

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 6w256_10
letzte Aktualisierung: 20.09.2010

Thüringer OLG, 28.07.2010 - **6 W 256/10**

GmbHG §§ 40 Abs. 2, 55, 54 Abs. 3

**Unterzeichnung der aktualisierten Gesellschafterliste samt Notarbescheinigung bereits vor
Wirksamwerden der Kapitalerhöhung möglich**

HRB 504187
(Amtsgericht Jena)



THÜRINGER OBERLANDESGERICHT

Beschluss

In der Handelsregistersache

... GmbH, Sitz in ...

hier: Aufnahme einer Gesellschafterliste in das Handelsregister

Beteiligter: Notar ...

- Beschwerdeführer -

hat der 6. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch

Präsidenten des Oberlandesgerichts Kaufmann,
Richter am Oberlandesgericht Jahn und
Richterin am Oberlandesgericht Lossin-Weimer

am 28.7.2010

b e s c h l o s s e n :

Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 11.6.2010 wird der Beschluss des Amtsgerichts - Registergerichts - Jena vom 27.5.2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur weiteren Behandlung der zur Aufnahme in das Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste vom 18.2.2010 (UR-Nr. 357-M-2010) - unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Senates - an das Amtsgericht Jena zurückverwiesen.

G r ü n d e :

I.

Der Beschwerdeführer reichte am 6.5.2010 zum Handelsregister des Amtsgerichts - Registergerichts - Jena eine notarbescheinigte Gesellschafterliste zur Aufnahme in den Registerordner des Registerblatts der beteiligten Gesellschaft ein. In der am 18.2.2010 erstellten

und mit einer Notarbescheinigung i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehenen Liste ist das Stammkapital der einzigen Gesellschafterin entsprechend dem Kapitalerhöhungsbeschluss vom 18.2.2010 angegeben. Die Kapitalerhöhung ist am 28.4.2010 in das Handelsregister eingetragen worden.

Mit Schreiben vom 18.5.2010 wies das Registergericht darauf hin, die Liste könne nicht aufgenommen werden, weil die Notarbescheinigung vor dem Wirksamwerden der Kapitalerhöhung erteilt worden sei. Nachdem der beschwerdeführende Notar es abgelehnt hatte, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, wies das Amtsgericht den Antrag auf Aufnahme der Liste in den Registerordner mit Beschluss vom 27.5.2010 zurück. Hiergegen legte der Notar am 14.6.2010 Beschwerde ein und begründete diese im Wesentlichen damit, die beanstandete Gesellschafterliste entspreche sachlich dem Stand am Tag der Einreichung zum Handelsregister. Zwar sei der an einer Veränderung mitwirkende Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG verpflichtet, die geänderte Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einzureichen, wenn er sich von der Wirksamkeit der Änderungen sicher überzeugt habe. Dieser maßgebliche Zeitpunkt betreffe aber ausschließlich die Frage der Einreichung und nicht den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Gesellschafterliste.

Das Registergericht hat der Beschwerde unter Aufrechterhaltung seines Rechtsstandpunktes nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

II.

1. Die Beschwerde ist statthaft (§§ 382 Abs. 3, 58 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (vgl. §§ 63, 64 FamFG); insbesondere ist der beschwerdeführende Notar beschwerdeberechtigt (§ 59 Abs. 1 FamFG). Da es sich bei der Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste um eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht des an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitwirkenden Notars handelt, ist dieser durch den Beschluss des Registergerichts in eigenen

Rechten betroffen (vgl. Senatsbeschluss vom 22.3.2010, Az. 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598 - 599 m.w.N.).

Das Thüringer Oberlandesgericht ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG i.V.m. §§ 11 Abs. 1 RPflG, 374 Nr. 1 FamFG zuständig.

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

Das Amtsgericht - Registergericht - Jena hat die von dem beschwerdeführenden Notar eingereichte Gesellschafterliste zu Unrecht unter Hinweis auf den Zeitpunkt der Erstellung und Unterzeichnung der Liste sowie der Notarbescheinigung zurückgewiesen.

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG muss der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitwirkende Notar unverzüglich nach dem Wirksamwerden der Veränderungen die geänderte Gesellschafterliste unterschreiben, zum Handelsregister einreichen und eine Abschrift an die Gesellschaft übermitteln. Folgt man allein dem Wortlaut der Vorschrift, dürfte der eine Kapitalerhöhung beurkundende Notar die geänderte Gesellschafterliste erst nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG) unterzeichnen und einreichen. Das Registergericht wäre demnach gehalten, eine bereits vor Wirksamkeit der Veränderungen unterzeichnete und mit einer Notarbescheinigung versehene Gesellschafterliste als nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechend zurückzuweisen und zwar auch dann, wenn diese - wie vorliegend - erst nach Eintritt der Veränderungen zum Handelsregister eingereicht wird.

Die am Gesetzeszweck orientierte teleologische Interpretation (vgl. dazu BGHZ 79, 263, 265; BGHZ 87, 381, 383) der Vorschrift lässt es jedoch geboten erscheinen, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG dahin auszulegen, dass der an Veränderungen mitwirkende Notar die aktuelle Gesellschafterliste bereits vor dem Wirksamwerden der Veränderungen erstellen, unterschreiben und mit einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehen kann. Ziel der Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG war es, den Notar verstärkt in die Aktualisierung

der Gesellschafterliste einzubeziehen und zugleich das Verfahren zur Änderung der Gesellschafterliste einfach und unbürokratisch zu gestalten. Dem Gesetzgeber erschien es deshalb sinnvoll, dass der z.B. an einer Abtretung eines Gesellschaftsanteils mitwirkende Notar im Interesse aller Beteiligten mit der Abtretung zugleich auch die Folgeformalien mit erledigt (vgl. Gesetzentwurf des Bundesregierung, BT-Drucksache 16/6140, S. 44).

Dem Sinn und Zweck des Gesetzes wird nur eine Auslegung der Vorschrift gerecht, die den Notar zwar verpflichtet, die aktualisierte Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderungen einzureichen, ihm aber zugleich zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe die Möglichkeit belässt, die neue Gesellschafterliste bereits mit Beurkundung der Veränderungen zu erstellen, zu unterschreiben und mit der Notarbescheinigung i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen.

Einem derartigen Verständnis des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG kann auch nicht entgegengehalten werden, die Notarbescheinigung sei im Zeitpunkt ihrer Erstellung falsch. Der Notar bescheinigt ungeachtet seiner in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Ausdruck kommenden Verantwortung für die Prüfung, ob die beurkundeten Veränderungen auch eingetreten sind (vgl. nur Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl., 2007, § 40, Rn. 36 ff) mit der Notarbescheinigung i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur, dass die geänderten Eintragungen in der Gesellschafterliste den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, nicht aber, dass diese Veränderungen auch wirksam sind (vgl. Wachter, ZIP 2008, 378, 392; Preuss in Armbrüster/Preuss/Renner, BeurkG, DONot, 5. Aufl., 2009, § 53 BeurkG, Rn. 42). Legitimations- und Rechtsscheinsgrundlage ist dementsprechend nur die in das Handelsregister aufgenommen Gesellschafterliste und nicht die Notarbescheinigung i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG (vgl. § 16 Abs. 1 und 3 GmbHG - so auch Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 40, Rn. 65; Wachter in Bork, GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 40, Rn. 51; OLG Celle, Beschluss vom 25.6.2010, Az. 2 W 161/10, juris, Rn. 9).

Wegen seiner Prüfungsverantwortung darf der Notar nach wohl überwiegender Ansicht die aktualisierte Gesellschafterliste erst zum Handelsregister einreichen, wenn er sich vom Eintritt der Veränderungen sicher überzeugt hat (vgl. Scholz/Schneider, a.a.O., § 40, Rn. 39; Bayer in Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl., 2009, § 40, Rn. 38; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, a.a.O., § 40, Rn. 54; Wachter in Bork, a.a.O., § 40, Rn. 19; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1046 ff; Wachter, ZNotP 2008, 378, 388; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452; weitergehend Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., 2010, Rn. 1051a, Link, RNotZ 2009, 193, 207f; Hasselmann, NZG 2009,

468, 491; Herrler DNotZ 2008, 903, 910 - die in einfach gelagerten Fällen wie der Kapitalerhöhung eine Einreichung der geänderten Liste vor Wirksamwerden der Änderungen zulassen wollen). Er ist aber nicht gehindert, die aktualisierte Liste schon zeitlich vorher entsprechend der von ihm beurkundeten Veränderungen zu erstellen und mit der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen. Reicht er die geänderte Liste erst nach Wirksamwerden der Veränderungen zum Handelsregister ein und entspricht diese inhaltlich dem Sachstand am Tag der Einreichung (vgl. dazu Bayer in Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 40 Rn. 13 m.w.N.), ist die Liste - ungeachtet des Zeitpunktes ihrer Erstellung - in den Registerordner aufzunehmen. Das Registergericht wird den Zeitpunkt der Änderung der Gesellschafterliste nur dann zum Anlass nehmen können, die Gesellschafterliste zu beanstanden, wenn in der Zeit zwischen Erstellung der notarbescheinigten Gesellschafterliste (hier am 18.2.2010) und deren Einreichung zum Handelsregister (hier am 6.5.2010) eine weitere Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen wurde und deshalb die nunmehr eingereichte, geänderte Gesellschafterliste für das Registergericht erkennbar nicht an den Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste i.S.d. § 40 Abs. 2 GmbHG anschließt. Knüpft demgegenüber die vor Wirksamwerden der Veränderungen erstellte und mit dem Notarvermerk nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehene Gesellschafterliste an der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste an - wie dies vorliegend für das Registergericht erkennbar der Fall ist - ist es nach Sinn und Zweck der Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG nicht gerechtfertigt, die Liste allein deshalb als sachlich unzutreffend zurückzuweisen, weil der Notar sie vor Wirksamwerden der Veränderungen erstellt, mit der Notarbescheinigung versehen und unterschrieben hat (vgl. Krafka/Willner/Kühn, a.a.O., Rn. 1051a; Link, RNotZ 2009, 193, 207f; Hasselmann, NZG 2009, 468, 491; Herrler DNotZ 2008, 903, 910 je m.w.N., die im Fall einer Kapitalerhöhung aus Praktikabilitätsgründen sogar zulassen wollen, dass der Notar die geänderte Liste unter Hinweis auf die erst wirksam werdende Kapitalerhöhung bereits mit deren Eintragungsunterlagen einreichen kann).

Eine Entscheidung über die Kosten ist nicht veranlasst (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG; Hüßtege in Thomas/Putzo, 30. Aufl., 2009, § 81 FamFG, Rn. 2).

Kaufmann
Weimer

Jahn

Lossin-