

Rechtsprechung

GmbHG §§ 15 Abs. 3, 16, 40

Einreichung einer Gesellschafterliste durch ausländischen Notar; Wirksamkeit der Beurkundung durch Notar mit Sitz in Basel/Schweiz

a) Das Registergericht darf eine zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nicht schon deshalb zurückweisen, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eingereicht worden ist.

b) Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist (Fortführung von BGH, Beschluss vom 16. Februar 1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76).

BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13

Problem

Der BGH hatte im Rechtsbeschwerdeverfahren die sehr streitige Frage zu entscheiden, ob ein ausländischer Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eine Gesellschafterliste erstellen und zum Handelsregister einreichen kann, wenn er durch Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung an der Veränderung i. S. d. § 40 GmbHG mitgewirkt hat. In

diesem Zusammenhang prüfte der BGH auch, ob es nach dem MoMiG von vornherein ausgeschlossen ist, dass der Baseler Notar durch seine Beurkundung eine materiell-rechtlich wirksame Veränderung herbeiführt.

Entscheidung

Zunächst stellte der BGH fest, dass das **Registergericht** die Gesellschafterliste lediglich entgegennimmt und verwahrt, **ohne eine inhaltliche Prüfungspflicht** zu haben. Dies ergebe sich bereits aus der Regierungsbegründung, in der ausgeführt sei, dass die **Gesellschafterliste privat geführt** werde und das Handelsregister eine die Liste inhaltlich nicht prüfende, sondern lediglich entgegennehmende, verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle sei (BT-Drucks. 16/6140, S. 38, 44). Eine inhaltliche Prüfungspflicht sei zudem mit den durch das MoMiG eingeführten **Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste** nicht zu vereinbaren. Wegen der an die Liste geknüpften Ausübung der Mitgliedschaftsrechte (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und der Gefahr des gutgläubigen Erwerbs bei unrichtigem Listeninhalt (§ 16 Abs. 3 GmbHG) sei die aktuelle Gesellschafterliste nach ihrer Einreichung **zügig in das Handelsregister aufzunehmen**. Das Registergericht dürfe lediglich prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspreche.

Nach diesen Maßstäben habe das Registergericht die **Grenzen seines** auf die formalen Anforderungen des § 40 GmbHG beschränkten **Prüfungsrechts überschritten** und die vom Baseler Notar eingereichte Gesellschafterliste zu Unrecht zurückgewiesen. Denn das formale Prüfungsrecht des Registergerichts sei insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob es sich bei der Person, die eine geänderte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einreiche, um **eine der in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG genannten Personen** handle, d. h. um einen Geschäftsführer der Gesellschaft oder einen Notar, der an denjenigen Veränderungen mitgewirkt habe, denen die geänderten Eintragungen entsprächen. Sei dies offensichtlich nicht der Fall, weil die Liste von einem Dritten eingereicht worden sei, könne das Registergericht die Liste zurückweisen. Durch die **Prüfung der formalen Einreichungszuständigkeit** lasse sich verhindern, dass in das Handelsregister Listen aufgenommen würden, die von offensichtlich Unbefugten eingereicht seien.

Die **Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung** prüfte der BGH nur daraufhin, ob ein Notar mit Sitz im Ausland oder jedenfalls mit Sitz in Basel/Schweiz unter keinen Umständen zur Listeneinreichung berechtigt und deshalb als Dritter im vorstehenden Sinne anzusehen ist, dessen fehlende Berechtigung das Registergericht ohne Weiteres feststellen kann. Jedoch soll ein im Ausland ansässiger Notar zur Einreichung berechtigt sein, wenn seine **Beurkundung der deutschen Beurkundung gleichwertig** und deshalb im Inland wirksam ist. Die **Einreichungskompetenz** des ausländischen Notars ergebe sich dann als **Annex aus seiner Beurkundungskompetenz**. Die Gefahr, dass Geschäftsführer und ausländischer Notar divergierende Gesellschafterlisten einreichen, stehe nicht entgegen, denn solche Listen gäben den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer Anlass, die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu prüfen und ggf. eine Korrektur in die Wege zu leiten.

Eine **Zurückweisung der Liste** durch das Registergericht komme wegen des eingeschränkten Prüfungsrechts

allenfalls dann in Betracht, **wenn** die vom ausländischen Urkundsnotar eingereichte Liste offensichtlich unrichtig, die **Auslandsbeurkundung** also **offensichtlich nicht gleichwertig** sei. Für offenkundig ungleichwertig hält der II. Zivilsenat die Beurkundung durch einen Notar mit Sitz in Basel/Schweiz auch nach Inkrafttreten des MoMiG indes nicht. Schon **vor Inkrafttreten des MoMiG** sei anerkannt gewesen, dass der ausländische Notar eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung vornehmen könne, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig sei (BGHZ 80, 76, 78 f. = DNotZ 1981, 451; NJW-RR 1989, 1259, 1261). **Gleichwertigkeit** sei zu bejahen, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübe und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten habe, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche. Daran **soll** es nach Auffassung des Senats **selbst dann nicht fehlen, wenn der ausländische Notar keine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts besitzt**. Zwar werde die Auslandsbeurkundung der in § 17 Abs. 1 BeurkG vorgesehenen **Prüfungs- und Belehrungsfunktion** u. U. nicht gerecht. Diese sei jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung, sondern **verzichtbar (!)**. Ein entsprechender Verzicht sei anzunehmen, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchten, von dem sie regelmäßig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein nicht erwarten könnten.

Dies habe sich **durch Inkrafttreten des MoMiG nicht geändert**. Weder die Regierungsbegründung, wonach Lücken bei der Auslandsbeurkundung geschlossen werden sollten, noch die – anders als bei § 40 Abs. 2 GmbHG – ausdrückliche Nennung des ausländischen Notars in § 8 Abs. 3 GmbHG ließ der BGH als Argument gegen die Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung oder die Listeneinreichung durch den ausländischen Notar gelten. Anders als in seinem Urteil vom gleichen Tag zur Listenkorrektur durch den Geschäftsführer (DNotI-Report 2014, 22) führt der BGH nur noch aus, dass die **verstärkte Einbeziehung des Notars** in die Aktualisierung der Gesellschafterliste in den Gesetzesmaterialien **mit verfahrensökonomischen Erwägungen begründet** werde, nicht mit einer höheren Richtigkeitsgewähr. Die Publizitätswirkung des § 16 GmbHG trete auch dann ein, wenn der Geschäftsführer, der oftmals juristischer Laie sei, die Gesellschafterliste nach Veränderungen im Gesellschafterbestand erstelle.

Sodann griff der BGH nochmals die Frage eines begrenzten inhaltlichen Prüfungsrechts des Registergerichts auf, wenn es sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit einer Gesellschafterliste hat. Der BGH meinte zwar nicht entscheiden zu müssen, ob dem Registergericht ein so weitgehendes Prüfungsrecht eingeräumt ist. Abschließend hat er aber doch wieder eine **Tür zur inhaltlichen Überprüfung** und damit zur verzögerten Aufnahme der Gesellschafterliste **geöffnet**: Eine offensichtliche Unrichtigkeit der Gesellschafterliste durch die Auslandsbeurkundung soll nämlich „allenfalls“ dann möglich sein, **wenn für das Registergericht ohne Weiteres feststeht, dass** „der beurkundende ausländische Notar“ **nicht gleichwertig** ist. Gerade diese Frage kann im Einzelfall allerdings hoch umstritten sein; dies belegt etwa die zitierte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1989 (NJW-RR 1989, 1259), die entgegen der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur die Gleichwertigkeit für alle Schweizer Notare bejaht hatte, obwohl die Anforderungen

an die Bestellung zum Notar und damit die Stellung des Notars in den einzelnen Kantonen ganz erheblich differieren. Wegen des beschränkten inhaltlichen Prüfungsrechts des Registergerichts **konnte der BGH** vorliegend aber **offenlassen, ob die Beurkundung durch einen Notar mit Sitz in Basel/Schweiz** der deutschen Beurkundung **gleichwertig** und damit wirksam ist. Diese Frage lässt sich somit nicht im Registerverfahren klären, sondern bleibt einem streitigen Verfahren vorbehalten.
