReport	OLG-Report (Zeitschrift, getrennt für Gruppen von Oberlandesgerichten)
OR	das schweizerische Obligationenrecht

ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung
ÖStZB	Die finanzrechtlichen Erkenntnisse des VwGH und des VfGH, Blg zur Österreichischen Steuer-Zeitung
ÖWR	Österreichisches Wohnrecht
PGR	(liechtensteinisches) Personen- und Gesellschaftsrecht
PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
REDOK	Rechtsdokumentation (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RGBI	Österreichisches Reichsgesetzblatt
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randziffer
S	Satz
s	siehe
SchG	Scheckgesetz
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sess	Session
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBI 1867/142
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Sammlung Zivilsachen (des OGH)
ua	unter anderem
uam	und andere(s) mehr
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen

VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes [ab 2012: Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes]
vgl	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WechselG	Wechselgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (Zeitschrift)
zB	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
zust	zustimmend

A. Einführung

Der gutgläubige Erwerb stellt im Allgemeinen – bei der Übertragung von jeglichen Rechtsobjekten, sei es beweglicher oder unbeweglicher Sachen, Forderungen oder Anteilen – nur einen Teilaspekt der damit verfolgten Verkehrssicherheit dar. Diese Verkehrssicherheit wird durch eine Reihe von Rechtsinstituten gefördert: beginnend mit dem allgemeinen Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, über Auslegungsregeln von Willenserklärungen, besondere Formerfordernisse, die Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft bis hin zum gutgläubigen Erwerb.¹ In dieser Dissertation wird nur auf das zuletzt genannte Rechtsinstitut bezogen auf GmbH-Anteile eingegangen. Die oft gestellte und analysierte Frage nach der Sinnhaftigkeit des Notariatsakterfordernisses bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen soll nicht behandelt werden, sondern vielmehr wird davon ausgegangen, dass die Rechtslage diesbezüglich unverändert bleibt. Angemerkt sei lediglich, dass im Falle der Abschaffung des Notariatsakterfordernisses die Regelung des gutgläubigen Erwerbs unter Beachtung dieses Aspektes nochmals bearbeitet bzw geprüft werden müsste.

Bei der Erörterung der Einführung des gutgläubigen Erwerbs wird jedenfalls auch auf die Interessen der am Geschäftsverkehr beteiligten Personen eingegangen. Dabei stehen das Beharrungsinteresse des wahren Berechtigten und das Erwerbsinteresse eines potenziellen Erwerbers sich gegenüber.² Horst Müller beschreibt diesen Widerspruch folgendermaßen: Das Interesse des wahren Eigentümers, „ohne seinen Willen keine Einbuße zu erleiden“ steht dem Interesse des gutgläubigen Erwerbers, „im redlichen Verkehr nicht Nachteile [...] infolge einer für ihn nicht sichtbaren Rechtslage [zu erleiden]“ gegenüber.³ Dabei soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass hinter diesen individuellen Interessen „der institutionelle Schutz des Eigentums“ einerseits und „das allgemeine Anliegen nach glattem und reibungslosem Verlauf“ von jeglichen Transaktionen andererseits stehen.⁴

I. Fragestellungen und Methoden

Beim Verfassen dieser Dissertation wird die Beantwortung folgender Fragen angestrebt:

¹ Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht: Ein Beitrag de lege lata et ferenda zum System des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen (2010) 36 f mwN.

² Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990) 2; Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 34.

³ Müller, Gedanken zum Schutz des guten Glaubens in rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 1963, 2 (5).

⁴ Müller, ZfRV 1963, 2 (5) im Kontext des gutgläubigen Erwerbs von beweglichen Sachen.

1. Ist die Einführung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich empfehlenswert?
2. Welche Gründe sprechen für die Einführung in Österreich einer dem deutschen Recht ähnlichen Regelung bezüglich des Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen? Ist eine dem deutschen Recht ähnliche Regelung mit dem österreichischen Rechtssystem in Einklang zu bringen?
3. Ist der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen und der Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs anhand einer wertpapierrechtlichen Lösung gegenüber anderen potenziellen Lösungen Vorrang zu geben? Welche Überlegungen sprechen für und gegen eine solche Vorgehensweise?
4. Ist die Einführung eines lastenfreien gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen zu empfehlen und mit dem österreichischen Rechtssystem in Einklang zu bringen?

ISd funktionalen Rechtsvergleichung wird insb nach den Gründen für eine bestimmte Ausgestaltung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Deutschland sowie für eine mögliche Ausgestaltung der Regelung in Österreich gefragt. Dabei werden die Funktionen, die solche Regelungen erfüllen sollen, berücksichtigt.

Es wird des Weiteren gefragt, inwiefern die in Deutschland eingeführte Regelung ein Vorbild für eine Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich darstellen könnte.

Die in Deutschland geführte Reformdiskussion, in deren Rahmen auch Alternativlösungen dargestellt wurden und Kritik geübt wurde, kann wichtige Argumente für bzw gegen die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen liefern. Die rechtsvergleichende Analyse zwischen Deutschland und Österreich ist aus mehreren Gründen geboten. Zu diesen zählen die Nähe der beiden Rechtsordnungen im Allgemeinen, die Ähnlichkeit des deutschen und des österreichischen Zivil- und Gesellschaftsrechts sowie auch die Tatsache, dass in Deutschland die wissenschaftliche Diskussion hinsichtlich mehrerer hier relevanter Fragen intensiver ist.

II. Aufbau der Arbeit

Die Dissertation wird in neun Kapitel aufgeteilt, wobei das erste Kapitel aus dieser kurzen Einführung besteht.

Das zweite Kapitel schafft einen Überblick über die in Deutschland im Jahre 2008 eingeführte Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen. Dargestellt werden der

Grundtatbestand und die negativen Tatbestandsmerkmale. Des Weiteren wird auch auf einige mit der Regelung verbundene Streitfragen und auf die Kritik der Regelung eingegangen.

Im dritten Kapitel wird der in Österreich vorhandene *status quo* hinsichtlich der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen erörtert. Es wird idZ auch die Regelung des § 15 UGB untersucht und die Frage beantwortet, ob die Publizität des Firmenbuches als Grundlage für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen bereits *de lege lata* gewertet werden darf.

Im vierten Kapitel wird auf den rechtspolitischen Handlungsbedarf iSd Einführung eines gutgläubigen Erwerbs sowie auf die verschiedenen potenziellen Lösungsansätze kurz eingegangen. Es werden die Praxisrelevanz des hier behandelten Problems betont, die Fälle eines gescheiterten Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen dargestellt sowie die Möglichkeiten aufgezeigt, wie die Rechtssicherheit hinsichtlich der Übertragung von GmbH-Anteilen ohne den gutgläubigen Erwerb gefördert werden könnte. Es werden auch die Forderungen seitens eines Teils der österreichischen Lehre nach der Einführung des gutgläubigen Erwerbs aufgezeigt.

Im nächsten Kapitel werden die iZm einem allfälligen gutgläubigen Erwerb eine Rolle spielenden Regelungen in Deutschland und Österreich verglichen. Diese Vorgehensweise wird es dann ermöglichen, die Frage nach der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich nach dem deutschen Beispiel zu beantworten. Es werden die Regelungen zur Gewährleistung der notwendigen Richtigkeitsgewähr des Rechtsscheinträgers – vor allem die Anmeldungspflicht eines Gesellschafterwechsels sowie dessen Prüfung seitens des Gerichts – gegenübergestellt und verglichen.

Im sechsten Kapitel wird der Sinn einer Übernahme der negativen Tatbestandsmerkmale gemäß der deutschen Regelung in Österreich analysiert. Es wird auf die Fragen eingegangen, ob die gleichen Voraussetzungen an die Gutgläubigkeit eines Erwerbers zu stellen wären, ob auf das reine Rechtsscheinprinzip oder auf das Prinzip „Hand wahre Hand“ (Veranlassungsprinzip) abgestellt werden sollte und ob das Rechtsinstitut eines Widerspruchs, das den guten Glauben ausschließen würde, auch in Österreich einzuführen wäre.

Im siebten Kapitel wird die Frage aufgeworfen, ob einer wertpapierrechtlichen Lösung gegenüber der dem deutschen Recht ähnlichen Regelung Vorzug zu geben wäre. Neben dem Versuch, auf diesbezügliche Ausführungen der deutschen Literatur aufmerksam zu machen, werden auch Bedenken gegen eine Verbriefung von Anteilen im Allgemeinen dargestellt. Für

die Beantwortung dieser Frage wird sich ua auch eine Parallele zum Aktienrecht als nützlich erweisen.

Eine allfällige Lastenfreiheit des gutgläubigen Erwerbs, die als eine Folgefrage der Bejahung der Notwendigkeit des gutgläubigen Erwerbs verstanden werden kann, wird in Kapitel acht erörtert. Dabei wird ua auf die Bedenken der Pfandgläubiger gegen die Möglichkeit des „Wegerwerbs“ von nicht ersichtlichen Pfandrechten an GmbH-Geschäftsanteilen sowie auf die potenzielle Aufwertung der Stellung von Pfandrechten an GmbH-Geschäftsanteilen als Sicherungsmittel eingegangen.

Im letzten Kapitel werden die nach der Ansicht des Autors vorzugswürdige Regelung samt Formulierungsvorschlägen dargestellt und in komprimierter Form Antworten auf die in Punkt I aufgeworfenen Fragen gegeben.

B. Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Deutschland

Am 1. November 2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 in Deutschland in Kraft getreten.⁵ Damit wurde ein wichtiges Kapitel der Modernisierung des deutschen GmbH-Rechts abgeschlossen.

Als Beginn der hinter dem Gesetz stehenden Reformdiskussion kann der Beschluss der Justizministerkonferenz⁶ vom 14. November 2002 angesehen werden.⁷ Mit dem Beschluss wurde das deutsche Bundesministerium für Justiz aufgefordert, die Reformbedürftigkeit des GmbH-Rechts zu prüfen.⁸ Die Reformdiskussion wurde inzwischen wesentlich durch die Rsp des EuGH zur Niederlassungsfreiheit beeinflusst.⁹ Die Reformbemühungen mündeten in einen RefE, der am 29. Mai 2006 veröffentlicht wurde, und anschließend in den RegE vom 23. Mai 2007.¹⁰ Das Gesetz wurde am 28. Oktober 2008 verkündet und trat am 1. November 2008 in Kraft.¹¹

Es beinhaltet teilweise weitgehende Änderungen hinsichtlich verschiedener Bereiche des GmbH-Rechts.¹² Mit dem MoMiG sollte das deutsche Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (dGmbHG) nicht nur grundlegend modernisiert, sondern auch zugleich

⁵ BGBl I 2026.

⁶ Herbstkonferenz der Justizministerinnen und -minister am 14. November 2002 in Berlin; Beschlüsse abrufbar unter www.richterverein.de/links/jumiko2002b.pdf (abgefragt am 17.08.2017).

⁷ Wagner, Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen im Recht der GmbH. Ein teilweise verfassungswidriges Rechtsinstitut? (2010) 1. Vgl. Seibert, Die rechtsmissbräuchliche Verwendung der GmbH in der Krise - Stellungnahmen zu einer Umfrage des Bundesministeriums der Justiz, in FS Röhrich (2005) 585 (586).

⁸ Der vollständige Text des Beschlusses lautete „Die Justizministerinnen und -minister bitten das Bundesministerium der Justiz, in Zusammenarbeit mit den Ländern zu prüfen, ob und inwieweit das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Insolvenzen reformbedürftig ist.“

⁹ Insb auch durch das Urteil in der Rs *Inspire Art* vom 30.9.2003, Rs C-167/01; vgl. Begründung RefE MoMiG, <https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/referentenentwurfgmbh> (abgefragt am 17.08.2017) 33. Für die Reformbedürftigkeit maßgeblich waren des Weiteren die Urteile *Centros* - EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97 und *Überseering* - EuGH 5.11.2002, Rs C-167/01.

¹⁰ BT-Drs 16/6140.

¹¹ Für die Besprechung des rechtspolitischen Hintergrundes der Reform sowie einen Überblick des Verlaufs des Gesetzgebungsprozesses vgl. Heilemann, Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen einer GmbH Eine dogmatische und empirische Untersuchung (2014) 36 ff.

¹² Für einen guten Überblick über die durch das MoMiG eingeführten Änderungen s bspw.: Schürnbrand, Die große GmbH-Reform 2008: Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), JA 2009, 81; Kindler, Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts – Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NJW 2008, 3249; Hirte, Die „Große GmbH-Reform“ – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, 761; noch zum RefE bspw. Seibert, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157.

dereguliert werden.¹³ Durch diese Änderungen sollen die internationale Wettbewerbsfähigkeit der GmbH als Gesellschaftsform gefördert und Missbrauchsfälle „am Ende des Lebens der GmbH“ bekämpft werden.¹⁴ Eine wesentliche Änderung, die das MoMiG beinhaltet, ist die Möglichkeit, einen GmbH-Geschäftsanteil von einem Nichtberechtigten gutgläubig zu erwerben.

I. Zweck der Regelung des gutgläubigen Erwerbs

Auch wenn der historische deutsche Gesetzgeber aufgrund des Notariatserfordernisses davon ausgegangen ist, dass sich „Zweifel und Unklarheiten über die Tatsache der Übertragung“ nicht ergeben werden,¹⁵ so waren diese Zweifel bzw Unklarheiten in der Praxis durchaus anzutreffen.¹⁶ Mangels der Möglichkeit, einen GmbH-Geschäftsanteil gutgläubig zu erwerben, wurde dem Erwerber das Risiko aufgebürdet, dass der Anteil (bspw aufgrund eines vor Jahren begangenen Fehlers bei einer Abtretung) einem Dritten zustand und somit die Berechtigung des Veräußerers den Anteil zu veräußern nicht gegeben war.¹⁷ Um dieses Risiko zu minimieren, verlangte der Erwerber vom Veräußerer üblicherweise eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zur Gründung der Gesellschaft und musste diese – uU mit hohem Aufwand – prüfen.¹⁸ Selbst dann war das Risiko der Nichtberechtigung des Veräußerers jedoch nicht ganz ausgeschlossen. Zu denken ist dabei insb an nicht offengelegte Zweitverfügungen eines Anteils, den fehlenden Eintritt von Wirksamkeitsbedingungen oder an ein nicht aufgefundenes Testament, aufgrund dessen von einer unzutreffenden Erbfolge ausgegangen wurde (wodurch eine Anteilsabtretung unerkannt unwirksam geblieben ist).¹⁹

¹³ So explizit Begründung RegE BT-Drs 16/6140 1.

¹⁴ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 1 und 25: „Zum einen soll die Rechtsform der GmbH besser gegen Missbräuche geschützt werden. Zum anderen soll die GmbH dereguliert und modernisiert und dadurch an ihrer Attraktivität gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen gewinnen.“ Mit den „am Ende des Lebens der GmbH“ vorgekommenen Missbrauchsfällen wurden so genannte Bestattungsfälle gemeint, bei denen man „angeschlagene GmbHs durch Abberufung von Geschäftsführern und durch Aufgabe des Geschäftslokals einer ordnungsgemäßen Insolvenz und Liquidation“ zu entziehen sucht; Begründung RegE BT-Drs 16/6140 26; vgl. Schrep, Der Staatsanwalt und die Phantome, www.spiegel.de/spiegel/print/d-63216652.html (abgefragt 17.08.2017). Zu den gegen solche Missbrauchsfälle gerichteten Maßnahmen s. Hirte, NZG 2008, 761 (761 f).

¹⁵ Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 43.

¹⁶ Vgl. Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38: „Insgesamt ist dies ein schwerfälliges System mit unnötig hohen Transaktionskosten und Rechtsunsicherheiten.“

¹⁷ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

¹⁸ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

¹⁹ Vgl. Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 46.

Auch eine Garantie des Veräußerers, dass der Geschäftsanteil ihm zusteht, kann das Risiko des Fehlschlagens des Anteilserwerbs nicht ausschließen (und uU auch nicht wiedergutmachen).²⁰ § 16 Abs 3 dGmbHG soll es nunmehr dem Erwerber ermöglichen, von einem Nichtberechtigten einen GmbH-Geschäftsanteil zu erwerben. Damit sollen auch Kosten für allfällige Due Diligence Prüfungen (Prüfung der Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft) im Vorfeld der Transaktionen gemindert werden.²¹ Mit § 16 Abs 3 dGmbHG werden somit zwei Ziele verfolgt²² – einerseits die Steigerung der Rechtssicherheit und andererseits die Senkung der Transaktionskosten. Auch die höheren Verkaufspreise für GmbH-Geschäftsanteile sowie bessere Zinskonditionen bei Finanzierungsgeschäften können eine mittelbare Auswirkung der Regelung darstellen.²³

II. Allgemeine Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach deutschem Recht

§ 16 Abs 3 dGmbHG orientiert sich teilweise an § 892 BGB,²⁴ der den öffentlichen Glauben des Grundbuchs regelt. Abs 1 S 1 des § 892 BGB sieht dabei vor, dass zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück bzw ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, es sei denn, „dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.“ S 2 des ersten Abs legt die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs fest. Somit ist eine Beschränkung der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht dem Erwerber einer Liegenschaft gegenüber nur dann wirksam, wenn diese Beschränkung aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. Dadurch wird nicht nur der gute Glaube an der Eigentümereigenschaft des Veräußerers geschützt, sondern auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis.²⁵

Die Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen geht jedoch in vielerlei Hinsicht nicht so weit, wie das hinsichtlich der Liegenschaften der Fall ist. Insb soll bloß die

²⁰ Üblicherweise wird bei der Inanspruchnahme aus einer Garantie der Veräußerer dem Erwerber gegen den Willen des wahren Berechtigten den Anteil nicht verschaffen können; Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

²¹ „Den an der Abtretung beteiligten Personen sollen die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft erspart werden.“ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

²² Vgl Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 51.

²³ Seibt in Scholz, GmbHG I¹² § 16 Rz 58.

²⁴ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

²⁵ S nur H.-W. Eckert in BeckOK BGB⁴⁵ § 892 Rz 1.

Eigentümereigenschaft und nicht auch die Verfügungsbefugnis geschützt werden. Außerdem ist kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb vorgesehen.²⁶

Gemäß § 16 Abs 3 S 1 dGmbHG kann ein Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam von einem Nichtberechtigten erwerben, wenn „der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist.“

1. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger

Bereits dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich entnehmen, dass als Rechtsscheinträger eines allfälligen gutgläubigen Erwerbs eine Gesellschafterliste, die in dem Handelsregister aufgenommen werden muss, dient. Die Gesellschafterliste soll Informationen zu Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort bzw Firma, Handelsregisternummer sowie Wohnort bzw Sitz der Gesellschafter, die Nennbeträge der Geschäftsanteile und (nunmehr) die laufenden Nummern der von einem jeden Gesellschafter übernommenen Geschäftsanteile beinhalten.²⁷

1.1. Änderungen nach MoMiG

Die Funktion der Gesellschafterliste wurde mit dem MoMiG grundlegend verändert. Bis zum 31. Oktober 2008 bestand der Zweck der Gesellschafterliste darin, die Gesellschaftsverhältnisse transparent zu halten.²⁸ Dies vor dem Hintergrund, dass an „zutreffender Information über den aktuellen Gesellschafterbestand“ unbestritten ein legitimes Interesse des Rechtsverkehrs besteht.²⁹ Diesem legitimen Interesse wurde jedoch nicht genüge getan. Die Ausgestaltung der Regelungen zur Gesellschafterliste führte dazu, dass sie weder Richtigkeit³⁰ noch Aktualität³¹

²⁶ BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (Löwe) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (Jeep) = DStR 2011, 2206 = EWiR 2011, 811 (Stamer) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (Reichard) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (Wälzholz) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (Meyer) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWIR 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPflegler 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473; statt vieler nur Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ (2016) § 40 Rz 74 mzN. Zur diesbezüglichen Kritik s Punkt B.VI.4 unten.

²⁷ Vgl § 40 Abs 1 dGmbHG idF BGBl I 1474 und idF BGBl I 2026 (MoMiG).

²⁸ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 55: „nur darin“; vgl Bednarz, Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, BB 2008, 1854 (1854): „im Wesentlichen“.

²⁹ Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz) vom 29.08.1997, BT-Drs 13/8444 79.

³⁰ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 56 f.

³¹ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 57 f.

gewährleistete. Die Tatsache, dass den Gläubigern der GmbH gemäß § 40 Abs 2 dGmbHG a.F. ein Schadenersatzanspruch zustand, wenn ihnen aus der Verletzung der Einreichungspflicht der Gesellschafterliste (§ 40 Abs 1 dGmbHG a.F.) ein Schaden entstanden ist,³² vermochte daran nichts ändern.

Die Gesellschafterliste soll auch nach dem MoMiG weiterhin der Transparenz dienen.³³ Sie hat jedoch zweierlei Neuerungen erfahren. Einerseits gilt im Verhältnis zur Gesellschaft bei Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs der Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur derjenige, „wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste“ eingetragen ist (§ 16 Abs 1 dGmbHG). Hiermit hat der Eintrag in die Gesellschafterliste die früher vorgesehene Anmeldung bei der Gesellschaft ersetzt.³⁴ Diesbezüglich wird die Gesellschafterliste dogmatisch an das Aktienregister bei der Namensaktie angenähert.³⁵ Andererseits wird die Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen gemacht (§ 16 Abs 3 dGmbHG). Um diese letzte Funktion zu erfüllen, war jedoch eine Erhöhung der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste notwendig.³⁶

1.2. Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste und diesbezügliche Haftung

Im Allgemeinen soll die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste insb durch die Mitwirkungspflicht des Notars bei der Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister erreicht werden.³⁷ Die Einreichungspflicht trifft nach den Änderungen des MoMiG den Notar, sofern er an den Bezug habenden Veränderungen mitgewirkt hat (§ 40 Abs 2 S 1 dGmbHG). Im Übrigen ist der Geschäftsführer verpflichtet (§ 40 Abs 1 S 1 dGmbHG). Die Einreichung hat unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung zu erfolgen (§ 40 Abs 1 S 1 und Abs 2 S 1 dGmbHG). Das Gesetz schreibt vor, dass die Änderung der Gesellschafterliste durch die

³² § 40 Abs 2 dGmbHG idF BGBl I 1474: „Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, haften den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.“

³³ *Seibt in Scholz, GmbHG II*¹¹ § 40 Rz 3; *Heidinger in MünchKomm GmbHG I*² § 40 Rz 3; *Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht*¹⁹ § 40 Rz 3.

³⁴ Vgl § 16 Abs 1 dGmbHG idF BGBl I 1474: „Der Gesellschaft gegenüber gilt im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist.“

³⁵ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 37.

³⁶ *Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG*⁸ § 40 Rz 3.

³⁷ *Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG*⁸ § 40 Rz 3; vgl *Seibt in Scholz, GmbHG II*¹¹ § 40 Rz 3; *Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht*¹⁹ § 40 Rz 3.

Geschäftsführer auf Mitteilung und Nachweis erfolgen soll (§ 40 Abs 1 S 2 dGmbHG). Nichtsdestotrotz ist es strittig, ob die Geschäftsführer auch von sich aus tätig werden müssen bzw dürfen, wobei der BGH die diesbezügliche Befugnis der Geschäftsführer bejaht.³⁸ Bei der Änderung und Einreichung der Liste durch einen Notar wird ihm durch das Gesetz eine zusätzliche Pflicht auferlegt, die Gesellschafterliste mit einer Bescheinigung zu versehen, dass „die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat“ sowie, dass „die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“ (§ 40 Abs 2 S 2 dGmbHG). Dabei wird die Richtigkeit der bisherigen Liste nicht bescheinigt oder geprüft.³⁹

Sowohl die Geschäftsführer als auch der Notar sind zu Schadenersatz verpflichtet, wenn sie ihren Pflichten iZm der Gesellschafterliste nicht nachkommen. Die Haftung der Geschäftsführer ist explizit im § 40 Abs 3 dGmbHG festgeschrieben. Demgemäß haften die Geschäftsführer, welche die Pflicht nach § 40 Abs 1 dGmbHG verletzt haben, als Gesamtschuldner gegenüber denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden. Im Vergleich zu der vor dem Inkrafttreten des MoMiG geltenden Regelung wurde das Recht auf Schadenersatz zugunsten derjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, ausgeweitet.⁴⁰ Auch Notare können nunmehr schadenersatzpflichtig sein. Zwar bezieht sich § 40 Abs 3 dGmbHG nicht auf Notare, diese können aber gemäß § 19 BNotO haften, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig eine ihnen obliegende Amtspflicht nicht erfüllen. Die Pflicht zur Erstellung und Einreichung der Liste

³⁸ BGH II ZR 21/12 NZG 2014, 184 = BeckRS 2014, 01756 = DNotI-Report 2014, 22 = DNotZ 2014, 463 = DStR 2014, 340 = EWiR 2014, 205 (*Franke/Paefgen*) = FD-ZVR 2014, 354652 = GWR 2014, 56 (*Petrovicki*) = IBRRS 2014, 0358 = LMK 2014, 362573 = MittBayNot 2014, 174 = WM 2014, 217 = WuB II C. § 46 GmbHG 1. 14 (*Tröger/ Scheibenflug*) = ZIP 2014, 216 = LSK 2014, 050593 = RNotZ 2014, 196 = DB 2014, 233 = GmbHR 2014, 198 = GmbH-Stpr 2014, 216 = GmbH-Stpr 2014, 83 = MDR 2014, 231 = RPfleger 2014, 265 = WuB 2014, 231 = ZNotP 2014, 69. Im Ergebnis zust, anders als noch in der Voraufgabe, *Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG*²¹ § 40 Rz 38 mwN auch für die Gegenansicht.

³⁹ *Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG*⁸ § 40 Rz 18; *Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG*²¹ § 40 Rz 65; *Terlau in Michalski, GmbHG* II³ § 40 Rz 36.

⁴⁰ Vgl § 40 Abs 2 dGmbHG idF BGBI I 1474. Die Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten ist in Anbetracht der Aufwertung der Gesellschafterliste (Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs) als nicht unerheblich zu werten. Vgl *Hasselmann, Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Erstellung und Einreichung durch Geschäftsführer und Notare*, NZG 2009, 486 (490); *Wagner, Der gutgläubige Erwerb* 122, der über ein „deutlich erhöhtes“ Haftungsrisiko für die Geschäftsführung iZm der Gesellschafterliste spricht.

stellt nunmehr eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht dar.⁴¹ Auf die Verpflichtung zur Beifügung einer Bescheinigung gemäß § 40 Abs 2 S 2 dGmbHG trifft dies jedoch nicht zu.⁴²

1.3. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger bei nicht verfahrensmäßig korrekter Führung der Liste

Strittig bleibt, ob die Eintragung in die Gesellschafterliste und die Aufnahme der Liste ins Handelsregister verfahrensmäßig korrekt sein müssen, um die Wirkungen des § 16 Abs 3 dGmbHG entfalten zu können. Während mehrere Autoren diese Frage verneinen,⁴³ verlangen andere, dass zumindest einige formelle Anforderungen erfüllt sein müssen, um im Vertrauen auf die Gesellschafterliste GmbH-Geschäftsanteile erwerben zu können.⁴⁴ *Bayer* führt diesbezüglich aus, dass die Gesellschafterliste zumindest ihrem äußeren Anschein nach den formalen Anforderungen des § 40 dGmbHG entsprechen muss, da sonst „ein Erwerb vom Nichtberechtigten mangels hinreichenden Rechtsscheinträgers generell“ ausscheiden muss.⁴⁵ Sind jedoch diese äußeren Formalien gewahrt (und die Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister erfolgt), so ist ein gutgläubiger Erwerb nach *Bayer* auch im Fall einer Fälschung der Liste nicht ausgeschlossen.⁴⁶ Für diese Ansicht spricht, dass für einen Erwerber in der Regel nicht erkennbar ist, ob es sich bei der in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste um eine Fälschung handelt.⁴⁷ Weiters wäre der beabsichtigte Schutz des Erwerbers erheblich beeinträchtigt, „wenn sein Vertrauen auf die Gesellschafterliste nur bei Echtheit der Gesellschafterliste geschützt“ wäre.⁴⁸

⁴¹ *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 122; *Hasselman*, NZG 2009, 486 (490); *Vossius*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, DB 2007, 2299 (2304); *Rau*, Der Erwerb einer GmbH nach In-Kraft-Treten des MoMiG Höhere Transparenz des Gesellschafterkreises, gutgläubiger Erwerb und vereinfachte Stückelung, DStR 2006, 1892 (1896).

⁴² *Hasselman*, NZG 2009, 486 (490); *Mayer*, Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403 (415): „ist die Einordnung als Amtspflicht demgegenüber zweifelhaft“.

⁴³ *Röber*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen (2011) 33, *Vossius*, DB 2007, 2299 (2301); *Klöckner*, Praxisprobleme beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2008, 841 (842).

⁴⁴ *S Mayer*, DNotZ 2008, 403 (418), wonach die Gesellschafterliste „auch in formeller Hinsicht den Anforderungen des § 40 Abs 1 Satz 1 GmbHG-E zu entsprechen“ hat; *Greitemann/Bergjan*, Die Auswirkungen des MoMiG auf die M&A-Praxis, in FS Pöllath (2008) 271 (283), wonach die zum Handelsregister eingereichte Liste „der Gesellschaft zuzurechnen sein muss“ – als Beispiel vom Fehlen solcher Zurechenbarkeit wird ein Fall angeführt, wenn „die Liste durch einen fremden Dritten gefälscht und zum Handelsregister eingereicht worden ist“. Vgl auch *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 14; *Link*, Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, RNotZ 2009, 193 (216).

⁴⁵ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 67.

⁴⁶ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 68; s auch *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 255 ff mzN auch für die Gegenmeinung.

⁴⁷ *Link*, RNotZ 2009, 193 (216).

⁴⁸ *Link*, RNotZ 2009, 193 (216).

Mängel der Gesellschafterliste, wie Geschäftsunfähigkeit, ein Vertretungsmangel, *vis absoluta* oder das Fehlen einzelner Angaben (zB Geburtsdatum bzw HRB-Nummer eines Gesellschafters), sind für die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs unbeachtlich.⁴⁹

2. Existenz des Geschäftsanteils und richtige Stückelung

Um einen Geschäftsanteil gutgläubig erwerben zu können, muss es sich um einen existierenden Anteil handeln.⁵⁰ Insoweit ist ein gutgläubiger Erwerb eines Anteils, der durch eine unwirksam durchgeführte Kapitalerhöhung entstehen sollte, nicht möglich.⁵¹ Dies wurde in Anbetracht der Ziele des MoMiG, insb des Ziels, die Transaktionskosten durch Verzicht auf entsprechende Teile einer Due Diligence Prüfung zu senken, kritisiert.⁵² Andererseits wurde argumentiert, dass genau die gleichen, für die Nichtigkeit sprechenden Gründe auch gegen die Möglichkeit sprechen, dass ein Geschäftsanteil „nachträglich allein aus Gründen des Vertrauensschutzes Dritter entstehen könnte.“⁵³

Auch fehlerhafte Teilungen bzw Zusammenlegungen und somit eine unrichtige Stückelung von Geschäftsanteilen bzw „nicht in dem Umfang bestehende Geschäftsanteile“⁵⁴ bereiten iZm dem gutgläubigen Erwerb Probleme. Nach einem Teil der deutschen Lehre soll ein gutgläubiger Erwerb auch dann möglich sein, wenn die Stückelung der Anteile falsch ausgewiesen ist.⁵⁵ Das Gegenteil wird jedoch auch von vielen Lehrmeinungen vertreten.⁵⁶ Nach der ersten Ansicht soll bei fehlender Eintragung der Zusammenlegung von Anteilen, ein Anteil, der in der Gesellschafterliste fälschlicherweise als zwei (bzw mehrere) Anteile ausgewiesen ist, *ex lege* geteilt werden.⁵⁷ Dementgegen wird argumentiert, dass anders als im Falle eines im Grundbuch

⁴⁹ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 69 mwN.

⁵⁰ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39. Dies ist *de lege lata* „nahezu unstrittig“; s Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 72 mwN; Wilhelm, „Duplizität von Rechten“ und Rechtsschein. Zu den Gesellschafterlisten des Kapitalgesellschaftsrechts, in FS Picker (2010) 837 (849): Es geht „wie immer auch im BGB um den Erwerb einer bestehenden Rechtsstellung zu Lasten des Berechtigten, aber nicht um den Erwerb einer gar nicht existierenden Rechtsstellung (etwa bei unwirksamer Kapitalerhöhung).“

⁵¹ Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 16 Rz 60; Vossius, DB 2007, 2299 (2300).

⁵² So Klöckner, NZG 2008, 841 (844).

⁵³ Haas/Oechsler, Missbrauch, Cash Pool und gutgläubiger Erwerb nach dem MoMiG, NZG 2006, 806 (812).

⁵⁴ Vgl Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 73.

⁵⁵ Wicke, GmbHG³ § 16 Rz 15; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 16 Rz 28; Böttcher/Blasche, Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen entsprechend der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung nach dem MoMiG, NZG 2007, 565 (566 f); Klöckner, NZG 2008, 841 (844 f). Vgl auch Götze/Bressler, Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, NZG 2007, 894 (897).

⁵⁶ Mayer, DNotZ 2008, 403 (418); Heidinger in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 324 ff; differenzierend Seibt in Scholz, GmbHG I¹² § 16 Rz 71 f.

⁵⁷ Ausführlich Böttcher/Blasche, NZG 2007, 565 (566 ff).

eingetragenen Grundstücks die Existenz und Selbständigkeit der in der Gesellschafterliste ausgewiesenen Anteile nicht geschützt wird.⁵⁸ Zu beachten ist jedoch, dass das Problem der falschen Stückelung uU bereits durch Auslegung der entsprechenden Willenserklärungen des Veräußerers und des Erwerbers gelöst werden kann.⁵⁹ Da eine falsche Bezeichnung des Erwerbsgegenstands nicht schadet (*falsa demonstratio non nocet*), wird es sich in einem solchen Fall uU um einen Erwerb vom Berechtigten handeln, sodass der Rückgriff auf den gutgläubigen Erwerb nicht notwendig ist.⁶⁰ Aber auch ein gutgläubiger Erwerb eines unrichtig bezeichneten Anteils vom Nichtberechtigten soll in einigen Fällen bejaht werden. Bspw wenn (i) ein Vertrag mehrere Anteile nennt, obwohl der Veräußerer als Eigentümer nur eines Anteils in der Gesellschafterliste eingetragen ist, (ii) das auf diesen Anteil entfallende Stammkapital dem Stammkapital der im Kauf- und Abtretungsvertrag genannten Anteile entspricht und (iii) die im Vertrag bezeichnete Anteile (wenn diese vorhanden wären) die gleichen Rechte und Pflichten vermitteln würden, wie der tatsächlich bestehende Anteil.⁶¹ In einem solchen Fall kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien die Transaktion unter gleichen Bedingungen (aber mit korrekten Bezeichnung des Anteils) auch abgeschlossen hätten, wenn sie bezüglich der korrekten Stückelung der Anteile Kenntnis gehabt hätten. Auf einen umgekehrten Fall (es wurde nur ein einziger Anteil im Vertrag genannt, wobei tatsächlich mehrere Anteile vorhanden sind) soll diese Aussage bei Erfüllung der entsprechenden Bedingungen ebenso zutreffen.

3. Rechtsgeschäft und Verkehrsgeschäft

Um gutgläubig erwerben zu können, muss der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft zustande kommen.⁶² Dafür müssen bis auf die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers die Voraussetzungen einer wirksamen Abtretung (ein wirksames Rechtsgeschäft) gegeben sein.⁶³ Dazu zählen ua

⁵⁸ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 73.

⁵⁹ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 73; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 56.

⁶⁰ Vgl Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 16 Rz 62.

⁶¹ Vgl Wicke, GmbHG³ § 16 Rz 15.

⁶² Es ist jedoch unabhängig vom § 16 Abs 3 dGmbHG auch ein gutgläubiger Erwerb vom Scheinerben möglich, wenn dieser durch Erbschein legitimiert ist (§ 2366 BGB). S Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 16 Rz 26; Wilhelmi in BeckOK GmbHG³⁴ § 16 Rz 72.

⁶³ Heidinger in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 341; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 85; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 16 Rz 74; Wicke, GmbHG³ § 16 Rz 20; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 63; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 16 Rz 32; unrichtig dagegen Mayer, DNotZ 2008, 403 (419 f); Kort, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilserwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.) (§§ 40, 16 GmbHG), GmbHR 2009, 169 (174).

Form, Verfügungsbeschränkungen, Stellvertretung, Geschäftsfähigkeit oder Fehlen von Willensmängeln.⁶⁴ Ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 16 Abs 3 dGmbHG ist demgegenüber bei einem gesetzlichen Anteilserwerb ausgeschlossen.⁶⁵ Dies trifft insb auf den Erwerb durch Erbfall, Umwandlung oder Begründung von Gütergemeinschaft zu.⁶⁶

Des Weiteren wird für die Anwendbarkeit des § 16 Abs 3 dGmbHG ein Verkehrsgeschäft vorausgesetzt.⁶⁷ Es muss somit auf der Seite des Erwerbers mindestens eine Person beteiligt sein, die nicht auch auf der Seite des Veräußerers beteiligt ist.⁶⁸ Folglich werden bspw bei einer Abtretung durch einen Scheineigentümer aus dem Privatvermögen auf eine GmbH, deren alleiniger Inhaber er ist, die Wirkungen des § 16 Abs 3 dGmbHG nicht entfaltet.⁶⁹

III. Reichweite der Regelung im Allgemeinen

Durch die Neuregelung des § 16 Abs 3 dGmbHG wird der gute Glaube an die Rechtsinhaberschaft des in der Liste Eingetragenen geschützt.⁷⁰ Den Gesetzesmaterialien zum MoMiG ist zu entnehmen, dass die Neuregelung den Grundsatz vorsieht, „dass der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung auf der Basis der Eintragung in der im Handelsregister

⁶⁴ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 341; *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 20.

⁶⁵ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 343; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 86; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 16 Rz 72; *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 18; *Verse* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 60; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 16 Rz 30; *Wilhelmi* in BeckOK GmbHG³⁴ § 16 Rz 81.

⁶⁶ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 86; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 16 Rz 72; *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 18; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 16 Rz 30.

⁶⁷ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 342; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 85; *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 19; *Verse* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 62; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 16 Rz 31; *Wilhelmi* in BeckOK GmbHG³⁴ § 16 Rz 82; *Ebbing* in *Michalski*, GmbHG I³ § 16 Rz 175; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 16 Rz 73.

⁶⁸ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 342; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 87; *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 19; *Verse* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 62; *Wilhelmi* in BeckOK GmbHG³⁴ § 16 Rz 82; *Ebbing* in *Michalski*, GmbHG I³ § 16 Rz 176; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 16 Rz 73.

⁶⁹ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 342; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 87; *Wicke*, GmbHG³ § 16 Rz 19; *Wilhelmi* in BeckOK GmbHG³⁴ § 16 Rz 82.2; *Ebbing* in *Michalski*, GmbHG I³ § 16 Rz 177.

⁷⁰ BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (Löwe) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (*Jeep*) = DStR 2011, 2206 = EWIR 2011, 811 (*Stamer*) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (*Reichard*) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (*Wälzholz*) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (*Meyer*) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWIR 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPflegler 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473. So auch bereits *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 (897); *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (417 f).

aufgenommenen Liste geschützt ist.“⁷¹ Doch bei der von den Materialien angeführten „Verfügungsberechtigung“ als Bezugspunkt des guten Glaubens handelt es sich um eine „terminologische Unschärfe“.⁷² Da der gute Glaube gegen absolute Veräußerungsverbote (insb Vinkulierung) nicht verhelfen kann,⁷³ wird insoweit die Verfügungsberechtigung gerade nicht geschützt.

Außer dem Eigentumsrecht wird durch die Vorschrift auch der Ersterwerb eines Pfandrechts und eines Nießbrauches am Geschäftsanteil geschützt.⁷⁴ Der Zweiterwerb eines Pfandrechts und Nießbrauchs ist demgegenüber mangels Eintragungsmöglichkeit in der Gesellschafterliste (bzw dem Handelsregister) nicht möglich.⁷⁵ Auch ein „Wegerwerb“ von Rechten (Pfandrecht, Nießbrauch) am Geschäftsanteil ist aus demselben Grund nicht möglich.⁷⁶

Aufgrund des klaren Wortlauts des Gesetzes darf der Tatbestand der Eintragung in die Gesellschafterliste nicht ausgeweitet werden.⁷⁷ Insb ist es nicht möglich, den GmbH-Geschäftsanteil gutgläubig von einem Veräußerer zu erwerben, der früher selbst von einer in der Gesellschafterliste eingetragenen Person den Geschäftsanteil erworben hat, selbst aber (noch) nicht eingetragen wurde.⁷⁸ Auch insofern unterscheidet sich § 16 Abs 3 dGmbHG von dem für Liegenschaften relevanten § 892 Abs 1 BGB. So ist hinsichtlich § 892 Abs 1 BGB anerkannt, dass der öffentliche Glaube nicht nur zugunsten des Eingetragenen wirkt, sondern auch zugunsten seiner Gesamtrechtsnachfolger, sodass bspw eine Liegenschaft gutgläubig von einem im Grundbuch nicht eingetragenen Erben eines Bucheigentümers erworben werden kann.⁷⁹

⁷¹ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

⁷² Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 70 mwN.

⁷³ BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (Löwe) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (Jeep) = DStR 2011, 2206 = EWIR 2011, 811 (Stamer) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (Reichard) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (Wälzholz) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (Meyer) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWIR 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPflegler 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473.

⁷⁴ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 71; Heidinger in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 309; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 16 Rz 26; Seibt in Scholz, GmbHG I¹² § 16 Rz 68; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 16 Rz 65.

⁷⁵ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 71; Heidinger in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 308, 313; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 16 Rz 65.

⁷⁶ So Rsp und hL; s statt vieler nur Seibt in Scholz, GmbHG I¹² § 16 Rz 73 mwN auch für Gegenansicht.

⁷⁷ Vgl Röber, Gutgläubiger Erwerb 32 f.

⁷⁸ Röber, Gutgläubiger Erwerb 33.

⁷⁹ OLG Dresden 8 U 193/93 FHZivR 40 Nr. 2787 = FHZivR 40 Nr. 2795 = FHZivR 40 Nr. 2930 = LSK 1994, 460037; OLG Jena 6 W 750/97 BeckRS 1998, 16283; OLG Schleswig 2 W 5/06 NJW-RR 2006, 1608 = BeckRS

IV. Zwischenerwerb

Für die Abschätzung der Reichweite der Regelung ist es unabdingbar, sich die Bedeutung der neuen Regelung des § 16 Abs 3 dGmbHG für die Problematik eines Zwischenerwerbs vor Augen zu führen. Als Zwischenerwerb wird ein Erwerb eines Rechts, das zuvor bereits aufschiebend bedingt abgetreten wurde, verstanden, wobei die aufschiebende Bedingung im Zeitpunkt der zweiten Abtretung noch nicht eingetreten ist. Zwischenerwerber (C) ist somit einer Person, die einen (auf eine andere Person (B)) bereits zuvor aufschiebend bedingt veräußerten Anteil erworben hat, bevor die aufschiebende Bedingung eingetreten ist. Ist demgegenüber die aufschiebende Bedingung bereits eingetreten (bevor der gleiche Anteil zum zweiten Mal veräußert wurde), so handelt es sich um den Fall eines „Zweiterwerbs“. Als aufschiebende Bedingungen kommen ganz verschiedene Sachverhalte in Frage. Oft handelt es sich dabei bspw um die Bedingung der Kaufpreiszahlung⁸⁰ oder der kartellrechtlichen Genehmigung.⁸¹

Zwar hat der BGH den Schutz eines Zwischenerwerbers (C) verneint,⁸² jedoch ist diese Thematik in Anbetracht der geäußerten Kritik weiterhin umstritten.⁸³

2006, 07104 = DNotZ 2006, 768 = FGPrax 2006, 149 = IBRRS 2006, 4249 = LSK 2006, 290363 = NotBZ 2006, 215 = OLGRapport Celle 2006, 475 = RPfleger 2006, 464 = SchlHA 2007, 66.

⁸⁰ Vgl *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 16 Rz 67: „praktisch sehr bedeutsame[r] Fall“.

⁸¹ Vgl *Heidinger* in *MünchKomm GmbHG* I³ § 16 Rz 327.

⁸² BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (*Löwe*) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (*Jeep*) = DStR 2011, 2206 = EWIR 2011, 811 (*Stamer*) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (*Reichard*) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (*Wälzholz*) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (*Meyer*) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWIR 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPfleger 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473. So auch bereits OLG München 31 Wx 162/10 NZG 2011, 473 = BB 2011, 1424 (*Schwetzler*) = BeckRS 2011, 06708 = DNotI-Report 2011, 54 = DNotZ 2011, 453 = FGPrax 2011, 139 = GWR 2011, 183 (*Schraudner*) = MittBayNot 2011, 326 (*Schuller*) = NJW-Spezial 2011, 240 = RNotZ 2011, 308 = ZIP 2011, 612 (*Herrler*) = LSK 2011, 140755 = DB 2011, 757 = GmbHR 2011, 425 = NotBZ 2011, 262 und OLG Hamburg 11 W 51/10 = NZG 2010, 1157 = GWR 2010, 476 (*Berninger*) = notar 2010, 454 = ZIP 2010, 2097 = BeckRS 2010, 21127 = LSK 2010, 390532 = GmbHR 2011, 32.

⁸³ Ausführlich zum Problem, Stand der Diskussion und den Gegenargumenten gegenüber der Begründung vom BGH s *Altmeyen*, Der gutgläubige Zwischenerwerb am Beispiel des § 16 Abs. 3 GmbHG, in *Liber Amicorum Schurig* (2012) 1 ff. Dem Beschluss des BGH zust *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 16 Rz 29a; *Kort*, Kein Gutglaubensschutz nach § 16 Abs. 3 GmbHG beim Zweiterwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils, DB 2011, 2897; *Noack*, BGH: Kein gutgläubiger Zweiterwerb eines GmbH-Geschäftsanteils und Prüfungskompetenz des Registergerichts, LMK 2012, 326790; *Mayer*, Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II), MittBayNot 2014, 114 (123 f); demgegenüber ablehnend *Altmeyen* in *Liber Amicorum Schurig* 1 ff; *Bayer*, Kein gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils? Zugleich Anmerkung zu BGH v. 20.9.2011 - II ZB 17/10 und Appell an den Gesetzgeber, GmbHR 2011, 1254; *Brandes*, Gutgläubiger Erwerb bei bedingter Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH vom 20.9.2011 - II ZB 17/10, GmbHR 2012, 545 (549 f); *Herrler*, (Stark) beschränkte Publizitätswirkung der GmbH-Gesellschafterliste? – Schutz des Rechtsverkehrs de lege lata und de lege ferenda,

1. Meinung des BGH

Im Beschluss vom 20.09.2011⁸⁴ begründete der BGH den mangelnden Schutz eines Zwischenerwerbers (C) mit Hilfe von Überlegungen zu § 161 Abs 1 und 3 BGB. Gemäß § 161 Abs 1 S 1 BGB ist im Falle des Eintritts der einer Veräußerung zugrundeliegenden aufschiebenden Bedingung jede weitere Verfügung unwirksam, soweit diese während der Schwebezeit erfolgte und sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Gemäß § 161 Abs 3 BGB sind jedoch die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechend anzuwenden. Mit anderen Worten ausgedrückt findet Abs 1 dann keine Anwendung, wenn im Schwebezustand Rechte gutgläubig erworben werden können. Der BGH sprach jedoch aus, dass ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil nicht nach § 161 Abs 3 BGB iVm § 16 Abs 3 dGmbHG vor Bedingungseintritt von einem Zwischenerwerber (C) gutgläubig erworben werden könne. Diese Feststellung wurde damit begründet, dass das Prioritätsprinzip des § 161 Abs 1 BGB nicht allein nach § 161 Abs 3 BGB bestimmt werde. Dies solle vielmehr vorrangig nach den Vorschriften bestimmt werden, die den Schutz des guten Glaubens für den jeweiligen Gegenstand vorsehen. Die Gesellschafterliste begründe aber keinen Vertrauenstatbestand dafür, dass ein Gesellschafter nicht in seiner Verfügungsmacht durch § 161 Abs 1 BGB beschränkt ist. Der BGH legt des Weiteren explizit fest, dass das Anwartschaftsrecht des aufschiebend bedingten Erwerbers stärker geschützt ist als sein allfälliges Vollrecht. Würde nämlich die zweite hier relevante Abtretung nach dem Eintritt der Bedingung zustande kommen, so wäre bei Vorliegen sonstiger Voraussetzungen ein gutgläubiger Erwerb (durch den Zweiterwerber (C)) möglich.

NZG 2011, 1321 (1325 ff); *Omlor*, Verkehrsschutzfragen zum Anwartschaftsrecht am GmbH-Geschäftsanteil, DNotZ 2012, 179 (185 ff); *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 336 ff; *Verse* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 65; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG I¹² § 16 Rz 80.

⁸⁴ BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (*Löwe*) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (*Jeep*) = DStR 2011, 2206 = EWiR 2011, 811 (*Stamer*) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (*Reichard*) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (*Wälzholz*) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (*Meyer*) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWIR 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPflegler 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473.

2. Kritik der vom BGH aufgezeigten Lösung

Der Beschluss des BGH ist sowohl aus dogmatischer als auch aus wertungsmäßiger Sicht zu kritisieren.⁸⁵ Was den Wertungswiderspruch betrifft, so ist der Entscheidung entgegenzuhalten, dass der gutgläubige Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils bei einem Erwerb vom (noch) Berechtigten weniger geschützt ist als bei einem Erwerb vom (gänzlich) Nichtberechtigten, bzw dass ein nicht in die Gesellschafterliste eingetragener aufschiebend bedingter Erwerber (B) besser gegen den gutgläubigen Verlust seiner Rechtsstellung geschützt ist als der nicht eingetragene Vollrechtsinhaber (A). Eine Rechtsnorm, die Zwischenverfügungen des „Listengesellschafters“ nicht schützt, wurde von *Altmeyen* sogar als unbrauchbar bezeichnet.⁸⁶ Aus dogmatischer Sicht lassen sich zwei Argumente anführen. Einerseits ist ein Veräußerer (A) im Falle von Zwischenverfügungen im Zeitpunkt der Verfügung Berechtigter, sodass damit die Gesellschafterliste in diesem Zeitpunkt nicht unrichtig ist.⁸⁷ Andererseits kann man davon ausgehen, dass ein redlicher Zwischenerwerber (C) rückwirkend (mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung der ersten Abtretung) von einem Nichtberechtigten erworben hat, was für die Anwendung von § 16 Abs 3 S 1 dGmbHG spricht. Der Veräußerer (A) war (rückwirkend) nicht berechtigt, aber dennoch in der Gesellschafterliste als Rechtsinhaber eingetragen gewesen.⁸⁸

IdZ ist jedoch im Auge zu behalten, dass bei einer weniger als drei Jahre unrichtigen Gesellschafterliste ein redlicher Zwischenerwerber (C) einen GmbH-Anteil nicht gutgläubig erwerben kann, wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten (B) (dem aufschiebend bedingten Erwerber) nicht zuzurechnen ist.⁸⁹ Hat der aufschiebend bedingte Erwerber (B) keine Möglichkeit, auf die Ersichtlichmachung der bedingten Abtretung in der Gesellschafterliste hinzuwirken, so wird ihm gegenüber die (mit rückwirkender Wirkung eingetretene) Unwirksamkeit der Liste nicht zuzurechnen sein. Bei Nichtbefolgung der Ansicht des BGH bleibt idZ fraglich, ob die Dreijahresfrist nach § 16 Abs 3 S 2 dGmbHG analog⁹⁰ ab der

⁸⁵ *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 16 Rz 68.

⁸⁶ *Altmeyen* in *Liber Amicorum Schurig* 13.

⁸⁷ *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 16 Rz 29a mwN.

⁸⁸ *Altmeyen* in *Liber Amicorum Schurig* 12.

⁸⁹ S unten Punkt B.V.1.

⁹⁰ Da die Gesellschafterliste kürzer als drei Jahre unrichtig sein könnte, ein gutgläubiger Erwerb aber jedenfalls möglich sein sollte, soweit der Zwischenerwerber (C) einen Anteil drei Jahre nach der bedingten Abtretung desselben Anteils an einen Dritten erwerben soll, kann über eine „Dreijahresfrist analog“ gesprochen werden. Die „normale“ Dreijahresfrist bezieht sich nämlich auf die Unrichtigkeit der Liste, die in unserer Situation – trotz der bedingten Abtretung – immer noch richtig wäre.

bedingten Abtretung des Anteils (rückwirkend – nach Eintritt der Bedingung) zu laufen beginnen soll, obwohl mit der bedingten Abtretung die Liste immer noch den Veräußerer (A) widergibt und insofern richtig ist.⁹¹ Nach *Oppermann* muss diese Frage bejaht werden, so dass auch im Fall einer bedingten Verfügung ein gutgläubiger Erwerb nach Ablauf von drei Jahren möglich sein soll.⁹²

Um die Interessen der aufschiebend bedingten Erwerber (B) zu schützen, wurden im Schrifttum mehrere Lösungen vorgeschlagen, wie: Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste, Vinkulierungssperre für Zwischenverfügungen, Vereinbarung eines vorverlagerten Bedingungseintritts im Falle einer Zwischenverfügung, Bestellung eines Pfandrechts am Geschäftsanteil, Hinweis auf die bedingte Übertragung in der Veränderungsspalte sowie Eintragung des Anwartschaftsrechts in der Gesellschafterliste.⁹³ Vor allem die Zulässigkeit der ersten und der letzten Möglichkeit (Widerspruchsmodell und Zweilistenmodell) wurde im Schrifttum befürwortet.⁹⁴ Diese zwei Lösungen werden hier nun kurz dargestellt.

3. Widerspruchsmodell und Zweilistenmodell als potenzielle Lösung

Gemäß dem Widerspruchsmodell soll es möglich sein, einen Widerspruch auch bereits dann zu erwirken, wenn der GmbH-Anteil aufschiebend bedingt veräußert wurde.⁹⁵ Dies gilt trotz dessen, dass durch eine aufschiebend bedingte Veräußerung die Rechtsinhaberschaft am GmbH-Anteil vor Eintritt der Bedingung beim Veräußerer bleibt und sich insoweit die Rechtslage nicht ändert. Zwar würde sich in einem solchen Fall der Widerspruch nicht gegen die Richtigkeit der eingereichten Gesellschafterliste (die den Inhaber des Anteils aufzeigen soll), durchaus aber gegen die Verfügungsberechtigung der Gesellschafter richten. Da eine solche Beschränkung des Veräußerers sonst nicht für jedermann ersichtlich wäre (wie das bspw

⁹¹ *Oppermann*, Praktische Gestaltung der bedingten Abtretung von GmbH-Anteilen – Risiken durch gutgläubigen bedingungsfreien Erwerb Dritter, ZIP 2009, 651 (653).

⁹² *Oppermann*, ZIP 2009, 651 (653); so auch *Begemann/Galla*, Praxisfragen zur Gesellschafterliste der GmbH nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 1065 (1068).

⁹³ *Omlor/Spies*, Grundfragen der Gesellschafterliste, MittBayNot 2011, 353 (361) mwN.

⁹⁴ Zum Widerspruchsmodell vgl. bspw. *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353 (361): „Soweit der gutgläubige Zwischenerwerb zugelassen wird, wird zumeist [...] ein Schutz des Erwerbers durch die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste präferiert“; zum Zweilistenmodell vgl. *Herrler*, Gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter GmbH-Geschäftsanteilsabtretung - Sicherung durch Vermerk in Gesellschafterliste, BB 2009, 2272 (2275); *Jeep*, Die ungenutzte Chance des BGH zur Aufwertung der GmbH-Gesellschafterliste Oder: Heute wissen müssen, was morgen entschieden wird, NJW 2012, 658 (659). Zu verschiedenen potenziellen Schutzmaßnahmen für den Erwerber im Allgemeinen s. *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 262 ff.

⁹⁵ Vgl. *Altmeyen* in Liber Amicorum Schurig 13 f.; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 419 f.; *Wilhelm* in FS Picker (2010) 837 (851 f).

bei satzungsmäßigen Übertragungsbeschränkungen der Fall ist) und eine dingliche – also gegen jedermann wirkende – Wirkung entfalten soll, erscheint diese Lösung empfehlenswert.

Durch einen Widerspruch, aus dem sich die aufschiebend bedingte Veräußerung ergibt, würde der gute Glaube eventueller Zwischenerwerber (C) zerstört werden.⁹⁶ Ohne einen solchen Widerspruch würde die Rechtssicherheit verlangen, den Zwischenerwerber (C) – bei Vorliegen sonstigen Voraussetzungen – für schutzwürdig zu erachten und den gutgläubigen Erwerb vom bereits aufschiebend bedingt veräußerten GmbH-Geschäftsanteil zu ermöglichen.

Bei dem Zweilistenmodell (Zwei-Listen-Modell) wird für zulässig erachtet, dass ein Notar „unmittelbar nach einer aufschiebend bedingten Anteilsabtretung eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen darf, die der dort bisher eingestellten Liste entspricht, jedoch zusätzlich einen Hinweis auf die bedingte Anteilsabtretung enthält.“⁹⁷ Nach *Omlor* spreche für die Möglichkeit der Eintragung eines Anwartschaftsrechts in der Gesellschafterliste, dass es sich dabei um ein „wesensgleiches Minus“ zum Vollrecht bzw die „Vorstufe des Volleigentums“ handelt und diesbezüglich, wie es bereits für das allgemeine Bürgerliche Recht der Fall ist, entsprechende Analogien zu bilden wären.⁹⁸ Auch die Anerkennung dessen, dass das Pfandrecht bzw der Nießbrauch nicht in die Gesellschafterliste eingetragen werden dürfen, rechtfertigt nicht die fehlende Eintragungsmöglichkeit eines Anwartschaftsrechts, weil „von seiner Rechtsnatur her“ das Anwartschaftsrecht am Vollrecht „näher dran“ sei.⁹⁹

Seitens der Rsp wurde jedoch keines der beiden Modelle zugelassen. So wird ein Widerspruch bei einem Zwischenerwerb durch die Registergerichte nicht akzeptiert, da der Veräußerer bis

⁹⁶ Vgl *Vossius*, DB 2007, 2299 (2301).

⁹⁷ BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (*Löwe*) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (*Jeep*) = DStR 2011, 2206 = EWiR 2011, 811 (*Stamer*) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (*Reichard*) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (*Wälzholz*) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (*Meyer*) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWIR 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPflegler 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473.

⁹⁸ *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 424.

⁹⁹ Vgl *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 424 f.

zum Eintritt der Bedingung als Berechtigter handelt.¹⁰⁰ Auch der Weg über eine zweite Liste, die einen Hinweis auf bedingte Abtretung enthält, wird abgelehnt.¹⁰¹

V. Ausschlussgründe des gutgläubigen Erwerbs

Trotz einer im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste scheitert der gutgläubige Erwerb, wenn die negativen Voraussetzungen (Ausschlussgründe) des § 16 Abs 3 S 2 und 3 dGmbHG erfüllt sind. Somit steht Folgendes einem gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen entgegen: (i) die fehlende Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem wahren Berechtigten vor Erreichen der Dreijahresfrist (§ 16 Abs 3 S 2 dGmbHG), (ii) die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste (§ 16 Abs 3 S 3 1. Fall dGmbHG) oder (iii) die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste (§ 16 Abs 3 S 3 2. Fall dGmbHG).

1. Fehlende Zurechenbarkeit vor Erreichen der Dreijahresfrist

Positiv ausgedrückt bedeutet § 16 Abs 3 S 2 dGmbHG, dass der gutgläubige Erwerb nur dann ermöglicht ist, wenn entweder die Gesellschafterliste mindestens drei Jahre unrichtig war oder die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist. Es liegen somit zwei mögliche Anknüpfungspunkte zum Schutz des wahren Berechtigten vor.¹⁰² Der erste Fall – das Abstellen auf das Verstreichen von drei Jahren ohne das Erfordernis einer Zurechenbarkeit – zeigt Ähnlichkeiten mit dem gutgläubigen Erwerb von Immobilien nach § 892 Abs 1 BGB.¹⁰³ Insoweit wird von einem reinen Rechtsscheinprinzip gesprochen.¹⁰⁴ Der zweite Fall – die Zurechnung der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste gegenüber dem wahren Berechtigten –

¹⁰⁰ Vgl OLG München 31 Wx 162/10 NZG 2011, 473 = BB 2011, 1424 (Schwetzler) = BeckRS 2011, 06708 = DNotI-Report 2011, 54 = DNotZ 2011, 453 = FGPrax 2011, 139 = GWR 2011, 183 (Schraudner) = MittBayNot 2011, 326 (Schuller) = NJW-Spezial 2011, 240 = RNotZ 2011, 308 = ZIP 2011, 612 (Herrler) = LSK 2011, 140755 = DB 2011, 757 = GmbHR 2011, 425 = NotBZ 2011, 262.

¹⁰¹ BGH II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (Löwe) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (Jeep) = DStR 2011, 2206 = EWir 2011, 811 (Stamer) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (Reichard) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (Wälzholz) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (Meyer) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWir 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPflegler 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473.

¹⁰² Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 26.

¹⁰³ Vgl Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 26.

¹⁰⁴ Götze/Bressler, NZG 2007, 894 (897); Lieder, Gutgläubiger Erwerb im Erbrecht- und Gesellschaftsrecht, Jura 2010, 801 (807); vgl Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 102.

ähnelt dem gutgläubigen Erwerb von Mobilien nach § 932 Abs 1 BGB.¹⁰⁵ Insoweit wird das Veranlassungsprinzip für den gutgläubigen Erwerb maßgeblich.¹⁰⁶

1.1. Begriff und Beispiele der Zurechenbarkeit

Die vor dem Erreichen der Dreijahresfrist notwendige Zurechenbarkeit betrifft die Frage der Risikoverteilung zwischen dem wahren Berechtigten und der auf die Gesellschafterliste vertrauenden Person.¹⁰⁷ Die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste wird dann zuzurechnen sein, wenn der Berechtigte diese (mit-)veranlasst oder (mit-)verantwortet hat.¹⁰⁸ Ausweislich der Begründung des MoMiG wird das bspw dann der Fall sein, wenn sich der wahre Rechtsinhaber nach dem Erwerb eines Geschäftsanteils nicht darum gekümmert hat, dass die Gesellschafterliste seine Rechtsstellung richtig wiedergibt.¹⁰⁹ Ihm wird die Unrichtigkeit der Liste „ohne Wartefrist“ zugerechnet.¹¹⁰ Ein anderes Beispiel liegt dann vor, wenn der wahre Erbe – trotz der Eintragung eines Scheinerben in die Gesellschafterliste – es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.¹¹¹ Dabei wird vorausgesetzt, dass der wahre Erbe von seinem Erbrecht Kenntnis hat.¹¹² Die Zurechenbarkeit wird des Weiteren dann bejaht, wenn der wahre Berechtigte nachträglich von einer Unrichtigkeit der Gesellschafterliste erfährt, sofern er innerhalb angemessener Frist weder auf eine Korrektur noch auf die Eintragung eines Widerspruchs hinwirkt.¹¹³ Die Zurechenbarkeit wird hingegen dann nicht gegeben sein, wenn die Geschäftsführer ohne Wissen eines Gesellschafters eine falsche Liste einreichen, die die Rechtsstellung des Gesellschafters nunmehr unrichtig wiedergibt.¹¹⁴

Die (Mit-)Veranlassung bzw (Mit-)Verantwortung ist nicht mit Verschulden des wahren Berechtigten gleichzusetzen – dieses wird für die Zurechenbarkeit nicht vorausgesetzt. Die Zurechenbarkeit ist dann zu verneinen, wenn ein nicht geschäftsfähiger Berechtigter die

¹⁰⁵ Vgl Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 26.

¹⁰⁶ Lieder, Jura 2010, 801 (807); Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 102.

¹⁰⁷ S nur Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 16 Rz 33 mwN.

¹⁰⁸ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 105; Mayer, DNotZ 2008, 403 (421); Zessel, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 303 (304); Götze/Bressler, NZG 2007, 894 (897); Ebbing in Michalski, GmbHG I³ § 16 Rz 214.

¹⁰⁹ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

¹¹⁰ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

¹¹¹ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

¹¹² Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 16 Rz 34 mwN.

¹¹³ Ebbing in Michalski, GmbHG I³ § 16 Rz 213. Für noch weitere Beispiele der Zurechenbarkeit Wilhelm in FS Picker 837 (855).

¹¹⁴ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

Unrichtigkeit der Liste mitveranlasst hat (fehlende Zurechnungsfähigkeit). Gleiches gilt im Falle von *vis absoluta*.¹¹⁵

1.2. Beginn der Dreijahresfrist

Ausweislich der Gesetzesbegründung beginnt die Dreijahresfrist mit der Aufnahme (somit nicht bereits mit der Einreichung)¹¹⁶ der Gesellschafterliste in das Handelsregister, die “erstmalig einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist”.¹¹⁷ Damit ist der Fall gemeint, wenn die Liste bereits bei ihrer Aufnahme ins Handelsregister unrichtig war. Andererseits ist aber auch der Fall zu beachten, wenn eine Liste, die ursprünglich den Berechtigten richtig wiedergegeben hat, nachträglich unrichtig wird. Diesfalls beginnt die Dreijahresfrist in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem infolge des nachträglichen Wechsels der Inhaberschaft die Liste unrichtig geworden ist.¹¹⁸

Die Liste muss drei Jahre durchgehend unrichtig sein. Wird bezüglich eines Geschäftsanteils zwischenzeitlich eine richtige Liste eingereicht, so wird hinsichtlich dieses Geschäftsanteils die Dreijahresfrist unterbrochen. Unerheblich bleibt aber, ob nur eine einzige Gesellschafterliste durchgehend unrichtig ist oder ob mehrere unrichtige Gesellschafterlisten nacheinander in das Handelsregister aufgenommen wurden. Insoweit erfolgt eine Zusammenrechnung des Zeitraumes, in dem die unrichtigen Listen im Handelsregister aufgenommen waren.¹¹⁹ Wurde bspw. eine ungültige Anteilsübertragung vor vier Jahren vorgenommen und eine damit unrichtige Liste in das Handelsregister aufgenommen, dann ist die Dreijahresvoraussetzung auch erfüllt, wenn die Liste jedes halbes Jahr geändert wurde, aber aufgrund der einen unwirksamen Abtretung alle diese Listen hinsichtlich des in Frage stehenden Geschäftsanteils unrichtig waren.

2. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis

Wie schon aus dem Namen des Instituts des gutgläubigen Erwerbs ersichtlich wird, ist dieser nicht möglich, wenn der Erwerber nicht gutgläubig ist. Dies ist bei GmbH-Geschäftsanteilen dann der Fall, wenn der Erwerber von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste Kenntnis oder

¹¹⁵ Zum Ganzen statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 273; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 105, jeweils mwN.

¹¹⁶ Statt vieler *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 104 mwN.

¹¹⁷ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

¹¹⁸ Statt vieler *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 104 mwN.

¹¹⁹ Zum Ganzen s nur Begründung RegE BT-Drs 16/6140 39.

grob fahrlässige Unkenntnis hat – dem Erwerber somit „die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt“ ist (§ 16 Abs 3 3. S 1. Fall dGmbHG). Dabei ist die maßgebliche Kenntnis als Bewusstsein der fehlenden Rechtsinhaberschaft des Veräußerers zu definieren. Von grob fahrlässiger Unkenntnis hingegen wird dann gesprochen, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonderem (ungewöhnlich hohem) Maß außer Acht gelassen wird.¹²⁰

Bei Fehlen konkreter Verdachtsmomente wird das Unterlassen einer Due Diligence Prüfung bzw bestimmter Nachforschungen nicht als grob fahrlässige Unkenntnis zu werten sein.¹²¹ Sonst wäre das gesetzgeberische Ziel (insb Senkung der Transaktionskosten) konterkariert.¹²² Einen konkreten Verdachtsmoment bezüglich der Berechtigung des Verkäufers kann bspw die Kenntnis von einem Rechtsstreit über die Berechtigung des Veräußerers darstellen.¹²³

Für das Vorliegen von Kenntnis bzw grob fahrlässiger Unkenntnis ist grundsätzlich die Vollendung des Rechtserwerbs der maßgebliche Zeitpunkt. Dabei soll jedoch bei einer von den Parteien unabhängigen aufschiebenden Bedingung auf den Zeitpunkt der Einigung und nicht des Eintritts der aufschiebenden Bedingung abgestellt werden.¹²⁴

3. Widerspruch

Gemäß § 16 Abs 3 3. S 1. Fall dGmbHG scheidet des Weiteren der gutgläubige Erwerb dann aus, wenn der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet wurde. Die Zuordnung erfolgt in technischer Hinsicht durch Verbindung des elektronisch eingereichten Widerspruchs mit dem elektronischen Dokument der Gesellschafterliste im entsprechenden Registerordner.¹²⁵ Seine Wirkung entfaltet der Widerspruch nur hinsichtlich eines konkret bezeichneten Geschäftsanteils, sodass ein gutgläubiger Erwerb der übrigen Anteile weiterhin möglich ist.¹²⁶

¹²⁰ Zum Ganzen statt vieler *Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbH*²¹ § 16 Rz 38.

¹²¹ *Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht*¹⁹ § 16 Rz 88 mwN; *Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbH*²¹ § 16 Rz 38.

¹²² *Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht*¹⁹ § 16 Rz 88.

¹²³ *Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbH*²¹ § 16 Rz 38; *Heidinger in MünchKomm GmbHG I*³ § 16 Rz 277.

¹²⁴ Zum Ganzen statt vieler *Heidinger in MünchKomm GmbHG I*³ § 16 Rz 278; *Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbH*²¹ § 16 Rz 38, jeweils mwN.

¹²⁵ *Ebbing in Michalski, GmbHG I*³ § 16 Rz 226. Vgl § 9 der Handelsregisterverordnung (HRV).

¹²⁶ *Hasselmann, Die Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste, NZG* 2010, 207 (208 f) mwN; *Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*³ § 16 Rz 83.

Für die Wirksamkeit des Widerspruchs wird des Weiteren vorausgesetzt, dass dieser zugunsten des wahren Berechtigten erfolgt; ist das nicht der Fall, bspw wenn dieser zugunsten eines anderen Nichtberechtigten zugeordnet wurde, kann der Anteil trotzdem gutgläubig erworben werden.¹²⁷ Ein zugeordneter Widerspruch beeinträchtigt somit auch nicht die Möglichkeit, den Anteil vom wahren Berechtigten zu erwerben.¹²⁸

Gemäß § 16 Abs 3 S 4 dGmbHG erfolgt die Zuordnung eines Widerspruchs entweder aufgrund einer Bewilligung des Eingetragenen oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung. Für die Letztere wird die Glaubhaftmachung der Berechtigung an dem Geschäftsanteil vorausgesetzt,¹²⁹ nicht jedoch die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Rechts (§ 16 Abs 3 S 5 dGmbHG).

VI. Kritik an der deutschen Lösung

Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen wurde im Allgemeinen stark befürwortet.¹³⁰ Nichtsdestotrotz wurde das im MoMiG ausgewählte Modell des gutgläubigen Erwerbs beanstandet.¹³¹ Einige Details der Regelung wurden teilweise heftig kritisiert. Es wurde einerseits bemängelt, dass durch die Regelung nicht alle Fehlerquellen beim Erwerb von Geschäftsanteilen erfasst werden.¹³² Andererseits wurden rechtspolitische Bedenken geäußert, dass der wahre Berechtigte zu wenig geschützt sei.¹³³ Es wurde des Weiteren die Meinung vertreten, dass das gesetzgeberische Ziel der Senkung der Transaktionskosten nicht verwirklicht wird, da die Due Diligence Prüfung hinsichtlich früherer Anteilsveräußerungen in der Praxis nicht unterlassen bzw verkürzt wird.¹³⁴ Kritisiert wurden ua die Anknüpfung für den Beginn der Dreijahresfrist,¹³⁵ die Länge der maßgeblichen Frist,¹³⁶ die Ausgestaltung des Widerspruchs¹³⁷ sowie die mit dem Abstellen auf die Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der

¹²⁷ *Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*³ § 16 Rz 83.

¹²⁸ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 37.

¹²⁹ *Ebbing in Michalski, GmbHG I*³ § 16 Rz 228.

¹³⁰ Vgl zu rechtspolitischem Handlungsbedarf und Befürwortung der Einführung der deutschen Regelung Punkt D.II unten.

¹³¹ S unten Punkt B.VI.2.

¹³² Vgl *Wilhelmi in BeckOK GmbHG*³⁴ § 16 Rz 71 mwN.

¹³³ Vgl *Wilhelmi in BeckOK GmbHG*³⁴ § 16 Rz 71 mwN.

¹³⁴ *Schiemzik, Ein Überblick über aktuelle Entwicklungen, Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG*, NWB 2011, 2481 (2484 f).

¹³⁵ S Punkt B.VI.3 unten.

¹³⁶ S Punkt B.VI.3 unten.

¹³⁷ S dazu *Heilemann, Der gutgläubige Erwerb* 215 f. Zum Vorschlag, einen Widerspruch nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu löschen, falls einem Widerspruch kein gerichtliches Verfahren folgt s *Handelsrechtsausschuss*

Gesellschafterliste einhergehenden Probleme.¹³⁸ Mehrere Autoren äußerten ihre Skepsis gegenüber der Nichtzulassung eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs.¹³⁹

1. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger

Bereits die Benutzung der Gesellschafterliste – in der neuen Ausgestaltung – als Rechtsscheinträger kann in Frage gestellt werden.¹⁴⁰ Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollen durch die neue Regelung Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH geschaffen¹⁴¹ und die Richtigkeitsgewähr der Liste erhöht werden.¹⁴² Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zu fordern, dass eine hohe Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste sichergestellt ist.¹⁴³ Dies wird durch die Anwendung eines reinen Rechtsscheinprinzips nach Ablauf der Dreijahresfrist des § 16 Abs 3 S 2 dGmbHG vorausgesetzt.¹⁴⁴ Diese vom Gesetzgeber aufgestellten und aus verfassungsrechtlicher Sicht erforderlichen Anforderungen an die Gesellschafterliste wurden nach Ansicht einiger Autoren nicht oder nicht ausreichend erfüllt.¹⁴⁵

Um die Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu ermöglichen, muss insb auch die Aktualität der Gesellschafterliste gewährleistet werden.¹⁴⁶ Diese wurde durch die Mitwirkungspflicht des Notars bei der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister¹⁴⁷ sowie indirekt durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen zweifellos erhöht.¹⁴⁸ Nichtsdestotrotz sind mehrere Situationen möglich, bei

des DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2007, 211 (215); Kort, GmbHR 2009, 169 (175). Zu dem von der Literatur vorgeschlagenen Widerspruchsmo- dell iSv notwendigem Schutz gegen einen gutgläubigen Zwischenerwerb s Punkt B.IV.3 oben.

¹³⁸ S diesbezüglich Klöckner, NZG 2008, 841 (843); Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 200 f.

¹³⁹ S Punkt B.VI.4 unten.

¹⁴⁰ Vgl Rau, DStR 2006, 1892 (1897), der über einen „hinkenden“ Rechtsscheinträger spricht. Triebel/Otte halten demgegenüber die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger im Allgemeinen für „sinnvoll und praktikabel“ – s Triebel/Otte, Reform des GmbH-Rechts: MoMiG - ein vernünftiger Schritt zur Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber Strecke? ZIP 2006, 1321 (1326).

¹⁴¹ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 37.

¹⁴² Begründung RegE BT-Drs 16/6140 43.

¹⁴³ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 115.

¹⁴⁴ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 115.

¹⁴⁵ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 123. Zur fehlenden Richtigkeitsgewähr s auch Preuß, Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZGR 2008, 676 (701): „Letztendlich fehlen verbindliche Vorkehrungen, die eine weitgehende Richtigkeitsgewähr auch jenseits des Regelfalls sicherstellen könnten“.

¹⁴⁶ Wagner, Der gutgläubige Erwerb 115.

¹⁴⁷ S bereits Punkt B.II.1.2 oben.

¹⁴⁸ S diesbezüglich Punkt E.III.1 unten.

denen trotz materieller Gesellschafterstellung der Eigentümer eines Anteils nicht richtig in der Gesellschafterliste ausgewiesen wird.¹⁴⁹ Dies kann bspw dann der Fall sein, wenn ein Anteil unter einer aufschiebenden Bedingung erworben und der Notar (bzw die Geschäftsführung) über den Bedingungseintritt nicht informiert wurde.¹⁵⁰ In einem solchen Fall wird die Einreichungspflicht des Notars ins Leere laufen.¹⁵¹

Schon aus dem oben Gesagten wird ersichtlich, dass die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste nicht immer sichergestellt ist. Vor allem tragen die fehlende materielle Prüfung durch das Registergericht¹⁵² sowie die fehlende Prüfung der Identität bei Einreichung der Gesellschafterliste¹⁵³ (Missbrauchspotential) dazu bei, dass die Gesellschafterliste die materielle Rechtslage falsch wiedergeben kann. Insb sei eine Einreichung der Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer nicht geeignet, die erforderliche hohe Richtigkeitsgewähr herzustellen.¹⁵⁴ Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass eine absolute Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste gar nicht herstellbar ist. Auch wenn eine konstitutive Eintragung von Gesellschaftern einer GmbH in das Handelsregister (bzw in eine ins Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste), verbunden mit einer ausführlichen materiellen Prüfungspflicht seitens des Gerichts, die Richtigkeit weitestgehend gewährleisten würde, so ist die Herstellung einer absoluten Richtigkeit nicht möglich. Man kann hier insb an eine verstorbene natürliche Person als Gesellschafter bzw an Umgründungen von Gesellschaften, die Beteiligungen an der GmbH halten, denken. Wäre eine absolute Richtigkeitsgewähr der in der Gesellschafterliste dargestellten Gesellschafterverhältnisse möglich, so würde das bedeuten, dass es keine Situation gäbe, bei der eine in der Gesellschafterliste ausgewiesene Person Nichtberechtigter ist. In einem solchen Fall wäre ein gutgläubiger Erwerb also nicht nötig. Auch das Grundbuch genießt hinsichtlich der Liegenschaftseigentümer keine absolute Richtigkeitsgewähr (Möglichkeit der Ersitzung, Tod eines Eigentümers bzw Umgründungen von Gesellschaften mit Liegenschaftseigentum).

¹⁴⁹ Vgl *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 115 ff.

¹⁵⁰ Vgl *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 116 f.

¹⁵¹ *Preuß*, ZGR 2008, 676 (581); *Peetz*, Anmeldung einer Anteilsabtretung - eine eher unscheinbare Norm, GmbHHR 2006, 852 (859).

¹⁵² S Punkt E.III.1 unten.

¹⁵³ Zur diesbezüglichen Kritik s *Bednarz*, BB 2008, 1854 (1858); *Preuß*, ZGR 2008, 676 (700); *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (429); *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 171 ff.

¹⁵⁴ *Preuß*, ZGR 2008, 676 (700); *Grunewald* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZIP 2006, 685 (586); vgl *Heckschen*, Die GmbH-Reform - Wege und Irrwege, DStR 2007, 1442 (1450); *Harbarth*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE, ZIP 2008, 57 (61).

Folglich kann für die Gesellschafterliste nur ein bestimmtes – jedoch hohes – Maß an Richtigkeitsgewähr gefordert werden.

2. Ausgewähltes Modell des gutgläubigen Erwerbs

Auch das durch das MoMiG ausgewählte Modell des gutgläubigen Erwerbs wurde vielerseits kritisiert.¹⁵⁵ Bereits die Tatsache, dass die Regelung sich nicht ganz an die im deutschen Recht bisher bekannten Regeln über den Gutgläubenserwerb hält, wird als problematisch gesehen.¹⁵⁶ Bei der Gestaltung des § 16 Abs 3 dGmbHG wurden nämlich die im deutschen Recht bekannten Modelle, bei denen bspw der Besitz einer beweglichen Sache (gutgläubiger Erwerb gemäß § 932 BGB) oder ein rein hoheitlich geführtes Register (Grundbuch bei Liegenschaften - gutgläubiger Erwerb gemäß § 892 BGB) als Rechtsscheinträger gelten, nicht verwirklicht. Insofern wurde über einem „dritten Weg“ gesprochen, den der Gesetzgeber für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen bestritten hat.¹⁵⁷

Laut *Ziemons* führt eine Regelung des gutgläubigen Erwerbs, bei dem der Gesetzgeber nicht auf bereits Bewährtes zurückgreift, dazu, dass man sich „ohne Spikes und Streumittel“ auf „neues Glatteis“ begibt.¹⁵⁸ Auch *Goette* bezeichnete es als „im Ansatz bedenklich“, dass ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil nur deswegen verlieren kann, weil er „gegen eine unrichtige, nicht von ihm stammende oder von ihm autorisierte, sondern vom Geschäftsführer nach § 40 Abs 1 dGmbHG autonom erstellte Gesellschafterliste nicht eingeschritten ist“.¹⁵⁹ Diese Möglichkeit sei als konfliktträchtig anzusehen, weil „die Interessen der Gesellschafter nicht unbedingt deckungsgleich mit denen des Geschäftsführers sind“.¹⁶⁰

3. Anknüpfung für den Beginn des Zeitablaufs und Fristlänge

Ausweislich des § 16 Abs 3 S 2 dGmbHG ist für den Beginn der Dreijahresfrist der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Inhalt der Gesellschafterliste objektiv unrichtig geworden ist und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschafterliste bereits ursprünglich unrichtig war oder erst

¹⁵⁵ S diesbezüglich ausführlich *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 292 ff.

¹⁵⁶ Vgl bspw *Goette*, Stellungnahme zu: Regierungsentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalma&type=artikelgesetze&c=80&q=MoMiG&d=Stellungnahme_Goette.pdf (abgefragt 19.08.2017) 3: „Das entfernt sich weit von den unserem Recht bekannten Regeln über den Gutgläubenserwerb“.

¹⁵⁷ *Harbarth*, ZIP 2008, 57 (58); *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 27; vgl *Bednarz*, BB 2008, 1854 (1855).

¹⁵⁸ *Ziemons*, Mehr Transaktionssicherheit durch das MoMiG? BB Beilage 7/2006, 9 (12).

¹⁵⁹ *Goette*, Stellungnahme MoMiG 3.

¹⁶⁰ *Goette*, Stellungnahme MoMiG 3.

infolge weiterer Ereignisse unrichtig geworden ist.¹⁶¹ Dieser maßgebliche Zeitpunkt wurde heftig kritisiert.¹⁶² Obwohl ein „Gesellschafter“ seit mehr als drei Jahren in der im Handelsregister aufgenommenen Liste steht, bedeutet das nicht, dass ein Erwerber sich auf Berechtigung dieser Person oder auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs verlassen kann. Der in der Liste Eingetragene konnte nämlich aufgrund der innerhalb von den letzten drei Jahren eingetretenen Umstände seine Eigentümerstellung verlieren (zB durch eine nicht offengelegte Veräußerung des GmbH-Geschäftsanteils an einen Dritten). Wäre die Nichteintragung des tatsächlichen Berechtigten (nämlich des Dritten) diesem nicht zuzurechnen, so würde der gutgläubige Erwerb scheitern. Durch eine solche Lösung wird insoweit keine Rechtssicherheit gewährleistet. Der Rechtssicherheit könnte demgegenüber besser gedient werden, wenn auf den Zeitpunkt der Eintragung des Veräußerers abgestellt wird. Auch die Fristlänge der Regelung wurde von manchen kritisiert.¹⁶³ Einerseits wurde in Anlehnung an die Ersitzung des Eigentums an beweglichen Sachen¹⁶⁴ eine zehnjährige Frist postuliert.¹⁶⁵ Überwiegend wurde aber eine kürzere Frist für ausreichend erachtet.¹⁶⁶ Für eine kürzere Frist sollen nach *Heilemann* insb die einfache Kontrollmöglichkeit der Eintragungen in der Gesellschafterliste sowie die Tatsache, dass auch eine ein- bis zweijährige Frist den Zweck des Schutzes des wahren Berechtigten ebenfalls erfüllen würde, sprechen.¹⁶⁷

4. Kein lastenfreier Erwerb

Wie bereits im Punkt II kurz erwähnt, wurde ein lastenfreier gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen durch den Gesetzgeber nicht verwirklicht. Ein „Wegerwerb“ von dinglichen Rechten am Geschäftsanteil ist also nicht vorgesehen. Die auf dem Geschäftsanteil ruhenden dinglichen Belastungen erlöschen nicht durch einen gutgläubigen Erwerb, was vor dem Hintergrund ihrer fehlenden Eintragungsfähigkeit in das Handelsregister nachvollziehbar ist.

¹⁶¹ S bereits Punkt B.V.1.2 oben.

¹⁶² Vgl bspw *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 188 ff; *Schockenhoff/Höder*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG: Nachbesserungsbedarf aus Sicht der M&A-Praxis, ZIP 2006, 1841 (1843).

¹⁶³ Bspw *Preuß*, ZGR 2008, 676 (699 f); *Ziemons*, BB Beilage 7/2006, 9 (11). Manche anderen äußerten explizit kein Bedenken gegen die Möglichkeit des Verlusts der Eigentümerstellung bei dreijähriger Unrichtigkeit der Gesellschafterliste; s bspw *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 16 Rz 26. Es wurde auch eine „Wartefrist“ überhaupt für entbehrlich erachtet, so *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841 (1844 f).

¹⁶⁴ Vgl § 937 Abs 1 BGB.

¹⁶⁵ *Preuß*, ZGR 2008, 676 (698).

¹⁶⁶ S nur *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 184 ff, wo *Heilemann* einen kurzen Überblick über die Kritik der Fristlänge bietet.

¹⁶⁷ *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 185 f.

Nichtdestotrotz ist die Entscheidung, den lastenfreien Erwerb von GmbH-Geschäftsanteile nicht zuzulassen, rechtspolitisch nicht überzeugend.¹⁶⁸ So wurde vorgebracht, dass ein „erhebliches praktisches Bedürfnis“ besteht, einen die Lastenfreiheit umfassenden Gutglaubensschutz zuzulassen, dem keine höherwertigen Interessen entgegenstehen würden.¹⁶⁹ Durch das Fehlen des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs sei der (von dem Gesetzgeber angestrebte) Verkehrsschutz erheblich entwertet.¹⁷⁰ Bedenkt man nämlich die Tatsache, dass die Geschäftsanteile häufig verpfändet sind,¹⁷¹ so kann ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen uU lediglich einen schwachen Trost für den Erwerber darstellen, der dennoch den Ansprüchen der Pfandgläubiger ausgesetzt sein wird.

VII. Zusammenfassung des Kapitels

Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs, die durch das am 1. November 2008 in Kraft getretene MoMiG in Deutschland eingeführt wurde, stellt eine der wichtigsten Regelungen, die die internationale Wettbewerbsfähigkeit der GmbH als Gesellschaftsform fördern sollen, dar. Mit der Regelung des gutgläubigen Anteilserwerbs beabsichtigte man die Steigerung der Rechtssicherheit und Senkung der Transaktionskosten. Es ist nicht anzunehmen, dass diese Ziele in voll befriedigender Weise erreicht wurden.

Für das neu eingeführte Rechtsinstitut wurde die in die Registerakte der Registergerichte aufzunehmende Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger benutzt, auf deren Richtigkeit sich nunmehr potenzielle Erwerber von GmbH-Anteilen uU verlassen können. Auch wenn die Regelung sich teilweise am öffentlichen Glauben des Grundbuchs orientiert hat, konnte diese nicht so weitgehend wie die grundbuchsrechtliche Regelung gestaltet werden. Da es an der Vollständigkeitsvermutung hinsichtlich der Gesellschafterliste – und genauer gesagt, an der

¹⁶⁸ S. Ries, Stellungnahme zu: Regierungsentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalma&type=artikelgesetze&c=80&q=MoMiG&d=Stellungnahme_Ries.pdf (abgefragt 19.08.2017) 15; Verse in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 93; Zöllner, Übertragung von GmbH-Anteilen – Zwei rechtspolitische Grundsatzfragen, in *Gesellschaftliche Vereinigung* (Hrsg.), Die GmbH-Reform in der Diskussion Sondertagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) (2006) 175 (182 FN 17): „halbe Sache“; Bayer in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 74; Bayer, GmbHR 2011, 1254 (1255); Eidenmüller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168 (202); Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841 (1844); Rau, DStR 2006, 1892 (1899), der die Regelung des gutgläubigen Erwerbs ohne die Möglichkeit, auf die Belastungsfreiheit vertrauen zu können, als „nahezu wertlos“ bezeichnet und darauf verweist, dass die relevanten Belastungen doch den Wert des Geschäftsanteils „um ein Vielfaches übersteigen“ können.

¹⁶⁹ Leeser Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem Regierungsentwurf des MoMiG (2008) http://kups.ub.uni-koeln.de/7072/1/Dissertation_Marcel_Leeser_geschwaerzt.pdf (abgefragt 19.08.2017) 141 ff.

¹⁷⁰ Altmeyden in *Roth/Altmeyden*, GmbHG⁸ § 16 Rz 64.

¹⁷¹ Vgl. Ries, Stellungnahme MoMiG 15.

Vollständigkeit der Auflistung der Belastungen der in der Gesellschafterliste aufgelisteten Anteile (die Belastungen sind nämlich der Gesellschafterliste gar nicht zu entnehmen) – mangelt, ist insb kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb von GmbH-Anteilen möglich. Dies wurde vielfach kritisiert. Der gutgläubige Erwerb eines GmbH-Anteils ist dann nicht möglich, wenn die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist und die Liste (zum Zeitpunkt des Erwerbs des relevanten Geschäftsanteils) weniger als drei Jahre unrichtig ist, wenn der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist oder wenn dem Erwerber die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste vorzuwerfen ist.

Um die hohe Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zu gewährleisten, wurde nunmehr die Einreichungspflicht der Gesellschafterliste durch den an den relevanten Veränderungen an den Anteilen mitwirkenden Notar vorgesehen. Sofern die Mitwirkungspflicht von Notaren keine Anwendung findet, müssen die Geschäftsführer die geänderte Gesellschafterliste beim Gericht einreichen.

Obwohl einige Einzelheiten der Regelung teilweise heftig kritisiert wurden, so wurde die Regelung im Allgemeinen positiv aufgenommen. Weitere Änderungen des Gesetzes, die auch die Unzulänglichkeiten der aktuellen Rechtslage beheben könnten, scheinen aber – soweit ersichtlich – nicht geplant zu sein.

C. Status Quo in Österreich

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland gibt es zahlreiche Fälle, „in denen im Interesse des Gutgläubigen die Rechtsfolgen nach dem von der Rechtslage abweichenden Rechtsschein bewertet werden“.¹⁷² Solche Situationen sind dann gegeben, wenn der Gesetzgeber in der Abweichung von dem Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen darf als er selbst besitzt (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*), zu dem Schluss kommt, dass das Erwerbsinteresse eines gutgläubigen Erwerbers gegenüber dem Beharrungsinteresse des wahren Berechtigten überwiegt.¹⁷³ Als Beispiele aus dem österreichischen Recht sind insb der gutgläubige Eigentumserwerb an Sachen gemäß § 367 ABGB, Wertpapieren gemäß Art 16 Abs 2 WechselG bzw gemäß § 371 ABGB und Liegenschaften gemäß § 1500 ABGB, §§ 62 ff GBG zu nennen.

I. Herrschende Lehre

Ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich wurde vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Rsp und die hL haben die Möglichkeit, GmbH-Geschäftsanteile gutgläubig zu erwerben, nicht anerkannt.¹⁷⁴

¹⁷² Westermann, Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes, JuS 1963, 1 (1) hinsichtlich Deutschland.

¹⁷³ Vgl Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 34.

¹⁷⁴ OGH 4 Ob 588/71 SZ 44/125 = EvBl 1972/62 = HS 8505; 3 Ob 186/94 EvBl 1996/94 = RdW 1996, 360 = wbl 1996, 166 = HS 26.226 = HS 26.369 = HS 26.904 = ÖJZ-LSK 1996/156 = ÖJZ-LSK 1996/157 = ÖJZ-LSK 1996/54 = ÖJZ-LSK 1996/55; OLG Wien 28 R 28/04z NZ 2005/76; Gellis, GmbHG⁷ § 78 Rz 10; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 78 Rz 11; Leupold in Klang-Kommentar³ § 367 Rz 18; Petrasch/Verweijen in WK GmbHG¹ § 26 Rz 20; Torggler/Konwitschka in Österreichischer Juristentag (Hrsg), Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts: Referate und Diskussionsbeiträge (2008) 76; Haberer, Systembau oder Systembruch? Gutgläubiger Eigentumserwerb im österreichischen Zivil-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, in Domej/Dörr/Hoffmann-Nowotny/Vasella/Zelger (Hrsg), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008 Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität (2009) 407 (423); Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 422; Reich-Rohrwig, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488 (492); Reich-Rohrwig/Kurschel, Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts, ecolex 1991, 22 (23): „Die bisherige Rechtslage, wonach die „Jännerliste“ keinen Vertrauensschutz iSd § 15 HGB genoß, erfährt hingegen keine Änderung.“; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997) 2/278; P. Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen Zugleich ein Beitrag zur Notariatsaktpflicht (1991) 80 ff; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 71 f.

Ein GmbH-Geschäftsanteil kann nicht nach sachenrechtlichen Grundsätzen erworben werden,¹⁷⁵ weil ein Geschäftsanteil einen Inbegriff¹⁷⁶ (Gesamtheit¹⁷⁷ bzw Summe¹⁷⁸) von Rechten und Pflichten des Mitgliedes gegenüber der Gesellschaft darstellt.¹⁷⁹

Die Anwendung des § 367 ABGB – der den gutgläubigen Erwerb einer beweglichen Sache regelt – kann nicht gerechtfertigt sein, weil der Geschäftsanteil – als ein Bündel von Rechten und Pflichten – nach den Grundsätzen über die Abtretung von Forderungen übertragen wird.¹⁸⁰ Der gutgläubige Erwerb von Forderungen, ist – von einigen Ausnahmen abgesehen – jedoch gemäß § 1394 ABGB nicht vorgesehen.¹⁸¹

Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ist auch nicht nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen möglich, da GmbH-Geschäftsanteile nicht als Wertpapiere ausgestaltet werden dürfen.¹⁸²

Auch dem GmbHG selbst können keine Regelungen entnommen werden, die einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen vorsehen. Insb ist § 78 Abs 1 GmbHG nicht einschlägig. Diese Vorschrift sieht (im Interesse der Gesellschaft und nicht des Schutzes

¹⁷⁵ OGH 4 Ob 588/71 SZ 44/125 = EvBl 1972/62 = HS 8505. Dies obwohl eine Sache gemäß § 285 ABGB als alles, „was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient“, definiert wird. Trotzdem werden die Regeln des Sachenrechts in Regelfall aber nur auf körperliche Sachen anwendbar, was auch auf § 367 zutrifft. S *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (423).

¹⁷⁶ OGH 3 Ob 151/83 GesRZ 1984, 167 = NZ 1985, 71 = NZ-K 1985/110 = NZ-K 1986/202 = SZ 57/30 = EvBl 1984/78 = HS 14.339 = HS 14.345 = HS 15.118 = HS 15.121 = HS 39.078 = REDOK 4527; 1 Ob 533/90 ecollex 1991, 25 = GesRZ 1991, 101 = JBl 1991, 43 = RdW 1990, 378 = HS 20.286 = HS 20.486; 1 Ob 524/92 wbl 1993, 194 = ZfRV 1993/47 = EFSlg 70.419; 3 Ob 83/08i EvBl-LS 2008/3 = GesRZ 2008, 301 (*Frauenberger*) = ecollex 2008/378 = wbl 2008/260 = RdW 2008/675 = ZIK 2009/273 = JusGuide 2008/34/5968 = HS 39.078 = HS 39.407; RIS-Justiz RS0004168.

¹⁷⁷ OGH 1 Ob 524/92 wbl 1993, 194 = ZfRV 1993/47 = EFSlg 70.419; 3 Ob 238/02z ZIK 2003/86 = Jus-Extra OGH-Z 3512 = RdW 2003/324 = wbl 2003/204 = GBU 2003/07-08/04; 3 Ob 83/08i EvBl-LS 2008/3 = GesRZ 2008, 301 (*Frauenberger*) = ecollex 2008/378 = wbl 2008/260 = RdW 2008/675 = ZIK 2009/273 = JusGuide 2008/34/5968 = HS 39.078 = HS 39.407; *Schopper in Gruber/Harrer*, GmbHG § 75 Rz 5; vgl RIS-Justiz RS0004168: „Gesamtheit der Rechte“.

¹⁷⁸ OGH 3 Ob 108/95 ecollex 1996, 273 = HS 26.225 = HS 26.897 = HS 26.903; 3 Ob 249/00i ecollex 2002/170 = GBU 2002/07-08/11 = RdW 2002/454; 9 Ob 138/06v SZ 2007/70 = EvBl 2007/131 = GeS 2007, 291 = GesRZ 2007, 328 (*Thöni*) = RWZ 2007/84 (*Wenger*) = RdW 2007/747 = ecollex 2007/327 (*Reich-Rohrwig*) = RZ-EÜ 2007/462 = AnwBl 2007, 501 (*Bisanz*) = GBU 2007/09/01 = JusGuide 2007/31/4948; vgl OGH 4 Ob 550/92 RdW 1993, 111 = ecollex 1993, 322 = wbl 1993, 194 = ZfRV 1993/55 = wbl 1993, 194 = HS 22.705: „Summe der Anteilsrechte“.

¹⁷⁹ OGH 4 Ob 588/71 SZ 44/125 = EvBl 1972/62 = HS 8505.

¹⁸⁰ OGH 4 Ob 588/71 SZ 44/125 = EvBl 1972/62 = HS 8505. Dadurch wird jedoch noch nicht unbedingt entschieden, ob eine GmbH-Anteilsübertragung als Zession oder als Vertragsübernahme zu werten ist – vgl zur Diskussion *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008) 18 ff mwN.

¹⁸¹ *Ertl in Rummel*, ABGB II/III³ § 1394 Rz 2; *Lukas in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1394 Rz 13; *Heidinger in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1394 Rz 18 f; *Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB⁵ § 1394 Rz 2; *Thöni in Klang-Kommentar*³ § 1394 Rz 38; *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (423 f).

¹⁸² S ausführlich unten Punkt G.II.1.

des Rechtsverkehrs)¹⁸³ vor, dass – im Verhältnis zur Gesellschaft – nur derjenige als Gesellschafter gilt, der im Firmenbuch als solcher aufscheint. Die Reichweite des § 78 Abs 1 GmbHG beschränkt sich somit nur auf das „Innenverhältnis“.

Die Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch genießt nach ganz hL auch keinen Vertrauensschutz nach § 15 UGB.¹⁸⁴ Das Gleiche galt auch bereits hinsichtlich der früher in Österreich vorhandenen Gesellschafterliste.¹⁸⁵

Die früher vereinzelt vertretene Meinung,¹⁸⁶ dass der Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten zulässig sei, hat sich in Österreich nicht durchgesetzt. Auch die Tatsache, dass eine solche Regelung sehr nützlich sein könnte,¹⁸⁷ kann nichts daran ändern, dass eine solche Möglichkeit durch die Handlung des Gesetzgebers eingeführt werden müsste.

II. Die den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen behandelnden Meinungen

Auch wenn der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen durch die Rsp und die hL nicht anerkannt wurde, so wurde in der Vergangenheit, insb iZm der Entstehung und dem Inkrafttreten des FBG, teilweise vertreten, dass der Erwerb vom Nichtberechtigten zulässig sei.¹⁸⁸

So erörterte *Nowotny* die Gefahr, dass ein GmbH-Gesellschafter ohne sein Wissen durch fehlerhafte Übertragung der Daten aus der Gesellschafterliste nicht in das Firmenbuch eingetragen wird.¹⁸⁹ Nach *Nowotny* könne diese Tatsache uU der Grund dafür sein, dass der Gesellschafter seinen Anteil verlieren würde, weil „ein Dritter im Vertrauen auf die Vollständigkeit der Firmenbucheintragung gutgläubig (...) den Geschäftsanteil von dem eingetragenen „Nicht-Gesellschafter“ erwirbt“.¹⁹⁰

Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten wurde auch von *Schummer* vertreten. Ein Dritter wäre nach *Schummer* nämlich „durch die positive bzw negative Publizität

¹⁸³ *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 78 Rz 1 mwN.

¹⁸⁴ Vgl Punkt C.III unten.

¹⁸⁵ Vgl OGH 3 Ob 21/90 RZ 1990/74 = GesRZ 1991, 101 = ecolex 1990, 417 = RZ 1990/74 = HS 20.253 = HS 20.293.

¹⁸⁶ Vgl diesbezüglich gleich unten Punkt C.II.

¹⁸⁷ S zum rechtspolitischen Handlungsbedarf ausführlich Kapitel D unten.

¹⁸⁸ *Nowotny*, Anteilbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, RdW 1991, 71 (72); *Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecolex 1991, 319 (320); *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 11.

¹⁸⁹ *Nowotny*, RdW 1991, 71 (72).

¹⁹⁰ *Nowotny*, RdW 1991, 71 (72).

(§ 15 Abs 1 und 2 HGB) [des Firmenbuches] geschützt“.¹⁹¹ Als Argument dafür brachte er vor, dass mit den Änderungen des GmbHG, die am 1. Januar 1991 in Kraft getreten sind, dem „öffentlichen Interesse an der Frage, wer gerade Gesellschafter ist [...] hinreichend Genüge getan“ wurde.¹⁹²

Eiselsberg/Schenk/Weißmann gehen davon aus, dass ein gutgläubiger Erwerb infolge des Inkrafttretens des FBG möglich geworden ist.¹⁹³ Sie gehen auf den Unterschied zwischen dem Anteilbuch als einer Privaturkunde und der Eintragung der Gesellschafter in „ein öffentliches Buch“ (Firmenbuch) ein. Nunmehr seien „auch die Gesellschafter in dem Publizitätsschutz gemäß § 15 HGB genießenden Hauptbuch eingetragen“.¹⁹⁴ Sie weisen darauf hin, dass sich die „rechtliche Qualität“ der die Gesellschafter betreffenden Daten geändert habe und „durch die Eintragung der Gesellschafter in ein öffentliches Buch samt daran anknüpfender Bekanntmachung [...] zweifellos eine Neuqualifizierung der mit den Geschäftsanteilen verbundenen Rechte und Pflichten vorzunehmen“ sei.¹⁹⁵

Eiselsberg/Schenk/Weißmann haben sich darüber hinaus mit der Frage beschäftigt, ob Dritten nunmehr Rechte an Geschäftsanteilen eingeräumt werden können (wie etwa Pfandrechte, Fruchtgenussrechte, Belastungs- und Veräußerungsverbote), die sich von gesellschaftsvertraglichen Belastungs- und Übertragungsbeschränkungen unterscheiden und trotzdem dingliche Wirkung haben können.¹⁹⁶ In Anbetracht der Ausführungen von *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* zum Publizitätsschutz gemäß § 15 HGB (jetzt UGB) könnte damit implizit die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs angesprochen werden. Ohne die Frage selbst beantwortet zu haben, sind *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* davon ausgegangen, dass „die Eintragung der Verpfändung im Handelsregister“ neu zu überdenken sei.¹⁹⁷ Auch hinsichtlich Fruchtgenussrechte und außergesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte haben die Autoren für die Anstellung „grundsätzlich ähnlicher Überlegungen“ plädiert.¹⁹⁸

Somit zeigt sich, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des FBG die Bedeutung des § 15 HGB iZm der Eintragung von Gesellschaftern im Firmenbuch keineswegs eindeutig interpretiert

¹⁹¹ Schummer, *ecolex* 1991, 319 (320).

¹⁹² Schummer, *ecolex* 1991, 319 (320).

¹⁹³ Vgl. *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 11.

¹⁹⁴ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 11.

¹⁹⁵ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 11.

¹⁹⁶ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 12 ff.

¹⁹⁷ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 13.

¹⁹⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 15.

wurde. Am Beispiel der Ausführungen von *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* ist ersichtlich, dass auch die Eintragung von dinglichen Rechten ins Firmenbuch und möglicherweise auch der damit verbundene gutgläubige lastenfreie Erwerb zumindest ernsthaft in Erwägung gezogen wurden.

III. Stellungnahme zur Regelung *de lege lata*

Obwohl GmbH-Geschäftsanteile nicht mit Hilfe von sachenrechtlichen¹⁹⁹ oder wertpapierrechtlichen²⁰⁰ Grundsätzen gutgläubig erworben werden können, so ist der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten aufgrund der Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch denkbar. Die Eintragung der Gesellschafter einer GmbH in das Firmenbuch²⁰¹ könnte einen notwendigen Rechtsschein hervorrufen. Als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs wäre insb § 15 UGB denkbar,²⁰² der die Publizität des Firmenbuches zum Gegenstand hat. Insb wäre an § 15 Abs 1 bzw 3 UGB zu denken. § 15 Abs 2 UGB betrifft demgegenüber den Ausschluss des Vertrauensschutzes infolge der Eintragung bzw die Verlängerung der negativen Publizität und kann somit bei den Überlegungen zur grundsätzlichen Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs außer Betracht bleiben.

§ 15 UGB (früher HGB) stellt seit Jahrzehnten eine Rechtsmaterie dar, die oft Thema juristischer Auseinandersetzungen war und in vielerlei Hinsicht begutachtet wurde. Auch die Möglichkeit, GmbH-Geschäftsanteile gutgläubig zu erwerben, wurde bereits mehrmals unterschiedlich ausführlich analysiert.²⁰³ Dabei wurden keine bzw nur einige der Auslegungsmethoden ausdrücklich erwähnt. Vielmehr wurde auf die bereits vorliegende Lehre und Rsp zurückgegriffen, in die jedoch die methodischen Argumente bereits mittelbar eingeflossen sind.²⁰⁴ Nun sollen §§ 15 Abs 1 und 3 UGB anhand der grammatischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegungsmethoden untersucht werden. Insb

¹⁹⁹ S oben Punkt C.I.

²⁰⁰ Da GmbH-Anteile keine Wertpapiere sein können, s unten Punkt G.II.1.

²⁰¹ Vgl § 5 Z 6 FBG, die diese Eintragungspflicht vorsieht.

²⁰² Dafür *de lege ferenda* bereits *Jud*, Jännerliste und Publizität, NZ 1983, 70 (76); *de lege lata* Nowotny, RdW 1991, 71 (72); *Schummer*, *ecolx* 1991, 319 (320); vgl *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (425 ff).

²⁰³ Vgl bereits oben Punkt C.II und gleich unten Punkte C.III.1.1 bis C.III.1.4.

²⁰⁴ Vgl *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 20: „Die zutreffende Beobachtung, dass in der juristischen Arbeit am Einzelproblem keineswegs schulmäßig alle Methoden ausdrücklich „durchprobiert“ zu werden pflegen, erklärt sich keineswegs aus deren allein vom Wunschergebnis bestimmtem Ansatz, sondern – neben den begrenzten Zeitressourcen – völlig zureichend daraus, dass in vielen Fällen die konkrete Unergiebigkeit bestimmter Methoden von vornherein evident ist oder dass bestimmte Methoden offenbar für die Lösung ausreichen. Oft wird überhaupt keines der Auslegungskriterien ausdrücklich diskutiert, sondern nur unter Berufung auf bereits vorliegende Lehre und Rechtsprechung argumentiert. In diese sind aber die methodischen Argumente bereits früher eingegangen“.

bei der grammatischen Auslegung werden in die Überlegungen auch Argumente der Lehre einfließen, die sich auf den Wortlaut des §§ 15 Abs 1 bzw 3 UGB stützen, die aber nicht notwendigerweise immer der grammatischen Auslegung zuzurechnen sind und zwar deswegen, weil bereits eine oder mehrere anderen Auslegungsmethoden in die Forderungen an ein gewisses Verständnis des Wortlauts eingeflossen sind. Bei diesen Forderungen aus der Lehre wird also besondere Vorsicht geboten sein.

1. Gutgläubiger Erwerb nach § 15 Abs 1 UGB?

Um § 15 Abs 1 als potenzielle Grundlage für den gutgläubigen Erwerb *de lege lata* zu veranschaulichen, wird hier kurz ein Beispiel dargestellt, auf das bei der Auslegung öfters eingegangen wird.

Ein Altgesellschafter (A) verkauft wirksam seinen Geschäftsanteil dem Ersterwerber (B) (der nun ein wahrer Berechtigter geworden ist), der jedoch aufgrund der versäumten Bekanntmachung der Transaktion den Geschäftsführern gegenüber nicht ins Firmenbuch eingetragen wird. Später verkauft Altgesellschafter (A) den (in Wirklichkeit dem Ersterwerber (B) gehörenden) Anteil dem von der ersten Transaktion keine Kenntnis habenden Zweiterwerber (C), der sogar Einsicht in das Firmenbuch nimmt und darauf vertraut, dass der im Firmenbuch ausgewiesene Gesellschafterstand der tatsächlichen Rechtslage entspricht.

In diesem Fall wäre die Berufung seitens des Zweiterwerbers (C) auf § 15 Abs 1 UGB, der den „Vertrauensschutz infolge fehlender Eintragung“²⁰⁵ regelt, zumindest denkbar. In diesem Fall fehlt nämlich die Eintragung des Ersterwerbers (B). Andererseits kann auch § 15 Abs 3 UGB angedacht werden, weil es sich bei der vorhandenen Eintragung des Altgesellschafters (A) um eine unrichtige Eintragung handelt. Da diese Eintragung aber im Nachhinein (mit dem Gesellschafterwechsel) unrichtig geworden ist und nicht bereits ursprünglich unrichtig war, ist § 15 Abs 1 UGB Vorzug zu geben.²⁰⁶

²⁰⁵ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 15 Rz 5; Schenk in Straube, HGB³ § 15 Rz 2.

²⁰⁶ Vgl Völkl/Ettmayer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 15 Rz 21; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 34 und 130; Dehn in Krejci, Reform-Kommentar § 15 UGB Rz 1.

1.1. Grammatische Auslegung

Bei der Interpretation des § 15 Abs 1 UGB soll zuerst auf den Wortlaut eingegangen werden.²⁰⁷ Wird durch das Gesetz kein besonderes Verständnis der im Gesetzestext verwendeten Worte angeordnet (Legaldefinitionen), so darf zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abgestellt werden.²⁰⁸ Werden durch eine Rechtsmaterie bestimmte Bevölkerungsgruppen angesprochen, so soll man auf einen spezielleren Sprachgebrauch dieser Gruppen abstellen.²⁰⁹ § 15 Abs 1 UGB legt Folgendes fest: „Solange eine in das Firmenbuch einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.“

1.1.1. „In das Firmenbuch einzutragende Tatsache“

Bei der Eintragung des Gesellschafters (Name und Geburtsdatum bzw Firmenbuchnummer sowie der Höhe der Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen; § 11 S 2 GmbHG) kann argumentiert werden, dass es sich um eine in das Firmenbuch einzutragende Tatsache handelt. Die Form der Anmeldung – die Anmeldung zum Firmenbuch benötigt gemäß § 11 FBG nicht der beglaubigten Form – soll hier nicht relevant sein. Dass es sich um eine einzutragende Tatsache handelt, könnte aus § 26 Abs 1 S 1 GmbHG abgeleitet werden. Danach müssen die Geschäftsführer ua den Übergang eines Geschäftsanteils, sobald dieser den Geschäftsführern nachgewiesen wird, in der zur Vertretung notwendigen Anzahl unverzüglich zum Firmenbuch anzumelden. Den Geschäftsführern steht dabei kein Ermessen zu („haben die Geschäftsführer [...] anzumelden“) und die Nichtbefolgung des Gesetzes kann sogar eine persönliche Haftung der Geschäftsführer zur Folge haben (§ 26 Abs 2 S 1 GmbHG). Auf den ersten Blick ergäbe sich somit, dass es sich um eine in das Firmenbuch einzutragende Tatsache handelt.

Diese Interpretation ist aber zweifelhaft. Es kann sich nämlich bei den einzutragenden Tatsachen iSv § 15 Abs 1 UGB um solche handeln, die in jedem Fall einzutragen sind. Das Wort „einzutragenden“ legt nahe, dass es sich um eine Pflicht zur Eintragung handeln muss.

²⁰⁷ Zur grammatischen (auch wörtliche bzw sprachliche Auslegung genannt) Auslegung s bereits § 6 ABGB; vgl Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 59 ff; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 7 ff; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 6 Rz 5 ff; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁵ § 6 Rz 3; Egger in Schwimann, ABGB Taschenkommentar⁴ § 6 Rz 2.

²⁰⁸ F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² 27.

²⁰⁹ F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² 27.

Sind die Tatsachen nur uU eintragungspflichtig, steht das Ergebnis der Auslegung nicht ohne Weiteres fest. Ein Gesellschafterwechsel ist jedoch nur dann einzutragen, sofern dieser der Gesellschaft nachgewiesen wird (§ 26 Abs 1 S 1 GmbHG). Eine potenzielle Möglichkeit wäre es, den Gesellschafterwechsel insgesamt als bloß eintragungsfähig anzusehen, weil es keine Pflicht gibt, diesen in jedem Fall einzutragen. Diesfalls wäre das Vorliegen einer „einzutragenden“ Tatsache zu verneinen. Eine andere potenzielle Möglichkeit wäre aber zwischen einem nachgewiesenen und nicht nachgewiesenen Gesellschafterwechsel zu unterscheiden. Ist nämlich dieser nachgewiesen, so handelt sich es in diesem Fall durchaus um eine „einzutragende“ Tatsache,²¹⁰ welche die Geschäftsführer anzumelden haben. Ob diese Unterscheidung zwischen einem nachgewiesenen und nicht nachgewiesenen Gesellschafterwechsel auch gerecht erscheint und durch den Gesetzgeber so gewollt war bzw zur Kenntnis genommen wurde, lässt sich im Wege der grammatischen Auslegung nicht beantworten. Auch die hL vertritt die Meinung, dass durch § 15 Abs 1 UGB nur die Tatsachen umfasst sein sollen, die eintragungspflichtig sind.²¹¹ Die Vorgänge, die bloß eintragungsfähig (aber nicht eintragungspflichtig) sind, sind davon nicht umfasst.²¹² Da die Alt- und Neugesellschafter den Gesellschafterwechsel nicht bekanntgeben bzw nachweisen müssen (obwohl sie es im Regelfall machen), soll in solchen Fällen § 15 Abs 1 nicht zur Anwendung gelangen.²¹³ Mit anderen Worten ist ein Gesellschafterwechsel nicht „schlechthin“ einzutragen, sondern nur bei einem gegenüber der Gesellschaft nachgewiesenen Gesellschafterwechsel.²¹⁴ Wird man trotz dieser Bedenken der Meinung folgen wollen, wonach die Eintragung der GmbH-Gesellschafter, zumindest bei Vorliegen eines Nachweises gegenüber der Gesellschaft, eine „einzutragende“ Tatsache sei, so ergäbe das für den ersten oben dargestellten Fall insoweit Folgendes: Ist der Ersterwerber (B) nicht im Firmenbuch eingetragen, so darf die Tatsache, dass

²¹⁰ Dagegen kann aber vorgebracht werden, dass der mangelnde oder fehlende Nachweis einer Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft für die Schutzwürdigkeit des Dritten völlig irrelevant ist; so *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 71.

²¹¹ *Völkl/Ettmayer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 15 Rz 6; *Völkl/Ettmayer* weist noch darauf hin, dass die Verpflichtung zur Eintragung sich aus dem Gesetz ergeben muss, weil „rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zur Eintragung nicht dem Verkehrsschutz dienen“; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 35 und 44 ff; nach *Zib* sind „anmeldepflichtig“ idS die Tatsachen, die „anmeldepflichtig oder amtswegig einzutragen“ sind sowie solche Vorgänge, „bei denen eine Eintragungspflicht ausnahmsweise auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung zu bejahen ist“ – s *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 35.

²¹² *Völkl/Ettmayer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 15 Rz 6; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 36; aA *Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar § 15 UGB Rz 5.

²¹³ Vgl *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 71.

²¹⁴ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 71.

er Eigentümer des Geschäftsanteils geworden ist, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, dem Zweiterwerber (C) nicht entgegengesetzt werden, soweit es sich bei dem Zweiterwerber (C) um einen „Dritten“ handelt.

1.1.2. „Dritter“

Eine Legaldefinition des Begriffs „Dritter“ ist – zumindest im ABGB, UGB bzw GmbHG – nicht ersichtlich. Es wird davon ausgegangen, dass ein Dritter eine (natürliche oder juristische) Person sein kann, „die von der einzutragenden Tatsache nicht selbst betroffen ist“, ²¹⁵ was bspw nicht auf eine Person zutreffen wird, die zugleich Partei der relevanten Rechtsbeziehung (bspw eines Vertrages) ist. Im gegenständlichen Fall sind der zu Unrecht Eingetragene (Verkäufer A) und der wahre Berechtigte (Erstkäufer B) als „Parteien“ oder besser „Nicht-Dritte“ anzusehen. Durch das Rechtsgeschäft zwischen diesen Personen wurde die nachträgliche Unrichtigkeit der Eintragung hervorgerufen, auf die sich nun der Zweitkäufer (C) berufen will. Für den gegenständlichen Fall ist es hingegen ohne Bedeutung, ob die Gesellschaft selbst hinsichtlich unrichtiger Eintragungen als „Dritte“ oder als „Nicht-Dritte“ anzusehen ist.

In der Literatur wird als Dritter nur eine Person angesehen, „die von der einzutragenden Tatsache nicht selbst betroffen ist“. ²¹⁶ Für die Beantwortung der Frage wer Dritter ist, ist der Normzweck maßgeblich. ²¹⁷ Insb sind die Personen, in deren Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, keine Dritten. ²¹⁸ Weiter wird ausgeführt, dass grundsätzlich Gesellschafter oder Geschäftsführer keine Dritten iSd § 15 Abs 1 UGB sind. ²¹⁹ Doch auch ein Gesellschafter soll (ausnahmsweise) Dritter sein können, wenn dieser auf das Firmenbuch als Informationsquelle angewiesen ist. ²²⁰

Anhand dieser in der Lehre ausgearbeiteten Anforderungen an die Person des Dritten, lässt sich argumentieren, dass der Zweiterwerber (C) den Begriff des Dritten erfülle. In dem gegenständlichen Fall ist der Zweiterwerber (C) von der (unterlassenen) Eintragung des Ersterwerbers (B) nicht unmittelbar selbst betroffen. Als „selbst betroffen“ sind nur der Veräußerer (A) – der kein Eigentümer mehr ist und somit aus dem Firmenbuch gelöscht werden

²¹⁵ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 15 Rz 10.

²¹⁶ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 15 Rz 10; vgl Schenk in Straube, HGB³ § 15 Rz 6.

²¹⁷ Mollnhuber in Torggler, UGB² § 15 Rz 9.

²¹⁸ Mollnhuber in Torggler, UGB² § 15 Rz 8; Völkl/Ettmayer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 15 Rz 4; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 77.

²¹⁹ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 15 Rz 10; Mollnhuber in Torggler, UGB² § 15 Rz 9; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 77.

²²⁰ Mollnhuber in Torggler, UGB² § 15 Rz 9; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 77.

soll – und der Ersterwerber (B) – der Eigentümer geworden ist und nun im Firmenbuch aufscheinen soll – einzustufen. Was in der Zukunft mit dem Geschäftsanteil passiert (Übertragung auf Zweiterwerber (C)), ist für die unterlassene Eintragung des Ersterwerbers (B) ohne Bedeutung. Der Zweiterwerber (C) ist auf das Firmenbuch als Informationsquelle angewiesen. Er hat in das Firmenbuch sogar Einsicht genommen und sich auf die relevante Eintragung verlassen. Dass der Zweiterwerber (C) in unserer Konstellation (im Nachhinein) uU eine Gesellschafterstellung erlangen soll, bedeutet nicht, dass er iZm § 15 Abs 1 UGB bereits bei der Prüfung der Voraussetzungen von § 15 Abs 1 UGB als Gesellschafter zu behandeln ist und damit durch die Vorschrift nicht geschützt wäre. Die besseren Gründe sprechen dafür, in dem hier vorliegenden Fall den Zweiterwerber (C) als einen Dritten zu behandeln, der von der Schutzwirkung des § 15 Abs 1 UGB grundsätzlich umfasst ist.

1.1.3. „Derjenige, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache einzutragen war“

Es bleibt noch zu bestimmen, wer als derjenige, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache einzutragen war, angesehen werden soll. Auf den ersten Blick wäre es möglich, dass es sich um die Gesellschaft selbst, um den Altgesellschafter (A) oder den Ersterwerber (B) (bzw mehrere von diesen drei Personen) handeln kann. Für den Schutz vom Zweiterwerber (C) ist es notwendig, dass diese Voraussetzung hinsichtlich des Ersterwerbers (B) zutrifft. Wenn der Ersterwerber (B) seine Gesellschafterstellung dem Zweiterwerber (C) nicht entgegenhalten kann, dann könnte der Zweiterwerber (C) aufgrund seiner Gutgläubigkeit und der Verfügung vom Altgesellschafter (A) uU zum Gesellschafter werden bzw zumindest als solcher durch den Ersterwerber (B) zu behandeln sein.

Geht man vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, wäre es denkbar, dass diese Voraussetzung in unserem Fall sowohl auf den Ersterwerber (B), als auch auf den ehemaligen Gesellschafter (A) zutreffen könnte. Eine Eintragung des Ersterwerbers (B) in das Firmenbuch geschieht „in dessen Angelegenheiten“ und das trotz der Tatsache, dass sich dadurch seine Eigentümerstellung nicht verändert (keine konstitutive Wirkung der Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch). Auch wenn § 78 Abs 1 GmbHG nur das Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern betrifft, so geht daraus hervor, dass der Ersterwerber (B) nicht nur ein faktisches, sondern auch ein rechtliches Interesse an seiner Eintragung in das Firmenbuch haben kann. Als Folge der Eintragung kann er gemäß § 78 Abs 1 GmbHG seine Rechte gegenüber der Gesellschaft geltend machen. Diese Feststellung wird

durch den klagbaren Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Anmeldung in das Firmenbuch²²¹ zumindest indiziert.

Der Wortlaut der Vorschrift lässt sich dahingehend auslegen, dass ein neuer Gesellschafter (in unserem Fall der Ersterwerber (B)) als derjenige zu bezeichnen ist, „in dessen Angelegenheiten“ die Tatsache, dass der Eigentümer eines Geschäftsanteils sich geändert hat, einzutragen ist.

Nach der Lehre sollen mit den Worten „von demjenigen, in dessen Angelegenheiten [eine Tatsache] einzutragen war“ all jene Personen umfasst sein, die „durch die Eintragung und Bekanntmachung entlastet, aus einer Haftung befreit oder von der Bindung an eine Vertretungsmacht gelöst werden sollen“²²² bzw diejenigen, die die Firmenbucheintragung üblicherweise (typischerweise) beeinflussen können,²²³ insb der eingetragene Rechtsträger, uU auch die Vertreter und die Gesellschafter.²²⁴ Diese Personen müssen sich den Rechtsschein zurechnen lassen.²²⁵ Wird auf die von der Lehre entwickelte Voraussetzungen abgestellt, so wird ersichtlich, dass es sich beim Ersterwerber (B) nicht um jemanden handelt, der durch die Eintragung entlastet, von der Haftung befreit oder von der Bindung an eine Vertretungsmacht gelöst werden soll. Der GmbH-Gesellschafter haftet nämlich nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, vertritt die Gesellschaft nicht ohne Weiteres und ist auch nicht durch seine Eintragung entlastet. Andererseits kann ein Gesellschafter die Firmenbucheintragung zumindest mittelbar²²⁶ beeinflussen. Einige Literaturmeinungen nennen einen Gesellschafter explizit als ein uU mögliches Beispiel für denjenigen, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache einzutragen war. Einen wie hier besprochenen Fall spricht *Zib* an und vertritt die Auffassung, dass ein GmbH-Gesellschafter hinsichtlich seiner Gesellschafterstellung nicht als derjenige gilt, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache einzutragen war.²²⁷ Insb sei dies nicht der Fall hinsichtlich eines Ersterwerbers (B) bei Doppelveräußerung von Geschäftsanteilen.²²⁸

²²¹ Vgl OGH 6 Ob 64/06i GES 2006, 308 = ecolex 2006/362 = wbl 2006/250 = GesRZ 2006, 272 = RdW 2006/587 = NZ 2007, 29 = AnwBl 2008, 151 = GBU 2006/09/03 = HS 37.011 = HS 37.012 = HS 37.122 = HS 37.481 = HS 37.482; *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 21; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 11 mwN.

²²² *Völkl/Ettmayer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 15 Rz 9.

²²³ *Mollnhuber* in *Torggler*, UGB² § 15 Rz 8; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 62.

²²⁴ Ausführlich *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 63 f; vgl auch *Mollnhuber* in *Torggler*, UGB² § 15 Rz 8.

²²⁵ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 62.

²²⁶ Nachweis des Gesellschafterwechsels gegenüber Geschäftsführer, ggf Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers bzw Klage auf Vornahme der Anmeldung; dazu kurz unten Punkt C.III.1.2.1.

²²⁷ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 64 und 72.

²²⁸ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 64 und 72.

Diese Ausführungen der Lehre stützen sich teilweise nicht nur auf die grammatische Auslegung, sondern sind ein Ergebnis anderer Auslegungsmethoden. Es ist aber durchaus vertretbar aufgrund der grammatischen Auslegung (und auf den allgemeinen Sprachgebrauch abstellend vielleicht sogar geboten) einen im Firmenbuch nicht eingetragenen Gesellschafter (Ersterwerber (B)) als jemanden, in dessen Angelegenheiten ein Gesellschafterwechsel einzutragen war, zu qualifizieren.

1.1.4. Zwischenergebnis zur grammatischen Auslegung

Basierend auf dem allgemeinen Sprachgebrauch wird ersichtlich, dass es sich im gegenständlichen Fall bei dem gutgläubigen Zweiterwerber (C) um einen „Dritten“ und bei dem nicht eingetragenen Ersterwerber (B) um denjenigen, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache – nämlich der Gesellschafterwechsel – einzutragen ist, handeln kann. Die Voraussetzung, dass es sich beim Gesellschafterwechsel um eine „einzutragende“ Tatsache handeln muss, kann zumindest dann bejaht werden, wenn ein Gesellschafterwechsel der Gesellschaft nachgewiesen ist. Soweit man also nicht der Ansicht folgt, dass es sich bei einem Gesellschafterwechsel insgesamt um keine „einzutragende“ (weil bloß eintragungsfähige) Tatsache handelt, ist ein gutgläubiger Erwerb nach dem bloßen Wortlaut des § 15 Abs 1 UGB in dem gegenständlichen Fall möglich.

Da der bloße Wortlaut aber nur bedingt dem Willen des Gesetzgebers entsprechen mag, soll dieses Ergebnis noch mit weiteren Argumenten untermauert oder widerlegt werden.

1.2. Systematische Auslegung

In einem weiteren Schritt ist eine systematische Auslegung vorzunehmen. Diese basiert auf dem Gedanken, dass Schlüsse auf den Anwendungsbereich einer Norm auch aus „dem Aufbau eines Gesetzes“ und „dem jeweiligen Standort einer Norm“ gezogen werden können.²²⁹ Es ist auch darauf abzustellen, bei welchem Auslegungsergebnis § 15 Abs 1 UGB in die Rechtsordnung als Ganzes widerspruchsfrei passen würde. Grundsätzlich soll die Vorschrift mit anderen Normen vereinbar sein. Im Hinblick auf § 15 Abs 1 UGB können insb die

²²⁹ *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 78. Zur systematischen Auslegung vgl *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 78 ff; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 10 ff; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 6 Rz 11 ff; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁵ § 6 Rz 4; *Egger* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 6 Rz 3, jeweils mwN.

verfassungsrechtliche Problematik²³⁰, das „Zusammenpassen“ der Regelung von § 15 Abs 1 UGB mit dem gesamten Rechtssystem sowie deren Vereinbarkeit mit den im Privatrecht entwickelten Prinzipien maßgeblich sein.

1.2.1. Verfassungsrechtliche Bedenken

Wie bei allen einfachgesetzlichen Regelungen soll auch bei der Auslegung einer Norm, die einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ermöglichen könnte, auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben geachtet werden.²³¹ Da der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten einen Verlust der Eigentümerstellung des wahren Berechtigten bedeutet, ist die Regelung nach der Maßgabe des verfassungsrechtlich verankerten Eigentumsschutzes zu messen.²³² Maßgeblich dafür sind insb Art 5 StGG, der die Unverletzlichkeit des Eigentums statuiert (S 1) und die Möglichkeit einer Enteignung gegen den Willen des Eigentümers einem gesetzlichen Vorbehalt unterstellt (S 2), Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention²³³ und Art 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union²³⁴.

Da es sich bei dem gutgläubigen Erwerb um einen Totalverlust der Eigentümerstellung am Geschäftsanteil des wahren Berechtigten handelt, ist der Gedanke an eine Enteignung nicht ganz fernliegend. Diese kann jedoch nur unter gewissen Bedingungen stattfinden. Eine Enteignung im eigentlichen (engeren) Sinn ist nach der stRsp des VfGH dann anzunehmen, „wenn eine Sache durch Verwaltungsakt oder unmittelbar kraft Gesetzes dem Eigentümer

²³⁰ Die verfassungskonforme Auslegung ist als Teil der systematischen Auslegung zu verstehen; s *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 82: „Daher sind die verfassungskonforme [...] u unionsrechtskonforme [...] Auslegung nur ein Unterfall der systematischen Interpretation.“

²³¹ Zur verfassungskonformen Auslegung als Teil der teleologisch-systematischen Auslegung s *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² 54: „Eine bedeutsame Unterart der teleologisch-systematischen Auslegung sucht die Übereinstimmung der auszulegenden Norm mit formal höherrangigem positivem Recht. Die wichtigsten Beispiele sind die „verfassungskonforme“ Auslegung von einfachen Gesetzen und die europarechtskonforme Interpretation inländischen Rechts [...]“. Vgl auch *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 155 ff; *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 28; *Posch in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 6 Rz 23; *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB⁵ § 6 Rz 4: „Bei der systematischen Auslegung werden für das Verständnis einer Norm andere Gesetzesregeln fruchtbar gemacht. Sie dient insb der Vermeidung von Widersprüchen innerhalb eines Gesetzes bzw innerhalb der gesamten Rechtsordnung. Daher ist eine Norm im Zweifel in der verfassungskonformen Auslegungsvariante zu verstehen“; *Egger in Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 6 Rz 7, jeweils mwN.

²³² Vgl hinsichtlich der deutschen Regelung ausführlich *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 25 ff.

²³³ BGBl Nr 210/1958 zuletzt geändert durch BGBl III Nr 30/1998. Das 1. Zusatzprotokoll zur Menschenrechtskonvention wurde gemäß BVG, BGBl Nr 59/1964, mit Verfassungsrang ausgestattet.

²³⁴ Vgl Art 6 Abs 1 des Vertrages über die Europäische Union, der die Gleichrangigkeit der Charta der Grundrechte mit den Verträgen anordnet.

zwangsweise entzogen und auf eine andere Person übertragen wird oder wenn daran auf gleiche Weise fremde Rechte begründet werden.“²³⁵

Da unter Eigentum iSd Art 5 StGG „jedes vermögenswerte Privatrecht“ zu verstehen ist,²³⁶ ist auch das Eigentum an GmbH-Geschäftsanteilen umfasst.²³⁷ Wenn § 15 Abs 1 UGB einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen soll, dann muss hinsichtlich der Möglichkeit des Totalverlustes²³⁸ der Eigentümerstellung durch den wahren Eigentümer eine Rechtfertigung in Bezug auf das öffentliche Interesse, die Adäquanz und die Verhältnismäßigkeit²³⁹ vorliegen.

Das Erfordernis des Vorliegens schutzwürdiger öffentlicher Interessen – § 15 UGB bezweckt Verkehrsschutz bzw Verkehrssicherheit²⁴⁰ – bereitet keine Probleme.²⁴¹ Daran, dass der gutgläubige Erwerb zur Erreichung dieser öffentlichen Interessen auch geeignet und erforderlich ist,²⁴² bestehen keine Zweifel.²⁴³

Bedenken ergeben sich aber aus der Forderung nach Adäquanz und Verhältnismäßigkeit. Es soll nämlich eine angemessene Relation zwischen dem öffentlichen Interesse und der verkürzten Grundrechtsposition bestehen.

Bei der Prüfung der Adäquanz und Verhältnismäßigkeit ist insb auf die Frage einzugehen, ob eine Lösung, die keine konkrete Zurechnung des Rechtsscheins gegenüber dem wahren

²³⁵ VfGH B 662/85 VfSlg 11.209/1987; vgl VfGH G 46/82 VfSlg 9911/1983; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1481 mwN; *Berka*, Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁶ (2016) Rz 1547.

²³⁶ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1478 mwN; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1543: „alle vermögenswerten Privatrechte“.

²³⁷ Dafür spricht auch VfGH G 129/04 VfSlg 17.584/2005, der einen Eigentumseingriff iZm Spaltung zum Gegenstand hatte: „Der Verfassungsgerichtshof teilt die Ansicht des OGH, dass die Möglichkeit, Aktionäre aus einer Gesellschaft hinauszudrängen, einen Eigentumseingriff darstelle, der einer Rechtfertigung in Bezug auf das öffentliche Interesse, Adäquanz und Verhältnismäßigkeit bedarf.“

²³⁸ Ob ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen und der damit verbundene Totalverlust der Eigentümerstellung als Enteignung qualifiziert werden sollen oder nicht, darf hier ohne nähere Auseinandersetzung bleiben. Dass das nicht der Fall ist, kann aber bereits aus Parallele zu § 367 ABGB indiziert werden, da auch iZm § 367 ABGB nicht über einer Enteignung gesprochen wird. Zur deutschen Regelung des § 16 Abs 3 dGmbHG als keine Enteignung vgl *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 30 ff.

²³⁹ Vgl VfGH G 129/04 VfSlg 17.584/2005.

²⁴⁰ Vgl zum Normzweck des § 15 UGB statt vieler nur *Zib in Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 4 mwN, insb in FN 2 und 3.

²⁴¹ Abgesehen davon kann der gutgläubige Erwerb noch weitere öffentlichen Interessen fördern, bspw Senkung der Transaktionskosten. So auch erklärtes Ziel der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen durch das MoMiG in Deutschland; s Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38; vgl bereits oben Punkt B.I. Da hier aber § 15 UGB an Maßstab der Verfassungskonformität untersucht wird, sind die von § 15 UGB verfolgten Zwecke maßgeblich.

²⁴² Zur Erforderlichkeit vgl unten Punkt D.I, wo aufgezeigt wird, welche anderen denkbaren Lösungen der Vermeidung des Auseinanderfallens von Veräußerer und wahren Berechtigten – und somit der Verkehrssicherheit – dienlich wären.

²⁴³ S Kapitel D.

Berechtigten verlangt (reines Rechtsscheinprinzip), den Totalverlust von dessen Eigentümerstellung rechtfertigen kann. In der Literatur wird als Rechtfertigung für den Verzicht auf das Erfordernis einer konkreten Zurechnung bei der Anwendung von § 15 Abs 1 UGB²⁴⁴ eine Einflussmöglichkeit auf den Firmenbuchstand herangezogen.²⁴⁵ Der Belastete soll nämlich typischerweise eine Einflussmöglichkeit auf den Firmenbuchstand haben,²⁴⁶ wobei diese nicht behelfsweise oder indirekt sein soll.²⁴⁷

Es ist zweifelhaft, ob die Voraussetzung der Einflussmöglichkeit auf den Firmenbuchstand bei einem Neugesellschafter als gegeben anzusehen ist und zwar deswegen, weil die Einflussmöglichkeit als eine unmittelbare bzw ausreichende Möglichkeit zu verstehen ist. Demgegenüber sind die Gesellschafter zur Anmeldung eines Gesellschafterwechsels weder verpflichtet noch ermächtigt. Nur die Geschäftsführer, und nur hinsichtlich eines der Gesellschaft nachgewiesenen Übergangs eines Anteils, trifft eine solche Pflicht. Bei fehlenden bzw untätigen Geschäftsführern steht es einem Neugesellschafter zwar frei, einen Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gemäß § 15a GmbHG zu stellen²⁴⁸ oder eine Klage auf Vornahme der Anmeldung des Gesellschafterwechsels in das Firmenbuch gegen die Gesellschaft zu erheben.²⁴⁹ Die Tatsache, dass die Erwirkung der Eintragung bei fehlenden bzw untätigen Geschäftsführern nur mit Inkaufnahme eines beträchtlichen Zeit- bzw auch Kostenaufwandes möglich ist, spricht jedoch dafür, dass in einer solchen Situation nur ein mittelbarer und unzureichender Einfluss eines Neugesellschafters auf die Anmeldung besteht, sodass die Anwendung von § 15 Abs 1 UGB zu dessen Lasten nicht gerechtfertigt ist.

Es ist aber *de lege ferenda* durchaus denkbar, Einflussmöglichkeit der Gesellschafter auf den Firmenbuchstand so zu gestalten, dass diese unmittelbar gegeben ist (Anmeldungspflicht bzw

²⁴⁴ Es wird bereits das abstrakte Vertrauen durch § 15 Abs 1 UGB geschützt; Völkl/Ettmayer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 15 Rz 7; Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 15 Rz 22; Mollnhuber in Torggler, UGB² § 15 Rz 8; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 61 f; Ostheim, Zur Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten, GesRZ 1981, 1 (4); Zib, Zum Vertrauensschutz nach § 15 HGB im Zivilprozeß (I), GesRZ 1988, 96 (97).

²⁴⁵ So Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 72.

²⁴⁶ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 62, 72.

²⁴⁷ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 74.

²⁴⁸ Eiselsberg/Schenk/Weißmann, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 20; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 26 Rz 18.

²⁴⁹ Vgl OGH 6 Ob 64/06i GES 2006, 308 = eclex 2006/362 = wbl 2006/250 = GesRZ 2006, 272 = RdW 2006/587 = NZ 2007, 29 = AnwBl 2008, 151 = GBU 2006/09/03 = HS 37.011 = HS 37.012 = HS 37.122 = HS 37.481 = HS 37.482; Eiselsberg/Schenk/Weißmann, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 21; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 26 Rz 11 mwN.

Pflicht an Mitwirkung zur Anmeldung). Dies könnte den Verzicht auf das Erfordernis einer konkreten Zurechenbarkeit bei der Anwendung von § 15 Abs 1 UGB rechtfertigen.

Gegen die Verhältnismäßigkeit der allfälligen Zulassung des gutgläubigen Erwerbs aufgrund von § 15 Abs 1 UGB spricht, dass infolge des gutgläubigen Erwerbs die Eigentümerstellung des Erwerbers eines GmbH-Anteils theoretisch bereits sehr kurze Zeit später, aufgrund des Abschlusses eines zweiten Kaufvertrages (konkret durch die anschließende Abtretung) durch den gleichen Veräußerer, verloren gehen könnte. Des Weiteren sind keine ausreichenden Gründe ersichtlich, weshalb die Interessen eines Zweiterwerbers (C) gegenüber den des Ersterwerbers (B) zu bevorzugen seien. Diese Bedenken können vielleicht ausgeräumt werden, wenn dem Ersterwerber (B) entsprechende Schutzmöglichkeiten gegen den gutgläubigen Erwerb durch einen Zweiterwerber (C) zustehen würden. Ein solcher Schutz (bspw durch die Möglichkeit, das Vertrauen auf den Gesellschafterstand im Firmenbuch durch die Eintragung eines „Widerspruchs“ zu zerstören²⁵⁰) ist *de lege lata* nicht vorhanden. Ein Überwiegen des Schutzinteresses einer der beiden Seiten (des Ersterwerbers (B) oder des Zweiterwerbers (C)) ist mit den Worten von Zib „schwer auszumachen“.²⁵¹

Somit führt eine Auslegung des § 15 Abs 1 UGB, die einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen erlaubt, zur Inadäquanz und Unverhältnismäßigkeit der Regelung. Ein Totalverlust der GmbH-Gesellschafterstellung ist somit ohne entsprechende Schutzmöglichkeiten nicht zu gestatten.

1.2.2. Zusammenpassen mit dem System des Privatrechts insgesamt

Dem § 15 Abs 1 UGB als Basis für den gutgläubigen Erwerb bzw für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen wird manchmal „Systemfremdlichkeit“²⁵² vorgeworfen. Einerseits weist man darauf hin, dass der Gutglaubenserwerb in Österreich in drei Welten geteilt sei, nämlich „[d]en gutgläubigen Mobiliarerwerb nach den §§ 367 ff ABGB, den gutgläubigen Immobiliärerwerb nach den §§ 62 ff GBG und den gutgläubigen Forderungserwerb in den Fällen der § 916 Abs 2 ABGB, § 1396 letzter Satz ABGB.“²⁵³ Demgegenüber können GmbH-

²⁵⁰ So die deutsche Regelung hinsichtlich der Gesellschafterliste – s Punkt B.V.3 oben.

²⁵¹ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 72; vgl auch Schauer in Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts: Gutachten (2006) 741 f; P. Bydlinski, Veräußerung 81.

²⁵² Vgl Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 71.

²⁵³ Torgler/Konwitschka in Österreichischer Juristentag, Die Reform 75.

Geschäftsanteile nach geltender Rechtslage in keiner dieser drei Welten eingepasst werden.²⁵⁴ Dem ist – soweit man keinen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen *de lege lata* annimmt – zuzustimmen. Doch es stellt sich die Frage, warum der gutgläubige Erwerb iZm § 15 Abs 1 UGB keine „vierte Welt“ darstellen soll. *Torggler/Konwitschka* beantworten diese Frage überwiegend mit Ausführungen zu einem mangelnden praktischen Bedürfnis für eine solche Regelung.²⁵⁵ Bejaht man aber ein praktisches Bedürfnis,²⁵⁶ so kann offensichtlich eine vierte Welt des gutgläubigen Erwerbs – nämlich der GmbH-Anteile iZm der Publizitätswirkung des § 15 Abs 1 UGB – eröffnet werden. Insofern kann dieses Argument im Rahmen der systematischen Auslegung nicht ausschlaggebend sein.

Auch die mangelnde Zurechenbarkeit, die bereits iZm einer verfassungskonformen Auslegung Bedenken aufkommen ließ, scheint für eine mangelnde Vereinbarkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 15 Abs 1 UGB mit dem System des Privatrechts zu sprechen. Der Gutgläubenserwerb wird nämlich nach der allgemeinen Rechtsscheinlehre nur dann zugelassen, „wenn der Schein vom Berechtigten in irgendeiner Weise zurechenbar verursacht wurde“.²⁵⁷

Das ist insb der Fall beim gutgläubigen Erwerb einer Sache vom Vertrauensmann des Eigentümers nach § 367 Abs 1 3. Fall ABGB, wo der Eigentümer dem Vertrauensmann die Sache freiwillig anvertraut.²⁵⁸ Das freiwillige Anvertrauen ist somit die Basis für die Zurechnung. Auf die Zurechnung wird nur in Ausnahmefällen verzichtet, so nach § 367 Abs 1 1. und 2. Fall ABGB. Das wird mit „der staatlichen Mitwirkung (Versteigerung) oder Kontrolle“ begründet, welche ein gewisses „Seriositätsindiz“ darstellen.²⁵⁹ Obwohl argumentiert werden kann, dass bei der Publizität des Firmenbuches eine staatliche Mitwirkung gegeben ist (das Firmenbuch wird „vom Staat“ geführt), so zeigt ein Vergleich mit dem Grundbuch, dass die staatliche Mitwirkung nicht weit genug geht, um auch hinsichtlich eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen iZm dem § 15 Abs 1 UGB vom Zurechnungserfordernis des Rechtsscheins gegenüber dem wahren Berechtigten Abstand zu nehmen.

²⁵⁴ *Torggler/Konwitschka* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 76.

²⁵⁵ *Torggler/Konwitschka* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 77.

²⁵⁶ Vgl unten Kapitel D.

²⁵⁷ *P. Bydlinski*, Veräußerung 81; vgl *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (417); vgl *Schauer*, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, *ÖJZ* 2006, 64 (76 f).

²⁵⁸ Zur Voraussetzung des Anvertrauens s statt vieler nur *Leupold* in *Klang-Kommentar*³ § 367 Rz 69 ff mwN.

²⁵⁹ *Schauer*, *ÖJZ* 2006, 64 (76).

Der wesentliche Unterschied zwischen dem Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen und dem Erwerb von Liegenschaften ist, dass die Liegenschaften durch Eintragung in das Grundbuch (Modus) erworben werden.²⁶⁰ Da damit der außerbücherliche Erwerb eine Ausnahme darstellt, scheint ein besonderer Vertrauensschutz auf den Grundbuchstand gerechtfertigt.²⁶¹ Demgegenüber werden die GmbH-Geschäftsanteile im Falle der Singularsukzession immer außerbücherlich (durch formgerechte Verpflichtung und Verfügung gemäß § 76 GmbHG) – und nicht erst durch Eintragung – erworben. Somit ist es unumgänglich, dass der Firmenbuchstand – zumindest für einige Zeit – von den tatsächlichen Eigentümerverhältnissen abweicht; dieses Ergebnis ist gerade „vorprogrammiert“.²⁶²

Des Weiteren hat ein Grundbucheigentümer, der von der Eintragung eines Eigentümerwechsels im Grundbuch nicht verständigt worden ist, innerhalb drei Jahren (von dem Zeitpunkt an, in dem die angefochtene Einverleibung bei dem Grundbuchsgericht beantragt worden ist) die Möglichkeit, die Unrichtigkeit (Ungültigkeit) der Einverleibung zu behaupten (§ 64 GBG; sogenannte „Schreijahre“). Hinsichtlich der Eintragung von Gesellschaftern im Firmenbuch ist hingegen keine solche zeitliche Einschränkung vorgesehen. Da das Firmenbuch außerdem das Prioritätsprinzip des Grundbuchs nicht kennt, wird es auch nicht möglich sein, für die Ermittlung des wahren Neugesellschafters bei einer „Doppelveräußerung“ auf die Reihenfolge der Anmeldung bzw. Eintragung abzustellen.²⁶³ Auch die fehlende Möglichkeit, einen Streit im Firmenbuch anzumerken (anders als dies hinsichtlich des Grundbuches der Fall ist), spricht gegen die Anwendbarkeit der grundbuchsrechtlichen Grundsätze iZm dem gutgläubigen Erwerb.

Die fehlende Zurechenbarkeit und der Vergleich mit dem Grundbuchsrecht bestätigen somit, dass das Argument der Systemwidrigkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 15 Abs 1 UGB zumindest teilweise überzeugt.

1.2.3. Verhältnis zwischen § 15 Abs 1 UGB und § 26 GmbHG

Im Rahmen der systematischen Auslegung soll auch das Verhältnis zwischen § 15 Abs 1 UGB und § 26 GmbHG analysiert werden. Insb ist *Zib* detailliert darauf eingegangen, dass bereits dieses Verhältnis gegen die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs spricht. So haften ein

²⁶⁰ Vgl zum gleichen Argument *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (426); *P. Bydlinski*, Veräußerung 81 f.

²⁶¹ *P. Bydlinski*, Veräußerung 82.

²⁶² *P. Bydlinski*, Veräußerung 82.

²⁶³ Vgl *P. Bydlinski*, Veräußerung 81.

Geschäftsführer gemäß § 26 Abs 2 GmbHG für einen Schaden, der durch schuldhaft falsche Angaben zum Firmenbuch oder eine schuldhaft verzögerte Einreichung dieser Angaben (auch verzögerte Anmeldung eines nachgewiesenen Gesellschafterwechsels) verursacht wurde. Demgegenüber ist das Verlangen nach Verschulden für § 15 Abs 1 UGB „systemfremd“. Da bei verdeckter Übertragung eines Geschäftsanteils „weder Geschäftsführer noch die Gesellschafter gegen Anmeldepflichten verstoßen“, kommt nach *Zib* § 15 Abs 1 UGB nicht zur Anwendung.²⁶⁴

Indem *Zib* bei seiner Argumentation feststellt, dass die Gesellschafter gegen keine Anmeldepflichten verstoßen, scheint er aber implizit dafür zu plädieren, dass die Anwendung von § 15 Abs 1 UGB, wenn schon kein Verschulden, dann zumindest Rechtswidrigkeit voraussetze (verstoßen Gesellschafter gegen keine Anmeldepflichten, so handeln sie nicht rechtswidrig, weswegen sie von § 15 Abs 1 UGB nicht „benachteiligt“ werden sollten). § 15 Abs 1 UGB verlangt aber gerade keine Rechtswidrigkeit. Dadurch, dass es demjenigen, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache einzutragen war, verwehrt ist, diese Tatsache einem Dritten entgegen zu setzen, kann doch verlangt werden, dass die fehlerhafte Eintragung der Risikosphäre dieser Person abstrakt zugerechnet wird. Es ist für den Schutz des Dritten irrelevant, ob die Anmeldung schuldhaft oder schuldlos unterlassen wurde.²⁶⁵ Die „Zurechnung des Rechtsscheins“ erfolgt somit ohne Prüfung konkreter Zurechnungsmomente.²⁶⁶

Ein Pflichtverstoß ist somit für die Anwendung von § 15 Abs 1 UGB nicht notwendig. Dass die Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch seit Inkrafttreten des FBG vorgesehen ist, kann dafür sprechen, dass verdeckte Transaktionen von GmbH-Anteilen nicht (mehr) gewünscht sind. Dem würde die Obliegenheit der Gesellschafter, die Transaktion der Gesellschaft gegenüber nachzuweisen, Rechnung tragen. Würden die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber die Übertragung der Anteile nicht nachweisen, dann würden sie eine solche Obliegenheit verletzen. Das kann rechtfertigen, dass der wahre Gesellschafter den Anteil zugunsten eines gutgläubigen Dritten verliert. Die Beantwortung der Frage, ob eine solche Obliegenheit durch das Inkrafttreten des FBG geschaffen wurde, hängt von einer anderen Frage ab. Ist nämlich ein gutgläubiger Erwerb möglich, dann ist eine Obliegenheit zu bejahen; ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich, dann ist keine Obliegenheit vorgesehen.

²⁶⁴ Zum Ganzen *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 71.

²⁶⁵ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 61.

²⁶⁶ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 61.

1.3. Historische Auslegung

Nun soll im Rahmen der historischen Auslegung der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers ermittelt werden.²⁶⁷ Es sollen also die Absichten des Gesetzgebers im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses untersucht werden.²⁶⁸

In Anbetracht der Tatsache, dass § 15 Abs 1 UGB dem § 15 Abs 1 dHGB entspricht und sich an diesen anlehnt,²⁶⁹ dürfen bereits die Gesetzesmaterialien des deutschen HGB 1897, das mit Wirkung zum 1.3.1939 auch in Österreich eingeführt wurde und damit das AHGB abgelöst hat,²⁷⁰ für die Auslegung der heute geltenden Vorschrift als Interpretationshilfe herangezogen werden.

Der historische Gesetzgeber konnte bei der Einführung des HGB und dessen § 15 einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, der auf der Publizität des Handelsregisters basiert, nicht gewollt haben, denn Gesellschafter waren nicht in das Handelsregister einzutragen. In Österreich ist dies erst seit dem Inkrafttreten des FBG im Jahre 1991 vorgesehen. Ob der gutgläubige Erwerb in diesem Zeitpunkt gewollt war, soll nunmehr anhand der Materialien zum FBG untersucht werden.

Da die Gesellschafter einer GmbH nun seit Inkrafttreten des FBG 1991 im Firmenbuch einzutragen sind, eignet sich das Firmenbuch, das Vertrauen in die tatsächliche Eigentümerstellung an einem Geschäftsanteil einer eingetragenen Person zu erwecken.²⁷¹ Hinzuweisen ist aber darauf, dass § 15 Abs 1 UGB bereits in der ursprünglichen Fassung des HGB mit dem gleichen Inhalt (mit Ausnahme des Wortes „Firmenbuch“ statt „Handelsregister“) vorhanden war. Deswegen kann die Maßgeblichkeit der Überlegungen bei der Erlassung des FBG für die Interpretation der um Jahrzehnte früher geltenden Regelung, die in das UGB bloß übernommen wurde, angezweifelt werden.

Die Materialien zum FBG bemängeln einerseits, dass die früher vorhandene Gesellschafterliste weder im Handelsregister eingetragen noch veröffentlicht, sondern bloß zum Registerakt genommen wurde; sie „genießt damit auch keinen Vertrauensschutz im Sinne des § 15

²⁶⁷ Vgl zur historischen Auslegung *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 88 ff; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 14 ff; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 6 Rz 16 ff; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB⁵ § 6 Rz 5; *Egger* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 6 Rz 5, jeweils mwN.

²⁶⁸ Vgl nur *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 88 mwN.

²⁶⁹ Vgl *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 9.

²⁷⁰ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar Einführung Rz 9 ff.

²⁷¹ Vgl *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 71.

HGB“.²⁷² Das Wort „damit“ könnte zum Ausdruck bringen, dass (*e contrario*) Vertrauensschutz iSd § 15 HGB gegeben wäre, wenn die Gesellschafterliste im Handelsregister eingetragen und/oder veröffentlicht würde. Das gleiche sollte für den Fall gelten, dass nicht die Gesellschafterliste als solche, sondern die Gesellschafter selbst im (nunmehr) Firmenbuch eingetragen wären.

Aus den Materialien zum FBG lassen sich aber auch gegenteilige Argumente ableiten. So wird in dem Bericht des Justizausschusses²⁷³ ausgeführt, dass die Einreichung der Gesellschafterliste „von vielen Gesellschaften vernachlässigt und auch von den Registergerichten nur lückenhaft überwacht wird.“²⁷⁴ Diesbezüglich helfe weder die damals bestehende „zivilrechtliche Haftung der Geschäftsführer für die Richtigkeit der Liste und für eine Fehlmeldung“ noch die damals bestehende Strafsanktion des § 122 Z 2 GmbHG.²⁷⁵ Im nächsten Abs wird im Bericht des Justizausschusses angeführt, dass auf Grund „dieser aufgezeigten Mängel“ eine generelle Neufassung des § 26 GmbHG angebracht sei, weswegen (i) an der Stelle der „Jännerliste“ „eine laufende Aktualisierung des Gesellschafterstandes bei jeder (wesentlichen) Änderung“ treten soll und (ii) die Haftungsregelung des § 26 GmbHG grundsätzlich neu zu fassen sei.²⁷⁶ Daraus ergibt sich, dass für den Gesetzgeber die mangelnde Aktualität der Gesellschafterliste und nicht die Publizitätswirkung iSd § 15 HGB (UGB) im Vordergrund standen.²⁷⁷ Für dieses Verständnis spreche nach Zib auch die Tatsache, dass bereits die früheren Entwürfe des AB entsprechende Aussagen hinsichtlich fehlender Aktualität der Gesellschafterliste enthielten, obwohl damals noch eine unverzügliche Einreichung einer Gesellschafterliste im Änderungsfall (und noch nicht die Eintragung der Gesellschafter) vorgesehen war.²⁷⁸

1.4. Teleologische Auslegung

Nun ist letztlich zu untersuchen, welche Zwecke § 15 Abs 1 UGB verfolgt und ob diese mit einem gutgläubigen Erwerb vereinbart werden können.²⁷⁹

²⁷² AB 23 BlgNR 18. GP 27.

²⁷³ AB 23 BlgNR 18. GP 27.

²⁷⁴ AB 23 BlgNR 18. GP 27.

²⁷⁵ AB 23 BlgNR 18. GP 27.

²⁷⁶ AB 23 BlgNR 18. GP 27.

²⁷⁷ So auch Zib in Zib/Dellinger, UGB I/T¹ § 15 FN 144.

²⁷⁸ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/T¹ § 15 FN 144.

²⁷⁹ Zur teleologischen Auslegung vgl. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 110 ff; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 18 ff; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 6 Rz 21 ff; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁴ § 6 Rz 6 f; Egger in Schwimann, ABGB Taschenkommentar⁴ § 6 Rz 6.

Nach *Haberer* ist der Zweck der Publizitätsregelung des § 15 UGB der Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit der Gesellschaft.²⁸⁰ In dem hier relevanten Fall handelt es sich aber nicht um einen Verkehr mit der Gesellschaft, sondern mit einem Scheingesellschafter. Auch *Zib* zeigt auf, dass Vertrauensschutz bei „Grundlagengeschäften“, wie der Veräußerung des Unternehmens oder eines Geschäftsanteils, nicht bezweckt war.²⁸¹ Ob auch der Schutz potenzieller Gesellschafter angestrebt war, scheint nach *Bydlinski* zweifelhaft zu sein, da das Firmenbuch (der gegenständliche Fall von GmbH-Geschäftsanteilen soll hier ausgeklammert werden) niemals die Funktion hatte, durch den Vertrauensschutz einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten zu ermöglichen.²⁸² Vielmehr sollen diejenigen Personen geschützt werden, die mit dem eingetragenen Rechtsträger „in geschäftlichem Kontakt stehen und deshalb Gewißheit über Vertretungsrechte, für Schulden haftende Personen usw haben sollen.“²⁸³

Gegen die Anerkennung des gutgläubigen Erwerbs spreche des Weiteren ein Spannungsverhältnis zwischen der Publizitätswirkung des § 15 Abs 1 UGB und dem Notariatserfordernis bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen. Denn die Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs stehe im Widerspruch zur Immobilisierung²⁸⁴ der Geschäftsanteile, die durch das Notariatserfordernis verfolgt wird.²⁸⁵ Somit sei eine Auslegung des § 15 Abs 1 UGB zu bevorzugen, die keinen gutgläubigen Erwerb des GmbH-Geschäftsanteils ermögliche. Dieses Argument ist jedoch mit Vorsicht zu behandeln. Durch das Notariatserfordernis wären die Anteile auch bei der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs weiterhin immobilisiert. Ein reger börsenähnlicher Handel mit GmbH-Anteilen ist in einem solchem Fall jedenfalls nicht zu erwarten.

1.5. Zwischenergebnis zu § 15 Abs 1 UGB

Aus dem oben Gesagten ergibt sich das folgende Bild: Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch ist es durchaus möglich, im Rahmen der grammatischen Auslegung dahingehend zu argumentieren, dass der Schutz eines gutgläubigen Erwerbs eines GmbH-Geschäftsanteils vom Wortlaut des § 15 Abs 1 UGB umfasst ist. Bereits die historische Auslegung ergibt zweideutige Ergebnisse. Ein Rückgriff auf den Willen des historischen

²⁸⁰ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (426).

²⁸¹ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 72.

²⁸² *P. Bydlinski*, Veräußerung 81.

²⁸³ *P. Bydlinski*, Veräußerung 81.

²⁸⁴ Zur Immobilisierung als Zweck des Notariatserfordernisses s statt vieler nur *P. Bydlinski*, Veräußerung 35 ff; *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Die Reform 730 f, jeweils mwN.

²⁸⁵ So *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 72.

Gesetzgebers bei der Einführung des HGB und dessen § 15 hilft nicht weiter, weil damals die Eintragung der Gesellschafter einer GmbH im Handelsregister nicht vorgesehen war. Die Materialien zum FBG gehen auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nicht ausdrücklich ein und können sowohl für als auch gegen eine solche Möglichkeit sprechen. Die teleologische Auslegung ergibt, dass es nicht bezweckt war, durch § 15 Abs 1 UGB einen gutgläubigen Erwerber gegenüber einem wahren Berechtigten zu schützen. Vor allem spricht aber die systematische Auslegung gegen eine solche Möglichkeit. Maßgeblich dafür sind insb das mangelnde Erfordernis der Zurechenbarkeit des Rechtsscheins und die mangelnde Schutzmöglichkeit des wahren Berechtigten. Ein gutgläubiger Erwerb iZm der Publizitätswirkung des § 15 Abs 1 UGB ist verfassungsrechtlich bedenklich und lässt sich – ohne weitere Änderungen – nur schwer in das österreichische System des Privatrechts eingliedern.

Es sprechen somit die besseren Gründe dafür, dass die Publizitätswirkung des § 15 Abs 1 UGB einem Erwerber vom Nichtberechtigten nicht zugutekommen soll. Der gutgläubige Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils ist nach § 15 Abs 1 UGB *de lege lata* nicht möglich.

2. Gutgläubiger Erwerb nach § 15 Abs 3 UGB?

Folgender Fall soll der Untersuchung der Möglichkeit, nach § 15 Abs 3 UGB einen Anteil gutgläubig zu erwerben, dienen. Der Gesellschafter (A) (wahrer Berechtigter) verkauft seinen Geschäftsanteil an Ersterwerber (B) (in der Folge auch der Nichtberechtigte), der auch im Firmenbuch eingetragen wird. Dabei stellt sich später heraus, dass die Übertragung vom wahren Berechtigten (A) an den Ersterwerber (B) (bspw infolge der Nichteinhaltung der sich aus einer Vinkulierungsklausel ergebenden Übertragungsvoraussetzungen, einer zunächst unerkannten Nichterfüllung einer aufschiebenden Bedingung etc) nicht wirksam war. In der Folge verkauft Ersterwerber (B) den Geschäftsanteil an einen neuen Erwerber (C) weiter, der auf die Eintragung von dem Nichtberechtigten (B) als Gesellschafter im Firmenbuch vertraut hat. Diesfalls käme § 15 Abs 3 UGB in Betracht, der den „Vertrauensschutz infolge unrichtiger Eintragung“²⁸⁶ – und zwar bereits ursprünglich unrichtiger Eintragung²⁸⁷ – zum Gegenstand hat.²⁸⁸

²⁸⁶ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 15 Rz 8.

²⁸⁷ Vgl Völkl/Ettmayer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 15 Rz 24; Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 32 und 124; Dehn in Krejci, Reform-Kommentar § 15 UGB Rz 1.

²⁸⁸ Vgl Auseinandersetzung mit einem solchen Fall in Haberer in Domej, Einheit des Privatrechts 407 (427 f).

2.1. Grammatische Auslegung

§ 15 Abs 3 UGB regelt die Umstände, unter welchen eine Person eine unrichtige Eintragung einem Dritten gegenüber im Geschäftsverkehr gegen sich gelten lassen muss. Das ist dann der Fall, wenn diese Person eine unrichtige Eintragung veranlasst oder eine, wenn auch nicht von ihr veranlasste, aber von ihr als unrichtig erkannte oder für sie als unrichtig erkennbare Eintragung schuldhaft nicht löschen lässt, es sei denn diese Person beweist, dass der Dritte nicht im Vertrauen auf die Eintragung gehandelt hat oder deren Unrichtigkeit kannte oder grob fahrlässig nicht kannte.²⁸⁹ Bei einer unwirksamen Geschäftsanteilsübertragung ist die Eintragung vom Ersterwerber (B) als Gesellschafter unrichtig (weil sie nicht den Tatsachen entspricht). Der Erwerb von GmbH-Anteilen findet auch im „Geschäftsverkehr“ statt,²⁹⁰ da der GmbH-Geschäftsanteil mithilfe eines Rechtsgeschäfts übertragen wird. Hinsichtlich der Definition des Dritten wird auf die vorherigen Ausführungen zu § 15 Abs 1 UGB verwiesen.²⁹¹ Die hier maßgebliche Frage ist, ob der wahre Eigentümer (A) (i) die unrichtige Eintragung veranlasst hat oder (ii) eine, wenn auch nicht von ihm veranlasste, aber von ihm als unrichtig erkannte oder für ihn als unrichtig erkennbare Eintragung schuldhaft nicht löschen ließ.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird eine dieser Voraussetzungen im Regelfall gegeben sein. Die Übertragung eines Geschäftsanteils muss nämlich gegenüber der Gesellschaft, die (durch ihre Geschäftsführer) den Gesellschafterwechsel ins Firmenbuch anzumelden hat, nachgewiesen werden (§ 26 Abs 1 GmbHG). Das kann bspw durch Vorlage eines notariellen Übertragungs- und Abtretungsvertrages geschehen. Ggf soll auch der Nachweis erbracht werden, dass alle aufschiebenden Bedingungen erfüllt wurden. Wurde durch den abtretenden Altgesellschafter zB in einem Closing Memorandum bestätigt, dass alle aufschiebenden Bedingungen erfüllt wurden und dies samt Abtretungsvertrag dem Geschäftsführer als Nachweis des Gesellschafterwechsels vorgelegt, so kann argumentiert werden, dass durch diese Vorlage (bzw bereits durch Unterzeichnung des Übertragungs- und Abtretungsvertrages sowie des Closing Memorandum, die von dem – angeblichen – Neugesellschafter den Geschäftsführern bekanntgegeben wurde) eine unrichtige Eintragung

²⁸⁹ Die letzte Voraussetzung wird hier nicht näher erläutert. Es soll vielmehr angenommen werden, dass C, der in das Firmenbuch Einsicht genommen hat, sich auf die Eintragung vom Ersterwerber (B) verlassen hat und gutgläubig war.

²⁹⁰ Zur Voraussetzung „im Geschäftsverkehr“ vgl Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 14 ff.

²⁹¹ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 140; Mollnhuber in Torggler, UGB² § 15 Rz 22; s bereits oben Punkt C.III.1.1.2.

durch den Altgesellschafter „veranlasst wurde“. Im gegenständlichen Fall könnte man annehmen, dass der wahre Berechtigte die Eintragung grundsätzlich „veranlasst“ hat.

Andererseits ist es auch denkbar, dass der wahre Berechtigte, wenn er die unrichtige Eintragung nicht bereits veranlasst hat, diese doch als unrichtig erkannt hat und nicht löschen ließ. Dies ist bspw. der Fall, wenn der Altgesellschafter die Nichtigkeit der Übertragung erkannt hat, sich aber nicht angesprochen fühlte, sich für die Richtigstellung der Eintragung (und im Allgemeinen für die Rückabwicklung der Transaktion) zu kümmern. Ließ der wahre Berechtigte die Eintragung in einem solchen Fall „aus Verschulden“ nicht löschen, so müsste er die unrichtige Eintragung (dem gutgläubigen Erwerber gegenüber) gegen sich gelten lassen. Für das Ergebnis des gegenständlichen Falles ist somit die Interpretation des Begriffs „aus Verschulden“ von großer Bedeutung. Da das Verschulden als Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens definiert wird,²⁹² setzt das Verschulden Rechtswidrigkeit voraus, so dass ohne Rechtswidrigkeit ein Verschulden nicht bejaht werden kann. Kann eine Pflicht seitens der Gesellschafter zur Korrektur einer fehlerhaften Eintragung nicht bejaht werden, so kann auch kein Verschulden aus der fehlenden Korrektur abgeleitet werden. Eine Pflicht der Gesellschafter zur Korrektur einer unrichtigen Eintragung iZm einem Gesellschafterwechsel (ebenso wie eine Pflicht, einen Gesellschafterwechsel der Gesellschaft gegenüber nachzuweisen) ist nicht ersichtlich, so dass diese Alternative des § 15 Abs 3 UGB nicht zur Begründung eines gutgläubigen Erwerbs benutzt werden kann.

Ohne den gegenständlichen Fall diesbezüglich weiter zu analysieren ist ersichtlich, dass – von dem Wortlaut des § 15 Abs 3 UGB ausgehend und einzelfallabhängig – der Schutz wegen unrichtiger Eintragungen zumindest aufgrund der Veranlassung einer unrichtigen Eintragung (nicht demgegenüber aufgrund schuldhaften Nicht-Löschen-Lassen) durch den gutgläubigen Geschäftsanteilserwerber durchaus in Anspruch genommen werden kann.

Hinsichtlich des Wortlauts des § 15 Abs 3 UGB ist noch anzumerken, dass es anders als bei § 15 Abs 1 UGB nicht erforderlich ist, dass eine Tatsache auch eintragungspflichtig ist: geschützt wird vielmehr auch das Vertrauen auf unrichtige eintragungsfähige Tatsachen.²⁹³

²⁹² Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹⁴ (2015) Rz 1412.

²⁹³ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 Rz 4.

2.2. Systematische Auslegung

Im Rahmen der systematischen Auslegung soll, wie das bereits bei der Untersuchung des § 15 Abs 1 UGB der Fall war, vor allem auf allfällige verfassungsrechtliche Bedenken sowie die Verträglichkeit mit dem System des Privatrechts insgesamt eingegangen werden.

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenken wird auf die entsprechenden Ausführungen zu § 15 Abs 1 UGB verwiesen.²⁹⁴ Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzungen der Adäquanz und Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes in das Eigentumsrecht des wahren Berechtigten eines GmbH-Anteils in Frage zu stellen sind. Die bloß mittelbare Möglichkeit seitens des wahren Berechtigten, die unrichtige Eintragung eines Gesellschafterwechsels zu berichtigen (insb keine Möglichkeit, eine erneute, richtige Anmeldung selbst vorzunehmen) sowie der Mangel an Schutzmöglichkeiten zu seinem Gunsten, sprechen gegen die Annahme, dass der gutgläubige Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils im Vertrauen auf das Firmenbuch gemäß § 15 Abs 3 UGB verfassungskonform sei.

Bezüglich der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem System des Privatrechts insgesamt ist § 15 Abs 3 UGB teilweise anders als der Fall einer nachträglich unrichtigen Eintragung (Beispiel iZm § 15 Abs 1 UGB) zu beurteilen. Dies vor allem aufgrund des Erfordernisses, dass die unrichtige Eintragung vom Betroffenen („Benachteiligten“) veranlasst bzw die Nicht-Löschung der ursprünglich unrichtigen Eintragung dem Betroffenen zurechenbar sein muss (Veranlassungsprinzip). Das Erfordernis, bei der Anwendung des § 15 Abs 3 UGB die konkreten Zurechnungsmomente zuerst zu bejahen, steht mit der allgemeinen Rechtsscheinlehre im Einklang. Diese verlangt, dass der Rechtsschein vom Berechtigten „in irgendeiner Weise zurechenbar verursacht“ wird.²⁹⁵

Die bereits oben im Wege einer Parallele zum Grundbuch bezüglich § 15 Abs 1 UGB angeführten Argumente (ua fehlendes Prioritätsprinzip und fehlende Streitanmerkung),²⁹⁶ kommen auch hinsichtlich § 15 Abs 3 UGB voll zur Geltung. Dies stellt ein weiteres Indiz gegen den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen unter Zuhilfenahme von § 15 Abs 3 UGB dar.

²⁹⁴ S oben Punkt C.III.1.2.1.

²⁹⁵ P. Bydlinski, Veräußerung 81; vgl Haberer in Domej, Einheit des Privatrechts 407 (417).

²⁹⁶ S oben Punkt C.III.1.2.2.

2.3. Historische Auslegung

Da § 15 Abs 3 UGB erst mit Inkrafttreten des UGB eingeführt wurde, sollen einige zu § 15 Abs 1 UGB oben angeführte Argumente bei Abs 3 keine bzw nur eingeschränkte Beachtung finden. Insb können weder die Gesetzesmaterialien zum alten HGB noch zum FBG herangezogen werden.²⁹⁷ Auch die Materialien zum UGB stellen keine ausdrückliche Hilfestellung für die Beantwortung der Frage des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten dar, weil dieses Thema nicht aufgegriffen wird.²⁹⁸ Da die Vorschrift aber den bereits früher von der Rsp und der hL anerkannten Grundsatz der Rechtsscheinhaftung für unrichtige Eintragungen kodifiziert,²⁹⁹ könnten sich hierzu die Ausführungen der Rsp und der hL aus der Zeit vor Inkrafttreten des UGB als hilfreich erweisen. Die nunmehr ausdrücklich festgeschriebene Regelung des § 15 Abs 3 UGB richtet sich nämlich an die schon bisher anerkannte Rechtsscheinhaftung der so genannten „registerrechtlichen Ergänzungssätze“.³⁰⁰ Der zweite der genannten Ergänzungssätze bestimmt, dass das Vertrauen dann geschützt ist, wenn die unrichtige Eintragung oder Bekanntmachung durch die Person, zulasten der sich der Rechtsschein auswirkt, veranlasst oder wenn die Berichtigung einer solchen Eintragung oder Bekanntmachung schuldhaft von dieser unterlassen wurde.³⁰¹ Es ist aber nicht ersichtlich, dass die „registerrechtlichen Ergänzungssätze“ auch auf „Grundlagengeschäfte“, wie die Veräußerung eines Geschäftsanteils, Anwendung finden; diese haben sich vielmehr auf die haftungsrelevanten Tatsachen, die im Firmenbuch unrichtig eingetragen wurden, fokussiert.³⁰²

²⁹⁷ Vgl hinsichtlich § 15 Abs 1 UGB oben Punkt C.III.1.3.

²⁹⁸ S ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 24.

²⁹⁹ ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 24; *Schmidt*, Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs - eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31 (37); *Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar § 15 UGB Rz 1; *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (427); vgl *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 15 Rz 15; auch in Deutschland wurde im Jahre 1969 die positive Publizität der Eintragungen in dem Handelsgericht, basierend auf den bereits früher anerkannten Rechtsscheinhaftungsgrundsätzen eingeführt – s bspw *Olshausen*, Neuerungen im System der handelsrechtlichen Rechtsscheingrundsätze, BB 1970, 137 mwN.

³⁰⁰ *Mollnhuber* in *Torggler*, UGB² § 15 Rz 2; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 125; vgl *Völkl/Ettmayer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I4 § 15 Rz 26; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 15 Rz 29. Zum Inhalt der zwei „registerrechtlichen Ergänzungssätze“ vgl statt vieler für Österreich *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 168 f und für Deutschland *Krebs* in *Schmidt*, MüKoHGB 1⁴ § 15 Rz 101, jeweils mwN.

³⁰¹ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/I¹ § 15 Rz 168; *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Die Reform 741 f; *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 15 Rz 15; vgl auch *Olshausen*, BB 1970, 137.

³⁰² Vgl *Olshausen*, BB 1970, 137: „Mit Hilfe dieses Grundsatzes wurde zunächst vor allem das Haftungsproblem bei fehlerhafter Gesellschaftsgründung oder fehlerhaftem Beitritt zu einer Gesellschaft bewältigt: Trotz Nichtigkeit des Gründungs- oder Beitrittsvertrages haftet der (geschäftsfähige) Scheingesellschafter den gutgläubigen Gläubigern der (Schein-)OHG oder KG kraft der in der Eintragung erblickten an die Öffentlichkeit gerichteten Haftungserklärung (besser: kraft des dadurch verursachten Rechtsscheins).“

Die historische Auslegung deutet also darauf hin, dass ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen durch die Einführung des UGB und dessen § 15 Abs 3 nicht beabsichtigt war.

2.4. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung des § 15 Abs 3 UGB läuft auf das gleiche Ergebnis – wie bereits hinsichtlich Abs 1 – hinaus.³⁰³ Sowohl der Zweck der mit dem Notariatserfordernis verfolgten Immobilisierung der GmbH-Geschäftsanteile³⁰⁴ als auch die Tatsache, dass durch § 15 UGB grundsätzlich der Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit der Gesellschaft (und nicht deren Gesellschaftern) verfolgt wird, spricht dafür, dass ein gutgläubiger Erwerb eines Anteils vom Nichtberechtigten durch § 15 Abs 3 UGB nicht bezweckt ist.

2.5. Zwischenergebnis zu § 15 Abs 3 UGB

Die Auslegung des § 15 Abs 3 UGB und der Vergleich mit dessen Abs 1 ergibt, dass einige Argumente, die gegen einen gutgläubigen Erwerb iZm nachträglich unrichtigen Eintragungen (§ 15 Abs 1 UGB) sprechen, bei § 15 Abs 3 UGB keine Anwendung finden können.

Die grammatische Auslegung spricht dafür, den Vertrauensschutz zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers eines GmbH-Geschäftsanteils dann zuzulassen, wenn der wahre Berechtigte eine unrichtige Eintragung veranlasst hat. Was die historische Auslegung betrifft, so helfen die Gesetzesmaterialien zum HGB und FBG nicht weiter, weil die inhaltliche Regelung des § 15 Abs 3 UGB erstmals mit dem UGB eingeführt wurde. Die stärksten Argumente gegen die Anerkennung eines gutgläubigen Erwerbs liefert die systematische Auslegung. Auch wenn § 15 Abs 3 UGB die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins zum wahren Berechtigten verlangt und diesbezüglich mit der allgemeinen Rechtsscheinlehre vereinbar ist, so sprechen vor allem verfassungsrechtliche Bedenken (vor allem der Mangel an Schutzmöglichkeiten), aber auch ein Vergleich mit dem Grundbuchsrecht gegen den Vertrauensschutz. Auch der durch § 15 UGB verfolgte Schutz des Rechtsverkehrs mit der Gesellschaft selbst sowie das Spannungsverhältnis zwischen Vertrauensschutz gemäß § 15 UGB und dem Zweck des § 76 Abs 2 GmbHG (Form des Notariatsaktes für Übertragung der Geschäftsanteile zwischen Lebenden) können einen gutgläubigen Erwerb der Geschäftsanteile im Vertrauen auf ursprünglich unrichtige Eintragungen im Firmenbuch nicht stützen.

³⁰³ S oben Punkt C.III.1.4.

³⁰⁴ Wobei diesem Argument, wie oben im Punkt C.III.1.4 angesprochen, keine allzu große Bedeutung zukommen soll.

Die Auslegung des § 15 Abs 3 UGB ergibt, dass diese Vorschrift den Erwerbern von GmbH-Anteilen vom Nichtberechtigten keinen Vertrauensschutz bietet. Der gutgläubige Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils ist somit *de lege lata* nicht nach § 15 Abs 3 UGB möglich.

IV. Zusammenfassung des Kapitels

Im Einklang mit dem in Österreich vorhandenen Prinzip *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* kann ein GmbH-Anteil nur vom wahren Eigentümer erworben werden. Der gutgläubige Erwerb von einem Nichtberechtigten (Scheingesellschafter) ist nach hL und Rsp nicht möglich.

Obwohl ein Geschäftsanteil an einer GmbH als eine bewegliche, nicht körperliche Sache einzuordnen ist, lässt sich dieser nicht nach sachenrechtlichen Kriterien übertragen, weswegen § 367 ABGB, der den gutgläubigen Erwerb einer beweglichen Sache regelt, nicht anwendbar ist. Dem gutgläubigen Erwerb eines GmbH-Anteils, der als ein Bündel von Rechten und Pflichten zu verstehen ist, steht des Weiteren § 1394 ABGB entgegen. Diese Vorschrift schließt (von einigen Ausnahmen abgesehen) den gutgläubigen Erwerb von Forderungen aus. Vorschriften des GmbHG (insb nicht dessen § 78) und des UGB (insb nicht dessen § 15), die einen gutgläubigen Erwerb zulassen würden, fehlen.

Gegen eine Anwendung des § 15 UGB, der schließlich die Publizität des Firmenbuches zum Gegenstand hat, sprechen mehrere Gründe. Insb ist zu berücksichtigen, dass die dem § 15 UGB zugrundeliegenden Zwecke eine Anwendung auf die Veräußerung von GmbH-Anteilen nicht begründen. Vielmehr soll die Bestimmung den Geschäftsverkehr mit der Gesellschaft und nicht mit den Gesellschaftern schützen. Gegen die Anwendbarkeit des § 15 Abs 1 UGB mag bereits dessen Wortlaut sprechen, soweit man zum Schluss kommt, dass es sich bei einem Gesellschafterwechsel nicht um eine „einzutragende“ Tatsache handelt. Gegen die Annahme des gutgläubigen Erwerbs von Anteilen aufgrund von § 15 UGB sprechen auch verfassungsrechtliche Bedenken iZm dem Eigentumsschutz, da dem Eigentümer keine wirksamen Schutzmöglichkeiten gegen einen allfälligen gutgläubigen Erwerb zur Verfügung stehen.

Trotz einiger älterer – den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen bejahender – Stimmen sind *de lege lata* keine ausreichenden Argumente für dessen Zulassung vorhanden. Im Einklang mit der hL und Rsp ist festzuhalten, dass es nach der aktuellen Rechtslage an einer Möglichkeit, GmbH-Anteile gutgläubig zu erwerben, fehlt.

D. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Ähnlich wie in Deutschland ist auch in Österreich ein Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen häufig sowie bei größeren Transaktionen im Regelfall mit einer umfangreichen Due Diligence Prüfung verbunden.³⁰⁵ Dabei ist insb bei bereits lange bestehenden Gesellschaften die Titelkette nicht immer lückenlos nachvollziehbar.³⁰⁶ Die Rechtsunsicherheit über den Gesellschafterbestand einer GmbH wird oft seitens der rechtsberatenden Praxis bemängelt.³⁰⁷ Dies stellt ein erstes Indiz für einen allfälligen Handlungsbedarf dar. Könnten durch die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen die oft nicht unwesentlichen Transaktionskosten gesenkt und die Sicherheit des Rechtsverkehrs erhöht werden, wäre eine solche Regelung durchaus empfehlenswert.³⁰⁸ Da dies aber einen Eingriff in die Interessen des wahren Berechtigten bedeuten würde, dürfen seine Interessen nicht unberücksichtigt bleiben. Es ist vielmehr ein angemessener Ausgleich zwischen diesen gegenteiligen Interessen zu finden.

I. Vermeidung des Auseinanderfallens von Veräußerer und wahren Berechtigten

Bevor genauer auf den rechtspolitischen Handlungsbedarf einer Einführung des gutgläubigen Erwerbs eingegangen wird, soll zunächst noch untersucht werden, ob es Möglichkeiten gibt, dem Auseinanderfallen von Veräußerer und wahren Berechtigten bei der Übertragung von GmbH-Anteilen entgegenzuwirken. Es kann nämlich vorkommen, dass ein rechtspolitischer Handlungsbedarf hinsichtlich der Einführung eines gutgläubigen Erwerbs zwar tatsächlich besteht, dieser aber durch Änderungen an anderen Stellen leicht beseitigt werden kann. Wäre dies der Fall, dann ist dem Vorrang zu geben und auf die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs zu verzichten. Ein gutgläubiger Erwerb knüpft nämlich immer an einen

³⁰⁵ Vgl Torggler/Konwitschka in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 77.

³⁰⁶ Grama/Vondrak in Althuber/Schopper (Hrsg), *Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence*, Band I: Legal² (2015) 258 Rz 15; aA Torggler/Konwitschka in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 77: „Der Erwerber muss im Rahmen seiner Due Diligence-Prüfung die Titelkette des Veräußerers bis hin zur Gründung prüfen. Ganz praktisch formuliert: Er muss sich die Gründungsurkunde und alle Abtretungsverträge vorlegen lassen, womit er nach geltendem Recht jeweils über öffentliche Urkunden verfügt, die gemäß § 292 Abs 1 ZPO den vollen Beweis über ihren Inhalt begründen. Das ist regelmäßig unproblematisch“.

³⁰⁷ Vgl bspw *Jud*, NZ 1983, 70 (70): „Die nachfolgende Untersuchung hat ihre Ursache in der von der rechtsberatenden Praxis immer wieder als Mangel aufgezeigten Unsicherheit über den Gesellschafterbestand einer GmbH“.

³⁰⁸ S Grama/Vondrak in Althuber/Schopper, *Handbuch Unternehmenskauf* I² 258 Rz 15: „Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen an einer GmbH im österreichischen Recht ist daher wünschenswert und rechtspolitisch geboten.“

„pathologischen Fall“³⁰⁹ des Auseinanderfallens von Veräußerer und wahrem Berechtigten an. Dabei gilt die Prämisse: besser vorbeugen, als heilen.

Um solche „pathologischen Fälle“ mehr oder weniger zu reduzieren bzw auszuschließen sind unterschiedliche Lösungen denkbar, die nun kurz dargestellt werden.

1. Unterschrift des Veräußerers in der Firmenbuchanmeldung bzw „Aufsandungserklärung“

Zunächst wäre an die Unterschrift des Veräußerers eines Anteils auf der Firmenbuchanmeldung des Gesellschafterwechsels zu denken.³¹⁰ Anzumerken ist, dass bereits jetzt die Praxis mancher Gerichte dahin geht, auf der Firmenbuchanmeldung eines Gesellschafterwechsels auch die Unterschrift der veräußernden Partei zu verlangen.³¹¹ Dadurch können Eintragungen verhindert werden, wenn dem Veräußerer zu Folge noch keine (wirksame) Abtretung stattgefunden hat. Wäre die Abtretung wirksam erfolgt und würde sich ein Veräußerer weigern die Firmenbuchanmeldung zu unterschreiben, so müsste der Erwerber auf den streitigen Weg ausweichen, indem er gegen den Veräußerer auf Leistung der Unterschrift klagt. Die Entscheidung des Gerichts könnte dann die notwendige Unterschrift des sich weigernden Veräußerers ersetzen. Im Prozess wären dabei seitens des Gerichts das Titel- und das Verfügungsgeschäft zwischen den Parteien zu untersuchen. Dabei ist die Untersuchung der vollständigen Kette der Übertragungen seit der Gesellschaftsgründung durch das Gericht nicht notwendig. Es geht schließlich nur um die Pflicht des Gesellschafters zur Unterschriftsleistung. Sollte sich also später herausstellen, dass der Veräußerer nicht der wahre Eigentümer war, wäre der Erwerber dem „Verlust“ des Geschäftsanteils weiterhin (wie das *de lege lata* der Fall ist) ausgesetzt – er wäre trotz Eintragung im Firmenbuch nicht Eigentümer geworden.

Sollte eine solche Voraussetzung für die Anmeldung Wirklichkeit werden, so könnte es passieren, dass insb bei größeren M&A-Transaktionen, bei denen Geschäftsanteile übertragen werden sollen, vom Veräußerer bereits beim Unterschreiben des Abtretungsvertrages (*Signing*) eine Unterschrift unter der Firmenbuchanmeldung abbedungen wird. Auf diese Weise könnte aber das Ziel dieser Regelung umgangen werden. Regelungsziel ist es, durch die Unterschrift des Veräußerers auf der Anmeldung (die grundsätzlich erst nach Wirksamkeit der Übertragung unterschrieben werden sollte) die Wirksamkeit der Transaktion noch besser zu bescheinigen.

³⁰⁹ *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (434).

³¹⁰ *Vgl Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

³¹¹ *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

Andererseits würde der Erwerber nicht den Kaufpreis für einen Geschäftsanteil zahlen wollen, um später dennoch dem Risiko ausgesetzt zu sein, dass die Gegenpartei (aus welchen Gründen auch immer) sich weigert, bei der Firmenbuchanmeldung (Leistung der Unterschrift auf der Anmeldung) mitzuwirken. Die Einschaltung eines Treuhänders (bspw eines Notars), der bis zum Wirksamwerden der Abtretung (und eventuell auch diesbezüglicher Bestätigungen seitens des Erwerbers und Veräußerers) den bereits unterschriebenen Antrag auf Firmenbuchanmeldung aufbewahrt und nach Wirksamwerden der Abtretung beim Firmenbuchgericht einreicht, wäre ein Weg um diesem Risiko entgegenzuwirken.

Eine ähnliche Rolle könnte auch einer „Aufsandungserklärung“ (Intabulationsklausel), wie dies im Grundbuchsrecht vorgesehen ist (§ 32 Abs 1 lit b GBG), zukommen. Bei einer solchen „Aufsandungserklärung“ sollte es sich um eine ausdrückliche Erklärung desjenigen handeln, dessen Eigentumsrecht am GmbH-Anteil auf eine andere Person übertragen werden soll.³¹² Eine solche Erklärung könnte bei M&A Transaktionen schon beim *Signing* abgegeben werden, insb dann, wenn die Wirksamkeit der Abtretung mit dem *Signing* zusammenfällt, oder bei bzw nach dem *Closing*. Denkbar wäre es auch, diese Erklärung bereits in der Abtretungsurkunde selbst oder in einer gesonderten Urkunde, bspw in der Firmenbucheintragung, vorzunehmen.

2. Beglaubigte Unterschrift der Geschäftsführer in der Firmenbuchanmeldung

Möglich wäre des Weiteren eine notarielle Beglaubigung der Unterschriften der Geschäftsführer bei der Firmenbuchanmeldung zu verlangen.³¹³ Eine solche Voraussetzung wäre imstande, insb solche Betrugsfälle hintanzuhalten, in denen durch Fälschung der Geschäftsführerunterschriften bei einer Anmeldung ein „Diebstahl“ eines Geschäftsanteils vorgenommen werden soll. In Anbetracht der Tatsache, dass es *de lege lata* nicht möglich ist, einen GmbH-Anteil gutgläubig zu erwerben, wäre als Folge einer Weiterveräußerung eines „gestohlenen“ Anteils kein wirksamer Erwerb möglich. Der Veräußerer könnte aber durch den Betrug die Zahlung des Kaufpreises zu seinen Gunsten erwirken. Ob solche Fälle in der Praxis tatsächlich vorkommen, ist nicht klar ersichtlich. Möglicherweise handelt es sich dabei eher um ein theoretisches Problem.

In Anbetracht der Tatsache, dass ein Gesellschafterwechsel „bei einzelnen Rechtsträgern in der Praxis in häufiger Abfolge aktuell werden“ kann,³¹⁴ würde die Voraussetzung einer notariellen

³¹² Vgl Wortlaut des § 32 Abs 1 lit b GBG.

³¹³ *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

³¹⁴ AB 23 BlgNR 18. GP 13.

Beglaubigung der Unterschriften für die Parteien der Abtretung eine – möglicherweise nicht gerechtfertigte – Belastung darstellen. Da ein Gesellschafterwechsel bei einigen Rechtsträgern ein häufig vorkommendes Ereignis darstellen kann, hat sich der Justizausschuss im Zuge der Erlassung des FBG dafür ausgesprochen, das strenge Formerfordernis der Anmeldung in öffentlich beglaubigter Form (auch) im Falle von Gesellschafterwechseln zu durchbrechen.³¹⁵ In Anbetracht dessen, wie viele (wenige) Fälle unrichtiger Eintragungen durch eine beglaubigte Unterschrift in der Firmenbuchanmeldung verhindert werden könnten, scheint eine solche Belastung der betroffenen Parteien nicht gerechtfertigt.

3. Vorlage des Abtretungsvertrages

Die Vorlage des Abtretungsvertrages beim Firmenbuchgericht ist *de lege lata* nicht vorgesehen,³¹⁶ kann aber auf freiwilliger Basis erfolgen.³¹⁷ Dies wird von einigen Autoren anders gesehen bzw heftig kritisiert.³¹⁸ Es wäre jedenfalls denkbar, die Vorlage des Abtretungsvertrages (Notariatsaktes) an das Firmenbuchgericht anzuordnen.³¹⁹ So hätte das Gericht zumindest eine Möglichkeit, die sich bereits aus dem Text des Abtretungsvertrages ergebenden Unstimmigkeiten zu erkennen und seiner (beschränkten) Prüfungspflicht hinsichtlich dieser Unstimmigkeiten nachzukommen. Die Voraussetzung, bei einem Gesellschafterwechsel den Abtretungsvertrag dem Gericht vorzulegen, könnte somit einigen unrichtigen Eintragungen vorbeugen.³²⁰ Freilich würde durch die bloße Vorlage des Abtretungsvertrages die Wirksamkeit der Abtretung nicht ohne Weiteres überprüfbar sein. Zu denken wäre bspw an die Erfüllung von aufschiebenden Bedingungen. Ohne eine umfassende

³¹⁵ AB 23 BlgNR 18. GP 13.

³¹⁶ OGH 6 Ob 2371/96 m RdW 1998, 17 = GesRZ 1998, 159 = GBU 1998/02/01 = HS 28.101 = HS 28.111 = HS 28.173; 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095; 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04; 6 Ob 149/03k GES 2004, 30 = ecolex 2004/132 = EvBl 2004/60 = RdW 2004/124 = GBU 2004/01/06 = ÖJZ-LSK 2004/3 = RZ-EÜ 2004/11; vgl *Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 11 FBG Rz 3

³¹⁷ Vgl den Sachverhalt in OGH 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095.

³¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 11: „Entgegen der Judikatur hat sich die Prüfpflicht bei einem Gesellschafterwechsel auch auf den zugrundeliegenden Übertragungsakt zu erstrecken“; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 12: „Wie ohne Vorlage des Abtretungsvertrages eine vollständige Prüfung stattfinden kann, bleibt unerfindlich.“ *Haberer* spricht diesbezüglich über die Mindermeinung; s *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

³¹⁹ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

³²⁰ So auch *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

materielle Prüfpflicht des Gerichts³²¹ wäre die bloße Vorlage des Abtretungsvertrages nicht einmal ansatzweise geeignet, um unrichtige Firmenbucheintragungen auszuschließen.

4. Umfangreiche materielle Prüfung durch das Firmenbuchgericht

Eine andere Möglichkeit, um dem Auseinanderfallen von Veräußerer und wahrem Berechtigten vorzubeugen, wäre die Einführung einer Pflicht der Firmenbuchgerichte zu einer umfangreichen, materiellen Prüfung des Abtretungsvorganges.³²² Zwar wird auch in den Fällen eines Gesellschafterwechsels (und in sonstigen Fällen der einfachen Anmeldung nach § 11 FBG) eine formelle und materielle Prüfung der Anmeldung bejaht,³²³ aber die Möglichkeit, diese Prüfung ohne Vorlage des Abtretungsvertrages durchzuführen, scheint sehr bedenklich zu sein.³²⁴ Die Rsp verlangt deswegen eine beschränkte materielle Prüfung, die sich auf die Untersuchung beschränkt, ob der Abtretungsvorgang dem Gesetz und der Satzung entspricht.³²⁵ Die „rechtlichen Grundlagen der Übertragung“ bzw die „Gültigkeit des Übertragungsaktes und die Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen hinsichtlich des Übergangs“, seien grundsätzlich nicht zu prüfen.³²⁶ Eine weitergehende Pflicht sei jedoch bei Vorliegen von Bedenken gegen die Richtigkeit der der Anmeldung zugrunde liegenden Tatsachen zu bejahen.³²⁷

Der Grund für eine lediglich beschränkte materielle Prüfungspflicht des Gerichts ist die Tatsache, dass bereits den Geschäftsführern eine formelle und materielle Prüfpflicht der Abtretung obliegt,³²⁸ deren Verletzung eine persönliche Haftung der Geschäftsführer zu Folge hat (§ 26 Abs 2 GmbH).

³²¹ S dazu gleich unten Punkt D.I.4.

³²² *Haberer in Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

³²³ OGH 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92; OLG Wien 28 R 29/96g NZ 2005/76; OLG Wien 28 R 84/96w NZ 1997, 332 = GBU 1997/03/10 = HS 27.283 = HS 27.265 = HS 27.271 = HS 27.230; vgl *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 11 FBG Rz 7; *Schenk in Straube*, HGB³ § 11 FBG.

³²⁴ Vgl *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 12.

³²⁵ OGH 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095.

³²⁶ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 11 FBG Rz 7.

³²⁷ OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04; 6 Ob 111/01v ecolex 2002/10 = RdW 2001/614 = GBU 2001/09/02; 6 Ob 149/03k GES 2004, 30 = ecolex 2004/132 = EvBl 2004/60 = RdW 2004/124 = GBU 2004/01/06 = ÖJZ-LSK 2004/3 = RZ-EÜ 2004/11.

³²⁸ OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04; 6 Ob 111/01v ecolex 2002/10 = RdW 2001/614 = GBU 2001/09/02.

Außerdem würde selbst eine umfangreiche Prüfung eines Abtretungsvertrages durch das Firmenbuchgericht nicht gewährleisten, dass alle Unwirksamkeitsgründe aufgedeckt wären.³²⁹ Eine solche Prüfung wäre aber mit einigen negativen Auswirkungen verbunden. Abgesehen von den durch die stärkere Belastung der Firmenbuchgerichte verursachten zusätzlichen Kosten,³³⁰ wäre noch mit beachtlichen Verfahrensverzögerungen zu rechnen.³³¹ Solche Verfahrensverzögerungen können für die Parteien der Abtretung (insb für den Erwerber) eine signifikante Unannehmlichkeit darstellen.

5. Konstitutive Eintragung

Würde man die Vorlage des Abtretungsvertrages und eine umfangreiche materielle Prüfung durch das Firmenbuchgericht befürworten, so könnte man gleich einen Schritt weiter gehen und die Eintragung eines Gesellschafterwechsels mit konstitutiver Wirkung ausgestalten. Das würde im Vergleich zu den oben, in den Punkten 1 bis 4 dargestellten Vorschlägen, die weitreichendste Änderung der Rechtslage bedeuten. Die konstitutive Wirkung der Eintragung wäre aber mit der vereinfachten Anmeldung eines Gesellschafterwechsels zum Firmenbuch nicht zu vereinbaren. Andererseits würde mit den Worten von *Haberer* ausgedrückt, auf „einem schwachen Fundament [...] ein hohes Haus errichtet, das sehr vom Einsturz bedroht wäre“. ³³² Die konstitutive Eintragung würde einen Systemwechsel im GmbH-Recht bedeuten und dieses an das Grundbuchsrecht annähern.³³³ Eine konstitutive Eintragung als Modus der Übertragung anzuordnen, ohne dabei Heilungsmöglichkeiten des Rechtsgeschäftes vorzusehen, könnte zur Folge haben, dass die Eintragung zwar eine Voraussetzung einer wirksamen Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils darstellen würde, die Abtretung aber trotzdem unwirksam wäre, wenn bspw das Verpflichtungsgeschäft nicht wirksam zustande gekommen ist. Würde die konstitutive Eintragung mit Heilungsmöglichkeiten hinsichtlich einiger Übertragungsmängel ausgestattet sein, dann könnte das Ziel, dem Auseinanderfallen von Veräußerer und wahrem Berechtigten vorzubeugen, abhängig von der genauen Ausgestaltung der Heilungsmöglichkeiten (welche Mängel könnten geheilt werden und welche nicht) erreicht werden. Es wäre sogar denkbar, dass eine fehlende Berechtigung des Veräußerers bereits durch

³²⁹ Bspw Erfüllung von Bedingungen, deren Eintritt sich aus dem Abtretungsvertrag nicht ergibt.

³³⁰ Die Kosten könnten uU durch gesteigerte Gebühren für die Anmeldung eines Gesellschafterwechsels finanziert werden, die jedoch eine Belastung der beteiligten Parteien darstellen würden.

³³¹ Vgl *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (435).

³³² *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (436).

³³³ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (436).

die konstitutive Eintragung heilbar wäre, ohne dass es noch auf weitere Anforderungen, bspw die Gutgläubigkeit des Erwerbers, ankäme.

Eine konstitutive Eintragung *alleine* würde dem Auseinanderfallen von Veräußerer und wahrem Berechtigten nicht ausreichend entgegenwirken. Die konstitutive Eintragung wäre aber mit einer umfangreichen materiellen Prüfung zu verbinden und somit auch mit der Vorlage des Abtretungsvertrages, der für diese umfangreiche Prüfung unabdingbar ist. Diese Lösung wäre zumindest ähnlichen Bedenken ausgesetzt, wie das bereits bei der Einführung einer umfangreichen materiellen Prüfung selbst der Fall wäre, insb müsste man mit ebenso langen Verfahrensverzögerungen rechnen.³³⁴

6. Zwischenergebnis

Die oben in den Punkten 1 bis 5 dargestellten Vorschläge würden unterschiedlich weitreichende Änderungen des österreichischen Rechts bedeuten. Obwohl die ersten drei Vorschläge – Unterschriftserfordernis des Veräußerers in der Firmenbuchanmeldung bzw die „Aufsandungserklärung“, beglaubigte Unterschrift (der Geschäftsführer) in der Firmenbuchanmeldung und (bloße) Vorlage des Abtretungsvertrages – noch keine besonders einschneidenden Rechtsänderungen erfordern würden, wären diese nur beschränkt im Stande, dem Auseinanderfallen von Veräußerer und wahrem Berechtigten entgegenzuwirken. Bereits diese Vorschläge würden zu einer spürbaren Belastung der beteiligten Parteien und gewissen Verfahrensverzögerung führen. Immerhin könnten aber diese Maßnahmen bspw einigen Betrugsfällen entgegenwirken.

Eine umfangreiche materielle Prüfung des Abtretungsvorganges durch das Firmenbuchgericht sowie eine konstitutive Eintragung (die mit einer umfangreichen materiellen Prüfung zu verbinden wäre) könnten eine Mehrzahl von unrichtigen Eintragungen von GmbH-Gesellschaftern hintanhaltend. Jedoch könnte man auch in diesen Fällen unrichtige Eintragungen infolge des rechtsgeschäftlichen Verkehrs (und davon abgesehen bspw bei Gesamtrechtsnachfolge infolge des Todes eines Gesellschafters) nicht ganz ausschließen. Es müssten in diesen Fällen einschneidende Reformen (bei konstitutiven Eintragungen vielleicht sogar ein „Systemwechsel“) durchgeführt werden. Diese Reformen würden neue Pflichten für das Firmenbuchgericht und folglich auch höhere Kosten für die Parteien bedeuten. Zudem müsste mit längeren Verfahrensverzögerungen gerechnet werden.

³³⁴ Vgl oben Punkt D.I.4.

In Anbetracht der obigen Ergebnisse ist zu untersuchen, ob es nicht sachgerechter bzw einfacher wäre, den negativen Konsequenzen des Auseinanderfallens von Veräußerer und wahrem Berechtigten bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen „ex post“ durch einen gutgläubigen Erwerb (und unter Inanspruchnahme der für den wahren Berechtigten negativen Folgen des Rechtsverlusts) entgegenzuwirken. Darüber hinaus ist zu untersuchen, ob ein gutgläubiger Erwerb von einem oder auch mehreren der hier dargestellten Vorschläge zu flankieren wäre.

II. Vergleich mit Deutschland

Für die Untersuchung des Handlungsbedarfes des Gesetzgebers und somit der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen ist es notwendig zu überprüfen „wie fehleranfällig die Rechtszuordnung hinsichtlich des Erwerbsgegenstandes ist.“³³⁵ Diese Fehleranfälligkeit wurde im Rahmen der Reformdiskussion in Deutschland sowie vor allem in der danach folgenden deutschen Literatur vielfach und ausführlich erörtert.³³⁶

Die Mehrheit der Stimmen in Deutschland hat den Handlungsbedarf zwar bejaht,³³⁷ doch gab es auch einige verneinende Stimmen. Insb könnte gegen den Handlungsbedarf in Deutschland bereits sprechen, dass es, soweit ersichtlich, keine Rsp zum Thema der wegen einer fehlenden Berechtigung des Veräußerers gescheiterter GmbH-Anteilserwerbe gab.³³⁸

³³⁵ *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (2010) 48.

³³⁶ S insb ausführlich *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 66 ff; *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb 48 ff; *Bohrer*, Fehlerquellen und gutgläubiger Erwerb im Geschäftsanteilsverkehr – Das Vertrauensschutzkonzept im Regierungsentwurf des MoMiG, DStR 2007, 995 (995 ff).

³³⁷ S insb *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 92: „Die beispielhafte Untersuchung zweier Fehlerquellen hat gezeigt, dass bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Geschäftsanteilen ein geradezu paradigmatischer Fall eines Verkehrsbedürfnisses vorliegt. [...] Der Erwerber ist einem breiten Spektrum an Wirksamkeitshindernissen ausgesetzt, deren Vorliegen er häufig nicht erkennen und deren Eintritt ihm nicht zugerechnet werden kann“; *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb 58: „Insofern verwundert die von *Zöllner* aufgestellte Hypothese, es bedürfe gar keines Gutgläubenserwerbs [...]“; *Harbarth*, ZIP 2008, 57: „Zwar sind Fälle, in denen erfolgte Anteilserwerbe später unter Umständen über mehrere Kettenglieder rückabgewickelt werden, in der Tat selten. Seine Ursache dürfte dieser Befund allerdings darin haben, dass in den in der Praxis nicht seltenen Fällen von Mängeln in der Erwerbskette oder von zumindest fundierten Zweifeln an der Wirksamkeit von Erwerbsvorgängen in aller Regel nicht die Rückabwicklung, sondern die nachträgliche „Reparatur“ versucht wird, die ebenfalls mit einem nicht unerheblichen Aufwand und mit ebensolchen Kosten einhergeht“; *Leeser*, Gutgläubiger Erwerb 26; *Rodewig* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (690): „Unter den Teilnehmern bestand Einigkeit, dass die geplante GmbH-Reform die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen einführen sollte“; vgl auch *Röber*, Gutgläubiger Erwerb 20; *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 1.9.2006 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom 29.5.2006, GmbHR 2006, 978 (980).

³³⁸ Vgl *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb 48; *Noack*, Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, 1475 (1478 FN 25).

Zu den Stimmen, die einen Handlungsbedarf verneinen, ist insb *Zöllner*³³⁹ zu zählen. So hat *Zöllner* die Frage nach dem quantitativ relevanten rechtspolitischen Bedürfnis für einen Verkehrsschutz durch einen gutgläubigen Erwerb der GmbH-Gesellschafterstellung verneint. Auch wenn Gegenteiliges „verschiedentlich mit Vehemenz behauptet“ werde, so sei nach *Zöllner* „ein solches Bedürfnis nicht wirklich in Erscheinung getreten“. Deswegen sollte der Grundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* in diesem Fall nicht durchbrochen werden. Da eine Due Diligence Prüfung selbstverständlich „nur angemessene Sorgfalt“ verlange und „der Prüfende keine unzumutbaren Nachforschungen über die Vergangenheit anzustellen“ brauche, ergäbe sich iZm einer allfälligen Erleichterung der Due Diligence kein rechtspolitisches Bedürfnis für die Einführung des Gutgläubensschutzes.³⁴⁰ Auch *Döser* gab sich über die „Unterstellung eines Änderungsbedürfnisses“ einer solchen Regelung überrascht.³⁴¹ Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs bzw dessen Ausgestaltung hat *Döser* als „Lobbyerfolg der „M&A“-Branche“ bzw „Kanonenschuss auf Spatzen“ bezeichnet.³⁴² Der fehlende Handlungsbedarf wurde jedoch nur von einer begrenzter Anzahl von Stimmen in der Literatur vertreten. Obwohl es keine eindeutigen empirischen Beweise für den Handlungsbedarf gibt, so ist mit Rücksicht auf die Argumente der Befürworter zu konstatieren, dass ein Handlungsbedarf in Deutschland durchaus gegeben scheint.

Von einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den Fehlerquellen der GmbH-Anteilsinhaberschaft nach deutschem Recht wird an dieser Stelle abgesehen.³⁴³ Sollten Unterschiede zwischen dem deutschen und dem österreichischen Recht hinsichtlich der Fehlerquellen der GmbH-Anteilsinhaberschaft vorhanden sein, wird darauf bei Erörterung der österreichischen Rechtslage kurz eingegangen.³⁴⁴

Es wird bloß angemerkt, dass das Bejahen eines Handlungsbedarfs in Deutschland aufgrund der Ähnlichkeit der relevanten Bestimmungen des deutschen und des österreichischen Rechts ein gutes erstes Indiz für einen Handlungsbedarf in Österreich darstellt.

³³⁹ *Zöllner* in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Die GmbH-Reform in der Diskussion 175 (183).

³⁴⁰ Zum Ganzen *Zöllner*, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Die GmbH-Reform in der Diskussion 175 (183).

³⁴¹ *Döser*, Gedanken zur GmbH, in FS Spiegelberger (2009) 634 (642).

³⁴² *Döser* in FS Spiegelberger 634 (643).

³⁴³ Andererseits müssten die anschließenden Ausführungen zu österreichischem Recht aufgrund der vielerorts sehr ähnlichen Regelungen in deutschem und österreichischem Recht vor allem Wiederholungen des zu deutschem Recht Gesagten beinhalten, was vermieden werden soll.

³⁴⁴ Vgl Punkt D.III.3 unten hinsichtlich der zulässigen Anzahl der von einem Gesellschafter gehaltenen GmbH-Geschäftsanteile.

III. Fälle eines gescheiterten Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten verhilft dem Erwerber nur dann, wenn der Veräußerer kein Eigentümer des Geschäftsanteils ist. Somit kann dem Erwerber bspw dann nicht gegen die Unwirksamkeit der Übertragung mittels gutgläubigen Erwerbs verholten werden, wenn andere die Unwirksamkeit begründende Mängel der jeweiligen Übertragung (wie bspw Vinkulierung, aufschiebende Bedingungen) vorliegen. Nichtsdestotrotz sind auch solche anderen Mängel hier anzuführen, da solche Mängel bei *früheren* Übertragungen zu einer fehlenden Eigentümereigenschaft des Veräußerers führen können. Diese Mängel könnten möglicherweise durch einen späteren gutgläubigen Erwerb „geheilt“ werden. Deswegen ist es angebracht, alle wichtigen, zur Unwirksamkeit der Übertragung führenden Mängel vor Augen zu führen, um den Handlungsbedarf des Gesetzgebers – und somit die Notwendigkeit der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen – entsprechend erörtern zu können. Solche möglichen Mängel können bereits beim erstmaligen (originären) Erwerb eines Geschäftsanteils, bspw bei der Gründung der GmbH oder bei einer Kapitalerhöhung, in Erscheinung treten. Das eigentliche Augenmerk wird aber den Mängeln bei einem derivativen Erwerb geschenkt. Auch Mängel bei Veränderungen an bestehenden Geschäftsanteilen, die zur Unwirksamkeit anschließender Veräußerungen führen können, werden nachfolgend dargestellt.

1. Originärer Erwerb

Zuerst ist zu fragen, unter welchen Umständen die rechtliche Stellung als Gesellschafter (Eigentümer eines GmbH-Geschäftsanteils) bereits originär nicht entstehen wird. Wird eine solche Situation vorkommen, so wird ein „Scheingesellschafter“ deswegen „Nichtberechtigter“, weil ein GmbH-Geschäftsanteil gar nicht (bzw nicht in diesem Ausmaß) existieren wird. Ein solcher Fall ist von einem Fall der fehlenden Berechtigung eines Veräußerers wegen Fehlschlagens eines derivativen Erwerbs streng zu unterscheiden. Da kein GmbH-Geschäftsanteil existiert, ist es bereits umstritten, ob diesbezüglich von „Nichtberechtigung“ gesprochen werden kann, da es für ein Objekt, das nicht existiert, auch keinen Berechtigten geben kann. Das Fehlschlagen des originären Erwerbs wird nunmehr gesondert für die Entstehung der GmbH-Geschäftsanteile sowohl infolge Gründung der Gesellschaft als auch infolge von Kapitalerhöhungen erläutert.

1.1. Entstehung der GmbH

Eine GmbH entsteht durch die Eintragung in das Firmenbuch. Die Eintragung wirkt somit konstitutiv (rechtserzeugend).³⁴⁵ Es ist jedoch denkbar, trotz der Eintragung die Entstehung der Gesellschaft und somit die Entstehung der GmbH-Geschäftsanteile zu verneinen, wenn die Gesellschaft besonders schwerwiegende Mängel aufweist. Eine solche Lösung – die Verneinung der Entstehung der Gesellschaft bereits mit *ex tunc* Wirkung – wurde jedoch seitens der Rsp nicht gebilligt. Vielmehr ist eine GmbH jedenfalls durch ihre Eintragung im Firmenbuch existent geworden, „auch wenn später mit Urteil ausgesprochen wird, daß der Gesellschaftsvertrag mit Rechtskraft des Urteiles (*ex nunc*) nichtig ist.“³⁴⁶

Dass die Existenz einer GmbH vernichtbar (iS einer Anfechtbarkeit mit *ex nunc* Wirkung) ist, lässt sich bereits daran erkennen, dass der die Eintragung bewilligende Gerichtsbeschluss von jedermann, in dessen Rechtsphäre eingegriffen wurde, angefochten werden kann.³⁴⁷ Außerdem kann auch eine gesetzlich zuständige Interessensvertretung (soweit öffentliche Interessen betroffen sind) gegen den Beschluss ein Rechtsmittel einlegen.³⁴⁸ Jedoch wirkt ein erfolgreicher Rekurs gegen die Bewilligung der Eintragung lediglich *ex nunc* und nicht *ex tunc*.³⁴⁹ Dies wird mit der „Rücksicht auf die Gläubiger der Gesellschaft und überhaupt auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs“ begründet.³⁵⁰

Schwere inhaltliche Mängel des Gesellschaftsvertrages berechtigen des Weiteren zu einer Nichtigkeitsklage gemäß § 10 Abs 3 FBG.³⁵¹ So ordnet § 10 Abs 3 FBG an, dass die Nichtigkeit einer AG dann einzutragen ist, wenn die Voraussetzungen des § 216 Abs 1 AktG vorliegen (1. S); dies gilt sinngemäß auch für die GmbH (2. S). Schwere inhaltliche Mängel sind idS das Fehlen von Bestimmungen über die Firma der Gesellschaft, die Höhe des Stammkapitals oder den Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag sowie die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des im Gesellschaftsvertrag umschriebenen oder tatsächlich verfolgten

³⁴⁵ RIS-Justiz RS0103900; RS0059507; RS0059097; *Enzinger* in WK GmbHG¹ § 2 Rz 1; *Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 2 Rz 3; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 4/74; vgl § 2 Abs 1 S 1 GmbHG.

³⁴⁶ RIS-Justiz RS0059097.

³⁴⁷ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/73.

³⁴⁸ § 14 Abs 3 FBG; vgl OGH 6 Ob 15/92 ecolex 1992, 779 = EvBl 1993/19 = ÖBA 1993, 242 = ÖBA 1993, 740 = ÖBA 1993/383 = RdW 1992, 404 = wbl 1992, 405 = HS 22.233 = HS 22.242 = HS 22.243 = HS 22.255.

³⁴⁹ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/73.

³⁵⁰ RIS-Justiz RS0059507. Vgl auch *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/73; *Enzinger* in WK GmbHG¹ § 2 Rz 5.

³⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 27; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/76.

Unternehmensgegenstandes.³⁵² Auch die „Nichtigkeit“ aufgrund schwerer inhaltlicher Mängel entfaltet nur *ex nunc* Wirkung.³⁵³ Gemäß § 10 Abs 2 FBG ist dann eine Löschung der Eintragung der Gesellschaft von Amts wegen möglich.³⁵⁴ Nichtsdestotrotz sind aber die gesetz- bzw sittenwidrigen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages schon vorher unverbindlich.³⁵⁵ Hinsichtlich der Willensmängel wird vertreten, dass diese nach Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch nicht zur Nichtigklärung der Gesellschaft führen.³⁵⁶ Die fehlende Geschäftsfähigkeit soll aber auch nach der Eintragung der Gesellschaft geltend gemacht werden können,³⁵⁷ was für eine Rückabwicklung *ex tunc*³⁵⁸ und somit das Nichtentstehen des relevanten GmbH-Geschäftsanteils spricht.³⁵⁹ Gleiches soll für die Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Gewalt und Drohung mit Gewalt³⁶⁰ gelten.³⁶¹ Trotz der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bei Formmängeln, die ein Eintragungshindernis der GmbH in das Firmenbuch darstellen,³⁶² scheinen gute Gründe für die Heilung des Mangels durch die Eintragung zu sprechen.³⁶³ Auch die Rsp bejaht nunmehr in solchen Fällen die Heilung von Formmängel.³⁶⁴

1.2. Kapitalerhöhung

Außer der fehlerhaften Entstehung bzw der Vernichtbarkeit der GmbH, ist der Fall einer Kapitalerhöhung in dem hier relevanten Kontext interessant. Durch eine Kapitalerhöhung wird das im Gesellschaftsvertrag festgelegte Stammkapital erhöht. Dies hat entweder die Erhöhung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der bisherigen Gesellschafter oder die Entstehung neuer

³⁵² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 15; vgl § 216 Abs 1 AktG.

³⁵³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 15: „Die Eintragung [der Nichtigkeit] wirkt nicht *ex tunc*, sondern hat auflösungsähnliche Rechtsfolgen.“

³⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 27.

³⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 27; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/76; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 10 Rz 39; s OGH 1 Ob 719/78 SZ 51/148 = EvBl 1979/55 = GesRZ 1979, 79 = SWK 1979, B II 1 = HS 11.540 = HS 11.544, wonach eine Verpflichtung zur Ausschüttung vom Gewinn einer GmbH ohne Rücksicht darauf, ob ein solcher bilanzmäßig ausgewiesen ist, der zwingenden Norm des § 82 Abs 1 GmbHG widerspricht und unwirksam ist.

³⁵⁶ *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/77.

³⁵⁷ *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/77.

³⁵⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 15.

³⁵⁹ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 14 f.

³⁶⁰ Bezüglich Drohung mit Gewalt jedoch strittig. Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 14 mwN.

³⁶¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 15 mwN.

³⁶² OLG Wien 6 R 146/91 NZ 1992, 299.

³⁶³ So *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 26.

³⁶⁴ RIS-Justiz RS0049494, zuletzt OGH 6 Ob 207/15g RdW 2016/186 = wbl 2016/95 = AnwBl 2016, 304 = NZ 2016/63 = ecollex 2016/308 = GesRZ 2016, 287 (*Milchrahm*) = JusGuide 2016/14/14748.

Geschäftsanteile für Dritte (Neugesellschafter) (bzw teilweise beides) zur Folge.³⁶⁵ Eine Kapitalerhöhung stellt eine materielle Abänderung des Gesellschaftsvertrages dar.³⁶⁶ Zu ihrer Wirksamkeit ist eine Eintragung in das Firmenbuch erforderlich (konstitutive bzw rechterzeugende Wirkung der Eintragung).³⁶⁷ Dies trifft jedenfalls auf das hier maßgebliche Verhältnis gegenüber Dritten zu.³⁶⁸ Die konstitutive Wirkung bedeutet aber nicht unbedingt, dass ein fehlerhafter Kapitalerhöhungsbeschluss durch die Eintragung geheilt und endgültig wirksam wird.

Im Allgemeinen sind nichtige Gesellschafterbeschlüsse, sofern keine Heilung anzunehmen ist, unwirksam und somit für jedermann unverbindlich.³⁶⁹ Anfechtbare Beschlüsse sind demgegenüber erst mit Rechtskraft des der Anfechtungsklage stattgebenden Urteils rückwirkend (mit Wirkung *ex tunc*) aufgehoben.³⁷⁰ Im Allgemeinen gilt des Weiteren, dass die aufgrund der Einberufungs- oder Inhaltsmängel nichtigen Beschlüsse uU auch von Amts wegen gelöscht werden können.³⁷¹ Bei Fehlen einer Nichtigkeitsklage (sowie einer Einrede) heilen sie erst nach drei Jahren.³⁷² Die Dreijahresfrist beginnt mit der Eintragung in das Firmenbuch und ist für die Heilung im Allgemeinen auch bei anfechtbaren Beschlüssen maßgeblich, und zwar dann, wenn ein Beschluss nicht an alle Gesellschafter zugestellt wurde. Ansonsten heilen anfechtbare Beschlüsse insb dann, wenn der maßgebliche (verkürzte bzw beeinträchtigte) Gesellschafter den Beschluss nachträglich genehmigt hat.³⁷³

³⁶⁵ Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in WK GmbHG¹ § 52 Rz 1.

³⁶⁶ Vgl Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in WK GmbHG¹ § 52 Rz 5.

³⁶⁷ Das ergibt sich bereits aus § 49 Abs 2 GmbHG. Vgl OGH 6 Ob 17/91 EvBl 1992/82 = RdW 1993, 144 = wbl 1992, 131 = ecolex 1992, 337 = ÖJZ 1992/92 (NRsp) = ÖJZ 1992/93 (NRsp) = ÖJZ 1992/94 (NRsp) = HS 22.147 = HS 22.155 = HS 22.200 = HS 22.206; Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in WK GmbHG¹ § 52 Rz 22; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 4/74.

³⁶⁸ Eine vorgezogene Wirkung im Innenverhältnis ist strittig. S diesbezüglich Rauter/Milchrahm in WK GmbHG¹ § 49 Rz 152 ff mwN; offen gelassen in OGH 4 Ob 524/91 SZ 64/159 = RdW 1992, 79 = GesRZ 1992, 284 = ecolex 1992, 242 = wbl 1992, 164 = HS 22.204 = HS 22.220.

³⁶⁹ Statt vieler nur Enzinger in WK GmbHG¹ § 41 Rz 27. Es soll im Auge behalten werden, dass bereits die Bezeichnung der Gesellschafterbeschlüsse als „nichtig“ bzw das Vorhandensein von „nichtigen“ Beschlüssen strittig ist. So sprach der OGH bei gravierenden Mängeln der Gesellschafterbeschlüsse von einem „rechtlich unbeachtlichen Scheinbeschluss“; s Grama/Vondrak in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² 284 Rz 143; Eckert, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen Judikatur, GES 2004, 228 (231 f). Die nichtigen Beschlüsse wurden aber durch den OGH manchmal angesprochen; s bspw OGH 3 Ob 287/02f RWZ 2004/11 = GesRZ 2004, 57 = RdW 2004/123 = wbl 2004/93 = GES 2004, 149 = ecolex 2004/166 = SZ 2003/133 = GBU 2004/03/02.

³⁷⁰ Statt vieler nur Enzinger in WK GmbHG¹ § 42 Rz 38.

³⁷¹ Enzinger in WK GmbHG¹ § 41 Rz 31; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 18; vgl § 10 Abs 2 FBG.

³⁷² Enzinger in WK GmbHG¹ § 41 Rz 27 und 29; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 20; Baumgartner/Mollnhuber/Torggler in Torggler, GmbHG § 41 Rz 14; Grama/Vondrak in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² 285 Rz 146.

³⁷³ Baumgartner/Mollnhuber/Torggler in Torggler, GmbHG § 41 Rz 26.

Die Anwendung der oben dargestellten Folgen auf Kapitalmaßnahmen (und außerdem bei anderen strukturverändernden Maßnahmen) ist strittig.³⁷⁴ Insb ist es umstritten, ob bei einer eingetragenen und umgesetzten Kapitalerhöhung ein absoluter Bestandsschutz zugunsten dieser Kapitalmaßnahme gilt, oder ob diese uU nicht doch rückabzuwickeln ist.³⁷⁵ Nach der Rsp sind die Rückabwicklungsschwierigkeiten nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu beurteilen.³⁷⁶ Üblicherweise ist aber die Rückabwicklung einer Kapitalerhöhung nach längerer Zeit sehr problematisch.³⁷⁷ Dies spricht für eine *ex nunc* Wirkung des den eingetragenen Kapitalerhöhungsbeschlusses stattgebenden Anfechtungsurteils.³⁷⁸ Dabei sind wegen des Gläubigerschutzes die für eine Kapitalherabsetzung geltenden Vorschriften entsprechend anwendbar, weswegen die beabsichtigte Rückzahlung des Kapitals anzumelden ist und die Kapitalerhöhung erst nach Ablauf der Sperrfrist gelöscht werden darf.³⁷⁹

2. Derivativer Erwerb

Der Nichtberechtigung des Veräußerers eines GmbH-Geschäftsanteils kann auch ein Mangel bei einem derivativen Erwerb zugrunde liegen. Obwohl GmbH-Geschäftsanteile grundsätzlich sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen frei übertragbar sind (§ 76 Abs 1 GmbHG), gibt es mehrere Gründe einem derivativen Erwerb die Rechtswirksamkeit abzusprechen.

Da sich auch die Wirksamkeit der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils (vorbehaltlich spezieller Bestimmungen) nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts richtet,³⁸⁰ ist zunächst an den Zugang der Annahme beim Angebotsteller als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Übertragung zu denken. Ist der erforderliche Notariatsakt über die Angebotsannahme dem Angebotsteller nicht zugegangen³⁸¹ oder der Angebotsteller von der Errichtung des

³⁷⁴ Vgl *Enzinger* in WK GmbHG¹ § 42 Rz 41: „Die *ex tunc* Wirkung des klagsstattgebenden Urteils ist bei strukturverändernden Maßnahmen [...] nach ihrer Durchführung und Umsetzung problematisch.“

³⁷⁵ *Enzinger* in WK GmbHG¹ § 42 Rz 41.

³⁷⁶ OGH 6 Ob 81/99a MietSlg 51.079 = wobl 1999/165.

³⁷⁷ Vgl RIS-Justiz RS0014929, der den Grundsatz festlegt, dass bei Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung „außerordentlich schwierig“ ist. S insb OGH 7 Ob 580/91 EvBl 1992/49 = ecolex 1992, 89 = ÖJZ 1992/12 = ÖJZ 1992/4 = JBl 1992, 186 = RdW 1992, 110 = EWär I/12/1 = HS 22.393 = HS 22.527 = HS 22.684 = MietSlg 43.178 = ÖWR 1998, E 6: „Insbesondere bei in Gesellschaftsform organisierten Dauerschuldverhältnissen kommt nach herrschender Auffassung jedenfalls im Außenverhältnis aus Gründen des Verkehrsschutzes eine Anfechtung nur mit Wirkung *ex nunc* in Betracht.“

³⁷⁸ Vgl *Baumgartner/Mollnhuber/Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 42 Rz 11.

³⁷⁹ *Baumgartner/Mollnhuber/Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 42 Rz 11 und § 44 Rz 1; vgl RIS-Justiz RS0014929.

³⁸⁰ OGH 1 Ob 530/76 und 1 Ob 531/76 SZ 49/23 = GesRZ 1976, 130; vgl *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 32 mwN.

³⁸¹ So OGH 2 Ob 46/97x ecolex 2000/351 = GBU 1999/11/02 = EvBl 2000/23 = RdW 1999, 721 = wbl 2000/84 = ZIK 1999, 197 = ÖJZ-LSK 2000/13 = ÖJZ-LSK 2000/14 = ÖJZ-LSK 2000/15 = HS 30.148 = HS 30.166;

Notariatsaktes innerhalb der Annahmefrist nicht zumindest verständigt worden,³⁸² so ist bereits in diesem Fall die Übertragung unwirksam.

Des Weiteren soll auf das Formerfordernis der Übertragung von GmbH-Anteilen besonderes Augenmerk gelegt werden. Denn gemäß § 76 Abs 2 S 1 GmbHG bedarf es zur rechtsgeschäftlichen Übertragung von Geschäftsanteilen eines Notariatsaktes. Die Verpflichtung zur zukünftigen Anteilsübertragung bedarf der gleichen Form (§ 76 Abs 2 S 2 GmbHG). Die Notariatsaktpflicht gilt nach der Rsp und der hL sowohl für das Verpflichtungsgeschäft als auch für das Verfügungsgeschäft.³⁸³ Ein Verstoß gegen die Notariatsaktpflicht hat die Unwirksamkeit des Verpflichtungs- bzw des Verfügungsgeschäftes zur Folge.³⁸⁴

Auch fehlende wirksame Vollmachten können der Wirksamkeit von GmbH-Geschäftsanteilübertragungen entgegenstehen.³⁸⁵

Ausweislich § 76 Abs 2 S 3 GmbHG kann im Gesellschaftsvertrag die Übertragung der GmbH-Geschäftsanteile von weiteren Voraussetzungen, insb von der Zustimmung der Gesellschaft (Vinkulierung) abhängig gemacht werden. Werden diese „weiteren Voraussetzungen“ nicht erfüllt, bspw wird auf die in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Vorkaufs- oder Aufgriffsrechte³⁸⁶ in der Folge nicht verzichtet, so ist die Übertragung unwirksam (dingliche bzw absolute Wirkung der Vorkaufs- oder Aufgriffsrechte).³⁸⁷ Dies gilt trotz der Tatsache, dass

„Vielmehr erhält der Erwerber eines Geschäftsanteiles diesen und damit alle Rechte des Vormannes aus dem Gesellschaftsverhältnis bereits durch formgerechte Verpflichtung und Verfügung [...], wobei jedoch die in Anbot und Annahme zerlegte Geschäftsanteilsübertragung nicht bereits mit der Errichtung der notariellen Annahmeerklärung, sondern erst mit dem Zugehen des Notariatsaktes über die Annahme beim Anbotsteller zustandekommt“.

³⁸² RIS-Justiz RS0014085.

³⁸³ S RIS-Justiz RS0113159; RS0115336, zuletzt OGH 10 Ob 22/13b ZfS 2014, 18 = PSR 2014/4 (Zollner) = RdW 2014/159 = wbl 2014/118 = PSR 2014/11 (Wrann/Zollner) = AnwBl 2014, 658 = ecolex 2014/134 (Rizzi) = JusGuide 2014/04/11922 = JusGuide 2014/04/11923. Diesbezüglich divergieren die Meinungen in der Lehre - vgl statt vieler nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 188; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16 ff; *P. Bydlinski*, Veräußerung 39 ff. Zur Ausnahmen von der Notariatsaktpflicht – insb auch Erwerb aufgrund eines Urteils, eines gerichtlichen Vergleichs, Veräußerung kaduzierter Geschäftsanteile uam – s statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 216 f mwN.

³⁸⁴ Statt vieler nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 221 mwN.

³⁸⁵ Statt vieler nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 183 mwN.

³⁸⁶ Vgl zur Häufigkeit von Übertragungsbeschränkungen in GmbH-Satzungen *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 53 mwN.

³⁸⁷ OGH 8 Ob 631/90 SZ 65/60 = RdW 1992, 339 = ecolex 1992, 481 (*Thiery*) = wbl 1992, 263 = HS 22.072 = HS 22.215 = HS 22.513 = HS 22.632; 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92; 1 Ob 8/00h SZ 73/33 = ecolex 2000/234 = GBU 2000/08/03 = GesRZ 2000, 170 = EvBl 2000/148 = RdW 2000/385 = wbl 2000/383 = ÖJZ-LSK 2000/160 = ÖJZ-LSK 2000/161; 6 Ob 205/04x ecolex 2005/240 = ecolex 2005/365 = NZ 2005/25 = GBU 2005/07-08/01; 10 Ob 132/05t AnwBl 2008, 57 = ecolex 2006/396 = ÖRPfI 2008 H 2, 37 = RdW 2006/463 = HS 37.139 = HS 37.148 = HS 37.150; RIS-Justiz RS0039034; RS0020381;

eine in der Satzung der GmbH verankerte Übertragungsbeschränkung von GmbH-Geschäftsanteilen nicht im Firmenbuch einzutragen ist.³⁸⁸ Diese Übertragungsvoraussetzungen können uU auch nachgeholt werden – die Übertragung ist schwebend unwirksam, solange nicht die endgültige Unwirksamkeit anzunehmen ist.³⁸⁹ Wenn dagegen die Übertragungsbeschränkungen bloß in einem Syndikatsvertrag bzw in einer Nebenvereinbarung vorgesehen wurden, dann entfalten sie keine dingliche Wirkung.³⁹⁰ Im Falle von Kollusion bzw Missbrauch der Vertretungsmacht können aber die Übertragungsbeschränkungen dem Erwerber entgegen gehalten werden.³⁹¹ Dies bedeutet ebenso die Unwirksamkeit der Übertragung.

Eine fehlgeschlagene Anteilsübertragung kann auch auf den fehlenden Eintritt von aufschiebenden Bedingungen (die in der Praxis in Anteilskaufverträgen sehr oft vorgesehen sind³⁹²) zurückzuführen sein.³⁹³ Beispiele für solche aufschiebenden Bedingungen, unter denen die Abtretung stehen kann, sind die Kaufpreiszahlung oder die Zustimmung eines allenfalls vorhandenen Aufsichtsrates des Erwerbers.³⁹⁴

statt vieler s nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 75; *Grassner*, Immobilisierungsmaßnahmen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2010) 34, jeweils mwN.

³⁸⁸ S OGH 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92; RIS-Jusitz RS011360; statt vieler s nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 75 mwN.

³⁸⁹ Ua OGH 8 Ob 547/92 und 8 Ob 548/92 SZ 66/175 = ecolex 1994, 817 = HS 25.205 = HS 25.782; 23.08.2000, 13 Os 29/00; 10 Ob 132/05t AnwBl 2008, 57 = ecolex 2006/396 = ÖRPfI 2008 H 2, 37 = RdW 2006/463 = HS 37.139 = HS 37.148 = HS 37.150; 6 Ob 7/08k RWZ 2008/43 (*Wenger*) = wbl 2008/161 = GES 2008, 106 (*Fantur*) = GesRZ 2008, 155 (*Koppensteiner*) = ecolex 2008/239 = EF-Z 2008/134 = NZ 2008/73 = RdW 2008/479 = AnwBl 2009, 51 = GBU 2008/07-08/01 (*Reich-Rohrwig/Maier*) = ÖRPfI 2009 H 1, 27 = RZ-EÜ 2008/374 = RZ-EÜ 2008/375 = EFSlg 119.650 = HS 39.080 = HS 39.081 = JusGuide 2008/25/5789; RIS-Justiz RS0039034; RS0123220; statt vieler s nur WK GmbHG¹ § 76 Rz 75 mwN.

³⁹⁰ OGH 7 Ob 2350/96f SZ 70/98 = RdW 1997, 594 = ecolex 1997, 940 = GBU 1997/03/09; statt vieler s nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 78 mwN.

³⁹¹ OGH 7 Ob 2350/96f SZ 70/98 = RdW 1997, 594 = ecolex 1997, 940 = GBU 1997/03/09; statt vieler s nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 78: „quasi-dingliche Wirkung“.

³⁹² *Frenzel*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter schwer nachprüfbaren aufschiebenden Bedingungen, GesRZ 2017, 24 (24).

³⁹³ Die Zulässigkeit der GmbH-Geschäftsanteilsübertragung unter aufschiebender Bedingung ist grundsätzlich anerkannt; s *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 37/1; *Reich-Rohrwig*, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 1990, 546 (548); *Schummer*, ecolex 1991, 319 (321); *Frenzel* spricht sogar über „Bedingungsfreundlichkeit der Übertragung von Geschäftsanteilen“ – s *Frenzel*, GesRZ 2017, 24. Auch der Vinkulierung kommt ein aufschiebender Effekt zu, da die notwendige Zustimmung (soweit nicht feststeht, dass diese nicht erteilt wird) nachgeholt werden darf und soweit die Übertragung schwebend unwirksam ist; *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 37/1.

³⁹⁴ Mehrere Beispiele insb bei *Frenzel*, GesRZ 2017, 24 (26 f) mwN. Vgl auch *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 37/1.

UU können noch berufsrechtliche, grundverkehrsrechtliche oder devisenrechtliche Hindernisse für den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen bestehen.³⁹⁵

Die fehlende Berechtigung eines Anteilsveräußerers kann sich schließlich auch daraus ergeben, dass dieser den Anteil bereits früher an einen Dritten wirksam abgetreten hat (Problem der Zweitverfügung).

3. Veränderungen an bestehenden Geschäftsanteilen

Im Rahmen der Überlegungen zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinsichtlich der Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen soll auch an fehlgeschlagene Veränderungen an bestehenden Geschäftsanteilen gedacht werden. Wäre nämlich eine Veränderung am bestehenden Geschäftsanteil unwirksam, dann ist davon auszugehen, dass der Veräußerer einen „nicht in dem Umfang bestehenden“ Geschäftsanteil veräußern wollte, was zur Unwirksamkeit der Übertragung führen könnte.

Aufgrund dessen, dass ein Gesellschafter an einer österreichischen GmbH nur einen einzigen Geschäftsanteil halten darf (§ 75 Abs 2 S 1 GmbHG),³⁹⁶ ist dieses Problem gegenüber der deutschen Rechtslage wesentlich entschärft.³⁹⁷ Denn an einer deutschen GmbH kann ein Gesellschafter beliebig viele Geschäftsanteile halten.³⁹⁸ Diese dürfen auch geteilt bzw. zusammengelegt werden, was uU zusätzliche Probleme aufwirft.³⁹⁹ Bspw. kann man den Fall anführen, indem ein Veräußerer zwei Geschäftsanteile, die jeweils einem Anteil am

³⁹⁵ Vgl. *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 29 ff.

³⁹⁶ Insofern wird von Einheitlichkeit bzw. Einheit des Geschäftsanteils gesprochen; vgl. VwGH 95/16/0256 VwSlg 7106 F/1996 eclex 1996, 948 = GesRZ 1997, 118 = AnwBl 1997/7341 (*Müller/Rief*) = ARD 4803/27/96 = ÖStZ 1996, 510 = ÖStZB 1997, 458 = HS 27.218 = HS 27.251 = MietSlg 48.813: „[...] ist davon auszugehen, daß der Geschäftsanteil eines Gesellschafters einer Gesellschaft m.b.H. ein einheitlicher ist. Immer dann, wenn ein Gesellschafter einer G.m.b.H. weitere Geschäftsanteile hinzu erwirbt, bilden diese zusammen mit dem bereits gehaltenen Geschäftsanteil einen einheitlichen Anteil, welcher der Summe der übernommenen Stammeinlagen sowohl des alten als auch des dazu erworbenen Geschäftsanteiles entspricht“; *Umfahrer*, GmbH - Handbuch für die Praxis⁶ (2008) Rz 709: „Einheit“; *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 30: „Einheitlichkeit des Geschäftsanteils“.

³⁹⁷ Zur Zusammenlegung von Geschäftsanteilen in Deutschland im Allgemeinen s. *Jasper/Rust*, Die Zusammenlegung von GmbH-Geschäftsanteilen, DB 2000, 1549; *Priester*, Die Zusammenlegung von GmbH-Anteilen, GmbHR 1976, 130. Zur unwirksamen Veränderungen an bestehenden Anteilen einer deutschen GmbH als Beispiel von Fehlerquellen bei Anteilsübertragung s. *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb 52 ff; *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 13.

³⁹⁸ Gemäß § 15 Abs 2 dGmbHG behalten die Geschäftsanteile ihre Selbständigkeit, wenn ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil weitere Geschäftsanteile erwirbt. Seit MoMiG ist nunmehr – gemäß § 5 Abs 2 S 2 dGmbHG – möglich, bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen, was früher nicht zulässig war.

³⁹⁹ Vgl. bereits Punkt B.II.2 oben für Stellungnahmen aus deutscher Literatur hinsichtlich der Frage, ob „unrichtige Stückelung“ bzw. „nicht in dem Umfang bestehende Geschäftsanteile“ durch den gutgläubigen Erwerb *de lege lata* umfasst sind.

Stammkapital in Höhe von EUR 500 entsprechen, verkaufen möchte, obwohl er aufgrund einer vorherigen unwirksamen Teilung tatsächlich nur Eigentümer von einem Geschäftsanteil ist, der einem Stammkapital von EUR 1000 entspricht.

Für Österreich bestimmt § 75 Abs 2 S 1 GmbHG, dass bei Übernahme einer weiteren Stammeinlage durch einen bestehenden Gesellschafter sein bisheriger Geschäftsanteil in dem der erhöhten Stammeinlage entsprechenden Verhältnis erhöht wird.⁴⁰⁰ Es wird idZ von „Anwachsung“, „Akkreszenz“ bzw auch von „Verschmelzung“ der Anteile gesprochen.⁴⁰¹

Die Teilung eines Geschäftsanteils an einer österreichischen GmbH ist demgegenüber nur dann möglich, wenn zugleich alle Teile des Anteils, oder alle mit Ausnahme eines Teils (der dem Veräußerer verbleibt), zugleich an andere Personen übertragen werden und die Teilung durch den Gesellschaftsvertrag erlaubt ist.⁴⁰² Nichtsdestotrotz können auch in Österreich „nicht in dem Umfang bestehende“ Geschäftsanteile vorliegen und der Wirksamkeit einer Übertragung entgegenstehen.

Dem Grundsatz, dass ein Gesellschafter bei der Gründung nicht mehrere Stammeinlagen übernehmen darf (§ 6 Abs 3) entspricht, dass auch bei einer Kapitalerhöhung kein weiterer Geschäftsanteil entsteht, sondern sich nur der ursprüngliche Geschäftsanteil „vergrößert, weshalb auch die neue Stammeinlage lediglich der ursprünglichen zuwächst.“⁴⁰³ Ist die Kapitalerhöhung unwirksam, so kann der Veräußerer eines angeblich „vergrößerten“ Anteils einen „nicht in dem Umfang bestehenden“ Geschäftsanteil veräußern wollen. Dies wird entsprechend für eine unwirksame Kapitalherabsetzung gelten, wobei ein Gesellschafter in diesem Fall uU einen angeblich „geminderten“ Anteil veräußern beabsichtigt.

Die Wirksamkeit der Übertragung eines „nicht in dem Umfang bestehenden“ Geschäftsanteils kann in einigen Fällen bereits durch Vertragsinterpretation und das Abstellen auf den potenziellen Willen der Vertragsparteien gelöst werden. Bspw kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vertragsparteien gleichwohl eine Transaktion auch dann durchführen würden,

⁴⁰⁰ Vgl statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 30 mwN.

⁴⁰¹ Statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 30 mwN.

⁴⁰² Vgl statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 79 Rz 17 mwN. Nach *Rauter* kommt die Teilung nur dann in Betracht, „wenn zumindest einer der beiden Teile zugleich an eine andere Person übertragen wird“, doch ist auch möglich, dass ein Anteil in mehr als nur zwei Teile aufgeteilt wird, falls diese (ggf mit Ausnahme den einen Teil, der beim Veräußerer verbleibt) zugleich an mehrere Personen veräußert werden. § 79 Abs 1 S 1 GmbHG allein bringt die Teilung nur iZm Übertragung (noch) nicht zum Ausdruck, indem dieser bestimmt, dass (den Fall der Vererbung ausgenommen) die Teilung eines Geschäftsanteils dann zulässig ist, „wenn im Gesellschaftsvertrage den Gesellschaftern die Abtretung von Teilen eines Geschäftsanteiles gestattet ist.“ Dies ergibt sich aber bereits aus § 79 Abs 1 S 1 iVm Abs 3 GmbHG.

⁴⁰³ ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 84, abgedruckt in *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 8.

wenn ein GmbH-Anteil einem Stammkapital von EUR 17.500 statt EUR 8.750 entsprechen würde, unter der Voraussetzung, dass dieser GmbH-Anteil trotzdem (wie auch beabsichtigt) 25% des Stammkapitals entsprechen würde und die vorherige Kapitalherabsetzung um die Hälfte des Stammkapitals unwirksam war. Wird aber eine solche Vertragsinterpretation nicht möglich sein, so bilden auch die in diesem Fall dargestellten Konstellationen ein Beispiel für das Fehlschlagen einer GmbH-Geschäftsanteilsübertragung. Ein im Abtretungsvertrag beschriebener Anteil wird nämlich nicht abgetreten werden können, da dieser „so“ nicht existiert.

4. Zwischenergebnis und Bedeutung für den Handlungsbedarf

Wie oben in den Punkten 1.1 und 1.2 dargestellt, herrscht hinsichtlich der Entstehung einer GmbH bzw struktureller Maßnahmen wie bspw einer Kapitalerhöhung Bestandschutz, sodass eine Gesellschaft bzw eine in das Firmenbuch eingetragene Kapitalerhöhung auch bei Vorliegen schwerwiegender Mängel nur mit *ex nunc* Wirkung zu löschen wäre. Bereits diese Möglichkeit, die Gesellschaft mit *ex nunc* Wirkung für nichtig zu erklären bzw eine eingetragene Kapitalerhöhung aus dem Firmenbuch wieder zu löschen, beeinträchtigt die Rechts- und Verkehrssicherheit. Als Folge dieser Vorkommnisse würde ein angeblicher Gesellschafter seine Gesellschafterstellung „verlieren“. Es sprechen jedoch gewichtige Gründe (vor allem die Schwere der zur Anfechtbarkeit der Eintragung einer GmbH bzw zur Eintragung von Kapitalerhöhung führenden Mängel) für die Inkaufnahme dieser Unsicherheit. Kann somit eine GmbH durch Anfechtung vernichtet werden, so drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass diese Konsequenz nicht bloß dadurch „umgangen“ (geheilt) werden sollte, dass ein Geschäftsanteil einer solchen GmbH gutgläubig von einem Dritten erworben wurde. Das Gleiche soll auch hinsichtlich einer grob mangelhaften Kapitalerhöhung gelten. Es wäre nicht gerechtfertigt, die Rückabwicklung einer Kapitalerhöhung einer „Heilung“ als Folge eines allfälligen gutgläubigen Erwerbs des entsprechenden Anteils durch einen Dritten entgegenzustellen. Insofern sollen die Fälle eines „nicht in dem Umfang bestehenden“ Geschäftsanteils ähnlich wie die Fälle der Vernichtbarkeit einer GmbH als Ganzes behandelt werden. Damit soll ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht werden, jedoch nichts daran geändert werden, dass – jeweils mit *ex nunc* Wirkung und das Weiterbestehen der gravierenden Mängel vorausgesetzt – eine Kapitalerhöhung (bzw sonstige Strukturmaßnahme) rückabzuwickeln bzw eine GmbH aus dem Firmenbuch zu löschen ist. Dies soll auch auf die Fälle von „nicht in dem Umfang bestehenden“ Geschäftsanteilen zutreffen, wobei diesfalls berücksichtigt werden muss, dass in diesen Fällen statt einem „nicht in dem Umfang bestehenden“ Anteil ein

tatsächlich vorhandener Anteil erworben wird, sofern dieses Ergebnis der Vertragsinterpretation entsprechen wird.⁴⁰⁴

Ein praxisnäheres Problem stellt der in Punkt 2 erläuterte, mangelbehaftete und derivative Erwerb dar. Allerdings lassen sich verständlicherweise keine empirischen Daten zur Anzahl der fehlgeschlagenen GmbH-Anteilsübertragungen bzw Zahlen unrichtiger Eintragungen im Firmenbuch finden.⁴⁰⁵

Bereits die Fülle der potenziellen Mängel, die zum Fehlschlagen einer GmbH-Geschäftsanteilsübertragung führen können, stellen ein gutes Indiz dafür dar, dass fehlgeschlagene Anteilsübertragungen in der Praxis auch tatsächlich vorkommen können. Da es keinen tauglichen und einfachen Weg gibt, die Rechtsinhaberschaft an einem GmbH-Anteil verbindlich festzustellen, ist die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Anzumerken ist, dass sogar ein Feststellungsurteil, das einen Anteil einer bestimmten Person feststellend zuordnet, keine absolute Rechtssicherheit bietet. Denn dieses Ergebnis kann sich (erst) dann ändern, wenn neue Tatsachen ans Licht gebracht werden und bspw bewiesen wird, dass ein Anteil vor Jahren – was in dem früheren Prozess nicht entdeckt wurde – an eine andere Person veräußert wurde. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs könnte – abhängig von der genaueren Ausgestaltung – Fälle ausschließen, in denen eine Person, die vor Jahren einen Anteil erworben habe, nach mehreren Jahren ihre Gesellschafterstellung geltend macht. Ein gutgläubiger Erwerb scheint ein sehr begrüßenswertes Rechtsinstitut zugunsten der Rechtssicherheit bei GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen darzustellen.

IV. Keine Möglichkeit der Heilung bei derivativem Erwerb von GmbH-Anteilen

Für einen legislatorischen Handlungsbedarf hinsichtlich der Einführung eines gutgläubigen Erwerbstatbestandes bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ist natürlich auch die Möglichkeit der Heilung von allfälligen Mängeln bei der GmbH-Geschäftsanteilsübertragung von Bedeutung. Wäre es möglich, dass einige Mängel – sei es durch Zeitablauf, durch Firmenbucheintragung des Gesellschafterwechsels oder aus anderen Gründen – heilen würden, dann bräuchte man bei einer anschließenden Übertragung keinen gutgläubigen Erwerb.

⁴⁰⁴ Vgl ausführlicher Punkt D.III.3 oben.

⁴⁰⁵ Bedeutend wären insb falsche Eintragungen, die bereits länger unrichtig sind und somit bspw nicht darauf zurückzuführen sind, dass die Geschäftsführung nicht gleich nach einer Abtretung die Einreichung der Anmeldung des Gesellschafterwechsels beim Firmenbuchgericht vorgenommen hat.

Vielmehr würde durch die Heilung der Veräußerer zum Eigentümer und ein Erwerber könnte vom Berechtigten nach den allgemeinen Grundsätzen den Geschäftsanteil derivativ erwerben. Eine „Heilung“ im weiteren Sinne könnte bereits dann anzunehmen sein, wenn eine fehlende Zustimmung (bspw infolge des Vorliegens einer Vinkulierungsklausel bzw eines Vorerwerbsrechts) nachträglich erteilt wird. Dadurch kann eine – schwebend – unwirksame Übertragung wirksam werden.

Auch die Möglichkeit, eine solche Genehmigung schlüssig zu erteilen, wird den Handlungsbedarf des Gesetzgebers in gewissem Maße mindern. Wären an die Genehmigung sehr strenge Anforderungen gesetzt, so gäbe es auch mehr Fälle, in denen eine Zustimmung als nicht erteilt angenommen werden müsste. Die Konsequenz dessen wäre, dass mehr Übertragungen unwirksam blieben und es folglich mehr Anwendungsfälle für einen allfälligen gutgläubigen Erwerb gäbe. Die Rsp sieht jedoch keine allzu strengen Voraussetzungen für die Annahme von schlüssigen Gesellschafterzustimmungen vor.⁴⁰⁶

Eine schlüssige Zustimmung ist nach dem OGH bspw dann anzunehmen, wenn „der Abtretungsvertrag auf Betreiben des abtretungswilligen Gesellschafters in Anwesenheit sämtlicher Gesellschafter geschlossen wird, auch wenn die am Abtretungsvertrag nicht beteiligten Gesellschafter nicht ausdrücklich schriftlich zustimmten“.⁴⁰⁷ Des Weiteren soll laut OGH auch dann keine Zustimmung der Generalversammlung zu den Abtretungsverträgen notwendig sein, wenn – trotz expliziter, gegenteiliger Satzungsbestimmung – „ein Kontrahent als Majoritätsgesellschafter die notwendige Stimmenmacht hätte, die Genehmigung zu beschließen“, denn andererseits hätte man es mit „unnötigem Formalismus“ zu tun.⁴⁰⁸ Insgesamt ist es also nicht unbedingt notwendig, dass die Zustimmung zu einer Abtretung durch die Generalversammlung erfolgt; vielmehr können die Gesellschafter „falls ihre Zustimmung

⁴⁰⁶ Vgl ausführlich *Frenzel/Gruber*, Schlüssige Gesellschafterzustimmung zur Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile, *ecolex* 2016, 492 (493 ff).

⁴⁰⁷ OGH 6 Ob 7/08k RWZ 2008/43 (*Wenger*) = wbl 2008/161 = GES 2008, 106 (*Fantur*) = GesRZ 2008, 155 (*Koppensteiner*) = *ecolex* 2008/239 = EF-Z 2008/134 = NZ 2008/73 = RdW 2008/479 = AnwBl 2009, 51 = GBU 2008/07-08/01 (*Reich-Rohrwig/Maier*) = ÖRPfI 2009 H 1, 27 = RZ-EÜ 2008/374 = RZ-EÜ 2008/375 = EFSlg 119.650 = HS 39.080 = HS 39.081 = JusGuide 2008/25/5789.

⁴⁰⁸ OGH 6 Ob 7/08k RWZ 2008/43 (*Wenger*) = wbl 2008/161 = GES 2008, 106 (*Fantur*) = GesRZ 2008, 155 (*Koppensteiner*) = *ecolex* 2008/239 = EF-Z 2008/134 = NZ 2008/73 = RdW 2008/479 = AnwBl 2009, 51 = GBU 2008/07-08/01 (*Reich-Rohrwig/Maier*) = ÖRPfI 2009 H 1, 27 = RZ-EÜ 2008/374 = RZ-EÜ 2008/375 = EFSlg 119.650 = HS 39.080 = HS 39.081 = JusGuide 2008/25/5789.

zu einer Maßnahme erforderlich ist, diese einzeln (schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder schlüssig) abgeben, wobei alle Gesellschafter mitwirken und in der Sache einig sein müssen“.⁴⁰⁹

Die eigentliche Frage nach der Heilung fehlerhafter Übertragungen stellt sich üblicherweise iZm der „Erfüllung“⁴¹⁰ der Übertragung bzw mit der Eintragung des Gesellschafterwechsels in das Firmenbuch. Da die Wirksamkeit der Übertragung jedoch nicht von der Firmenbucheintragung abhängig ist,⁴¹¹ findet aufgrund der bloß deklarativen Firmenbucheintragung keine Heilung statt. Die Möglichkeit der Heilung einer wegen eines Formmangels unwirksamen Übertragung ist umstritten.⁴¹² Jedenfalls kann eine Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils durch die nachfolgende Errichtung eines Notariatsaktes wirksam werden und damit den früheren Formmangel heilen.⁴¹³

Noch im Jahre 1983⁴¹⁴ erachtete der OGH uU es als sittenwidrig, den bezahlten Kaufpreis zurückzuverlangen, der anlässlich einer formungültigen Übertragung von GmbH-Anteilen gezahlt wurde. Aus dieser Erkenntnis haben einige Stimmen eine „Sanierung aufgrund beiderseitiger Vertragserfüllung“ und somit auch offensichtlich eine Heilung der fehlerhaften Übertragung angenommen.⁴¹⁵ Noch im Jahre 1990⁴¹⁶ schien sich der OGH mit der Möglichkeit der „Sanierung“ aufgrund beiderseitiger Vertragserfüllung abgefunden zu haben,⁴¹⁷ obwohl in der gegenständlichen Entscheidung keine „Sanierung“ der Übertragung angenommen wurde. Der OGH hat dabei betont, dass „sich die Einräumung der Gesellschafterstellung als tatsächliche Ausführung des Verpflichtungsgeschäftes nicht auf eine bloße Leerfloskel beschränken“ darf, weil ansonsten das Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG seines Sinngehalts gänzlich beraubt wäre.⁴¹⁸ Der OGH führte weiter aus, dass die „tatsächliche Ausführung des Verpflichtungsgeschäftes, mit welchem der Gesellschafter die Abtretung seines Geschäftsanteiles an seinen Vertragspartner verspricht“, vor allem auch voraussetzt, dass der

⁴⁰⁹ OGH 5 Ob 553/87 RdW 1987, 371 = wbl 1987, 190 = GesRZ 2008 (*Koppensteiner*) = HS 18.294 = REDOK 11.404 mwN aus der Lehre; vgl auch *Frenzel/Gruber*, *ecolex* 2016, 492 (495).

⁴¹⁰ Vgl *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 223 mwN.

⁴¹¹ *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 31 mwN.

⁴¹² Zum Meinungsstand vgl statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 223.

⁴¹³ RIS-Justiz RS0059754; OGH 5 Ob 560/79 EvBl 1979/191; 4 Ob 532/89 HS 20.161 = HS 20.291 = HS 20.394 = HS 20.395 = HS XX/XXI/6.

⁴¹⁴ OGH 7 Ob 598/82 SZ 56/119 = HS 14.341 = HS 14.676.

⁴¹⁵ *P. Bydlinski*, *Veräußerung* 34.

⁴¹⁶ OGH 1 Ob 519/90 RdW 1990, 287 = JBl 1990, 715 = *ecolex* 1990, 486 = wbl 1990, 219 = HS 20.294 = HS 20.496 = HS 20.693

⁴¹⁷ Vgl *P. Bydlinski*, *Veräußerung* 34.

⁴¹⁸ OGH 1 Ob 519/90 RdW 1990, 287 = JBl 1990, 715 = *ecolex* 1990, 486 = wbl 1990, 219 = HS 20.294 = HS 20.496 = HS 20.693.

Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils Mitgliedschaftsrechte „bereits tatsächlich längere Zeit hindurch ausgeübt hat.“⁴¹⁹ Die bloße „Einräumung der Mitgliedschaftsrechte“ durch den Veräußerer, „in welchen sich die Gesellschafterstellung manifestiert“, reicht dafür jedenfalls nicht aus.⁴²⁰

Bereits etwa zwei Monate später hat sich der OGH jedoch grundsätzlich gegen die Möglichkeit der Heilung einer GmbH-Geschäftsanteilsübertragung durch Erfüllung ausgesprochen.⁴²¹ „Eine generelle Heilung eines Formmangels durch Erfüllung (Entgegennahme des vereinbarten Entgeltes und „Überlassung der Gesellschafterstellung“)“ konnte dem OGH zufolge auch nicht der Entscheidung aus dem Jahr 1983⁴²² entnommen werden. Diese Meinung wurde auch in den späteren Entscheidungen des OGH bestätigt.⁴²³ Es ist daher davon auszugehen, dass die Rsp keine Heilung von formunwirksamen Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen zulässt.

Die grundsätzliche Verneinung der Frage nach einer Heilungsmöglichkeit von formunwirksamen Übertragungen von GmbH-Geschäftsanteilen bekräftigt die Annahme, dass ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen für die Rechtssicherheit eine bedeutende Rolle spielen kann.

V. Forderungen an die Schaffung des gutgläubigen Erwerbs

Dass die Idee des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen im Allgemeinen keine neue Schöpfung ist, zeigen bereits einige Beiträge aus den achtziger Jahren, die die Schaffung eines neuen Tatbestandes des gutgläubigen Erwerbs hinsichtlich der Anteile an einer GmbH gefordert haben. Aus der älteren Literatur sind insb die Beiträge von *Jud* und *Schönherr* hervorzuheben.⁴²⁴

Auch im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses, der zur Erlassung des FBG geführt hat, scheint das Thema nicht genügend zum Tragen gekommen zu sein, was zu Uneinigkeit in der Lehre geführt hat.⁴²⁵

⁴¹⁹ OGH 1 Ob 519/90 RdW 1990, 287 = JBl 1990, 715 = ecolex 1990, 486 = wbl 1990, 219 = HS 20.294 = HS 20.496 = HS 20.693.

⁴²⁰ OGH 1 Ob 519/90 RdW 1990, 287 = JBl 1990, 715 = ecolex 1990, 486 = wbl 1990, 219 = HS 20.294 = HS 20.496 = HS 20.693.

⁴²¹ OGH 6 Ob 542/90 NZ 1990, 279 = ecolex 1990, 551 = wbl 1991, 36 = HS 20.295.

⁴²² OGH 7 Ob 598/82 SZ 56/119 = HS 14.341 = HS 14.676.

⁴²³ Vgl RIS-Justiz RS0060256.

⁴²⁴ S unten Punkt D.V.1.

⁴²⁵ Vgl bereits oben Punkt C.II

Das Thema des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen wurde zuletzt insb iZm dem österreichischen Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005, das ab 1.1.2007 einschneidende Änderungen, vor allem des UGB (früher HGB) mit sich brachte, eingehend untersucht.⁴²⁶ Es wurde die damals aktuelle Rechtslage untersucht. Zudem wurden Reformvorschläge unterbreitet. Hervorzuheben sind insb das Gutachten von *Schauer*, die Tagung des *Österreichischen Juristentags* und anschließend der Beitrag von *Haberer*, der die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs im österreichischen Recht soweit ersichtlich am eingehendsten kritisch untersucht hat. Diese sollen nunmehr kurz dargestellt werden und als Ausgangsbasis für die Ausführungen in den nächsten Kapiteln dienen.

Sonst haben sich in der letzten Zeit ua auch *Frenzel/Gruber* – ohne auf eine bestimmte Lösung näher einzugehen – für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen *de lege ferenda* ausgesprochen.⁴²⁷

1. Die Forderungen vor Inkrafttreten des FBG

De lege ferenda hat sich insb *Jud* bereits im Jahre 1983 für einen Vertrauensschutz zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers eines GmbH-Geschäftsanteils ausgesprochen. Zur Verwirklichung dieses Zweckes hat er zwei mögliche Modelle vorgeschlagen. Das erste Modell sollte sich an der damals vorgesehenen Gesellschafterliste orientieren, wobei eine neue Liste bei jeder relevanten Veränderung sofort zum Handelsregister einzureichen wäre; die Veränderungen müssten dem Handelsregister gegenüber nachgewiesen werden (bei Gesellschafterwechsel solle an die Vorlage einer notariellen Bestätigung des Übertragungsaktes gedacht werden); die Gesellschafterliste wäre von sämtlichen Geschäftsführern zu unterzeichnen und dem Registergericht solle ein materielles Prüfungsrecht und eine Zwangsstrafbefugnis zustehen.⁴²⁸

Das zweite Modell setzte eine weitergehende Novellierung voraus und wurde durch *Jud* als eine „radikal-personalistische Novellierung in Anlehnung an die Bestimmung für den Kommanditisten“⁴²⁹ dargestellt. In den Worten von *Schönherr* sollte das zweite von *Jud* vorgestellte Modell „die Publizitätswirkung der Gesellschafterliste in Richtung des § 15 HGB“

⁴²⁶ Vgl unten Punkte D.V.2 und D.V.3.

⁴²⁷ *Frenzel/Gruber*, *ecolex* 2016, 492 (496).

⁴²⁸ Zum Ganzen *Jud*, NZ 1983, 70 (76).

⁴²⁹ *Jud*, NZ 1983, 70 (76).

verstärken.⁴³⁰ So schlug *Jud* vor, dass (i) die Gesellschafter, wie auch die ihrerseits übernommenen Stammeinlagen und Einzahlungen darauf im Handelsregister eingetragen, (ii) jede Veränderung ohne schuldhaftes Zögern unter Beibringung eines Nachweises und von sämtlichen Geschäftsführern dem Handelsregister angemeldet und (iii) dem Registergericht ein materielles Prüfungsrecht und Zwangsstrafbefugnis zugestanden werden sollten.⁴³¹

Insb gegen dieses zweite Modell hat sich noch im Jahr 1983 *Schönherr* ausgesprochen.⁴³²

Nach *Schönherr* bestehe kein Anlass, „die Publizitätswirkung der Gesellschafterliste in Richtung des § 15 HGB zu verstärken“; es solle vielmehr „die Zweckmäßigkeit bestehender und erst recht die Einführung neuer Formvorschriften nüchtern“ geprüft werden sowie „auf dem Gebiet des Handelsrechts eine entbehrliche Einschaltung der Registergerichte“ (die ohnedies überlastet seien) vermieden werden.

Eine breitere Diskussion über die Publizitätswirkung des § 15 HGB iZm einem allfälligen gutgläubigen Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten wurde durch die Beiträge von *Jud* und *Schönherr* jedoch nicht hervorgerufen.

2. Gutachten von *Schauer*

Mit dem Thema der Anteilsübertragung im Allgemeinen und der Reformüberlegungen hinsichtlich eines allfälligen gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen hat sich *Schauer* in einem Gutachten auseinandergesetzt.⁴³³

Nach der Darstellung der verschiedenen Meinungen zum gutgläubigem Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen *de lege lata*, wo auch dem § 15 UGB (damals noch HGB) eine wichtige Rolle zukam, stellt *Schauer* die Gründe für einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinsichtlich der Einführung eines gutgläubigen Anteilserwerbs vom Nichtberechtigten dar. So wird vorgebracht, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen ein alltäglicher Vorgang ist und Vertrauensschutz beim Erwerb zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen könnte; es könnten uU aufwändigen Überprüfungen der Berechtigung der Vormänner und solchen Situationen entgegengewirkt werden, in denen „noch nach einem mehrfachen Umschlag des betreffenden

⁴³⁰ *Schönherr*, Jännerliste und andere Fragen im Recht der GmbH und der KG, NZ 1983, 131 (131).

⁴³¹ *Jud*, NZ 1983, 70 (76).

⁴³² *Schönherr*, NZ 1983, 131 (131 f).

⁴³³ Zur Anteilsübertragung im Allgemeinen s *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Die Reform 729 ff, zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 739 ff und zu Reformüberlegungen idZ 743 ff.

Geschäftsanteils“ allfällige Fehler aufgegriffen werden und die Transaktion rückabgewickelt werden müsste.⁴³⁴

Im Gutachten wurde eine auf dem Firmenbuch (als Funktionsäquivalent der deutschen Gesellschafterliste) basierende Lösung vorgeschlagen, wobei nicht auf jeglichen dem wahren Berechtigten zurechenbaren Rechtsschein verzichtet werden sollte. Anderenfalls würde die Lösung nicht nur über das bisher vorhandene Firmenbuchrecht, sondern auch über das Grundbuchsrecht hinausgehen, weil dem Eigentümer in dem letzten Fall eine Frist von drei Jahren zur Verfügung steht, um auf die Korrektur der fehlerhaften Eintragung hinzuwirken (§ 64 GBG). Gemäß dem Gutachten sollte es vielmehr auf den dem wahren Berechtigten zurechenbaren Rechtsschein ankommen, so dass er die unrichtige Eintragung entweder veranlassen oder die Berichtigung der Eintragung schuldhaft unterlassen haben müsste.⁴³⁵

Zur Reichweite des gutgläubigen Erwerbs wird im Gutachten vertreten, dass sich der Vertrauensschutz auf die Rechtszuständigkeit des Veräußerers (somit mit anderen Worten auf die Eigentümerstellung des Veräußerers im Falle der Übertragung von Anteilen) beschränken sollte. Der gutgläubige lastenfreie Erwerb – das Vertrauen auf die Freiheit von Belastungen an dem Anteil – soll nicht möglich sein. Diesbezüglich wurde aber hinzugefügt, dass sich diese Ansicht ändern könnte („dann mag es sich anders verhalten“), sobald es zu einer Ersichtlichmachung von Pfandrechten an GmbH-Anteilen käme.⁴³⁶

IdZ erörtert das Gutachten noch die Frage, wie allfällige Abweichungen zwischen der materiellen Rechtslage und dem Rechtsschein des Firmenbuches vermieden werden könnten. Als eine solche Möglichkeit wird vorgebracht, dass der Veräußerer und Erwerber die Firmenbucheintragung allein herbeiführen könnten, wogegen aber die gebotene Mitwirkung des Geschäftsführers, der die Wirksamkeit des Erwerbs im Interesse der Gesellschaft und der Mitgesellschafter vor Anmeldung zum Firmenbuch prüft, sprechen. Für denkbar wird allerdings die stärkere Einbindung des Firmenbuchgerichtes in die Kontrolle des Gesellschafterwechsels gehalten, was jedoch die Vorlage der Abtretungsurkunde und des Nachweises allfälliger weiterer Wirksamkeitsvoraussetzungen der Abtretung notwendig

⁴³⁴ Zum Ganzen *Schauer in Kalss/Schauer*, Die Reform 743.

⁴³⁵ Zum Ganzen *Schauer in Kalss/Schauer*, Die Reform 744 f.

⁴³⁶ Zum Ganzen *Schauer in Kalss/Schauer*, Die Reform 746. Das Gutachten spricht hier das Thema einer allfälligen Schaffung eines Registers für Mobiliarsicherheiten an. Eine punktuelle Regelung, die eine Eintragung von Pfandrecht und Fruchtgenussrecht am GmbH-Geschäftsanteil ermöglicht, wäre aber natürlich auch ohne ein umfangreiches Register für Mobiliarsicherheiten denkbar.

machen würde und zwar insb dann, wenn die Notariatspflicht entfallen sollte. Weiters wird vorgeschlagen, dem wahren Berechtigten die Möglichkeit einzuräumen, „in Verbindung mit einer Klage auf Durchsetzung seines Rechts eine der Streitanmerkung des Grundbuchsrechts vergleichbare Eintragung im Firmenbuch zu erwirken“, was den gutgläubigen Erwerb eines Dritten ausschließen könnte.⁴³⁷

Anschließend an diese Überlegungen wird von *Schauer* in dem Gutachten die Einführung des gutgläubigen Erwerbs auf der Basis (Rechtsscheingrundlage) einer Eintragung ins Firmenbuch empfohlen. Abhängig davon, ob die Eintragung bereits ursprünglich (anfänglich) unrichtig war oder erst nachträglich unrichtig wurde, solle der gutgläubiger Erwerb sofort (im zweiten Fall) oder nur dann, „wenn der Berechtigte die fehlerhafte Eintragung veranlasst oder schuldhaft zu berichtigen unterlassen hat“ (im ersten Fall) möglich sein. Des Weiteren soll dem Geschäftsführer auferlegt werden die Wirksamkeit der Abtretung dem Firmenbuchgericht gegenüber nachzuweisen.⁴³⁸

3. Diskussion im Rahmen des Österreichischen Juristentags

Der allfälligen Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen wird aber bereits im Referat von *Torggler/Konwitschka* in Bezug auf das Gutachten von *Schauer*⁴³⁹ während des Österreichischen Juristentages in Graz im Jahre 2006 mit einer gewissen Skepsis begegnet.⁴⁴⁰ So wurde bereits ein praktisches Bedürfnis nach einem gutgläubigen Geschäftsanteilserwerb in Frage gestellt, die Vorlage der Gründungsurkunde und aller Abtretungsverträge seit der Gründung wurde als „regelmäßig unproblematisch“ angesehen; weiters solle „das Alter von Gesellschaften, das angeblich immer mehr Übertragungsvorgänge zweifelhaft macht“, keine „Rolle spielen“ und es könne „selbst bei Verlust der [Abtretungs-]Verträge über den Notar der Vertrag herausgefunden werden“. Da es zur Absicherung der Eigentümerstellung an den durch die Anteile vermittelnden Vermögenswerten bzw dem Unternehmen noch eine letzte Möglichkeit gäbe, nämlich die „Abspaltung des gesamten Unternehmens in eine neue Gesellschaft und die Liquidierung der dann nutzlosen alten Gesellschaft“, sei ein zwingender Bedarf nach einem gutgläubigen Erwerb nicht gegeben.

⁴³⁷ Zum Ganzen *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Die Reform 747. Vgl zu der Möglichkeit, nach dem deutschen Recht einen Widerspruch zum Gesellschafterliste zu erwirken oben Punkt B.V.3.

⁴³⁸ Zum Ganzen *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Die Reform 747 f.

⁴³⁹ S diesbezüglich Punkt D.V.2 oben.

⁴⁴⁰ Vgl *Torggler/Konwitschka* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 77 f.

Torggler und *Konwitschka* halten *Schauer* ferner vor, dass die im Gutachten vorgeschlagene Regelung „die Abtretung selbst komplizierter machen würde“, weil dadurch eine Doppelveräußerung mit Gutgläubenserwerb des Zweiterwerbers ermöglicht würde und die Einschaltung eines Treuhänders in jedem Fall notwendig wäre.⁴⁴¹

Auch zur Methodik der im Gutachten vorgeschlagenen Regelung haben *Torggler* und *Konwitschka* Einwände geäußert. Schließe man sich der Meinung an, dass ein gutgläubiger Erwerb eingeführt werden sollte, so wäre es sinnvoller, statt einen „neuen Weg“ bei dessen Einführung zu bestreiten, auf die Regelungen des gutgläubigen Mobiliarerwerbs bzw des Gutgläubenserwerbs nach grundbuchsrechtlichen Grundsätzen zurück zu greifen. Da aber die letztgenannte Lösung „eine grundlegende Erneuerung des Firmenbuchrechts“ notwendig machen würde, sprachen sich die Autoren für die fakultative Verbriefung des Anteils in einer Urkunde, die einem Formzwang unterliegen und einen Gutgläubenserwerb ermöglichen würde, aus.⁴⁴²

In seiner Replik auf das Referat wies *Schauer* insb darauf hin, dass rechtsvergleichende Betrachtungen zeigen sollen, dass ein praktischer Bedarf für einen Gutgläubenserwerb tatsächlich bestehe. Insb bei vielen kleineren Familienunternehmen (im Gegensatz zu den von den Großkanzleien begleiteten großen Transaktionen) führe man vor allem beim Erwerb von Minderheitsbeteiligungen keine Due Diligence Prüfung durch, weswegen ein Bedarf nach einem Vertrauensschutz durchaus vorhanden sei.⁴⁴³

Auch *Vetter* hat sich in seiner Replik für einen praktischen Bedarf eines gutgläubigen Erwerbs ausgesprochen.⁴⁴⁴ Insb könnten auch große Konzerne manchmal ihre älteren Abtretungsurkunden nicht mehr auffinden, was zum Fehlen einer lückenlosen Kette von Abtretungsurkunden führt. Auch werde trotz der Due Diligence Prüfung das Risiko durch vertragliche Garantien abgedeckt und durch Preisabschlag im Kaufpreis berücksichtigt. Des Weiteren sei die Due Diligence ein Aufwand, der aus volkswirtschaftlicher Sicht vermieden werden könnte. Da es „ein zentrales volkswirtschaftliches Anliegen“ sein müsse, „die Transaktionskosten des Erwerbs von Unternehmen oder Anteilen an Unternehmen, wie bei der

⁴⁴¹ Zum Ganzen *Torggler/Konwitschka* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 77 f.

⁴⁴² Zum Ganzen *Torggler/Konwitschka* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 78. Zu ähnlichen Vorschlägen in Deutschland s unten Punkt G.I.

⁴⁴³ Zum Ganzen *Schauer* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 84.

⁴⁴⁴ *Vetter* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 89 f.

Übertragung von GmbH-Anteilen, zu reduzieren“,⁴⁴⁵ hat auch *Vetter* den gutgläubigen Erwerb, der hinsichtlich dieses Ziels förderlich sein kann, befürwortet.

4. Beitrag von *Haberer*

Mit der Rechtslage nach der Einführung des UGB hat sich ausführlich *Haberer* auseinandergesetzt.⁴⁴⁶ Hinsichtlich der nachträglich unrichtigen Eintragungen und des gutgläubigen Erwerbs ist er zum Schluss gekommen, dass die Bedenken gegen eine Anwendung des § 15 Abs 1 UGB überwiegen. Eine Anknüpfung des gutgläubigen Erwerbs an § 15 Abs 3 UGB hielt er für „nicht ausgeschlossen“, jedoch fraglich.⁴⁴⁷

Hinsichtlich des rechtspolitischen, praktischen Bedarfs an der Einführung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten bei GmbH-Anteilen hat *Haberer* „zahlreiche Konstellationen“ genannt, „in denen Fehler bei der Anteilsübertragung passieren können“. Außer der (i) Doppelveräußerung oder der (ii) bewusst oder unbewusst fehlerhaften Anmeldung durch die Geschäftsführer, die oft entweder selbst Gesellschafter sind oder einem Gesellschafter bzw einer Gesellschaftergruppe nahestehen, wurden (iii) Fälle genannt, in denen die Anteilsübertragung bereits „von Anfang an scheitert“. Folglich sei ein praktischer Bedarf an der Einführung des gutgläubigen Erwerbs gegeben, was auch durch die bei M&A Transaktionen vorgenommene Due Diligence Prüfung und die Möglichkeit, nur für monetäre Absicherung der Transaktion zu sorgen, veranschaulicht sei.⁴⁴⁸

De lege ferenda wurde der gutgläubige Erwerb nach grundbuchsrechtlichem Vorbild als „nicht uninteressant“ bezeichnet. Dabei solle es aber nicht auf eine konstitutive Wirkung der Eintragung von Gesellschaftern in das Firmenbuch, wie das entsprechend beim Grundbuch der Fall ist, ankommen. Eine Lösung „nach grundbuchsrechtlichem Vorbild“ solle offensichtlich auch ohne konstitutive Eintragung möglich sein; dadurch könnte auch eine unbeglaubigte, vereinfachte Anmeldung eines Gesellschafterwechsels weiterhin beibehalten werden (eine konstitutive Eintragung würde demgegenüber eine beglaubigte Anmeldung erfordern).⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Zum Ganzen *Vetter* in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 89 f.

⁴⁴⁶ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407.

⁴⁴⁷ Zum Ganzen *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (427 f).

⁴⁴⁸ Zum Ganzen *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (429 ff).

⁴⁴⁹ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (428 f).

Ausführlich behandelt und befürwortet hat *Haberer* eine dem deutschen Recht zumindest teilweise ähnliche Regelung des gutgläubigen Erwerbs.⁴⁵⁰ Mangels einer Gesellschafterliste in Österreich solle die Firmenbucheintragung als Rechtsscheinträger dienen.⁴⁵¹ Was die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins gegenüber dem wahren Berechtigten betrifft, hat *Haberer* zwischen dem deutschen Modell⁴⁵² – somit der Möglichkeit, bei Zurechenbarkeit sofort oder sonst nach Ablauf von drei Jahren seit der unrichtigen Eintragung den Anteil gutgläubig zu erwerben – und dem Modell von *Schauer*, das die Zurechenbarkeit voraussetzt,⁴⁵³ unterschieden.⁴⁵⁴

Da es aber „generell problematisch“ ist, den Berechtigten (auch bei Bejahung der Zurechenbarkeit) aufgrund eines unrichtigen Firmenbuchstands „sofort zu entrechten“,⁴⁵⁵ sei „in einem ersten Schritt“ ein gutgläubiger Erwerb im Vertrauen auf den Firmenbuchstand „überhaupt nur dann zuzulassen, wenn der dadurch verursachte Rechtsschein eine gewisse Zeit bestanden hat“.⁴⁵⁶ Geboten sei eine Orientierung an der durch das MoMiG eingeführten Dreijahresfrist, wodurch bei einer Due Diligence Prüfung die Untersuchung dort enden könnte, „wo seit zumindest drei Jahren ein unbestrittener Firmenbuchstand besteht“.⁴⁵⁷ Auch die Möglichkeit der Eintragung einer Anmerkung, die dem in Deutschland vorgesehenen Widerspruch entspricht und ein funktionelles Äquivalent der Streitanmerkung des Grundbuchsrechts darstellt, wäre überlegenswert.⁴⁵⁸

Um neue Systembrüche zu vermeiden, solle nach *Haberer* eine Regelung unter Abstimmung mit den sonstigen Prinzipien – besonders des Firmenbuchrechts – erfolgen und im GmbHG bzw UGB (und nicht bspw in § 367 ABGB) vorgesehen werden.⁴⁵⁹

⁴⁵⁰ Zur Einführung des gutgläubigen Erwerbs nach deutschem Beispiel s unten Kapitel E. Dort wird auf die Vorschläge und Bedenken *Haberers* noch näher einzugehen sein.

⁴⁵¹ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (436 f).

⁴⁵² Vgl bereits oben Punkt B.V.1.

⁴⁵³ Vgl *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Die Reform 744 ff.

⁴⁵⁴ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (437).

⁴⁵⁵ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (438).

⁴⁵⁶ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (439).

⁴⁵⁷ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (439).

⁴⁵⁸ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (441).

⁴⁵⁹ *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (441).

VI. Die in Österreich denkbaren Konzepte des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen

In Deutschland wurden mehrere potenzielle Konzepte eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen im Rahmen der (und anschließend an die) das MoMiG begleitenden Diskussion vorgestellt und erörtert.⁴⁶⁰ Das trifft auf die folgenden Regelungsvorschläge zu, mit denen ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen zu vereinbaren wäre: unmittelbare Eintragung der Gesellschafterbestandsänderungen im Handelsregister und damit einhergehender Schutz durch § 15 dHGB; eine konstitutive Eintragung der Gesellschafterbestandsänderungen im Handelsregister; Führung eines Anteilsbuches bzw Registers durch die Gesellschaft; Schaffung eines zusätzlichen, mit öffentlichem Glauben versehenen Registers; Erwerberschutz durch das Rechtsinstitut der Verwirkung bzw Gutglaubensschutz mit einem Verwirkungselement sowie eine wertpapierrechtliche Lösung. Die hinter diesen Konzepten stehenden Überlegungen können auch in Österreich fruchtbar gemacht werden – auch in Österreich könnten mehrere Konzepte des gutgläubigen Erwerbs von Anteilen erwogen werden.

Bei den Überlegungen zu den in Österreich möglichen Regelungen, die den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen einführen können, sind mehrere Aufteilungen dieser Konzepte denkbar. Sinnvoll erscheint insb die Aufteilung nach dem Rechtsscheinträger.⁴⁶¹ Die in Frage kommenden Rechtsscheinträger sind insb: (i) der Besitz eines Wertpapiers, (ii) das Firmenbuch sowie (iii) ein sonstiges mit öffentlichem Glauben versehene Register. Eine andere Lösung wäre die Möglichkeit, dem gutgläubigen Erwerber die Einrede der Verwirkung des Rechts gegenüber dem wahren Berechtigten oder die Einrede der Ersitzung des Eigentums an den GmbH-Geschäftsanteilen zur Verfügung zu stellen.⁴⁶² Es könnte diesbezüglich die Einführung des Rechtsinstituts *estoppel* nach dem englischem Recht erwogen werden.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Für einen Überblick vgl Heilemann, Der gutgläubige Erwerb 81 ff; Wagner, Der gutgläubige Erwerb 18 ff; Leeser, Gutgläubiger Erwerb 30 ff; ausführliche Analyse der verschiedenen Modelle in Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 93 ff.

⁴⁶¹ So wurden die möglichen Konzepte auch in der deutschen Lehre am meisten aufgeteilt. S bspw Heidinger in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 237 ff.

⁴⁶² Vgl Triebel/Otte, 20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen? ZIP 2006, 311 (316).

⁴⁶³ Triebel/Otte, ZIP 2006, 311 (316); vgl Leeser, Gutgläubiger Erwerb 36 f; ausführliche Analyse in Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 211 ff.

Einige der genannten Möglichkeiten sind bereits der österreichischen Rechtsordnung bekannt. So ergibt ein Blick in das Aktienrecht, dass dort uU der Besitz eines (physischen) Wertpapiers einen Rechtsscheinträger darstellt, anhand dessen die Aktien auch von einem Nichtberechtigten erworben werden können. Obwohl GmbH-Geschäftsanteile *de lege lata* nicht mit Hilfe von sachenrechtlichen Grundsätzen gutgläubig erworben werden können,⁴⁶⁴ würde ihre Verbriefung samt einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung eine den sachenrechtlichen Grundsätzen ähnliche Lösung darstellen.

Die Firmenbucheintragung als Rechtsscheinträger ist dem österreichischen Recht ebenfalls bekannt. Zwar können bspw Anteile im Vertrauen auf eine Firmenbucheintragung nicht erworben werden,⁴⁶⁵ doch ermöglicht § 15 UGB Dispositionen Dritter im Vertrauen auf den Firmenbuchstand. Es wären mehrere Möglichkeiten denkbar, wie der gutgläubige Erwerb anhand einer Firmenbucheintragung ausgestaltet werden könnte. Insb könnte die Eintragung konstitutiv ausgestaltet werden⁴⁶⁶ und die Nichtberechtigung des Veräußerers heilen lassen. Ein gutgläubiger Erwerb anhand einer Firmenbucheintragung setzt aber eine konstitutive Eintragung nicht zwingend voraus.⁴⁶⁷ Würde man § 15 UGB entsprechend ändern wollen,⁴⁶⁸ so dass nunmehr auch der gutgläubige Erwerb an GmbH-Anteilen von § 15 UGB umfasst wäre, so wäre ebenfalls die Firmenbucheintragung als Rechtsscheinträger zu werten.

Aber auch ein anderes Register, aus dem die Inhaberschaft an einem GmbH-Geschäftsanteil ersichtlich wäre, könnte einen Rechtsscheinträger darstellen. Ein solches mit öffentlichem Glauben versehenes Register könnte entweder öffentlich oder aber auch privat geführt werden. Es könnten in einem solchen Register bspw die grundbuchsrechtlichen Prinzipien verankert werden.⁴⁶⁹ Ein privat geführtes Register könnte insb auch seitens der Gesellschaft selbst (bspw im Form eines Anteilsbuches) geführt werden.⁴⁷⁰

⁴⁶⁴ S oben Punkt C.I.

⁴⁶⁵ S Punkt C.IV oben.

⁴⁶⁶ Eine solche Lösung für Deutschland wurde explizit seitens *Seibert* empfohlen - *Seibert* in FS Röhrich 585 (601); zur konstitutiven Eintragung s bereits Punkt D.I.5 oben.

⁴⁶⁷ So auch bereits *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (428).

⁴⁶⁸ Vgl zur Vorschlägen iZm § 15 HGB in Deutschland bereits *Grau*, Lücken im Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs bei unwirksamer Übertragung von G.m.b.H.-Anteilen, in FS Oberneck (1929) 173 (202); *Kühn*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsantilen? *GmbHR* 1970, 201 (202): „Möglich – und im Interesse der Rechtssicherheit vorzuziehen – wäre auch, vorzusehen, daß die Gründungsgesellschafter einer GmbH sowie jeder Austritt und jeder Eintritt in eine GmbH im Handelsregister einzutragen wäre, wobei dieser Eintragung mindestens der Schutz des § 15 HGB zukommen müßte“.

⁴⁶⁹ Vgl *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (428 f).

⁴⁷⁰ S bereits *Kühn*, *GmbHR* 1970, 201 (202).

Nachfolgend kann nicht auf alle möglichen Konzepte des gutgläubigen Erwerbs näher eingegangen werden. Aufmerksamkeit wird vielmehr (i) der allfälligen Möglichkeit, eine dem deutschen Recht ähnliche Lösung in Österreich einzuführen⁴⁷¹ sowie (ii) der wertpapierrechtlichen Lösung⁴⁷² geschenkt. Bezüglich der ersten Alternative wird sich aber schnell zeigen, dass in Österreich eine dem deutschen Recht ähnliche Lösung nicht unbedingt auf einer privat geführten⁴⁷³ Gesellschafterliste basieren müsste. Vielmehr könnte sich die österreichische Lösung weitgehend nach der deutschen Regelung richten und trotzdem die Firmenbucheintragung als den Rechtsscheinträger vorsehen.⁴⁷⁴

VII. Zusammenfassung des Kapitels

Wie sich aus den Ausführungen in diesem Kapitel ergibt, sind die möglichen Gründe für unwirksame Abtretungen von GmbH-Anteilen sehr mannigfach. Dem Erfolg einer Transaktion können bspw. eine mangelnde Beurkundung (Notariatsakt), Vinkulierungen, Vorkaufsrechte, aufschiebende Bedingungen oder – in der Praxis weniger relevante – berufsrechtliche, grundverkehrsrechtliche und devisenrechtliche Hindernisse entgegenstehen.

Alle diese Hindernisse veranlassen öfters – abhängig vom Einzelfall – eine mehr oder weniger umfangreiche Due Diligence Prüfung der Titelkette, die aber in keinem Fall eine absolute Aussage darüber erlaubt, ob der Veräußerer mit Sicherheit auch der wahre Eigentümer des Anteils ist.

Ähnlich wie dies bereits in Deutschland argumentiert wurde, kann der gutgläubige Erwerb in Österreich außer der Erhöhung von Rechtssicherheit uU die Transaktionskosten um (einen zumindest kleinen) Teil reduzieren. Ausschlaggebend ist jedoch als vorrangiges Ziel die Rechtssicherheit und somit der Wunsch, nach Jahren nicht mit Ansprüchen Dritter hinsichtlich der Eigentümerschaft an GmbH-Anteilen konfrontiert zu werden. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist also gegeben.

Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen stellt aber nur eine von mehreren Möglichkeiten dar, wie die Rechtssicherheit bei GmbH-Transaktionen gefördert werden kann. Eine andere Möglichkeit könnte darin bestehen, die Anforderungen an Firmenbuchanmeldungen zu erhöhen. Es könnte eine Unterschrift des Veräußerers auf der

⁴⁷¹ S Kapitel E und F unten.

⁴⁷² S Kapitel G unten.

⁴⁷³ Vgl Punkte E.I.3 und E.I.4 unten.

⁴⁷⁴ S Punkt E.I.4 unten.

Firmenbuchanmeldung bzw eine beglaubigte Aufsandungserklärung oder eine beglaubigte Unterschrift der Geschäftsführer bei der Firmenbuchanmeldung verlangt werden. Diesfalls könnte einigen Betrugsfällen vorgebeugt werden. Andererseits könnten gesteigerte Anforderungen an die Prüfung durch das Gericht gestellt werden bzw eine konstitutive Eintragung oder zumindest Vorlage der Abtretungsurkunde vorgesehen werden. Selbst wenn solche Änderungen zu einem gewissen „Auffangen“ unwirksamer Abtretungen führen könnten (was entweder zu einer späteren Erfüllung der vorher nicht vorliegenden Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Transaktion – wie bspw der nachträglichen Zustimmung der Gesellschafter zu der Anteilsabtretung oder der nachträglichen Errichtung eines Notariatsaktes – oder zur Wiederholung der Transaktion als Ganze führen könnte), so bleibt diesfalls Platz für unwirksame Transaktionen. Vor allem bei älteren GmbHs, bei denen eine frühere Transaktion fehlschlug, könnten solche Änderungen nicht zum Durchbruch verhelfen. Deswegen ist es nicht verwunderlich, dass die Idee des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in der Vergangenheit bereits mehrmals angesprochen wurde. Auch wenn sich diese Idee bspw iZm dem Inkrafttreten des FGB oder HaRÄG 2005 noch nicht durchsetzen konnte, so scheint – insb auch in Anbetracht der zumindest teilweise geglückten Regelung in Deutschland – die Zeit reif zu sein, den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen einer ernsthaften Diskussion zu unterziehen und ins österreichische Recht einzuführen.

E. Allfällige Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich nach deutschem Vorbild

Nachdem in den Kapiteln B bis D die deutsche Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen untersucht und aufgezeigt wurde, dass es an einer entsprechenden Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs in Österreich fehlt, diese aber durchaus empfehlenswert wäre, soll *de lege ferenda* untersucht werden, wie der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich eingeführt werden könnte.

In Hinblick auf das Kapitel B zum deutschen Recht drängt sich zunächst die Frage auf, ob eine dem deutschen Recht ähnliche Regelung auch in Österreich sinnvoll wäre. Die Übertragung des Grundkonzeptes wird in diesem Kapitel E erörtert. Danach wird in Kapitel F Aufmerksamkeit der Übertragung der negativen Tatbestandsmerkmale gewidmet.

I. Rechtsscheinträger und Gewährleistung der notwendigen Publizität des Gesellschafterstands

Die Überlegungen *de lege ferenda* zur allfälligen Einführung einer dem deutschen Recht ähnlichen Regelung in Österreich sollen mit der Untersuchung des Rechtsscheinträgers beginnen. Der Rechtsscheinträger bildet die Grundlage für die irrtümliche Annahme, dass der Veräußerer eines Anteils auch der Berechtigte sei. Während im Grundbuchsrecht ein öffentlich geführtes Register diese Funktion innehat und bei beweglichen Sachen Rechtsscheinträger der Besitz ist, hat der deutsche Gesetzgeber die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen GmbH-Anteilserwerb ausgewählt.⁴⁷⁵ Eine in solcher Gestalt privat geführte, aber in den Registerordnern des Handelsgerichts aufgenommene Liste der Gesellschafter als Rechtsscheinträger war in Deutschland Gegenstand starker Kritik.⁴⁷⁶ Das Abstellen auf eine durch die Gesellschaft geführte und dem Gericht übermittelte Gesellschafterliste ist auch in Österreich zumindest theoretisch denkbar, jedoch – wie noch zu zeigen ist – nicht zu empfehlen.

1. Keine Gesellschafterliste in Österreich

Auch in Österreich wurde eine dem deutschen Recht ähnliche Gesellschafterliste für Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgesehen. Diesbezüglich bestimmte § 26 Abs 3 GmbHG,⁴⁷⁷ dass aufgrund des damals noch zu führenden Anteilbuches⁴⁷⁸ „alljährlich im

⁴⁷⁵ Vgl bereits oben Punkt B.II.1.

⁴⁷⁶ S oben Punkt B.VI.1.

⁴⁷⁷ IdF RGBI 1906/58, bevor es mit BGBl 1991/10 neu gefasst wurde.

⁴⁷⁸ *Jud*, NZ 1983, 70 (70).

Monate Jänner eine von den Geschäftsführern unterzeichnete Liste der Gesellschafter mit Angabe der Stammeinlage eines jeden Gesellschafters und der hierauf geleisteten Einzahlung sowie allfälliger Zurückzahlungen dem Handelsgerichte einzureichen“ war. Auch wenn die Vorschrift es nicht ausdrücklich geregelt hat, so mussten in der Gesellschafterliste – außer der Angabe der übernommenen Stammeinlagen und dem Umfang, in dem die Stammeinlagen aufgebracht bzw allfällig rückgezahlt wurden – Name, Beruf, Wohnsitz und (seit der GmbH-Novelle 1980⁴⁷⁹) gewöhnlicher Aufenthalt eines GmbH-Gesellschafters angeführt werden.⁴⁸⁰

Die Gesellschafterliste war weder ins Handelsregister einzutragen noch zu veröffentlichen, sondern in die Registerakten aufzunehmen. Diese konnten von jedermann eingesehen werden. Bei Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses konnten (auf Verlangen beglaubigte) Abschriften angefertigt werden.⁴⁸¹

Die Gesellschafterliste brachte die gesamte „Haltung zur Publizität der GmbH zum Ausdruck“, nämlich, dass die GmbH „weniger anonym als die Aktiengesellschaft und weniger publik als die Personengesellschaft“ sein sollte. Die Gesellschafterliste sollte mittelbar der Öffentlichkeit – und somit auch den Geschäftspartnern bzw den Gläubigern der GmbH bzw den Gesellschaftern selbst – zugänglich gemacht werden. Dadurch hat diese den Gläubigern „einen Einblick in die finanzielle Situation der Gesellschaft“ ermöglicht.⁴⁸²

Da die Gesellschafterliste nur einmal jährlich (im Jänner, deswegen „Jännerliste“) beim Handelsgericht einzureichen war, konnte jedoch keine Richtigkeitsgewähr der in der Gesellschafterliste eingetragenen Tatsachen gewährleistet werden. Die Vorschrift des § 26 Abs 3 GmbHG wurde als reine Ordnungsvorschrift verstanden, konnte also keine Publizitätswirkung (somit auch keinen Gutglaubensschutz) entfalten und ihre Bedeutung wurde mehrfach in Frage gestellt.⁴⁸³ Die Einreichung der Gesellschafterliste wurde – trotz der zivilrechtlichen Haftung der Geschäftsführer und sogar trotz der damaligen Strafsanktion des § 122 Z 2 GmbHG⁴⁸⁴ – seitens der Gesellschaften vernachlässigt und seitens der Registergerichte nur lückenhaft überwacht.⁴⁸⁵

⁴⁷⁹ BGBl 1980/320.

⁴⁸⁰ Reich-Rohrwig, GmbH: Jännerliste ist fällig, *ecolex* 1990, 30; *Jud*, NZ 1983, 70 (71).

⁴⁸¹ Zum Ganzen *Jud*, NZ 1983, 70 (73).

⁴⁸² Zum Ganzen *Jud*, NZ 1983, 70 (74).

⁴⁸³ *Jud*, NZ 1983, 70 (74) mwN; vgl AB 23 BlgNR 18. GP 27.

⁴⁸⁴ Vgl zur Haftung der Geschäftsführer iZm Jännerliste *Jud*, NZ 1983, 70 (72) mwN.

⁴⁸⁵ AB 23 BlgNR 18. GP 27; *Schönherr*, NZ 1983, 131 (131); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 2.

Mit dem Inkrafttreten des FBG im Jahre 1991 entfiel die Führung des Anteilsbuchs und die Einreichungspflicht der darauf basierenden Jännerliste, da die Gesellschafter nunmehr ins Firmenbuch einzutragen waren.⁴⁸⁶ Eine Jännerliste war letztmalig im Jänner 1991 vorzulegen (Art XXIII Z 13 FBG).

Nichtdestotrotz wurde in § 9 Abs 2 GmbHG idF des FBG für den Fall der (ursprünglichen) Eintragung der Gesellschaft vorgesehen, dass einer Anmeldung zum Firmenbuch auch „eine von den Anmeldenden unterfertigte Liste der Gesellschafter, die deren Namen, bei natürlichen Personen auch ihr Geburtsdatum, gegebenenfalls ihre Firmenbuchnummer, die für Zustellungen maßgebliche Anschrift sowie den Betrag der übernommenen Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen enthält“, beizuschließen ist. Die Verpflichtung, eine Gesellschafterliste bei der Firmenbuchanmeldung einer GmbH vorzulegen, wurde durch das Publizitätsrichtlinie-Gesetz⁴⁸⁷ gestrichen und ist somit mit dem 1.7.2006 entfallen. Durch den Verzicht auf diese zusätzliche Liste wurde, wie in den Gesetzesmaterialien angeführt,⁴⁸⁸ eine unnötige Inanspruchnahme von Speicherkapazitäten in der elektronischen Urkundensammlung vermieden.

2. Eintragung der Gesellschafter in das österreichische Firmenbuch

Anders als in Deutschland wird nunmehr in Österreich die Eintragung der Gesellschafter einer GmbH ins Firmenbuch (Hauptbuch) angeordnet. Hinsichtlich der Gesellschafter und der von ihnen gehaltenen Geschäftsanteilen bestimmt nunmehr § 11 S 2 GmbHG, dass bei der Eintragung einer GmbH in das Firmenbuch auch „Name und Geburtsdatum der Gesellschafter, gegebenenfalls die Firmenbuchnummer, die Höhe ihrer Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen“ einzutragen sind. In ähnlicher Weise bestimmt § 5 Z 6 FBG, dass hinsichtlich einer GmbH auch „Name und Geburtsdatum der Gesellschafter, gegebenenfalls ihre Firmenbuchnummer, ihre Stammeinlagen, gegebenenfalls ihre gründungsprivilegierten Stammeinlagen (§ 10b Abs 2 GmbHG) und die darauf geleisteten Einzahlungen“ einzutragen

⁴⁸⁶ Vgl Petrasch/Verweijen in WK GmbHG¹ § 26 Rz 1.

⁴⁸⁷ Bundesgesetz, mit dem im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2003/58/EG das Firmenbuchgesetz, das Unternehmensgesetzbuch, die Jurisdiktionsnorm, das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Aktiengesetz 1965 und das Handelsvertretergesetz geändert werden (Publizitätsrichtlinie-Gesetz – PuG), BGBl I 2006/103.

⁴⁸⁸ ErläutRV 1427 BlgNR 22. GP zu Art 4.

sind. Im Falle einer Einpersonengesellschaft ist auch der Umstand, dass es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt, einzutragen.

Um die die Gesellschafter betreffenden Tatsachen für die Öffentlichkeit aktuell und richtig zu halten, muss zudem gewährleistet werden, dass die Änderungen dieser Tatsachen im Firmenbuch ersichtlich sind. Denn eine Eintragung im Firmenbuch ist vielfach einfacher zu überprüfen als das Bestehen und der Inhalt eines Notariatsaktes. Ist die Publizität der Gesellschafterstellung einer GmbH rechtspolitisch gewünscht – was auch aus der (umstrittenen) Klarstellung- bzw Publizitätsfunktion des Notariatsaktes⁴⁸⁹ folgen müsste – so ist auch der laufenden Aktualisierung und Richtighaltung von ins Firmenbuch eingetragenen, die Gesellschafter betreffenden Tatsachen, beizupflichten. IdS ordnet § 26 Abs 1 GmbHG an, dass, sobald solche Tatsachen nachgewiesen werden, diese seitens der Geschäftsführer unverzüglich anzumelden sind.⁴⁹⁰

3. Rückkehr zur Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für die österreichische Regelung – eine sinnvolle Vorgehensweise?

In Österreich sind also, anders als in Deutschland, die die Gesellschafter betreffenden Tatsachen nicht mehr in eine Gesellschafterliste einzutragen. Diese müssen direkt in das Firmenbuch eingetragen werden. Wäre eine Einführung der deutschen Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich angedacht, dann müsste eine Gesellschafterliste wieder eingeführt werden. Aufgrund der oben dargestellten Unzulänglichkeiten der früher bestehenden Jännerliste und insb deren fehlender Richtigkeitsgewähr und Aktualität,⁴⁹¹ sollte aber vor einer Rückkehr zur Jännerliste abgesehen werden. Eine solche Lösung würde einen großen „Schritt zurück“ darstellen.

Untersucht werden kann die Einführung einer dem deutschen Recht ähnlicheren und von der Jännerliste teilweise anders geregelten Gesellschafterliste.

In Anbetracht der Kritik der früher in Österreich vorhandenen Jännerliste müsste eine allenfalls einzuführende neue Gesellschafterliste nicht jährlich, sondern laufend – und zwar unverzüglich nach jeder Änderung einer relevanten Tatsache – eingereicht werden.⁴⁹² Diese Maßnahme

⁴⁸⁹ S zur Klarstellungsfunktion des Notariatsaktes bei Abtretung von GmbH-Anteilen statt vieler nur Auer, Zur Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG, JBl 2011, 361 (366 f) mzn.

⁴⁹⁰ Zur Pflicht der Geschäftsführer, die Änderungen anzumelden, sowie zu deren diesbezüglicher Haftung vgl unten Punkt E.II.3.

⁴⁹¹ Vgl Punkt E.I.1.

⁴⁹² So bereits der Vorschlag von Schön herr, NZ 1983, 131 (132).

könnte die Aktualität und Richtigkeit der Gesellschafterliste sicherstellen, die für die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen von großer Bedeutung ist.

Dabei wären zwei Vorgehensweise denkbar, nämlich (i) das Bestehen einer Gesellschafterliste neben der Eintragung von gesellschafterbezogenen Tatsachen ins Hauptbuch des Firmenbuches und (ii) das Bestehen der Gesellschafterliste und gleichzeitiger Verzicht auf die Eintragung von gesellschafterbezogenen Tatsachen ins Hauptbuch des Firmenbuches.

3.1. Gesellschafterliste neben der Eintragung ins Hauptbuch

Bei der ersten Lösung ist sogleich festzuhalten, dass dadurch zwei Rechtsscheinträger existieren würden. Einerseits die neue Gesellschafterliste, aufgrund derer ein gutgläubiger Erwerb möglich wäre, und andererseits die Eintragung ins Firmenbuch, die gemäß § 78 GmbHG für die Geltendmachung der Gesellschafterstellung im Innenverhältnis (im Verhältnis zur Gesellschaft, nicht aber gegenüber Dritten) von Bedeutung ist.⁴⁹³ Diese Lösung müsste mit einer gesteigerten Kapazitätenausstattung der Firmenbuchgerichte einhergehen. Auch den Gesellschaften selbst würden durch die zusätzliche Einreichungspflicht hinsichtlich der neuen Gesellschafterliste Kosten erwachsen. Das Vorhandensein einer in die Urkundensammlung aufzunehmenden Gesellschafterliste würde neben der direkten Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch eine unnötige Doppelerfassung der relevanten Tatsachen bedeuten. Außerdem könnte das zu zwei widersprüchlichen, aus dem Firmenbuch (einerseits aus dem Hauptbuch und andererseits aus der Urkundensammlung) ersichtlichen, Gesellschafterständen führen. Dies könnte für Verwirrung sorgen. Eine solche Möglichkeit wäre auch in keiner Weise förderlich für die bezweckte Publizität. Würde der Gesellschafterstand aus dem Hauptbuch dem aus der Gesellschafterliste widersprechen, so wäre die Richtigkeit des Firmenbuchstandes in diesem Fall nicht gegeben. Ganz im Gegenteil, es wäre zumindest eine der beiden – entweder die direkte Firmenbucheintragung oder die in die Urkundensammlung aufgenommene Gesellschafterliste – mit Sicherheit unrichtig. Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen nach diesem Vorschlag ist somit auszuschließen.

⁴⁹³ Zur (umstrittenen) Interpretation von § 78 GmbHG s statt vieler *Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbHG – ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 78 Rz 4 mwN.

3.2. Gesellschafterliste statt der Eintragung ins Hauptbuch

Durch die zweite Lösung – die Schaffung der Gesellschafterliste und gleichzeitiger Verzicht auf die Eintragung von gesellschafterbezogenen Tatsachen ins Firmenbuch – könnten einige Unzulänglichkeiten der ersten Lösung⁴⁹⁴ vermieden werden. So gäbe es jedenfalls keine Widersprüche zwischen dem Hauptbuch und der aus der Urkundensammlung ersichtlichen Gesellschafterliste. Des Weiteren könnten die Kosten und Mühen, die durch die Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste verursacht würden, zumindest teilweise durch den Entfall der Kosten iZm der Eintragung in das Hauptbuch kompensiert werden. Vielleicht könnten mittel- und langfristig durch die Änderung sowohl auf der Ebene der Gesellschaft als auch der Firmenbuchgerichte Kosten und Mühen gespart werden.

Andererseits ist fraglich, ob in Anbetracht der Gewährleistung von Publizität, Aktualität und Richtigkeit ein Verzicht von direkten Eintragungen ins Hauptbuch zugunsten der Aufnahme der Gesellschafterliste in die Urkundensammlung gerechtfertigt ist.

Die der direkten Eintragung gleiche Aktualität und Richtigkeit könnte noch gewährleistet sein. Diesfalls müssten die hinsichtlich der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels vorhandenen Prüfpflichten seitens der Geschäftsführer und des Gerichts, wie auch eine entsprechende Haftung der Geschäftsführer für den Fall der Einreichung der Gesellschafterliste zumindest beibehalten werden. Würde jedoch bspw die Gesellschafterliste durch das Firmenbuchgericht bloß entgegengenommen und in der Urkundensammlung ohne irgendwelche – auch oberflächliche – Prüfung aufgenommen werden, so wäre davon auszugehen, dass die gleiche Aktualität und Richtigkeit des Gesellschafterstandes (wie bei Eintragung in das Hauptbuch) nicht gewährleistet wäre.

Aber die gleiche Publizität könnte durch die Gesellschafterliste definitionsgemäß nicht mehr gewährleistet werden. Bei einer Gesellschafterliste könnte man sich mit der Durchsicht eines Firmenbuchauszugs – auf dem keine Gesellschafter ausgewiesen wären – nicht begnügen. Man müsste bei der Suche nach Informationen hinsichtlich der Gesellschafter noch „einen Schritt weiter gehen“ und aus der Urkundensammlung erst ein Dokument – die Gesellschafterliste – entnehmen, aus dem sich der Gesellschafterstand ergeben würde. Somit ist eine direkte Eintragung ein besserer („stärkerer“) Rechtsscheinträger als die Gesellschafterliste. Trotz der Möglichkeit, sowohl den Firmenbuchauszug als auch die Dokumente aus der

⁴⁹⁴ Vgl Punkt E.I.3.1 oben.

Urkundensammlung elektronisch einzusehen, spricht dieser Umstand gegen die Einführung der deutschen Lösung. Denn „[a]ltbewährte Regelungsmuster sollten im Sinne der Kontinuität der Rechtsordnung grundsätzlich beibehalten werden, außer es gibt gute Gründe davon abzuweichen“.⁴⁹⁵

4. Eintragung in das Hauptbuch als funktionsäquivalente Lösung

Wenngleich die neu in Österreich einzuführende Gesellschafterliste statt der Eintragung ins Hauptbuch als Rechtsscheinträger durchaus denkbar wäre, so sollte doch eine „funktionsäquivalente Lösung“⁴⁹⁶ des gutgläubigen Erwerbs überlegt werden. Dadurch soll eine dem deutschen Recht *ähnliche* Lösung, die auf dem Firmenbuch als Rechtsscheinträger basiert, verstanden werden. Die Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch in Österreich erfüllt weitgehend die gleiche Funktion wie das Verzeichnis der Gesellschafter in der zu den Handelsregisterakten einzustellenden Gesellschafterliste in Deutschland. Insb sollen beide der Öffentlichkeit, darunter den Gläubigern der Gesellschaft, Informationen über die Gesellschafter liefern und so für Transparenz sorgen.⁴⁹⁷

Seit dem MoMiG hat die Gesellschafterliste eine weitere Funktion, die die Rechtssicherheit fördert. Diese eröffnet nämlich als Rechtsscheinträger die Möglichkeit, im Vertrauen auf die Liste vom Nichtberechtigten einen Geschäftsanteil gutgläubig zu erwerben. Diese Funktion könnte grundsätzlich auch durch die Eintragung ins Hauptbuch des Firmenbuches erfüllt werden.

Dass sich die direkte Eintragung in ein Handelsregister (somit in Österreich in das Firmenbuch) als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb eignen kann, wird bereits durch die Materialien zum MoMiG⁴⁹⁸ indiziert. Dort wird angemerkt, dass ein vollständiger Gleichlauf der Regelungen des gutgläubigen Erwerbs der GmbH-Anteile mit dem Grundbuch ausgeschlossen ist, obwohl sich die Regelungen an den gutgläubigen Erwerb bei

⁴⁹⁵ So Torggler/Konwitschka in *Österreichischer Juristentag*, Die Reform 78, in einem anderen Kontext – mit diesem „methodischen Vorbehalt“ sprachen sich die Autoren gegen den vom Schauer vorgeschlagen gutgläubigen Erwerb. Vgl Schauer in Kalss/Schauer, Die Reform 743 ff.

⁴⁹⁶ Über die zur deutschen Regelung funktionsäquivalente Lösung spricht Schauer, indem er als Rechtsscheingrundlage die Firmenbucheintragung in Österreich vorschlägt. Dabei fordert er eine erweiterte Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichts; s Schauer in Kalss/Schauer, Die Reform 744.

⁴⁹⁷ Zu den Zielen der Gesellschafterliste in Deutschland s bereits oben Punkt B.II.1.1. Zum Zweck des Firmenbuches im Allgemeinen s Schenk/Völkl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 1 FBG Rz 2; Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 1 FBG Rz 2; vgl Zib in Zib/Auer, Vom Handelsregister zum Firmenbuch (1993) 1.

⁴⁹⁸ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

Liegenschaften⁴⁹⁹ anlehnen. Als Begründung dafür wird angeführt, dass einerseits „die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und eine die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist“ und andererseits, dass es an „einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste“ mangelt.⁵⁰⁰ Aus der Begründung des MoMiG ergibt sich, dass bei der Eintragung der GmbH-Gesellschafter in das Handelsregister – und somit in ein öffentliches und nicht ein privat geführtes Register – sogar an einen vollständigen Gleichlauf mit dem Grundbuch zu denken wäre.

Was die österreichische Rechtslage betrifft, so ist die Eintragung in das Firmenbuch eine zumindest einigermaßen verlässliche „Quelle“ für Informationen. Aufgrund der Publizität des Firmenbuches schützt § 15 UGB den guten Glauben von Personen, die auf bestimmte im Firmenbuch eingetragene Tatsachen – oder auf das Fehlen von solchen Tatsachen mangels einer Eintragung im Firmenbuch – vertrauen.⁵⁰¹ Das trifft zwar hinsichtlich der Eintragung der Gesellschafter *de lege lata* nicht zu,⁵⁰² ist aber *de lege ferenda* durchaus machbar.

Somit wird in weiterer Folge die Sinnhaftigkeit der Übernahme einer der deutschen Lösung ähnlichen Regelung in Österreich untersucht, wobei als Rechtsscheinträger keine Gesellschafterliste, sondern das Firmenbuch dienen soll.

Um zu bestimmen, inwieweit Änderungen im österreichischen Recht für die Einführung einer dem deutschen Recht ähnlichen Regelung notwendig wären, ist insb auf die Pflicht zur Anmeldung der Änderungen im Gesellschafterstand sowie auf die Prüfungspflicht der Anmeldung des Gesellschafterwechsels bzw der Liste in Deutschland näher einzugehen.

II. Pflicht zur Anmeldung der Änderungen im Gesellschafterstand

Um seine Funktion als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb erfüllen zu können, müsste das Firmenbuch in Österreich laufend (soweit eine Änderung eingetreten ist) aktualisiert werden. Nur auf diese Weise lässt sich gewährleisten, dass das Abweichen zwischen den tatsächlichen Rechtsverhältnissen und dem in das Firmenbuch Eingetragenen zum Ausnahmefall wird. Sollte diese Abweichung jedoch den Normalfall darstellen, dann müsste

⁴⁹⁹ S § 892 BGB, der den öffentlichen Glauben des Grundbuchs regelt.

⁵⁰⁰ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

⁵⁰¹ Vgl bereits oben Punkt C.III.

⁵⁰² S Punkt C.IV oben.

man zu dem Schluss kommen, dass keine vernünftige (geschweige eine sorgfältige) Person dem Firmenbuchstand Vertrauen schenken würde.

Wird gewährleistet, dass die Änderungen im Gesellschafterstand auch in dem öffentlichen Register (Firmenbuch) schnell verfügbar sind, dann wird die Abweichung zwischen den tatsächlichen Rechtsverhältnissen und dem in das Register Eingetragenen zum Ausnahmefall. Dieses Ziel kann bspw (mittelbar) durch entsprechende Haftungsbestimmungen gesichert werden. Dies wird auch Gegenstand der Untersuchung sein.

1. Pflicht des Notars in Deutschland

Wie bereits oben kurz angesprochen,⁵⁰³ wurde durch das MoMiG eine Pflicht der Notare begründet – sofern diese an den gegenständlichen Veränderungen mitgewirkt haben – die Gesellschafterliste unverzüglich nach Wirksamwerden der relevanten Veränderungen „ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe [...] anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln“ (§ 40 Abs 2 S 1 dGmbHG). Weiters ist der Notar verpflichtet, die zu übermittelnde Gesellschafterliste mit einer Bescheinigung zu versehen, dass „die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“ (§ 40 Abs 2 S 2 dGmbHG). Daraus lässt sich aber keine Prüfungspflicht hinsichtlich der Richtigkeit der alten Liste ableiten, weil die Eintragungen (außer den Veränderungen, an denen ein Notar mitgewirkt hat) bloß „mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“ sollen. Auf die Richtigkeit der früheren Eintragungen kommt es also nicht an – der Notar darf sich grundsätzlich auf den Inhalt der früheren Gesellschafterliste verlassen.⁵⁰⁴ Somit werden allfällige unrichtige Eintragungen in der Gesellschafterliste trotz der Mitwirkung des Notars fortgeschrieben.

Den Notar trifft jedoch eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat.⁵⁰⁵ Auch darf der Notar im Falle von Zweifeln hinsichtlich der Wirksamkeit der

⁵⁰³ S Punkt B.II.1.2 oben.

⁵⁰⁴ Statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 233 mwN.

⁵⁰⁵ Statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 152 mwN.

Änderungen, an denen er mitgewirkt hat, die Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einreichen, wenn diese Zweifel ausgeräumt wurden.⁵⁰⁶

Es können auch neue unrichtige Eintragungen durch die vom Notar vorgenommene Änderung der Liste bewirkt werden, so bspw, wenn aufgrund einer auflösenden Bedingung zwischenzeitlich die Wirksamkeit der Abtretung eines Geschäftsanteils wegfällt. Für die Pflicht des Notars ist nämlich unerheblich, „ob anschließend Unwirksamkeitsgründe eintreten können.“⁵⁰⁷

Problematisch sind des Weiteren die Fälle, bei denen zwischenzeitlich eine weitere Gesellschafterliste (seitens eines anderen Notars bzw seitens der Geschäftsführer) eingereicht worden ist.⁵⁰⁸

Nichtdestotrotz wird durch die Einbindung eines Notars die Richtigkeit der neuen Liste – dem Zweck der Regelung entsprechend⁵⁰⁹ – weitgehend gewährleistet. Doch kann auch trotz der Mitwirkung des Notars diese Richtigkeit natürlich nicht in jedem Fall sichergestellt werden. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 40 Abs 2 S 2 dGmbHG, der das Prinzip der formellen Richtigkeit zum Ausdruck bringt.⁵¹⁰ Der Notar hat somit die Gesellschafterliste, „trotz möglicherweise bestehender Kenntnis von deren materieller Unrichtigkeit“⁵¹¹ so einzureichen, „dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“ (§ 40 Abs 2 S 2 dGmbHG). Der Notar darf somit die zwischenzeitlich erfolgten Änderungen, an denen er nicht mitgewirkt hat, nicht in die von ihm einzureichende Gesellschafterliste aufnehmen.⁵¹²

⁵⁰⁶ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 44.

⁵⁰⁷ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 44.

⁵⁰⁸ Vgl zum Problem *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 127b ff; zur Kompetenz eines Notars in diesem Fall ebendort Rz 127.

⁵⁰⁹ S *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 40 Rz 5.

⁵¹⁰ Vgl *Terlau* in *Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 33 und 36.

⁵¹¹ *Terlau* in *Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 33.

⁵¹² *Terlau* in *Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 33, wo privatschriftliche Teilung von Anteilen bzw zwischenzeitlich erfolgte Abtretungen als Beispiele für zwischenzeitlich erfolgte Änderungen angeführt wurden.

Kommt der Notar dieser Einreichungspflicht nicht nach, dann kann er sich haftbar machen.⁵¹³ Falls er seine Amtspflichten⁵¹⁴ zur Erstellung und Einreichung der Liste vorsätzlich oder fahrlässig nicht erfüllt, kann er gemäß § 19 BNotO auf Schadenersatz haften.

2. Pflicht des Geschäftsführers in Deutschland

Die Pflicht, eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, trifft aber primär⁵¹⁵ die Geschäftsführer, die jedoch die Liste nur dann einzureichen haben, wenn kein Notar an der Veränderung mitgewirkt hat.⁵¹⁶ Aus der Liste müssen Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnort, sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von den Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile ersichtlich sein (§ 40 Abs 1 S 1 dGmbHG). Bei juristischen Personen sind die Firma sowie das Registergericht und die Registernummer anzugeben.⁵¹⁷ Die Liste muss von den Geschäftsführern in vertretungsberechtigter Anzahl unterzeichnet werden.⁵¹⁸

§ 40 Abs 3 dGmbHG regelt explizit die Haftung der Geschäftsführer und schreibt fest, dass Geschäftsführer, die diese Pflicht verletzen, gegenüber denjenigen, „deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner“ haften.⁵¹⁹

Auch die Haftung der Geschäftsführer kann bewirken, dass die Nichterfüllung dieser Pflichten eine absolute Ausnahme darstellen wird. Dies setzt aber voraus, dass diese Änderungen den Geschäftsführern mitgeteilt und nachgewiesen werden. Es ist davon auszugehen, dass das wissentliche Fehlen der Mitteilung und des Nachweises in der Praxis eine Ausnahme bleiben wird.⁵²⁰

⁵¹³ Zur diesbezüglichen Haftung des Notars vgl. statt vieler nur *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 241 ff mwN.

⁵¹⁴ Auch Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste gilt nun als solche öffentlich-rechtliche Amtspflicht. S. *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 241; *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 122; *Hasselmann*, NZG 2009, 486 (490); *Vossius*, DB 2007, 2299 (2304); vgl. auch *Rau*, DStR 2006, 1892 (1896).

⁵¹⁵ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 87.

⁵¹⁶ *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 87.

⁵¹⁷ *Terlau* in *Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 5 f.

⁵¹⁸ *Terlau* in *Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 21; *Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 40 Rz 16; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 40 Rz 37.

⁵¹⁹ Vgl. bereits Punkt B.II.1.2 oben.

⁵²⁰ Außerdem wird in Anbetracht des § 40 Abs 2 S 1 dGmbHG eine Einreichung der aktualisierten Liste durch die Geschäftsführer, zumindest was den Gesellschafterwechsel (und nicht bspw. die Änderung des Wohnorts eines Gesellschafters) betrifft, überhaupt keinen Regelfall darstellen. *Terlau* nennt folgende Fälle, in denen der Geschäftsführer und nicht ein Notar zur Einreichung der Liste verpflichtet wird: (i) Veränderung der Gesellschafterstellung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge (§ 1922 BGB), (ii) Zusammenlegung

Aus der Tatsache, dass ein Geschäftsführer die Gesellschafterliste auf Mitteilung und Nachweis einzureichen hat, wird gefolgert, dass er auch zur inhaltlichen Prüfung eines Gesellschafterwechsels verpflichtet ist.⁵²¹ Bei der Beurteilung, ob ein bestimmter Nachweis ausreichend ist, ist dem Geschäftsführer ein gewisser Ermessensspielraum zu gewähren.⁵²² Dieser kann nach der Rsp bereits daraus abgeleitet werden, dass die Gesellschaft vom Rechtsübergang *überzeugend* unterrichtet wird.⁵²³ Der Nachweis soll der Geschäftsführung ermöglichen, ihre Pflichten zur Einreichung der Liste wahrzunehmen, weswegen anzunehmen ist, dass sie durch den Nachweis „vernünftigerweise von der Rechtsänderung überzeugt“ sein muss.⁵²⁴ Nichtsdestotrotz sollen grundsätzlich an die Form und den Inhalt des Nachweises strenge Anforderungen gestellt werden.⁵²⁵

3. Geschäftsführerpflicht in Österreich

Soll der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich ermöglicht werden, dann muss auch das österreichische Rechtssystem gewährleisten, dass der Gesellschafterstand (und auch einige die Gesellschafter betreffende Informationen) aktuell und richtig gehalten wird.⁵²⁶ Dieses Ziel, „dass Eintragungen ins Firmenbuch möglichst umgehend entsprechend angepasst werden“⁵²⁷, wird durch § 26 Abs 1 S 1 GmbHG⁵²⁸ und auch § 10 Abs 1 FBG verfolgt.⁵²⁹ § 26 Abs 1 S 1 GmbHG bestimmt, dass sobald der Gesellschaft der Übergang eines Geschäftsanteils oder die Änderung des Namens, der für Zustellungen maßgeblichen Anschrift, einer Stammeinlage oder der geleisteten Einzahlungen eines Gesellschafters nachgewiesen

oder Teilung von Geschäftsanteilen durch privatschriftliche Gesellschafterbeschlüsse, (iii) Kaduzierung oder Versteigerung von Geschäftsanteilen, (iv) Fälle der Mitwirkung eines ausländischen Notars, der nicht der Pflicht des § 40 Abs 2 S 1 unterfällt, (v) Schaffung neuer Geschäftsanteile aus genehmigtem Kapital und (vi) Einziehung von Geschäftsanteilen auf Grundlage privatschriftlicher Einziehungsbeschlüsse; s *Terlau in Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 13; vgl auch *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (412).

⁵²¹ Statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 91 mwN.

⁵²² Statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 103 mwN.

⁵²³ BGH II ZR 76/07 NJW 2009, 229 = DStR 2008, 2428 = WM 2008, 2218 = NZG 2008, 911 = BeckRS 2008, 23294 = ZIP 2008, 2214 = EWiR 2008, 751 (*Blasche*) = NotBZ 2009, 27 L = DB 2008, 2587 = GmbHR 2009, 38 = MDR 2009, 37 = ZNotP 2008, 500 = FD-MA 2008, 271108 = IBRRS 2008, 3105 = GmbH-Stpr 2009, 160 = GmbH-Stpr 2009, 89 = LSK 2008, 470634.

⁵²⁴ *Terlau in Michalski*, GmbHG II² § 40 Rz 17.

⁵²⁵ Statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 103 mwN.

⁵²⁶ Vgl bereits Punkt E.I.2 oben.

⁵²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 3.

⁵²⁸ Vgl *Temmel in Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 1: „§ 26 bezweckt die Kontinuität der Richtigkeit des Firmenbuchstandes“; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 1: „sind nach der generellen Intention des FBG aktuell zu halten [...] Dieser Zielsetzung dient § 26“.

⁵²⁹ *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 1: „Aus § 10 FBG ist abzuleiten, dass die Eintragungen im Firmenbuch richtig sein sollen“.

wird, diese Tatsachen unverzüglich zum Firmenbuch durch Geschäftsführer in der zur Vertretung notwendigen Anzahl anzumelden sind.⁵³⁰ Bei juristischen Personen sind entsprechend die Firma und Firmenbuchnummer anzugeben.

Ähnlich dem deutschen Recht ist der Nachweis die Voraussetzung für die entsprechende Pflicht.⁵³¹ Ein Gesellschafterwechsel muss den Geschäftsführern gegenüber zumindest glaubhaft gemacht werden,⁵³² wobei der Nachweis auf jede mögliche Art erfolgen kann.⁵³³ Vor der Anmeldung muss seitens der Geschäftsführer auch die Wirksamkeit des Gesellschafterwechsels – und somit auch die formelle und materielle Richtigkeit des Übertragungsaktes – geprüft werden.⁵³⁴

Die Anmeldung des Gesellschafterwechsels bzw einiger die Gesellschafter betreffenden Informationen ist in vereinfachter Form gemäß § 11 FBG möglich. Dementsprechend bedarf diese nicht der beglaubigten Form. Es genügt vielmehr die Unterfertigung namens des Rechtsträgers, die durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl zu erfolgen hat (§ 11 S 2 FBG). Die Anmeldungspflicht trifft zwar ausschließlich die Geschäftsführer,⁵³⁵ dies aber in ihrer Funktion als Organe und im Namen der Gesellschaft.⁵³⁶

Eine dem deutschen Recht entsprechende Pflicht des Notars zur Anmeldung gibt es in Österreich nicht. Zwar gilt ein Notar gemäß § 23 S 1 FBG als ermächtigt, soweit die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von diesem Notar beurkundet oder beglaubigt wurde, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen.⁵³⁷ Doch handelt es

⁵³⁰ Anzumerken bleibt, dass § 10 Abs 1 1. HS FBG bereits die generelle Regelung beinhaltet, Änderungen eingetragener Tatsachen unbeschadet sonstiger gesetzlichen Vorschriften beim (Firmenbuch-)Gericht unverzüglich anzumelden. In Anbetracht dieser generellen Bestimmung erweist sich § 26 Abs 1 S 1 GmbHG eigentlich als entbehrlich; s *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 3; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 2.

⁵³¹ Ein besonderer Nachweis nach österreichischem Recht ist dann nicht erforderlich, wenn die Geschäftsführer an dem Gesellschafterwechsel (bzw einer anderen relevanten Änderung) beteiligt sind; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 6.

⁵³² OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 255; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 6.

⁵³³ *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 6; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 6.

⁵³⁴ OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04; OGH 6 Ob 163/02t ecolex 2003/178; *Gellis*, GmbHG⁷ § 26 Rz 2; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 6.

⁵³⁵ *Danzl*, Anmerkungen zum Rundschreiben des HG Wien „Anmeldung zum Firmenbuch“, ecolex 1991, 164 (165).

⁵³⁶ OGH 6 Ob 64/06i GES 2006, 308 = ecolex 2006/362 = wbl 2006/250 = GesRZ 2006, 272 = RdW 2006/587 = NZ 2007, 29 = AnwBl 2008, 151 = GBU 2006/09/03 = HS 37.011 = HS 37.012 = HS 37.122 = HS 37.481 = HS 37.482; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 10.

⁵³⁷ Vgl OGH 6 Ob 321/97t = ecolex 1998, 639 = GBU 1998/04/03 = EvBl 1998/73 = RdW 1998, 137 = ÖJZ-LSK 1998/74 = HS 28.124 = HS 29.081 = HS 29.102 = HS 29.117 = HS 29.122 = HS 29.182 = HS 29.194.

sich bei dieser Vorschrift erstens um eine „reine Verfahrensvorschrift“ und zweitens wird hier keinerlei Pflicht zur Handlung begründet.⁵³⁸ Aufgrund dieser Bestimmung können Notare somit eine Anmeldung des Gesellschafterwechsels wirksam bewirken, wenn sie den Geschäftsanteilsabtretungsvertrag beurkunden haben und zwar auch dann, wenn sie zur Anmeldung materiellrechtlich nicht bevollmächtigt waren.

Die Anmeldepflicht der Geschäftsführer ist mit zweierlei Sanktionen verbunden. Erstens bestimmt § 26 Abs 2 1. HS GmbHG, dass die Geschäftsführer für einen Schaden zur ungeteilten Hand haften, der durch schuldhaft falsche Angaben nach § 26 Abs 1 GmbH oder eine schuldhaft verzögerte Einreichung dieser Angaben verursacht wurde. Für die Begründung der Haftung reicht leichte Fahrlässigkeit aus.⁵³⁹ Jedoch wird für die falsche oder verzögerte Angabe der für Zustellungen maßgeblichen Anschrift eines Gesellschafters nur bei grobem Verschulden gehaftet (§ 26 Abs 2 2. HS GmbHG). Für die solidarische Haftung müssen bei jedem Geschäftsführer die Haftungsvoraussetzungen vorliegen.⁵⁴⁰ Die Geschäftsführer haften gegenüber der Gesellschaft, den Dritten und auch gegenüber den Gesellschaftern, die jedoch aufgrund eines besonderen Naheverhältnisses zur Gesellschaft nicht als Dritte iSd § 26 Abs 2 GmbHG zu verstehen sind.⁵⁴¹ Zweitens kann die Nichteinhaltung der Anmeldungspflichten durch die Geschäftsführer gemäß § 24 FBG mit Zwangsstrafen sanktioniert werden.⁵⁴² Die Zwangsstrafen richten sich gegen die Geschäftsführer und nicht gegen die Gesellschaft.⁵⁴³

4. Vergleich der Regelungen und Stellungnahme

Der österreichische § 26 Abs 1 GmbHG entspricht weitgehend dem § 40 Abs 1 dGmbHG, wobei hierzulande die Tatsachen dem Firmenbuchgericht anzumelden (und vom Gericht einzutragen) sind und in Deutschland hingegen die Gesellschafterliste, aus der sich entsprechende Tatsachen ergeben müssen, zum Handelsregister einzureichen (und von dem Gericht in die Registerakten aufzunehmen) ist.

⁵³⁸ RIS-Justiz RS0108944; OGH 6 Ob 321/97t = ecolex 1998, 639 = GBU 1998/04/03 = EvBl 1998/73 = RdW 1998, 137 = ÖJZ-LSK 1998/74 = HS 28.124 = HS 29.081 = HS 29.102 = HS 29.117 = HS 29.122 = HS 29.182 = HS 29.194.

⁵³⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 13; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 15; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 22.

⁵⁴⁰ *Gellis*, GmbHG⁷ § 26 Rz 7; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 22.

⁵⁴¹ *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 24 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 16 ff.

⁵⁴² S dazu ausführlich OGH 6 Ob 149/03k GES 2004, 30 = ecolex 2004/132 = EvBl 2004/60 = RdW 2004/124 = GBU 2004/01/06 = ÖJZ-LSK 2004/3 = RZ-EÜ 2004/11.

⁵⁴³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 11; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 26 Rz 12; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 15.

Der Unterschied der Anmeldepflichten im Allgemeinen ergibt sich jedoch aus der Beteiligung des Notars bei der Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs 2 dGmbHG.

Unabhängig von der in Deutschland zur Einreichung zuständigen Person (Geschäftsführer oder Notar) unterscheiden sich die anzugebenden Tatsachen nur unwesentlich. So ist in Deutschland insb nach dem Wortlaut der Regelung der Wohnort anzugeben, während es in Österreich die für Zustellungen maßgebliche Anschrift ist. Zusätzlich sind in Österreich auch die auf die Stammeinlage geleisteten Einzahlungen eines Gesellschafters anzugeben, was in Deutschland nicht verlangt wird.⁵⁴⁴ Des Weiteren ist in Österreich außer der Firma einer juristischen Person, die Gesellschafter ist, nur die Firmenbuchnummer anzugeben, während in Deutschland außer der Firma und der Registernummer auch das Registergericht anzugeben ist. Trotz dieser kleinen Unterschiede scheint die Transparenz des Gesellschafterstandes in beiden Ländern durch die Eintragung bzw Einreichung der Liste in ähnlichem Maße gegeben sein. Insb ist eine juristische Person als Gesellschafter in Österreich ebenso gut wie in Deutschland identifizierbar, auch wenn nur die Firmenbuchnummer und nicht zusätzlich noch das zuständige Firmenbuchgericht anzugeben ist.

4.1. Geschäftsführerpflicht nach der deutschen Regelung

Was die Geschäftsführerpflichten angeht, so ist sowohl die Ausgestaltung der hier relevanten Pflichten selbst als auch die entsprechende Haftung der Geschäftsführer in den beiden Rechtsordnungen, von kleinen Unterschieden abgesehen, ähnlich geregelt.

In beiden Rechtsordnungen wird die Anmeldung bzw Einreichung durch die Geschäftsführer in der zur Vertretung notwendigen Anzahl verlangt.⁵⁴⁵ Des Weiteren wird für die Begründung der Pflicht auch ein Nachweis eines Gesellschafterwechsels vorausgesetzt. Zwar spricht § 40 Abs 1 2. S dGmbHG von „Mitteilung und Nachweis“ und die österreichische Regelung nur von Nachweis, aber es ist davon auszugehen, dass soweit den Geschäftsführern ein Gesellschafterwechsel nachgewiesen wird, keine gesonderte Mitteilung verlangt werden soll, weil die Geschäftsführer bereits von der Tatsache Kenntnis haben.

Auch die Haftung der Geschäftsführer für die Nichtbefolgung dieser Pflichten ist in den beiden Rechtsordnungen ähnlich geregelt. Zwar haften die Geschäftsführer in Deutschland gemäß § 40

⁵⁴⁴ *Terlau* in *Michalski*, GmbHG II³ § 40 Rz 10 mwN; *Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 40 Rz 5, 15c.

⁵⁴⁵ Für Österreich ist es explizit in § 26 Abs 1 GmbHG angeordnet, für Deutschland s statt vieler nur *Heidinger* in *MünchKomm GmbHG* II² § 40 Rz 116 mwN.

Abs 3 dGmbHG nur gegenüber denjenigen, „deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft“, doch ergibt sich aus anderen Vorschriften⁵⁴⁶ auch deren Haftung gegenüber der Gesellschaft. Des Weiteren ergibt sich in Deutschland die Gefahr eines besonders weitreichenden Schadens⁵⁴⁷ wegen der Möglichkeit des Verlustes der Gesellschafterstellung in Folge eines gutgläubigen Erwerbs gemäß § 16 Abs 3 dGmbHG. Dies lässt die Haftung der Geschäftsführer nach der deutschen Regelung besonders schwerwiegend erscheinen. Ein solche Haftung für den Verlust der Gesellschafterstellung iZm dem gutgläubigen Erwerb ist *de lege lata* in Österreich nicht möglich, doch sollte sich das durch die Einführung des gutgläubigen Erwerbs ändern. Eine Änderung des Wortlauts der Haftungsregelung – § 26 Abs 2 1. HS GmbHG – ist dazu nicht erforderlich.

4.2. Notarpflicht nach der deutschen Regelung

Größere Unterschiede, abgesehen von der Person des Verpflichteten, ergeben sich jedoch zwischen der deutschen und der österreichischen Regelung hinsichtlich der Rolle des Notars. Dieser ist nach der deutschen Regelung zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet. Insb soll hier auf die Auswirkungen der Regelungen auf die Gewährleistung der Richtigkeit der Eintragungen im Firmenbuch bzw in der Gesellschafterliste eingegangen werden.

Wie bereits oben kurz angemerkt,⁵⁴⁸ ist davon auszugehen, dass durch die Mitwirkung des Notars die Richtigkeit der Gesellschafterliste in Deutschland besser gewährleistet wird, als dies durch eine entsprechende Pflicht der Geschäftsführer der Fall wäre. Grund hierfür ist, dass die Geschäftsführer nur dann verpflichtet sind, wenn ihnen der Gesellschafterwechsel mitgeteilt und nachgewiesen wurde. Auch können bei einem Geschäftsführer öfters Interessenkonflikte auftreten. Diese können bspw zum Fehlen einer entsprechenden Wirksamkeitsprüfung der Abtretung eines Geschäftsanteils – und somit möglicherweise zur Unrichtigkeit der Gesellschafterliste – führen.

Auch in Österreich würde die Mitwirkung eines Notars an der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels die Richtigkeit der diesbezüglichen Firmenbucheintragungen steigern können. Um eine solche Regelung iZm einer allfälligen Einführung des gutgläubigen Erwerbs zu befürworten, müsste jedoch erstens der Schluss gezogen werden, dass der Geheimhaltung eines Gesellschafterwechsels seitens der Parteien eines Übertragungsvorganges keine

⁵⁴⁶ Vgl insb § 43 dGmbHG.

⁵⁴⁷ So *Terlau in Michalski, GmbHG II*³ § 40 Rz 44.

⁵⁴⁸ S oben Punkt E.II.1.

berechtigten Interessen zugrunde liegen. Das dies der Fall ist, braucht in Anbetracht der Publizitätsfunktion des Firmenbuches und des Strebens des Gesetzgebers, mit Hilfe von § 26 GmbHG die Eintragungen richtig und aktuell zu halten, nicht angezweifelt werden. Zweitens sollte eine solche Änderung nur mit verhältnismäßigen Kosten verbunden werden. Gebe es andere Wege, die Richtigkeit der Firmenbucheintragung zu gewährleisten, dann müssten diese verschiedenen Lösungen auch hinsichtlich ihrer Kosten verglichen werden. Wird man zum Schluss kommen, dass eine weniger einschneidende Änderung der Richtigkeitsgewähr der Firmenbucheintragung ebenso Rechnung trägt, dann wäre diese weniger einschneidende Änderung zu befürworten.

III. Materielle Prüfung der Eintragungen

Eine materielle Prüfung der iZm einem Gesellschafterwechsel anzumeldenden Tatsachen durch die Registergerichte (Firmenbuch in Österreich), und diesbezügliche Prüfung der Richtigkeit der Gesellschafterliste in Deutschland und der Anmeldung in Österreich, stellt einen weiteren möglichen Mechanismus dar, die Rechtssicherheit bei Abtretungen von GmbH-Anteilen zu steigern. Denn es ist davon auszugehen, dass je weitreichender die Prüfpflicht seitens der Gerichte ist, desto weniger Fälle wird es geben, bei denen nach Aufnahme der Gesellschafterliste bzw. Eintragung im Firmenbuch das Eingetragene von der Wirklichkeit abweichen wird. Je weitgehender die Prüfung also ist, desto größer ist die Richtigkeitsgewähr des Rechtsscheinträgers. Andererseits könnte eine weitreichende Prüfung zu Verfahrensverzögerungen sowie zur Erhöhung von Kosten führen. Anhand des Vergleichs zwischen der deutschen und der österreichischen Rechtslage kann in dieser Hinsicht das Ergebnis bestärkt werden, dass eine Firmenbucheintragung einen ebenso geeigneten Rechtsscheinträger wie die Gesellschafterliste in Deutschland darstellen kann.

1. Keine Pflicht zur Prüfung durch das Gericht in Deutschland?

Grundsätzlich ergibt sich eine fehlende inhaltliche Prüfungspflicht seitens des Registergerichts in Deutschland bereits aus der insofern klaren Erörterung der Gesetzmaterialien.⁵⁴⁹ Somit ist die Liste seitens des Registergerichts lediglich entgegenzunehmen; das Gericht „hat keine inhaltliche Prüfpflicht“.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 44.

⁵⁵⁰ Begründung RegE BT-Drs 16/6140 44.

Die Begründung des RegE legt des Weiteren fest, dass die Gesellschafterliste privat geführt und das Handelsregister keine „prüfende Stelle“ ist. Das Handelsregister ist vielmehr eine bloß verwahrende Stelle und hat die Funktion, die allgemeine Kenntnisnahme der Gesellschafterliste zu ermöglichen. IdZ wird weiters in den Materialien erörtert, dass ein Gleichlauf zwischen der Regelung hinsichtlich der Gesellschafterliste – diese lehnt sich teilweise an § 892 BGB an – und dem guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs nicht möglich sei, weil es an einer „strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste“ fehle.⁵⁵¹ Die Gesellschafterliste dürfte somit nicht als ein „kleines Grundbuch“ gewertet werden.⁵⁵²

Die kurze Erörterung in der Begründung zum Regierungsvorschlag kann aber nicht alle Unsicherheiten bezüglich der Existenz bzw des Umfangs einer Prüfung der eingereichten Gesellschafterliste seitens des Gerichts ausräumen. Folglich sind diesbezüglich in der deutschen Literatur teilweise sehr unterschiedliche Meinungen anzutreffen. Diese reichen von der Aussage, dass das Registergericht (grundsätzlich) weder verpflichtet noch berechtigt sei, den Inhalt der Gesellschafterliste zu prüfen,⁵⁵³ bis zu Meinungen, dass wegen der gesteigerten Bedeutung der Gesellschafterliste „die Differenzierung zwischen der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister und sonstigen zum Handelsregister einzureichenden Dokumenten nicht aufrechterhalten werden“ könne und somit „dem Registergericht eine formelle wie materielle Prüfung bei einer Listeneinreichung durch den Geschäftsführer offen stehen“ müsse.⁵⁵⁴

Auch die Rsp geht davon aus, dass dem Registergericht grundsätzlich nur ein formales Prüfungsrecht, nicht aber auch eine materielle Prüfungspflicht zukommt.⁵⁵⁵ Bspw umfasst das

⁵⁵¹ Zum Ganzen Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38; vgl BGH II ZB 6/13 BB 2014, 462 (*Heckschen*) = BeckRS 2014, 02530 = DNotI-Report 2014, 28 = DStR 2014, 379 = EWiR 2014, 171 (*Seibt*) = FGPrax 2014, 79 = GWR 2014, 83 (*Mense/Klie*) = GewA 2014, 264 = IBRRS 2014, 0544 = LMK 2014, 359728 = MittBayNot 2014, 252 = NJ 2014, 253 = NJW 2014, 2026 = NZG 2014, 219 = RiW 2014, 156 = WM 2014, 266 = WuB II C. § 40 GmbHG 1. 14 = ZIP 2014, 317 = LSK 2014, 060605 = RNotZ 2014, 195 = AnwBl 2014, 364 = AnwBl 2014, 364 L = BGHZ 199, 270 = DB 2014, 292 = DZWIR 2014, 258 = GmbHR 2014, 248 = GmbH-Stpr 2014, 83 = GWR 2014, 83 = LMK 2014, 359728 = MDR 2014, 481 = NotBZ 2014, 139 = NotBZ 2014, 139 L = NWB 2014, 416 = NWB 2014, 416 L = RPfeger 2014, 323 = WuB 2014, 227 = ZNotP 2014, 74.

⁵⁵² Ausführlich *Noack*, Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG, in FS Hüffer (2010) 723 (725 ff); *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 269.

⁵⁵³ *Link*, RNotZ 2009, 193 (209).

⁵⁵⁴ *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht – das System des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2009, 2105 (2108); vgl zu verschiedenen Meinungen ausführlich *Heidinger* in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 270 f mwN.

⁵⁵⁵ S bspw BGH II ZB 6/13 BB 2014, 462 (*Heckschen*) = BeckRS 2014, 02530 = DNotI-Report 2014, 28 = DStR 2014, 379 = EWiR 2014, 171 (*Seibt*) = FGPrax 2014, 79 = GWR 2014, 83 (*Mense/Klie*) = GewA 2014, 264 = IBRRS 2014, 0544 = LMK 2014, 359728 = MittBayNot 2014, 252 = NJ 2014, 253 = NJW 2014, 2026 = NZG

formale Prüfungsrecht nicht den Fall, „in dem durch den Einreicher gar kein Sachverhalt zu den Hintergründen der Änderung in der Gesellschafterstellung vorgetragen wird“.⁵⁵⁶ Deswegen ist es möglich, dass ein Gericht iZm der Einreichung der Gesellschafterliste über keinerlei Informationen verfügen wird, wann, wie und wo die Abtretung der Geschäftsanteile stattfand. Vielmehr muss ein Gericht sich bei der Prüfung darauf beschränken, „ob die jeweiligen Formalien von § 40 Absatz 1 GmbHG, bei Einreichung durch einen Geschäftsführer, bzw § 40 Absatz 2 GmbHG, bei Einreichung durch den Notar, beachtet worden sind.“⁵⁵⁷ Ein Gericht ist auch nicht berechtigt, „unter Hinweis auf formale Bedenken hinsichtlich der Frage, ob die Gesellschafterliste nicht richtigerweise durch einen Notar oder aber den Geschäftsführer hätte unterschrieben werden müssen,“ die Offenlegung der Abtretungsurkunde zu verlangen und die Aufnahme der Gesellschafterliste zum Registerordner davon abhängig zu machen, ob dem nachgekommen wird.⁵⁵⁸ Nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Angaben in der Gesellschafterliste „offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen“, darf die Gesellschafterliste zurückgewiesen werden.⁵⁵⁹ Hat ein Gericht sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste, dann kann es diese zurückweisen, was bereits ein (sehr) begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht darstellt.⁵⁶⁰

2014, 219 = RiW 2014, 156 = WM 2014, 266 = WuB II C. § 40 GmbHG 1. 14 = ZIP 2014, 317 = LSK 2014, 060605 = RNotZ 2014, 195 = AnwBl 2014, 364 = AnwBl 2014, 364 L = BGHZ 199, 270 = DB 2014, 292 = DZWIR 2014, 258 = GmbHR 2014, 248 = GmbH-Stpr 2014, 83 = GWR 2014, 83 = LMK 2014, 359728 = MDR 2014, 481 = NotBZ 2014, 139 = NotBZ 2014, 139 L = NWB 2014, 416 = NWB 2014, 416 L = RPflegler 2014, 323 = WuB 2014, 227 = ZNotP 2014, 74; OLG Nürnberg 12 W 1866/17 BeckRS 2017, 132441 = EWIR 2018, 9 (Wachter) = GWR 2017, 475 (Imhof) = NJW-RR 2018, 104 = NJW-Spezial 2018, 49 = NZG 2018, 61 = ZIP 2018, 25 = LSK 2017, 132441 = MittBayNot 2018, 268 = RNotZ 2018, 211 = DB 2018, 55 = GmbHR 2018, 86 (Bochmann/Cziupka) = GmbH-Stpr 2018, 158 = MDR 2018, 164 = RPflegler 2018, 276; OLG Nürnberg 12 W 2005/17 BB 2018, 337 (Otte-Gräbener) = BeckRS 2017, 138923 = DNotI-Report 2018, 22 = EWIR 2018, 195 (Wachter) = FGPrax 2018, 73 = NJW-Spezial 2018, 144 = NZG 2018, 312 = ZIP 2018, 372 = LSK 2017, 138923 = MittBayNot 2018, 268 = DB 2018, 626 = GmbHR 2018, 256 = MDR 2018, 350 = NWB 2018, 686 = RPflegler 2018, 274 = RNotZ 2018, 273; vgl. Heidinger in MünchKomm GmbHG II² § 40 Rz 272 ff mwN.

⁵⁵⁶ OLG Frankfurt 20 W 333/10 GmbHR 2011, 198 (Biebinge) = BeckRS 2011, 03072 = LSK 2011, 070925 = GmbH-Stpr 2011, 113.,

⁵⁵⁷ OLG Frankfurt 20 W 333/10 GmbHR 2011, 198 (Biebinge) = BeckRS 2011, 03072 = LSK 2011, 070925 = GmbH-Stpr 2011, 113.

⁵⁵⁸ OLG Frankfurt 20 W 333/10 GmbHR 2011, 198 (Biebinge) = BeckRS 2011, 03072 = LSK 2011, 070925 = GmbH-Stpr 2011, 113.

⁵⁵⁹ OLG München 31 Wx 38/09 BWNotZ 2009, 181 = BeckRS 2009, 14442 = DNotZ 2009, 637 = EWIR 2009, 713 (Blasche) = FGPrax 2009, 181 = MittBayNot 2010, 64 (Omlor) = NJW-RR 2009, 972 = NJW-Spezial 2009, 448 = NZG 2009, 797 = ZIP 2009, 1421 = DStR 2009, 1325 = LSK 2009, 250846 = DB 2009, 1395 = GmbHR 2009, 825 = OLGReport München 2009, 584 = RPflegler 2009, 623.

⁵⁶⁰ Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG⁸ § 40 Rz 14 mwN.

2. Begrenzte Prüfung in Österreich

Bei Beantwortung der Frage nach der Prüfung des in das Firmenbuch einzutragenden Gesellschafterwechsels sollen zuerst die allgemeinen Grundsätze des Firmenbuchverfahrens in Erwägung gezogen werden. Es muss somit auf den § 15 Abs 1 FBG hingewiesen werden, der anordnet, dass im Firmenbuchprozess – soweit nichts anderes bestimmt ist – die allgemeinen Bestimmungen des AußStrG mit Ausnahme der das Abänderungsverfahren regelnden Vorschriften (somit §§ 72 bis 77) zur Anwendung kommen. Somit ist auch für das Firmenbuchverfahren der Untersuchungsgrundsatz gemäß § 16 Abs 1 AußStrG maßgeblich.⁵⁶¹ Dieser bestimmt, dass ein Gericht von Amts wegen dafür zu sorgen hat, dass alle für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen aufgeklärt und sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend berücksichtigt werden. Auch wenn der Umfang der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts im AußStrG nicht ausdrücklich geregelt ist, so ist davon auszugehen, dass eine formelle Prüfung vorzunehmen ist und eine – zumindest sehr begrenzte – materielle Prüfung möglich ist.⁵⁶² Hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit einer einzutragenden Tatsache soll eine materielle Prüfung nach hM nur bei konkreten Anhaltspunkten, die für die Unrichtigkeit der Eintragung sprechen würden, vorgenommen werden.⁵⁶³ Grundsätzlich werden die Vollständigkeit, Gesetzmäßigkeit und Wahrheit der Anmeldungstatsachen geprüft.⁵⁶⁴

Es ist jedoch die Frage gerechtfertigt, ob die gleichen Anforderungen an die Prüfung hinsichtlich eines Gesellschafterwechsels zu stellen sind.⁵⁶⁵ Grund hierfür ist die vereinfachte Anmeldung eines Gesellschafterwechsels gemäß § 11 FBG.⁵⁶⁶ Somit bedarf diese nicht der beglaubigten Form und darf namens des Rechtsträgers durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl unterfertigt werden. Des Weiteren wird bei der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels im Normalfall weder durch die Rsp⁵⁶⁷ noch seitens

⁵⁶¹ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 FBG Rz 5; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 161 f.

⁵⁶² Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 FBG Rz 5 f.

⁵⁶³ S statt vieler Zib in Zib/Dellinger, UGB I/I¹ § 15 FBG Rz 6 f mwN.

⁵⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 11 Rz 5 ff.

⁵⁶⁵ Zur Prüfung der früher in Österreich vorhandenen Gesellschafterliste seitens des Gerichts vgl *Jud*, NZ 1983, 70 (73).

⁵⁶⁶ Vgl bereits Punkt E.II.3 oben.

⁵⁶⁷ OGH 6 Ob 595/95 = HS 26.216 = HS 26.473 = HS 26.216/6; 6 Ob 2371/96m RdW 1998, 17 = GesRZ 1998, 159 = GBU 1998/02/01 = HS 28.101 = HS 28.111 = HS 28.173; 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095; 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04.

eines Teils der Lehre⁵⁶⁸ die Vorlage des Abtretungsvertrages (Notariatsaktes) verlangt.⁵⁶⁹ Dies wird vor allem damit begründet, dass die Geschäftsführer für die Richtigkeit ihrer Angaben haften.⁵⁷⁰ Nur dann, wenn das Firmenbuchgericht gegen die Richtigkeit der angemeldeten Änderung Bedenken hegt, muss ein Notariatsakt vorgelegt werden.⁵⁷¹ Bereits aufgrund dieser Erleichterung (Nichtvorlage des Abtretungsvertrages) kann eine materielle Prüfung in Zweifel gezogen werden. Deswegen fordert ein anderer Teil der Lehre, dass die Urkundenvorlage – insb des Abtretungsvertrages – bei der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels erfolgen soll.⁵⁷² Auch wenn seitens der Rsp die Vorlage des Notariatsaktes nicht verlangt wird, so wird dennoch eine sowohl formelle als auch begrenzt materielle Prüfungspflicht gefordert.⁵⁷³ Ähnliches wird seitens der Lehre vertreten,⁵⁷⁴ auch wenn einige Autoren die Möglichkeit der materiellen Prüfung infolge der Nichtvorlage des Notariatsaktes in Frage stellen. Die Prüfung darf sich nach der Rsp jedoch darauf beschränken, ob „der angezeigte Vorgang dem Gesetz und der Satzung entspricht, ob danach also ein Übergang von Geschäftsanteilen überhaupt zulässig ist“,⁵⁷⁵ wodurch eine lediglich sehr beschränkte Prüfpflicht vorliegt. Nur bei begründeten Zweifeln

⁵⁶⁸ Bspw. *Weigand*, Firmenbuchrechtliche Prüfungspflicht bei Anmeldungen von Bestellung und Abberufung vertretungsbefugter Personen Lösungsansätze zu täglichen Fragen der Firmenbuchpraxis, NZ 2003, 65 (69); *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 11 Rz 6; vgl. *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/1 § 15 FBG Rz 9, demzufolge diese Ansicht seitens überwiegender Lehre vertreten ist. *Zib* erachtet aber die Nichtvorlage des Abtretungsvertrages rechtspolitisch für kritikwürdig.

⁵⁶⁹ Zu den Argumenten, die für die Vorlage eines Abtretungsvertrages und gleichzeitig gegen die Einschränkung der Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes sprechen, vgl. ausführlich *Huber*, Inkonsistenzen durch § 11 FBG und § 26 GmbHG (2011) http://othes.univie.ac.at/19477/1/2011-09-04_0400369.pdf (abgefragt am 19.08.2017) 58 ff.

⁵⁷⁰ S. nur OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04.

⁵⁷¹ OGH 6 Ob 2371/96m RdW 1998, 17 = GesRZ 1998, 159 = GBU 1998/02/01 = HS 28.101 = HS 28.111 = HS 28.173; 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095; 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04; 6 Ob 111/01v ecolex 2002/10 = RdW 2001/614 = GBU 2001/09/02.

⁵⁷² IdS *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG¹ § 26 Rz 12.

⁵⁷³ Bspw. OGH 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095; 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92.

⁵⁷⁴ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I/1 § 15 FBG Rz 9; *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 11 Rz 7: „Bei der Eintragung von Änderungen zu bereits bestehenden Daten hat das Gericht zwar nicht die rechtlichen Grundlagen der Übertragung eines Geschäftsanteiles zu prüfen, wohl aber die Voraussetzungen, ob der Vorgang nach den gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen zulässig ist.“; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 11 FBG Rz 8.

⁵⁷⁵ OGH 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095.

wird eine umfangreichere Prüfung zu bejahen sein, was das Verlangen des Firmenbuchgerichts den Notariatsakt bzw die fehlenden Nachweise mithilfe eines Verbesserungsauftrags gemäß § 17 FBG vorzulegen rechtfertigt.⁵⁷⁶

3. Tatsächlicher Unterschied hinsichtlich gerichtlicher Prüfung bei Eintragungen zwischen den beiden Rechtsordnungen und Stellungnahme

Aus dem oben Gesagten ergibt sich Folgendes: In Österreich wird sowohl über eine formelle als auch eine materielle Prüfungspflicht seitens des Gerichts, und zwar auch bei einem Gesellschafterwechsel, gesprochen. Nichtsdestotrotz kann eine Prüfung in Anbetracht der fehlenden Vorlage des Abtretungsaktes im Normalfall nur sehr begrenzt sein. In Deutschland wird demgegenüber vertreten, dass das Registergericht nur eine Verwahrstelle für eine Gesellschafterliste ist und diese nicht zu prüfen, sondern nur entgegenzunehmen hat.

Inwieweit sich die Prüfungspflicht zwischen den beiden Rechtsordnungen unterscheidet, ergibt sich auch aus dem tatsächlichen Vorgang der Anmeldung bzw Einreichung.

So sind bei der Einreichung der Liste keine Angaben zum Übertragungsvorgang zu machen. Insb wird nicht darüber informiert, ob die Anteile verkauft oder verschenkt wurden, ob, wann und von welchem Notar ein Notariatsakt errichtet wurde.

Demgegenüber muss die Anmeldung in Österreich solche Informationen beinhalten. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2001⁵⁷⁷ hat der OGH ausgesprochen, dass ein Eintragungsgesuch eines Geschäftsführers konkrete Angaben – wann, wie und wo die Abtretung der Geschäftsanteile erfolgt ist – beinhalten muss. Andererseits könnte nicht einmal eine eingeschränkte Prüfung seitens des Gerichts erfolgen. Es gäbe des Weiteren, so der OGH, keine Angaben, für deren Richtigkeit ein Geschäftsführer haften könnte.⁵⁷⁸

In der Praxis wird in der Anmeldung auch der Sachverhalt, der der Anmeldung zugrunde liegt, kurz erörtert. So kann bspw folgender Textbaustein benutzt werden: „Mit dem in Form eines Notariatsaktes des öffentlichen Notars [...] zu Geschäftszahl [...] errichteten Kauf- und

⁵⁷⁶ S statt vieler nur OGH 6 Ob 2371/96m RdW 1998, 17 = GesRZ 1998, 159 = GBU 1998/02/01 = HS 28.101 = HS 28.111 = HS 28.173; 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (Wenger) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04.

⁵⁷⁷ OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (Wenger) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04.

⁵⁷⁸ Diese Aussage ist zu relativieren. Doch beinhaltet ein Eintragungsgesuch in jedem Fall – auch ohne Angaben wann, wie und wo die Abtretung der Geschäftsanteile erfolgt ist – die Angabe, dass sich der Gesellschafterstand geändert hat. Für allfällige Unrichtigkeit dieser Aussage wird der Geschäftsführer nach § 26 Abs 2 GmbHG zur Haftung gezogen werden können.

Abtretungsvertrag [bzw sonstige Urkundenbezeichnung] vom [...], hat der Altgesellschafter seinen gesamten Geschäftsanteil an der Gesellschaft, der einer [zur Gänze/zur Hälfte/im Umfang von EUR [...]] einbezahlten Stammeinlage von [...] entspricht, mit Wirkung zum [...] an [...], verkauft und abgetreten.“⁵⁷⁹

Auch eine Erörterung, dass die notwendige Zustimmung der Gesellschaft bzw der Gesellschafter erteilt wurde, wird üblicherweise in der Anmeldung anzutreffen sein. Der entsprechende Teil der Anmeldung kann bspw wie folgt lauten: „Die gemäß [...] des Gesellschaftsvertrags der Gesellschaft erforderliche Zustimmung der restlichen Gesellschafter der Gesellschaft zum Verkauf und zur Abtretung des Geschäftsanteils an [...] [sowie der Verzicht der restlichen Gesellschafter auf das Aufgriffsrecht gemäß [...] des Gesellschaftsvertrags der Gesellschaft] wurde den Antragstellern nachgewiesen.“⁵⁸⁰

Somit kann ein Firmenbuchgericht, die Richtigkeit der Angaben vorausgesetzt, zumindest erkennen, welches Geschäft der Abtretung zugrunde lag (dh ob es sich um einen Verkauf, eine Schenkung usw gehandelt hat), sowie welcher Notar, wann und zu welcher Geschäftszahl diesen Vorgang beurkundet hat. Des Weiteren wird üblicherweise das Gericht auch über die für die Wirksamkeit der Abtretung notwendigen Zustimmungen bzw Verzichte auf individuelle Vorerwerbsrechte informiert.

Die Angabe vergleichbarer Informationen ist in Deutschland nicht erforderlich.⁵⁸¹ Bereits diese tatsächliche Vorgehensweise veranschaulicht, dass die (eingeschränkte) Prüfung der Wirksamkeit der Abtretung seitens des Gerichts in Österreich etwas ausgeprägter und (zumindest ein wenig) umfangreicher ist, als dies in Deutschland der Fall ist. Ohne jegliche Angaben im Firmenbuchantrag wird iSd oben angesprochenen Entscheidung aus dem Jahr 2001⁵⁸² ein Gesellschafterwechsel nicht eingetragen werden können.

Abgesehen von diesem Unterschied ist aber in Erinnerung zu behalten, dass auch in Österreich das Firmenbuchgericht im Normalfall die Angaben der Anmeldung nicht auf ihre Richtigkeit prüfen wird. Auch in Österreich wird der Abtretungsvertrag im Normalfall dem Gericht nicht offengelegt, weswegen eine umfangreiche Prüfung nicht möglich ist. In den beiden Rechtsordnungen bleibt somit Raum für materiell unrichtige Eintragungen.

⁵⁷⁹ Praxisbeispiel des Autors.

⁵⁸⁰ Praxisbeispiel des Autors.

⁵⁸¹ S insb OLG Frankfurt 20 W 333/10 GmbHR 2011, 198 (*Biebinger*) = BeckRS 2011, 03072 = LSK 2011, 070925 = GmbH-Stpr 2011, 113.

⁵⁸² OGH 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04.

IV. Zusammenfassung des Kapitels

Während in Deutschland die Gesellschafterliste einen Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen darstellt, kann in Österreich die Firmenbucheintragung einen – zu der Gesellschafterliste funktionsäquivalenten – geeigneten Rechtsscheinträger darstellen. Die Eignung des Firmenbuches als Rechtsscheinträger wurde durch die Untersuchung der Anmelde- und Prüfpflichten hinsichtlich eines Gesellschafterwechsels seitens der Geschäftsführer, der Prüfpflicht seitens des Gerichts sowie durch den Vergleich mit der diesbezüglichen Rechtslage in Deutschland bestätigt.

Insb sind die (in der Gesellschafterliste bzw der Eintragung) bekanntzugebenden Tatsachen in beiden Rechtsordnungen weitgehend gleich, was in beiden Rechtsordnungen hohe Transparenz hinsichtlich des Gesellschafterstandes einer GmbH gewährleistet. Unterschiede bestehen jedoch bei der Gewährleistung der Richtigkeit des aus der Gesellschafterliste bzw der Eintragung ersichtlichen Gesellschafterstands. Durch die mit dem MoMiG eingeführte Mitwirkung des Notars an der Einreichung der Gesellschafterliste bei den deutschen Registergerichten konnte die Richtigkeitsgewähr maßgeblich gesteigert werden, wobei diese auch nicht in allen Fällen gegeben ist (bspw bei Abtretungen unter aufschiebenden Bedingungen, deren Erfüllung dem Notar nicht bekanntgegeben wurde).

Andererseits begnügt sich die deutsche Rechtsordnung mit der Prüfung seitens des Notars bzw der Geschäftsführer und setzt keine materielle Prüfung durch das Registergericht voraus.

Auch wenn in Österreich durch die Anmeldungspflicht der Geschäftsführer und deren Haftung nicht die gleiche Richtigkeit des Gesellschafterstandes im Firmenbuch gewährleistet werden kann, so mag die eingeschränkte Prüfung durch das Firmenbuchgericht dieses – was die Richtigkeitsgewähr betrifft – negative Ergebnis ändern. Aufgrund der Tatsache, dass die beschränkte materielle Prüfpflicht in Österreich etwas ausgeprägter und (zumindest ein wenig) umfangreicher ist als dies in Deutschland der Fall ist, wäre die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen in Österreich naheliegender als in Deutschland.

F. Sinn der Übernahme der negativen Tatbestandsmerkmale gemäß der deutschen Regelung

Nach der Prüfung, ob eine allfällige Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich nach dem deutschen Beispiel eine vertretbare Lösung darstellt, soll nun geprüft werden, ob auch die negativen Tatbestandsmerkmale der deutschen Lösung für Österreich Anwendung finden könnten. Dabei wird berücksichtigt, dass in dem vorherigen Kapitel lediglich die Übernahme einer dem deutschen Recht ähnlichen und nicht exakt gleichen Lösung als empfehlenswert befunden wurde.⁵⁸³ Die weiteren Überlegungen sollen von der Firmenbucheintragung (und nicht der Gesellschafterliste) als Rechtsscheinträger ausgehen.

Die negativen Tatbestandsmerkmale in Deutschland sind (i) die fehlende Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem wahren Berechtigten vor Erreichen der Dreijahresfrist, (ii) die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste oder (iii) die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste.⁵⁸⁴

Hinsichtlich der österreichischen Rechtslage sollen nun folgende Überlegungen angestellt werden:

- (i) ob die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes dem wahren Berechtigten nur angelastet werden kann, wenn ihm die Unrichtigkeit zuzurechnen ist, so dass ohne Zurechenbarkeit der gutgläubige Erwerb nicht möglich wäre, oder ob auch ein reines Rechtsscheinprinzip zum Zuge kommen könnte;
- (ii) welche Anforderungen an die Gutgläubigkeit zu stellen wären, insb ob bei leicht bzw grob fahrlässiger Unkenntnis der gutgläubige Erwerb (auch) möglich sein sollte; und
- (iii) ob das deutsche Institut des Widerspruchsrechts entsprechend auch im Firmenbuchrecht eingeführt werden sollte, um die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs in bestimmten Situationen verhindern zu können.

I. Zurechenbarkeit und allfällige Frist

Die in Deutschland vorgesehene Lösung stellt bei dem ersten, in § 16 Abs 3 S 2 dGmbHG genannten Ausschlussgrund des gutgläubigen Erwerbs einerseits auf die dem wahren Berechtigten fehlende Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste und

⁵⁸³ Vgl oben Punkt E.IV.

⁵⁸⁴ Vgl oben Punkt B.V.

andererseits auf Erreichen der Dreijahresfrist ab.⁵⁸⁵ Somit handelt es sich bei der deutschen Lösung um eine Mischung eines reinen Rechtsscheins- und Veranlassungsprinzips.

Ähnlich wie in Deutschland ist auch in Österreich sowohl das reine Rechtsscheinprinzip als auch das Veranlassungsprinzip vorhanden. Welches Prinzip Anwendung findet, hängt von dem Objekt des gutgläubigen Erwerbs bzw der im Einzelfall vorliegenden Situation ab. Es muss dabei angemerkt werden, dass in Österreich statt des Begriffs „Veranlassungsprinzip“ vielmehr vom Prinzip „Hand wahre Hand“ bzw von Zurechnungselementen gesprochen wird.⁵⁸⁶ Die Bezeichnung Veranlassungsprinzip wird hier auch für das österreichische Recht verwendet, da – anders als dies bspw beim „Hand wahre Hand“ Prinzip der Fall ist – die Bedeutung des Begriffs bereits durch seinen Namen (der Betroffene muss einen bestimmten Zustand "veranlassen") klar zum Ausdruck bringt.

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Anwendung des Rechtsschein- und Veranlassungsprinzips beim gutgläubigen Erwerb von verschiedenen Objekten in Österreich die Entscheidung erleichtern, ob auch in Bezug auf GmbH-Anteile die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins (der unrichtigen Eintragung im Firmenbuch) für den gutgläubigen Erwerb vorausgesetzt werden müsste, bzw ob – vorausgesetzt der Rechtsschein würde bereits eine bestimmte Zeit andauern – auf dieses Erfordernis verzichtet werden könnte.

1. Reines Rechtsscheinprinzip und Veranlassungsprinzip bei gutgläubigem Erwerb in Österreich

Bereits beim gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen werden, abhängig von dem zum Zuge kommenden Fall, beide Prinzipien angewendet. Wenn von jemandem bewegliche Sachen erworben wurden, die diesem wiederum vom Eigentümer anvertraut wurden (§ 367 Abs 1 S 1 3. Fall ABGB), dann kann ausgehend vom Veranlassungsprinzip gutgläubig erworben werden.⁵⁸⁷ Soweit bewegliche Sachen von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb eines Unternehmens (§ 367 Abs 1 S 1 2. Fall ABGB) oder gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung (§ 367 Abs 1 S 1 1. Fall ABGB) erworben werden, so wird das reine

⁵⁸⁵ Vgl oben Punkt B.V.1.

⁵⁸⁶ Vgl bspw *Leupold* in Klang-Kommentar³ § 367 Rz 68.

⁵⁸⁷ *Karner*, Der redliche Mobiliarerwerb aus rechtsvergleichender und rechtsgeschichtlicher Perspektive, ZfRV 2004, 83 (85); *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und HGB-Reform, RdW 2004, 137 (138): „der Grundsatz „Hand wahre Hand““.

Rechtsscheinprinzip angewendet.⁵⁸⁸ In diesem Fall kann das Eigentum auch an gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen gutgläubig erworben werden.⁵⁸⁹

Auch unbewegliche Sachen können ohne Veranlassung des wahren Berechtigten oder ohne Zurechnung des fehlerhaften Grundbuchsstandes dem wahren Berechtigten gegenüber gutgläubig erworben werden. Diesbezüglich bestimmt § 64 GBG, dass beim Unterbleiben der vorschriftsmäßigen Verständigung des Klägers von der Bewilligung einer Einverleibung, deren Ungültigkeit der Kläger behauptet, das Klagerecht auf die Löschung der Einverleibung gegen dritte Personen, die weitere bücherliche Rechte darauf in gutem Glauben erworben haben, nach drei Jahren von dem Zeitpunkt, „in dem die angefochtene Einverleibung bei dem Grundbuchsgericht angesucht worden ist“, nicht mehr möglich ist. Auch wenn in diesem Fall die Dreijahresfrist (genannte „Schreijahre“) zu beachten ist, wird diesbezüglich auch von einem reinen Rechtsscheinprinzip auszugehen sein, da die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten in keinerlei Weise zugerechnet werden muss.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass im österreichischen Recht der auf dem reinen Rechtsscheinprinzip basierende gutgläubige Erwerb dann möglich ist, wenn die Richtigkeit des Rechtsscheinträgers besonders gut gewährleistet ist. Insb ist dies auch bei der Eintragung einer Person als Eigentümer einer Liegenschaft im Grundbuch der Fall.

2. Ausgestaltung bei gutgläubigem Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen

Die Rechtssicherheit erfordert, dass ein gutgläubiger Erwerber nicht jahrelang dem Risiko ausgesetzt ist, dass ein wahrer Berechtigter, der sich um die GmbH-Anteile lange Zeit nicht gekümmert hat, seine Rechtsstellung geltend macht und der gutgläubige Erwerber daraufhin sein Eigentum an den Geschäftsanteilen „verliert“. ⁵⁹⁰ Fraglich bleibt jedoch, ob der gutgläubige Erwerber zumindest einige Zeit lang einem Verlust des Anteils ausgesetzt werden soll oder uU den Anteil sofort gutgläubig erwerben kann. Aus der Sicht des wahren Berechtigten ist zu

⁵⁸⁸ *Leupold* in Klang-Kommentar³ § 367 Rz 65 und 68; *Schauer*, ÖJZ 2006, 64 (76); vgl *Karner*, RdW 2004, 137 (138). „Lässt man einen Erwerb nämlich auch an gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen zu und trägt den gesteigerten Verkehrsinteressen somit schon durch das reine Rechtsscheinprinzip Rechnung, dann ist es erforderlich, wenigstens auf Seite des Erwerbers einen strengen Maßstab an die Redlichkeit anzulegen.“

⁵⁸⁹ *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 ABGB Rz 10; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar II⁴ § 367 Rz 2; *Illedits* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 367 Rz 4; *Leupold* in Klang-Kommentar³ § 367 Rz 21.

⁵⁹⁰ Korrekterweise soll gesagt werden, dass dieser das Eigentum nie erworben hat, obwohl er uU Jahrzehnte lang im Firmenbuch als Gesellschafter eingetragen war.

fragen, ob er etwas tun oder unterlassen muss (Veranlassungsprinzip), um den Verlust des Anteils zu riskieren, oder ob der gutgläubige Erwerb stets und unabhängig von der "Mitwirkung" des wahren Berechtigten erfolgen darf (reines Rechtsscheinprinzip).

Auch wenn der Firmenbucheintragung keine so hohe Richtigkeitsgewähr wie dem Grundbuch zukommt,⁵⁹¹ so muss das reine Rechtsscheinprinzip bei gutgläubigem Erwerb von GmbH-Anteilen nicht vom Vorhinein ausscheiden. Das Firmenbuch (bzw die Firmenbucheintragung) bewirkt nämlich wie das Grundbuch (bzw die Grundbucheintragung) einen objektiven Rechtsschein (im Falle von Firmenbucheintragung von Gesellschaftern für die Eigentümerstellung an einem GmbH-Anteil). Diese allein kann also als ein ausreichendes objektives Indiz für die Gesellschafterstellung gewertet werden. Um von der Gesellschafterstellung einer im Firmenbuch eingetragenen Person ausgehen zu dürfen, bedarf es keiner weiteren Anhaltspunkte im Einzelfall.

Andererseits stellt das reine Rechtsscheinprinzip eine Gefahr für die schutzwürdigen Interessen des wahren Gesellschafters dar. Dieser Gefahr soll durch die Einräumung einer Frist entsprochen werden. Mit Ablauf der Frist soll der gutgläubige Erwerb der Anteile ohne Zurechnung dem wahren Eigentümer ermöglicht werden. Die Länge der Frist ist noch zu erörtern.⁵⁹²

Fraglich bleibt, ob dem gutgläubigen Erwerber ohne das Abstellen auf allfällige Fristen der endgültige Erwerb vom Nichtberechtigten dann ermöglicht werden soll, wenn die Unrichtigkeit der Firmenbucheintragung dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist.

Der Bejahung dieser Frage scheint im österreichischem Recht nichts entgegenstehen. So ist bspw der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen von jemandem, dem diese vom vorherigen Eigentümer anvertraut wurden (§ 367 Abs 1 S 1 3. Fall ABGB), möglich. Es wird auf den Besitz als Rechtsscheinträger (es wird vom Besitz auf das Eigentum geschlossen)⁵⁹³ sowie auf das Anvertrauen abgestellt. Die Richtigkeitsgewähr des Besitzes als Schein für die Eigentümerstellung einer beweglichen Sache ist ziemlich schwach. Ohne dies empirisch untersucht zu haben, kann dennoch die Äußerung gewagt werden, dass etwa bewegliche Sachen öfter geliehen werden, als Gesellschaftereintragungen im Firmenbuch unrichtig sind. Es ist davon auszugehen, dass die Firmenbucheintragung hinsichtlich der tatsächlichen

⁵⁹¹ Vgl Punkt D.I oben, insb Punkte D.I.4 und D.I.5, zum Fehlen der umfangreichen materiellen Prüfung seitens der Firmenbuchgerichte sowie der nicht-konstitutiven Eintragung.

⁵⁹² S unten Punkt F.I.3.

⁵⁹³ Vgl zum deutschen Recht *Westermann*, Jus 1963, 1 (3).

Eigentümerstellung an den Anteilen eine höhere Richtigkeitsgewähr aufweist als der Besitz. Ist die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes dem wahren Berechtigten zuzurechnen, dann ist eine zusätzliche Frist, die den gutgläubigen Erwerb erst ermöglichen sollte, nicht notwendig. Eine andere Frage ist, in welchen konkreten Konstellationen die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten tatsächlich zugerechnet werden sollte. Diesbezüglich müsste auf den Einzelfall abgestellt werden, wobei eine Orientierung die in der deutschen Literatur genannten Beispiele bieten können.⁵⁹⁴ Insb soll die unrichtige Eintragung dem Eigentümer dann zugerechnet werden, wenn er diese (mit-)veranlasst oder (mit-)verantwortet hat. Eine Veranlassung soll dann angenommen werden, wenn es sich um eine adäquate Verursachung durch den Eigentümer handelt.⁵⁹⁵

Die Mitveranlassung bzw Mitverantwortung soll insb angenommen werden, (i) wenn sich der neue Eigentümer nach dem Erwerb eines Geschäftsanteils um seine Eintragung nicht gekümmert hat bzw (ii) wenn der wahre Berechtigte nach Erkennung der unrichtigen Eintragung auf deren Korrektur nicht innerhalb angemessener Frist hinwirkt. Der letzte Fall kann sich bspw iZm einem vorerst von seinem Erbrecht keine Kenntnis habenden Erben ergeben. Eine schuldhafte Pflichtverletzung soll für die Mitveranlassung bzw Mitverantwortung nicht notwendig sein.⁵⁹⁶

Die Zurechenbarkeit soll dann verneint werden, wenn die Geschäftsführer ohne Wissen eines Gesellschafters eine falsche Eintragung veranlassen, weiters wenn ein nicht geschäftsfähiger Berechtigter die Unrichtigkeit der Eintragung mitveranlasst hat oder es sich um einen Fall von *vis absoluta* handelt.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass eine Lösung, die alternativ auf die Zurechenbarkeit oder auf das Verstreichen einer bestimmten Frist abstellt, auch für das österreichische Recht nützlich sein kann.

⁵⁹⁴ Vgl bereits oben Punkt B.V.1.1.

⁵⁹⁵ Vgl nur Wiebe in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 864 Rz 7 zur Veranlassung iZm dem Behalten, Verwenden oder Verbrauchen einer Sache, die dem Empfänger übersandt worden ist, „Dazu gehören schriftliche oder telefonische Bestellung oder sonstige adäquate Verursachung.“

⁵⁹⁶ Es soll insb keine rechtliche Pflicht zur Richtigstellung der unrichtigen Eintragung den Gesellschaftern aufgebürdet werden.

3. Frist bei fehlender Zurechenbarkeit des unrichtigen Firmenbuchstandes

In der deutschen Literatur wurden sowohl die Anknüpfung für den Beginn des Zeitablaufs als auch die Fristlänge teilweise kritisiert.⁵⁹⁷ Sollte man hinsichtlich des Beginns des Zeitablaufs auf den Zeitpunkt der Unrichtigkeit der Firmenbucheintragung abstellen, dann kann in einigen Fällen die Rechtssicherheit nicht gewährleistet werden.⁵⁹⁸ So bspw., wenn jemand mehrere Jahre im Firmenbuch eingetragener Eigentümer (A) war und ein und denselben Anteil binnen kurzer Zeit zwei Mal an verschiedene Personen (B und C) verkaufen will.⁵⁹⁹ Der Zweiterwerber (C) wird – vorausgesetzt die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes ist dem Ersterwerber (B) nicht zuzurechnen – den Anteil in einem solchen Fall nicht gutgläubig erwerben können, obwohl der lange Zeitraum der Eintragung des Veräußerers (A) nach der Lebenserfahrung seine (ungestörte) Eigentümerstellung bzw Verfügungsmacht über den Anteil nahelegt.

3.1. Beginn der Frist

Den oben dargestellten Bedenken kann – den Fall der mangelnden Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit vor Augen habend – jedoch nicht dadurch Rechnung getragen werden, dass in Österreich auf den Zeitpunkt der Eintragung einer bestimmten Person im Firmenbuch abgestellt werden soll. Denn im Falle eines Zweiterwerbs soll der gutgläubige Zweiterwerber (C) (der im Rahmen der zweiten Transaktion vom Nichtberechtigten (A) erworben hat) nicht bessergestellt werden, als der Ersterwerber (B), der kurz vor der zweiten Transaktion vom Berechtigten (A) erworben hatte und dem die Zurechnung der Unrichtigkeit nicht möglich ist. Der mangelnde Schutz eines Zweiterwerbers (C) in diesen Situationen könnte aber an anderer Stelle – nämlich durch die Zulassung eines Widerspruchs auch hinsichtlich erst geplanter Transaktionen – entgegengewirkt werden.⁶⁰⁰ Ist die Unrichtigkeit dem Ersterwerber (B) aber zuzurechnen, dann könnte der Zweiterwerber (C) gutgläubig erwerben.

Es sollte also auch in Österreich – wie in Deutschland bezüglich der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste – bei der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen bei fehlender Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten auf den Beginn der Unrichtigkeit der Firmenbucheintragung abgestellt werden.

⁵⁹⁷ Vgl oben Punkt B.VI.3.

⁵⁹⁸ S bereits Punkt B.VI.3 oben.

⁵⁹⁹ S bereits Punkt B.IV oben.

⁶⁰⁰ S dazu Punkt F.III.5 unten.

Abgesehen von dieser Situation wäre noch zu überlegen, ob ohne die Zurechenbarkeit und ohne das Verstreichen einer noch zu bestimmenden Frist der gutgläubige Erwerb dann stattfinden sollte, wenn der Erwerber gutgläubig war und einige (noch zu bestimmende) Zeit lang als Gesellschafter unwidersprochen im Firmenbuch eingetragen war. Diesbezüglich ist fraglich, ob jemand, der nach jahrelanger Unrichtigkeit der Liste einen GmbH-Anteil gutgläubig erworben hat, gegenüber jemanden, der zwar kurz nach der Unrichtigkeit der Liste den Anteil (gutgläubig) erworben hat, aber danach jahrelang unwidersprochen als Gesellschafter im Firmenbuch fungiert, bevorzugt werden soll.⁶⁰¹ Diesfalls könnte der Zeitpunkt der Eintragung der konkreten Person in das Firmenbuch (und nicht der Zeitpunkt, ab dem die Liste unrichtig war) für den Beginn der (für den allfälligen gutgläubigen Erwerb) relevanten Frist, maßgeblich sein. Bei diesen Überlegungen ist an das im Grundbuchsrecht bekannte Rechtsinstitut der sogenannten Schreijahre zu denken.

3.2. Schreijahre

Im Grundbuchsrecht regeln die §§ 61 ff die Löschungsklage und Streitanmerkungen. Soweit sich eine Löschungsklage auch gegen dritte Personen richtet, darf diese – wenn der Kläger von der Bewilligung einer Einverleibung, gegen die sich die Klage richtet, nicht vorschriftsmäßig verständigt wurde – binnen drei Jahren von dem Zeitpunkt, „in dem die angefochtene Einverleibung bei dem Grundbuchsgericht angesucht worden ist“, erhoben werden (§ 64 GBG). Ähnlich könnte es einem wahren Eigentümer eines GmbH-Geschäftsanteils gestattet werden, abgesehen von dem allfällig zustehenden Rekursrecht eine Löschungsklage gegen einen Erwerber innerhalb einer bestimmten Frist (die für die Zwecke dieser Arbeit als die absolute Klagefrist bezeichnet wird) ab der Eintragung des Gesellschafterwechsels einer GmbH bzw ab der Einreichung eines diesbezüglichen Anmeldungsantrags zu erheben. Strebte man eine Löschungsklage erst nach dem Ablauf der absoluten Klagefrist an, dann wäre diese abzuweisen. Folglich würde der Ablauf der absoluten Klagefrist bedeuten, dass der ehemalige Eigentümer seine Eigentümerstellung dem Eingetragenen gegenüber nicht entgegenhalten könnte. Dadurch wäre der gutgläubige Erwerb durch den Eingetragenen nach Ablauf der absoluten Klagefrist – rückwirkend – vollzogen.

⁶⁰¹ Eine ähnliche Lösung wurde für Deutschland bspw von *Rau* empfohlen: s *Rau*, DStR 2006, 1892 (1898): „Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund der durch die Dreijahresfrist bezweckte Schutz eines seit mehr als drei Jahren nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters, der keinen Widerspruch zur Gesellschafterliste eingereicht hat, davon abhängen soll, ob der vor mehr als drei Jahren fälschlicherweise eingetragene Gesellschafter den in Frage stehenden Anteil weiter veräußert hat oder nicht.“

Klarstellend sollte noch erwähnt werden, dass die Klage natürlich auch dann abzuweisen ist, wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zurechenbar ist oder die Unrichtigkeit bereits eine bestimmte Zeit vor dem gegenständlichen Erwerb (Unrichtigkeitsfrist, drei Jahre in Deutschland) andauert hat. Denn in diesen Fällen ist der gutgläubige Erwerb sofort endgültig wirksam.

Diese Lösung würde zumindest gewährleisten, dass auch der Erwerber eines GmbH-Anteils, der binnen der absoluten Klagefrist ungestört als Eigentümer eines Anteils galt und dementsprechend im Firmenbuch auch eingetragen war, den Anteil gutgläubig erwerben könnte, obwohl die Unrichtigkeit des Firmenbuches vor dessen Eintragung nur kurze Zeit gegeben war. Dadurch wäre nach dem Ablauf der absoluten Klagefrist der im Firmenbuch Eingetragene nicht schlechter gestellt als eine Person, die von diesem den Anteil erwirbt und sich nun auf die länger dauernde Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes und somit auf den sofort gültigen gutgläubigen Erwerb verlassen darf.

3.3. Länge der Frist

Wie aus den obigen Ausführungen unter Punkt 3.1 ersichtlich, sind zwei maßgebliche Fristen zu unterscheiden. Erstens eine Frist, binnen derer die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes andauern muss, um den gutgläubigen Erwerb endgültig (und sofort) zu ermöglichen, ohne dass die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zuzurechnen wäre. Diese Frist wird im Weiteren als Unrichtigkeitsfrist bezeichnet und beträgt in Deutschland drei Jahren. Zweitens ist noch die absolute Klagefrist⁶⁰² zu bestimmen. Diese beiden Fristen müssen nicht unbedingt – können aber – gleich lang sein. Insb soll die absolute Klagefrist nicht länger als die Unrichtigkeitsfrist sein. Denn wenn die absolute Klagefrist länger wäre, dann wäre in einigen Situationen eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung anzunehmen. Das wäre dann der Fall, wenn der gutgläubige Ersterwerber (B) sich noch nicht auf den (ehemaligen) gutgläubigen Erwerb berufen kann, ein gutgläubiger Erwerber (C) aber – aufgrund der kürzeren Unrichtigkeitsfrist – den Anteil vom Ersterwerber (B) bereits gutgläubig erwerben könnte. Sachliche Gründe für eine solche Differenzierung sind nicht ersichtlich.

Es wird also in weiterer Folge davon auszugehen, dass diese Fristen gleich lang sind. Die Länge der beiden Fristen wird somit gemeinsam behandelt.

⁶⁰² S Punkt F.I.3.2 oben.

Um die Verhältnismäßigkeit dieser Frist für die Zwecke der österreichischen Regelung zu untersuchen, sollten die Zwecke der Regelung wie auch die an anderen Stellen im österreichischen Recht vorgesehenen Fristen, die für einen Rechtsverlust maßgeblich sind, im Auge behalten werden. Was das Letztere betrifft, so könnten insb die maßgeblichen Fristen für (i) den gutgläubigen Erwerb von anderen Gegenständen, die keine GmbH-Anteile sind, (ii) die Ersitzung oder (iii) die Verjährung in Erwägung gezogen werden.

Was den gutgläubigen Erwerb betrifft, so sollen die Fälle berücksichtigt werden, die auf dem reinen Rechtsscheinprinzip basieren. Denn in Situationen, bei denen der Rechtsschein dem wahren Berechtigten zuzurechnen wäre, soll keine „Wartefrist“ iSv Unrichtigkeitsfrist notwendig sein. Ohne eine solche Unrichtigkeitsfrist ist insb der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens (§ 367 Abs 1 S 1 2. Fall ABGB) oder gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung (§ 367 Abs 1 S 1 1. Fall ABGB) möglich. Bei unbeweglichen Sachen ist zwar auch keine Unrichtigkeitsfrist vorgesehen, doch gibt es eine dreijährige „Schreijahresfrist“ (absolute Klagefrist).

Für die Ersitzung von beweglichen Sachen beträgt die kürzeste maßgebliche Frist grundsätzlich⁶⁰³ drei Jahre (wenn der Vormann echt und redlich ist – eigentliche Ersitzung, § 1466 ABGB; sonst doppelte Frist von sechs Jahren, § 1476 ABGB). Die Ersitzung einer unbeweglichen Sache ist erst nach 30 Jahren möglich.

Bei der Verjährung beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 30 (§ 1478 ABGB) bzw sogar 40 (§ 1485 iVm § 1472 ABGB) Jahre. In mehreren Fällen sind aber kürzere Verjährungsfristen vorgesehen, bspw bei wiederkehrenden Einzelleistungen (drei Jahre, § 1480 ABGB), bei „Leistungen in einem gewerblichen, kaufmännischen oder sonstigen geschäftlichen Betriebe“ (drei Jahre, § 1486 1. Fall ABGB) oder bei Gewährleistungsrechten hinsichtlich beweglicher (zwei Jahre) oder unbeweglicher (drei Jahre) Sachen (§ 933 Abs 1 ABGB).

Was die Zwecke der Regelung betrifft, so spricht die Forderung nach Rechtssicherheit für eine relativ kurze Frist. Die Frist sollte aber zumindest so lang sein, wie das für die Wahrung der Interessen des wahren Berechtigten erforderlich ist. Insb kann idZ an die Gewährleistungsfrist bei GmbH-Geschäftsanteilen gedacht werden. Sieht das Gesetz nämlich vor, dass ein Veräußerer dem Erwerber für eine gewisse Zeit bei Mängeln haftet, dann wird ein nach Ablauf

⁶⁰³ S aber § 1472 ABGB.

dieser Gewährleistungsfrist entdeckter Mangel den Erwerber naturgemäß besonders stark belasten. Gerade ab diesem Zeitpunkt wäre der allfällige gutgläubige Erwerb besonders nützlich – vor Ablauf der Gewährleistungsfrist wird ein Erwerber eines GmbH-Anteils seine Gewährleistungsrechte und insb seinen Schaden, der aus seiner fehlenden Gesellschafterstellung erwachsen ist, gegenüber dem Veräußerer geltend machen können.

Die Länge der Gewährleistungsfrist bei einem GmbH-Anteilserwerb ist im Allgemeinen jedoch nicht restlos geklärt. Eine dreijährige Gewährleistungsfrist wird in der Literatur nur dann bejaht, wenn „der Anteilserwerb dem Unternehmenserwerb wirtschaftlich gleichkommt“.⁶⁰⁴ Hinsichtlich allfälliger Rechtsmängel des Geschäftsanteils wird jedoch eine kürzere, zweijährige Frist angenommen.⁶⁰⁵ Da es sich beim fehlenden Eigentum an einem GmbH-Anteil um einen Rechtsmangel handelt, soll die zweijährige Frist auch für die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs im Falle fehlender Zurechnung der unrichtigen Eintragung im Firmenbuch gegenüber dem wahren Berechtigten relevant sein. Dies kommt der Rechtssicherheit zugute. Dadurch wird zudem die Möglichkeit der schnellen Weiterveräußerung des Anteils erleichtert⁶⁰⁶ und mittelbar auch die Attraktivität der GmbH erhöht.

Diesbezüglich muss noch hervorgehoben werden, dass der Beginn der für den gutgläubigen Erwerb relevanten Frist nicht mit dem Beginn der Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln („ab jenem Zeitpunkt, zu dem der Mangel erkennbar ist“) übereinstimmen muss. Übertragen auf den gutgläubigen Erwerb würde eine solche Übereinstimmung bedeuten, dass die Gewährleistungsfrist ab dem Zeitpunkt, „an dem die Berechtigung des Dritten unzweifelhaft ist, dh der Erwerber mit der Durchsetzung des von einem Dritten erhobenen Anspruches rechnen muß“⁶⁰⁷ zu laufen beginnen müsste. Dem Erwerber würden auch noch nach Jahren immer noch die Rechtsbehelfe gegen den Veräußerer zustehen, da sich die Berechtigung des Dritten erst nach vielen Jahren ergeben kann. Die Rechtssicherheit erfordert jedoch eine andere Anknüpfung. Abhängig davon, ob der gutgläubige Erwerb gleich (nachdem die Eintragung bereits zwei Jahre lang unrichtig war) oder rückwirkend (nachdem der Erwerber unangefochten

⁶⁰⁴ Statt vieler nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 166 mwN.

⁶⁰⁵ Statt vieler nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 166 mwN.

⁶⁰⁶ So auch iZm Forderung nach einer kurzen Frist in Deutschland *Heilemann*, Der gutgläubige Erwerb 185; vgl auch zu deutscher Diskussion *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806 (812).

⁶⁰⁷ *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf Zugleich Anmerkung zu 6 Ob 564/90, *ecolex* 1991, 89 (93).

bereits zwei Jahre als Gesellschafter im Firmenbuch eingetragen war) wirksam war, soll auf die Unrichtigkeit der Eintragung⁶⁰⁸ oder die Eintragung des Erwerbers im Firmenbuch⁶⁰⁹ abgestellt werden.

Die zweijährige Frist berücksichtigt auch die Interessen des wahren Berechtigten. Insb ist davon auszugehen, dass ein Gesellschafter im Normalfall sich jährlich (zumindest aber einmal in zwei Jahren) mit seiner Gesellschaft in irgendeiner Weise „auseinandersetzen“ wird, bspw indem er an der Generalversammlung teilnimmt (und zumindest hinsichtlich der Feststellung des Jahresabschlusses, die in die Zuständigkeit der Generalversammlung fällt, abstimmt). Hat ein Gesellschafter mehr als ein Jahr keine Berührungspunkte mit „seiner“ Gesellschaft, bspw iZm der Einladung zur Generalversammlung, der Aufforderung zum Abstimmen im Umlaufweg oder der Vorlage der Berichte durch die Geschäftsführung, dann sollte dies den Gesellschafter beunruhigen und ihn auch zur Überprüfung seiner Eintragung im Firmenbuch mittels eines Firmenbuchauszuges veranlassen. Es ist auch einem Gesellschafter ohne Weiteres zumutbar, den Firmenbuchstand in jedem Fall (auch trotz der regelmäßigen „Auseinandersetzung“ mit „seiner“ Gesellschaft) einmal in zwei Jahren zu überprüfen. Die Forderung, den Firmenbuchstand in kürzeren Abständen als ein Jahr zu überprüfen, würde zu weit gehen. Eine einjährige Frist ist somit abzulehnen.

3.4. Zwischenergebnis

Aus den obigen Ausführungen in den Punkten 3.1 bis 3.3 ergibt sich, dass die österreichische Regelung der Frist, die bei fehlender Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Firmenbucheintragung dem wahren Berechtigten maßgeblich wäre, um Einiges anders als in Deutschland geregelt werden sollte.

Einerseits sollte es möglich sein, den Anteil nach Ablauf einer absoluten Klagefrist auch dann rückwirkend gutgläubig zu erwerben, wenn man eine Zeit lang unwidersprochen im Firmenbuch als Gesellschafter eingetragen ist. Andererseits sollte die Frist im Vergleich mit der deutschen Regelung ein Jahr kürzer sein.

Damit wäre der gutgläubige Erwerb in Österreich sowohl dann möglich, (i) wenn die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist (Veranlassungsprinzip), (ii) wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht

⁶⁰⁸ S bereits Punkt F.I.3.1 oben.

⁶⁰⁹ S Punkt F.I.3.2 oben.

zuzurechnen ist, aber seit mindestens zwei Jahren andauert (reines Rechtsscheinprinzip), sowie auch dann, (iii) wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist und diese kürzer als zwei Jahre andauert hat, aber innerhalb weiterer zwei Jahren keine Löschungsklage gegen den in das Firmenbuch eingetragenen gutgläubigen Erwerber erhoben wurde.

Eine solche Ausgestaltung des ersten negativen Tatbestandsmerkmals könnte die Rechtssicherheit nicht in jedem Fall gewährleisten. Dennoch wäre die Rechtssicherheit – insb durch die zusätzliche Beschränkung der Löschungsklage – besser gefördert als das in der deutschen Regelung der Fall ist.

II. Die an die Gutgläubigkeit gestellten Erfordernisse

Nunmehr wird zu überlegen sein, welche Erfordernisse an die Gutgläubigkeit gestellt werden sollen, um den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen zu ermöglichen. Dabei stehen die Interessen der potenziellen Erwerber den Interessen der wahren Berechtigten entgegen.

So ist ein potenzieller Erwerber möglicherweise daran interessiert, den Anteil – ohne weitere Nachforschungen – auch dann gutgläubig erwerben zu können, wenn die Eintragung im Firmenbuch unrichtig war und zwar unabhängig davon, ob der Erwerber tatsächlich einen Firmenbuchauszug gezogen und sich auf diesen verlassen hat. Andererseits werden die wahren Berechtigten darauf vertrauen wollen, dass sie den Anteil nicht verlieren werden, wenn ein Erwerber nicht einmal sorgfältig gehandelt hat und bei sorgfältigem Handeln ein Erwerber davon ausgehen müsste, dass der Anteil dem Veräußerer nicht bzw möglicherweise nicht mehr zusteht. Die ausschlaggebende Frage ist, welcher Sorgfaltsmaßstab angewendet werden soll und welche (wenn überhaupt) Nachforschungspflichten dem Erwerber aufgebürdet werden sollen.

In Deutschland bestimmt § 16 Abs 3 3. S 1. HS dGmbHG, dass der Erwerber eines Anteils dann nicht gutgläubig ist, wenn ihm „die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt“ ist.⁶¹⁰ Es schadet somit die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis der mangelnden Berechtigung. Leicht fahrlässige Unkenntnis der fehlenden Berechtigung des Veräußerers schadet demgegenüber nicht.

⁶¹⁰ Vgl bereits Punkt B.V.2 oben.

1. Erfordernisse bei gutgläubigem Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen

Die österreichische Regelung des Erwerbs sowohl von beweglichen als auch unbeweglichen Sachen ist restriktiver als die deutsche Regelung hinsichtlich des Erwerbs von GmbH-Anteilen. So schadet dem Erwerber in Österreich beim gutgläubigem Erwerb von beweglichen Sachen bereits leichte fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Berechtigung seines Vormanns.⁶¹¹ Der gutgläubige Erwerb einer beweglichen Sache wird somit dann nicht stattfinden können, wenn ein Erwerber von der fehlenden Berechtigung seines Vormanns wusste oder hätte wissen müssen – in diesen Situationen ist der Erwerber nach dem Gesetz nicht schutzwürdig.⁶¹² Nach der Rsp findet der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen nicht statt, „wo irgendein Merkmal den Erwerb als objektiv verdächtig erscheinen lässt“.⁶¹³ So schließt den guten Glauben bspw schon der Verdacht des Erwerbers aus, dass der Verkäufer bzw der Verpflichtete bei einer öffentlichen Versteigerung nicht Eigentümer sei.⁶¹⁴

Auch beim gutgläubigen Liegenschaftserwerb wird der gute Glaube bereits durch leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen.⁶¹⁵ Andererseits soll aber der Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt werden. Deswegen wird die Einsichtnahme in die Urkundensammlung regelmäßig nur dann verlangt, wenn im Hauptbuch darauf verwiesen wird. „Weitere Nachforschungspflichten bestehen nur bei indiziertem Verdacht, dass die tatsächlichen Besitzverhältnisse nicht dem Buchstand entsprechen, vor allem bei offenkundigen Dienstbarkeiten.“ Bspw sind unverbücherte dingliche Benützungsrechte nicht zu vermuten.⁶¹⁶

Auch im Allgemeinen stellt das ABGB auf die objektive Sorgfaltswidrigkeit ab; (jede) objektive Sorgfaltswidrigkeit zerstört den guten Glauben und die Haftung beginnt schon bei leichter Fahrlässigkeit.⁶¹⁷

⁶¹¹ RIS-Justiz RS0010189. Dies war noch bei alter Rechtslage im Falle vom Erwerb einer beweglichen Sache vom Kaufmann (§ 366 ABGB aF) anders; in diesem Fall war erst die grobe Fahrlässigkeit schädlich; s *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/Ib³ § 1332 Rz 20a und 20b.

⁶¹² OGH 5 Ob 630/79 JBl 1980, 589 = JBl 1980, 589 (*Reidinger*).

⁶¹³ RIS-Justiz RS0010905; RS0010169; RS0010870.

⁶¹⁴ RIS-Justiz RS0010870 [T2].

⁶¹⁵ S statt vieler *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB II/III³ § 1500 Rz 3 mwN.

⁶¹⁶ Zum Ganzen zuletzt OGH 1 Ob 261/15m Zak 2016, 339 (*Kolmasch*) = NZ 2016/138 = ecolex 2016/421 (*Schmon*) = JBl 2017, 40 (*Holzner*) = EvBl 2017/16 (*Schneider*) = JusGuide 2016/33/15075.

⁶¹⁷ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/Ib³ § 1332 Rz 20a.

2. Stellungnahme hinsichtlich Gutgläubigkeit bei Erwerb von GmbH-Anteilen

Von den obigen Ausführungen ausgehend ist festzuhalten, dass Kenntnis über die mangelnde Berechtigung des Veräußerers auch bei einer allfälligen Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen die Inanspruchnahme dieses Instituts verhindert. Die Schädlichkeit der grob fahrlässigen Unkenntnis soll außer Frage gestellt werden. Denn es erscheint nicht sachgerecht, dass ein Erwerber bei extremer Unterschreitung der gebotenen Sorgfalt, somit bei ungewöhnlicher (ungewöhnlich starker) und auffallender Sorgfaltsvernachlässigung profitieren soll.⁶¹⁸

Fraglich bleibt nunmehr, ob auch leichte Fahrlässigkeit schaden soll oder diese – wie in Deutschland – außer Betracht zu lassen ist. Leichte Fahrlässigkeit ist als ein minderere Grad des Versehens bzw jedes nicht extreme Abweichen von der gebotenen Sorgfalt, sofern es subjektiv vorwerfbar ist⁶¹⁹ oder als das Außerachtlassen der notwendigen Sorgfalt in einem Maße, das gelegentlich auch einem gewissenhaften Menschen unterläuft,⁶²⁰ zu verstehen. Auch wenn sich die gegenteiligen Argumente nicht von der Hand weisen lassen, soll im Interesse der Rechtssicherheit und in Anbetracht dessen, dass die Interessen des Berechtigten durch das Zurechnungsprinzip bzw beim Rechtsscheinprinzip durch eine angemessene (zweijährige) Frist ausreichend geschützt sind, leichte Fahrlässigkeit beim Erwerb im guten Glauben nicht schädlich sein.

3. Beispiel der Due Diligence Prüfung

Auch beim Vertrauen auf das öffentlich geführte Firmenbuch soll jedenfalls, wie es auch beim gutgläubigen Erwerb von unbeweglichen Sachen im Vertrauen auf das Grundbuch der Fall ist,⁶²¹ der Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt werden. Insb soll eine auf die letzten zwei Jahre verkürzte Due Diligence Prüfung der Titelkette im Regelfall nicht den Ausschluss der

⁶¹⁸ Zur Definition der groben Fahrlässigkeit s statt vieler nur *Reischauer in Rummel*, ABGB II/Ib³ § 1324 ABGB Rz 3 mwN.

⁶¹⁹ Zur Definition der leichten Fahrlässigkeit s statt vieler nur *Reischauer in Rummel*, ABGB II/Ib³ § 1324 ABGB Rz 8 mwN.

⁶²⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹⁴ Rz 1421; *Mayrhofer/Nemeth in Klang-Kommentar*³ § 6 Abs 1 Z 9 KSchG Rz 12.

⁶²¹ Vgl OGH 1 Ob 261/15m Zak 2016, 339 (*Kolmasch*) = NZ 2016/138 = ecolex 2016/421 (*Schmon*) = JBl 2017, 40 (*Holzner*) = EvBl 2017/16 (*Schneider*) = JusGuide 2016/33/15075.

Möglichkeit, einen GmbH-Geschäftsanteil gutgläubig erwerben zu können, bedeuten (und zwar unabhängig davon, ob bereits leichte oder nur grobe Fahrlässigkeit schaden soll).⁶²²

So wurde in der deutschen Diskussion hervorgehoben, dass durch die Einführung des gutgläubigen Erwerbs auch Kosten für die allfällige Due Diligence Prüfung (Prüfung der Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft) im Vorfeld der Transaktionen gemindert werden.⁶²³ Dieses Ziel könnte auch in Österreich erreicht werden. Überlegenswert wäre es, nach der Einführung der Regelung eines gutgläubigen Erwerbs von Anteilen in Österreich, die Prüfung der Titeltette bei Transaktionen auf die letzten zwei Jahre, also auf die Unrichtigkeitsfrist,⁶²⁴ zu beschränken. So könnte nach der Prüfung der Titeltette für die letzten zwei Jahre beurteilt werden, ob die vollständige Dokumentation aller allfälligen Übertragungen, die innerhalb der letzten zwei Jahre stattgefunden haben, vorhanden und unbedenklich ist bzw, ob der Veräußerer bereits zwei Jahre als Gesellschafter in dem Firmenbuch eingetragen ist und somit – die Gutgläubigkeit des Veräußerers vorausgesetzt – nicht mehr einer „Löschungsklage“ ausgesetzt ist. Damit könnte weitgehend das gleiche Ergebnis erreicht werden, wie nach derzeitiger Rechtslage durch die Prüfung der vollständigen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft. Denn auch die Prüfung der vollständigen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft gewährleistet nicht, dass der Verkäufer auch Eigentümer der GmbH-Anteile ist. Vielmehr wird aufgrund einer solchen (erfolgreichen) Prüfung gesagt, dass keine Indizien ersichtlich sind, die gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers sprechen. *De lege ferenda* würde die Überprüfung der Übertragungskette der letzten zwei Jahre das gleiche ermöglichen. Denn aufgrund der erfolgreichen Prüfung der Übertragungskette der letzten zwei Jahre wäre es möglich festzustellen, dass es entweder (i) keine Indizien gibt, dass die Eintragung (wenn überhaupt) erst innerhalb der letzten zwei Jahre unrichtig geworden ist oder (ii) soweit der Veräußerer seit zumindest zwei Jahren eingetragen ist, dass es keine Indizien gibt, weswegen der Veräußerer den Anteil nicht gutgläubig erworben hätte (falls die Eintragung früher tatsächlich irgendwann unrichtig war).

⁶²² In Deutschland wurde diesbezüglich die Frage verneint, ob bereits eine unterlassene Due Diligence Prüfung zur grob fahrlässigen Unkenntnis des Erwerbers führt. S ausführlich noch zum RefE Müller, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf den Unternehmens- und Beteiligungskauf, GmbHR 2006, 953 (956 f). Da ohne einen besonderen Anlass auch in Deutschland der Erwerber nicht zu Nachforschungen verpflichtet ist, würde die leichte Fahrlässigkeit auch in Deutschland infolge einer unterlassenen Due Diligence Prüfung nicht anzunehmen sein; vgl Heidinger in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 277.

⁶²³ „Den an der Abtretung beteiligten Personen sollen die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft erspart werden“; Begründung RegE BT-Drs 16/6140 38.

⁶²⁴ Zur Definition der Unrichtigkeitsfrist s oben Punkt F.I.3.3.

Zwar kann nicht gesagt werden, dass der Veräußerer der Eigentümer ist (es ist insb an nicht offengelegte Verfügungen innerhalb der letzten zwei Jahren bzw mangelnde Gutgläubigkeit des Veräußerers zu denken), doch das ist auch nach derzeitiger Rechtslage nach Durchführung einer Due Diligence Prüfung der vollständigen Titelkette nicht möglich, zumindest soweit man sich nicht auf Vollständigkeit und Richtigkeit der vorgelegten Due Diligence Dokumentation beruft.

Von diesem Beispiel ausgehend wird festgehalten, dass eine auf zwei Jahre beschränkte Due Diligence Prüfung hinsichtlich der Kette der Anteilsübertragungen keinerlei Abweichen von der gebotenen Sorgfalt und somit auch keine leichte Fahrlässigkeit darstellen würde. Die gebotene Sorgfalt bei Fehlen besonderer Verdachtsmomente wird sich nämlich hinsichtlich der Überprüfung der Übertragungskette gerade in der Prüfung der letzten zwei Jahre erschöpfen. Denn nicht einmal das Abstellen auf leichte Fahrlässigkeit führt ohne Weiteres zu einer besonderen Nachforschungspflicht.⁶²⁵ Eine besondere Nachforschungspflicht, damit insb eine Due Diligence Prüfung hinsichtlich der Anteilsübertragungskette, die sich auf einen längeren Zeitraum als zwei Jahre bezieht, soll auch in dem hier interessanten Fall erst aufgrund besonderer Umstände, durch welche ein Erwerber einen Verdacht hinsichtlich allfälliger Nichtberechtigung des Veräußerers schöpfen muss, entstehen.

III. Abwehrmöglichkeit des wahren Berechtigten

Nun soll geprüft werden, ob ein Widerspruchsrecht, wie dieses nunmehr in Deutschland hinsichtlich der Gesellschafterliste vorgesehen ist,⁶²⁶ auch in Österreich hinsichtlich der Firmenbucheintragung eingeführt werden sollte. *De lege lata* existiert im Firmenbuchrecht kein dem deutschen Recht ähnliches Institut eines Widerspruchs bzw keine dem österreichischen Grundbuchsrecht ähnliche Streitanmerkung. Es kann aber insb ein Beschluss des Firmenbuchgerichtes mit einem Rekurs bekämpft bzw die Gesellschafterstellung durch Feststellungsklage geltend gemacht werden. Nun soll auf diese Möglichkeiten näher eingegangen und untersucht werden, ob sie im Falle einer allfälligen Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen den wahren Berechtigten einen ausreichenden Schutz bieten können. Des Weiteren soll die Streitanmerkung im

⁶²⁵ OGH 6 Ob 174/00g SZ 73/132 = JBl 2002, 182 (*Dullinger/Riedler*) = ÖBA 2001/997 (*Karollus*) = *ecolex* 2001/1 = RdW 2001/77 = ZIK 2001/121 = ÖBA 2001, 347 = ÖBA 2001, 566 = ÖBA 2002, 589 = ÖBA 2002, 68; *Reischauer in Rummel*, ABGB II/Ib³ § 1332 Rz 20b.

⁶²⁶ Vgl Punkt B.V.3 oben.

Grundbuchsrecht kurz dargestellt werden. Die grundbuchsrechtliche Regelung wird möglicherweise bei der Ausgestaltung eines allfälligen Widerspruchsrechts hinsichtlich der Firmenbucheintragung eine Hilfestellung bieten können.

1. Rekursrecht in Firmenbuchsachen *de lege lata*

Das FBG regelt den Rekurs nicht. Vielmehr muss auf das AußStrG zurückgegriffen werden, auf das § 15 FBG verweist. Nach der Rsp des OGH kommt einem Gesellschafter einer GmbH „gegen einen die Gesellschaft betreffenden Eintragungsbeschluss des Firmenbuchgerichtes nur dann Rechtsmittelbefugnis zu, wenn die Entscheidung nach dem konkreten Verfahrensstand seine firmenbuchrechtliche Rechtssphäre berührt, etwa weil es iSd § 5 Z 6 FBG um seine Eintragung oder Nichteintragung (somit um seine eigene Gesellschafterstellung) geht.“⁶²⁷ Durch eine Beeinträchtigung von lediglich wirtschaftlichen Interessen wird das Rekursrecht nicht entstehen, da dadurch „kein rechtliches Interesse an der Vornahme oder Beseitigung einer Eintragung“ begründet wird.⁶²⁸ Somit kommt einer Person das Rekursrecht insb dann zu, wenn diese aus dem Firmenbuch gelöscht werden soll. Zudem steht ihr das Rekursrecht zu, wenn eine Änderung ihres Geschäftsanteils eingetragen werden soll. Den sonstigen Gesellschaftern, deren Anteile nicht geändert werden, kommt kein Rekursrecht zu.⁶²⁹

Die Bedeutung des Rekursrechts hängt auch davon ab, ob der Gesellschafter, dessen Anteil laut Firmenbuch geändert bzw gelöscht wird, von einer solchen Änderung erfährt. Diesbezüglich bieten die §§ 18 und 21 FBG eine Abhilfe. So bestimmt § 18 S 1 FBG insb, dass dann, wenn durch eine Verfügung des Gerichts in Rechte eines in das Firmenbuch Eingetragenen eingegriffen werden soll, dieser hiervon zu verständigen ist und das Gericht ihn unter Setzung einer angemessenen, mindestens vierzehntägigen Frist zur Äußerung aufzufordern hat. Im Falle des Schweigens ist anzunehmen, dass der Verständigte der beabsichtigten Verfügung keine Einwendungen entgegensetzt. § 21 Abs 1 FBG legt noch fest, dass der Beschluss über die Eintragung ua dem Antragsteller und dem Betroffenen zuzustellen ist. Sowohl ein Gesellschafter, der gelöscht werden soll, als auch ein Gesellschafter, hinsichtlich dessen Gesellschafterstellung eine Änderung eingetragen werden soll, ist Betroffener iSv § 21 Abs 1

⁶²⁷ RIS-Justiz RS0110337.

⁶²⁸ RIS-Justiz RS0110337.

⁶²⁹ OGH 6 Ob 316/05x ecolex 2006/365 = ecolex 2006/397 = AnwBl 2008, 247 = GBU 2006/10/01 = ÖRPfI 2008 H 2, 37 = HS 37.227 = HS 37.228.

FBG.⁶³⁰ Zwar ist die Eintragung im Firmenbuch nur von deklarativer Bedeutung, doch gilt gemäß § 78 Abs 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft nur der als Gesellschafter, der im Firmenbuch als solcher eingetragen ist.⁶³¹ Die Eintragung als Gesellschafter hat somit auch rechtliche Konsequenzen.⁶³² Der zu löschende Gesellschafter ist gemäß § 18 FBG zu verständigen und es ist ihm der Eintragungsbeschluss gemäß § 21 Abs 1 FBG zuzustellen.⁶³³ Nichtsdestotrotz unterlässt die Firmenbuchpraxis bei Anmeldungen von Gesellschafterwechseln weitgehend die Verständigung des betroffenen Gesellschafters vor dessen Löschung.⁶³⁴ Auch ist eine Vorwegzustimmung iSd Verzichts auf die Verständigung und Zustellung des Beschlusses möglich und zwar dann, wenn der Betroffene „dem Eingriff in seine eingetragenen Rechte zugestimmt hat und diese Zustimmung dem Firmenbuchgericht nachgewiesen ist“.⁶³⁵ Nach *Burgstaller/Pilgerstorfer* ist das bereits dann der Fall, wenn der Betroffene selbst an der Anmeldung mitgewirkt hat.⁶³⁶ Einige Rechtspfleger des HG Wien schlagen sogar eine Formulierung vor, die den Verzicht auf eine Verständigung über die beabsichtigte Löschung eines Gesellschafters zum Gegenstand hat und deren Aufnahme (samt Unterschrift des Veräußerers) Verzögerungen der Aktenbearbeitung vermeiden soll.⁶³⁷

⁶³⁰ S statt vieler *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 18 FBG Rz 18 f und § 21 FBG Rz 3, jeweils mwN.

⁶³¹ So auch das Argument von *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 18 FBG Rz 18.

⁶³² Vgl *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 15 FBG Rz 87.

⁶³³ Vgl OGH 6 Ob 121/05w NZ 2006, 27, die eine amtswegige Löschung eines Gesellschafters nach § 10 Abs 2 FBG zum Gegenstand hatte. Der OGH sprach aus, dass „mit der amtswegigen Löschung des Gesellschafters [...] und der amtswegigen Wiederherstellung des Firmenbuchstands mit den Gesellschaftern [...] im Ergebnis ein Gesellschafterwechsel herbeigeführt [wurde], wodurch in die Rechte der genannten Gesellschafter im Sinn des § 18 FBG unmittelbar eingegriffen wurde.“

⁶³⁴ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 18 FBG Rz 29; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 21; vgl *Huber*, Inkonsistenzen 106.

⁶³⁵ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 18 FBG Rz 28; s auch *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 15.

⁶³⁶ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 18 FBG Rz 28.

⁶³⁷ „Für künftige Eingaben (um allfällige Verzögerungen der Aktenbearbeitung zu vermeiden) wird die Aufnahme des folgenden Textes in die Anmeldung sowie die Mitunterfertigung von dieser durch den ausscheidenden Gesellschafter empfohlen: „Herr/Frau ... (Name, Geburtsdatum, Anschrift) bzw ... (Firmenname, FN, aktuelle Geschäftsanschrift va bei ausld. Gesellschaften) erklärt als abtretende/r Gesellschafter/in, ausdrücklich im Sinne der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Linz vom 31.03.2010, 6 R 30/10i bzw 6 R 35/10z, auf eine Verständigung über die beabsichtigte Verfügung durch das Gericht gemäß § 18 FBG zu verzichten und fertigt zum Zeichen seines/ihrer Einverständnisses die gegenständliche Firmenbucheingabe mit.““ Beisatz zur Entscheidung des Handelsgerichtes Wien, die einen Gesellschafterwechsel zum Gegenstand hatte und wo der Antrag auf Eintragung des Gesellschafterwechsels auch seitens der Veräußerer mitunterfertigt wurde, jedoch keine dem empfohlenen Text ähnliche Formulierung beinhaltet hat; aus eigener Praxis.

Die Rekursfrist beträgt 14 Tage und beginnt für die Parteien, denen der Eintragungsbeschluss nach § 21 Abs 1 FBG zuzustellen ist, mit der Zustellung des Beschlusses.⁶³⁸ Für andere Parteien beginnt die Rekursfrist mit der öffentlichen Bekanntmachung der Eintragung in der Ediktsdatei.⁶³⁹

2. Klageweise Klärung der Gesellschafterstellung

Dem wahren Berechtigten eines GmbH-Anteils steht weiters insb auch die Möglichkeit zu, mittels einer Feststellungsklage gemäß § 228 ZPO die Unwirksamkeit einer Anteilsabtretung geltend zu machen und so die Gesellschafterstellung zu klären.⁶⁴⁰ Doch dieser Weg erweist sich als besonders umständlich, da seitens des OGH das Rechtsschutzinteresse wohl erst dann vorliegt, wenn alle Gesellschafter in den Prozess eingebunden wurden.⁶⁴¹

De lege lata wird außerdem dem Eigentümer eine Klage auf Unterlassung einer Weiterveräußerung eines Anteils gegenüber einem Nichtgesellschafter sowie eine diesbezügliche einstweilige Verfügung im Regelfall nicht zustehen, wie sich aus der Rsp des OGH ergibt.⁶⁴² In dem vom OGH zu beurteilenden Fall haben die klagenden (und gefährdeten) Parteien ua begehrt, dass ein veräußerungswilliger Nichtgesellschafter (dem Nichtgesellschafter wurde ohne Rücksicht auf ein satzungsmäßiges Vorkaufsrecht zugunsten der übrigen Gesellschafter ein Geschäftsanteil veräußert) auf Unterlassung des Weiterverkaufs des Anteils verurteilt wird. Zusätzlich wurde der Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der der beklagten Partei der Verkauf ihres Geschäftsanteils „ab sofort“ verboten werden sollte. Der OGH führte diesbezüglich aus, dass sich die Befürchtung der klagenden Parteien rechtlich nicht realisieren kann, doch kann jede „weitere Abtretung des Geschäftsanteils der beklagten Partei in Missachtung des durch eine vorherige Abtretung allenfalls ausgelöst, noch nicht abgewickelten Vorkaufsfalls [...] für bisher übergangene vorkaufsberechtigte Gesellschafter keine nachteiligen Rechtswirkungen entfalten, weil deren

⁶³⁸ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 15 FBG Rz 152 und § 21 FBG Rz 4.

⁶³⁹ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 15 FBG Rz 152; vgl § 46 Abs 1 AußStrG.

⁶⁴⁰ S ua *Rauter in WK GmbHG*¹ § 75 Rz 34 und § 76 Rz 79; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 76 Rz 7.

⁶⁴¹ OGH 8 Ob 547/92 und 8 Ob 548/92 SZ 66/175 = ecolex 1994, 817 = HS 25.205 = HS 25.782. Es bestehen des Weiteren verschiedene Auffassungen hinsichtlich der passiven Legitimation in solcher Situation, und zwar sowohl seitens der Literatur als auch der Rsp. Vgl statt vieler nur *Rauter in WK GmbHG*¹ § 76 Rz 79 mwN.

⁶⁴² OGH 1 Ob 8/00h SZ 73/33 = ecolex 2000/234 = GBU 2000/08/03 = GesRZ 2000, 170 = EvBl 2000/148 = RdW 2000/385 = wbl 2000/383 = ÖJZ-LSK 2000/160 = ÖJZ-LSK 2000/161; 6 Ob 205/04x ecolex 2005/240 = ecolex 2005/365 = NZ 2005/25 = GBU 2005/07-08/01; 6 Ob 81/11x RdW 2012/34 = wbl 2012/63 = AnwBl 2012, 186 = ecolex 2012/23 = ecolex 2012, 48 (*Sindelar*) = GesRZ 2012, 180 (*Franger*) = NZ 2012/50 = JusGuide 2012/47/10583.

Rechtsposition durch die absolute Wirkung ihres Forderungsrechts abgesichert ist. Die Abtretung eines Geschäftsanteils in Verletzung eines absolut wirkenden Vorkaufsrechts ändert nichts an der Rechtszuständigkeit für den strittigen Geschäftsanteil.“ Aus diesen Gründen hat der OGH die Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz über die Abweisung des Sicherungsantrags der klagenden Parteien als zutreffend bestätigt.⁶⁴³ Zwar betrifft diese Entscheidung einen Mitgesellschafter, der ein Interesse an der Nichtveräußerung eines anderen Geschäftsanteils (bzw an dessen Einlösung) hat. Doch kann ein zu Unrecht gelöschter Gesellschafter *de lege lata* auch dann nicht schlechter gestellt werden, wenn sein Anteil durch einen Schein-Gesellschafter weiterveräußert wird – der zu Unrecht gelöschte Gesellschafter kann diesfalls ebenfalls des Anteils nicht verlustig werden. In solchen Konstellationen wird somit auch eine Unterlassungsklage auf Nichtweiterveräußerung eines Anteils durch einen Nichtgesellschafter mangels rechtlichen Interesses zurückgewiesen werden müssen.

Anzumerken bleibt noch, dass es einem Gesellschafter bereits *de lege lata* offensteht, das Firmenbuchgericht von der unwirksamen Anteilsabtretung zu verständigen.⁶⁴⁴ Ebenso darf ein Gesellschafter auch auf Mitwirkung zur Eintragung verklagt werden, wobei diesfalls die Klage gegen die Gesellschaft zu richten ist.⁶⁴⁵

Würden die Verständigungspflichten seitens des Gerichts, das Rekursrecht sowie die Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben, *de lege lata* ihr Ziel erreichen und die Interessen eines Gesellschafters ausreichend wahren, so könnten sie im Falle der Einführung des gutgläubigen Erwerbs den Bedenken hinsichtlich der Interessenwahrung eines wahren Anteilseigentümers nicht standhalten. Insb müsste *de lege ferenda* zusätzlich eine Möglichkeit geschaffen werden, die einem Gesellschafter hilft, auf einfache Weise die Gutgläubigkeit von potenziellen Erwerbern zu zerstören.⁶⁴⁶ Die Entscheidung hinsichtlich des Erlasses einer einstweiligen Verfügung, wie gerade dargestellt, müsste dann *de lege ferenda* anders ausfallen.

⁶⁴³ Zum Ganzen OGH 1 Ob 8/00h SZ 73/33 = ecolex 2000/234 = GBU 2000/08/03 = GesRZ 2000, 170 = EvBl 2000/148 = RdW 2000/385 = wbl 2000/383 = ÖJZ-LSK 2000/160 = ÖJZ-LSK 2000/161; OGH 6 Ob 205/04x ecolex 2005/240 = ecolex 2005/365 = NZ 2005/25 = GBU 2005/07-08/01; 6 Ob 81/11x RdW 2012/34 = wbl 2012/63 = AnwBl 2012, 186 = ecolex 2012/23 = ecolex 2012, 48 (*Sindelar*) = GesRZ 2012, 180 (*Franger*) = NZ 2012/50 = JusGuide 2012/47/10583.

⁶⁴⁴ S *Birnbauer*, (Schwebend) unwirksame Anteilsabtretung; Mitteilung an das Firmenbuchgericht Muster-Anmeldungen zum Firmenbuch, GES 2006, 123.

⁶⁴⁵ Vgl OGH 6 Ob 64/06i GES 2006, 308 = ecolex 2006/362 = wbl 2006/250 = GesRZ 2006, 272 = RdW 2006/587 = NZ 2007, 29 = AnwBl 2008, 151 = GBU 2006/09/03 = HS 37.011 = HS 37.012 = HS 37.122 = HS 37.481 = HS 37.482.

⁶⁴⁶ S Punkt F.III.4 unten.

3. Parallele zur Streitanmerkung im Grundbuch

Wird die Schaffung einer Möglichkeit erwogen, auf einfache Weise die Gutgläubigkeit von potenziellen Erwerbern zu zerstören, so drängt sich eine Parallele zur Streitanmerkung im Grundbuchsrecht auf. Denn abgesehen von einem Rekursrecht (das im Grundbuchsrecht teilweise anders als in Firmenbuchsachen ausgestaltet ist),⁶⁴⁷ stellt das GBG auch weitere Abwehrmöglichkeiten – nämlich Löschungsklage und Streitanmerkung – in den §§ 61 bis 71 zur Verfügung. Dabei ähnelt die Streitanmerkung funktionell dem in Deutschland hinsichtlich der Gesellschafterliste vorgesehenen Widerspruch.⁶⁴⁸

Wird keine Löschungsklage fristgerecht erhoben, kann ein Recht an einer unbeweglichen Sache gutgläubig erworben werden. Denn aus der Befristung der Löschungsklage wird gefolgert, dass „sich der in seinen bücherlichen Rechten Verletzte seines Löschungsrechts verschwiegen“ hat.⁶⁴⁹ Somit kommt es „zum Eintritt der ungültig eingetragenen Rechtsänderung“.⁶⁵⁰ Um zu verhindern, dass ein Dritter gutgläubig ein Recht erwirbt, kommt dem, der „durch eine Einverleibung in seinem bücherlichen Rechte verletzt erscheint“ (§ 61 Abs 1 GBG), die Streitanmerkung zugute. Diesbezüglich bestimmt § 61 Abs 1 GBG, dass eine Anmerkung eines Streites im Grundbuch entweder gleichzeitig mit der Klage oder später verlangt werden darf. Eine solche Streitanmerkung hat zur Folge, dass das über die Klage ergehende Urteil auch gegen die Personen, die erst nach dem Zeitpunkt, in dem das Gesuch um die Streitanmerkung an das Grundbuchsgericht gelangt ist, bücherliche Rechte erlangt haben, seine volle Wirksamkeit äußert (§ 61 Abs 2 GBG). Dieses Ergebnis ähnelt dem durch die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste in Deutschland erzielten Ergebnis, dass sich ein Dritter nicht mehr auf einen allfälligen gutgläubigen Erwerb berufen kann.

4. Argumente für die Einführung eines Widerspruchsrechts und dessen Ausgestaltung

Würde man, wie oben im Punkt I.3.4 dargestellt, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen auch – unter Beachtung von der Unrichtigkeitsfrist von zwei Jahren⁶⁵¹ –

⁶⁴⁷ Vgl. §§ 122-129 GBG.

⁶⁴⁸ Vgl. hinsichtlich des Widerspruchs Punkt B.V.3 oben.

⁶⁴⁹ *Rassi*, Grundbuchsrecht Mit Muster- und Beispielsteil² (2013) Rz 500; s. auch RIS-Justiz RS0011270; RS0011342; RS0060447.

⁶⁵⁰ *Rassi*, Grundbuchsrecht² Rz 500; vgl. RIS-Justiz RS0011270; RS0011342; RS0060447. Grundbuchswidrige Eintragungen gemäß § 130 GBG bewirken jedoch eine unheilbare Nichtigkeit – in diesen Fällen wird es zu keinem gutgläubigen Erwerb durch Zeitablauf kommen können; RIS-Justiz-RS0060300.

⁶⁵¹ Vgl. Punkt F.I.3.3 oben.

ohne Zurechnung der unrichtigen Firmenbucheintragung dem wahren Berechtigten einführen, so könnte alleine das Rekursrecht in der derzeit vorhandenen Ausgestaltung den Interessen des wahren Berechtigten nicht genügend Rechnung tragen.

Auch eine Feststellungsklage könnte – abgesehen von den damit verbundenen Kosten und dem zeitlichen Aufwand – ins Leere laufen. Denn sobald die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes zwei Jahre andauert, könnte sogar ein – zumindest seit der Zustellung bspw einer Feststellungsklage – schlechtgläubig Eingetragener den Anteil an einen gutgläubigen Erwerber veräußern. Dieser gutgläubige Erwerb wäre nun endgültig. Eine Feststellungsklage alleine würde den Rechtsschein der Firmenbucheintragung nicht zerstören können. Um das zu erreichen, müsste eine solche Klage noch vor dem Erwerb zur Kenntnis des Erwerbers gelangen bzw dem Erwerber müsste grobe Fahrlässigkeit (hinsichtlich der Nichtberechtigung, die als Ergebnis einer solchen Klage festgestellt werden könnte) anzulasten sein. Dass eine Rechtsstreitigkeit über die Gesellschafterstellung einem potenziellen Erwerber eines Anteils – auch unter Einhaltung vorausgesetzter Sorgfalt seitens des Erwerbers – nicht zur Kenntnis gelangt, ist durchaus vorstellbar. Dies ist bspw dann der Fall, wenn ein Geschäftsführer – der im Wirkungsbereich des zu Unrecht eingetragenen „Nicht-Gesellschafters“ steht – dem potenziellen Erwerber die Rechtsstreitigkeit trotz Nachfrage nicht offengelegt.

Um die Interessen des wahren Berechtigten zu wahren, soll somit auch ein zusätzliches Institut geschaffen werden, das auf einfache Weise die Gutgläubigkeit der potenziellen Erwerber zerstören könnte. Ein solches Institut könnte der Widerspruch sein, der einer Firmenbucheintragung hinsichtlich eines bestimmten Geschäftsanteils (bzw mehrerer, auch aller Geschäftsanteile) im Firmenbuch anzumerken wäre. Dem Grundsatz des § 12 Abs 1 FBG folgend, sollten auch die Urkunden, auf Grund derer die Eintragung (Zuordnung) eines Widerspruchs erfolgt ist (bspw eine einstweilige Verfügung oder die Einwilligungserklärung des Eingetragenen), in die Urkundensammlung aufgenommen werden.

Fraglich ist, ob im Falle eines aus dem Firmenbuch ersichtlichen und einem bestimmten Geschäftsanteil zugeordneten Widerspruchs auch die Durchsicht von den dem Widerspruch zugrundeliegenden Urkunden verlangt werden sollte. Ergäbe sich nämlich aus dem Firmenbuchauszug nur ein Widerspruch hinsichtlich eines Anteils, so könnte der andere Anteil gutgläubig erworben werden. Die relevante Frage ist, ob das auch dann gelten soll, wenn aus der in der Urkundensammlung aufliegenden Urkunde der Widerspruch auch hinsichtlich anderer Anteile ersichtlich ist und es sich bei der Eintragung – die sich nur auf einen Anteil bezieht – um einen Fehler handelt. Das Verlangen nach Einsicht in die Urkunde bei Zuordnung

eines Widerspruchs im Firmenbuch erscheint sachgerecht und ist mit keinem großen Aufwand verbunden. Die aus dem Firmenbuch ersichtliche Zuordnung eines Widerspruchs würde besondere Verdachtsmomente begründen, die weitere Nachforschungen – in diesem Fall die Analyse der Widerspruchsurkunde – notwendig machen würden. Demgegenüber soll die Aufnahme einer Widerspruchsurkunde in die Urkundensammlung ohne Eintragung der Zuordnung eines Widerspruchs im Firmenbuch (die im Firmenbuchauszug ersichtlich wäre) den gutgläubigen Erwerb nicht verhindern – der Rechtsschein des Firmenbuches könnte ohne Ersichtlichmachung des Widerspruchs im Firmenbuchauszug nicht ohne weiteres zerstört werden.

Was die Erwirkung eines Widerspruchs angeht, so wäre die Zuordnung eines Widerspruchs zu einem Geschäftsanteil sowohl aufgrund einer Bewilligung des eingetragenen Gesellschafters als auch einer einstweiligen Verfügung, wie das in Deutschland hinsichtlich einer Gesellschafterliste der Fall ist, ohne weiteres vorstellbar. Die Voraussetzung, bei dem Antrag auf einstweilige Verfügung die Berechtigung an dem Geschäftsanteil glaubhaft zu machen, erscheint auf den ersten Blick ebenso sachgerecht. Die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Rechts sollte nicht vorausgesetzt werden; die Gefährdung sollte vielmehr vermutet werden und zwar ebenfalls innerhalb der zweijährigen Unrichtigkeitsfrist.⁶⁵² Zugunsten der Verfahrensökonomie sollte die Verbindung eines solchen Antrags mit einer zivilrechtlichen Klage bzw auch mit einem Rekurs im Firmenbuchverfahren möglich sein.

Dem Ziel des Rechtsinstituts eines Widerspruchsrechts entsprechend, wäre durch die Zuordnung des Widerspruchs nur ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. Demgegenüber wäre es nicht ausgeschlossen, dass der tatsächlich Berechtigte den Anteil veräußert. Auch auf die Wirkungen des § 78 Abs 1 GmbHG sollte die Zuordnung eines Widerspruchs keine Auswirkungen haben – somit wäre ein Eingetragener, dessen Anteil ein Widerspruch zugeordnet wurde, im Verhältnis zur Gesellschaft weiterhin als Gesellschafter zu behandeln.

5. Widerspruchsrecht auch hinsichtlich zukünftiger Abtretung

Es sollte auch die Möglichkeit geben, einen Widerspruch „für die Zukunft“ zuzulassen.

Die Zuordnung eines Widerspruchs sollte bspw dann möglich sein, wenn ein Anteil aufschiebend bedingt erworben werden soll und somit die Eigentumsübergang noch nicht

⁶⁵² Vgl für Deutschland statt vieler *Heidinger* in MünchKomm GmbHG I³ § 16 Rz 282 mwN.

stattgefunden hat. Denn innerhalb des Schwebezustands könnte ein Veräußerer (A) und zugleich (noch immer) wahrer Berechtigter den Anteil ein zweites Mal verkaufen (Zwischenerwerbsfall).⁶⁵³ Der Zwischenerwerber (C) würde in einem solchen Fall (noch) vom Berechtigten erwerben und der aufschiebend bedingte Erwerber (B) – da es auf den Eintritt der aufschiebenden Bedingung ankommt – vom Nichtberechtigten. Wäre die nach dem Zwischenerwerb bestehende Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes (es sollte nun der Zwischenerwerber (C) eingetragen werden) nicht dem Zwischenerwerber (C) zuzurechnen, dann würde der aufschiebend bedingte Erwerber (B) den Anteil nicht erwerben können. Der Widerspruch könnte solche Situationen verhindern, sofern dieser dann auch einem Anteil zugeordnet werden könnte, wenn es noch gar keinen tatsächlichen Widerspruch zwischen dem Firmenbuchstand und der Wirklichkeit gibt (der Veräußerer und Erwerber sind sich einig, dass der Anteil noch dem Veräußerer gehört, beide wollen nur die Interessen bzw die Anwartschaft des Erwerbers mithilfe eines Widerspruchs sichern).

Aber auch in anderen – als bei einem aufschiebend bedingten Erwerb – Fällen sollte ein Widerspruch „für die Zukunft“ möglich sein. Diese Möglichkeit würde insb den Interessen eines Erwerbers dann Rechnung tragen, wenn ein betrügerischer Veräußerer kurz vor der angedachten Transaktion den Anteil noch schnell an einen Dritten veräußern möchte.

Denn ein früher – ggf sogar Wochen oder Monaten vor der geplanten Transaktion – zugeordneter Widerspruch könnte gewährleisten, dass einem allfälligen unerkannt gebliebenen Ersterwerber (B) – der den Anteil noch vor der Zuordnung des Widerspruchs erworben hat – durch das Verstreichen von Wochen bzw Monaten die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes zuzurechnen wäre, weswegen ein Zweiterwerber (C) den Anteil gutgläubig erwerben könnte.

Der (Zweit-)Erwerber (C) sollte jedoch auch in Situationen geschützt werden, in denen der Anteil vor Abtretung an den (Zweit-)Erwerber (C), aber bereits nach der Zuordnung des Widerspruchs „für die Zukunft“, an einen Dritten abgetreten wird. Diesfalls sollte, anders als nach dem deutschen Recht, ein dem Anteil mit Einverständnis des Eingetragenen zugeordneter Widerspruch ein Hindernis für die Abtretung dieses Anteils an eine andere Person darstellen. Um die Abtretung von Anteilen durch Zuordnung eines Widerspruchs „für die Zukunft“ nicht ungebührlich zu „immobilisieren“, sollte ein solcher Widerspruch nur für eine bestimmte Zeit – bspw maximal ein Jahr – gestattet sein. Eine solche Befristung sollte auf den Widerspruch,

⁶⁵³ Vgl zum Problem Punkt B.IV oben.

der nicht eine zukünftige Veräußerung zum Inhalt hat, nicht zutreffen. Diese sollten nämlich uU auch lange Zeit (bspw zur klageweisen Klärung der Eigentümerverhältnisse) GmbH-Anteilen zugeordnet werden können.

Die Möglichkeit, mit der Zustimmung des Eingetragenen auch einen Widerspruch „für die Zukunft“ im Firmenbuch eintragen zu lassen, würde eine weitgehende Steigerung der Rechtssicherheit bei Transaktionen mit GmbH-Anteilen bewirken.

IV. Zusammenfassung des Kapitels

Die drei aus der deutschen Regelung bekannten negativen Tatbestandsmerkmale, die einem gutgläubigen Erwerb im Weg stehen, könnten bei einer Einführung des gutgläubigen Erwerbs basierend auf Eintragungen im Firmenbuch in Österreich mit einigen Änderungen übernommen werden.

Erstens sollte ein gutgläubiger Erwerb dann ausscheiden, wenn ein Erwerber über die fehlende Berechtigung des Veräußerers eines Anteils Kenntnis oder grob fahrlässig Unkenntnis hat. Auch wenn diesbezüglich in Österreich bei anderen gutgläubig erwerbbaaren Objekten, die Situation anders sein mag, sollte leichte Fahrlässigkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen nicht schaden. Denn der Ausschluss dieser Möglichkeit könnte in Fällen, in denen das Außerachtlassen der notwendigen Sorgfalt in einem Maße, das gelegentlich auch einem gewissenhaften Menschen unterlaufen kann, die Rechtssicherheit belasten. Diesem Ergebnis stehen – in Anbetracht des Zurechnungsprinzips und im Fall der Anwendung des Rechtsscheinprinzips, in Anbetracht der entsprechend langen Frist, deren Ablauf den gutgläubigen Erwerb erst ermöglichen würde – keine zwingenden Bedenken entgegen.

Zweitens wäre dem wahren Berechtigten zur Wahrung seiner Interessen ein entsprechender Schutzmechanismus zur Verfügung zu stellen. Somit sollte die Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs zur entsprechenden Firmenbucheintragung vorgesehen werden, durch den sich ein wahrer Gesellschafter gegen den gutgläubigen Erwerb seines Anteils effektiv wehren könnte. Es sollte auch ein Widerspruch „für die Zukunft“ zugelassen werden. Damit sollte es möglich sein, bspw im Falle eines aufschiebend bedingten Erwerbs eines Anteils oder in anderen Fällen mit der Zustimmung des im Firmenbuch Eingetragenen einen Widerspruch dann im Firmenbuch einzutragen, wenn – noch – gar keine Gesellschafterstellung des „Widersprechenden“ geltend gemacht wird. Eine solche Möglichkeit könnte die Rechtssicherheit bei Transaktionen von GmbH-Anteilen maßgeblich fördern.

Drittens sollte einzelfallabhängig entweder das Veranlassungsprinzip (Zurechnungsprinzip) oder das reine Rechtsscheinprinzip verwirklicht sein. Damit wäre einerseits, dem

Veranlassungsprinzip folgend, der sofortige gutgläubige Erwerb möglich, wenn die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist. Andererseits wäre nach Ablauf von (bspw) zwei Jahren seit der Unrichtigkeit des Firmenbuches der gutgläubige Erwerb auch ohne Zurechnung, somit auf dem reinen Rechtsschein des Firmenbuches basierend, möglich. Anders als in Deutschland sollte aber der gutgläubige Erwerb ohne das Erfordernis der Zurechnung auch dann verwirklicht sein, wenn der Erwerber im Zeitpunkt seines Erwerbs – mangels Gesellschafterstellung des Veräußerers und Ablauf der zweijährigen Frist – den Anteil noch nicht gutgläubig erwerben konnte, aber zwei Jahre nach der Übertragung unwidersprochen im Firmenbuch eingetragen war. Diese letztgenannte Möglichkeit würde sich nach der grundbuchsrechtlichen Regelung, die jedoch nicht zwei-, sondern eine dreijährige Frist für entsprechende Löschungsklage vorsieht, richten.

G. Wertpapierrechtliche Lösung

Da es durchaus denkbar und möglich ist, die Mitgliedschaft in einer GmbH in einer Urkunde zu verbriefen, soll die Sinnhaftigkeit einer wertpapierrechtlichen Lösung des Verkehrsschutzes bei Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen untersucht werden. Eine solche Lösung liegt, aufgrund der in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeit, Aktien zu verbriefen und gutgläubig zu erwerben, besonders nahe.

In der Folge sollen insb Ausführungen zu der diesbezüglichen Debatte in Deutschland iZm der Vorbereitung und dem Inkrafttreten des MoMiG, eine Bewertung historischer Bedenken gegen die Verbriefung von GmbH-Anteilen und die Erörterung dieser Bedenken aus der heutigen Sicht sowie eine aufzuzeigende Parallele zum Aktienrecht eine Stellungnahme zur Einführung einer gutgläubigen Erwerbs anhand von wertpapierrechtlichen Lösung ermöglichen.

I. Diskussion in Deutschland

Eine wertpapierrechtliche Lösung wurde für Deutschland bereits durch *Krefting*⁶⁵⁴, *Lange*⁶⁵⁵ und *Kühn*⁶⁵⁶ angesprochen und iZm dem MoMiG insb durch *Gehling*⁶⁵⁷ und *Ziemons*⁶⁵⁸ vorgeschlagen. Ohne auf den gutgläubigen Erwerb der Anteile näher einzugehen, beschäftigte sich auch bspw *Kecker* mit der Verbriefung von GmbH-Anteilen in einem Order- bzw Inhaberpapier.⁶⁵⁹ Die Meinungen und Vorschläge dieser Autoren werden nachfolgend kurz erörtert.

1. *Krefting, Lange und Kühn*

Im Rahmen des deutschen Notartages 1961 wurden zwei Äußerungen getätigt, die eine wertpapierrechtliche Lösung hinsichtlich des Erwerbs von GmbH-Anteilen angesprochen und befürwortet haben. Zuerst urgierte *Krefting*⁶⁶⁰ eine Verbriefung von GmbH-Anteilen und erörterte zwei Fälle aus der Praxis, bei denen die Feststellung der Eigentümerverhältnisse an

⁶⁵⁴ *Krefting*, Deutscher Notartag 1961 (Diskussionsbeitrag), DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 79.

⁶⁵⁵ *Lange*, Deutscher Notartag 1961 (Diskussionsbeitrag), DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 87. Für eine Stellungnahme zu den Beiträgen von *Lange* und *Krefting* s *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 146 ff.

⁶⁵⁶ *Kühn*, GmbHR 1970, 201 (202).

⁶⁵⁷ *Gehling* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (689 f).

⁶⁵⁸ *Ziemons*, BB Beilage 7/2006, 9 (12 f).

⁶⁵⁹ S *Kecker*, Die Fungibilisierung von GmbH-Anteilen: Grundlagen und rechtliche Umsetzung (1991) 175 ff (hinsichtlich Orderpapiere) und 178 ff (hinsichtlich Inhaberpapiere). S auch dort Seite 1 f mit kurzer Besprechung der Literaturmeinungen und Stellungnahmen für und gegen die Fungibilisierung von GmbH-Geschäftsanteilen.

⁶⁶⁰ *Krefting*, DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 79 (79 f).

den GmbH-Anteilen mit Schwierigkeiten verbunden war und die Verbriefung helfen hätte können.⁶⁶¹ Er schlug vor, die Verbriefung ähnlich einem Kraftfahrzeugbrief auszugestalten, wobei die Regeln bezüglich der Kraftfahrzeugbriefe entsprechend modifiziert werden sollten. Auch wenn die Übernahme der exakten Kraftfahrzeugbrief-Regelungen für die Verbriefung der GmbH-Anteile „nicht brauchbar“ wäre, so sollten, laut *Krefting*, die verbrieften Urkunden mit „gewissen Beweisregeln“ verbunden werden, wodurch man ausschließen könnte, dass „gewisse Einwendungen, die in der Person der Vormänner begründet liegen“, vorgebracht werden.⁶⁶² Nähere Vorschläge wurden von *Krefting* nicht vorgestellt.

Des Weiteren wurde seitens *Lange*⁶⁶³ bemängelt, dass die Klärung der Frage, wer Gesellschafter einer GmbH ist, auf „größte Schwierigkeiten stößt“ und es „sehr schön“ wäre, wenn diese Situation mittels Verbriefung der Geschäftsanteile „in irgendeiner Form“ behoben werden könnte. Da die Aussage nur im Rahmen einer kurzen Rede, die mehrere wünschenswerte Punkte einer potenziellen (weitgehenden) GmbH-Reform angetastet hat, getätigt wurde, konnte der Vorschlag nicht näher weiterentwickelt werden.

Im Jahre 1970 schlug *Kühn*⁶⁶⁴ im Rahmen der damaligen Diskussion zur Reform des GmbH-Rechts vor, dass die GmbH-Geschäftsanteile verbrieft werden sollten und die Innehabung des Wertpapiers „mit Gutgläubensschutz oder wenigstens mit Beweiserleichterungen“ [hinsichtlich der Gesellschafterstellung] verbunden werden sollte. Die Übergabe des „Briefes“ (Wertpapiers) soll nach *Kühn* weiterhin eine notarielle Beurkundung voraussetzen. Damit sollte nicht die Steigerung der „Verkehrsfähigkeit der GmbH-Geschäftsanteile durch Streichung der Formvorschriften“ angestrebt werden, sondern es sollte bloß „die Rechtssicherheit für Veräußerer und Erwerber“ gestärkt werden.

2. Vorschlag von Gehling

In die gleiche Richtung gehen die Vorschläge von *Gehling* und *Ziemons*.⁶⁶⁵ Beide optieren für die Zulassung der Ausstellung von Anteilsbriefen, die auf den Namen eines Gesellschafters lauten und die durch ein Indossament in notarieller Form übertragen werden sollen.

⁶⁶¹ *Krefting*, DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 79 (80): „Hätten wir Briefe gehabt, wäre es gut gewesen“.

⁶⁶² *Krefting*, DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 79 (80).

⁶⁶³ *Lange*, DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 87 (87 f).

⁶⁶⁴ Zum Ganzen *Kühn*, GmbHR 1970, 201 (202).

⁶⁶⁵ Zum Vorschlag von *Ziemons* s. Punkt G.I.3 unten.

Bei der Auswahl der Methode, welche der Einführung des gutgläubigen Erwerbs dienen sollte, wies *Gehling*⁶⁶⁶ auf folgende zu beachtende Punkte hin: Vermeidung von Verzögerungen bei der Anteilsübertragung, fehlende Erhöhung der Komplexität und der Kosten der Anteilsübertragung sowie Verlass auf international bekannte Strukturen. Diese Voraussetzungen sollen laut *Gehling* bei dem Gutglaubensschutz nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen erfüllt werden. Insb wäre der Gutglaubensschutz nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen (im Allgemeinen) kein Novum. Was die Einzelheiten des Vorschlags angeht, so führte *Gehling* aus, dass das dGmbHG es zulassen müsste, dass über jeden Geschäftsanteil ein auf den Namen lautender Anteilsbrief ausgestellt wird. Des Weiteren sollte die Verfügung über die Geschäftsanteile ausschließlich durch Indossament in notarieller Form stattfinden. Das würde das Ziel gewährleisten, „die Geschäftsanteile auch weiterhin einem börsen- oder marktmäßigen Handel“ zu entziehen. Auch Rechte Dritter sollten nach dem Vorschlag von *Gehling* verbriefungsfähig sein, wobei ein gesetzlicher *numerus clausus* dieser Rechte (erwähnt wurden Pfandrecht, Nießbrauch, Vormerkung, Vorerwerbs- und Optionsrechte) sowie ein strenger gesetzlicher Formzwang vorgesehen werden sollten. *Gehling* empfahl auch die Überwindung von allfälligen statutarischen Verfügungsbeschränkungen kraft guten Glaubens, sofern kein Widerspruch seitens der Gesellschaft oder des betroffenen Gesellschafters innerhalb von sechs Monaten seit dem Zugang der Benachrichtigung über den Gesellschafterwechsel geltend gemacht wurde. Die Einzelheiten des Widerspruchs sowie der vorausgesetzten Benachrichtigung in Textform wurden von *Gehling* nicht näher erörtert. Um die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs für bereits (vor dem Inkrafttreten einer notwendigen Gesetzesnovelle) bestehende Gesellschaften zu öffnen, schlug *Gehling* eine Überprüfung der materiellen Berechtigung der Gesellschafter vor der erstmaligen Inanspruchnahme eines Gutglaubensschutzes in einem gerichtlichen Verfahren vor, welche in Form eines Aufgebotsverfahrens stattfinden sollte (für das Verlangen der Einleitung eines Aufgebotsverfahrens solle ein gesetzliches Quorum vorgesehen werden). Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs solle nach *Gehling* freiwillig sein – die Gesellschafter einer GmbH müssten sich entscheiden, ob sie diese zulassen wollen oder nicht.

⁶⁶⁶ Zum Ganzen *Gehling* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (689).

3. Vorschlag von *Ziemons*

Auch nach der Ansicht von *Ziemons*⁶⁶⁷ soll bei der Einführung des gutgläubigen Erwerbs auf Bewährtes zurückgegriffen werden. Darunter verstand er, dass die Verbriefung und Verfügungen von Geschäftsanteilen nach (leicht modifizierten) wertpapierrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind. Der gutgläubige Erwerb soll „in entsprechender Anwendung“ des § 16 Abs 1 dWVG, jedoch ohne den letzten HS, möglich sein. Der Ausschluss des letzten HS des § 16 Abs 1 dWVG soll zum Ausdruck bringen, dass ein Blankoindossament in der Kette der Indossamente den gutgläubigen Erwerb unmöglich machen sollte. Ähnlich wie *Gehling* hat auch *Ziemons* die Verbriefung von GmbH-Anteilen als Orderpapiere vorgeschlagen, wobei auch Sammelurkunden ausgegeben werden könnten. Für die Übertragung der Anteile mithilfe eines Indossaments sollte eine notarielle Beurkundung zwingend vorgeschrieben werden; das Ausstellen von GmbH-Anteilsscheinen sollte freiwillig bleiben. Was die allfällig abhanden gekommenen, beschädigten, zerstörten oder unrichtigen GmbH-Anteilscheine betrifft, so sollte „ein Kraftloserklärungsverfahren nach aktienrechtlichem Vorbild“ stattfinden können. Für Altgesellschaften sollte ähnlich dem Vorschlag von *Gehling* ein Aufgebotsverfahren möglich sein, „in dem die materielle Berechtigung der Gesellschafter überprüft wird“ und in Folge dessen die Anteile der Altgesellschaft auch verbrieft werden könnten. Die Freiwilligkeit der Verbriefung begründet *Ziemons* mit dem Mangel des rechtspolitischen Bedürfnisses an einer umgekehrten Regelung und mit einer Analogie zum Aktienrecht – bei Aktiengesellschaften kann der Anspruch auf Verbriefung in der Satzung ganz ausgeschlossen werden (§ 10 Abs 5 dAktG). Anders als bei *Gehling* müssten bei der von *Ziemons* vorgeschlagenen Regelung die statutarischen Verfügungsbeschränkungen beachtet werden und die Einhaltung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln in der Vergangenheit geprüft werden. Der gutgläubige lastenfreie Erwerb wäre hinsichtlich der aus der Satzung nicht ersichtlichen Belastungen bzw Verfügungsbeschränkungen möglich, soweit diese nicht auf den Anteilsscheinen vermerkt wären.⁶⁶⁸

4. Stellungnahme zu den Ansichten von *Gehling* und *Ziemons*

Die Vorschläge von *Gehling* und *Ziemons* sind im Grundsatz weitgehend ähnlich, doch unterscheiden sie sich hinsichtlich einiger Details der vorgeschlagenen Regelungen. Insb

⁶⁶⁷ *Ziemons*, BB Beilage 7/2006, 9 (12 f).

⁶⁶⁸ Zum Ganzen *Ziemons*, BB Beilage 7/2006, 9 (12 f).

basieren beide auf der Verbriefung von GmbH-Anteilen als Orderpapiere, setzten ein Indossament als eine der Übertragungsvoraussetzungen und die Form der notariellen Beurkundung für das Indossament voraus.

Gegen die Vorschläge von *Gehling* und *Ziemons* lässt sich vorbringen, dass diese – entgegen der Meinung von *Gehling* – die Komplexität und Kosten der Anteilsübertragung erhöhen könnten.

Als Folge der wertpapierrechtlichen Lösung gäbe es bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mehrere verschiedene Legitimationsgrundlagen mit unterschiedlicher Funktion (Anteilsbrief, Anmeldung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft gemäß § 16 Abs 1 dGmbHG aF und die Gesellschafterliste).⁶⁶⁹ Auch die Freiwilligkeit der wertpapierrechtlichen Lösung erscheint bedenklich, da es zwei Übertragungssysteme von GmbH-Geschäftsanteilen gäbe, wovon nur eines den gutgläubigen Erwerb ermöglichen solle (soweit man den gutgläubigen Erwerb auf der Grundlage der Gesellschafterliste, wie derzeit vorgesehen, wieder abschafft). Bereits das Bestehen von Gesellschaften mit und ohne Anteilsbriefe wäre „problematisch“.⁶⁷⁰

Es sollte daher eher eine Regelung angedacht werden, die eine Übergangsfrist vorsieht, innerhalb derer alle bestehenden Gesellschaften zur Ausgabe von Anteilsbriefen verpflichtet wären.⁶⁷¹ Dies würde aber eine klare rechtspolitische Vorzugswürdigkeit der wertpapierrechtlichen Lösung voraussetzen und wäre nur schwer durchsetzbar.

Einige weitere Kritikpunkte wurden bereits von *Rodewig* ins Treffen geführt.⁶⁷² So würde die Verbriefung und die Verwahrung der Anteilsbriefe (durch eine Bank oder einen Notar), soweit diese nicht durch den Gesellschafter selbst vorgenommen wird,⁶⁷³ zusätzlichen Kostenaufwand verursachen. Des Weiteren könnte die Echtheit der Anteilsbriefe in Frage gestellt werden und nur schwer überprüfbar sein (Fälschungsrisiko).⁶⁷⁴

Abzulehnen ist insb der Vorschlag von *Gehling*, wonach eine nachträgliche Geltendmachung statutarischer Verfügungsbeschränkungen innerhalb von sechs Monaten nach der Anteilsübertragung mittels eines Widerspruchs möglich wäre. Diese würde die

⁶⁶⁹ *Rodewig* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (690).

⁶⁷⁰ *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 165.

⁶⁷¹ *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 165.

⁶⁷² *Rodewig* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (690).

⁶⁷³ So aber der Vorschlag von *Ziemons*; s *Ziemons*, BB Beilage 7/2006, 9 (13): „Sieht man von den durch eine etwaige Beglaubigung entstehenden Kosten ab, ist die Verbriefung kostenneutral, da eine Verwahrung der Urkunden beim Gesellschafter erfolgt.“

⁶⁷⁴ *Rodewig* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (690).

Rechtssicherheit, die durch den gutgläubigen Erwerb geschaffen werden sollte, über einen Zeitraum von sechs Monaten nach der Übertragung in Frage stellen.

Andererseits könnte eine wertpapierrechtliche Lösung einige Fehlerquellen bei der Anteilsübertragung besser (bzw überhaupt erst) überwinden, als eine andere, zB auf der Gesellschafterliste basierende Regelung. So ist *Ziemons* zuzustimmen, dass die wertpapierrechtliche Lösung dem in der Praxis vorkommenden Problem der Unwirksamkeit von Anteilsübertragungen aufgrund einer ungenauen Bezeichnung der zu übertragenden Anteile entgegenwirken würde, denn durch die Notwendigkeit, „den übertragenen Geschäftsanteil verbriefenden GmbH-Anteilschein zu übergeben“ werden die relevanten Anteile eindeutig identifiziert.⁶⁷⁵

Die wertpapierrechtliche Lösung als Antwort auf den früher fehlenden gutgläubigen Erwerb konnte sich in Deutschland im Hinblick auf die grundlegenden Bedenken gegen eine solche Lösung nicht durchsetzen. Außer der Komplexität und möglicher Kosten einer solchen Lösung ist auch auf die Bedenken gegen eine Verbriefung von GmbH-Anteile im Allgemeinen hinzuweisen.⁶⁷⁶

II. Die Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen im Allgemeinen

Nachdem der Stand der Diskussion in Deutschland kurz erörtert wurde, wird nun für das österreichische Rechtssystem zu prüfen sein, ob ähnliche Bedenken gegen die Verbriefung von

⁶⁷⁵ Vgl *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 164.

⁶⁷⁶ Die deutsche und österreichische Haltung hinsichtlich der Verbriefung der GmbH-Anteile und deren vereinfachten Handelbarkeit im Allgemeinen sind vergleichbar und werden in dieser Arbeit nur hinsichtlich Österreich näher erörtert – s insb Punkt G.II.1 gleich unten. Für Deutschland vgl Begründung zum GmbHG, stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstages, VIII Legislaturperiode, 1890/1892, 12, Anlage Nr. 660, 3724 (3729): „[...] denn die formalen Voraussetzungen der Übertragung müssen in erster Linie Gewähr dafür bieten, dass die Antheilsrechte der neuen Gesellschaft nicht zu einem Gegenstande des Handelsverkehrs werden“, sowie ebendort: „Für die neue Gesellschaft wird die Formvorschrift auch auf obligatorische Geschäfte, welche zur Veräußerung von Geschäftsanteilen verpflichte, auszudehnen sein, da der spekulative Handel mit Gesellschaftsbeteiligungen, welcher hier verhindert werden soll, sich vornehmlich in Geschäften der bezeichneten Art zu vollziehen pflegt (§ 15 Absatz 3).“; BT-Drs 7/253 113 (zu § 52 Abs 2): „Während bisher ausdrücklich nur Vereinbarungen, durch welche die Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, der Formvorschrift unterworfen sind, erklärt der Entwurf auch die Übertragung eines Anspruchs auf Abtretung eines Geschäftsanteils für formbedürftig. Damit wird eine Lücke des geltenden Rechts geschlossen, die bisher einen unerwünschten formlosen Handel mit Geschäftsanteilen nicht völlig ausschloß.“; Begründung RegE BT-Drs 16/6140 30: „Das größte Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile bei der GmbH stellt nach wie vor das Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 dar. Die Entstehung eines Handels mit Geschäftsanteilen von GmbHs wie bei Aktien kann daher ausgeschlossen werden.“ Vgl auch *Kecker*, Die Fungibilisierung von GmbH-Anteilen 145 f und 161.

GmbH-Geschäftsanteilen im Allgemeinen bzw gegen die Einführung des gutgläubigen Erwerbs mithilfe einer wertpapierrechtlichen Lösung im Besonderen bestehen.

Bei der weiteren Untersuchung ist im Hinterkopf zu behalten, dass bei der Verbriefung von Rechten in Wertpapieren traditionell das Ziel der Steigerung der Verkehrsfähigkeit und Zirkulationsfähigkeit im Vordergrund steht.⁶⁷⁷ Sollte ein reger Handel mit GmbH-Anteilen nicht gewünscht oder angestrebt werden, so könnte es aber dennoch grundsätzlich möglich sein, die traditionelle Regelung hinsichtlich der Übertragung von Wertpapieren so zu modifizieren, dass ein gutgläubiger Erwerb trotz mangelnder Steigerung der Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen geschaffen wird.

Dabei soll darauf aufmerksam gemacht werden, dass ein reger Handel mit GmbH-Anteilen und dessen Inanspruchnahme durch (bzw auch Nützlichkeit für) die Gesellschaft im Allgemeinen denkbar wäre, was bereits das Beispiel von Deutschland insb Ende des 19. Jh. und Anfang des 20. Jh. zeigt.⁶⁷⁸

1. Regelung *de lege lata* und historische Bedenken gegen die Verbriefung

Die Möglichkeit der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen als Wertpapiere war dem historischen Gesetzgeber bekannt. Angesicht der gewichtigen Bedenken gegen diese Möglichkeit wurde der Idee der Verbriefung aber eine klare Absage erteilt. Dadurch sollen die GmbH-Geschäftsanteile einer der Aktien vergleichbaren Zirkulationsfähigkeit und „Negoziabilität“ entbehren, was die Gefahr verringert, dass „breite Schichten der Bevölkerung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so wie bei der Aktiengesellschaft, durch unsolide Gründungen in Zeiten wirtschaftlicher Krise in Mitleidenschaft gezogen werden könnten.“⁶⁷⁹

Somit schreibt § 75 Abs 3 S 1 GmbHG vor, dass den Gesellschaftern zwar über ihre Beteiligung Urkunden ausgestellt werden dürfen, die Übertragung solcher Urkunden durch Indossament

⁶⁷⁷ Vgl diesbezüglich Punkt G.IV.1 unten.

⁶⁷⁸ Zum wirtschaftlichen Bedürfnis nach einem Handel mit GmbH-Anteilen Anfang 20. Jh. vgl *Kecker*, Die Fungibilisierung von GmbH-Anteilen 12 ff und 59 f, jeweils mwN. *Kecker* nennt drei Formen eines solchen Handels, nämlich (i) Handel mit von den Gesellschaften eigens ausgestellten Anteilsscheinen (der auf „gewisse Unkenntnis bezüglich der rechtlichen Ausgestaltung der vom Gesetzgeber völlig neu geschaffenen Gesellschaftsform der GmbH“ zurückzuführen sei), (ii) Handel mit sogenannten Verfügungsrechten über die GmbH-Anteile und (iii) Handel mit formlos erteilter Vollmachten (diese besagten, dass ein Bank – Verkäufer der GmbH-Anteile – den Besitzer der Vollmacht als Käufer bei der Annahme- bzw Abtretungserklärung hinsichtlich der Anteile unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB – Insichgeschäfte – vertreten darf).

⁶⁷⁹ HHB 272 BlgHH 17. Sess 5, abgedruckt in *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 10.

aber wirkungslos ist. Die Urkunden dürfen auch nicht auf den Inhaber lauten (§ 75 Abs 3 S 2 GmbHG). Somit können ausgestellte Urkunden weder als Order- noch als Inhaberpapieren qualifiziert werden.⁶⁸⁰ Dadurch wird die Übertragung des Geschäftsanteils durch Übereignung des Wertpapiers (Inhaberpapiere) oder durch Übergabe des Papiers und ein Indossament (Orderpapiere) ausgeschlossen,⁶⁸¹ was die Umlauffähigkeit von Anteilen hintanhaltend soll.⁶⁸² Eine gegenteilige Regelung würde im Widerspruch zum Notariatsakterfordernis des § 76 Abs 2 GmbHG stehen.⁶⁸³ Auch wenn diese explizite Regelung nicht unabdingbar wäre,⁶⁸⁴ so hat der Gesetzgeber dies doch für nützlich gehalten, „um Täuschungen durch derlei Urkunden hintanzuhalten.“⁶⁸⁵ Auch die Verbriefung als Rektapapiere⁶⁸⁶ oder die Ausstellung von Dividendenscheinen, „von deren Einlieferung die Auszahlung des jährlichen Gewinnes abhängig gemacht wird“, ist unzulässig (§ 75 Abs 4 GmbHG).

Über die Sinnhaftigkeit, die Zirkulationsfähigkeit der GmbH-Geschäftsanteile zu begrenzen und über die Notwendigkeit des Notariatsakterfordernisses bei GmbH-Geschäftsanteilsübertragung als rechtspolitische Zielsetzung lässt sich streiten. Wird diese Sinnhaftigkeit bzw Notwendigkeit bejaht, so wird die Einführung der Möglichkeit, Wertpapiere über GmbH-Geschäftsanteile auszustellen, von Vorhinein in Frage gestellt werden müssen. Nimmt man an, dass die historischen Bedenken gegen die Verbriefung im Allgemeinen nicht mehr gelten, so ist der Weg eröffnet, über die Verbriefung von GmbH-Anteilen und den damit traditionell verbundenen gutgläubigen Erwerb zu diskutieren.

⁶⁸⁰ S ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 84, abgedruckt in *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 9; s auch uA *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 45; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 13; *Gellis*, GmbHG⁷ § 75 Rz 4; *Zollner* in *Torggler*, GmbHG § 75 Rz 12; vgl *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 75 Rz 29.

⁶⁸¹ *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 45; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 13; *Gellis*, GmbHG⁷ § 75 Rz 4; *Zollner* in *Torggler*, GmbHG § 75 Rz 12; vgl *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 75 Rz 29.

⁶⁸² Vgl *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 45.

⁶⁸³ *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 45 und § 76 Rz 14; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 13; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 710.

⁶⁸⁴ Dass keine Inhaber- bzw Orderpapiere über Geschäftsanteile ausgegeben werden dürfen ergibt sich nämlich schon daraus, dass der „vertragsmäßige Erwerb eines Geschäftsanteiles“ nur durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages oder durch Notariatsakt erfolgen kann. Vgl ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 84, abgedruckt in *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 9.

⁶⁸⁵ ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 84, abgedruckt in *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 9. Die explizite Regelung erlaubte auch den Versuch von Täuschungen mithilfe Verwendung von Urkunden über GmbH-Anteile unter Strafandrohung zu stellen, was auch ehemals vorgesehen war; s § 121 idF RGBI 1906/58, aufgehoben durch BGBl 1990/475.

⁶⁸⁶ *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 47; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 75 Rz 29; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 13; *Gellis*, GmbHG⁷ § 75 Rz 4; *Zollner* in *Torggler*, GmbHG § 75 Rz 14.

2. Argumente gegen die Verbriefung

Gegen die Verbriefung im Allgemeinen lässt sich zuerst einwenden, dass die Verbriefung der Anteile nicht unwesentliche (insb für kleine und mittlere Unternehmen) Kosten mit sich bringen würde.⁶⁸⁷ Vor allem ist an die Ausstellung der Anteilsurkunde und deren Verwahrung zu denken. Diese Kosten müssten die Gesellschaften selbst tragen. Für kleine, finanzschwächere Unternehmen könnten diese Kosten zum eventuellen Nutzen außer Verhältnis stehen. Dieses Ergebnis könnte gegenüber der Parallelsituation in Deutschland noch zugespitzt werden, solange man in Österreich weiterhin das Innehaben von nur einem einzelnen GmbH-Geschäftsanteil durch eine Person gestattet (§ 75 Abs 2 S 1 GmbHG). Neue Wertpapiere müssten auch dann neu ausgestellt werden, wenn in Folge einer Transaktion nur ein Teil eines bestehenden Anteils übertragen wird (soweit das überhaupt durch die Satzung erlaubt ist). Eine ähnliche Situation könnte auch in Deutschland bei einer allfälligen Einführung der Verbriefung von GmbH-Anteilen passieren, jedoch könnte sie durch eine entsprechende Stückelung der Anteile weitgehend verhindert werden.⁶⁸⁸ Aufgrund des im § 79 Abs 1 GmbHG vorgesehenen Erfordernisses, dass die Teilung eines Anteils an einer österreichischen GmbH nur zeitgleich mit dessen Veräußerung stattfindet, wäre eine Ausstellung von Wertpapieren für Teile des teilweise zu veräußernden Anteils in Vorbereitung einer Transaktion auch nicht möglich. In Anbetracht dessen wäre, falls man eine wertpapierrechtliche Lösung ins Leben rufen wollte, die Streichung der Regelung des § 75 Abs 2 S 1 GmbHG sinnvoll.

Des Weiteren wäre, wie notwendigerweise bei jeder Verbriefung in Papierform, diese Lösung mit einem nicht zu unterschätzenden Fälschungsrisiko verbunden.⁶⁸⁹

3. Verbriefung von GmbH-Anteilen im europäischen Vergleich

Auch wenn der gutgläubige Erwerb nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen im Allgemeinen auf wertpapierrechtlicher Verbriefung und somit auf international bekannten Strukturen aufbauen kann,⁶⁹⁰ so ist eine wertpapierrechtliche Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen

⁶⁸⁷ Vgl *Keinert*, Handbuch des Wertpapierrechts: nach österreichischem und deutschem Recht (2014) Rz 234; für Deutschland vgl *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 152 f.

⁶⁸⁸ Vgl § 5 Abs 2 dGmbHG, der seit dem Inkrafttreten von MoMiG das Innehaben von mehreren Anteilen an GmbH durch eine Person zulässt. Davor war das Innehaben mehrerer Anteile nur zulässig, wenn ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil weitere Geschäftsanteile erworben hat – s § 5 Abs 2 dGmbHG.

⁶⁸⁹ Für Deutschland vgl *Leeser*, Gutgläubiger Erwerb 34; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 152.

⁶⁹⁰ So *Gehling* in *Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, 685 (689).

(bzw der Anteile einer GmbH entsprechenden Gesellschaft) im Einzelnen in den westeuropäischen Staaten nur selten anzutreffen.⁶⁹¹

Anders war die Rechtslage in Liechtenstein. Das liechtensteinische Recht sah bis zum 31. Dezember 2016 eine Regelung vor, wonach eine Geschäftsanteilsübertragung entweder konstitutiv in dem Anteilsbuch einzutragen war⁶⁹² oder nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen folglich einer Verbriefung von Anteilen in Orderpapieren zu erfolgen hatte.⁶⁹³ Die Sinnhaftigkeit einer Verbriefung für die Praxis fehlte offensichtlich, was zur Abschaffung dieser Möglichkeit führte. Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem Bericht der liechtensteinischen Regierung,⁶⁹⁴ in dem festgehalten wurde, dass die Regelung in der Praxis kaum eine Rolle spielte und – sollte eine wertpapiermäßige Verbriefung von Anteilen gewünscht sein – es jederzeit offen steht, eine GmbH in eine AG umzuwandeln.⁶⁹⁵ Die mangelnde Praxisrelevanz der Regelung in Liechtenstein ist auch durch Zahlen belegt: von der früher vorhandenen Möglichkeit der Verbriefung von GmbH-Anteilen in Orderpapieren hat lediglich eine Gesellschaft (die inzwischen aber bereits gelöscht wurde) Gebrauch gemacht.⁶⁹⁶

⁶⁹¹ Vgl. *Albertz*, Die Verbriefung des GmbH-Geschäftsanteils in Deutschland und den EU-Staaten (1996) 202 ff; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 154 ff.

⁶⁹² Art 403 Abs 1 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR), Gesetz vom 20. Januar 1926, LGBI Nr. 4 vom 19. Februar 1926. Art 403 Abs 1 PGR lautet wie folgt: „Die Abtretung eines Geschäftsanteils ist nur dann wirksam, wenn sie den Gesellschaftern mitgeteilt und in das Anteilbuch eingetragen worden ist.“

⁶⁹³ Art 409 Abs 1 PGR aF: „Durch die Statuten kann abweichend von den vorausgehenden Vorschriften über die Geschäftsanteile bestimmt werden, dass diese als auf den Namen lautende Wertpapiere, welche gleich Namenaktien als Orderpapiere durch Indossament übertragbar sind, von der Gesellschaft ausgegeben werden dürfen.“ Für eine kurze Stellungnahme hinsichtlich dieser inzwischen abgeschafften Regelung s. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 159 f.

⁶⁹⁴ Bericht und Antrag der Regierung betreffend die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) (Revision des GmbH-Rechts) Nr 68/2016, Vaduz, 10.05.2016, abrufbar unter www.llv.li/files/srk/bua-068-2016-web.pdf (abgefragt am 9.02.2018).

⁶⁹⁵ „Art. 409 sieht bis dato die Möglichkeit vor, dass von der Gesellschaft über die Geschäftsanteile auf den Namen lautende Wertpapiere, welche gleich Namenaktien als Orderpapiere durch Indossament übertragbar sind, ausgegeben werden können. Diese Möglichkeit der wertpapiermässigen Verbriefung von GmbH-Anteilen soll künftig aufgegeben werden. Einerseits scheint diese in der Praxis kaum eine Rolle zu spielen, andererseits führt die Aufgabe dieser Möglichkeit zu höherer Rechtssicherheit in der Praxis des Handelsregisters. Zudem kann argumentiert werden, dass für das Halten fungibler Anteile die Aktiengesellschaft (AG) deutlich besser geeignet erscheint. Eine GmbH kann ja ohnehin, sollte der Wunsch einer wertpapiermässigen Verbriefung von Anteilen gegeben sein, jederzeit in eine AG umgewandelt werden.“ S. Bericht und Antrag der Regierung 68/2016 40.

⁶⁹⁶ Information laut einer Anfrage des Autors bei dem liechtensteinischen Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt in Vaduz (Amt für Justiz, Abteilungsleiter Handelsregister). Auch in Dezember 2007 hatte keine einzige der damals 71 eingetragenen GmbHs ihre Anteile in Wertpapieren verbrieft; s. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 160, ausgehend ebenso von einer solchen Anfrage.

III.Parallele zum Aktienrecht

Bei der Besprechung einer potenziellen Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen kann sich ein Blick auf die aktienrechtlichen Regelungen als nützlich erweisen. Diese Regelungen schreiben vor, dass die mit einer Aktionärsstellung verbundenen Rechte und Pflichten entweder durch die Übertragung des Eigentums an der Aktie (als Wertpapier) übergehen (Inhaberaktien) oder die Übertragung des Eigentums an dem Wertpapier eine der Voraussetzungen des Erwerbs (neben dem Indossaments) ist (Namensaktien). Infolge der Verbriefung der Aktien und Anwendbarkeit der sachenrechtlichen Übertragungsgrundsätze ist ein gutgläubiger Eigentumserwerb an diesen möglich. Das gilt sowohl für Inhaberaktien als auch für Namensaktien.⁶⁹⁷ Da sich jedoch Inhaberpapiere, wie noch nachfolgend näher zu erörtern sein wird,⁶⁹⁸ für die Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen in Anbetracht der Grundprinzipien des GmbH-Rechts nicht gut eignen, wird auf den gutgläubigen Erwerb von Inhaberaktien nicht näher eingegangen.

1. Der gutgläubige Erwerb bei Namensaktien

Gemäß § 62 Abs 1 S 2 AktG gelten hinsichtlich Namensaktien für die Form des Indossaments, den Rechtsausweis des Inhabers und seine Verpflichtung zur Herausgabe die Art 12, 13 und 16 WechselG sinngemäß. Art 16 Abs 2 iVm Abs 1 S 1 WechselG bestimmt des Weiteren, dass der neue Inhaber eines Wechsels, der sein Recht durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten nachweisen kann, zur Herausgabe des Wechsels nur verpflichtet ist, wenn er ihn (vom Nichtberechtigten) in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Soweit eine ununterbrochene Indossamentenkette vorhanden ist, wird auch ein Inhaber von Namensaktien diese nur dann herauszugeben haben, wenn er diese trotz Kenntnis über die Nichtberechtigung des Veräußerers erworben hat bzw wenn er über die Nichtberechtigung des Veräußerers grob fahrlässige Unkenntnis hatte.⁶⁹⁹ Dabei ist bei der Prüfung der groben Fahrlässigkeit ein strenger Maßstab anzulegen.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Nichts anderes gilt bei depotverwahrten, auf Inhaber lautenden Aktiensammelurkunden - vgl *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 10 Rz 46; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I² § 10 Rz 26. Näheres hinsichtlich Namensaktien s Punkt G.III.1 gleich unten.

⁶⁹⁸ S Punkt G.IV.3 unten.

⁶⁹⁹ Vgl *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 9 Rz 40; *Roth*, Grundriß des österreichischen Wertpapierrechts² (1999) 149.

⁷⁰⁰ OGH 7 Ob 758/79 SZ 52/164 = HS 11.802.

Somit erfolgt der gutgläubige Erwerb der Namensaktien gemäß Art 16 Abs 2 WechselG iVm § 62 Abs 1 AktG.⁷⁰¹ Da Aktien aber kausale Wertpapiere sind,⁷⁰² werden die Rechte und Pflichten des zugrunde liegenden Mitgliedschaftsverhältnisses unabhängig vom Inhalt der Aktienurkunde, von der Satzung und dem Gesetz determiniert.⁷⁰³ Ob ein lastenfreier gutgläubiger Erwerb möglich ist, ist strittig und hängt offensichtlich von der Definition der Lastenfreiheit ab.⁷⁰⁴ Ohne Zustimmung der Aktiengesellschaft ist bei einer vorhandenen Vinkulierung kein gutgläubiger Erwerb möglich und zwar unabhängig davon, ob die Aktienurkunden einen Hinweis auf die Vinkulierung enthalten.⁷⁰⁵ Hinsichtlich solcher Umstände, die nach dem Gesetz in der Aktienurkunde eingetragen werden sollen, darf sich der gutgläubige Erwerber auf den Rechtsschein berufen, wenn diese gänzlich fehlen bzw unvollständig oder unrichtig sind.⁷⁰⁶ Bspw muss der gutgläubige Erwerber die Einlagenrückstände, die aus einer Namensaktie nicht ersichtlich sind, nicht leisten.⁷⁰⁷

2. Entmaterialisierung der Aktienurkunden

Bei der Überprüfung der Möglichkeit, GmbH-Geschäftsanteile als Wertpapiere zu verbriefen, soll auch auf die Entwicklung der letzten Jahrzehnte eingegangen werden. Stellt sich heraus, dass eine traditionelle Verbriefung der Aktien in Papierform immer mehr in Frage gestellt wird, so könnte auch an dem Sinn und Zweck einer Verbriefung von GmbH-Anteilen gezweifelt werden. Aufgezeigt wird, dass die „Immobilisierung“ bzw „Entmaterialisierung“⁷⁰⁸ von Aktienurkunden ein sowohl bei Inhaberaktien als auch bei Namensaktien immer weiter ausgeprägtes Phänomen ist.

⁷⁰¹ Vgl Roth, Wertpapierrecht² 149.

⁷⁰² Keinert, Handbuch Rz 76; Roth, Wertpapierrecht² 148; Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 9 Rz 41; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² § 9 Rz 16; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² (1986) 26.

⁷⁰³ Roth, Wertpapierrecht² 10 und 148; Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 9 Rz 41; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² § 9 Rz 16; vgl auch Keinert, Handbuch Rz 76; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 26.

⁷⁰⁴ Den gutgläubigen lastenfreien Erwerb bei Inhaberaktien für möglich hält bspw Schopper. S Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 9 Rz 41. Ob das gleiche auch bei Namensaktien gilt, wird von Schopper nicht explizit angesprochen; Gründe, die diesbezüglich für eine Differenzierung zwischen Inhaber- und Namensaktien sprechen würden, sind aber nicht ersichtlich.

⁷⁰⁵ Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² § 62 Rz 23.

⁷⁰⁶ Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 9 Rz 41; vgl Roth, Wertpapierrecht² 148.

⁷⁰⁷ Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 9 Rz 15 und 41; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² § 9 Rz 11.

⁷⁰⁸ Vgl Roth, Das zukünftige Recht der Bucheffekten, ÖBA 2011, 607 (607).

2.1. Die sich aus der Verbriefung ergebenden Schwierigkeiten und deren Überwindung

Dass die traditionelle Einzelverbriefung von Aktien mit Schwierigkeiten verbunden ist, kann bereits aus den gesetzlichen Regelungen der §§ 9 und 10 AktG geschlossen werden.

Inhaberaktien sind in einer, gegebenenfalls in mehreren Sammelurkunden zu verbriefen (§ 10 Abs 2 S 2 AktG). Handelt es sich um eine börsennotierte Aktiengesellschaft, dann ist bzw sind diese bei einer Wertpapiersammelbank nach § 1 Abs 3 DepG zu hinterlegen (§ 10 Abs 2 S 3 AktG). Inhaberaktien dürfen in Österreich nur ausgestellt werden, wenn (i) die Gesellschaft börsennotiert ist oder (ii) wenn die Aktien nach der Satzung zum Handel an einer Börse zugelassen werden sollen (§ 10 Abs 1 AktG).

Bei Inhaberaktien von börsennotierten Aktiengesellschaften würde die klassische Einzelverbriefung, die grundsätzlich der Mobilität und dem leichten Verkehr dienen soll, nicht mehr eine Erleichterung, sondern vielmehr ein Hindernis für die Mobilität der Aktien darstellen.⁷⁰⁹

Bei Namensaktien ist eine Einzelverbriefung, aber auch eine Verbriefung in Aktienurkunden, nicht erforderlich. So bestimmt § 9 Abs 3 S 1 AktG, dass „der Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils ausgeschlossen oder eingeschränkt werden“ darf.⁷¹⁰

Als problematisch (vor allem bei der Einzelverbriefung von Aktien) sind insb (i) die Verwahrung von Aktienurkunden, die mit hohen Kosten verbunden ist, sowie (ii) die grundsätzliche Notwendigkeit der Entnahme eines Papiers aus der Verwahrung zur Vorlage bei der Geltendmachung des verbrieften Rechts anzusehen.⁷¹¹

Um diese Schwierigkeiten möglichst weitgehend zu beseitigen, werden Sammel- bzw Globalurkunden ausgestellt⁷¹² und diese in einer Wertpapiersammelbank verwahrt (Girosammelverwahrung). Eine Girosammelverwahrung nach § 4 DepG wird dann angenommen, „wenn der Verwahrer vertretbare Wertpapiere derselben Art ungetrennt von seinen eigenen Beständen derselben Art oder von solchen Dritter aufbewahrt“. Diese darf auch an einer Aktiensammelurkunde vorgenommen werden (§ 24(d) DepG). Es ist auch möglich,

⁷⁰⁹ Roth, ÖBA 2011, 607 (607); Keinert, Handbuch Rz 233; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 14.

⁷¹⁰ Zu den Zustimmungserfordernissen bei einem gänzlichen Ausschluss des Verbriefungsanspruches durch (nachträgliche) Satzungsänderung vgl § 9 Abs 3 S 2 AktG. Der Zustimmung von jedem einzelnen betroffenen Aktionär bedarf es aber bei einer Börsennotierung nicht – § 9 Abs 3 S 2 *in fine* AktG.

⁷¹¹ Vgl Keinert, Handbuch Rz 234 ff; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 14.

⁷¹² Um eine Aktiensammelurkunde handelt es sich dann, wenn eine einzige Urkunde eine Vielzahl von Einzelrechten verbrieft.

dass alle Aktien einer börsennotierten Aktiengesellschaft in einer einzigen Globalurkunde verbrieft sind, die bei einem Verwahrer aufliegt. Die Übertragung von Aktien benötigt keine Vorlage und Übergabe eines Papiers mehr,⁷¹³ sondern erfolgt durch Buchungsvorgänge. Zivilrechtlich wird mittelbarer Besitz des Eigentümers an der bei einem Drittverwahrer aufbewahrten Urkunde fingiert und die Übertragung des Besitzes durch Besitzanweisung erwirkt.⁷¹⁴ An der Global- bzw Sammelurkunde besteht Miteigentum der Aktionäre. Auch die Vorlage des Wertpapiers zum Zwecke der Geltendmachung des Rechts (bspw bei der Hauptversammlung) ist nicht mehr notwendig – diese wird durch die Depotbestätigung der depotführenden Bank nach §§ 10a, 111 Abs 2 AktG ersetzt.

2.2. Forderung nach Schaffung von Wertrechten und Unzweckmäßigkeit der Verbriefung in einem Papier

Den Ersatz der Sonderverwahrung von Urkunden durch die Sammelverwahrung und den weitgehenden Ersatz von Einzelurkunden durch Sammel- bzw Globalurkunden bezeichnet *Micheler* als zwei Entwicklungsschritte, mit Hilfe derer sich das Effekten giro „von einem System der Verwahrung hinterlegter körperlicher Dokumente zu einem unkörperlichen Übertragungssystem entwickelt“ hat.⁷¹⁵

Auch wenn trotz der Verbriefung in Sammelurkunden und verbreiteter Sammelverwahrung diesbezüglich immer noch über Aktien als Wertpapiere gesprochen wird, so schränkt die Verkörperung von Aktien in Sammelurkunden, die bei einem Verwahrer aufliegen, faktisch die traditionell mit Wertpapieren verbundene Vorlage- und Legitimationsfunktion ein.⁷¹⁶ Es wird daher zutreffend von „Zurückdrängung des Verkörperungselements“ bzw „Funktionsverlust des Wertpapiers“ gesprochen.⁷¹⁷ Um eine solche „Fiktion“ der Verbriefung⁷¹⁸ zu beheben, gibt

⁷¹³ Keinert, Handbuch Rz 238; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 18 f.

⁷¹⁴ So die hL; s *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I² § 10 Rz 24; *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 10 Rz 39; *Micheler*, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht: Zu einer kapitalmarktrechtlichen Theorie des Wertpapierrechts. Effekten nach österreichischem, deutschem, englischem und russischem Recht (2004) 167; *Iro* in *Apathy/Iro/Kozioł* (Hrsg), Bankvertragsrecht Band II² Konto und Depot (2008) Rz 4/113 ff; *Dokalik*, Der Nachweis der Aktionärsseigenschaft nach dem Entwurf eines ARÄG 2009, GesRZ 2008, 329 (330); vgl *Oppitz* in *Apathy/Iro/Kozioł* (Hrsg), Bankvertragsrecht Band VI² Kapitalmarkt (2007) Rz 2/178.

⁷¹⁵ *Micheler*, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht 149. Zur historischen Entwicklung von Sammelverwahrung s ebendort 149 f mwN, zur Ursachen für Verbreitung von Sammel- bzw Globalurkunden s ebendort 150 f mwN. Für einen Überblick über diesbezügliche Entwicklungen in Deutschland vgl bspw *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 14 ff.

⁷¹⁶ *Keinert*, Handbuch Rz 238; *Roth*, Wertpapierrecht² 138.

⁷¹⁷ *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 14.

⁷¹⁸ Es darf bereits die Frage gestellt werden, ob es sich bei Aktien börsennotierter Aktiengesellschaften überhaupt um Wertpapiere handelt, da nur eine einzige Globalurkunde bzw einige Sammelurkunden ausgestellt wurde(n).

es seitens der Literatur die Anregung, (auch hinsichtlich Aktien) sogenannte „Wertrechte“ zu schaffen,⁷¹⁹ die als Effekten, bei denen keine Verbriefung stattgefunden hat, definiert werden können.⁷²⁰ Bei Wertrechten wird zutreffend nicht mehr über Wertpapiere gesprochen, da die Verbriefung durch die Eintragung der Rechte in einem Register ersetzt wird.⁷²¹ Zu den Vorteilen einer solchen Lösung zählen der Entfall der Kosten für die Herstellung, die Aufbewahrung und Verwaltung eines Wertpapiers sowie der Ausschluss der Gefahr, dass eine (Sammel-)Urkunde verloren geht.⁷²² Auch wenn der Schritt zu den Wertrechten bei Aktien (noch) nicht gewagt wurde, so zeigt die Entwicklung der letzten Jahrzehnte deutlich, dass von der Einzelverbriefung von Aktienurkunden und dessen Übertragung mit Hilfe physischer Übergabe abgegangen wurde. Die Wertpapiere sind vielmehr insoweit „immobilisiert“ bzw. „entmaterialisiert“, dass die Rechteinhaber (Aktionäre) diese nicht mehr physisch innehaben müssen, um ihre Rechte geltend zu machen oder zu übertragen. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Papierform insb für Aktien, die an der Börse handelbar sind und schnell übertragen werden sollen, nicht praktikabel ist.⁷²³ Auch wenn GmbH-Anteile nicht börsennotiert sein sollten, so stellt die „Entmaterialisierung“ der Verbriefung bei Aktien ein Indiz gegen die Einführung der Verbriefung von GmbH-Anteilen dar.⁷²⁴

IV. Mögliche Ausgestaltung des gutgläubigen Erwerbs und Stellungnahme

Will man die Verbriefung von Geschäftsanteilen zulassen, dann sollen insb auch die für die Zwecke einer solchen Verbriefung relevanten Funktionen der Wertpapiere berücksichtigt werden. Lassen sich die wertpapierrechtlichen Funktionen mit dem durch die Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen verfolgten und für diese Arbeit relevanten Zweck nicht gut vereinbaren, so könnte dies einer Verbriefung schon im Vorhinein entgegengehalten werden. In Anbetracht dessen, dass die wertpapierrechtlichen Funktionen durch verschiedene Arten von Wertpapieren verschieden stark geprägt sind, soll nachfolgend eine Auswahl der zur Verfügung stehenden Wertpapierarten, also insb zwischen der Verbriefung als Order- oder Inhaberpapier, getroffen werden. Zusammen mit den Überlegungen zu einer möglichen Ausgestaltung der

Diese sind für die Vorlage bei Geltendmachung bzw Übertragung unbrauchbar und mit den üblichen Funktionen von Wertpapieren doch nur schwer bzw nicht zu vereinbaren. Vgl Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 19.

⁷¹⁹ So bspw Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 17; vgl auch Keinert, Handbuch Rz 238 ff.

⁷²⁰ Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 17.

⁷²¹ Ähnlich einem Grundbuch. S Keinert, Handbuch Rz 241.

⁷²² Keinert, Handbuch Rz 242.

⁷²³ Vgl Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 163.

⁷²⁴ So auch Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 163.

Regelung im Detail, wird es dann möglich sein, die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Einführung einer wertpapierrechtlichen Lösung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen endgültig zu klären.

1. Legitimationsfunktion eines Wertpapiers und daran knüpfender gutgläubige Erwerb

Seitens der Literatur wurden mehrere verschieden weit definierte Funktionen der Verbriefung eines Rechts bzw Funktionen der Wertpapiere genannt.⁷²⁵ Von diesen ist für den gutgläubigen Eigentumserwerb an einem Recht vor allem die Legitimationsfunktion maßgeblich, an die der gutgläubige Erwerb anknüpft.⁷²⁶ Das bedeutet, dass ein Inhaber eines Inhaberpapiers bzw ein Inhaber eines Namenspapiers, der eine lückenlose Indossamentenkette vorweisen kann, gegenüber einem potenziellen Erwerber als Rechtsinhaber gilt (auch wenn dieser kein Rechtsinhaber ist, weil er bspw das Wertpapier gestohlen hat).⁷²⁷ Es wird somit der Rechtsschein geschaffen, dass der Veräußerer auch Berechtigter ist und seine Rechtsstellung (in unserem Fall wäre das die Stellung eines GmbH-Gesellschafters) auch wirksam veräußern darf. Ist der so „legitimierte“ Veräußerer zugleich Nichtberechtigter, so erwirbt der gutgläubige Erwerber die Rechte nicht derivativ, sondern originär kraft guten Glaubens.

Da die Verbriefung traditionell der Steigerung der Umlauffähigkeit dient, gleichzeitig aber davon auszugehen ist, dass diese bei GmbH-Anteilen nicht gewünscht ist,⁷²⁸ soll nunmehr untersucht werden, welche Wertpapierarten diese Voraussetzungen am besten erfüllen könnten.

2. Außerachtlassen der Wertpapiere im weiteren Sinne

Die Auswahl zwischen den zur Verfügung stehenden Wertpapierarten, die für die Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen vorgesehen werden könnten, soll sich nach dem Zweck der Verbriefung richten. In Anbetracht der vorausgesetzten Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs als Ziel der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen fällt die Auswahl zwischen den

⁷²⁵ So nennt bspw *Roth* die Legitimations-, die Garantie- und die Transportfunktion; s *Roth*, Wertpapierrecht² 6. Es wird aber auch über Liberationsfunktion, Vorlagefunktion sowie Gewährleistungsfunktion gesprochen; vgl *Keinert*, Handbuch Rz 167 f und 176 ff; *Roth*, Wertpapierrecht² 7 und 12. In der Literatur wird idZ außer über „Wertpapierfunktionen“ auch über „Wertpapiergrundsätzen“ bzw „Wertpapiereigenschaften“ gesprochen; vgl *Keinert*, Handbuch Rz 159.

⁷²⁶ Vgl für den Wechsel *Keinert*, Handbuch Rz 1029.

⁷²⁷ Die Legitimation ist somit von der Berechtigung streng zu unterscheiden. So hat der Berechtigte das Recht, der Legitimierte demgegenüber den Rechtsschein; s *Keinert*, Handbuch Rz 21.

⁷²⁸ Vgl Punkte G.II.1 oben.

Wertpapieren im weiteren Sinn und Wertpapieren im engeren Sinn zugunsten der Letztgenannten aus. Als Wertpapiere im weiteren Sinn sind Urkunden zu verstehen, die ein (Privat-)Recht derart verbriefen, dass die Geltendmachung des Rechts durch das Innehaben der Urkunde privatrechtlich bedingt ist.⁷²⁹ Die Wertpapiere im engeren Sinn⁷³⁰ sind demgegenüber solche Urkunden, bei denen (zusätzlich) die Verfügung über das Recht durch Verfügung über das Papier erfolgt.⁷³¹ Bei Wertpapieren im engeren Sinn gilt somit die Regel,⁷³² dass das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt.⁷³³ Es liegt daher eine Versachlichung, Verdinglichung bzw Verkörperung des Rechts vor.⁷³⁴ Die Wertpapiere im weiteren Sinne (zB Rektapapiere) können also als solche Wertpapiere, die nicht zugleich Wertpapiere im engeren Sinn sind, definiert werden.

Als Konsequenz der „Versachlichung“ von Rechten durch Verbriefung genießen Wertpapiere im engeren Sinne einen erhöhten Verkehrsschutz, da diese Rechte nunmehr auch nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen werden.⁷³⁵ Der erhöhte Verkehrsschutz manifestiert sich einerseits in der Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs und andererseits im Einwendungsausschluss.⁷³⁶ Der Gutgläubenserwerb ist gemäß §§ 367 bzw 371 ABGB möglich, soweit keine gesonderte Regelung durch den Gesetzgeber vorgesehen wurde.⁷³⁷ Somit wird durch die Publizitätswirkung des Besitzes der Urkunde der Erwerb vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens zur Verfügung gestellt.⁷³⁸ Der Einwendungsausschluss hat demgegenüber den Inhalt, dass der gute Glaube des Erwerbers an die inhaltliche Richtigkeit der Urkunde geschützt wird – grundsätzlich wird also das Recht so erworben, wie es in der Urkunde umschrieben ist (skripturrechtliche Wertpapiere).⁷³⁹ Der Einwendungsausschluss ist eine typische,⁷⁴⁰ aber nicht notwendige Charakteristik der Wertpapiere im engeren Sinn. So stellt zB eine Aktie kein skripturrechtliches, sondern ein kausales und materiellrechtliches Wertpapier dar, weil sich das

⁷²⁹ Keinert, Handbuch Rz 16; vgl auch Zöllner, Wertpapierrecht: ein Studienbuch¹⁴ (1987) 18.

⁷³⁰ Manchmal auch „echte Wertpapiere“ genannt; so Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 3.

⁷³¹ Keinert, Handbuch Rz 30.

⁷³² Zur Ausnahmen s nur Keinert, Handbuch Rz 30 und insb FN 28 mwN.

⁷³³ Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 3; Keinert, Handbuch Rz 30; vgl Roth, Wertpapierrecht² 7.

⁷³⁴ Vgl Keinert, Handbuch Rz 31.

⁷³⁵ Bspw Keinert, Handbuch Rz 32; vgl Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 3.

⁷³⁶ Keinert, Handbuch Rz 33 f; vgl Roth, Wertpapierrecht² 14.

⁷³⁷ Vgl Art 16 Abs 2 WechselG für Wechsel und Art 21 SchG für Scheck.

⁷³⁸ Keinert, Handbuch Rz 33; vgl Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 9.

⁷³⁹ Keinert, Handbuch Rz 34.

⁷⁴⁰ Vgl Art 17 WechselG, Art 22 SchG.

Recht eines Aktionärs nicht nach der Aktienurkunde, sondern nach dem Inhalt der Satzung (und des Gesetzes) richtet und die Rechte des Aktionärs bereits vor der Verbriefung bestehen.⁷⁴¹

Mit dem erhöhten Verkehrsschutz geht eine erhöhte Umlauf- bzw Verkehrsfähigkeit einher; insb können verbriefte Geldforderungen (wie bei einem Wechsel oder Scheck) wie körperliche bewegliche Sachen gehandelt werden.⁷⁴² Deswegen bezeichnet man solche Wertpapiere als Verkehrspapiere, Umlaufpapiere oder Wertpapiere öffentlichen Glaubens.⁷⁴³

Demgegenüber ermöglichen Wertpapiere im weiteren Sinne, insb Rektapapiere, keine Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs. Wird ein Rektapapier (außer von dem im Papier Bezeichneten, der nur seine Identität nachzuweisen braucht) vorgelegt, so kann die Gegenseite verlangen, dass der Erwerb des in der Urkunde umschriebenen Rechts (bspw durch Vorlage einer Abtretungsurkunde) nachgewiesen wird.⁷⁴⁴ In diesem Falle ist für die Geltendmachung des Rechts die Inhaberschaft des Dokuments erforderlich, jedoch nicht ausreichend;⁷⁴⁵ die Berechtigung des Inhabers wird nicht vermutet.⁷⁴⁶ Somit kommt solchen Wertpapieren kein Gutglaubensschutz zugute.⁷⁴⁷ Will man bei der Einführung des gutgläubigen Erwerbs durch die Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen systemkonform bleiben, dann müsste man die Anteilsurkunde als Wertpapier im engeren Sinne gestalten. Die Wertpapiere im weiteren Sinne eignen sich für die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen nicht und bleiben bei den weiteren Ausführungen außer Betracht.

3. Vorteil von Orderpapieren gegenüber Inhaberpapieren

Einen gutgläubigen Erwerb können sowohl Inhaber- als auch Orderpapiere gewährleisten.⁷⁴⁸ Bei Inhaberpapieren handelt es sich um Urkunden, aufgrund deren jeder Inhaber („Überbringer“) von diesen legitimiert ist.⁷⁴⁹ Mit anderen Worten, es gilt hinsichtlich jedes Inhabers die Vermutung, dass dieser das Recht aus dem Papier innehat und damit berechtigt

⁷⁴¹ Roth, Wertpapierrecht² 148; Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 9 Rz 41; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² § 9 Rz 16; vgl auch Keinert, Handbuch Rz 76; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 26.

⁷⁴² Keinert, Handbuch Rz 35.

⁷⁴³ Vgl Keinert, Handbuch Rz 35 mwN.

⁷⁴⁴ Vgl Keinert, Handbuch Rz 41 mwN.

⁷⁴⁵ Vgl Roth, Wertpapierrecht² 11; Keinert, Handbuch Rz 41 mwN.

⁷⁴⁶ Keinert, Handbuch Rz 42; vgl Roth, Wertpapierrecht² 11.

⁷⁴⁷ Keinert, Handbuch Rz 29 und 49; vgl Roth, Wertpapierrecht² 11.

⁷⁴⁸ Vgl bereits Punkt G.IV.2 oben.

⁷⁴⁹ Keinert, Handbuch Rz 59; vgl Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² 24.

ist.⁷⁵⁰ Für die Übertragung des Rechts werden nur die Einigung und Übergabe (des Papiers) vorausgesetzt.⁷⁵¹ Die in Inhaberpapieren (wie auch in Orderpapieren) verbrieften Rechte können aber auch nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen (Zession, Erbfolge, Gesamtrechtsnachfolge im Zuge von Umgründungen) übertragen werden.⁷⁵² Inhaberpapiere gewährleisten die weitestgehendste Umlauffähigkeit von verbrieften Rechten.⁷⁵³ Demgegenüber wird in Orderpapieren eine namentlich bestimmte Person als Berechtigter ausgewiesen.⁷⁵⁴ Die im Papier angeführte Person kann des Weiteren durch Indossament (einen schriftlichen, unterschriebenen Übertragungsvermerk auf dem Papier)⁷⁵⁵ eine andere Person als Berechtigten (Gläubiger) nennen (Order).⁷⁵⁶ Der im Papier Bezeichnete ist somit legitimiert, soweit er das Papier vorweisen kann und soweit eine geschlossene Kette von Indossamenten zu ihm führt (soweit Indossamente bereits stattgefunden haben).⁷⁵⁷

Für die Übertragung eines Orderpapiers (nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen) wird außer der Einigung und Übergabe des Papiers auch ein Indossament vorausgesetzt.⁷⁵⁸

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass weder Orderpapiere noch Inhaberpapiere bei klassischer Ausgestaltung der Übertragung mit der derzeit für die Übertragung des Geschäftsanteils vorgesehenen Form des Notariatsaktes vereinbar wären. Die Ausgestaltung der Übertragung eines Geschäftsanteils als Wertpapier müsste also angepasst werden, um den durch die Notariatsaktform verfolgten Zwecken so weit wie möglich Rechnung zu tragen.

Auch wenn von der Form des Notariatsaktes abgesehen werden sollte, so wäre zumindest die notarielle Beglaubigung der Unterschriften anzuraten. Selbst das ist aber bei Inhaberpapieren undenkbar, da die Übertragung durch bloße Übergabe stattfindet und dabei keine Unterschriften zu leisten sind. Es wäre theoretisch möglich, den bloßen Akt der Übergabe von einem Notar beurkunden zu lassen, indem dieser die Übergabe an eine bestimmte Person in den Urkunden festhalten müsste (bspw. „Es wird bestätigt, dass die Person X der Person Y diese Urkunde übergeben hat“). Doch wäre eine solche Ausgestaltung sinnlos. Die Übertragung eines

⁷⁵⁰ Vgl. *Keinert*, Handbuch Rz 59; vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 24.

⁷⁵¹ *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 24; *Keinert*, Handbuch Rz 61.

⁷⁵² *Keinert*, Handbuch Rz 59 und 54; vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 25.

⁷⁵³ Vgl. *Keinert*, Handbuch Rz 61.

⁷⁵⁴ *Keinert*, Handbuch Rz 51; vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 22; *Roth*, Wertpapierrecht² 10; *Zöllner*, Wertpapierrecht¹⁴ 13.

⁷⁵⁵ Vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 23; *Roth*, Wertpapierrecht² 7 und 10; *Keinert*, Handbuch Rz 52.

⁷⁵⁶ *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 22; vgl. *Keinert*, Handbuch Rz 51; *Roth*, Wertpapierrecht² 10.

⁷⁵⁷ Vgl. *Roth*, Wertpapierrecht² 10; *Keinert*, Handbuch Rz 51.

⁷⁵⁸ *Roth*, Wertpapierrecht² 10; *Keinert*, Handbuch Rz 51; vgl. *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere¹² 23.

„Inhaberpapiers“ würde an die Übertragung bei Orderpapieren angeglichen werden. Dabei müsste die Anweisung (Indossament) nicht durch den früheren Inhaber gesetzt werden, sondern würde durch den notariellen Vermerk zur Übergabe ersetzt werden. Der neue Begünstigte müsste aber auf dem Wertpapier genannt werden.

Die notarielle Beurkundung der Unterschriften eines Indossaments bei Orderpapieren ist demgegenüber möglich. Sie könnte sich für die Beschränkung der Zirkulationsfähigkeit von verbrieften GmbH-Geschäftsanteilen zumindest in einem gewissen Grad als nützlich erweisen. Die Beglaubigung der Unterschrift wäre im Vergleich zu dem derzeit notwendigen Notariatsakt auch günstiger.

4. Ausgestaltung im Detail

Aus dem oben Gesagtem⁷⁵⁹ ergibt sich somit, dass der Gutglaubensschutz von GmbH-Anteilen nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen, ähnlich wie das bei Namensaktien der Fall ist,⁷⁶⁰ ausgestaltet werden könnte. Dem gesetzgeberischen Ziel, die Umlauffähigkeit von GmbH-Anteilen zumindest in einem gewissen Maße hintanzuhalten, würde auf diese Art und Weise jedenfalls besser entsprochen als dies bei der Verbriefung als Inhaberpapiere der Fall wäre. Dadurch wäre auch gewährleistet, dass GmbH-Anteile weiterhin einem börsenartigen Handel entzogen bleiben. Ein Blankoindossament sollte nicht möglich sein. Wäre die Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils durch bloße Übergabe des Wertpapiers mit nicht ausgefülltem Blankoindossament möglich, dann würde die notarielle Beurkundung umgangen werden. Damit würde man die gesetzgeberische Zielsetzung der Einschränkung der Umlauffähigkeit von GmbH-Anteilen unterlaufen.

Hinsichtlich des Umfangs des gutgläubigen Erwerbs wäre es vorzugswert, dass die Rechte und Pflichten der dem GmbH-Anteil zugrundeliegenden Gesellschafterstellung inhaltlich von der Satzung und dem Gesetz determiniert werden, wie das schon bei den Aktien der Fall ist.⁷⁶¹ Somit sollte bspw eine in der Satzung festgeschriebene Vinkulierung bei einer fehlenden entsprechenden Zustimmung dem Erwerb entgegenstehen. Demgegenüber wäre an einen lastenfreien Erwerb, insb an das Erlöschen eines Pfandrechts am Anteil bzw des Fruchtgenussrechts in Folge des gutgläubigen Erwerbs, zu denken. Ein lastenfreier Erwerb und

⁷⁵⁹ S Punkte G.IV.1 bis G.IV.3 oben.

⁷⁶⁰ S Punkt G.III.1 oben.

⁷⁶¹ Vgl Punkt G.III.1 oben.

dessen Ausgestaltung wären aber als gesonderte Materie in einem zweiten Schritt zu behandeln, nachdem die wertpapierrechtliche Lösung der Einführung eines gutgläubigen Erwerbs empfohlen wurde.⁷⁶²

In Anbetracht der Entwicklungen bei Aktien (Effektengiro, Entmaterialisierung),⁷⁶³ kann auch das Effektengiro bei GmbH-Anteilen kurz angedacht werden. Schon auf den ersten Blick muss aber auffallen, dass das Effektengiro der Zuführung der Anteile dem Kapitalmarkt und einem regen Handel mit den Anteilen dient. Wären Buchungsvorgänge zur Übertragung von GmbH-Anteilen ausreichend, dann wäre bildlich gesprochen einem regen Handel mit GmbH-Anteilen die Tür geöffnet. Das soll aber gerade nicht geschehen.

5. Kritikpunkte

Die Beispiele mehrerer europäischer Länder, die der wertpapierrechtlichen Verbriefung von GmbH-Anteilen eine Absage erteilen,⁷⁶⁴ insb auch das Beispiel von Liechtenstein, wo eine solche Möglichkeit aufgegeben wurde, zeigen,⁷⁶⁵ dass eine wertpapierrechtliche Verbriefung von Anteilen an Gesellschaften, die der österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsprechen, nicht verbreitet ist.⁷⁶⁶ Bereits diese Tatsache ist ein Indiz (jedoch kein ausreichender Beweis) dafür, dass der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen nach wertpapierrechtlichem Muster keine bevorzugte Lösung ist.

Bei einem gutgläubigen Erwerb nach wertpapierrechtlichem Muster könnte insb die Vielfalt der Rechtsscheinträger als problematisch empfunden werden. Einerseits könnten die Wertpapiere gutgläubig erworben werden, andererseits soll im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gelten, der auch im Firmenbuch eingetragen ist (§ 78 Abs 1 GmbHG). Zweck der letztgenannten Bestimmung ist es, der Gesellschaft über die Gesellschafterstellung Klarheit zu verschaffen.⁷⁶⁷ Dieser Zweck kann nicht durch die Einführung einer Verbriefung von

⁷⁶² S zur Sinnhaftigkeit des lastenfreien Erwerbs unten insb Punkt H.II.4, sowie bereits oben bei Kritik der deutschen Lösung im Punkt B.VI.4.

⁷⁶³ S Punkt G.III.2 oben.

⁷⁶⁴ Vgl *Albertz*, Die Verbriefung 202 ff.

⁷⁶⁵ S Punkt G.II.3 oben.

⁷⁶⁶ Vgl *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 160, der über die Widerlegung der „These von der Internationalität und Praxisfreundlichkeit einer wertpapierrechtlichen Lösung“ spricht.

⁷⁶⁷ Zuletzt OGH 6 Ob 1/10f RWZ 2010/45 (*Wenger*) = GES 2010, 19 = GesRZ 2010, 226 (*Schopper*) = NZ 2010/59 = ecolex 2010/282 = AnwBl 2010, 569 = JAP 2010/2011/10 (*Rauter*) = RdW 2010/365 = JusGuide 2010/16/7460: „Diese Bestimmung soll [...] der Gesellschaft, ausschließlich in ihrem Interesse, Klarheit darüber verschaffen, aus welchen Personen sich der Gesellschafterkreis zusammensetzt und wer daher berechtigt ist, Gesellschafterrechte auszuüben (zB das Stimmrecht in der Generalversammlung)“; s auch OGH 10 Ob 132/05t

GmbH-Anteilen in Wertpapieren erreicht werden.⁷⁶⁸ Die Eintragung der Gesellschafter ins Firmenbuch dient außerdem auch als wichtige Informationsquelle für Dritte, auf die man nicht verzichten sollte.⁷⁶⁹ Durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen verkörpernden Wertpapieren, würde eine – neben der Firmenbucheintragung, auch wenn diese keine Grundlage für den gutgläubigen Erwerb bilden soll – zweite Legitimationsquelle geschaffen werden. Das würde die Rechtslage zusätzlich komplizieren.

Auch die Analyse der Kosten der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen und die Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs nach wertpapierrechtlichen Muster würde wahrscheinlich kein positives Ergebnis im Vergleich zu der derzeitigen Regelung des GmbH-Rechts aufweisen. Dabei ist anzumerken, dass auch die anderen potenziellen Lösungen der Einführung des gutgläubigen Erwerbs in kleinerem oder größerem Umfang mit einer Erhöhung der Kosten verbunden wären. Wird die Verkehrssicherheit durch die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs gesteigert, dann können auch gewisse Kosten in Kauf genommen werden. Die Kosten sollen aber verhältnismäßig sein. Die genaue Abschätzung der Kosten einer Verbriefung von GmbH-Anteilen kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgenommen werden. In Anbetracht anderer gewichtiger Argumente, die gegen die wertpapierrechtliche Lösung sprechen, würde die Berücksichtigung der Kosten der Verbriefung auch kein ausschlaggebendes Argument für oder gegen die Einführung des gutgläubigen Erwerbs mittels einer wertpapierrechtlichen Lösung darstellen.

V. Zusammenfassung des Kapitels

Als eine Alternativlösung für den in Deutschland umgesetzten gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen wurde des öfteren eine wertpapierrechtliche Lösung vorgebracht und erörtert. Damit war eine fakultative Möglichkeit für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung gemeint, ihre Anteile als Wertpapiere zu verbriefen und in der Folge den gutgläubigen Erwerb nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen zu ermöglichen. Eine solche Vorgehensweise ist auch in Österreich denkbar, jedoch – aus mehreren Gründen – nicht zu empfehlen.

Gegen eine wertpapierrechtliche Lösung sprechen bereits die traditionell gegen die Verbriefung vorgebrachten Argumente, somit insb das Notariatsakterfordernis des § 76 Abs 2 GmbHG, der

AnwBl 2008, 57 = ecolex 2006/396 = ÖRPfI 2008 H 2, 37 = RdW 2006/463 = HS 37.139 = HS 37.148 = HS 37.150.

⁷⁶⁸ So zum deutschen Recht *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 154.

⁷⁶⁹ Das gleiche gilt hinsichtlich der Gesellschafterliste im deutschen Recht. S *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 154.

Wunsch nach Unterbindung der Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität der GmbH-Anteile sowie die nicht unwesentlichen Kosten einer Verbriefung.

Auch eine Parallele zum Aktienrecht lässt die Verbriefung von GmbH-Anteilen in körperliche Wertpapiere, die dem Handel an einer Börse entzogen werden sollen, zweifelhaft erscheinen. In den Zeiten der Digitalisierung ist der Handel mit Aktien weitgehend entmaterialisiert worden. Durch die Verwahrung von Sammel- bzw Globalurkunden und die Ermöglichung des Erwerbs von Aktien durch bloße Buchungsvorgänge – Effekten giro – wurde ein unkörperliches Übertragungssystem geschaffen, dessen Entwicklung die Verbriefung von Anteilen in Wertpapieren in Frage stellt. In Anbetracht dessen müsste das Bestreben nach Verkörperung von GmbH-Anteilen als veraltet gesehen werden.

Sollte der Weg der wertpapierrechtlichen Lösung trotz dieser Bedenken bestritten werden, so ist anzunehmen, dass GmbH-Anteile als Namenspapiere und nicht Inhaberpapiere ausgestaltet werden. Durch die Voraussetzung einer notariellen Beurkundung von Indossamenten für die Übertragung von Anteilen könnte den Bedenken hinsichtlich der Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität teilweise entsprochen werden.

Es ist aber in Anbetracht der Ausführungen in diesem Kapitel sowie in den zwei früheren Kapiteln bezüglich einer firmenbuchrechtlichen Lösung zu konstatieren, dass eine wertpapierrechtliche Lösung einer auf dem Firmenbuch basierenden Regelung aus mehreren Gründen weichen muss.

H. Lastenfreier gutgläubiger Erwerb

Ein lastenfreier gutgläubiger Erwerb bedeutet, dass ein gutgläubiger Erwerber ein Rechtsobjekt so erwerben kann, als ob dieses mit keinem dinglichen Recht belastet wäre. Ein lastenfreier Erwerb darf somit auch als „Wegerwerb“ von dinglichen Rechten verstanden werden. Ein Rechtsobjekt wird somit frei von Belastungen erworben, wenn der Erwerber das Rechtsobjekt für unbelastet halten darf. Die folgenden Ausführungen beziehen sich naturgemäß sowohl auf einen Fall, in dem ein belasteter Geschäftsanteil gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben wird, als auch auf einen Fall, in dem ein tatsächlicher Inhaber des Geschäftsanteils (Gesellschafter) einen belasteten Geschäftsanteil verkauft und der Erwerber ihn lastenfrei erwerben könnte. Denn soweit ein lastenfreier Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglicht wird, umso mehr soll dieser im Falle des Erwerbs vom (hinsichtlich des GmbH-Anteils selbst) Berechtigten erfolgen können.

Rechtsobjekte können generell nicht nur deswegen lastenfrei erworben werden, weil die Erwerber über die an den Objekten haftenden dinglichen Rechten keine Kenntnis haben (und

insoweit diesbezüglich gutgläubig waren). Vielmehr erfordert die Durchbrechung des Grundsatzes *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (§ 442 S 3 ABGB) einer gesetzlichen Stütze.

In Österreich können bspw bewegliche Sachen oder Liegenschaften idS lastenfrei erworben werden.⁷⁷⁰ Demgegenüber können GmbH-Geschäftsanteile nicht gutgläubig lastenfrei erworben werden und zwar auch dann nicht, wenn der Erwerb vom wahren Berechtigten erfolgt.⁷⁷¹

Wie bereits oben im Rahmen des Punktes B.VI.4 dargestellt, wurde in Deutschland die fehlende Möglichkeit, GmbH-Geschäftsanteile lastenfrei zu erwerben, teilweise heftig kritisiert und als rechtspolitisch nicht überzeugend gewertet.⁷⁷² Es wurde vor allem hervorgehoben, dass eine – trotz erforderlicher Sorgfalt nicht erkannte – Verpfändung eines GmbH-Geschäftsanteils dazu führen kann, dass ein gutgläubig erworbener (oder aber auch ein vom Berechtigten erworbener) GmbH-Anteil durch den Pfandgläubiger verwertet wird und in der Folge der Erwerber eines GmbH-Anteils diesen verliert. Auch die Belastung eines GmbH-Anteils mit einem Nießbrauch (Fruchtgenussrecht in Österreich)⁷⁷³ kann zu einer erheblichen Entwertung des Anteils führen. Diese Kritik der Regelung in Deutschland soll nun bei der Auseinandersetzung mit einer allfälligen Einführung des lastenfreien gutgläubigen Erwerbs in Österreich im Auge behalten werden.

I. Ersichtlichmachung der Belastungen als Voraussetzung

Wie bereits erwähnt, muss ein gutgläubiger Erwerber, falls man diesem die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs gestatten will, das Rechtsobjekt für unbelastet halten können. Es muss also ein Rechtsscheinträger vorliegen, aus dem die Lastenfreiheit des Rechtsobjekts geschlussfolgert werden kann. So ist im Falle des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von Liegenschaften (wie auch allgemein beim gutgläubigen Erwerb von

⁷⁷⁰ Hinsichtlich beweglicher Sachen s § 367 Abs 2 ABGB; vgl OGH 7 Ob 117/70 SZ 43/120 = RZ 1970, 202 = EvBl 1971/7 = SZ 1971, 140 = GesRZ 1973, 21 (Stökle). Hinsichtlich Liegenschaften s § 1500 ABGB; vgl RIS-Justiz RS0012151, wonach eine nicht verbücherte, nicht offenkundige Dienstbarkeit durch den gutgläubigen Erwerb des belasteten Grundstücks erlischt; zuletzt OGH 3 Ob 232/16p EvBl-LS 2017/51 (Brenn) = MANZ Wohnrecht-E 2017/09/13 (Prader).

⁷⁷¹ OGH 3 Ob 186/94 = EvBl 1996/94 = RdW 1996, 360 = wbl 1996, 166 = HS 26.226 = HS 26.369 = HS 26.904 = ÖJZ-LSK 1996/156 = ÖJZ-LSK 1996/157 = ÖJZ-LSK 1996/54 = ÖJZ-LSK 1996/55; 8 Ob 604/91 EvBl 1992/53 = ÖBA 1992, 491 = RdW 1992, 80 = SZ 64/142 = GesRZ 1992, 204 = ecolex 1992, 91 (Reich-Rohrwig/Thiery) = ecolex 1992, 93; RIS-Justiz RS0087044; RS0087048; Rauter in WK GmbHG¹ § 76 Rz 44 mzn.

⁷⁷² Für Nachweise s bereits oben im Punkt B.VI.4.

⁷⁷³ S Punkt H.II.2 unten.

Liegenschaften) das Grundbuch ein geeigneter Rechtsträger. Da im Grundbuchsrecht auch die Vollständigkeit der Eintragungen geschützt ist (negatives Publizitätsprinzip),⁷⁷⁴ kann ein Erwerber grundsätzlich darauf vertrauen, dass bspw eine Hypothek ohne Eintragung auch tatsächlich nicht existiert.

Ein Rechtsobjekt wird somit dann frei von Belastungen erworben, wenn der Erwerber das Rechtsobjekt für unbelastet halten darf. IZm dem lastenfreien gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen müsste ebenso gewährleistet werden, dass ein solcher Rechtsscheinträger vorhanden ist. In einem Rechtsscheinträger müssten dingliche Belastungen – die im Falle eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs wegerworben werden könnten – eingetragen werden können. Kann dies nicht gewährleistet werden, dann müsste der gutgläubige lastenfreie Erwerb von Beginn an ausscheiden.⁷⁷⁵

Der für den gutgläubigen lastenfreien Erwerb relevante Rechtsscheinträger könnte mit dem Rechtsscheinträger, der den gutgläubigen Erwerb überhaupt zulassen soll, ident sein. Zumindest theoretisch könnte auch ein anderer – zusätzlicher – Rechtsscheinträger für den lastenfreien Erwerb in Frage kommen. So ist bspw denkbar, dass ein gutgläubiger Erwerb im Allgemeinen aufgrund des Vertrauens auf eine Eintragung im Firmenbuch erfolgt, die Lastenfreiheit des Geschäftsanteils sich aber aufgrund des Vertrauens auf eine seitens der Gesellschaft geführte Liste der an den Anteilen haftenden dinglichen Belastungen ergeben sollte. Die Existenz von zwei unterschiedlichen Rechtsscheinträgern, einerseits für den gutgläubigen Erwerb im Allgemeinen und andererseits für den gutgläubigen *lastenfreien* Erwerb, ist jedoch wenig praktisch. Von dem obigen Beispiel ausgehend wäre es jedoch möglich, in die seitens der Gesellschaft geführte Liste der dinglichen Belastungen des Anteils nicht nur die dinglichen Belastungen aufzunehmen, sondern auch den jeweiligen Eigentümer eines GmbH-Geschäftsanteils und damit den gutgläubigen Erwerb im Allgemeinen vom Vertrauen auf diese Liste abhängig zu machen. Eine umgekehrte Lösung, nämlich die Ersichtlichmachung von dinglichen Belastungen eines Anteils im Firmenbuch neben der

⁷⁷⁴ S § 1500 ABGB und § 71 GBG; OGH 4 Ob 189/02a ÖJZ-LSK 2003/121 = EvBl 2003/108 = ecolex 2003/204 (Wilhelm) = JBl 2003, 584 = NZ 2003, 321 (Vonkilch); Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil. Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014) Rz 1149; M. Bydlinski in Rummel, ABGB II/III³ § 1500 Rz 1; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1500 Rz 1.

⁷⁷⁵ Ein lastenfreier Erwerb aufgrund der Tatsache, dass der Erwerber bloß keine Kenntnis über allfällige Belastungen des Anteils hat, ist ohne Vorliegen eines mit hoher Richtigkeitsgewahr versehenen Rechtsscheinträgers ohne Weiteres nicht zu gestatten; vgl Wagner, Der gutgläubige Erwerb 68.

Ersichtlichmachung der jeweiligen Eigentümer (sowie auf den Anteil geleisteter Einzahlungen), liegt noch eher auf der Hand. Ebenso könnte im Falle der Verbriefung von GmbH-Anteilen und des gutgläubigen Erwerbs nach der wertpapierrechtlichen Lösung die Ersichtlichmachung der Belastungen auf dem Wertpapier angeordnet werden.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Verbriefung von GmbH-Anteilen als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs keine vorzugswürdige Lösung für Österreich darstellt,⁷⁷⁶ wird in der weiteren Folge davon ausgegangen, dass die Ersichtlichmachung von dinglichen Belastungen eines Anteils im Firmenbuch als Grundlage für den gutgläubigen lastenfreien Erwerb dienen soll.

Eine Alternative hinsichtlich der Ersichtlichmachung von Pfandrechten an GmbH-Anteilen wäre das bereits lange Zeit in Österreich geforderte Mobiliarpfandregister,⁷⁷⁷ in dem auch Pfandrechte an GmbH-Anteilen eingetragen werden könnten.⁷⁷⁸ Die Eintragung im Mobiliarpfandregister könnte mit ähnlichen Wirkungen wie die oben angesprochene Eintragung im Firmenbuch ausgestattet werden, so dass der lastenfreie Erwerb eines Anteils im Vertrauen auf das Fehlen einer diesbezüglichen Eintragung im Mobiliarpfandregister möglich wäre. Es wäre auch denkbar, wie vor über zehn Jahren von der Arbeitsgruppe Register für Mobiliarsicherheiten vorgeschlagen,⁷⁷⁹ eine elektronische Verknüpfung zwischen dem Mobiliarpfandregister und dem Firmenbuch vorzusehen.

Die Pläne der Einführung des Mobiliarpfandregisters wurden aber in den letzten Jahren nicht weiterverfolgt.⁷⁸⁰ Auch zeichnet sich – zumindest nicht alsbald – eine ernste Diskussion diesbezüglich nicht ab. Für die Zwecke dieser Arbeit muss es deswegen bei der punktuellen Lösung der Eintragung von Pfandrechten (und Fruchtgenussrechten)⁷⁸¹ an GmbH-Anteilen im Firmenbuch bleiben.

⁷⁷⁶ S Punkt G.V oben.

⁷⁷⁷ S bspw *Frotz*, Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der Begründung von Mobiliarpfandrechten, in FS Demelius (1973) 323; *Kühnelt*, Warum besteht Bedarf an einem Mobiliarpfandregister für Österreich? NZ 2002, 2.

⁷⁷⁸ S bspw *Schauer*, Arbeitsgruppe Register für Mobiliarsicherheiten - Abschluss der Tätigkeit und Empfehlungskatalog, NZ 2006, 267 (268); vgl *Lukas*, Vom UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions zu einem Mobiliarpfandregister in Österreich, ÖBA 2007, 262 (267).

⁷⁷⁹ *Schauer*, NZ 2006, 267 (268): „Die Begründung von Sicherungsrechten an wertpapierrechtlich nicht verbrieften Gesellschaftsanteilen soll im Mobiliarregister vermerkt werden, wobei eine elektronische Verknüpfung mit dem Firmenbuch anzustreben ist. So könnte das Bestehen eines Sicherungsrechts auch im Firmenbuch ersichtlich gemacht werden.“

⁷⁸⁰ Vgl noch zu Plänen, dieses einzuführen *Lammer*, Das Pfand bleibt in Schuldner-Hand Gesetzesplan, Die Presse 2006/46/02.

⁷⁸¹ S näher unten Punkt H.II.4.

II. Die in Betracht kommenden Belastungen der Geschäftsanteile

Bei einer allfälligen Einführung eines lastenfreien gutgläubigen Erwerbs ist zunächst dessen möglicher Umfang zu erörtern. Es sollte vor allem danach gefragt werden, welche Rechte Dritter das Eigentum eines gutgläubigen Erwerbers von GmbH-Anteilen einschränken bzw beeinträchtigen können. Da zwischen den Parteien – idZ zwischen einem Anteilsveräußerer und einem Dritten – wirkende Rechtsverhältnisse grundsätzlich die Rechtsposition des gutgläubigen Anteilserwerbs nicht beeinträchtigen, sollen hier nur die dinglich (dh auch gegen den Erwerber) wirkenden Rechte angesprochen werden. Diese dinglich wirkenden Rechte können auch einem Erwerber des GmbH-Geschäftsanteils entgegengehalten werden und uU für diesen überraschend sein. Ein gutgläubiger Erwerber, der von einem Nichtberechtigten einen GmbH-Geschäftsanteil wirksam erwirbt, sollte möglicherweise – wie noch unten genauer dargestellt wird – vor solchen für ihn überraschenden Beeinträchtigungen seines Eigentums geschützt werden. In Anbetracht dessen kommen insb das Pfandrecht, das Fruchtgenussrecht und möglicherweise die dinglich wirkenden Vorerwerbsrechte (Vorkaufsrechte, Aufgriffsrechte etc) in Frage.

Demgegenüber sind insb die Unterbeteiligung und Treuhand nicht als Belastungen des GmbH-Geschäftsanteils in dem hier relevanten Sinne zu werten, weil diese das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Dritten betreffen. Die Eintragung dieser Rechte in das Firmenbuch sollte nicht angestrebt werden, soweit man eine „Verdinglichung“ dieser Rechte – und damit die Änderung ihrer Natur und grundlegenden Charakteristika – nicht anstrebt. Auf diese zwei Rechtsinstitute wird daher nicht näher eingegangen.

1. Pfandrecht

Von den oben erwähnten dinglichen Rechten ist das Pfandrecht das Recht, das in die Interessen des gutgläubigen Erwerbers am weitgehendsten eingreifen kann, da eine Gesellschafterstellung in Folge der Verwertung eines ver- bzw gepfändeten Anteils gänzlich verloren werden kann (was insb bei einem Fruchtgenussrecht nicht der Fall sein wird). Beachtenswert ist auch die Häufigkeit, mit der ein Pfandrecht an GmbH-Geschäftsanteilen – sei es infolge der Verpfändung, sei es der Pfändung – anzutreffen ist.

GmbH-Geschäftsanteile werden in der Praxis häufig zur Kreditsicherung genutzt.⁷⁸² Trotz dieser Häufigkeit ist aber, wie bereits von *H. Torggler* im Jahr 1977 festgehalten, davon auszugehen, dass „dem GmbH-Geschäftsanteil als Pfand in Österreich im Vergleich zu anderen Sicherungsmitteln nur untergeordnete Bedeutung“ zukommt.⁷⁸³ Am Wert dieser Besicherungsform darf somit gezweifelt werden.⁷⁸⁴ Insb dürfen aus wirtschaftlicher Sicht die Probleme bei der Verwertbarkeit von Pfandrechten an GmbH-Anteilen und aus rechtlicher Sicht mehrere immer noch bestehende Zweifelsfragen hervorgehoben werden, die zur „Zweitrangigkeit“ des Pfandrechts an GmbH-Geschäftsanteilen beitragen.⁷⁸⁵

Die Möglichkeit der Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen und ein diesbezügliches Formerfordernis ergeben sich bereits aus § 76 Abs 3 GmbHG.⁷⁸⁶ Diese Vorschrift bestimmt, dass die Übertragungsbefugnis von GmbH-Anteilen auch die Befugnis zur vertragsmäßigen Verpfändung umfasst, wobei für die Verpfändung ein Notariatsakt nicht erforderlich ist. Für die Pfandbestellung werden grundsätzlich ein formfreier Vertrag (Pfandbestellungsvertrag) als Titel, ein dinglicher Pfandvertrag als Verfügungsgeschäft sowie ein Publizitätsakt iSv § 452 ABGB vorausgesetzt.⁷⁸⁷ Als Publizitätsakt gemäß § 452 ABGB wird eine symbolische Übergabe vorausgesetzt, also eine Übergabe durch Zeichen, aus denen jedermann die Verpfändung leicht erkennen kann.⁷⁸⁸ Auch wenn nach der alten Rechtslage ein Publizitätsakt, bspw in Form einer Eintragung im Anteilsbuch, als ausreichender Publizitätsakt angesehen werden könnte,⁷⁸⁹ ist nunmehr die Eintragung des Pfandrechts im Firmenbuch gesetzlich nicht

⁷⁸² *Torggler*, Zur Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ÖBA 1998, 430 (430): „Die Besicherung von Darlehen und Krediten durch Verpfändung von Gesellschaftsanteilen ist weit verbreitet“; *Winkler/Mutz*, Untergang eines Pfandrechts an einem Gesellschaftsanteil bei Umgründungen, RdW 2005, 662 (662); *Taufner*, Pfandrechtswandlung bei Kapitalgesellschaftsanteilen - Grundlagen und Praxisfälle, ecolex 2016, 789 (789).

⁷⁸³ *Torggler*, GesRZ 1977, 77 (77).

⁷⁸⁴ *Torggler*, ÖBA 1998, 430 (430).

⁷⁸⁵ Vgl *Torggler*, ÖBA 1998, 430 (430); *Torggler*, GesRZ 1977, 77 (77).

⁷⁸⁶ *Torggler*, GesRZ 1977, 77 (78); *Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in FS Kastner (1972) 215 (222).

⁷⁸⁷ OGH 3 Ob 2270/96m SZ 70/115 = JBl 1997, 715 = RdW 1997, 592 = ecolex 1997, 844 = GBU 1997/03/08 = ÖBA 1998, 316 = ÖBA 1998, 65 = ÖBA 1998/684 = HS 28.135 = HS 28.277; 8 Ob 278/00s ÖBA 2001/993 = RdW 2001/564 = ZIK 2001/275 = NZ 2002/31 = ÖBA 2002, 589 = ÖBA 2002, 67; 3 Ob 22/08v SZ 2008/49 = Zak 2008/363 = GesRZ 2008, 239 (*Birnbauer*) = GES 2008, 192 = Jus-Extra OGH-Z 4492 = NZ 2008/82 = wbl 2008/239 = EvBl 2008/141 = RdW 2008/413 = RWZ 2008/51 = Zak 2008/363 = ecolex 2008/269 = RZ-EÜ 2008/413 = ZIK 2009/175 = ÖBA 2009/1586 (*Torggler*) = HS 39.077 = HS 39.280 = HS 39.281 = ÖBA 2008, 745 = ÖBA 2009, 758 = ÖBA 2009, 80 = JusGuide 2008/28/5843; RIS-Justiz RS0107695; *Torggler*, GesRZ 1977, 77 (79 f); *Kralik* in FS Kastner 215 (223); ausführlich *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 257 ff mwN.

⁷⁸⁸ § 452 ABGB; vgl zu den in Frage kommenden Zeichen nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 260 ff mwN.

⁷⁸⁹ S *Torggler*, GesRZ 1977, 77 (80); *ders*, ÖBA 1998, 434; *Kralik* in FS Kastner 215 (224).

vorgesehen und somit unzulässig.⁷⁹⁰ Die Möglichkeit der Hinterlegung der Pfandbestellungsurkunde in der Urkundensammlung ist *de lege lata* strittig.⁷⁹¹

Als Publizitätsakt gemäß § 452 ABGB hat sich in der Praxis die Verständigung der Gesellschaft etabliert. Allerdings kann dieser Modus auch bemängelt werden. Wegen des Fehlens eines Anteilsbuches bzw sonstiger zu führender Bücher ist das durch die Verständigung der Gesellschaft geschaffene Wissen nicht institutionalisiert. Wären die Geschäftsanteile vor Jahren verpfändet und die Geschäftsführung inzwischen gewechselt worden, so hätte die neue Geschäftsführung keine verlässliche Stelle, wo sie diesbezügliche Informationen finden könnte. Sollte der gutgläubige lastenfreie Erwerb von GmbH-Anteilen zugelassen werden, ist davon auszugehen, dass es dann zumindest die Möglichkeit geben muss, die Tatsache der Pfandbestellung durch Einreichung der Pfandbestellungsurkunde in die Urkundensammlung ersichtlich zu machen. Da die Einsicht in die Urkundensammlung jedermann gestattet ist, könnte sich der potenzielle Erwerber eines Anteils über ein allfälliges Pfandrecht informieren und bei Nichtvorhandensein von entsprechenden Dokumenten davon ausgehen, dass keine Pfandrechte bestehen.

Noch besser wäre es aber, eine Eintragung des Pfandrechts im Firmenbuch selbst vorzunehmen. *De lege ferenda* hat bereits *Torggler*⁷⁹² (iZm dem geeigneten Publizitätsakt bei der Verpfändung von Anteilen gemäß § 452 ABGB) die Eintragung der Verpfändung eines GmbH-Anteils in das Firmenbuch befürwortet.⁷⁹³ Auf diese Weise wäre es möglich, sich anhand eines Firmenbuchauszugs über allfällige Pfandrechte zu informieren. Ein zusätzlicher Schritt – Einsichtnahme in die Urkundensammlung – wäre nicht notwendig. Auch *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* legten fest, dass die Anordnung des § 452 ABGB, wonach

⁷⁹⁰ Statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 263 mwN.

⁷⁹¹ S insb HG Wien 71 Fr 2468/06a NZ 2006, G 29: „Nachdem also dem Publizitätserfordernis durch Verständigung der Gesellschaft von der Verpfändung ohnedies entsprochen werden kann, ist nicht einzusehen, warum der Katalog der in die Urkundensammlung aufzunehmenden Unterlagen ohne eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers erweitert werden sollte“; vgl statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 262 mwN.

⁷⁹² S *Torggler*, ÖBA 2009, 912 (916) [Anmerkung zu OGH 3 Ob 22/08v]: „Es wäre daher *de lege ferenda* ein Leichtes und auch durchaus wünschenswert, durch entsprechende Ergänzung des FBG die Möglichkeit zu schaffen, bei diesen Eintragungen eine allfällige Verpfändung des Geschäftsanteils anzumerken. Damit wäre eine Publizitätsform geschaffen, die in idealer Weise den Erfordernissen des § 452 ABGB entsprechen würde. Denn sie wäre tatsächlich das einzige der hier besprochenen „Zeichen“, das es Dritten ohne weiteres ermöglichen würde, die Verpfändung eines Geschäftsanteils „leicht und verlässlich“ festzustellen.“

⁷⁹³ Zur alten Rechtslage hat *Schönherr* die Eintragung der Pfändung und der Verpfändung von GmbH-Anteilen in die Gesellschafterliste befürwortet; *Schönherr*, NZ 1983, 131 (132).

jedermann über der Verpfändung leicht erfahren können soll, durch die Eintragung in das Firmenbuch befolgt werden könnte.⁷⁹⁴

Dabei bleibt anzumerken, dass aus dem Firmenbuch *de lege ferenda* nur das Bestehen eines Pfandrechts und nicht das Bestehen bzw Nichtbestehen eines Verpfändungsverbots in der Satzung ersichtlich sein sollte. Um über ein satzungsmäßiges, mit absoluter Wirkung ausgestattetes⁷⁹⁵ Verpfändungsverbot zu erfahren, sollte weiterhin die Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag (und somit in die Urkundensammlung) erforderlich sein. Die Ersichtlichmachung eines Verpfändungsverbots im Firmenbuch ist *de lege ferenda* nicht zu fordern, weil ein solches bereits durch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag absolute Wirkung erlangt.⁷⁹⁶ Das Ergebnis muss hinsichtlich des Pfandrechts anders ausfallen, da ein wirksam begründetes Pfandrecht auch ohne Ersichtlichmachung im Gesellschaftsvertrag absolute Wirkung entfaltet.

Hinsichtlich des Umfangs des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs iZm Pfandrechten soll – soweit es sich aus dem Firmenbuch ergeben würde, dass nur ein Anteil verpfändet ist – ein anderer Anteil lastenfrei erworben werden können.

2. Fruchtgenussrecht

Auch das Vorhandensein eines früher nicht entdeckten Fruchtgenussrechts an einem erworbenen GmbH-Geschäftsanteil wird für den Erwerber eine unangenehme Überraschung darstellen. Zwar ist man diesfalls nicht – wie beim Pfandrecht – der Gefahr ausgesetzt, den Geschäftsanteil in der Folge der Verwertung durch die Gläubiger des Veräußerers zu verlieren. Nichtsdestotrotz wird die Position des Erwerbers in Ansehung des Anteils – abhängig von der genauen Ausgestaltung des Rechts – mehr oder weniger beeinträchtigt. Bei entsprechender Ausgestaltung wird der Eigentümer des Anteils wegen des Fruchtgenussrechts uU über mehrere Jahre keinen wirtschaftlichen Nutzen aus dem Anteil ziehen können.

⁷⁹⁴ Sie gehen des Weiteren auch davon aus, dass ähnliche Überlegungen für Fruchtgenussrechte und außerstatutarische Vorkaufsrechte anzustellen werden sollten. S. *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 26 GmbHG Rz 14 f.

⁷⁹⁵ S. nur *Fellner*, Gesellschaftsrechtlich verankerte Abtretungs-, Verfügungs- und Verpfändungsverbote sowie Aufgriffsrechte auf dem Prüfstand der Firmenbuchgerichte - aktuelle Entwicklungen im GmbH-Gesellschaftsvertragsrecht, NZ 2010, 232 (232 f) mwN.

⁷⁹⁶ S. OGH 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92; RIS-Justiz RS0113160: „Einer "Verdinglichung" des Veräußerungsverbot aus Gründen des Verkehrsschutzes bedarf es wegen seiner absoluten Wirkung nicht. Auch für das Belastungsverbot (Verpfändungsverbot; Verfügungsverbot) ist die Publizität durch die Aufnahme in die Satzung gegeben.“

Das Fruchtgenussrecht (Fruchtnießung) ist gemäß § 509 ABGB „das Recht, eine fremde Sache mit Schonung der Substanz und ohne alle Einschränkung zu genießen“. Dieses darf ohne Weiteres auch an Anteilen, darunter auch GmbH-Anteilen, begründet werden.⁷⁹⁷ In der Praxis genießt auch das Fruchtgenussrecht eine (zumindest relativ) hohe Bedeutung.⁷⁹⁸ Benutzt wird dieses Institut vor allem zu Versorgungszwecken bzw zur Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen.⁷⁹⁹

Das Fruchtgenussrecht wird nach verschiedenen Kriterien eingeteilt⁸⁰⁰ und kann auf unterschiedliche Weise ausgestaltet werden.⁸⁰¹ Für die Fruchtgenussrechtseinräumung an GmbH-Anteilen bedarf es nicht der Notariatsaktform.⁸⁰²

De lege lata wird auch das Fruchtgenussrecht nicht in das Firmenbuch eingetragen.⁸⁰³ Als dingliches Recht besteht das Fruchtgenussrecht nach einer Übertragung eines GmbH-Anteils weiter – der „Wegerwerb“ des Fruchtgenussrechts (infolge eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs) vom GmbH-Anteil ist nicht vorgesehen.⁸⁰⁴

Die obigen Ausführungen zum Pfandrecht⁸⁰⁵ treffen entsprechend auch auf das Fruchtgenussrecht zu. So wäre es für die Rechtssicherheit förderlich, wenn eine Belastung eines Anteils in Form des Fruchtgenussrechts durch die Aufnahme entsprechender Dokumente in die Urkundensammlung bzw noch besser durch direkte Eintragung des Fruchtgenussrechts im Firmenbuch für jedermann ersichtlich wäre. Auf diese Weise wäre ein gutgläubiger Erwerber uU nicht mit einem Recht konfrontiert, das seinen Anteil mehr oder weniger wesentlich entwertet. Wäre das Recht nicht eingetragen, so würde dieses *de lege ferenda* in der Folge eines lastenfreien gutgläubigen Erwerbs erlöschen.

Ähnlich wie beim satzungsmäßigen Verpfändungsverbot soll angemerkt werden, dass es *de lege ferenda* nicht zu fordern ist, ein satzungsmäßiges Verbot zur Einräumung eines

⁷⁹⁷ S statt vieler nur *Rauter* in WK GmbHG¹ § 75 Rz 40 und *Klampfl*, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23 (23), jeweils mwN.

⁷⁹⁸ *Klampfl*, GesRZ 2014, 23 mit Hinweis auf *Schmidt* in *Schmidt*, MüKoHGB 3³ Vor § 230 Rz 8.

⁷⁹⁹ *Klampfl*, GesRZ 2014, 23 (23); vgl OGH 3 Ob 47/97a ecolex 1998, 209 (*Jud*) = NZ 1998, 57 = EFSlg 84.341 = EFSlg 84.342 = EFSlg 84.345 = EFSlg 84.394 = EFSlg 84.395 = EFSlg 85.727; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Gesellschafts- und zivilrechtliche Fragen (2013) Rz 21/69.

⁸⁰⁰ S Beispiel einer Einteilung bei *Haslinger*, Zuwendungsfruchtgenuss an Unternehmensanteilen, ecolex 1996, 622 (623).

⁸⁰¹ *Klampfl*, GesRZ 2014, 23 (33).

⁸⁰² Statt vieler s nur *Klampfl*, GesRZ 2014, 23 (25) mwN; aA jedoch *Haslinger*, ecolex 1996, 622 (625), der eine notarielle Beurkundung fordert.

⁸⁰³ Statt vieler s nur *Klampfl*, GesRZ 2014, 23 (25) mwN.

⁸⁰⁴ S bereits Punkt H oben mit entsprechenden Nachweisen.

⁸⁰⁵ Punkt H.II.1.

Fruchtgenussrecht im Firmenbuch ersichtlich zu machen. Ein solches Verbot genießt nämlich eine absolute Wirkung bereits durch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag,⁸⁰⁶ sodass dessen Publizität gegeben ist. Dies ist hinsichtlich der Existenz des Fruchtgenussrechts nicht der Fall, weil dieses auch ohne Ersichtlichmachung im Gesellschaftsvertrag absolute Wirkung entfaltet. Eine unterschiedliche Behandlung des Rechts und eines Verbots der Begründung des Rechts ist somit gerechtfertigt.

3. Vorerwerbsrechte?

Es soll noch überlegt werden, ob bestimmte Vorerwerbsrechte, denen eine dingliche Wirkung zukommt, in das Firmenbuch eingetragen werden könnten. Falls die Möglichkeit der Eintragung nicht bestehen sollte, soll untersucht werden, ob sie im Zuge eines gutgläubigen Erwerbs eines GmbH-Anteils „wegerworben“ werden können. Der Begriff der Vorerwerbsrechte soll hier als Sammelbegriff für unterschiedliche „Erwerbsvorrechte“ dienen und insb Aufgriffsrechte, Vorkaufsrechte, Andienungsrechte, aber auch Übertragungsgebote umfassen. Auf das Wesen und eine mögliche Ausgestaltung dieser Rechte wird nicht näher eingegangen.⁸⁰⁷ Vielmehr soll nur ihre relative bzw absolute Wirkung sowie in der weiteren Folge die Nützlichkeit einer allfälligen Eintragung von diesen Rechten im Firmenbuch erörtert werden.

Aus § 76 Abs 2 3. S GmbHG ergibt sich, dass die grundsätzlich freie Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen von der Erfüllung weiterer (außer der Form des Notariatsaktes) Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. Damit sind ua Aufgriffs- und Vorkaufsrechte gemeint.⁸⁰⁸ Dabei betrifft § 76 Abs 2 S 3 GmbHG nur solche Übertragungsbeschränkungen, die im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben wurden. Zwar können solche gesellschaftsvertraglich verankerten Aufgriffsrechte nicht im Firmenbuch eingetragen werden,⁸⁰⁹ doch entfalten sie

⁸⁰⁶ Es kann insb eine (mit dinglicher Wirkung ausgestattete) Vinkulierung für den Fall der Einräumung eines Fruchtgenussrechts vorgesehen sein. S *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 70.

⁸⁰⁷ Zur Ausgestaltung von Vorerwerbsrechten s ausführlich *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 134 ff; *Grassner*, Immobilisierungsmaßnahmen 110 ff.

⁸⁰⁸ Vgl statt vieler *Rauter* in WK GmbHG¹ § 76 Rz 132 mwN.

⁸⁰⁹ OGH 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92; RIS-Justiz RS0113160.

nach stRsp⁸¹⁰ und hM⁸¹¹ als dingliches Abtretungsverbot grundsätzlich absolute Wirkung; sie erlöschen erst durch Verzicht bzw Nichtausübung durch den jeweiligen Berechtigten. Den Übertragungsbeschränkungen zuwiderlaufende Abtretungen sind somit rechtsunwirksam.

Von diesen Überlegungen ausgehend soll die Notwendigkeit der Eintragung von dinglichen Vorerwerbsrechten *de lege ferenda* in Frage gestellt werden. Die Vorerwerbsrechte und somit Übertragungsbeschränkungen müssen – um die dingliche Wirkung zu entfalten – im Gesellschaftsvertrag enthalten sein. Da der Gesellschaftsvertrag aus der Urkundensammlung für jeden Kaufinteressenten ersichtlich ist, wird es nicht dazu kommen, dass eine sorgfältige Person mit dem Vorhandensein dieser Rechte nicht vertraut sein wird. Entweder würde ein Erwerber über das Vorliegen des Rechts positive Kenntnis haben oder ihm wäre grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen, sich nicht mit der in der Urkundensammlung vorliegenden Satzung vertraut gemacht zu haben. Damit wäre, soweit in der Satzung ein Vorerwerbsrecht vorgesehen ist, jeder Erwerber bösgläubig hinsichtlich des Vorliegens dieses Rechts, da allen Erwerbern zumutbar ist, Einsicht in die Satzung zu nehmen. Da auch ein dem Erwerber anzulastendes grobes Verschulden (grobe Fahrlässigkeit) den gutgläubigen Erwerb verhindern soll,⁸¹² könnte in keinem Fall ein dingliches Vorerwerbsrecht hinsichtlich eines GmbH-Anteils gutgläubig „wegerworben“ werden. Ein aus der Satzung ersichtliches Vorkaufsrecht soll also auch gegen den Erwerber wirken.

Dieses Problem stellt sich bspw bei den in einem Syndikatsvertrag vorgesehenen Vorerwerbsrechten nicht. Da den Vorerwerbsrechten, die nicht in der Satzung festgeschrieben wurden, keine dingliche Wirkung zukommt, müssten diese – um berechtigten Interessen des Erwerbers Rechnung zu tragen – gar nicht „wegerworben“ werden.

Gegen die Eintragungsmöglichkeit bzw -notwendigkeit der Vorerwerbsrechte im Firmenbuch *de lege ferenda* können bereits die Ausführungen des OGH aus dem Jahre 2000⁸¹³ zur Eintragungsmöglichkeit eines satzungsmäßigen Verpfändungsverbots *de lege lata* nützlich

⁸¹⁰ OGH 8 Ob 631/90 SZ 65/60 = RdW 1992, 339 = ecolex 1992, 481 (Thiery) = wbl 1992, 263 = HS 22.072 = HS 22.215 = HS 22.513 = HS 22.632; 1 Ob 8/00h SZ 73/33 = ecolex 2000/234 = GBU 2000/08/03 = GesRZ 2000, 170 = EvBl 2000/148 = RdW 2000/385 = wbl 2000/383 = ÖJZ-LSK 2000/160 = ÖJZ-LSK 2000/161; OGH 6 Ob 205/04x ecolex 2005/240 = ecolex 2005/365 = NZ 2005/25 = GBU 2005/07-08/01; 6 Ob 81/11x RdW 2012/34 = wbl 2012/63 = AnwBl 2012, 186 = ecolex 2012/23 = ecolex 2012, 48 (Sindelar) = GesRZ 2012, 180 (Franger) = NZ 2012/50 = JusGuide 2012/47/10583.

⁸¹¹ Für Nachweise s statt vieler Rauter in WK GmbHG¹ § 76 Rz 147.

⁸¹² Vgl bereits Punkt F.II.2 oben; so auch die deutsche Lösung – s Punkt. B.V.2 oben.

⁸¹³ 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92.

gemacht werden.⁸¹⁴ So legte der OGH fest, dass die aus Gründen des Verkehrsschutzes geforderte „Registerpublizität“ bereits durch die Einreihung der Satzung in die Urkundensammlung gegeben sei. „Die bloße Erleichterung des Geschäftsverkehrs, dass sich ein Erwerber durchaus zumutbare Erkundigungen erspart, rechtfertigt es nicht, ohne gesetzliche Anordnung das Firmenbuch mit weiteren nur deklarativ wirkenden Eintragungen zu belasten.“⁸¹⁵ Wäre das Ergebnis ein anderes, so müsste die gesamte Satzung in das Firmenbuch eingetragen werden.⁸¹⁶

Diese Überlegungen des OGH sind nicht nur hinsichtlich des satzungsmäßigen Verpfändungsverbots, sondern auch hinsichtlich der satzungsmäßig eingeräumten Vorerwerbsrechte überzeugend und sprechen gegen die Notwendigkeit, die Eintragungsmöglichkeit der Vorerwerbsrechte *de lege ferenda* vorzusehen.

4. Zwischenergebnis

Aus dem oben in den Punkten 1 bis 3 Gesagten ergibt sich folgendes Bild: Sowohl das Pfandrecht als auch das Fruchtgenussrecht entfalten dingliche Wirkung und sind dabei für einen potenziellen Erwerber eines GmbH-Anteils nicht ohne Weiteres ersichtlich. Es kann verschiedene Gründe und Interessen geben, die für die Nichtoffenlegung dieser Rechte sprechen könnten, sei es von der Seite des Veräußerers, sei es von der Seite der Gesellschaft (an die sich ein Kaufinteressent für die diesbezügliche Auskunft im Regelfall wenden wird). Abgesehen von den Fällen eines Betrugs, kann sich die diesbezüglich fehlende Information seitens des Veräußerers oder der Gesellschaft bspw aus der fehlerhaften Annahme ergeben, dass ein früher bestehendes Pfandrecht oder Fruchtgenussrecht bereits erloschen ist.

Die Situation ist hinsichtlich der Vorerwerbsrechte anders. Zwar entfalten die in dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH festgeschriebenen Vorerwerbsrechte dingliche Wirkung, doch sind diese aufgrund der Aufnahme des Gesellschaftsvertrages in die Urkundensammlung des Firmenbuches ohne Weiteres für jeden potenziellen Erwerber ersichtlich. Es ist somit davon auszugehen, dass ein Erwerber in Anbetracht der im Gesellschaftsvertrag festgeschriebenen dinglichen Vorerwerbsrechten nicht gutgläubig sein wird. Entweder werden diese Rechte dem potenziellen Erwerber bekannt sein oder er wird grob fahrlässige Unkenntnis haben.

⁸¹⁴ Vgl bereits Punkte H.II.1 und H.II.2 oben.

⁸¹⁵ 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92.

⁸¹⁶ 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92.

Somit kann auf den ersten Blick die Einführung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs hinsichtlich der Pfand- und Fruchtgenussrechte wegen der gesteigerten Rechtssicherheit befürwortet werden. Der gutgläubige lastenfreie Erwerb hinsichtlich der Vorerwerbsrechte soll aber ausscheiden, da nicht ersichtlich ist, dass die Rechtssicherheit durch die Möglichkeit des „Wegerwerbs“ von Vorerwerbsrechten maßgeblich gesteigert werden könnte. Die Rechtssicherheit ist in diesem letzten Fall durch die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Urkundensammlung weitgehend gesichert.

Die – auf den ersten Blick – befürwortete Einführung eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs hinsichtlich der Pfand- und Fruchtgenussrechte basiert aber auf der einseitigen Betrachtung der Interessen eines gutgläubigen Erwerbers. Um dieses Ergebnis bestätigen (ggf ablehnen) zu können, sollen nun auch die Interessen der anderen Beteiligten untersucht und abgewogen werden.

III. Die gegenteiligen Interessen bei der Ersichtlichmachung des Pfandrechts an GmbH-Anteilen

Vor einer allfälligen Einführung eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs sollen, ähnlich wie bei einem gutgläubigen Erwerb einer Gesellschafterstellung vom Nichtberechtigten im Allgemeinen, die Interessen des wahren Berechtigten gegenüber den Interessen des Erwerbers abgewogen werden. Dabei ist nunmehr aber der wahre Berechtigte in Anbetracht des dinglichen Rechts (also der Pfandgläubiger bzw FruchtNießer) und nicht der wahre Eigentümer des GmbH-Anteils gemeint. Mit Interessen des Erwerbers sind die Interessen des Erwerbers des GmbH-Geschäftsanteils gemeint. Somit stehen sich die Interessen der Pfandgläubiger – also Kreditgeber –, die Interessen der Fruchtnießer an der Bestandfestigkeit eines wirksam begründeten Rechts und die Interessen der potenziellen Gesellschafter (Erwerber eines GmbH-Anteils) an der Lastenfreiheit des erworbenen Anteils gegenüber. Das letztgenannte Interesse ist nur dann berücksichtigungswürdig, wenn das Bestehen des relevanten dinglichen Rechts trotz Einhaltung der gebührenden Sorgfalt für den Erwerber nicht ersichtlich ist.

1. Die Literaturstimmen in Deutschland

Im Rahmen der Diskussion zum Umfang des gutgläubigen Erwerbs und insb der Kritik⁸¹⁷ des Fehlens des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs in Deutschland wurden auch die Interessen der

⁸¹⁷ Zur diesbezüglichen Kritik vgl Punkt B.VI.4 oben.

Beteiligten und der Wirtschaft an einem lastenfreien (gutgläubigen) Erwerb thematisiert. Dabei wurde ebenfalls davon ausgegangen, dass die Einführung dieses Rechtsinstituts die Eintragung von Belastungen bzw dinglichen Rechten (insb Pfandrecht und Nießbrauch) in die Gesellschafterliste notwendig machen würde.⁸¹⁸ Die Eintragungsmöglichkeit von dinglichen Belastungen wurde seitens einer Mindermeinung sogar *de lege lata* für möglich gehalten.⁸¹⁹ Dabei wurde einerseits vorgebracht, dass in der Folge der Zulässigkeit der Eintragung von dinglichen Belastungen in die Gesellschafterliste bspw die stillen – also den Geschäftspartnern nicht offengelegten – Verpfändungen, die „in der Kreditwirtschaft zur Schonung des Kreditnehmers verbreitet erfolgen“, ⁸²⁰ praktisch ausgeschlossen wären.⁸²¹ Selbst wenn das zutreffen mag, so darf jedenfalls ein solches Argument nicht ausschlaggebend sein, was noch – im österreichischen Kontext – zu zeigen sein wird.⁸²² Insb hat *Wagner* mit einem Beispiel zum Nießbrauch weitgehend die Meinung entkräften können, dass die Kreditwirtschaft infolge der Eintragung von dinglichen Rechten an GmbH-Anteilen wesentlichen Nachteilen ausgesetzt wäre.⁸²³

Als eine vermittelnde Lösung ist der Vorschlag einiger Autoren⁸²⁴ einzustufen, dass der die Belastungen betreffende Teil der Gesellschafterliste nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses einsehbar wäre.

Aufgrund dessen, dass die Wirkungen der Eintragung von den dinglichen Belastungen in die Gesellschafterliste in Deutschland auf die Kreditwirtschaft ähnlich wie die Wirkungen von deren Eintragung in das Firmenbuch in Österreich wären, wird auf eine Stellungnahme zu

⁸¹⁸ *Hamann*, GmbH-Anteilserwerb vom Nichtberechtigten - Die Mischung verschiedener Gutglaubenstatbestände im MoMiG-Regierungsentwurf, NZG 2007, 492 (494); *Verse* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 93; *Rau*, DStR 2006, 1892 (1899); *Reymann*, Gutgläubiger Erwerb und Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2008, 2095 (2101); für die Möglichkeit der Zuordnung eines Verpfändungsvermerks oder eines Vermerks einer bedingten Abtretung bei Belastungen und bedingten Übertragungen des Geschäftsanteils *Wilhelm* in FS Picker 837 (857), vgl auch *Ziemons*, BB Beilage 7/2006, 9 (12), der ein Gegenmodell der Verbriefung der GmbH-Geschäftsanteile vorgeschlagen hat. Bei dem von *Ziemons* vorgeschlagenen Modell müssten aus dem Gesellschaftsvertrag „nicht ersichtliche Belastungen oder Verfügungsbeschränkungen (z. B. Nießbrauch, Sicherungseigentum, Treuhand, Vorerwerbs- und Vorkaufsrechte, auflösend bedingte Übertragungen)“ auf der Urkunde vermerkt werden. Es sollte nämlich ein „gutgläubiger lastenfreier Erwerb bezogen auf diese Belastungen“ möglich sein.

⁸¹⁹ LG Aachen 44 T 1/09 BeckRS 2009, 21868 = MittBayNot 2010, 72 (*Wälzholz*) = NZG 2009, 1157 (*Fritsch*) = RNotZ 2009, 409 (*Reymann*) = ZEV 2009, 637 = LSK 2009, 370493 = AG 2009, 881 = GmbHR 2009, 1218 = GmbH-Stpr 2010, 122; *Reymann*, WM 2008, 2095 (2102); *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 70 ff.

⁸²⁰ *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211 (215).

⁸²¹ *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211 (215)

⁸²² Vgl unten Punkt H.III.2.

⁸²³ *S Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 70 f.

⁸²⁴ *Verse* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ § 16 Rz 93; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Recht¹⁹ § 16 Rz 74; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG I¹² § 16 Rz 74; *Harbarth*, ZIP 2008, 57 (64).

diesen deutschen Literaturmeinungen verzichtet und ausschließlich die österreichische Lage näher erörtert.

2. Konsequenzen eines allfälligen lastenfreien Erwerbs für die Beteiligte und die Kreditwirtschaft

Bei der Abwägung der Interessen der Beteiligten soll auch, soweit es möglich ist, verifiziert werden, ob das vorgeschlagene Rechtsinstitut des lastenfreien gutgläubigen Erwerbs und auch bereits die Ersichtlichmachung der Pfandrechte (bzw Fruchtgenussrechte) für die Wirtschaft akzeptabel wären. Da davon auszugehen ist, dass die Beantwortung dieser Fragen sowohl bei Pfandrechten als auch bei Fruchtgenussrechten in die gleiche Richtung gehen wird, wird in der Folge vor allem auf die privatrechtsgeschäftlich begründeten Pfandrechte eingegangen.

2.1. Erschwerungen der Kreditaufnahme?

Fraglich bleibt, ob als Folge der Lastenfreiheit eines gutgläubigen Erwerbs und der Eintragung von dinglichen Belastungen in das Firmenbuch mit Erschwerungen der Kreditaufnahme zu rechnen wäre.⁸²⁵ Müssten somit die Verpfändungen offengelegt werden, so könnte eine Bank, die einen Kredit an einen Gesellschafter zu gewähren erwägen würde und als Sicherheit (auch) seinen Anteil an einer GmbH als Pfand haben wollte, aufgrund der Eintragung eines anderen Pfandrechts im Firmenbuch hinsichtlich des Anteils dieses Gesellschafters von der Kreditgewährung absehen. Doch wird dies vor allem in bestimmten Fällen zutreffen. So müsste die Bank zum Schluss kommen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass ein Gesellschafter, dessen Geschäftsanteile an einer GmbH ohnehin bereits verpfändet sind, den Kredit nicht rückerstattet, relativ hoch ist und die Rückerstattung auch durch allfällige Verwertung der Anteile nicht machbar wird. Doch ist zu bedenken, dass die Bank sich genau gleich verhalten würde, wenn das Pfandrecht an Anteilen nicht im Firmenbuch eingetragen wäre und der Kreditnehmer die Informationen hinsichtlich des Pfandrechts der Bank gegenüber ohnehin offenlegen würde. Denn diese Information wird üblicherweise – wenn ein potenzieller Kreditnehmer seinen Anteil zwecks Erlangung günstigerer Kreditbedingungen als Sicherheit anbieten wird – seitens der Bank bei der Untersuchung, ob ein Kredit gewährt werden soll oder nicht, gefordert. Somit

⁸²⁵ So *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211 (215): „Im Gesetzentwurf wird dieses Thema nicht angesprochen, obwohl es von großer praktischer Bedeutung ist. Im Ergebnis rät der Handelsrechtsausschuss davon ab, den Gutgläubenschutz auf die Lastenfreiheit zu erstrecken. Dadurch würden nämlich die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte wirtschaftlich gezwungen, auf der Offenlegung ihrer Rechte in der Gesellschafterliste zu bestehen. Stille Verpfändungen ohne Offenlegung der Belastung, wie sie in der Kreditwirtschaft zur Schonung des Kreditnehmers verbreitet erfolgen, wären praktisch ausgeschlossen.“

würde die Kreditaufnahme durch einen ehrlichen Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil zum Zwecke der Kreditsicherung verpfändet wird, im Fall einer Eintragung in keiner Weise erschwert.

Es ist des Weiteren davon auszugehen, dass der gutgläubige lastenfreie Erwerb im Fall der Nichteintragung des Pfandrechts die Kreditaufnahme erleichtern könnte. Werden nämlich allfällige Pfandrechte durch eine Anteilsübertragung weggerissen, dann wird ein Kreditgeber den Anteil eher als Sicherheit akzeptieren wollen. Dies deswegen, dass sich *de lege lata* nach einer Transaktion unerkannte Pfandrechte ergeben können, die Priorität gegenüber dem neu eingeräumten Pfandrecht genießen würden. Bei Vorhandensein des Instituts des lastenfreien Erwerbs wäre eine solche Situation – sonstige Erfordernisse für den gutgläubigen Erwerb, insb die Gutgläubigkeit des Anteilserwerbers hinsichtlich des Nichtbestehens von Belastungen, vorausgesetzt – nicht gegeben.

Infolge dessen ist davon auszugehen, dass die GmbH-Geschäftsanteile durch die Möglichkeit, den Anteil lastenfrei zu erwerben, aufgewertet würden.

2.2. Gesteigerte Transparenz

Die Ersichtlichmachung von Pfand- bzw Fruchtgenussrechten würde auch zur Steigerung der vom Firmenbuch angestrebten Transparenz beitragen. Insb wird durch eine solche Eintragung der allfällige Einfluss des Pfandrechts- bzw des Fruchtgenussrechtberechtigten auf die Gesellschaft ersichtlich.⁸²⁶ Abhängig von der genaueren Ausgestaltung des Pfandrechts (bzw des Fruchtgenussrechts) – bis zur starken Stellung eines Quasigesellschafters⁸²⁷ – wird der Berechtigte auf die Gesellschaft uU einen maßgeblichen Einfluss ausüben können. Insb ist idZ an Stimmrechtsvollmachten sowie die Pfändung der Gewinne zu denken. In solchen Fällen kann nämlich das allfällige Interesse des Berechtigten an kurzfristig hohen Gewinnen – und zwar ohne Rücksicht auf die langfristige Entwicklung des durch die Gesellschaft betriebenen Unternehmens – das Geschäft der Gesellschaft weitgehend beeinflussen. Beim Fruchtgenussrecht werden die Gewinne – Früchte des Anteils – ohne besondere Vereinbarung dem Fruchtnießer zukommen, weswegen ein bestimmter Konflikt zwischen der lang- und kurzfristigen Situation der Gesellschaft noch regelmäßiger zum Tragen kommen kann.

⁸²⁶ So für Deutschland *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 73.

⁸²⁷ Vgl *Wagner*, Der gutgläubige Erwerb 73.

Ist das dingliche Recht eingetragen, so kann ein potenzieller Geschäftspartner die Gefahr, dass durch die Gesellschaft in der Folge der Einflussnahme seitens eines Pfandgläubigers bzw Fruchtgenussberechtigten unerwartete Interessen verfolgt werden, in seine Überlegungen einbeziehen und diese Gefahr entsprechend versichern oder von den Geschäften mit einer solchen GmbH absehen.⁸²⁸

3. Der dem Firmenbuchgericht aufgebürdete Mehraufwand

Bei der Entscheidung des Gesetzgebers, die Eintragung dinglicher Rechte, die einen GmbH-Geschäftsanteil belasten, in das Firmenbuch zu ermöglichen und den lastenfreien gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen einzuführen, müssen auch die Kosten dieser Änderungen berücksichtigt werden.

Es ist unumgänglich, dass durch die Eintragung eines neuen Tatbestandes – des Bestehens eines Pfandrechts bzw eines Fruchtgenussrechts – die Kosten für die Firmenbuchgerichte höher sein werden. Mit dem Inkrafttreten der Änderung würde man mit vielen – möglicherweise Tausenden – Anträgen auf Eintragung von Pfand- bzw Fruchtgenussrechten konfrontiert werden. Ob dieser zusätzliche Aufwand verhältnismäßig ist, um die Rechtssicherheit zugunsten der potenziellen Anteilserwerber besser zu fördern, ist auch eine rechtspolitische und zudem keine leichte Entscheidung.

In Anbetracht der positiven Auswirkungen einer solchen Regelung wäre mE diese politische Entscheidung, ohne eine Kalkulation oder Schätzung der mit der Neuregelung verbundenen Kosten hier durchführen zu können, angebracht. Zu bedenken ist insb auch die Möglichkeit, durch die Neuregelung die Verpfändung der GmbH-Geschäftsanteile zu fördern und somit möglicherweise – mittelbar – auch die Form der GmbH im internationalen Wettbewerb zu stärken.

IV. Zusammenfassung des Kapitels

Ein gutgläubiger Erwerb eines Anteils kann sich uU weitgehend als nutzlos erweisen, falls am Anteil – für einen Erwerber unerkannte – Belastungen bestehen. So ist ein Erwerber entweder einem Verlust des Anteils im Falle der Verpfändung bzw einem wirtschaftlichen Verlust, falls ein Anteil mit einem Fruchtgenussrecht (in Deutschland Nießbrauch) belastet ist, ausgesetzt. Aus diesem Grund und unter Berücksichtigung der – zutreffend – heftigen Kritik an der

⁸²⁸ Vgl Wagner, Der gutgläubige Erwerb 73.

deutschen Lösung sollte eine österreichische Lösung auch den gutgläubigen lastenfreien Erwerb von GmbH-Anteilen ermöglichen. Bestimmte dingliche Rechte an einem Anteil könnten somit erlöschen, falls diese für einen sorgfältigen Erwerber nicht ersichtlich wären.

Um den gutgläubigen lastenfreien Erwerb zu ermöglichen, müsste ein Rechtsscheinträger geschaffen werden, aus dem sich die relevanten Belastungen bzw die Lastenfreiheit des Anteils ergeben würden. Als Rechtsscheinträger sollte wieder das Firmenbuch benutzt werden. Es sollten Pfandrechte und Fruchtgenussrechte an den Anteilen, nicht demgegenüber allfällige Vorerwerbsrechte, aus dem Firmenbuch ersichtlich sein.

Eine solche Ersichtlichmachung würde die durch das Firmenbuch generell verfolgte Transparenz noch steigern. Eine erschwerte Kreditaufnahme wäre nicht zu erwarten bzw nur in solchen Fällen anzunehmen, bei denen die Erteilung von Krediten aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht erwünscht ist oder gefördert werden kann.

Die Ersichtlichmachung von Pfandrechten und Fruchtgenussrechten würde einen Mehraufwand für das Firmenbuchgericht bedeuten. Da dadurch aber die Stellung von GmbH-Anteilen als Kreditsicherheit gesteigert würde und folglich mit maßgeblichen Vorteilen für die Volkswirtschaft zu rechnen wäre, ist ein solcher Mehraufwand in Kauf zu nehmen.

I. Eigener Vorschlag und Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs kann auf mehreren potenziellen Rechtsscheinträgern basieren.⁸²⁹ Aufgrund der Charakteristik des österreichischen Rechts ist aber insb eine wertpapierrechtliche Lösung nicht empfehlenswert.⁸³⁰ Demgegenüber kann eine auf der Firmenbucheintragung basierende Lösung eingeführt werden.⁸³¹ Eine solche wird auch empfohlen. Diese Lösung vermehrt nicht die im GmbH-Recht vorhandenen Rechtsscheinträger, ist relativ einfach einzuführen und greift weniger einschneidend als die anderen Lösungen in das österreichische Recht ein. Des Weiteren setzt eine solche Lösung zumindest teilweise die Gedanken um, die bereits *de lege ferenda*⁸³² bzw teilweise sogar *de lege lata*⁸³³ von der Lehre gefordert bzw vertreten wurden.

I. Umfang und Ausgestaltung der Regelung

Die Firmenbucheintragung soll der Rechtsscheinträger für den allfälligen gutgläubigen Erwerb sein. Um durch diese Regelung begünstigt zu werden, muss ein Erwerber im Vertrauen auf die Eintragung gehandelt und somit auch tatsächlich in das Firmenbuch Einsicht genommen haben, da es andererseits an der Schutzwürdigkeit des Erwerbers fehlen würde.⁸³⁴ Die Einsichtnahme kann durch die Vorlage eines vor der Übertragung genommenen Firmenbuchauszugs bewiesen werden. Alternativ kann vorgesehen werden, dass die Einsichtnahme vermutet wird, da diese Annahme im Regelfall der Wirklichkeit entspricht. Im Streitfall wäre dann im letzten Fall eine Beweislastumkehr zu beachten – die Beweislast für die fehlende Einsicht des Erwerbers ins Firmenbuch würde bei dem wahren Eigentümer liegen. Ein solcher (negativer) Beweis ist faktisch nur schwer zu erbringen. Die erste Möglichkeit – ohne Beweislastumkehr – ist somit, den allgemeinen Grundsätzen der Beweislehre folgend, zu bevorzugen.

Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs soll auf ein Rechtsgeschäft iS eines Verkehrsgeschäfts (wie das hinsichtlich der deutschen Regelung gefordert ist), eingeschränkt werden.⁸³⁵ Bei dem Tod eines im Firmenbuch Eingetragenen Erblassers kann bspw nicht angenommen werden, dass die Erben im Vertrauen auf das Firmenbuch einen Anteil erworben

⁸²⁹ S oben Punkt D.VI.

⁸³⁰ S insb Punkt G.V oben.

⁸³¹ S insb Punkt E.IV oben.

⁸³² Vgl Punkt D.V oben.

⁸³³ Vgl Punkt C.II oben.

⁸³⁴ Vgl hinsichtlich § 15 UGB Völkl/Ettmayer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 15 Rz 31.

⁸³⁵ Vgl zur Voraussetzung eines Rechtsgeschäfts und Verkehrsgeschäfts bereits Punkt B.II.3 oben.

haben. Vielmehr ist der Tod des Erblassers sowie dessen Gesellschafterstellung für den Erwerb des Anteils durch den Erben kausal. Fehlt die Gesellschafterstellung trotz einer Eintragung des Erblassers im Firmenbuch, dann können die Erben die Gesellschafterstellung nicht erwerben. Vorausgesetzt ist somit grundsätzlich eine wirksame – mit der Ausnahme der Rechtsinhaberschaft des Veräußerers – Abtretung. Es müssen insb die Voraussetzungen hinsichtlich Form, Verfügungsbeschränkungen, Geschäftsfähigkeit und Willenserklärungen beachtet werden. Der gutgläubige Erwerb von nichtexistenten Geschäftsanteilen soll nicht ermöglicht werden.⁸³⁶

Die Regelung setzt keine konstitutive Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch voraus. Zwar kann eine konstitutive Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch die Richtigkeitsgewähr des Firmenbuches steigern, doch bringt eine solche Regelung einen „Richtungswechsel“ im GmbH-Recht mit sich, der mit weitgehenden negativen Konsequenzen verbunden ist und von Seiten der Wirtschaft nicht unbedingt auf Zustimmung stoßen wird.⁸³⁷ Bei der hier vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um eine Kompromisslösung, die einfacher als die konstitutive Eintragung eingeführt werden kann und die Rechtssicherheit trotzdem weitgehend fördert.

Dabei ist noch anzumerken, dass nicht nur die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Anteils geschaffen werden soll, sondern vielmehr auch – wie in Deutschland – die Möglichkeit hinsichtlich eines Rechts (des Pfandrechts bzw Fruchtgenussrechts) an einem Anteil. Auch wenn es im Rahmen dieser Arbeit nicht näher erörtert wurde, soll der Formulierungsvorschlag berücksichtigen, dass auch ein Recht an einem Anteil gutgläubig erworben werden kann.⁸³⁸ Denn wenn das Eigentum am GmbH-Anteil von einem im Firmenbuch Nichtberechtigten erworben werden kann, so soll doch auch ein „Minus“ zum Eigentum – somit nicht das Eigentum, aber ein das Eigentum beschränkendes Pfandrecht oder Fruchtgenussrecht – am Anteil erworben werden können (*argumentum a maiore ad minus*). Des Weiteren soll aufgrund der Möglichkeit, diese dinglichen Rechte – Pfandrecht bzw Fruchtgenussrecht – im Firmenbuch einzutragen⁸³⁹ und der damit verbundenen Möglichkeit, im Vertrauen auf das Firmenbuch Eigentum gutgläubig und lastenfrei zu erwerben, anders als in Deutschland nicht nur der

⁸³⁶ Vgl für Deutschland Punkt B.II.2 oben.

⁸³⁷ Vgl bereits Punkt D.I.5 oben.

⁸³⁸ Vgl unten Punkt I.IV.

⁸³⁹ Vgl bereits Punkt H.I oben.

gutgläubige Ersterwerb (von dem im Firmenbuch eingetragenen Anteilseigentümer), sondern auch ein Wegerwerb dieser Rechte zulässig sein, wenn diese nicht im Firmenbuch eingetragen wurden. Durch die Ermöglichung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs wird bei der österreichischen Regelung den Interessen der Wirtschaft entsprochen.⁸⁴⁰

Hinsichtlich der zu ändernden Gesetze ist zunächst die Änderung des GmbHG angebracht. Nicht empfohlen wird insb eine Änderung von § 15 UGB. Diese Vorschrift ist allgemein gehalten und eignet sich deshalb nicht für eine spezielle Regelung die ausschließlich die GmbH betrifft. Die Änderungen sollen vielmehr durch eine Ergänzung weiterer Absätzen in § 76 GmbHG, der die Übertragbarkeit der GmbH-Geschäftsanteile regelt, erfolgen.

II. Negative Tatbestandsmerkmale

Um einerseits den Interessen des wahren Berechtigten Rechnung zu tragen und andererseits die Rechtssicherheit hinsichtlich der Gesellschafterstellung an den Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu fördern, soll die österreichische (ähnlich wie bereits die deutsche) Lösung teilweise sowohl dem Veranlassungsprinzip als auch dem reinen Rechtsscheinprinzip folgen.⁸⁴¹ Das erstgenannte Prinzip soll dann zum Zuge kommen, wenn die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist. Diesfalls soll der gutgläubige Erwerb sofort möglich sein. Wenn aber die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist, soll nach zwei Jahren das reine Rechtsscheinprinzip zum Zuge kommen. So dass es diesfalls (nachdem die Unrichtigkeit der Firmenbucheintragung bereits zumindest zwei Jahre andauert hat) ebenfalls zu einem gutgläubigen Erwerb kommen kann. Anders als im deutschen Recht soll der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten auch dann (rückwirkend) bejaht werden, wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist und diese bis zum Erwerb weniger als zwei Jahre andauerte, aber innerhalb von zwei Jahren ab der Eintragung des Erwerbers zu seiner Eintragung kein Widerspruch zugeordnet wurde.⁸⁴²

Das Institut des Widerspruchs im Firmenbuch muss neu eingeführt werden. Dieser wird es ermöglichen, den guten Glauben von potenziellen Erwerbern auf einfache Weise zu zerstören. Um Risiken zu vermeiden, die sich durch den gutgläubigen Erwerb bei mehrmaliger Veräußerung des Anteils in kurzer Zeit ergeben, soll der Widerspruch auch bspw dann

⁸⁴⁰ Vgl bereits Punkt H.III.2.1 oben.

⁸⁴¹ S zu Veranlassungs- und Rechtsscheinprinzip oben Punkt F.I.1.

⁸⁴² Zum Ganzen vgl Punkt F.I oben.

eingetragen werden können, wenn der potenzielle Erwerber gar nicht seine Gesellschafterstellung behauptet, diese jedoch in der nächsten Zukunft erwerben soll.⁸⁴³ Auch bei einer aufschiebenden Abtretung von GmbH-Anteilen soll ein Widerspruch einen geeigneten Schutzmechanismus für den Erwerber darstellen können – eine Möglichkeit, die entsprechend auch in Deutschland gefordert, aber von der Rsp nicht gebilligt wurde.⁸⁴⁴

Der gute Glaube des Erwerbers soll nicht nur dann ausscheiden, wenn dieser über die mangelnde Berechtigung des Veräußerers Kenntnis hatte, sondern auch dann, wenn diese Kenntnis aufgrund grober Fahrlässigkeit des Erwerbers nicht gegeben war. Leichte Fahrlässigkeit hingegen soll für die Annahme des guten Glaubens nicht schaden.⁸⁴⁵

III. „Auflassungserklärung“

Die vorgeschlagene Kompromisslösung zieht geringere Änderungen nach sich als dies bei der Lösung mittels konstitutiver Eintragung der Fall wäre. Doch ist noch eine weitere Änderung der Rechtslage empfehlenswert. In Anbetracht des berechtigten Ziels, das Auseinanderfallen von Veräußerer und dem wahren Berechtigten bei der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen hintanzuhalten,⁸⁴⁶ soll zumindest die Verhinderung potenzieller Betrugsfälle gewährleistet werden. Vorstellbar sind mehrere Regelungen, die diesem Zweck dienlich sein könnten.⁸⁴⁷ Doch ist von diesen vorstellbaren Regelungen die Lösung über eine „Aufsandungserklärung“ zu wählen. Eine dem Grundbuchsrecht in § 32 Abs 1 lit b GBG bekannte Lösung soll in Anbetracht der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen auch im Firmenbuchsrecht Eingang finden. Es soll somit eine ausdrückliche Erklärung der im Firmenbuch eingetragenen Person vorgesehen werden, dass diese hinsichtlich der Eintragung des Erwerbers einwilligt. Die Erklärung kann sich entweder in der Urkunde über das Titelgeschäft (Abtretungsvertrag) oder in einer besonderen Urkunde befinden; auch die Aufnahme im Firmenbuchantrag selbst soll zulässig sein.⁸⁴⁸ Um allfälligen Betrugsfällen vorzubeugen, soll die Unterschrift des Eingetragenen beglaubigt werden. Bei Vorhandensein der „Aufsandungserklärung“ im notariellen Abtretungsvertrag selbst, ist die Beglaubigung

⁸⁴³ Zum Ganzen vgl Punkt F.III oben.

⁸⁴⁴ Vgl oben Punkt F.III.5 und hinsichtlich der in Deutschland geforderten, jedoch nicht verwirklichten Lösungen, Punkt B.IV.3.

⁸⁴⁵ Zum Ganzen vgl Punkt F.II oben.

⁸⁴⁶ Vgl Punkt D.I oben.

⁸⁴⁷ Vgl insb Punkte D.I.1 bis D.I.3 oben.

⁸⁴⁸ Entsprechende Regelung ist hinsichtlich der Aufsandungserklärung im Grundbuchsrecht vorgesehen, s nur *Weigand in Kodek* (Hrsg), Grundbuchsrecht² (2016) § 32 GBG Rz 26.

bereits vom notariellen Abtretungsvertrag „umfasst“. Zumindest in diesen Fällen werden keinerlei zusätzliche Kosten mit der Aufsandungserklärung verbunden sein. Die Kosten der Beglaubigung werden aber auch bei einer sonstigen Urkunde, insb auch bei einer Firmenbuchanmeldung, eine untergeordnete Rolle spielen. Die Urkunde mit der beglaubigten Aufsandungserklärung muss dem Gericht bei der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels vorgelegt werden.

In Anbetracht der Notwendigkeit eine Aufsandungserklärung vorzuweisen, ist es nicht unbedingt erforderlich – anders als in Deutschland – eine Pflicht der Notare, die am Gesellschafterwechsel beteiligt waren, zur Anmeldung in das Firmenbuch vorzusehen. Der Gesellschafterwechsel wird auch keine erweiterte Prüfung durch das Firmenbuchgericht erforderlich machen. Vielmehr haben die Geschäftsführer, wie bereits *de lege lata*,⁸⁴⁹ den Abtretungsvorgang zu prüfen und – nunmehr zusätzlich unter Vorlage der beglaubigten Aufsandungserklärung – dem Firmenbuch anzumelden. In Anbetracht eines allfälligen Risikos des Verlusts eines Anteils als Folge des gutgläubigen Erwerbs wird die Verantwortung der Geschäftsführer und deren Schadenersatzpflicht gemäß § 26 Abs 2 GmbHG⁸⁵⁰ maßgeblich an Bedeutung gewinnen. Andererseits wird in Anbetracht der nunmehr notwendigen Aufsandungserklärung, aus der sich die Bestätigung der stattgefundenen Übertragung durch den Veräußerer ergeben muss, die Haftung der Geschäftsführer nicht ausufern. Immerhin ist anzunehmen, dass ein Geschäftsführer zumindest dem Veräußerer gegenüber im Normalfall für eine unrichtige Eintragung des Erwerbers nicht haften wird, wenn der Veräußerer in der dem Geschäftsführer vorliegenden Aufsandungserklärung selbst bestätigt hat, dass die Übertragung stattfand und somit dem Firmenbuchgericht angemeldet werden darf.

IV. Formulierungsvorschläge

Es sollen § 76 Abs 5 und Abs 6 GmbHG eingeführt und wie folgt gefasst werden:

Abs 5: Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils im Firmenbuch eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Eintragung zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als zwei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist

⁸⁴⁹ Vgl Punkt E.II.3 oben.

⁸⁵⁰ Vgl diesbezüglich bereits Punkt E.II.3 oben.

ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Eintragung ein Widerspruch zugeordnet ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner dann anzunehmen, wenn der gutgläubige Erwerber bereits zwei Jahre unwidersprochen als Inhaber des Geschäftsanteils im Firmenbuch eingetragen ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.⁸⁵¹

Abs 6: Ist ein Geschäftsanteil mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht bei einem Erwerb des Geschäftsanteils, wenn in Ansehung dieses Rechts die Voraussetzungen des Absatzes 5 vorliegen.⁸⁵²

Die Formulierung des Abs 6 bringt insb zum Ausdruck, wie bereits in Punkt H klargestellt, dass ein lastenfreier Erwerb sowohl bei einem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten als auch vom Berechtigten möglich ist.

Aufgrund der einzuführenden Möglichkeit, Pfandrechte und Fruchtgenussrechte an GmbH-Anteilen eintragen zu lassen, soll § 5 FBG Z 6 folgendermaßen geändert werden (Änderungen sind kursiv angeführt):

6. bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung außerdem Name und Geburtsdatum der Gesellschafter, gegebenenfalls ihre Firmenbuchnummer, ihre Stammeinlagen, gegebenenfalls ihre gründungsprivilegierten Stammeinlagen (§ 10b Abs 2 GmbHG), und die darauf geleisteten Einzahlungen, *ferner allfällige auf den Geschäftsanteilen begründeten Pfand- und Fruchtgenussrechte*; gehören alle Anteile an einer Aktiengesellschaft alleine oder neben der Gesellschaft einem Aktionär, dieser Umstand sowie sein Name, gegebenenfalls sein Geburtsdatum bzw seine Firmenbuchnummer.

Dementsprechend soll auch § 26 Abs 1 GmbH wie folgt geändert werden (Änderungen sind kursiv angeführt):

⁸⁵¹ Diese Formulierung richtet sich weitgehend nach § 16 Abs 3 dGmbHG. Insb ist jedoch S 4 des Vorschlags bzw eine ähnliche Regelung dem deutschen Recht fremd.

⁸⁵² Diese Formulierung geht auf den Formulierungsvorschlag von *Leeser* zurück, der den lastenfremen gutgläubigen Erwerb für das deutsche Recht stark befürwortet hat – s *Leeser*, Gutgläubiger Erwerb 183.

Sobald der Gesellschaft der Übergang eines Geschäftsanteils, *die Belastung eines Geschäftsanteils mit einem Pfand- oder Fruchtgenussrecht oder eine Änderung hinsichtlich dieses Rechts*, die Änderung des Namens, der für Zustellungen maßgeblichen Anschrift, einer Stammeinlage oder der geleisteten Einzahlungen eines Gesellschafters nachgewiesen wird, haben die Geschäftsführer in der zur Vertretung notwendigen Anzahl diese Tatsachen unverzüglich zum Firmenbuch anzumelden. Weiters haben sie jede Änderung der für Zustellungen an die Gesellschaft maßgeblichen Anschrift unverzüglich anzumelden.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich des Weiteren, dass sowohl ein allfälliger Widerspruch, als auch ein Pfandrecht bzw Fruchtgenussrecht aus einem Firmenbuchauszug ersichtlich sein soll. Dieses Anliegen kann bspw auf die (einfache) Weise realisiert werden, dass es in einem Firmenbuchauszug neben den Spalten „GESELLSCHAFTER/IN“, „STAMMEINLAGE“ und „HIERAUF GELEISTET“ eine vierte Spalte „ANMERKUNGEN“ hinzugefügt wird. In dieser Spalte kann bei einem bestimmten Geschäftsanteil eine Anmerkung „Widerspruch“, „Pfandrecht“, „Fruchtgenussrecht“ sowie uU mehrere von diesen Anmerkungen ersichtlich gemacht werden. Da diese Anmerkungen nur einem bestimmten Geschäftsanteil zugeordnet werden, können Anteile ohne eine solchen Anmerkung gutgläubig (im Fall eines fehlenden Widerspruchs), ggf auch lastenfrei (bei fehlender Anmerkung eines Pfand- bzw Fruchtgenussrechts) erworben werden. Der Umfang des Widerspruchs, Pfand- bzw Fruchtgenussrechts wird insofern bereits aus dem Firmenbuchauszug ersichtlich sein. Die der Eintragung zugrundeliegenden Urkunden sollen in der Urkundensammlung aufliegen und auch elektronisch abrufbar sein.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die hier vorgeschlagene Regelung stellt eine Lösung nach grundbuchsrechtlichem Vorbild dar. Anders als im Grundbuchsrecht stellt die Eintragung keinen für die Übertragung notwendigen *Modus* dar. Damit entfaltet sie keine konstitutive Wirkung. Insoweit entspricht die Lösung dem, was bereits bspw durch *Haberer* vorgeschlagen wurde.⁸⁵³ Die Lösung sieht vor, dass die Anmeldung eines Gesellschafterwechsels weiterhin von Geschäftsführern in der vereinfachten Form des § 11 FBG, also unbeglaubigt, erfolgen kann. Jedoch soll nunmehr einer solchen

⁸⁵³ S *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (428); vgl bereits Punkt D.V.4 oben.

Anmeldung eine Auflassungserklärung des Veräußerers beigelegt werden, aus der sich das Einverständnis des Veräußerers mit der Eintragung des Erwerbers ergibt. Diese Auflassungserklärung wird, um Betrugsfällen vorzubeugen, öffentlich beglaubigt werden müssen. Dies soll zumindest in einem gewissen Maße für eine erhöhte Richtigkeitsgewähr der Eintragungen sorgen. Die Regelung wird somit der deutschen Regelung zumindest teilweise ähnlich sein. Als Rechtsscheinträger wird das Firmenbuch fungieren. Die Regelung ist aber weitreichender als das in Deutschland der Fall ist. Nicht nur wird statt einer dreijährigen eine zweijährige Frist der Unrichtigkeit der Liste bei fehlender Zurechnung der Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten vorgeschlagen. Vielmehr wird ein rückwirkender gutgläubiger Erwerb erfolgen können, wenn ein (gutgläubiger) Erwerber, der jedoch im Zeitpunkt des Erwerbs noch nicht gutgläubig erwerben konnte, nach der Abtretung zwei Jahre lang unbeanstandet im Firmenbuch eingetragen war. Somit wird neben den zwei aus dem deutschen Recht bekannten Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen eine dritte – rückwirkende und der Ersitzung ähnliche – Möglichkeit eröffnet.

Außerdem soll der lastenfreie gutgläubige Erwerb hinsichtlich allfälliger Pfand- und Fruchtgenussrechte möglich sein. Dadurch werden Situationen verhindert, dass das Eigentum eines gutgläubigen Erwerbers durch unerkannte Rechte Dritter aus wirtschaftlicher Sicht gesehen beeinträchtigt wird.

VI. Die Beantwortung der eingangs gestellten Fragen

Ziel dieser Dissertation war es, die Notwendigkeit einer Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen zu untersuchen und – im Falle der Bejahung – eine vorzugswürdige Lösung für die Einführung in Österreich aufzuzeigen. Im Folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse gegliedert nach den vier in der Einführung gestellten Fragen, nochmals zusammengefasst werden.

1. Ist die Einführung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich empfehlenswert?
 - 1.1 Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ist *de lege lata* in Österreich im Einklang mit dem Prinzip *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* nicht vorgesehen.
 - 1.2 Es gibt mehrere mögliche Gründe für das Abweichen der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse an einem GmbH-Geschäftsanteil von der im Firmenbuch

eingetragenen Person. Einen wesentlichen Grund stellt die – zuerst unerkannte – Unwirksamkeit von Anteilsübertragungen dar.

- 1.3 Zur Unwirksamkeit von Anteilsübertragungen können bspw eine mangelnde Beurkundung, im GmbH-Gesellschaftsvertrag vorgesehene Vinkulierungen oder Vorkaufsrechte, in der Abtretungsurkunde vorgesehene aufschiebende Bedingungen oder berufsrechtliche, grundverkehrsrechtliche und devisenrechtliche Hindernisse führen.
- 1.4 Einigen Fällen des Abweichens des Firmenbuchstandes von den tatsächlichen Verhältnissen kann durch andere Lösungen als den gutgläubigen Erwerb vorbeugt werden. Dazu zählen bspw das Erfordernis einer beglaubigten Unterschrift der Geschäftsführer bei der Firmenbuchanmeldung, einer ausdrücklichen und nachgewiesenen Zustimmung der Veräußerer zur gegenständlichen Firmenbucheintragung oder einer zwingenden Vorlage der Abtretungsurkunde bei der Anmeldung von Gesellschafterwechseln. Solche Regelungen können der Eintragung von unwirksamen Gesellschafterwechseln (aufgrund von unwirksamen Anteilsübertragungen) in einigen Fällen entgegenstehen, würden aber nicht immer die Rechtssicherheit gewährleisten können.
- 1.5 Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen wird in mehreren Fällen der Rechtssicherheit dienlich sein. Insb sind auch die Fälle angesprochen, bei denen eine Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen vor Jahren unwirksam war und die Unwirksamkeit ihre Wirkungen noch heute entfaltet. Durch den gutgläubigen Erwerb könnte Rechtsfrieden gewährleistet werden. Zudem wäre ein Erwerber eines Geschäftsanteils nicht den Ansprüchen von GmbH-Gesellschaftern ausgesetzt, die vor Jahren den Anteil veräußert haben, welche jedoch durch die Geltendmachung von Unwirksamkeitsgründen bspw von den positiven Entwicklungen der relevanten GmbH profitieren wollen.
- 1.6 Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen kann des Weiteren die Transaktionskosten (eingeschränkte Titelketteüberprüfung) senken.
- 1.7 Durch die erhöhte Rechtssicherheit und die gesenkten Transaktionskosten kann auch mittelbar die GmbH als Gesellschaftsform profitieren.
- 1.8 Die erste in der Dissertation gestellte Frage ist somit mit einem „ja“ zu beantworten. Die Einführung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich ist durchaus empfehlenswert und erwünscht.

2. Welche Gründe sprechen für die Einführung in Österreich einer dem deutschen Recht ähnlichen Regelung bezüglich des Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen? Ist eine dem deutschen Recht ähnliche Regelung mit dem österreichischen Rechtssystem in Einklang zu bringen?
- 2.1 Nach der im Jahre 2008 in Deutschland eingeführten Regelung stellt die dem Registergericht einzureichende und von diesem aufzubewahrende Gesellschafterliste einen Rechtsscheinträger dar. GmbH-Geschäftsanteile können im Vertrauen auf diese Gesellschafterliste uU gutgläubig erworben werden.
- 2.2 Die „privat geführte“ Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger wurde teilweise kritisiert. Nichtsdestotrotz ist diese, insb auch durch die Einbeziehung von Notaren bei der Einreichung der Gesellschafterliste, mit relativ hoher Richtigkeitsgewähr ausgestattet.
- 2.3 Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in Österreich mittels einer neu einzuführenden Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger ist nicht zu empfehlen. Es ist jedoch eine funktionsäquivalente Lösung möglich, bei der das Firmenbuch als Rechtsscheinträger dient.
- 2.4 Die relativ hohe Richtigkeitsgewähr der Firmenbucheintragungen soll noch durch eine beglaubigte Aufsandungserklärung des Veräußerers, die im Rahmen der Anmeldung dem Firmenbuchgericht vorzulegen sein wird, gefördert werden. Die beschränkte materielle gerichtliche Prüfpflicht des einer Anmeldung zugrundeliegenden Gesellschafterwechsels soll nicht ausgeweitet werden. Auch die Mitwirkung von Notaren bei der Anmeldung ist nicht unbedingt erforderlich.
- 2.5 Die negativen Tatbestandsmerkmale der deutschen Regelung sollen mit einigen Anpassungen in Österreich übernommen werden.
- 2.6 Die an den guten Glauben gestellten Voraussetzungen sollen nicht überspannt werden. Dem guten Glauben schaden soll Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis von der Nichtberechtigung des Veräußerers. Leichte Fahrlässigkeit soll den gutgläubigen Erwerb nicht ausschließen.
- 2.7 In das Firmenbuchrecht ist das Institut eines Widerspruchs einzuführen. Es soll die Zuordnung eines Widerspruchs auch iZm zukünftigen Anteilsübertragungen ermöglicht werden. Der Widerspruch kann den guten Glauben eines potenziellen Erwerbers zerstören.

- 2.8 Ein Erwerber soll den Anteil dann gutgläubig erwerben, wenn (i) die Unrichtigkeit des Firmenbuchstandes dem wahren Eigentümer zuzurechnen ist, (ii) die Unrichtigkeit bereits zwei Jahre andauert oder auch dann, wenn (iii) diese Voraussetzungen bei der Anteilsübertragung (noch) nicht erfüllt waren, nach der Übertragung aber der (gutgläubige) Erwerber zwei Jahre lang unangefochten im Firmenbuch als Gesellschafter eingetragen war.
- 2.9 Obwohl die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von unverbrieften Anteilsrechten eine Neuheit im österreichischen Recht darstellen wird, so wird der gutgläubige Erwerb basierend auf einem öffentlich geführten Register (in diesem Fall Firmenbuch) dennoch gut in das österreichische Rechtssystem passen.
- 2.10 Sowohl das Abstellen auf das Veranlassungsprinzip („Hand wahre Hand“ Prinzip) als auch auf das reine Rechtsscheinprinzip ist bereits beim gutgläubigen Erwerb von anderen Rechtsobjekten in österreichischem Recht vorgesehen und somit nicht unbekannt.
- 2.11 Durch die vorzusehenden Schutzmechanismen zugunsten des wahren Berechtigten (insb Widerspruch und Zeitablauf bei fehlender Zurechenbarkeit) wird die Regelung auch mit dem Prinzip des Eigentumsschutzes und dem Verfassungsrecht generell zu vereinbaren sein.
3. Ist der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen und der Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs anhand einer wertpapierrechtlichen Lösung gegenüber anderen potenziellen Lösungen Vorrang zu geben? Welche Überlegungen sprechen für und gegen eine solche Vorgehensweise?
- 3.1 Der historische Gesetzgeber hat sich gegen die Möglichkeit der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen als Wertpapiere ausgesprochen. Dabei ist er dem Wunsch nach einer Unterbindung der Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität der GmbH-Geschäftsanteile nachgekommen.
- 3.2 Die gesetzgeberischen Bedenken gegen eine Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen im Allgemeinen wiegen auch heute noch schwer. Im Gegensatz zu Aktien sollen insb die GmbH-Geschäftsanteile dem Handel an einer Börse entzogen werden.
- 3.3 Eine Parallele zum Aktienrecht zeigt, dass eine Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen – in Anbetracht der „Entmaterialisierung“ von Aktien in Folge von Sammel- und Globalbeurkundungen und Übertragungen mit Hilfe des Effektengiros – als veraltet angesehen werden kann.

- 3.4 Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen mit Hilfe einer wertpapierrechtlichen Lösung könnte die Rechtslage in Österreich wesentlich verkomplizieren.
- 3.5 Der gutgläubige Erwerb mittels einer wertpapierrechtlichen Lösung infolge der Verbriefung von GmbH-Geschäftsanteilen muss einer „firmenbuchrechtlichen“ Lösung weichen.
4. Ist die Einführung eines lastenfreien gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen zu empfehlen und mit dem österreichischen Rechtssystem in Einklang zu bringen?
- 4.1 Nicht ersichtliche Belastungen eines GmbH-Geschäftsanteils stellen eine Gefahr für die Rechtssicherheit dar. Die Ausübung von Rechten eines Gesellschafters kann nämlich durch das Vorliegen von Pfand- bzw Fruchtgenussrechten an den relevanten Anteilen uU sehr beschränkt werden. Im Falle von Pfandrechten ist der neue Eigentümer sogar der Gefahr des Verlustes seines Anteils ausgesetzt.
- 4.2 Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen wird sich nicht nur für den Erwerber als nützlich erweisen. Auch die Stellung von GmbH-Geschäftsanteilen als Sicherheit kann gestärkt werden. Dadurch wird die Wirtschaft profitieren.
- 4.3 Als Rechtsscheinträger des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs soll das Firmenbuch dienen. Dabei müssen die relevanten dinglichen Belastungen des Anteils – Pfand- und Fruchtgenussrechte – aus dem Firmenbuch ersichtlich sein.
- 4.4 Die positiven Konsequenzen der Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs werden die damit verbundenen Kosten – insb auch den Mehraufwand der Firmenbuchgerichte – rechtfertigen.

Anhänge

Zusammenfassung

Das Fehlen des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen stellt in Österreich ein relevantes Problem dar. UU kann sich nämlich nach Jahren bzw sogar Jahrzehnten ergeben, dass in der Vergangenheit eine Anteilsübertragung nicht wirksam vorgenommen wurde und folglich die im Firmenbuch ausgewiesenen Scheingesellschafter gar nicht Eigentümer der entsprechenden Anteile sind.

Die Dissertation stellt idZ die österreichische Rechtslage der deutschen Rechtslage in einem rechtsvergleichenden Kontext gegenüber. Die Analyse der Reformdiskussion in Deutschland, die in das Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mündete, sowie des nunmehr in Deutschland vorgesehenen gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen werden für die Gewinnung von Argumenten für (bzw gegen) die Einführung einer entsprechenden Regelung in Österreich benutzt.

Insb wird eine dem deutschen Recht funktionsäquivalente Lösung – somit ein gutgläubiger Erwerb in Österreich mithilfe des Firmenbuches als Rechtsscheinträger – dargestellt und erörtert. Dabei wird auch auf die mögliche Ausgestaltung allfälliger negativer Tatbestandsmerkmale eingegangen, die einen gutgläubigen Erwerb ausschließen würden. Des Weiteren wird auch eine potenzielle wertpapierrechtliche Lösung als Alternative dargestellt und ihre Vor- und (überwiegenden) Nachteile erörtert.

In der Dissertation wird auch das Thema des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs behandelt. Dabei wird an die Notwendigkeit der Ersichtlichmachung der den Anteil belastenden Rechte, die als Voraussetzung für die Einführung einer solchen Regelung zu verstehen ist, aufmerksam gemacht. Es werden auch die Interessen der Parteien einer Anteilsübertragung sowie die Interessen der Kreditwirtschaft kurz analysiert. Diese Interessenabwägung ermöglicht die Beantwortung der Frage nach einer allfälligen Befürwortung eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen.

Es wird auch eine vom Autor bevorzugte Lösung samt Formulierungsvorschlägen der relevanten Vorschriften dargestellt und erörtert.

Summary

The lack of the possibility to acquire Austrian limited liability company (*GmbH*) shares in good faith (*bona fide*) poses a very relevant practical problem in Austria. This is because, in some circumstances, it may occur that a share transfer in the past was invalid and, consequently, the persons stipulated as the owners of shares in the Austrian Commercial Register (*Firmenbuch*) are not the owners of corresponding shares.

Against this background, the thesis analyses the relevant Austrian and German regulations in a comparative context. The analysis of the debate in Germany, which resulted in the entry into force of the Law for the Modernisation of the German Limited Liability Company Law and the Prevention of Misuse (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen; MoMiG*), and of the new possibility to acquire the German limited liability company shares in good faith, as introduced by this law, is employed to put forward arguments for (or against) the introduction of a similar regulation in Austria.

In particular, a solution that is functionally equivalent to the German one – the *bona fide* acquisition in Austria in reliance on the Austrian Commercial Register – is presented and discussed. In doing so, regard is also had to possible limitations of (exceptions to) *bona fide* acquisition. Furthermore, another solution – the one based on securitization of GmbH shares – is presented as a possible alternative and its advantages and (mostly) disadvantages are discussed.

The thesis also addresses the topic of *bona fide* acquisition free from encumbrances. In this regard, attention is drawn to the need to provide for disclosure of such encumbrances as a prerequisite for the introduction of such regulation. The author also briefly analyzes the interests of the parties involved in the transfer of shares as well as of the banking industry, weighing-up of which enables answering the question whether a *bona fide* acquisition free from encumbrances is to be supported.

The author also presents a preferred solution to the problem together with proposed wording of the provisions to be amended.

Streszczenie

Brak możliwości nabycia udziałów w austriackiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (*GmbH*) w dobrej wierze wiąże się z istotnymi problemami praktycznymi. W niektórych przypadkach może okazać się, że transakcja przeniesienia udziałów sprzed lat była nieważna, a co za tym idzie osoby wpisane jako wspólnicy spółki z o.o. w austriackim rejestrze handlowym (*Firmenbuch*) nie są właścicielami przedmiotowych udziałów.

Niniejsza praca doktorska ma charakter prawno-porównawczy i konfrontuje austriackie regulacje z rozwiązaniami niemieckimi w przedmiotowym zakresie. Analiza debaty przeprowadzonej w związku z uchwaleniem i wejściem w życie w Niemczech ustawy o modernizacji prawa o spółkach z o.o. i zwalczaniu nadużyć (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen; MoMiG*) pozwala zyskać argumenty za (lub przeciw) wprowadzeniem możliwości nabycia udziałów w dobrej wierze w Austrii.

W szczególności zaproponowane zostało rozwiązanie funkcjonalnie podobne do rozwiązania w prawie niemieckim, mianowicie nabycie udziałów w dobrej wierze w zaufaniu do austriackiego rejestru handlowego. Zbadana została także możliwość przyjęcia podobnych – jak w prawie niemieckim – przesłanek negatywnych, w przypadku których nabycie w dobrej wierze nie będzie możliwe. Analizie poddano również rozwiązanie alternatywne bazujące na wprowadzeniu możliwości wystawiania papierów wartościowych opiewających na udziały w spółce z.o.o.

W niniejszej pracy doktorskiej poruszony został dodatkowo temat nabycia udziałów w dobrej wierze bez obciążeń oraz uwidocznienia takich obciążeń w austriackim rejestrze handlowym, co powinno być traktowane jako warunek konieczny wprowadzenia przedmiotowej regulacji. Ponadto pokrótce przedstawione zostały interesy stron umowy o przeniesienie udziałów, a także interesy sektora bankowego związane z ewentualną możliwością nabycia udziałów w dobrej wierze bez obciążeń.

Autor przedstawił także preferowane rozwiązanie oraz zaproponował sformułowania przepisów, które powinny ulec zmianie.

Lebenslauf

Persönliche Informationen

Name: Mag. Mgr. Krzysztof Nowak LL.M.
Mobil: +43 676 83647300
E-Mail: k.nowak@ehlaw.at

Universitätsausbildung

seit 2015	Doktoratsstudium, Rechtswissenschaften, Universität Wien
2014–2015	Nostrifikation zum Magister iuris, Rechtswissenschaften, Universität Wien
2013–2014	LL.M.–Studium, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
2011–2013	Masterstudium, Finanz- und Rechnungswesen, Wirtschaftsuniversität Krakau
2010–2011	ERASMUS-Aufenthalt, Rechtswissenschaften, Universität Wien
2008–2013	Magisterstudium, Rechtswissenschaften, Jagiellonen-Universität, Krakau
2007–2010	Bakkalaureusstudium, Finanz- und Rechnungswesen, Wirtschaftsuniversität Krakau

Berufserfahrung

seit 02.2016	Rechtsanwaltsanwärter, Eisenberger & Herzog Rechtsanwälts GmbH
09.2015–01.2016	Rechtspraktikant, Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
05.2015–01.2016	Praktikant, Eisenberger & Herzog Rechtsanwälts GmbH
03.2014–04.2015	Juristischer Mitarbeiter, Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH
09.2013	Praktikant, CMS Cameron McKenna, Warschau
08.2013	Praktikant, White & Case, Warschau
11.2012	Praktikant, Landgericht, Krakau
10.2012	Praktikant, T. Studnicki, K. Pleszka, Z. Ćwiakalski, J. Górski Spółka komandytowa („SPCG“), Krakau
08.2012	Summer Associate, Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH, Wien

Literaturverzeichnis

- Albertz*, Die Verbriefung des GmbH-Geschäftsanteils in Deutschland und den EU-Staaten (1996)
- Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (2010)
- Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band I: Legal² (2015)
- Altmeppen*, Der gutgläubige Zwischenerwerb am Beispiel des § 16 Abs. 3 GmbHG, in Liber Amicorum Schurig (2012) 1
- Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Bankvertragsrecht Band II² Konto und Depot (2008); Band VI² Kapitalmarkt (2007)
- Auer*, Zur Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG, JBl 2011, 361
- Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, Beck'scher Online-Kommentar BGB⁴⁵ § 892 (Stand: 01.11.2017)
- Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ (2017)
- Bayer*, Kein gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils? Zugleich Anmerkung zu BGH v. 20.9.2011 - II ZB 17/10 und Appell an den Gesetzgeber, GmbHR 2011, 1254
- Bednarz*, Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, BB 2008, 1854
- Begemann/Galla*, Praxisfragen zur Gesellschafterliste der GmbH nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 1065
- Berka*, Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁶ (2016)
- Birnbauer*, (Schwebend) unwirksame Anteilsabtretung; Mitteilung an das Firmenbuchgericht Muster-Anmeldungen zum Firmenbuch, GES 2006, 123
- Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-G – ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100
- Bohrer*, Fehlerquellen und gutgläubiger Erwerb im Geschäftsanteilsverkehr – Das Vertrauensschutzkonzept im Regierungsentwurf des MoMiG, DStR 2007, 995
- Böttcher/Blasche*, Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen entsprechend der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung nach dem MoMiG, NZG 2007, 565

- Brandes*, Gutgläubiger Erwerb bei bedingter Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen
Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH vom 20.9.2011 - II ZB 17/10, GmbHR
2012, 545
- Bydlinski F.*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012)
- Bydlinski P.*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen Zugleich ein Beitrag zur
Notariatsaktspflicht (1991)
- Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt
vom 1.9.2006 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-
Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom
29.5.2006, GmbHR 2006, 978
- Danzl*, Anmerkungen zum Rundschreiben des HG Wien „Anmeldung zum Firmenbuch“,
ecolex 1991, 164
- Dokalik*, Der Nachweis der Aktionärserschaft nach dem Entwurf eines ARÄG 2009, GesRZ
2008, 329
- Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I² §§ 1-136 AktG (2012)
- Döser*, Gedanken zur GmbH, in FS Spiegelberger (2009) 634
- Eckert*, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen
Judikatur, GES 2004, 228
- Eidenmüller*, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168
- Eiselsberg/Schenk/Weißmann* (Hrsg), Firmenbuchgesetz (1991)
- Fellner*, Gesellschaftsrechtlich verankerte Abtretungs-, Verfügungs- und Verpfändungsverbote
sowie Aufgriffsrechte auf dem Prüfstand der Firmenbuchgerichte - aktuelle
Entwicklungen im GmbH-Gesellschaftsvertragsrecht, NZ 2010, 232
- Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar -
§§ 353-379 ABGB Sachenrecht II³ (2011); §§ 1375-1410 ABGB Anweisung-Vergleich-
Zession³ (2011); KSchG³ (2006)
- Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG I³ §§ 1-34 (2018); II² §§ 35-52 (2016)
- Frenzel*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter schwer nachprüfbar
aufschiebenden Bedingungen, GesRZ 2017, 24
- Frenzel/Gruber*, Schlüssige Gesellschafterzustimmung zur Übertragung vinkulierter
Geschäftsanteile, ecolex 2016, 492
- Frotz*, Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der
Begründung von Mobiliarpfandrechten, in FS Demelius (1973) 323

- Gellis* (Hrsg), GmbHG-Gesetz: Kommentar⁷ (2009)
- Goette*, Stellungnahme zu: Regierungsentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalma&type=artikelgesetze&c=80&q=MoMiG&d=Stellungnahme_Goette.pdf (abgefragt 22.05.2018)
- Götze/Bressler*, Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, NZG 2007, 894
- Grassner*, Immobilisierungsmaßnahmen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2010)
- Grau*, Lücken im Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs bei unwirksamer Übertragung von G.m.b.H.-Anteilen, in FS Oberneck (1929) 173
- Greitemann/Bergjan*, Die Auswirkungen des MoMiG auf die M&A-Praxis, in FS Pöllath (2008) 271
- Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG Kommentar (2014)
- Grunewald/Gehling/Rodewig*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZIP 2006, 685
- Haas/Oechsler*, Missbrauch, Cash Pool und gutgläubiger Erwerb nach dem MoMiG, NZG 2006, 806
- Haberer*, Systembau oder Systembruch? Gutgläubiger Eigentumserwerb im österreichischen Zivil-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, in *Domej/Dörr/Hoffmann-Nowotny/Vasella/Zelger* (Hrsg), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008 Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität (2009) 407; Kurzzitat: *Haberer* in *Domej*, Einheit des Privatrechts 407 (Seite)
- Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990)
- Hamann*, GmbH-Anteilserwerb vom Nichtberechtigten - Die Mischung verschiedener Gutglaubenstatbestände im MoMiG-Regierungsentwurf, NZG 2007, 492
- Handelsrechtsausschuss des DAV*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2007, 211
- Harbarth*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE, ZIP 2008, 57
- Haslinger*, Zuwendungsfruchtgenuss an Unternehmensanteilen, ecolex 1996, 622
- Hasselman*, Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Erstellung und Einreichung durch Geschäftsführer und Notare, NZG 2009, 486

Hasselmann, Die Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste, NZG 2010, 207

Heckschen, Die GmbH-Reform - Wege und Irrwege, DStR 2007, 1442

Heilemann, Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen einer GmbH Eine dogmatische und empirische Untersuchung (2014)

Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht³ (2016)

Herrler, (Stark) beschränkte Publizitätswirkung der GmbH-Gesellschafterliste? – Schutz des Rechtsverkehrs de lege lata und de lege ferenda, NZG 2011, 1321

Herrler, Gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter GmbH-Geschäftsanteilsabtretung - Sicherung durch Vermerk in Gesellschafterliste, BB 2009, 2272

Hirte, Die „Große GmbH-Reform“ – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, 761

Huber, Inkonsistenzen durch § 11 FBG und § 26 GmbHG (2011)
http://othes.univie.ac.at/19477/1/2011-09-04_0400369.pdf (abgefragt am 22.05.2018)

Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere¹² (1986)

Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB I² (2010)

Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum AktG I⁵ §§ 1–69 AktG (2011)

Jasper/Rust, Die Zusammenlegung von GmbH-Geschäftsanteilen, DB 2000, 1549

Jeep, Die ungenutzte Chance des BGH zur Aufwertung der GmbH-Gesellschafterliste Oder: Heute wissen müssen, was morgen entschieden wird, NJW 2012, 658

Jud, Jännerliste und Publizität, NZ 1983, 70

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017)

Kalss/Probst, Familienunternehmen Gesellschafts- und zivilrechtliche Fragen (2013)

Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts: Gutachten (2006)

Karner, Der redliche Mobiliarerwerb aus rechtsvergleichender und rechtsgeschichtlicher Perspektive, ZfRV 2004, 83

Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und HGB-Reform, RdW 2004, 137

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)

Kecker, Die Fungibilisierung von GmbH-Anteilen: Grundlagen und rechtliche Umsetzung (1991)

Keinert, Handbuch des Wertpapierrechts: nach österreichischem und deutschem Recht (2014)

Kindler, Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NJW 2008, 3249

Klampfl, Fruchtgenuss an Geschäftsanteilen, GesRZ 2014, 23

- Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 1.02, 1.03, 1.05
- Klößner*, Praxisprobleme beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2008, 841
- Kodek* (Hrsg), Grundbuchsrecht² (2016)
- Kodek/Nowotny/Umfahrer*, Firmenbuchgesetz FBG und firmenbuchrechtliche Bestimmungen des HGB (2005)
- Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz: Kommentar³ (2007)
- Kort*, Kein Gutgläubensschutz nach § 16 Abs. 3 GmbHG beim Zweiterwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils, DB 2011, 2897
- Kort*, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilserwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.) (§§ 40, 16 GmbHG), GmbHR 2009, 169
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017)
- Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil. Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014)
- Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in FS Kastner (1972) 215
- Kreftling*, Deutscher Notartag 1961 (Diskussionsbeitrag), DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 79
- Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar UGB ABGB: Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007)
- Kühn*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen? GmbHR 1970, 201
- Kühnelt*, Warum besteht Bedarf an einem Mobiliarpfandrechtsregister für Österreich? NZ 2002, 2
- Lammer*, Das Pfand bleibt in Schuldner-Hand Gesetzesplan, Die Presse 2006/46/02
- Lange*, Deutscher Notartag 1961 (Diskussionsbeitrag), DNotZ 1961, Beilage zu Heft 11, 87
- Leeser*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem Regierungsentwurf des MoMiG (2008)
- http://kups.ub.uni-koeln.de/7072/1/Dissertation_Marcel_Leeser_geschwaerzt.pdf
(abgefragt 22.05.2018)
- Lieder*, Gutgläubiger Erwerb im Erbrecht- und Gesellschaftsrecht, Jura 2010, 801
- Link*, Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, RNotZ 2009, 193

Lukas, Vom UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions zu einem Mobiliarpfandregister in Österreich, ÖBA 2007, 262

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Recht¹⁹ (2016)

Mayer, Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403

Mayer, Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II), MittBayNot 2014, 114

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015)

Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) I³ Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG (2017) II³ §§ 35-88 GmbHG, EGGmbHG (2017); Kurzzitat: *Autor in Michalski, GmbHG [Band]³ [Seite]*

Micheler, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht: Zu einer kapitalmarktrechtlichen Theorie des Wertpapierrechts. Effekten nach österreichischem, deutschem, englischem und russischem Recht (2004)

Müller H., Gedanken zum Schutz des guten Glaubens in rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 1963, 2

Müller, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf den Unternehmens- und Beteiligungskauf, GmbHR 2006, 953

Noack, BGH: Kein gutgläubiger Zweiterwerb eines GmbH-Geschäftsanteils und Prüfungskompetenz des Registergerichts, LMK 2012, 326790

Noack, Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG, in FS Hüffer (2010) 723

Noack, Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, 1475

Nowotny, Anteilbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, RdW 1991, 71

Olshausen, Neuerungen im System der handelsrechtlichen Rechtsscheingrundsätze, BB 1970, 137

Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht – das System des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2009, 2105

Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht: Ein Beitrag de lege lata et ferenda zum System des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen (2010)

Omlor, Verkehrsschutzfragen zum Anwartschaftsrecht am GmbH-Geschäftsanteil, DNotZ 2012, 179

Omlor/Spies, Grundfragen der Gesellschafterliste, MittBayNot 2011, 353

Oppermann, Praktische Gestaltung der bedingten Abtretung von GmbH-Anteilen – Risiken durch gutgläubigen bedingungsfreien Erwerb Dritter, ZIP 2009, 651

Österreichischer Juristentag (Hrsg), Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts: Referate und Diskussionsbeiträge (2008)

Ostheim, Zur Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten, GesRZ 1981, 1

Peetz, Anmeldung einer Anteilsabtretung - eine eher unscheinbare Norm, GmbHHR 2006, 852

Preuß, Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZGR 2008, 676

Priester, Die Zusammenlegung von GmbH-Anteilen, GmbHHR 1976, 130

Rassi, Grunbuchsrecht Mit Muster- und Beispielsteil² (2013)

Rau, Der Erwerb einer GmbH nach In-Kraft-Treten des MoMiG Höhere Transparenz des Gesellschafterkreises, gutgläubiger Erwerb und vereinfachte Stückelung, DStR 2006, 1892

Reich-Rohrwig, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997)

Reich-Rohrwig, GmbH: Jännerliste ist fällig, ecolex 1990, 30

Reich-Rohrwig, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 1990, 546

Reich-Rohrwig/Kurschel, Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts, ecolex 1991, 22

Reich-Rohrwig/Thiery, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf Zugleich Anmerkung zu 6 Ob 564/90, ecolex 1991, 89

Reymann, Gutgläubiger Erwerb und Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2008, 2095

Ries, Stellungnahme zu: Regierungsentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalma&type=artikelgesetze&c=80&q=MoMiG&d=Stellungnahme_Ries.pdf (abgefragt 22.05.2018)

Röber, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen (2011)

Roth, Das zukünftige Recht der Bucheffekten, ÖBA 2011, 607

Roth, Grundriß des österreichischen Wertpapierrechts² (1999)

Roth/Altmeyen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁸ (2015)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 2. Band Teil 3³ §§ 1342-1502 ABGB (2002); 2. Band Teil 2b³ §§ 1313-1341 (2004)

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1 – 43⁴ (2015); §§ 285 – 446c⁴ (2016)

Schauer, Arbeitsgruppe Register für Mobiliarsicherheiten - Abschluss der Tätigkeit und Empfehlungskatalog, NZ 2006, 267

Schauer, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64

Schiemzik, Ein Überblick über aktuelle Entwicklungen, Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 2011, 2481

Schmidt, Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs - eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31

Schmidt, Münchener Kommentar zum HGB Band 1⁴ §§ 1-104a HGB (2016); Band 3³ §§ 161-237 HGB (2013)

Schockenhoff/Höder, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG: Nachbesserungsbedarf aus Sicht der M&A-Praxis, ZIP 2006, 1841

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz I¹² §§ 1-34 (2018); II¹¹ §§ 35-52 (2014)

Schönherr, Jännerliste und andere Fragen im Recht der GmbH und der KG, NZ 1983, 131

Schrep, Der Staatsanwalt und die Phantome, www.spiegel.de/spiegel/print/d-63216652.html (abgefragt 22.05.2018)

Schummer, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecolex 1991, 319

Schürnbrand, Die große GmbH-Reform 2008: Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), JA 2009, 81

Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar I⁴ (2011); II⁴ (2012); VI⁴ (2016)

Seibert, Die rechtsmissbräuchliche Verwendung der GmbH in der Krise - Stellungnahmen zu einer Umfrage des Bundesministeriums der Justiz, in FS Röhrich (2005) 585

Seibert, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157

Straube (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mit einschlägigen Rechtsvorschriften: §§ 1-188, §§ 343-453³ (2003)

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz¹

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴

Taufner, Pfandrechtswandlung bei Kapitalgesellschaftsanteilen - Grundlagen und Praxisfälle, ecolex 2016, 789

Torggler, ÖBA 2009, 912 [Anmerkung zu OGH 3 Ob 22/08v]

- Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar² (2016)
- Triebel/Otte*, 20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen? ZIP 2006, 311
- Triebel/Otte*, Reform des GmbH-Rechts: MoMiG - ein vernünftiger Schritt zur Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber Strecke? ZIP 2006, 1321
- Umfahrer*, GmbH - Handbuch für die Praxis⁶ (2008)
- Vossius*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, DB 2007, 2299
- Wagner*, Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen im Recht der GmbH. Ein teilweise verfassungswidriges Rechtsinstitut? (2010)
- Weigand*, Firmenbuchrechtliche Prüfungspflicht bei Anmeldungen von Bestellung und Abberufung vertretungsbefugter Personen Lösungsansätze zu täglichen Fragen der Firmenbuchpraxis, NZ 2003, 65
- Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008)
- Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹⁴ (2015)
- Westermann*, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, 1
- Wicke*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar³ (2016)
- Wilhelm*, „Duplizität von Rechten“ und Rechtsschein. Zu den Gesellschafterlisten des Kapitalgesellschaftsrechts, in FS Picker (2010) 837
- Winkler/Mutz*, Untergang eines Pfandrechts an einem Gesellschaftsanteil bei Umgründungen, RdW 2005, 662
- Zessel*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 303
- Zib*, Zum Vertrauensschutz nach § 15 HGB im Zivilprozeß (I), GesRZ 1988, 96
- Zib/Auer*, Vom Handelsregister zum Firmenbuch (1993)
- Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar I/I¹ §§ 1 bis 37 UGB und FBG (2010)
- Ziemons*, Mehr Transaktionssicherheit durch das MoMiG? BB Beilage 7/2006, 9
- Ziemons/Jaeger*, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG³⁴ § 16 (Stand: 01.11.2017)
- Zöllner*, Übertragung von GmbH-Anteilen – Zwei rechtspolitische Grundsatzfragen, in *Gesellschaftliche Vereinigung* (Hrsg), Die GmbH-Reform in der Diskussion Sondertagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) (2006) 175

Zöllner, Wertpapierrecht: ein Studienbuch¹⁴ (1987)

Entscheidungsregister Österreich

Oberster Gerichtshof

OGH 1.7.1970, 7 Ob 117/70 SZ 43/120 = RZ 1970, 202 = EvBl 1971/7 = SZ 1971, 140 = GesRZ 1973, 21 (*Stökle*)

OGH 7.9.1971, 4 Ob 588/71 SZ 44/125 = EvBl 1972/62 = HS 8505

OGH 18.2.1976, 1 Ob 530/76 und 1 Ob 531/76 SZ 49/23 = GesRZ 1976, 130

OGH 25.10.1978, 1 Ob 719/78 SZ 51/148 = EvBl 1979/55 = GesRZ 1979, 79 = SWK 1979, B II 1 = HS 11.540 = HS 11.544

OGH 24.4.1979, 5 Ob 560/79 EvBl 1979/191

OGH 7.11.1979, 7 Ob 758/79 SZ 52/164 = HS 11.802

OGH 13.11.1979, 5 Ob 630/79 JBl 1980, 589 = JBl 1980, 589 (*Reidinger*)

OGH 7.7.1983, 7 Ob 598/82 SZ 56/119 = HS 14.341 = HS 14.676

OGH 15.2.1984, 3 Ob 151/83 GesRZ 1984, 167 = NZ 1985, 71 = SZ 57/30 = EvBl 1984/78 = HS 14.339 = HS 14.345 = HS 15.118 = HS 15.121 = HS 39.078 = REDOK 4527

OGH 28.4.1987, 5 Ob 553/87 RdW 1987, 371 = wbl 1987, 190 = GesRZ 2008 (*Koppensteiner*) = HS 18.294 = REDOK 11.404

OGH 9.5.1989, 4 Ob 532/89 HS 20.161 = HS 20.291 = HS 20.394 = HS 20.395 = HS XX/XXI/6

OGH 24.1.1990, 3 Ob 21/90 RZ 1990/74 = GesRZ 1991, 101 = ecolex 1990, 417 = RZ 1990/74 = HS 20.253 = HS 20.293

OGH 21.2.1990, 1 Ob 519/90 RdW 1990, 287 = JBl 1990, 715 = ecolex 1990, 486 = wbl 1990, 219 = HS 20.294 = HS 20.496 = HS 20.693

OGH 26.4.1990, 6 Ob 542/90 NZ 1990, 279 = ecolex 1990, 551 = wbl 1991, 36 = HS 20.295

OGH 21.5.1990, 1 Ob 533/90 ecolex 1991, 25 = GesRZ 1991, 101 = JBl 1991, 43 = RdW 1990, 378: = HS 20.286 = HS 20.486

OGH 26.9.1991, 7 Ob 580/91 EvBl 1992/49 = ecolex 1992, 89 = ÖJZ 1992/12 = ÖJZ 1992/4 = JBl 1992, 186 = RdW 1992, 110 = EW r I/12/1 = HS 22.393 = HS 22.527 = HS 22.684 = MietSlg 43.178 = ÖWR 1998, E 6

OGH 19.11.1991, 4 Ob 524/91 SZ 64/159 = RdW 1992, 79 = GesRZ 1992, 284 = ecolex 1992, 242 = wbl 1992, 164 = HS 22.204 = HS 22.220

OGH 12.12.1991, 6 Ob 17/91 EvBl 1992/82 = RdW 1993, 144 = wbl 1992, 131 = ecolex 1992, 337 = ÖJZ 1992/92 (NRsp) = ÖJZ 1992/93 (NRsp) = ÖJZ 1992/94 (NRsp) = HS 22.147 = HS 22.155 = HS 22.200 = HS 22.206

OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90 SZ 65/60 = RdW 1992, 339 = ecolex 1992, 481 (*Thiery*) = wbl 1992, 263 = HS 22.072 = HS 22.215 = HS 22.513 = HS 22.632

OGH 25.6.1992, 6 Ob 15/92 ecolex 1992, 779 = EvBl 1993/19 = ÖBA 1993, 242 = ÖBA 1993, 740 = ÖBA 1993/383 = RdW 1992, 404 = wbl 1992, 405 = HS 22.233 = HS 22.242 = HS 22.243 = HS 22.255

OGH 16.12.1993, 8 Ob 547/92 und 8 Ob 548/92 SZ 66/175 = ecolex 1994, 817 = HS 25.205 = HS 25.782

OGH 11.11.1992, 1 Ob 524/92 wbl 1993, 194 = ZfRV 1993/47 = EFSlg 70.419

OGH 24.11.1992, 4 Ob 550/92 RdW 1993, 111 = ecolex 1993, 322 = wbl 1993, 194 = ZfRV 1993/55 = wbl 1993, 194 = HS 22.705

OGH 13.7.1995, 6 Ob 595/95 = HS 26.216 = HS 26.473 = HS 26.216/6

OGH 11.10.1995, 3 Ob 108/95 ecolex 1996, 273 = HS 26.225 = HS 26.897 = HS 26.903

OGH 8.11.1995, 3 Ob 186/94 = EvBl 1996/94 = RdW 1996, 360 = wbl 1996, 166 = HS 26.226 = HS 26.369 = HS 26.904 = ÖJZ-LSK 1996/156 = ÖJZ-LSK 1996/157 = ÖJZ-LSK 1996/54 = ÖJZ-LSK 1996/55

OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f SZ 70/98 = RdW 1997, 594 = ecolex 1997, 940 = GBU 1997/03/09

OGH 18.6.1997, 3 Ob 2270/96m SZ 70/115 = JBl 1997, 715 = RdW 1997, 592 = ecolex 1997, 844 = GBU 1997/03/08 = ÖBA 1998, 316 = ÖBA 1998, 65 = ÖBA 1998/684 = HS 28.135 = HS 28.277

OGH 9.7.1997 3 Ob 47/97a ecolex 1998, 209 (*Jud*) = NZ 1998, 57 = EFSlg 84.341 = EFSlg 84.342 = EFSlg 84.345 = EFSlg 84.394 = EFSlg 84.395 = EFSlg 85.727

OGH 17.7.1997, 6 Ob 2371/96m RdW 1998, 17 = GesRZ 1998, 159 = GBU 1998/02/01 = HS 28.101 = HS 28.111 = HS 28.173

OGH 24.11.1997, 6 Ob 321/97t = ecolex 1998, 639 = GBU 1998/04/03 = EvBl 1998/73 = RdW 1998, 137 = ÖJZ-LSK 1998/74 = HS 28.124 = HS 29.081 = HS 29.102 = HS 29.117 = HS 29.122 = HS 29.182 = HS 29.194

OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f SZ 70/268 = JBl 1998, 387 = RdW 1998, 275 = ecolex 1998, 488 (*Reich-Rohrwig*) = GBU 1998/05/05 = ÖJZ-LSK 1998/102 = ÖJZ-LSK 1998/103 = HS 28.143 = HS 28.181 = HS 28.191 = HS 41.053 = HS 41.095

OGH 28.5.1999 6 Ob 81/99a MietSlg 51.079 = wobl 1999/165

OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x ecolex 2000/351 = GBU 1999/11/02 = EvBl 2000/23 = RdW 1999, 721 = wbl 2000/84 = ZIK 1999, 197 = ÖJZ-LSK 2000/13 = ÖJZ-LSK 2000/14 = ÖJZ-LSK 2000/15 = HS 30.148 = HS 30.166

OGH 20.1.2000, 6 Ob 313/99v RdW 2000/246 = wbl 2000/220 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92

OGH 22.2.2000, 1 Ob 8/00h SZ 73/33 = ecolex 2000/234 = GBU 2000/08/03 = GesRZ 2000, 170 = EvBl 2000/148 = RdW 2000/385 = wbl 2000/383 = ÖJZ-LSK 2000/160 = ÖJZ-LSK 2000/161

OGH 23.8.2000, 13 Os 29/00

OGH 30.8.2000, 6 Ob 174/00g SZ 73/132 = JBl 2002, 182 (*Dullinger/Riedler*) = ÖBA 2001/997 (*Karollus*) = ecolex 2001/1 = RdW 2001/77 = ZIK 2001/121 = ÖBA 2001, 347 = ÖBA 2001, 566 = ÖBA 2002, 589 = ÖBA 2002, 68

OGH 22.2.2001, 8 Ob 278/00s ÖBA 2001/993 = RdW 2001/564 = ZIK 2001/275 = NZ 2002/31

OGH 29.3.2001, 6 Ob 57/01b RdW 2001/562 = ecolex 2001/279 = wbl 2002/26 = RWZ 2001/61 (*Wenger*) = AnwBl 2002, 253 = GBU 2001/08/04

OGH 16.5.2001, 6 Ob 111/01v ecolex 2002/10 = RdW 2001/614 = GBU 2001/09/02

OGH 27.02.2002, 3 Ob 249/00i ecolex 2002/170 = GBU 2002/07-08/11 = RdW 2002/454

OGH 18.12.2002, 3 Ob 238/02z ZIK 2003/86 = Jus-Extra OGH-Z 3512 = RdW 2003/324 = wbl 2003/204 = GBU 2003/07-08/04

OGH 18.2.2003, 4 Ob 189/02a ÖJZ-LSK 2003/121 = EvBl 2003/108 = ecolex 2003/204 (*Wilhelm*) = JBl 2003, 584 = NZ 2003, 321 (*Vonkilch*);

OGH 11.9.2003, 6 Ob 149/03k GES 2004, 30 = ecolex 2004/132 = EvBl 2004/60 = RdW 2004/124 = GBU 2004/01/06 = ÖJZ-LSK 2004/3 = RZ-EÜ 2004/11

OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f RWZ 2004/11 = GesRZ 2004, 57 = RdW 2004/123 = wbl 2004/93 = GES 2004, 149 = ecolex 2004/166 = SZ 2003/133 = GBU 2004/03/02

OGH 17.2.2005, 6 Ob 205/04x ecolex 2005/240 = ecolex 2005/365 = NZ 2005/25 = GBU 2005/07-08/01

OGH 25.08.2005, 6 Ob 121/05w NZ 2006, 27

OGH 16.2.2006, 6 Ob 316/05x ecolex 2006/365 = ecolex 2006/397 = AnwBl 2008, 247 = GBU 2006/10/01 = ÖRPfl 2008 H 2, 37 = HS 37.227 = HS 37.228

OGH 17.2.2006, 10 Ob 132/05t AnwBl 2008, 57 = ecolex 2006/396 = ÖRPfl 2008 H 2, 37 = RdW 2006/463 = HS 37.139 = HS 37.148 = HS 37.150

OGH 6.4.2006, 6 Ob 64/06i GES 2006, 308 = ecolex 2006/362 = wbl 2006/250 = GesRZ 2006, 272 = RdW 2006/587 = NZ 2007, 29 = AnwBl 2008, 151 = GBU 2006/09/03 = HS 37.011 = HS 37.012 = HS 37.122 = HS 37.481 = HS 37.482

OGH 9.5.2007, 9 Ob 138/06v SZ 2007/70 = EvBl 2007/131 = GeS 2007, 291 = GesRZ 2007, 328 (*Thöni*) = RWZ 2007/84 (*Wenger*) = RdW 2007/747 = ecolex 2007/327 (*Reich-Rohrwig*) = RZ-EÜ 2007/462 = AnwBl 2007, 501 (*Bisanz*) = GBU 2007/09/01 = JusGuide 2007/31/4948

OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k RWZ 2008/43 (*Wenger*) = wbl 2008/161 = GES 2008, 106 (*Fantur*) = GesRZ 2008, 155 (*Koppensteiner*) = ecolex 2008/239 = EF-Z 2008/134 = NZ 2008/73 = RdW 2008/479 = AnwBl 2009, 51 = GBU 2008/07-08/01 (*Reich-Rohrwig/Maier*) = ÖRPfl 2009 H 1, 27 = RZ-EÜ 2008/374 = RZ-EÜ 2008/375 = EFSlg 119.650 = HS 39.080 = HS 39.081 = JusGuide 2008/25/5789

OGH 10.4.2008, 3 Ob 22/08v SZ 2008/49 = Zak 2008/363 = GesRZ 2008, 239 (*Birnbauer*) = GES 2008, 192 = Jus-Extra OGH-Z 4492 = NZ 2008/82 = wbl 2008/239 = EvBl 2008/141 = RdW 2008/413 = RWZ 2008/51 = Zak 2008/363 = ecolex 2008/269 = RZ-EÜ 2008/413 = ZIK 2009/175 = ÖBA 2009/1586 (*Torggler*) = HS 39.077 = HS 39.280 = HS 39.281 = ÖBA 2008, 745 = ÖBA 2009, 758 = ÖBA 2009, 80 = JusGuide 2008/28/5843

OGH 08.5.2008, 3 Ob 83/08i EvBl-LS 2008/3 = GesRZ 2008, 301 (*Frauenberger*) = ecolex 2008/378 = wbl 2008/260 = RdW 2008/675 = ZIK 2009/273 = JusGuide 2008/34/5968 = HS 39.078 = HS 39.407

OGH 18.2.2010, 6 Ob 1/10f RWZ 2010/45 (*Wenger*) = GES 2010, 19 = GesRZ 2010, 226 (*Schopper*) = NZ 2010/59 = ecolex 2010/282 = AnwBl 2010, 569 = JAP 2010/2011/10 (*Rauter*) = RdW 2010/365 = JusGuide 2010/16/7460

OGH 14.09.2011, 6 Ob 81/11x RdW 2012/34 = wbl 2012/63 = AnwBl 2012, 186 = ecolex 2012/23 = ecolex 2012, 48 (*Sindelar*) = GesRZ 2012, 180 (*Franger*) = NZ 2012/50 = JusGuide 2012/47/10583

OGH 4.11.2013, 10 Ob 22/13b ZfS 2014, 18 = PSR 2014/4 (*Zollner*) = RdW 2014/159 = wbl 2014/118 = PSR 2014/11 (*Wrann/Zollner*) = AnwBl 2014, 658 = ecolex 2014/134 (*Rizzi*) = JusGuide 2014/04/11922 = JusGuide 2014/04/11923

OGH 23.2.2016, 6 Ob 207/15g RdW 2016/186 = wbl 2016/95 = AnwBl 2016, 304 = NZ 2016/63 = ecolex 2016/308 = GesRZ 2016, 287 (*Milchrahm*) = JusGuide 2016/14/14748

OGH 21.6.2016, 1 Ob 261/15m Zak 2016, 339 (*Kolmasch*) = NZ 2016/138 = ecolex 2016/421
(*Schmon*) = JBl 2017, 40 (*Holzner*) = EvBl 2017/16 (*Schneider*) = JusGuide
2016/33/15075

OGH 26.1.2017, 3 Ob 232/16p EvBl-LS 2017/51 (*Brenn*) = MANZ Wohnrecht-E 2017/09/13
(*Prader*)

Verfassungsgerichtshof

VfGH 16.12.1983, G 46/82 VfSlg 9911/1983

VfGH 26.2.1987, B 662/85 VfSlg 11.209/1987

VfGH 16.6.2005, G 129/04 VfSlg 17.584/2005

Verwaltungsgerichtshof

VwGH 26.06.1996, 95/16/0256 VwSlg 7106 F/1996 ecolex 1996, 948 = GesRZ 1997, 118 =
AnwBl 1997/7341 (*Müller/Rief*) = ARD 4803/27/96 = ÖStZ 1996, 510 = ÖStZB 1997,
458 = HS 27.218 = HS 27.251 = MietSlg 48.813

Oberlangesgerichte

OLG Wien 23.3.1992, 6 R 146/91 NZ 1992, 299

OLG Wien 27.11.1996, 28 R 84/96w NZ 1997, 332 = GBU 1997/03/10 = HS 27.283 = HS
27.265 = HS 27.271 = HS 27.230

OLG Wien 26.8.2004, 28 R 28/04z NZ 2005/76

Landesgerichte

HG Wien 21.3.2006, 71 Fr 2468/06a NZ 2006, G 29

Entscheidungsregister Deutschland

Bundesgerichtshof

BGH 13.10.2008 - II ZR 76/07 NJW 2009, 229 = DStR 2008, 2428 = WM 2008, 2218 = NZG 2008, 911 = BeckRS 2008, 23294 = ZIP 2008, 2214 = EWiR 2008, 751 (*Blasche*) = NotBZ 2009, 27 L = DB 2008, 2587 = GmbHR 2009, 38 = MDR 2009, 37 = ZNotP 2008, 500 = FD-MA 2008, 271108 = IBRRS 2008, 3105 = GmbH-Stpr 2009, 160 = GmbH-Stpr 2009, 89 = LSK 2008, 470634

BGH 20.09.2011 - II ZB 17/10 NZG 2011, 1268 = BB 2011, 2832 (*Löwe*) = BeckRS 2011, 24899 = DNotI-Report 2011, 181 = DNotZ 2011, 943 (*Jeep*) = DStR 2011, 2206 = EWiR 2011, 811 (*Stamer*) = FGPrax 2012, 26 = GWR 2011, 519 (*Reichard*) = IBRRS 2011, 4101 = LMK 2012, 326790 = MittBayNot 2012, 149 (*Wälzholz*) = NJW-Spezial 2011, 687 = WM 2011, 2097 = WuB II C. § 16 GmbHG 1.12 (*Meyer*) = ZIP 2011, 2141 = notar 2011, 367 = LSK 2011, 450677 = RNotZ 2012, 139 = BGHZ 191, 84 = DB 2011, 2481 = DZWir 2012, 122 = GmbHR 2011, 1269 = GmbH-Stpr 2012, 21 = JZ 2012, 633 = LMK 2012, 326790 = MDR 2012, 169 = NotBZ 2011, 437 = RPfleger 2012, 83 = WuB 2012, 99 = ZIP 2011, 2141 = ZNotP 2011, 473

BGH 17.12.2013 - II ZB 6/13 BB 2014, 462 (*Heckschen*) = BeckRS 2014, 02530 = DNotI-Report 2014, 28 = DStR 2014, 379 = EWiR 2014, 171 (*Seibt*) = FGPrax 2014, 79 = GWR 2014, 83 (*Mense/Klie*) = GewA 2014, 264 = IBRRS 2014, 0544 = LMK 2014, 359728 = MittBayNot 2014, 252 = NJ 2014, 253 = NJW 2014, 2026 = NZG 2014, 219 = RiW 2014, 156 = WM 2014, 266 = WuB II C. § 40 GmbHG 1. 14 = ZIP 2014, 317 = LSK 2014, 060605 = RNotZ 2014, 195 = AnwBl 2014, 364 = AnwBl 2014, 364 L = BGHZ 199, 270 = DB 2014, 292 = DZWir 2014, 258 = GmbHR 2014, 248 = GmbH-Stpr 2014, 83 = GWR 2014, 83 = LMK 2014, 359728 = MDR 2014, 481 = NotBZ 2014, 139 = NotBZ 2014, 139 L = NWB 2014, 416 = NWB 2014, 416 L = RPfleger 2014, 323 = WuB 2014, 227 = ZNotP 2014, 74

BGH 17.12.2013 - II ZR 21/12 NZG 2014, 184 = BeckRS 2014, 01756 = DNotI-Report 2014, 22 = DNotZ 2014, 463 = DStR 2014, 340 = EWiR 2014, 205 (*Franke/Paefgen*) = FD-ZVR 2014, 354652 = GWR 2014, 56 (*Petrovicki*) = IBRRS 2014, 0358 = LMK 2014, 362573 = MittBayNot 2014, 174 = WM 2014, 217 = WuB II C. § 46 GmbHG 1. 14 (*Tröger/ Scheibenpflug*) = ZIP 2014, 216 = LSK 2014, 050593 = RNotZ 2014, 196 = DB 2014, 233 = GmbHR 2014, 198 = GmbH-Stpr 2014, 216 = GmbH-Stpr 2014, 83 = MDR 2014, 231 = RPfleger 2014, 265 = WuB 2014, 231 = ZNotP 2014, 69

Oberlandesgerichte:

OLG Jena 26.01.1998 - 6 W 750/97 BeckRS 1998, 16283

OLG Dresden 25.11.1993 - 8 U 193/93 FHZivR 40 Nr 2787 = FHZivR 40 Nr 2795 = FHZivR 40 Nr 2930 = LSK 1994, 460037

OLG Schleswig 30.03.2006 - 2 W 5/06 NJW-RR 2006, 1608 = BeckRS 2006, 07104 = DNotZ 2006, 768 = FGPrax 2006, 149 = IBRRS 2006, 4249 = LSK 2006, 290363 = NotBZ 2006, 215 = OLGReport Celle 2006, 475 = RPfleger 2006, 464 = SchlHA 2007, 66

OLG München 27.5.2009 - 31 Wx 38/09 BWNNotZ 2009, 181 = BeckRS 2009, 14442 = DNotZ 2009, 637 = EWiR 2009, 713 (*Blasche*) = FGPrax 2009, 181 = MittBayNot 2010, 64 (*Omlor*) = NJW-RR 2009, 972 = NJW-Spezial 2009, 448 = NZG 2009, 797 = ZIP 2009, 1421 = DStR 2009, 1325 = LSK 2009, 250846 = DB 2009, 1395 = GmbHR 2009, 825 = OLGReport München 2009, 584 = RPfleger 2009, 623

OLG Hamburg 12.07.2010 - 11 W 51/10 = NZG 2010, 1157 = GWR 2010, 476 (*Berninger*) = notar 2010, 454 = ZIP 2010, 2097 = BeckRS 2010, 21127 = LSK 2010, 390532 = GmbHR 2011, 32

OLG Frankfurt 22.11.2010 - 20 W 333/10 GmbHR 2011, 198 (*Biebinge*) = BeckRS 2011, 03072 = LSK 2011, 070925 = GmbH-Stpr 2011, 113

OLG München 11.03.2011 - 31 Wx 162/10 NZG 2011, 473 = BB 2011, 1424 (*Schwetzler*) = BeckRS 2011, 06708 = DNotI-Report 2011, 54 = DNotZ 2011, 453 = FGPrax 2011, 139 = GWR 2011, 183 (*Schraudner*) = MittBayNot 2011, 326 (*Schuller*) = NJW-Spezial 2011, 240 = RNotZ 2011, 308 = ZIP 2011, 612 (*Herrler*) = LSK 2011, 140755 = DB 2011, 757 = GmbHR 2011, 425 = NotBZ 2011, 262

OLG Nürnberg 23.11.2017 - 12 W 1866/17 BeckRS 2017, 132441 = EWiR 2018, 9 (*Wachter*) = GWR 2017, 475 (*Imhof*) = NJW-RR 2018, 104 = NJW-Spezial 2018, 49 = NZG 2018, 61 = ZIP 2018, 25 = LSK 2017, 132441 = MittBayNot 2018, 268 = RNotZ 2018, 211 = DB 2018, 55 = GmbHR 2018, 86 (*Bochmann/Cziupka*) = GmbH-Stpr 2018, 158 = MDR 2018, 164 = RPfleger 2018, 276

OLG Nürnberg 28.12.2017 - 12 W 2005/17 BB 2018, 337 (*Otte-Gräbener*) = BeckRS 2017, 138923 = DNotI-Report 2018, 22 = EWiR 2018, 195 (*Wachter*) = FGPrax 2018, 73 = NJW-Spezial 2018, 144 = NZG 2018, 312 = ZIP 2018, 372 = LSK 2017, 138923 = MittBayNot 2018, 268 = DB 2018, 626 = GmbHR 2018, 256 = MDR 2018, 350 = NWB 2018, 686 = RPfleger 2018, 274 = RNotZ 2018, 273

Landesgerichte

LG Aachen 06.04.2009 - 44 T 1/09 BeckRS 2009, 21868 = MittBayNot 2010, 72 (*Wälzholz*)
= NZG 2009, 1157 (*Fritsch*) = RNotZ 2009, 409 (*Reymann*) = ZEV 2009, 637 = LSK
2009, 370493 = AG 2009, 881 = GmbHR 2009, 1218 = GmbH-Stpr 2010, 122