

Anmerkung zu LG Dresden, Beschluss vom 08.04.2009, 42 HK T 10/09

von Dr. Nina Leonard, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partnerin, v. Boettcher Hasse Lohmann, München

A. Problemstellung

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (kurz: „MoMiG“) am 01.11.2008 hat die bislang in der Praxis häufig vernachlässigte Gesellschafterliste eine erhebliche Aufwertung erhalten. Dies betrifft nicht nur die Aufwertung zum Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen (vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG), sondern die Gesellschafterliste begründet auch die unwiderrufliche Vermutung gegenüber der Gesellschaft, dass die in der Liste eingetragene Person Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils ist (vgl. § 16 Abs. 1 GmbHG), und ist Anknüpfungspunkt einer Haftung für rückständige Einlagen (vgl. § 16 Abs. 2 GmbHG).

Erheblich aufgewertet wurde des Weiteren die Rolle des Notars bei Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste. Hat ein Notar an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt, so hat dieser – an Stelle des Geschäftsführers – die geänderte Gesellschafterliste zu unterschreiben, die Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Gesellschafterliste an die Gesellschafter zu übermitteln (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Zudem muss die von dem Notar erstellte Gesellschafterliste mit einer Bescheinigung versehen werden, 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 Satz 2 GmbHG).

4

Erfordernis der Unterschrift unter Gesellschafterliste durch Notar gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Hat der Notar eine Gesellschafterliste nicht gesondert unterschrieben, seine unterschriebene Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG allerdings dergestalt mit der Gesellschafterliste verbunden, dass sie der Gesellschafterliste unmittelbar nachfolgt, ist dem Unterschriftserfordernis unter der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG genügt.

Diese gesetzlichen Handlungsanweisungen an den Notar haben den Gerichten bereits wiederholt Anlass gegeben, sich mit den Anforderungen an Gesellschafterliste und Notarbescheinigung auseinanderzusetzen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das LG Dresden hatte über die Beschwerde eines Notars gegen die Verfügung eines Registergerichts, wonach die von dem Notar eingereichte

Gesellschafterliste nicht akzeptiert und der Notar aufgefordert wurde, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, zu entscheiden.

Der Notar hatte an dem Verkauf und der Abtretung eines Geschäftsanteils an einer GmbH mitgewirkt. Er erstellte daraufhin eine neue Gesellschafterliste, die diese Veränderung widerspiegelte. Unmittelbar unter diese Liste setzte der Notar die Bescheinigung, dass „die geänderten Eintragungen der Veränderungen“ aufgrund des von ihm beurkundeten Geschäftsanteilsverkauf- und Geschäftsanteilsübertragungsvertrags „entsprechen und der übrige Inhalt der Liste mit dem Inhalt der zuletzt beim Handelsregister eingereichten Liste übereinstimmt“. Die Bescheinigung versah der Notar mit dem Datum. Hierunter setzte er dann seine Unterschrift und sein Siegel. Dem folgte eine Seite mit dem Vermerk, wonach der Notar die Übereinstimmung der in der Datei enthaltenen Bilddaten (Abschrift) mit dem ihm vorliegenden Papierdokument (Urschrift) beglaubigte. Diese Unterlagen reichte der Notar beim Handelsregister elektronisch und mit seiner Signatur versehen ein. Daraufhin wurde die Verfügung mit der Begründung erlassen, dass die eingereichte Gesellschafterliste nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspräche. Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG müsse die Gesellschafterliste von dem Notar unterschrieben werden. Die Unterschrift unter der Bescheinigung, die unstrittig vorlag, ersetze nicht die Unterschrift unter der Gesellschafterliste.

Der Notar blieb jedoch bei seiner Auffassung, dass eine Unterschrift unter der Bescheinigung auch die Gesellschafterliste mitumfasst. § 40 Abs. 2 GmbHG verlange – so der Notar – nicht, dass er zwei Mal unterschreiben müsse, zum einen unter der Gesellschafterliste und zum anderen unter der Bescheinigung. Der Notar legte gegen die Verfügung Beschwerde ein.

Das LG Dresden kommt zu dem Ergebnis, dass die Beschwerde des Notars sowohl zulässig als auch begründet ist.

Es stellt zunächst klar, dass dem Notar eine diesen belastende Verpflichtung auferlegt worden ist, so dass auch der Notar selbst Beschwerde im eigenen Namen einlegen konnte.

Das LG Dresden befasst sich im Weiteren mit den Anforderungen an die Gesellschafterliste,

wenn diese gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG von dem Notar zu erstellen und einzureichen ist.

Es lässt dabei offen, inwieweit das Registergericht eine formale Prüfungskompetenz hat und eine Plausibilitätskontrolle vornehmen kann. Das LG Dresden hält das Registergericht jedenfalls für berechtigt, offenbare Unrichtigkeiten der eingereichten Gesellschafterliste zu beanstanden. Es sei nicht mit dem Verkehrsschutz vereinbar, wenn das Registergericht wissentlich unrichtige Gesellschafterlisten in das Handelsregister aufnehmen müsse.

In der Sache folgt das LG Dresden der Argumentation des Notars: Zwar verlange der Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, dass die Gesellschafterliste von dem Notar unterschrieben werden müsse. Hintergrund dieses Erfordernisses sei, dass die Gesellschafterliste Rechtscheinträger sei und deshalb in jedem Fall authentisch sein, also vom Berechtigten stammen müsse. Hierfür stehe die Unterschrift des Notars i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ein. Eine gesonderte Unterschrift neben der Unterschrift unter der Bescheinigung sei indes nicht zu verlangen. Es genüge vielmehr eine einzige Unterschrift des Notars unter Gesellschafterliste und Bescheinigung, wenn die Bescheinigung des Notars dergestalt mit der Gesellschafterliste verbunden ist, dass sie der Gesellschafterliste unmittelbar nachfolgt. In diesem Fall decke nämlich die Unterschrift des Notars sowohl die Gesellschafterliste als auch die Bescheinigung ab, weil sie Gesellschafterliste und Bescheinigung räumlich abschließt. Zweifel, dass die Gesellschafterliste von dem Notar, der die Bescheinigung unterzeichnet hat, erstellt und eingereicht wurde, seien in einem solchen Fall nicht ersichtlich. Damit sei auch dem Sinn und Zweck des Unterschriftserfordernisses unter der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG genügt.

C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des LG Dresden steht im Kontext verschiedener Entscheidungen, die sich mit der von dem Notar zu erstellenden und einzureichenden Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG befassen.

Eine Verpflichtung zur Erstellung der Gesellschafterliste, zur Unterschrift und zu einer Bescheinigung trifft gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG den Notar, wenn dieser an Veränderungen in den

Personen der Gesellschaft oder des Umfanges ihrer Beteiligung mitgewirkt hat (z.B. im Falle von Abtretungen von Geschäftsanteilen und Kapitalerhöhungen). Dies ist in der Praxis der Regelfall. In allen anderen Fällen bleibt es bei der Zuständigkeit der Geschäftsführer (vgl. § 40 Abs. 1 GmbHG; zu den Pflichten und der Haftung der Geschäftsführer bei Verstoß gegen § 40 Abs. 1 GmbH siehe nur Mayer, ZIP 2009, 1037; Hasselmann, NZG 2009, 486 sowie Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 40 Rn. 18).

Da es sich bei der Pflicht zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbH um eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht handelt, die nur deutsche Notare trifft, sind ausländische Notare jedenfalls nicht verpflichtet, die Gesellschafterliste zu erstellen und einzureichen (streitig; siehe auch LG Frankfurt, Ur. v. 07.10.2009 - 3-13 O 46/09 - BB 2009, 2500; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 40 Rn. 14; Mayer, ZIP 2009, 1037; a.A.; Ulrich/Böhle, GmbHR 2007, 566). Bei Beurkundungen von Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland ist somit der Geschäftsführer zur Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, sofern eine Beurkundung im Ausland nach Inkrafttreten des MoMiG überhaupt noch möglich ist (siehe hierzu LG Frankfurt, Ur. v. 07.10.2009 - 3-13 O 46/09 - BB 2009, 2500 sowie Krause, BB 2009, 2501).

Gerade die Anforderungen an die durch den Notar zu erstellende Gesellschafterliste und die Notarbescheinigung haben eine Lawine von Beiträgen und Urteilen ausgelöst. Es würde den Umfang dieses Beitrags sprengen, hierauf im Einzelnen einzugehen. Es sei aber auf Folgendes hingewiesen:

Das LG München I scheint – anders als vorliegend das LG Dresden – eine Unterschrift (nur) unter die Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht für ausreichend zu halten (vgl. LG München I, Beschl. v. 19.02.2009 - 17 HK T 1876/09 - BB 2009, 1774). Es folgte in der vorgenannten Entscheidung der Auffassung des Notars, dass es ausreiche, wenn eine Unterschrift des Notars vorhanden sei, nicht.

Der von dem LG München I entschiedene Fall war indes insoweit anders gelagert, als die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer unterschrieben und der Bescheinigung beigelegt war. In diesem Fall wäre möglicherweise auch

das LG Dresden nicht zu der Auffassung gelangt, dass den Anforderungen an die Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG genügt worden ist, weil – anders als in von dem LG Dresden vorliegend entschiedenen Fall – die Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer unterschrieben und diese dann der Notarbescheinigung beigelegt worden war. Die Unterschrift des Notars unter der Bescheinigung konnte deshalb nicht als Unterschrift der Gesellschafterliste, die der Bescheinigung nämlich nachfolgte, gewertet werden (hierzu auch Wachter, BB 2009, 1775).

Wachter weist insoweit zu Recht darauf hin, dass der Notar im Falle des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG „anstelle des Geschäftsführers“ zuständig und eine Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer in diesem Fall weder erforderlich noch ausreichend ist (Wachter, BB 2009, 1775). Er sieht es im Übrigen – wie vorliegend auch das LG Dresden – als reine Förmerei und im Regelfall nicht für erforderlich an, dass der Notar zwei Unterschriften leistet, nämlich eine unter der Gesellschafterliste und eine weitere Unterschrift unter der Bescheinigung (so auch Gottschalk, NZG 2009, 896 sowie Hasselmann, NZG 2009, 486).

Das OLG München hält ebenfalls zwei Unterschriften des Notars nicht für erforderlich, wenn der Notar die Bescheinigung unterschrieben hat und diese Unterschrift unter der einheitlichen Urkunde, die Liste und Bescheinigung enthält, hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Liste von dem Notar erstellt wurde (so OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 - 31 Wx 38/09 - DB 2009, 1395). Der Fall liege allerdings anders, wenn der Notar eine von dem Geschäftsführer unterschriebene Liste mit einer auf einem gesonderten Blatt abgefassten Bescheinigung eingereicht habe. Bei dieser Gestaltung werde nicht hinreichend deutlich, dass sich die unter der Bescheinigung angebrachte Unterschrift des Notars auch auf die Gesellschafterliste beziehen soll, die bereits die Unterschrift des Geschäftsführers trägt.

Das OLG München hatte sich überdies damit zu befassen, welche Anforderungen an die Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu stellen sind (OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 - 31 Wx 38/09 - DB 2009, 1395).

Die Bescheinigung ist danach selbst dann zu erteilen, wenn die im Handelsregister vorhandene

Gesellschafterliste nicht den Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, weil sie vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurde. Der Notar habe stets von der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste auszugehen. Eine Prüfungspflicht, ob diese Gesellschafterliste inhaltlich zutreffend ist, treffe ihn indes nicht. Er habe insbesondere die vorhandene Gesellschafterliste nicht inhaltlich auf rechtliche Wirksamkeit hin zu überprüfen.

Hier von ausgehend habe der Notar stets gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG u.a. zu bescheinigen, dass die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste übereinstimmen.

Hat der Notar an einer aufschiebend bedingten Geschäftsanteilsabtretung mitgewirkt, hat er nach Auffassung des OLG München eine neue Gesellschafterliste erst einzureichen, wenn die aufschiebende Bedingung eingetreten ist; ihn treffe insoweit eine Überwachungspflicht (OLG München, Beschl. v. 08.09.2009 - 31 Wx 082/09 - DB 2009, 2142). Das Registergericht sei deshalb nicht verpflichtet, eine Gesellschafterliste aufzunehmen, die keine (bereits wirksame) Veränderung hinsichtlich der Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweisen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Angesichts der Aufwertung der Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und der Legitimationswirkung eines Eintrags in der Gesellschafterliste sind die gesetzlichen Vorgaben des § 40 Abs. 2 GmbHG ernst zu nehmen. Nimmt ein Registergericht eine Gesellschafterliste nicht im Handelsregister auf, weil der Notar den gesetzlichen Vorgaben des § 40 Abs. 2 GmbHG nicht Rechnung getragen hat, kann dies weitreichende Folgen haben (siehe zur Haftung des Notars Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 40 Rn. 19, sowie Hasselmann, NZG 2009, 486).

Auch wenn das LG Dresden in der vorliegenden Entscheidung zwei Unterschriften, nämlich sowohl unter der Gesellschafterliste als auch unter der Bescheinigung, als reine Förmerei angesehen und daher für nicht erforderlich gehalten hat, kann dies noch nicht als gesicherte Rechtsprechung gelten. Rein vorsorglich sollte der No-

tar sowohl die Gesellschafterliste als auch die Bescheinigung unterschreiben.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Zutreffend hat das LG Dresden in der vorliegenden Entscheidung den Prüfungsrahmen festgelegt (siehe hierzu auch OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 - 31 Wx 38/09 - DB 2009, 1395; OLG München, Beschl. v. 08.09.2009 - 31 Wx 082/09 - DB 2009, 2142; Wachter, BB 2009, 1775; Gottschalk, NZG 2009, 896 sowie Mayer, ZIP 2009, 1037):

1. Das Registergericht hat ein nur beschränktes Prüfungsrecht. Eine inhaltliche, materielle Überprüfung der Gesellschafterliste obliegt dem Registergericht nicht.
2. Es hat allerdings zu prüfen, ob die für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Voraussetzungen eingehalten wurden.
3. Ausnahmsweise kann das Registergericht die Gesellschafterliste zurückweisen, wenn die enthaltenen Angaben offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen.