

# Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste – Teil 2\*

Von Stud. iur. **Nabil Ismail**, Bremen

## IV. Rechtsscheinwirkung

Neben der Funktion als Legitimationsgrundlage dient die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger.<sup>1</sup> Mit der Aufnahme der Liste in das Handelsregister entsteht nicht nur die unwiderlegliche Vermutung der Gesellschafterstellung, sondern vielmehr auch ein Vertrauensschutz gegenüber Dritten.<sup>2</sup> § 16 Abs. 3 GmbHG ermöglicht daher einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen.<sup>3</sup>

### 1. Die Gesellschafterliste als Gutglaubenstatbestand

Dem deutschen Rechtssystem ist ein gutgläubiger Erwerb von Rechten mangels Rechtsscheingrundlage grundsätzlich fremd.<sup>4</sup> Eines der wesentlichsten historischen Neuerungen war jedoch die Aufwertung der Gesellschafterliste zu einem Rechtsscheinträger. Durch Schaffung eines Gutglaubensstatbestands wurden praxisrelevante Beweisschwierigkeiten beseitigt und die mit einer due diligence verbundenen Transaktionskosten minimiert.<sup>5</sup> Der Erwerber eines Geschäftsanteils darf de lege lata in die Richtigkeit der Gesellschafterliste vertrauen und kann daher auch von einem Nichtberechtigten gutgläubig erwerben.<sup>6</sup> Umfasst sind neben dem Erwerb von Geschäftsanteilen wortgemäß auch Rechte an solchen. Das gilt für die gutgläubige Bestellung eines Pfandrechts,<sup>7</sup> aber auch für den Nießbrauch.<sup>8</sup> Mangels Eintragungsfähigkeit ist der redliche lastenfreie Erwerb dinglicher Rechte allerdings nicht möglich.<sup>9</sup> Der gute Glaube des Erwerbers wird ausschließlich in die tatsächliche Rechtsinhaberschaft<sup>10</sup> und nicht bezüglich der Verfügungsbefugnis im Allgemeinen geschützt.<sup>11</sup> Daher muss er Verfügungsbeschränkungen gegen sich gelten lassen.<sup>12</sup> Darauf stützend hat sich der BGH<sup>13</sup> gegen den gutgläubigen Zweiterwerb von aufschiebend bedingten Geschäftsanteilen ausgesprochen, da die Rechtscheinwirkung sich gerade nicht auf die Verfügungs- sowie Lastenfreiheit bezieht.<sup>14</sup>

In der Literatur wird diese Entscheidung überwiegend abgelehnt,<sup>15</sup> da der gutgläubige Zweiterwerber schutzlos gestellt sei.<sup>16</sup> Die Interessen des Ersterwerbers können durch Vermerk der Bedingung in einer zweiten Liste (sog. Zwei-Listen-Modell<sup>17</sup>) oder durch Zuordnung eines Widerspruchs (sog. Widerspruchslösung<sup>18</sup>) hinreichend gewahrt werden.

Schließlich scheidet auch der redliche Erwerb nichtexistenter Geschäftsanteile kategorisch aus.<sup>19</sup> Dementsprechend kann die Rechtsscheinwirkung auch grundsätzlich<sup>20</sup> keine unrichtige Stückelung von Geschäftsanteilen überbrücken, da die Anteile, so wie sie in der Liste abgebildet sind, nicht existieren, wenn unrichtigerweise mehrere Anteile als ein Anteil oder spiegelbildlich ein Anteil als mehrere Anteile ausgewiesen sind.<sup>21</sup> Gleichermaßen ist ein Redlichkeitserwerb nicht möglich, wenn die aufgeführte Nennbetragshöhe den tatsächlichen Wert übersteigt, da der Anteil dann zumindest in der Höhe des Differenzbetrags nicht existiert.<sup>22</sup>

### 2. Ausschlussgründe

Der gutgläubige Erwerb ist ferner gemäß § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG ausgeschlossen, soweit die aufgenommene Liste durchgängig<sup>23</sup> weniger als drei Jahre fehlerhaft und die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Insofern soll zum Schutz der Rechtsposition des wahren Inhabers beigetragen werden, indem er drei Jahre Zeit erhält, durch Veranlassung der Listenkorrektur einen gutgläubigen Erwerb zu seinen Lasten zu verhindern, vorausgesetzt die Unrichtigkeit ist ihm nicht zuzurechnen.<sup>24</sup> Verstreicht die Frist ist eine Zurechnung der Unrichtigkeit in keiner Weise mehr erforderlich.<sup>25</sup> An die Stelle des geltenden Rechtscheinprinzips tritt nach Ablauf der Karenzzeit das strikere

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um die Fortsetzung des gleichnamigen ersten Teils in ZJS 2020, 412.

<sup>1</sup> *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353 (356).

<sup>2</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 38.

<sup>3</sup> *Heidinger*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 16 Rn. 24.

<sup>4</sup> *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (416); vgl. *Thomale/Schüßler*, ZIPW 2015, 454 (455 f.).

<sup>5</sup> *Zessel*, GmbHR 2009, 303 (303); *Löbbe*, GmbHR 2016, 141 (142).

<sup>6</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 38.

<sup>7</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 39.

<sup>8</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 16 Rn. 71.

<sup>9</sup> OLG München ZIP 2011, 612 (614).

<sup>10</sup> *Bohrer*, DStR 2007, 995 (998); *Kort*, GmbHR 2009, 169 (174).

<sup>11</sup> Missverständlich RegE, BR-Drs. 354/07, S. 88.

<sup>12</sup> BGH GmbHR 2011, 1269 (1271).

<sup>13</sup> BGH GmbHR 2011, 1269.

<sup>14</sup> BGHZ 191, 84 (85).

<sup>15</sup> *Verse*, in: Henssler/Strohn, Kurz-Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 16 GmbHG Rn. 65; *Seibt*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 16 Rn. 80; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 69; *Bayer*, GmbHR 2011, 1254 (1254 f.); *Brandes*, GmbHR 2012, 545 (545 f.); *Herrler*, NZG 2011, 1321 (1325 f.)

<sup>16</sup> *Bayer* (Fn. 8), § 16 Rn. 84.

<sup>17</sup> *Wicke*, DNotZ 2009, 871 (874); *Herrler*, BB 2009, 2272 (2275 f.); ablehnend OLG Hamburg GmbHR 2011, 32.

<sup>18</sup> Vgl. *Hellfeld*, NJW 2010, 411 (412 f.); *Wachter*, GmbHR 2009, 1216 (1217); *Wicke*, DB 2011, 1037 (1038); ablehnend OLG München GmbHR 2011, 425.

<sup>19</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 39.

<sup>20</sup> Differenzierend *Löbbe*, GmbHR 2016, 141 (143).

<sup>21</sup> *Bayer* (Fn. 8), § 16 Rn. 73; *Heidinger* (Fn. 3), § 16 Rn. 323 f.; a.A. *Verse* (Fn. 15), § 16 GmbHG Rn. 55 f.; *Seibt* (Fn. 15), § 16 Rn. 71 f.

<sup>22</sup> *Servatius*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 16 Rn. 28.

<sup>23</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 39.

<sup>24</sup> *Löbbe*, GmbHR 2016, 141 (142).

<sup>25</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 39.

Veranlassungsprinzip.<sup>26</sup> Die Frist fängt dabei grundsätzlich mit Einreichung einer falschen Liste bzw. mit dem Moment des Eintritts der Unrichtigkeit an zu laufen.<sup>27</sup> Die Frage nach der Zurechenbarkeit bemisst sich danach, ob der Berechtigte die Unrichtigkeit mitveranlasst oder mit zu verantworten hat, indem er sich beispielsweise nach dem Anteilswerb nicht um seine Eintragung bemüht.<sup>28</sup> Reicht hingegen der Geschäftsführer ohne Wissen des Betroffenen eine unzutreffende Gesellschafterliste ein, ist dies dem Gesellschafter nicht zuzurechnen.<sup>29</sup> Ein Verschulden wird dabei im Gegensatz zur allgemeinen Zurechnungsfähigkeit<sup>30</sup> nicht vorausgesetzt.<sup>31</sup>

Von der Frage der Zurechenbarkeit des Rechtsscheins stets zu trennen ist die Frage nach der Gutgläubigkeit des Erwerbers. Redlich ist er, wenn er zum Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs<sup>32</sup> weder positive Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste hat. Unabhängig vom subjektiven Kenntnisstand, kann die Redlichkeit jedoch durch Zuordnung eines Widerspruchs erschüttert werden,<sup>33</sup> sodass gemäß § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG ein gutgläubiger Erwerb nicht mehr möglich ist. Zur Missbrauchsprävention setzt die Zuordnung des Widerspruchs gleichläufig zu § 899 Abs. 2 BGB eine einstweilige Verfügung oder eine Bewilligung desjenigen voraus, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet.<sup>34</sup> Zur Erwirkung berechtigt ist jedenfalls der Anteilsinhaber.<sup>35</sup> Zusätzlich ist eine Ausdehnung auf den Geschäftsführer zu befürworten, um etwaigen gegen ihn gerichtete Schadensersatzansprüchen vorzubeugen.<sup>36</sup> Weiterreichende Rechtswirkung entfaltet der Widerspruch hingegen nicht. Er beseitigt vor allem nicht die Legitimation des eingetragenen Gesellschafters<sup>37</sup> und hindert den wahren Berechtigten nicht daran, den Anteil rechtswirksam zu veräußern.<sup>38</sup>

### 3. Grenzen der Rechtsscheinwirkung

Die Rechtsscheinwirkung knüpft somit an die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste an.<sup>39</sup> Es eröffnet sich folglich die Frage, welche Anforderungen an die Liste als tauglichen Rechtsscheinträger zu stellen sind. Korrespondierend zu den Grenzen der Legitimationswirkung wurde teilweise apodiktisch verlangt, dass nur eine ordnungsgemäß

eingereichte Liste Rechtsscheinwirkung entfalten kann.<sup>40</sup> Die materielle Fehlerhaftigkeit, mithin die Setzung des Rechtsscheins, müsse dem Betroffenen stets zurechenbar sein.<sup>41</sup> Jedoch überzeugt dieser Versuch, die Grenzen der Legitimationswirkung auf die Rechtsscheinwirkung zu übertragen, nicht.<sup>42</sup> Es wird verkannt, dass sich die Rechtslage aufgrund des abweichenden Regelungsbereichs der beiden Wirkungen voneinander unterscheidet.<sup>43</sup> Die Rechtsscheinwirkung bezieht sich nicht auf das Innenverhältnis, sondern dient lediglich dem Drittschutz. Daher sind niedrigere Anforderungen an sie zu stellen.<sup>44</sup> Insbesondere ist es gerade nicht erforderlich, dass die Unrichtigkeit dem Berechtigten zugerechnet werden kann.<sup>45</sup> Der Gesetzgeber hat mit dem Entfallen des Zurechnungserfordernisses nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist bewusst die Zurechenbarkeit eingeschränkt.<sup>46</sup> Zudem hat er in § 3 Abs. 3 EGGmbHG eine Übergangsregelung für den Redlichkeitserwerb auf Grundlage von Altlisten normiert, die in der Regel nicht den Anforderungen de lege lata genügen werden.<sup>47</sup> Demzufolge wird es lediglich zu fordern sein, dass die Liste ihrer äußerlichen Erscheinung nach den formalen Anforderungen entspricht.<sup>48</sup> Diese Mindestanforderungen sind regelmäßig mit der Unterschrift vom (vertretungsberechtigten<sup>49</sup>) Geschäftsführer oder Notar gewahrt.<sup>50</sup> Anderweitige Erfordernisse, wie das Erbringen von Mitteilung und Nachweis, sind vom redlichen Dritten nicht überprüfbar und können daher keine Anforderungen an eine taugliche Rechtsscheingrundlage darstellen.<sup>51</sup> Infolgedessen steht auch eine Fälschung der Liste oder andere allgemeine Zurechnungsausschlüsse<sup>52</sup> dem Gutgläubenserwerb per se nicht entgegen.<sup>53</sup> Formelle Fehler der Liste sind nur im Stande diesen zu verhindern, wenn sie aufgrund ihrer Evidenz geeignet sind den guten Glauben des Erwerbers zu zerschlagen.<sup>54</sup>

### V. Rechtsschutzmöglichkeiten

Die aufgezeigten weitreichenden Folgen der Legitimations- und Rechtsscheinwirkung begründen ein erhebliches Interesse des Betroffenen an einem effektiven Rechtsschutz gegen

<sup>26</sup> Wachter, ZNotP 2008, 378 (395).

<sup>27</sup> Mayer, DNotZ 2008, 403 (419).

<sup>28</sup> Bayer (Fn. 8), § 16 Rn. 105.

<sup>29</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 39.

<sup>30</sup> Bayer (Fn. 8), § 16 Rn. 105.

<sup>31</sup> Seibt (Fn. 15), § 16 Rn. 105; Servatius (Fn. 22), § 16 Rn. 37.

<sup>32</sup> BGH NJW 2001, 359 (360).

<sup>33</sup> RegE, BR-Drs. 354/07, S. 89; Verse (Fn.15), § 16 GmbHG Rn. 50.

<sup>34</sup> RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 39.

<sup>35</sup> Mayer, DNotZ 2008, 403 (422 f.).

<sup>36</sup> Harbarth, ZIP 2008, 57 (61).

<sup>37</sup> Wicke, in: Wicke, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 16 Rn. 24

<sup>38</sup> Heidinger (Fn. 3), § 16 Rn. 285.

<sup>39</sup> Heidinger (Fn. 3), § 16 Rn. 242.

<sup>40</sup> Zessel, GmbHR 2009, 303 (303); Mayer, DNotZ 2008, 403 (418).

<sup>41</sup> Mayer, DNotZ 2008, 403 (418).

<sup>42</sup> Heidinger (Fn. 3), § 16 Rn. 248.

<sup>43</sup> Bayer (Fn. 8), § 16 Rn. 67.

<sup>44</sup> Servatius (Fn. 22), § 16 Rn. 33.

<sup>45</sup> Bayer (Fn. 8), § 16 Rn. 68.

<sup>46</sup> Kort, GmbHR 2009, 169 (176); vgl. Thomale/Schüßler, ZfPW 2015, 454 (466 f.).

<sup>47</sup> Heidinger (Fn. 3), § 16 Rn. 250.

<sup>48</sup> Bayer (Fn. 8), § 16 Rn. 67.

<sup>49</sup> Nicht erforderlich nach Heidinger (Fn. 3), § 16 Rn. 248.

<sup>50</sup> Verse (Fn. 15), § 16 GmbHG Rn. 53; Zessel, GmbHR 2009, 303 (303).

<sup>51</sup> Heidinger (Fn. 3), § 16 Rn. 251.

<sup>52</sup> Reymann, BB 2009, 506 (510).

<sup>53</sup> Bayer, in: Liber amicorum für Martin Winter, 2011, S. 9 (35); Servatius (Fn. 22), § 16 Rn. 33.

<sup>54</sup> Verse (Fn. 15), § 16 GmbHG Rn. 53.

eine fehlerhafte Gesellschafterliste.<sup>55</sup> Namentlich bei der Einziehung von Geschäftsanteilen droht ein alsbaldiger Rechtsverlust, da die Aktualisierung der Liste innerhalb kürzester Zeit bewerkstelligt werden kann.<sup>56</sup> Um formell legitimiert zu bleiben, wird es dem Betroffenen dabei in der Sache jedoch weniger um den Rechtsschutz gegen den Einziehungsbeschluss selbst gehen, sondern vielmehr um den Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste.<sup>57</sup> Aufgrund dessen kommt es in der Praxis nicht selten zu einem „Wettlauf“<sup>58</sup> der Beteiligten. Die Gesellschaft wird bemüht sein frühzeitig eine geänderte Liste einzureichen, während der betroffene Gesellschafter versuchen wird seine Entrechtung zu unterbinden.

### 1. Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren

Grundsätzlich kann Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste im Hauptsacheverfahren auf verschiedenem Wege erreicht werden.<sup>59</sup> Um den Korrekturantrag durchzusetzen und auf die Einreichung einer zutreffenden Liste hinzuwirken, ist grundsätzlich Leistungsklage gegen die Gesellschaft<sup>60</sup> zu erheben.<sup>61</sup> Das gilt auch in dem Fall, dass der zu Unrecht eingetragene Gesellschafter seine Austragung aus der Liste verlangt.<sup>62</sup> Durch das gerichtliche Verfahren setzt sich die materielle Rechtslage essentieller Weise gegenüber der eigentlich entkoppelten formellen Legitimationswirkung durch, sodass der Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste auch als Grenze der Legitimationswirkung angesehen wird.<sup>63</sup> Dies erscheint angesichts der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit und des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs als unerlässlich.<sup>64</sup> Ein daraufhin gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil kann von der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer eingeklagt und als vertretbare Handlung nach § 888 Abs. 1 ZPO durch Zwangsgeld, hilfsweise Zwangshaft, vollstreckt werden.<sup>65</sup> Die Erhebung einer Feststellungsklage vermag hingegen dem Klagebegehren nicht gerecht zu werden, da selbst die gerichtliche Feststellung der Rechtsinhaberschaft nicht die formelle Legitimationswirkung überwinden kann, sodass der Klage das Feststellungsinteresse fehlt.<sup>66</sup> Alternativ kann lediglich gegen den eingetragenen Prätendenten im Wege der Feststellungsklage der erforderliche Nachweis der Rechtsveränderung erbracht<sup>67</sup> oder durch Leistungsklage die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte unter-

sagt werden.<sup>68</sup> Ist die Inhaberschaft des Geschäftsanteils unter mehreren unbekannteten Beteiligten streitig, wird zudem die Anordnung einer Pflugschaft im Sinne des § 1913 BGB vorgeschlagen.<sup>69</sup>

Speziell im Fall der Zwangseinziehung wird sich der betroffene Gesellschafter zunächst gegen den Einziehungsbeschluss wehren müssen. Derartige Beschlüsse sind grundsätzlich auch bei Fehlerhaftigkeit der Einziehung vorläufig wirksam, sofern sie nicht anfänglich nichtig, oder nachträglich für nichtig erklärt worden sind.<sup>70</sup> Den Einziehungsbeschluss hat der Betroffene folglich mittels Anfechtungsklage bzw. Nichtigkeitsklage (§§ 243 f., 249 AktG analog) gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>71</sup> Die Aktivlegitimation einer solchen Klage ist grundsätzlich an die formelle Legitimation respektive an die Eintragung in der Gesellschafterliste geknüpft.<sup>72</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>73</sup> gebietet es indes der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz, dass auch die Klagebefugnis (ausschließlich<sup>74</sup>) bezüglich des Einziehungsbeschlusses bestehen bleibt,<sup>75</sup> selbst wenn die geänderte Gesellschafterliste bereits ins Handelsregister aufgenommen wurde.<sup>76</sup> Der Fortbestand der Anfechtungsbefugnis wird demnach vom BGH neben dem Vorbehalt von Treu und Glauben als Einschränkung der formellen Legitimationswirkung qualifiziert.<sup>77</sup>

Angesichts der legitimierenden Wirkung der Eintragung wird es dem Betroffenen allerdings eher darum gehen, die Einreichung einer geänderten Liste zu verhindern respektive seine Wiederaufnahme zu erreichen. Der Streit um die Einziehung findet daher oftmals seine Fortsetzung im Streit um die Liste.<sup>78</sup> Jene Überlegungen, gegen die Gesellschafterliste vorzugehen, können jedoch nicht gänzlich auf die Anteilseinziehung übertragen werden.<sup>79</sup> Wurde der Anteil des Gesellschafters vernichtet, fehlt es gerade an der für den Prätendentenstreit charakteristischen Konstellation mehrerer Streitender. Zudem ist die Liste gerade nicht inhaltlich unrichtig, da der anfechtbare Beschluss bis zur gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit wirksam ist. In Anbetracht der Tatsache, dass solch eine gerichtliche Überprüfung in der Hauptsache sich oftmals über mehrere Jahre hinziehen kann, ist ein Hauptsacheverfahren stets mit erheblichen Nachteilen der Rechtsstellung des Betroffenen verbunden.<sup>80</sup> Für die Hauptsache

<sup>55</sup> *Lieder*, GmbHR 2016, 189 (189).

<sup>56</sup> Vgl. *Römermann*, GmbHR 2015, 1214 (1219).

<sup>57</sup> *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505 (505).

<sup>58</sup> BGH GmbHR 2019, 335 (338).

<sup>59</sup> Vgl. *Lieder*, GmbHR 2016, 189 (189).

<sup>60</sup> OLG München GmbHR 2011, 429; OLG Thüringen GmbHR 2013, 1258 (1259).

<sup>61</sup> *Bayer* (Fn. 8), § 40 Rn. 102.

<sup>62</sup> *Lieder*, GmbHR 2016, 189 (190).

<sup>63</sup> So *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 441 (442 f.).

<sup>64</sup> *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 441 (443).

<sup>65</sup> *Altmeppen* (Fn. 15), § 78 Rn. 12.

<sup>66</sup> OLG Hamm GmbHR 2014, 935 (936).

<sup>67</sup> *Noack*, in: Festschrift für U. Hüffer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 734

<sup>68</sup> *Lieder*, GmbHR 2016, 189 (193 f.).

<sup>69</sup> *Wagner*, GmbHR 2016, 463 (468).

<sup>70</sup> *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 34 Rn. 91.

<sup>71</sup> *Bärwaldt/Hoefling*, DB 2019, 1371 (1376).

<sup>72</sup> *Bayer* (Fn. 8), Anhang zu § 47 Rn. 70.

<sup>73</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3159); BGHZ 192, 236; OLG Brandenburg GmbHR 2019, 830.

<sup>74</sup> *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815 (824).

<sup>75</sup> BGHZ 192, 236.

<sup>76</sup> BGH, Urt. v. 29.1.2019 – ZR II 234/18.

<sup>77</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3159 f.).

<sup>78</sup> *Bayer*, in: Festschrift für Reinhard Marsch-Barner zum 75. Geburtstag, 2018, S. 35 f.

<sup>79</sup> *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815 (819).

<sup>80</sup> *Cramer/Koch*, DStR 2020, 664 (665).

bleibt dem Betroffenen daher meist nur die Beschlussmängelklage, um gegen die Einziehung selbst vorzugehen.<sup>81</sup> Im Übrigen wird er für den Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste auf das einstweilige Verfahren verwiesen.

## 2. Einstweiliger Rechtsschutz

Die Erhebung einer Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage in der Hauptsache ist fundamentale Voraussetzung für ein Verfahren im begleitenden einstweiligen Rechtsschutz. Sie allein reicht indes nicht aus, um die Einreichung einer neuen Liste zu verhindern und ist somit nicht geeignet, den zwischenzeitlichen Rechtsverlust zu torpedieren.<sup>82</sup> Dem von einer Einziehung betroffenen Gesellschafter wird folglich ein zweigleisiges Vorgehen geraten sein.<sup>83</sup>

### a) Zeitraum vor der Listenänderung

Die frühestmögliche Gelegenheit, um einen bevorstehenden Rechtsverlust durch eine Zwangseinziehung zu vermeiden, ist bereits im Vorfeld einer drohenden Beschlussfassung die positive Stimmabgabe zu unterbinden.<sup>84</sup> Der Verfügungsanspruch des Betroffenen ergibt sich dabei aus der horizontalen Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern,<sup>85</sup> die davon abgehalten sind, rechtswidrige Beschlüsse ergehen zu lassen.<sup>86</sup> Angesichts eines derartig invasiven Eingriffs in die Willensbildung der Gesellschaft sind jedoch besonders hohe Anforderungen an die Verfügungsvoraussetzungen zu stellen.<sup>87</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass eine derartige Verfügung die Hauptsache vorwegnehmen würde. Faktisch besteht daher kaum eine Chance, sich vor der Beschlussfassung rechtlich zu wehren.<sup>88</sup>

In erster Linie wird sich der vorerst noch legitimierte Gesellschafter mittels einstweiliger Unterlassungsverfügung gegen die beschlussausführende Einreichung der geänderten Gesellschafterliste wenden müssen,<sup>89</sup> welche grundsätzlich auch für das Registergericht verbindlich ist.<sup>90</sup> Die Statthaftigkeit der vorläufigen Sicherheitsanordnung wurde nach kontroverser Handhabung<sup>91</sup> grundsätzlich durch den BGH anerkannt<sup>92</sup> und jüngst nachdrücklich unterstrichen.<sup>93</sup> Der Erlass einer derartigen Verfügung setzt nach allgemeinen Grundsätzen die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs und

eines Verfügungsgrunds voraus.<sup>94</sup> Der Verfügungsanspruch ist gegeben, wenn der Antragssteller die Fehlerhaftigkeit der Einziehung als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft macht,<sup>95</sup> mithin die Listenkorrektur zu einer Unrichtigkeit der Gesellschafterliste führen würde.<sup>96</sup> Die Beweislast folgt der Verteilung des Hauptsacheverfahrens,<sup>97</sup> sodass grundsätzlich, nach Glaubhaftmachung der Rechtswidrigkeit der Einziehung, die Gesellschaft das Bestehen eines wichtigen Einzugsgrundes darzulegen hat.<sup>98</sup> Verbleibende Zweifel gehen zu ihren Lasten, sodass oftmals von einem Verfügungsanspruch auszugehen ist.<sup>99</sup>

Für den Verfügungsgrund als eigentlichen „Ort der Entscheidung“<sup>100</sup> ist die Glaubhaftmachung einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Verwirklichung des Verfügungsanspruchs erforderlich, §§ 935, 940 ZPO. Im Wesentlichen beruht diese auf dem Verlust der formellen Legitimation gegenüber der Gesellschaft, infolgedessen der Betroffene nicht weiter an der Willensbildung der Gesellschaft partizipieren kann.<sup>101</sup> Obsiegt der Betroffene im Hauptsacheverfahren, hat er zwar nie die Inhaberschaft des Geschäftsanteils verloren.<sup>102</sup> Es besteht dennoch die Gefahr, dass er die in der Zwischenzeit getätigten satzungs- und strukturändernden Beschlüsse gegen sich gelten lassen muss, die entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand revidiert werden können.<sup>103</sup> Angesichts des verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs, muss dem Betroffenen daher ein effektives Mittel zur Verfügung stehen, um diese weitreichenden Folgen bis zur Klärung in der Hauptsache zu verhindern bzw. seine Gesellschafterstellung zu sichern.<sup>104</sup> Allerdings haben auch die übrigen Gesellschafter ein eklatantes Interesse daran, dass der von der Einziehung betroffene vermeintliche „Störenfried“ nicht länger die Funktions- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft untergräbt.<sup>105</sup> Eine einstweilige Perpetuierung der Gesellschafterliste könnte zu ihren Lasten wirken, wenn sich nachträglich im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Einziehungsbeschluss ursprünglich wirksam war.<sup>106</sup> Erschwerend kann gerade die Vornahme oder das Unterlassen von gesellschaftsrechtlichen Handlungen oftmals nicht mehr korrigiert werden.<sup>107</sup> Folgerichtig basiert die gerichtliche Entscheidung daher auf einem

<sup>81</sup> Wachter, DB 2019, 2058 (2062); Kleindiek, GmbHR 2017, 815 (815); ders. (Fn. 70), § 34 Rn. 93.

<sup>82</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3158).

<sup>83</sup> Wachter, DB 2019, 2058 (2062).

<sup>84</sup> Hoffmann/Rüppel, BB 2016, 1026 (1031).

<sup>85</sup> Rose, NZG 2018, 1247 (1251).

<sup>86</sup> Wagner, Der Status des GmbH Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, 2015, S. 157.

<sup>87</sup> OLG Düsseldorf NZG 2005, 633 (634); OLG München GmbHR 1999, 718 (719).

<sup>88</sup> Wachter, DB 2019, 2058 (2061).

<sup>89</sup> Kleindiek (Fn. 70), § 34 Rn. 97.

<sup>90</sup> Bayer (Fn. 78), S. 42.

<sup>91</sup> Sehr restriktiv OLG Jena NJW-RR 2017, 233; KG GmbHR 2016, 416; KG ZIP 2016, 1166.

<sup>92</sup> BGH GmbHR 2014, 198 (203).

<sup>93</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3158).

<sup>94</sup> Kleindiek, GmbHR 2017, 815 (820).

<sup>95</sup> Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505 (510).

<sup>96</sup> Lieder, GmbHR 2016, 271 (275).

<sup>97</sup> Wagner, GmbHR 2016, 463 (467); OLG Naumburg GmbHR 2014, 714 (715).

<sup>98</sup> OLG Stuttgart GmbHR 2013, 414 (418).

<sup>99</sup> Bayer/Selentin, in: Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 400.

<sup>100</sup> v. Gerkan, ZGR 1985, 187 (187).

<sup>101</sup> Kleindiek (Fn. 70), § 34 Rn. 98.

<sup>102</sup> Kleindiek, GmbHR 2017, 815 (820).

<sup>103</sup> Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505 (512).

<sup>104</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3159).

<sup>105</sup> Bayer/Selentin, GmbHR 2020, 1 (5); Wagner, GmbHR 2016, 463 (468).

<sup>106</sup> Wagner (Fn. 86), S. 189.

<sup>107</sup> Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1 (9).

komplexen Bewertungsvorgang und ergeht nach einer folgenorientierten Interessensabwägung.<sup>108</sup> Dort sind die drohenden Nachteile und divergierenden Interessen beider Parteien miteinander abzuwägen. Je stärker die Interessen des Antraggegners gewichtet werden, desto höhere Anforderungen müssen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs gestellt werden.<sup>109</sup> Insbesondere die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind hinreichend zu würdigen.<sup>110</sup> Dabei werden angesichts der drohenden Beeinträchtigung der Gesellschaft tendenziell hohe Anforderungen an den Verfügungsgrund zu stellen sein, sodass regelmäßig ein unwiederbringlicher Nachteil für den Gesellschafter zu drohen hat.<sup>111</sup>

Mit dem vorläufigen Charakter des einstweiligen Rechtsschutz wäre es allerdings nicht vereinbar, wenn die Untersagung der Listeneinreichung eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache darstellen würde.<sup>112</sup> Demnach sollen Rechtsbeziehungen naturgemäß nur vorläufig bis zum endgültigen Abschluss im Hauptsacheverfahren geregelt werden, ohne irreversible Verhältnisse zu schaffen.<sup>113</sup> Die Annahme eines verallgemeinernden Vorwegnahmeverbotes erscheint angesichts des verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs dennoch nicht gerechtfertigt.<sup>114</sup> Daher sind grundsätzlich auch Maßnahmen zulässig, die bezüglich ihrer Wirkung dem Anspruch in der Hauptsache (teilweise) entsprechen,<sup>115</sup> wenn anderenfalls schwere Nachteile drohen.<sup>116</sup> Davon, dass bei der Untersagungsverfügung ein mit der Hauptsache kongruentes Rechtsschutzziel verfolgt wird, kann zudem nicht die Rede sein.<sup>117</sup> Der betroffene Gesellschafter begehrt durch seine Beschlussmängelklage die Feststellung der Unwirksamkeit der Einziehung, mithin seiner materiellen Gesellschafterstellung. Hingegen wird durch die vorläufige Untersagung als Minus und Aliud lediglich die formelle Gesellschafterstellung perpetuiert.<sup>118</sup> Daher zielt die einstweilige Verfügung vielmehr auf den Fortbestand der Rechtslage bis zur Entscheidung in der Hauptsache ab.<sup>119</sup> Derartige Maßnahmen zur Sicherung des Status quo entsprechen gerade dem Regelungsziel des § 935 ZPO.<sup>120</sup>

Zum umgekehrten Fall, wo ein vermeintlicher Erwerber versucht die Einreichung einer ihn aufführenden Liste zu unterbinden, weil er den Übertragungsakt für unwirksam hält,

hat der BGH in seiner aktuellen Entscheidung<sup>121</sup> keine Stellung genommen. Gleichwohl ist anzunehmen, dass auch hier die Möglichkeit der einstweiligen Unterlassungsverfügung statthaft sein muss.<sup>122</sup> Angesichts der geringeren Eingriffsintensität in die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft werden geradezu niedrigere Anforderungen an den Verfügungsanspruch und -grund zu stellen sein. Demgegenüber drohen dem Betroffenen erhebliche Rechtsnachteile, indem er beispielsweise wegen mitgliedschaftlicher Pflichten in Anspruch genommen wird. Das Unterlassen von Mitteilung und Nachweis ist dabei nicht in jedem Fall geeignet, die Einreichung zu verhindern, sodass der Betroffene regelmäßig auf einstweiligen Rechtsschutz angewiesen sein wird.

#### b) Zeitraum nach der Listenänderung

Wurde die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste bereits bewirkt, wird das primäre Rechtsschutzziel nunmehr auf die vorläufige Einreichung einer korrigierten Liste gerichtet sein, die den Betroffenen bis zur Entscheidung in der Hauptsache einstweilen als Gesellschafter aufführt.<sup>123</sup> Für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes darf es dabei keinen Unterschied machen, ob die Einreichung noch abgewehrt werden kann oder die Wiederaufnahme verlangt werden muss. Dies erscheint in Anbetracht der fehlenden materiellen Prüfungskompetenz des Registergerichts und dem Zwecke der Missbrauchsprävention als gerechtfertigt.<sup>124</sup> Daher ist die Geltendmachung des nachträglichen Korrekturanspruchs im einstweiligen Rechtsschutz nach fast einheitlicher Ansicht zulässig.<sup>125</sup> Nach allgemeinen Grundsätzen ist somit im Verfügungsanspruch die Glaubhaftmachung des Korrekturanspruchs erforderlich. Entgegen der Ansicht des KG<sup>126</sup>, ist dabei im Vergleich zur freien Beweiswürdigung gerade keine zweifelsfreie Gewissheit über die Unrichtigkeit der Liste, die nach Ansicht des Gerichts im einstweiligen Verfahren per se nicht erlangt werden kann, erforderlich.<sup>127</sup> Mögliche Ungewissheiten über die materielle Rechtslage, die naturgemäß bereits in gerichtlichen Entscheidungen liegen, können im Verfügungsanspruch und -grund ausreichend berücksichtigt werden.<sup>128</sup>

Schließlich hat der betroffene Gesellschafter auch bei der Regelungsanordnung (§ 940 ZPO) neben der Glaubhaftmachung seiner wahren Gesellschafterstellung den Verfügungsgrund darzulegen. Daran sind grundsätzlich die gleichen Anforderungen zu stellen, wie bei der Sicherungsanordnung,<sup>129</sup> sodass das Gericht, nach Darlegung der für den Betroffenen

<sup>108</sup> R. Damm, ZHR 154 (1990), 413 (422).

<sup>109</sup> R. Damm, ZHR 154 (1990), 413 (421 f.).

<sup>110</sup> Bayer (Fn. 78), S. 45.

<sup>111</sup> Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1 (7 f.).

<sup>112</sup> OLG Dresden NJW 2001, 1433 (1434).

<sup>113</sup> Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1 (9).

<sup>114</sup> Vgl. OLG Hamm GmbHR 1993, 163.

<sup>115</sup> Drescher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 938 Rn. 9 f.

<sup>116</sup> Vollkommer, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 940 Rn. 6.

<sup>117</sup> Binnewies/Wollweber, Der Gesellschafterstreit, 2017, Rn. 828.

<sup>118</sup> Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505 (509); a.A. Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1 (9): „Vorwegnahme par excellence“.

<sup>119</sup> Wachter, DB 2019, 2058 (2066).

<sup>120</sup> Kleindiek, GmbHR 2017, 815 (820).

<sup>121</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3159).

<sup>122</sup> Vgl. Heckschen, NZG 2019, 1097 (1099).

<sup>123</sup> Vgl. Bayer/Selentin, GmbHR 2020, 1 (5).

<sup>124</sup> Kleindiek, GmbHR 2017, 815 (822 f.).

<sup>125</sup> RegE, BR-Drs. 354/07, S. 86; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771 (791); Kort, GmbHR 2009, 169 (174); Wicke (Fn. 37), § 40 Rn. 8; Hoffmann/Rüppel, BB 2016, 1026 (1031); Lieder, GmbHR 2016, 271 (271).

<sup>126</sup> KG Berlin GmbHR 2016, 416 (417).

<sup>127</sup> Bayer (Fn. 8), § 40 Rn. 101 f.

<sup>128</sup> Fischer, GmbHR 2018, 1257 (1262).

<sup>129</sup> Lieder, GmbHR 2016, 271 (275).

drohenden Nachteile, eine allgemeine Interessensabwägung vorzunehmen hat. Allerdings hat es auf Grundlage des Gebots des milderen Eingriffs,<sup>130</sup> minderinvasive Maßnahmen zur Befriedigung des Regelungsbedürfnis des Antragsstellers zu erwägen.<sup>131</sup> Alternative Bemühungen, gegen den Präventenden vorzugehen oder eine Pflegschaft anzuordnen, sind bei der Zwangseinziehung indes nicht möglich. In der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>132</sup> und in Teilen der Literatur<sup>133</sup> kursierte die Ansicht, dass durch Anordnung der einstweiligen Behandlung als Gesellschafter auf milderem Wege Rechtsschutz gewährleistet werden könne. Jedoch wird durch derartige Maßnahmen der Regelungszweck der Legitimationswirkung verkannt<sup>134</sup> und ein Widerspruch zum Charakter der Gesellschafterliste als ausschließliche Legitimationsgrundlage geschaffen,<sup>135</sup> sodass dieser Ansicht nicht zu folgen ist. Auch die Zuordnung eines Widerspruchs vermag nicht dem Antragsbegehren im gleichen Maße gerecht zu werden. Der Widerspruch hindert ausschließlich den redlichen Erwerb des Geschäftsanteils und lässt die Legitimationswirkung unberührt. Zudem läuft seine Funktion bei dem Einzug von Geschäftsanteilen, die infolgedessen nicht mehr existieren, leer.<sup>136</sup> Schließlich kann in Betracht gezogen werden, allein die Vornahme struktur- und satzungsändernder Maßnahmen vorläufig zu verbieten.<sup>137</sup> Angesichts der Tatsache, dass eine derartige Verfügung auch wirtschaftlich sinnvolle Beschlüsse umfassen würde und somit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft erheblich beeinträchtigt, erscheint bereits eine mildere Eingriffsqualität dieses Vorgehens zweifelhaft.<sup>138</sup> Es bleibt somit dabei, dass die einstweilige Verfügungsverfügung anhand der allgemeinen Interessensabwägung zu beurteilen ist.<sup>139</sup> Dabei sind die konkreten Beteiligungsverhältnisse richtungsweisend zu berücksichtigen.<sup>140</sup> Handelt es sich um den Einzug von Anteilen eines Mehrheitsgesellschafters, werden infolge des eintretenden Kontrollwechsels<sup>141</sup> regelmäßig die Belange des Betroffenen überwiegen.<sup>142</sup> Ein Minderheitsgesellschafter wird hingegen schwerlich glaubhaft machen können, dass ihm unwiederbringliche Nachteile drohen, die er nicht auch bei Fortbestehen seiner Legitimation hinnehmen müsste.<sup>143</sup> Gleichwohl ist zu beachten, dass sich

eine pauschalisierende Beurteilung innerhalb der folgenorientierten Interessensabwägung nicht gestattet.<sup>144</sup>

## VI. Conclusio

Nach alledem lässt sich festhalten, dass sich die Gesellschafterliste ihre Stellung als eines der wichtigsten GmbH-Dokumente redlich verdient hat. Sie bildet die ausschließliche Grundlage für die Legitimation des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft und ermöglicht einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen. Die Reichweite der Legitimationswirkung ist dabei grundsätzlich uneingeschränkt und von der materiellen Rechtslage entkoppelt. Mit immanenten Grenzen sieht sie sich nur konfrontiert, soweit die Liste an schwerwiegenden Inhalts- oder Verfahrensmängeln leidet, sie dem Verantwortlichen nicht zugerechnet werden kann oder ihr Inhalt gegen Treu und Glauben verstößt. Bezogen auf die Rechtscheinwirkung sind diese Schranken wegen des abweichenden Regelungsbereichs jedoch nicht zu übertragen. Insofern ist es ausreichend, wenn die Liste den äußeren Formalien entspricht.

Angesichts der weitreichenden Folgen der Legitimations- und Rechtscheinwirkung wird der Gesellschafter ein eklatantes Interesse an seiner zutreffenden Auf-/Auslistung haben, auf die er mittels gerichtlicher Durchsetzung seines Korrekturanpruchs hinwirken kann. Speziell bei der Einziehung ist ein Vorgehen gegen den Einziehungsbeschluss zur Sicherung der Legitimation nicht ausreichend. Vielmehr hat sich der Betroffene gegen die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste prozessual zu wehren. Dabei wird der einstweilige Rechtsschutz das Mittel der Wahl sein, da ein langwieriges Hauptsacheverfahren stets mit einem drohenden Rechtsverlust einhergeht. Das Gericht trifft seine Entscheidung dabei auf Grundlage einer komplexen Interessensabwägung, weshalb die Erfolgsaussichten stets am Einzelfall zu bemessen sind. Ist bereits eine Listenänderung erfolgt, kann der Betroffene unter den gleichen Voraussetzungen auf seine einstweilige Wiederaufnahme durch erneute Listenkorrektur hinwirken. Ebendies dürfte zu einem Aufatmen des Gesellschafters führen, der nicht zwangsweise darauf angewiesen ist, den „Wettlauf“ um die Gesellschafterliste für sich zu entscheiden. Dennoch sollte er kein Nachsehen haben, um den Verlust seiner Legitimation gar nicht erst zu ermöglichen. Denn ohne die Legitimationswirkung ist der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft eben kein Gesellschafter.

<sup>130</sup> *Drescher* (Fn. 115), § 938 Rn. 3.

<sup>131</sup> *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505 (510).

<sup>132</sup> KG GmbHR 2016, 416; KG GmbHR 2016, 416 (417); OLG Jena GmbHR 2017, 416 (417).

<sup>133</sup> *Lutz*, *Der Gesellschafterstreit*, 5. Aufl. 2017, Rn. 804a; *Liebscher/Alles*, ZIP 2015, 1 (8).

<sup>134</sup> *Fischer*, GmbHR 2018, 1257 (1262).

<sup>135</sup> *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505 (511).

<sup>136</sup> *Dittert*, NZG 2015, 221 (223).

<sup>137</sup> *Bayer/Selentin* (Fn. 99), S. 401; *Wagner*, GmbHR 2016, 463 (468).

<sup>138</sup> *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505 (511).

<sup>139</sup> *Wagner* (Fn. 86), S. 189.

<sup>140</sup> *Fluck*, GmbHR 2017, 67 (71).

<sup>141</sup> BGH NJW 2019, 3155 (3159).

<sup>142</sup> *Wachter*, DB 2019, 2058 (2066).

<sup>143</sup> *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815 (815).

<sup>144</sup> *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505 (512).