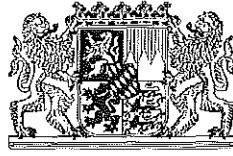


Oberlandesgericht München

Az.: 31 Wx 8/13
HRB [REDACTED] AG München



In der Handelsregistersache



Beteiligte:

1) [REDACTED]
[REDACTED]
- Beschwerdeführerin -

2) [REDACTED]
[REDACTED]
- Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte [REDACTED]

wegen Gesellschafterliste

erlässt das Oberlandesgericht München - 31. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Stackmann, den Richter am Oberlandesgericht Gierl und die Richterin am Oberlandesgericht Förth am 06.02.2013 folgenden

Beschluss

- I. Die Beschwerden gegen den Beschluss des Amtsgerichts München - Registergericht - vom 6. November 2012 werden zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die beteiligte Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Beteiligte zu 1) ist im Handelsregister des

Amtsgerichts München eingetragen. Ein in Basel/Schweiz ansässiger Notar hat eine von ihm erstellte Gesellschafterliste vom 5.11.2012 eingereicht. In dieser Liste ist die Beteiligte zu 2 als Inhaberin des (einzigen) Geschäftsanteils Nummer 1 genannt. Die "Bescheinigung" lautet:

"Ich der unterzeichnende Notar ... in Basel/Schweiz, bescheinige, dass die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Liste den Veränderungen entsprechen, die sich aus den Erklärungen der Urkundsbeteiligten zu meiner Urkunde ... vom 5.11.2012 ergeben. Die übrigen Eintragungen stimmen mit dem Inhalt der letzten im Handelsregister aufgenommenen Liste überein."

Die Liste ist vom Notar unterschrieben. Eine Apostille ist angefügt.

Das Registergericht hat mit Beschluss vom 6.11.2012 die Aufnahme der Liste in den elektronischen Registerordner der beteiligten Gesellschaft abgelehnt. Eine Einreichung der Gesellschafterliste durch ausländische Notare sei nicht zulässig; die Unterschrift habe durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Anzahl zu erfolgen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Beschwerden der Gesellschaft und der in der Liste vom 5.11.2012 ausgewiesenen Gesellschafterin. Es treffe zwar zu, dass der deutsche Gesetzgeber einen ausländischen Notar nicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste verpflichten könne. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass ein ausländischer Notar nicht berechtigt sei, eine Gesellschafterliste einzureichen. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) habe sich nichts an der Anerkennung der Auslandsbeurkundung insbesondere vor schweizer Notaren geändert. Die Anzeige der Abtretung eines Geschäftsanteils gem. § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a.F. habe auch ein ausländischer Notar vornehmen können; das MoMiG habe insoweit keine Änderung bewirkt. Selbst wenn man die richtig als privatrechtlich anzusehende Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG als öffentlich-rechtliche Pflicht verstehe, könne ein in der Schweiz ansässiger Notar sie freiwillig erfüllen. Mit der Einreichung der Gesellschafterliste sei auch keine besondere Richtigkeitsgewähr verbunden. Der Gesetzgeber habe sich für ein System entschieden, das ohne inhaltliche Prüfung durch Organe der Rechtspflege auskomme und sich bei der Einschaltung des Notars in erster Linie von Praktikabilitätserwägungen leiten lassen. Den Notar träfen auch nur sehr eingeschränkte Prüfpflichten. Der Baseler Notar unterliege zudem einem strengen Haftungsregime, während die gesetzliche Haftung des deutschen Notars nach § 19 BNotO nur sehr eingeschränkt bestehe. Weder dem Wortlaut noch der Begründung der Gesetzes lasse sich entnehmen, dass die Einreichung der Gesellschafterliste durch einen ausländischen Notar nicht zulässig sei.

II.

Die zulässigen Beschwerden sind nicht begründet. Das Registergericht hat es zu Recht abgelehnt, die von dem schweizer Notar erstellte und unterzeichnete Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen. Das Registergericht hat zu prüfen, ob die eingereichte Liste den formalen Anforderungen entspricht (OLG München NZG 2009, 797; OLG Frankfurt GmbHR 2011, 823/825; Krafka/Willer/Kühn Registerrecht 8. Aufl. Rn. 1105). Das ist hier nicht der Fall. Bei einer Auslandsbeurkundung sind ausschließlich die Geschäftsführer der Gesellschaft für die Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste zuständig. Die hier eingereichte Liste ist jedoch ausschließlich von dem unzuständigen ausländischen Notar unterzeichnet, der die Abtretung des Geschäftsanteils beurkundet hat.

1. § 40 Abs. 2 GmbHG regelt zwar nicht ausdrücklich, ob ein ausländischer Notar die Gesellschafterliste erstellen und einreichen kann, wenn er an Veränderungen mitgewirkt hat. Auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 40 GmbHG äußert sich dazu nicht (BT-Drs. 16/6140 S. 43 f.). Aus dem Gesamtzusammenhang und dem Sinn und Zweck der in § 40 GmbHG n.F. getroffenen Regelungen ergibt sich jedoch, dass ein ausländischer Notar zur Erstellung und Einreichung einer Gesellschafterliste nicht befugt ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser wirksam die Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung vornehmen konnte. Auf die umfangreichen Ausführungen der Beschwerde zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung kommt es deshalb nicht an.

a) Für die Einreichung der Gesellschafterliste sind nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG grundsätzlich die Geschäftsführer zuständig. Die Zuständigkeit der Geschäftsführer entfällt nur dann, wenn ein Notar an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat. In diesem Fall ist der Notar verpflichtet, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Die Regelung in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG geht davon aus, dass alternativ die Geschäftsführer oder ein Notar zur Erstellung der Liste verpflichtet sind; ein Nebeneinander von Zuständigkeiten ist nicht gewollt. Das zeigt auch die Wortwahl "anstelle der Geschäftsführer" in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Diese Formulierung soll entsprechend der Erläuterung in der Gesetzesbegründung klarstellen, "dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt." (BT-Drs. 16/6140 S. 44). Soweit ein Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Erstellung der Liste verpflichtet ist, verdrängt seine

Zuständigkeit die der Geschäftsführer; § 40 Abs. 2 Satz 1 ersetzt die Person des Verpflichteten (vgl. OLG München NZG 2009, 797; OLG München NZG 2010, 1231; OLG Hamm NZG 2010, 475).

b) Die Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung der Liste trifft jedoch nur einen inländischen Notar, denn der deutsche Gesetzgeber kann einem ausländischen Notar keine gesetzlichen Verpflichtungen auferlegen. Das stellt auch die Beschwerde nicht in Abrede. Wird also ein ausländischer Notar tätig, bleibt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung der Liste gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG bestehen. Es widerspricht der Konzeption des § 40 GmbHG, wenn ein ausländischer Notar zwar nicht verpflichtet, aber neben den Geschäftsführern berechtigt sein soll, denn die gesetzliche Regelung geht von einer alleinigen Zuständigkeit entweder der Geschäftsführer oder des an deren Stelle verpflichteten Notars aus (ebenso Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG 18. Aufl. 2012 § 40 Rn. 27; Baumbach/ Hueck/Zöllner/Noack GmbHG 20. Aufl. 2013 § 40 Rn. 69; Roth/Altmeppen GmbHG 7. Aufl. 2012 § 40 Rn. 18; MünchKomm GmbHG 2012 § 40 Rn. 225; Olk NZG 2011, 381/383; Bayer GmbHG 2011, 981/982; Süß DNotZ 2011, 414/422; Wicke DB 2011, 1037/1041; Hasselmann ZIP 2010, 2486/2490; a. A. OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370/1372; Mayer DNotZ 2008, 403/411; Vossius DB 2007, 2299/2304; Schneider GmbHG 2009, 393/396).

2. Die in der Beschwerdebegründung angeführten Gesichtspunkte führen nicht zu einer anderen Beurteilung. Bei der Verpflichtung aus § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. handelt es sich nach allgemeiner Meinung um eine dem Notar obliegende Amtspflicht (vgl. BGH NJW 2011, 1809/1810 m.w.N.; OLG Jena ZIP 2010, 1795). Diese geht - anders als die Beschwerde meint - weit über das hinaus, was nach der früher geltenden Regelung Aufgabe des Notar war: Nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a.F. war der Notar lediglich verpflichtet, die Abtretung unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen, wenn er einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils beurkundet hatte. Die Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste lag hingegen in allen Fällen ausschließlich bei den Geschäftsführern (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F.). Diese als unbefriedigend empfundene Regelung sollte durch die Neufassung des § 40 GmbHG geändert werden (vgl. BT-Drs. 16/6140 S. 44). Es verbietet sich deshalb, die Abtretungsanzeige nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a.F. mit der Gesellschafterliste gleichzustellen. Auf die Erwägungen der Beschwerde zur Ausgestaltung der Gesellschafterliste durch den Gesetzgeber und zur Haftung des deutschen bzw. Baseler Notars kommt es angesichts der im Gesetz vorgesehenen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Geschäftsführern und (inländischem) Notar nicht an.

III.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts, denn das Oberlandesgericht Düsseldorf (NJW 2011,1370/1372) bejaht die Befugnis eines schweizer Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Rechtsbeschwerde nach §§ 70 ff. FamFG statthaft.
Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von 1 Monat beim

Bundesgerichtshof
Herrenstraße 45a
6133 Karlsruhe

einzulegen.

Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses. Die Rechtsbeschwerde wird durch Einreichen einer Rechtsbeschwerdeschrift eingelegt. Die Rechtsbeschwerdeschrift muss die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt wird.

Die Beteiligten müssen sich durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, der die Rechtsbeschwerdeschrift zu unterzeichnen hat.

Die Rechtsbeschwerde ist, sofern die Rechtsbeschwerdeschrift keine Begründung enthält, binnen einer Frist von einem Monat zu begründen. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses.

Mit der Rechtsbeschwerde soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Beschlusses vorgelegt werden.

gez.

Dr. Stackmann
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Gierl
Richter
am Oberlandesgericht

Förth
Richterin
am Oberlandesgericht