



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen einer GmbH:  
Dogmatische Analyse und empirische Untersuchung der  
Auswirkungen von § 16  
Abs. 3 GmbHG n.F. auf Transaktionskosten und  
Rechtssicherheit“**

Dissertation vorgelegt von Fabian Heilemann

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Hattenhauer

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Nur wenige Elemente des zum 01.11.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sind während der mehrjährigen Gesetzgebungsphase in der rechtswissenschaftlichen Literatur so intensiv diskutiert worden wie der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen. Dies lässt sich vor allem auf zwei Ursachen zurückführen: Zum einen existierte im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht bislang keine vergleichbare Regelung, sodass die Einführung eines Gutgläubenserwerbstatbestandes einen legislativen Paukenschlag bedeutete. Zum anderen waren und sind die bereits existierenden Gutgläubenserwerbstatbestände des deutschen Zivilrechts von ihren Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen her recht unterschiedlich ausgestaltet. Dies betrifft vor allem die Art und Ausgestaltung des in Bezug genommenen Rechtsscheinträgers, die Anforderungen an die Gutgläubigkeit des Erwerbers sowie schließlich die Modalitäten der Zurechnung des Rechtsscheins zu dem wahren Berechtigten. Kombiniert ergibt sich hieraus, dass dem Gesetzgeber ein verhältnismäßig großer Spielraum bei der konkreten Ausgestaltung von Tatbestand und Rechtsfolgenseite bzw. Reichweite des gutgläubigen Erwerbs eröffnet wurde. Dies wiederum führte dazu, dass insgesamt sechs verschiedene Modelle des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen um die Gunst des Gesetzgebers konkurrierten. Darunter fanden sich neben weiteren Ansätzen der Vorschlag einer wertpapierrechtlichen Lösung durch Verbriefung der Anteile ebenso wie derjenige der Eintragung des Inhaltes der Gesellschafterliste in das Handelsregister, sodass ein gutgläubiger Erwerb über die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 3 HGB ermöglicht würde.

Schließlich setzte sich ein Konzept durch, das die Aufwertung der Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger vorsieht. Vereinfacht ausgedrückt darf nach dieser in § 16 Abs. 3 GmbHG normierten und sehr komplexen Regelung der Erwerber auf die Eintragung des Veräußerers als Inhaber des zu erwerbenden Geschäftsanteils in der bei dem Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vertrauen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Gesellschafterliste in Bezug auf diese Eintragung entweder seit weniger als drei Jahren unrichtig ist und die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ferner ist der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder wenn der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet ist.

Indem dieses Konzept zum Schutze des wahren Berechtigten einerseits unter bestimmten Umständen auf die Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste an diesen abstellt, andererseits aber an die öffentlich einsehbare Gesellschafterliste anknüpft, enthält es sowohl Elemente des gutgläubigen Erwerbs von Mobilien (§ 932 Abs. 1 BGB) als auch solche des gutgläubigen Erwerbs von Immobilien (§ 892 Abs. 1 BGB). Mithin nimmt das Modell des MoMiG als Rechtsscheinträger für den Gutgläubenserwerb weder den Besitz einer Sache oder eines Wertpapiers als physischer Verbriefung eines Rechtes in Bezug, noch knüpft es an den Inhalt eines rein hoheitlich geführten Registers an. Es kann daher vor dem Hintergrund der im deutschen Zivilrecht bekannten Modelle des Gutgläubenserwerbs in dogmatischer Hinsicht von einem „dritten Weg“ gesprochen werden, den das MoMiG mit der Schöpfung des § 16 Abs. 3 GmbHG gegangen ist.

Obgleich die herrschende Literatur die Schaffung eines Gutgläubenserwerbstatbestandes für GmbH-Geschäftsanteile als „Schritt in die richtige Richtung“ begrüßte, ist das von dem Gesetzgeber gewählte Modell nach wie vor umstritten: Einige Autoren halten die Regelung insgesamt für gelungen und betonen die Angemessenheit des Ausgleiches zwischen den Interessen des Verkehrs und denjenigen des wahren Berechtigten. Andere wiederum bemängeln das gewählte Modell als eine Rechtsunsicherheit produzierende „eigenwillige Mischung aus grundbuchrechtlichen Instituten, mobiliarrechtlichen Wertungen sowie völlig neuen Ansätzen“. Zudem fehle der Regelung die dogmatisch überzeugende Grundwertung. Kritisiert wird insbesondere die Anknüpfung des Rechtsscheins an die dreijährige Unrichtigkeit der Gesellschafterliste, da diese für den Erwerber erneut nur aufwändig festzustellen sei und er im Rahmen der Prüfung zudem Gefahr laufe, positive Kenntnis von der Unrichtigkeit zu erlangen. Teilweise wird gar die Legitimation der Gesellschafterliste in ihrer Ausgestaltung durch das MoMiG als Rechtsscheinträger insgesamt in Zweifel gezogen, da sie nicht die für den Rechtsscheinträger eines Gutgläubenserwerbstatbestandes erforderliche hohe materielle Richtigkeitsgewähr aufweise und zudem massiven Missbrauchsgefahren ausgesetzt sei. Schließlich monieren einige Autoren, dass § 16 Abs. 3 GmbHG keine Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs biete, wodurch die Verwendbarkeit des gutgläubig erworbenen GmbH-Anteils als Kreditsicherheit geschwächt, jedenfalls aber gegenüber dem *status quo* nicht verbessert werde.

Im Ergebnis wird von Teilen der Literatur befürchtet, die von § 16 Abs. 3 GmbHG ausgehenden Erleichterungen für die Beratungspraxis im Bereich M&A könnten von nur geringem Umfang sein. Dies gilt insbesondere für die Erwartung des Gesetzgebers, dass sich mit der geschaffenen Regelung eine *legal due diligence* zur Klärung der Inhaberschaft an den zu veräußernden Geschäftsanteilen für vom Zeitpunkt des Erwerbs aus gesehen länger als drei Jahre zurückliegende Zeiträume generell erübrigen werde. Dabei entfällt auf die *due diligence* typischerweise ein Großteil der Transaktionskosten. Eine empirische Erhebung in Deutschland aus dem Jahr 2002 hat ergeben, dass rechtsformübergreifend bei durchschnittlich 79 % aller Akquisition eine *due diligence* durchgeführt wird und dem Auftraggeber hierbei vor allem für eigenen und fremden Personaleinsatz im Mittel Kosten in Höhe von ca. 215.000 Euro entstehen.

Bemerkenswert und gleichzeitig besorgniserregend ist in diesem Zusammenhang, dass die in der Literatur und auch von den zahlreichen Sachverständigen im Rahmen der Anhörung des Bundestages zum Referentenentwurf MoMiG am 28.01.2008 geäußerte Kritik von dem Gesetzgeber weitgehend unbeachtet geblieben ist. Insbesondere wurde die vielfach in Zweifel gezogene Formulierung von § 16 Abs. 3 GmbHG in keiner Weise angepasst. Genau an diesem Punkt wiederum setzt die vorliegende Arbeit an: Ihr Ziel ist die Beantwortung der Frage, inwiefern § 16 Abs. 3 GmbHG in konzeptionell-dogmatischer Hinsicht einerseits und in rechtstatsächlicher Hinsicht andererseits in der Lage ist, die von dem Gesetzgeber erstrebten Normzwecke – d.h. einerseits die Erhöhung der Rechtssicherheit und andererseits die Absenkung der Transaktionskosten bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen – zu erreichen.

Die Beantwortung dieser Fragestellung beginnt mit einer Einführung in die Thematik, die neben der Geschichte der GmbH die Hintergründe des MoMiG und des gutgläubigen Anteilserwerbs erklärt. Es folgen grundlegende Erläuterungen zum Zweck des gutgläubigen Erwerbs und zu der gemeinsamen Grundstruktur von Gutgläubenserwerbstatbeständen des deutschen Zivilrechts.

Im zweiten Teil wird der Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils vom berechtigten Veräußerer erläutert, bevor sich die Behandlung fehlerhafter Anteilsübertragung vor Inkrafttreten des MoMiG durch die Rechtsprechung anschließt. Es folgt eine Übersicht über die im Rahmen des MoMiG-Gesetzgebungsverfahrens aufgeworfenen verschiedenen dogmatischen Modelle für einen gutgläubigen Anteilserwerb und eine kritische Auseinandersetzung mit deren jeweiligen Vorzügen und Nachteilen.

Der sich anschließende dritte Teil bildet das Herzstück der Arbeit: Die Analyse des Tatbestandes von § 16 Abs. 3 GmbHG unter Einbeziehung der Regelungen über die Gesellschafterliste in § 40 Abs. 1, 2 GmbHG. Hierbei werden vergleichend andere Gutgläubenserwerbstatbestände des deutschen Zivilrechts herangezogen. Schwerpunkte bilden die oben teilweise angerissenen Hauptkritikpunkte aus der Literatur: Die geteilte Zuständigkeit für die Aktualisierung der Gesellschafterliste sowie deren generelle Eignung als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Anteilserwerb, darüber hinaus die Dreijahresfrist und das relevante Ereignis für den Beginn des Fristlaufes ebenso wie das Kriterium der Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit zum wahren Berechtigten und ferner noch der Problemkreis der grob fahrlässigen Unkenntnis des Erwerbers von der mangelnden Berechtigung des Veräußerers. Der dritte Teil schließt mit Ausführungen zur Reichweite des gutgläubigen Erwerbs, zu den Sicherungsmöglichkeiten des Erwerbers gegen Zwischen- und Zweitverfügungen des Veräußerers und zu den möglichen Regressansprüchen des wahren Berechtigten gegen die Beteiligten sowie deren jeweilige Implikationen für die Rechtssicherheit und die Transaktionskosten.

Im vierten Teil folgt eine empirische Erhebung über die Auswirkungen der Neufassung des § 16 Abs. 3 GmbHG auf die Beratungspraxis im M&A-Sektor. Mit Hilfe dieser Untersuchung werden in spezialisierten Wirtschaftskanzleien und M&A-Beratungsunternehmen, aber auch in kleineren Kanzleien die tatsächlichen Veränderungen des Beratungs- und Prüfungsverhaltens ermittelt. Im Fokus stehen hierbei die Inhalte und der Umfang der *legal due diligence*, die Anforderungen und Inhalte an veräußererseitige Garantien und die Maßnahmen zum Schutz des Mandanten vor Zwischen- und Zweitverfügungen des Veräußerers. Mithin verharret diese Arbeit nicht bei den Ergebnissen einer dogmatischen Analyse von klassischen rechtswissenschaftlichen Quellen wie Urteilen, Kommentaren, Aufsätzen etc., sondern hinterlegt diese mit empirisch gewonnenem Datenmaterial.

Im fünften und letzten Teil werden die Ergebnisse der dogmatischen und der empirischen Untersuchungen einander wertend gegenübergestellt und es werden Handlungsempfehlungen im Hinblick auf die verbesserte Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Normzwecke ausgesprochen. Diese richten sich nicht nur an die bei ihrer

Gesetzesauslegung und -anwendung verfassungsrechtlich gebundene Judikative und an die Beratungspraxis, sondern auch an die Legislative selbst.

Die Ergebnisse der dogmatischen Analyse von § 16 Abs. 3 GmbHG im Dritten Teil der Arbeit ergeben im Hinblick auf die gesetzgeberischen Zielsetzungen der Absenkung der Transaktionskosten und der Erhöhung der Rechtssicherheit ein insgesamt negatives bis stark negatives Gesamtbild.

Im Detail ist bereits die Anknüpfung des Gutgläubenserwerbs an die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger in vielfacher Hinsicht misslungen. Zunächst ergeben sich aus den Vorschriften über die Aktualisierung der Gesellschafterliste Unklarheiten bzgl. der Zuständigkeitsverteilung zwischen Notar und Geschäftsführer. Im Hinblick auf den Notar ist teilweise auch der Entstehungszeitpunkt der Aktualisierungspflicht unsicher, speziell bei zeitlich gestreckten Anteilsveräußerungen und beim Vorliegen von auflösenden Bedingungen im Abtretungsvertrag. Nicht zuletzt erwächst aus der Zuweisung der Aktualisierungspflicht an den Geschäftsführer in zahlreichen Fallgruppen von Veränderungen eine erhebliche Missbrauchsfahr der Gesellschafterliste im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens desselben mit Dritten. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Fälschungsrisiko hinzuweisen, das sich aus der Neuregelung bzgl. der Form der Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste ergibt. Diese Mängel sind schwerwiegend und lassen ernsthafte Zweifel an der Legitimation der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträgerin aufkommen – nicht zuletzt können insbesondere nicht durch nachgelagerte Schutzmaßnahmen zugunsten des wahren Berechtigten wie das sog. Veranlassungsprinzip, die Karenzzeit oder den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei grob fahrlässiger Unkenntnis von der fehlenden Berechtigung egalisiert werden.

Die negativ-objektiven Tatbestandsmerkmale des gutgläubigen Anteilserwerbs weisen ebenfalls gleich mehrere Mängel auf: Zunächst knüpft der Beginn der Dreijahresfrist nicht an den Zeitpunkt der Eintragung des Veräußerers als Inhaber des Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste an, sondern an den Zeitpunkt des Eintritts der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste bzgl. des betroffenen Geschäftsanteils. Dieser Zeitpunkt ist für den Erwerber jedoch nicht aus der Gesellschafterliste ersichtlich. Der Erwerber kann ihn vielmehr nur mit Hilfe der Durchführung einer *legal due diligence* bestimmen, mit deren Hilfe er den historischen Verlauf der Anteilsinhaberschaft bis hin zum Veräußerer nachvollzieht. Unternimmt er diese Prüfungen, muss der Erwerber jedoch nach wie vor hohe Transaktionskosten in Kauf nehmen. Unterlässt er die Prüfungen, läuft er Gefahr, dass die Gesellschafterliste – trotz möglicherweise langjähriger Eintragung des Veräußerers – erst seit weniger als drei Jahren unrichtig ist und die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten gleichzeitig nicht zuzurechnen ist. Er kann bei Unterlassen der *legal due diligence* folglich nur darauf hoffen, dass im Falle der fehlenden Berechtigung des Veräußerers der Gutgläubenserwerbstatbestand zu seinen Gunsten eingreift, sodass er sich mit einem unverändert hohen Maß an Rechtsunsicherheit zufrieden geben muss. In diesem Dilemma liegt der schwerwiegendste Konstruktionsfehler des § 16 Abs. 3 GmbHG.

Weitere Unsicherheiten gehen vom Merkmal der Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit des Inhaltes der Gesellschafterliste zum wahren Berechtigten aus, welches im Falle einer seit weniger als drei Jahren unrichtigen Gesellschafterliste über die Anwendbarkeit von § 16 Abs. 3 GmbHG zugunsten des Erwerbers entscheidet. Denn dieses Merkmal ist weder legaldefiniert noch hat der Gesetzgeber hinreichend verallgemeinerbare Ausführungen in den Gesetzesbegründungen gemacht. Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich im Zusammenhang mit dem Widerspruch gegen den Inhalt der Gesellschafterliste. Hier hat der Gesetzgeber ein neues Problemfeld geschaffen, indem er die Frage nach der Aktivlegitimation des Widersprechenden in Gesetz und Begründung gänzlich offen gelassen hat.

Hinsichtlich des negativen-subjektiv Tatbestandsmerkmals der Bösgläubigkeit des Erwerbers darf der Verzicht auf eine *legal due diligence* ohne Vorliegen konkreter Verdachtsmomente bezüglich der Eintragung des Listengeschafters als unschädlich angesehen werden. Es ergeben sich bzgl. dieses Merkmals aber gravierende Folgen aus dem im Zusammenhang mit der Dreijahresfrist beschriebenen Dilemma: Entscheidet sich nach den obigen Ausführungen zum Ablauf der Dreijahresfrist der Erwerber dagegen, die mit dem Unterlassen der *legal due diligence* im Hinblick auf die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers verbundenen großen Rechtsunsicherheiten hinzunehmen, so kann ihm die Feststellung des Zeitpunktes des Eintritts der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste nur um den Preis der Bösgläubigkeit gelingen. Hier hat der Gesetzgeber die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen weder erkannt noch entsprechend berücksichtigt.

Auf der Rechtsfolgenseite hat es der Gesetzgeber versäumt, durch eine ausdrückliche und umfassende Regelung der Reichweite des Gutgläubensschutzes Rechtssicherheit zu schaffen. Durch den gutgläubigen Erwerb kann derzeit lediglich die fehlende Rechtsinhaberschaft bzw. Berechtigung des Veräußerers überwunden werden, wobei selbst dies durch die Unzulänglichkeiten und Konstruktionsfehler auf der Tatbestandsseite häufig vereitelt werden dürfte. Jedenfalls muss der Erwerber weiterhin eine kostenintensive *legal due diligence* zur Erlangung von Gewissheit über die Lastenfreiheit, Existenz und Stückelung des Geschäftsanteils sowie über die Aufbringung der Stammeinlage durchführen. Im Regelfall gilt dies zudem bzgl. des tatsächlichen Vorliegens der Voraussetzungen einer Vinkulierung i.S.v. § 15 Abs. 5 GmbHG. Zusätzlich wird man dem Erwerber weiterhin raten müssen, sich von dem Veräußerer im Anteilskaufvertrag garantieren zu lassen, dass er im Zeitpunkt der Veräußerung Inhaber des Anteils war.

Letztlich zieht sich das oben bei den Ausführungen zur Anknüpfung für den Beginn der dreijährigen Karenzfrist ausführlich beschriebene Dilemma durch weite Teile der Tatbestandsseite des gutgläubigen Anteilserwerbs in seiner Ausgestaltung durch das MoMiG. Daher muss § 16 Abs. 3 GmbHG in der Fassung des MoMiG als in weiten Teilen fehlerhaft bezeichnet werden. Bei weitem nicht jede der beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen für den Erwerber bisher bestehenden Rechtsunsicherheiten wird durch die Neuregelung beseitigt. Gleichzeitig leistet die Norm allenfalls einen marginalen Beitrag zur Absenkung der Transaktionskosten und verursacht – beispielsweise im Hinblick auf die Notarkosten für die Erstellung und Übermittlung der aktualisierten Gesellschafterliste – im Vergleich zur alten Rechtslage stellenweise sogar höhere Kosten.

Durch die Einführung des gutgläubigen Anteilserwerbs sind zudem neue Risiken für den Erwerber hinsichtlich der Vornahme von Zwischen- und Zweitverfügungen entstanden. Erstere können nun – anders als nach der alten Rechtslage – durch die kombinierte Anwendung von § 16 Abs. 3 GmbHG und § 161 Abs. 3 BGB auch ein bereits bestehendes Anwartschaftsrecht des Erwerbers überwinden und damit einem gutgläubigen Dritten den Vollrechtserwerb ermöglichen. Letztere sind ein durch § 16 Abs. 3 GmbHG neu geschaffenes Problem und können selbst noch nach dem Vollrechtserwerb unter bestimmten Umständen zugunsten eines Dritten vorgenommen werden. Mit dem Widerspruch gem. § 16 Abs. 3 S. 3-5 GmbHG wurde dem Anteilserber im Rahmen eines aufschiebend bedingten bzw. von Genehmigungen abhängigen Abtretungsvertrages ein Mittel zur Vermeidung solcher Verfügungen an die Hand gegeben. Für den Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste vermag daher auch dieses Mittel dem Erwerber keine hundertprozentige Sicherheit zu verschaffen.

Gelungen ist demgegenüber die Erweiterung des Haftungstatbestandes für Geschäftsführer in § 40 Abs. 3 GmbHG, wodurch dem wahren Berechtigten in zahlreichen Konstellationen ein Schadensersatzanspruch an die Hand gegeben wird. Es bleibt zudem zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung der h.M. in der Literatur anschließt und die im neu gefassten § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG enthaltenen Pflichten des Notars als drittschützende Amtspflichten i.S.v. § 19 BNotO qualifiziert, um den wahren Berechtigten in den entsprechenden Konstellationen neben dem Geschäftsführer einen regelmäßig mit einer Berufshaftpflichtversicherung ausgestatteten und damit potenten Schuldner zur Verfügung zu stellen.

Im Ergebnis ist § 16 Abs. 3 GmbHG aus dogmatischer Sicht jedoch nur in sehr begrenztem Umfang in der Lage, die mit ihrer Kreation verfolgten Zwecke der Absenkung der Transaktionskosten und der Erhöhung der Rechtssicherheit im Rahmen von GmbH-Anteilsveräußerungen zu erreichen.

Die empirische Untersuchung zum gutgläubigen Anteilserwerb ist im weiteren Sinne entlang der Gliederung der dogmatischen Analyse im Dritten Teil der Arbeit konzipiert. Ziel der Datenerhebung war, die Ergebnisse des Dritten Teiles durch Einschätzungen aus der Rechtsberatungspraxis zu verifizieren. Die empirische Untersuchung ist hierbei im Überblick zu folgenden Ergebnissen gelangt:

Die Mehrzahl der befragten Anwälte nimmt eine positive Haltung zu den geänderten Regelungen im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste ein und geht davon aus, dass durch das MoMiG das Maß der materiellen Richtigkeitsgewähr der Listeninhalte gestiegen ist. Ein nahezu umgekehrtes Meinungsbild ergibt sich bezüglich der Eignung der Gesellschafterliste zum Einsatz als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Anteilserwerb. Fast die Hälfte der Befragten hält die Gesellschafterliste für wenig geeignet bis gänzlich ungeeignet, diese Funktion zu erfüllen.

Auf die *legal due diligence* entfallen von dem gesamten rechtlichen Beratungsaufwand für eine M&A-Transaktion mit rechtsgeschäftlicher Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils im Durchschnitt 25,9 %. Von diesem Wert entfallen 68,6 % auf die

Durchführungsphase und hiervon wiederum 17,7 % auf den gesellschaftsrechtlichen Teil der *legal due diligence*. Innerhalb dieses gesellschaftsrechtlichen Teiles verursacht der historische Nachvollzug der Anteilsinhaberschaft des Veräußerers 30,0 % des Aufwandes. Im Ergebnis vermag der gutgläubige Anteilserwerb in seiner derzeitigen Ausgestaltung daher im Mittel lediglich 1,53 % der gesamten Rechtsberatungskosten obsolet zu machen, verließen sich die Anwälte hinsichtlich der Anteilsinhaberschaft auf die Aussagen der Gesellschafterliste. In der Praxis wird dieser Wert jedoch bei weitem nicht erreicht, da rund 70 % der befragten Anwälte bei Altgesellschaften und Neugesellschaften nach wie vor die komplette *chain of title* seit Gesellschaftsgründung prüfen. Dies ist vor dem Hintergrund der Ausführungen im Dritten Teil zu der schwachen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und dem Dilemma im Zusammenhang mit der Anknüpfung der Dreijahresfrist nachvollziehbar.

Im Hinblick auf die von Kanzleien standardmäßig verwendeten Kataloge mit veräußererseitigen Garantien bezüglich des Akquisitionsjektes gaben 21,4 % der Untersuchungsteilnehmer an, seit Inkrafttreten des MoMiG zusätzliche Garantien zu verlangen. Insgesamt äußerten 92,3 % der befragten Anwälte, es entstehe in diesem Zusammenhang seit dem 01.11.2008 ein unverändert hoher oder gar höherer Beratungs- und Verhandlungsbedarf.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von § 16 Abs. 3 GmbHG die Rechtssicherheit für den Erwerber vermindert, indem er die Überwindung eines Anwartschaftsrechtes mit Hilfe von § 161 Abs. 3 BGB ebenso ermöglicht hat wie die Zweitverfügung des Veräußerers nach Abschluss des Vollrechtserwerbs durch den Erwerber, solange dieser in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Konsequenterweise hat sich der Anteil der Anwälte, die aktiv Maßnahmen zum Schutz ihrer Mandanten gegen Zwischenverfügungen treffen, seit dem Inkrafttreten des MoMiG von 33,3 % auf 64,3 % fast verdoppelt. Zudem treffen 82,4 % der Befragten Maßnahmen zum Schutz ihrer Mandanten gegen Zweitverfügungen des Veräußerers. Hierdurch versuchen die Anwälte lediglich, die neu erwachsenen Risiken für ihre Mandanten zu minimieren. Von einer Erhöhung der Rechtssicherheit kann daher keine Rede sein.

In der Gesamtbewertung des gutgläubigen Anteilserwerbs gaben bezüglich der Transaktionskosten über 85 % der Befragten an, keine Absenkung derselben durch die Schaffung des Gutgläubigerwerbstatbestandes erkennen zu können. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit fällt das Ergebnis deutlich positiver aus. Hier sehen mehr als die Hälfte der Befragten eine Erhöhung im direkten Vergleich mit der alten Rechtslage. Gleichwohl meinen 71,4 % der Anwälte, der Gesetzgeber habe mit der Kreation der §§ 16, 40 GmbHG die Potenziale eines gutgläubigen Anteilserwerbstatbestandes zur Verbesserung der beiden vorgenannten Faktoren eher nicht bis überhaupt nicht ausgeschöpft.

Im Bereich der Reformvorschläge fanden vier der acht unterbreiteten Vorschläge überwiegende Zustimmung der Anwälte, wodurch die mangelnde Abstimmung der §§ 16, 40 GmbHG mit den Anforderungen der Beratungspraxis verdeutlicht wird. Die Voten der Befragten zu dem unterbreiteten Vorschlag bezüglich der Anknüpfung des Beginns des Laufes der Dreijahresfrist offenbaren, dass sich fast die Hälfte der befragten Anwaltschaft noch nicht tiefgehend genug mit der derzeitigen Fassung von § 16 Abs. 3 GmbHG

auseinandergesetzt hat, um zu erkennen, welche schwerwiegende Problematik für die Erwerberseite die Anknüpfung an die Unrichtigkeit des Listeninhaltes mit sich bringt.

Im Ergebnis hat die Untersuchung starke empirische Belege für die Validität der These hervorgebracht, dass der Gesetzgeber durch die Einführung der §§ 16, 40 GmbHG n.F. in der Beratungspraxis weder sein Ziel der Absenkung der Transaktionskosten erreicht hat noch die Rechtssicherheit für die beteiligten Parteien signifikant erhöhen konnte.

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse der dogmatischen und der empirischen Untersuchung lautet das Fazit der Arbeit in Form von zehn Thesen wie folgt:

**1.** Die dogmatische Analyse der §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 1, 2 GmbHG hat ergeben, dass die Normen im Hinblick auf die These dieser Arbeit nur wenige Stärken und dafür zahlreiche Schwächen aufweisen. Dieses Ergebnis konnte in weiten Teilen durch die empirische Untersuchung bestätigt werden.

**2.** Grund für das negative Gesamturteil ist vor allem die fehlende eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers für eines der konzeptionellen Grundmodelle des gutgläubigen Erwerbs, d.h. entweder für ein reines Rechtsscheinprinzip wie im Immobiliarsachenrecht, für ein reines Zurechnungsmodell wie im Mobiliarsachenrecht oder für eine reine Karenzzeitlösung. Durch die eigenwillige Kombination dieser Grundmodelle in § 16 Abs. 3 GmbHG wurden konzeptionelle Ungereimtheiten und dogmatische Brüche erzeugt.

**3.** Positiv hervorzuheben ist die Entscheidung des Gesetzgebers für die Aufwertung der Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb. Unter den zahlreichen diskutierten Modellen kann dieses die meisten Vorteile bieten, wenn es mit der nötigen Sorgfalt umgesetzt wird.

**4.** Die Ausgestaltung des Aktualisierungsprozesses der Gesellschafterliste in § 40 Abs. 1, 2 GmbHG bildet einen ersten wichtigen Kritikpunkt. Es bestehen zahlreiche Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten, u.a. bezüglich der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Geschäftsführung und Notar ebenso wie bezüglich der Anforderungen an den Nachweis der Veränderung. Darüber hinaus existieren erhebliche Missbrauchs- und Fälschungsgefahren auf Grund schwach ausgeprägter Identitätskontrollen, die im Ergebnis die hinreichende Legitimation der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger in der vorliegenden Ausgestaltung durch den Gesetzgeber fraglich erscheinen lassen.

**5.** Die größte Schwachstelle des Tatbestandes bildet die Anknüpfung des Laufes der dreijährigen Karenzzeit an die unrichtige Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste. Der Fristablauf ist von großer Bedeutung, denn er entscheidet darüber, ob ein gutgläubiger Erwerb nur unter zusätzlichen Voraussetzungen möglich ist. Da es sich bei der Unrichtigkeit um ein normatives Kriterium handelt, kann der Erwerber als juristischer Laie den Ablauf dieser Frist regelmäßig nicht selbst feststellen und muss daher weiterhin

kostenintensive Rechtsberatungsleistungen in Anspruch nehmen. Unterlässt er dies, kann er jedoch keine Gewissheit über das Eingreifen von § 16 Abs. 3 GmbHG erlangen. Mithin verlangt dieses Anknüpfungskriterium vom Erwerber eine Entscheidung zwischen unverändert hohen Transaktionskosten einerseits oder hoher Rechtsunsicherheit andererseits.

**6.** Unsicherheiten ergeben sich aufgrund fehlender Legaldefinitionen und mangelnder Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung, ferner in Bezug auf das Kriterium der Zurechenbarkeit des unrichtigen Listeneintrages zu dem wahren Berechtigten und bezüglich des Ausschlussgrundes der grob fahrlässigen Unkenntnis des Erwerbers von der mangelnden Berechtigung des Veräußerers.

**7.** Auf der Rechtsfolgenseite weist der gutgläubige Anteilswerb ebenfalls Defizite auf, wie insbesondere die empirische Untersuchung zeigte. Seine Reichweite genügt nicht, um die typischen Fehlerquellen im Rahmen von Anteilsveräußerungen auszuschalten, denn § 16 Abs. 3 GmbHG vermag derzeit lediglich die mangelnde Rechtsinhaberschaft des Veräußerers zu überwinden. Nicht möglich ist demgegenüber beispielsweise ein gutgläubig-lastenfreier Erwerb sowie die Überwindung einer vom Eintrag in der Gesellschafterliste tatsächlich abweichenden Anteilstückelung oder des Nichtvorliegens der Voraussetzungen einer satzungsmäßigen Vinkulierung. Hierdurch büßt der gutgläubige Anteilserwerb für die Erwerberseite erheblich an Attraktivität ein.

**8.** Mit der Einführung des gutgläubigen Anteilserwerbs wurde die Problematik der Zwischenverfügungen erheblich verschärft, da nun gem. § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG auch bereits entstandene Anwartschaften auf Erwerberseite beseitigt werden können. Zusätzlich ist mit den sog. Zweitverfügungen allerdings ein neues Problemfeld entstanden, das aus Erwerbersicht derzeit lediglich durch den kreativen Einsatz eines Widerspruches gem. § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG unter Kontrolle gebracht werden kann.

**9.** Insgesamt hat sich die von Teilen der Literatur bereits in frühen Stadien des MoMiG-Gesetzgebungsverfahrens an der Konzeption der §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 1, 2 GmbHG geäußerte Kritik als in weiten Teilen berechtigt erwiesen. Der Normenkomplex zum gutgläubigen Anteilserwerb sollte von der Legislative in naher Zukunft unter Berücksichtigung der oben geäußerten Reformvorschläge überarbeitet werden.

**10.** *Summa summarum* ist § 16 Abs. 3 GmbHG nur in sehr begrenztem Umfang in der Lage, im Rahmen von GmbH-Anteilsveräußerungen die den Parteien entstehenden Transaktionskosten abzusenkten und die Rechtssicherheit zu erhöhen. Der Norm gelingt es in ihrer jetzigen Fassung daher nicht, die vom Gesetzgeber mit ihrer Einführung verfolgten Zwecke zu erfüllen.