

Verfahrensgang

AG Berlin-Charlottenburg, Zwischenverf. vom 09.12.2021 – 82 HRB 192374

KG, Beschl. vom 03.03.2022 – 22 W 92/21, [IPRspr 2022-2](#)

Rechtsgebiete

Allgemeine Lehren → Anpassung, Substitution, Transposition

Rechtsgeschäft und Verjährung → Form

Leitsatz

Eine der nach deutschem Recht erfolgten Unterschriftsbeglaubigung gleichwertige Beurkundung liegt dann nicht vor, wenn der ausländische Notar lediglich ihm vorgelegte Unterschriften mit anderen Unterschriften vergleicht, die ihm schon vorlagen. [LS von der Redaktion neu gefasst]

Rechtsnormen

BeurkG § 40

BGB § 167

EGBGB Art. 11

GmbHG § 9c; GmbHG § 40; GmbHG § 54; GmbHG § 55; GmbHG § 57; GmbHG § 57a

Sachverhalt

Die Beteiligte, eine GmbH, ist seit dem 27.12.2017 in das Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg, Abteilung B, eingetragen. Mit einer notariell beglaubigten elektronischen Erklärung vom 21.10.2021 meldete der einzige Geschäftsführer der Gesellschaft unter Beifügung einer notariellen Urkunde vom 21.10.2021 über eine entsprechende Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung die Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft gegen Bareinlagen und die Änderung des Gesellschaftsvertrages an. Weiter waren der Anmeldung eine Satzungsneufassung mit der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG und Erklärungen über die Genehmigung der Beschlussfassung und der Übernahmeerklärungen beigelegt. Der Geschäftsführer der Gesellschaft, der selbst Gesellschafter ist, war nämlich für die drei weiteren Gesellschafter als vollmachtloser Vertreter aufgetreten. Eine Genehmigungserklärung war dabei durch den Verfahrensbevollmächtigten notariell beglaubigt worden, die anderen beiden durch einen Luxemburger Notar, wobei die Urkunde mit einer Apostille versehen war. Schließlich war der Anmeldung ein Vermerk des Verfahrensbevollmächtigten beigelegt, in dem Zweifel an der Wirksamkeit der durch den Luxemburger Notar erfolgten Beglaubigung mitgeteilt werden, weil sich aus dem Beglaubigungsvermerk nicht ergibt, dass die Unterschriftsleistung vor dem Notar erfolgt oder anerkannt worden ist, und ihm auf Nachfrage mitgeteilt worden sei, dass der Notar die Unterschriften lediglich mit bei ihm hinterlegten Unterschriftsproben verglichen habe.

Nachdem das Amtsgericht zunächst in einem Hinweisschreiben vom 5.12.2021 Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der Übernahmeerklärungen erhoben hatte, weil die erfolgte Beglaubigung in Luxemburg keine gleichwertige Ersetzung der nach deutschem Verfahrensrecht erforderlichen Unterschriftsbeglaubigung sei, hat es auf die Bitte des Verfahrensbevollmächtigten hin mit Schreiben vom 9.12.2021 unter Fristsetzung bis zum 14.1.2022 aufgegeben, eine notariell beglaubigte Genehmigungserklärung beizubringen. Das Schreiben wird im Eingangssatz als Zwischenverfügung bezeichnet und ist mit einer entsprechenden Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Gegen diese Auflage hat der Verfahrensbevollmächtigte mit einem Schreiben vom 10.12.2021 Beschwerde eingelegt. Dieser Beschwerde hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 13.12.2021 zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Entscheidungsgründen:

(Randnummern der IPRspr-Redaktion)

[1] II.

[2] 1. ... 2. Das Rechtsmittel hat aber keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat zu Recht das Fehlen ausreichender Übernahmeerklärungen im Rahmen einer Zwischenverfügung beanstandet.

[3] a) Eine Kapitalerhöhung wird als Satzungsänderung zwar mit ihrer Eintragung wirksam, § 54 Abs. 3 GmbHG. Die Eintragung setzt aber die Übernahme der neuen Geschäftsanteile durch Abgabe von Übernahmeerklärungen in der Form des § 55 Abs. 1 GmbHG voraus. Das Vorliegen derartiger Erklärungen ist dabei durch das Registergericht zu prüfen. Dies folgt aus § 57 Abs. 1 GmbHG, wonach die Anmeldung erst nach vollständiger Übernahme aller neuen Geschäftsanteile erfolgen darf, und § 57 Abs. 3 Nr. 1 GmbHG, wonach die entsprechenden Erklärungen mit der Anmeldung vorzulegen sind. Das Registergericht hat nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG, der nach § 57a GmbHG Anwendung findet, insoweit auch die Wirksamkeit der Erklärungen zu prüfen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 – KZR 24/15 –, juris Rn. 30; Noack/Servatius/ Haas/Servatius, GmbHG, 23. Aufl., § 57a Rn. 7; Scholz/Priester/ Tebben, GmbHG, 12. Aufl., § 57a Rn. 5; allgemein: Baumbach/Hopt/ Merkt, HGB, 40. Aufl., § 8 Rn. 8; BeckOK-HGB/Müther, Stand: 15.10.2021, § 8 Rn. 37; Münchner Kommentar zum HGB/Krafka, 5. Aufl., § 8 Rn. 71).

[4] aa) Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen ist die Anmeldung vom 21. Oktober 2021 nicht schon deshalb zu beanstanden, weil die Übernahmeerklärungen für die beiden luxemburgischen Gesellschafterinnen...durch den weiteren Gesellschafter und Geschäftsführer der Beteiligten als vollmachtloser Vertreter abgegeben worden sind ...

[5] bb) Die durch den Geschäftsführer und weiteren Gesellschafter der Beteiligten abgegebenen Übernahmeerklärungen sind aber nicht ausreichend, weil die Genehmigungserklärungen nicht der notwendigen Form nach § 55 Abs. 1 GmbHG entsprechen.

[6] (1) Sinn und Zweck des Formerfordernisses nach § 55 Abs. 1 GmbHG, das zur Beteiligung eines Notars führt, ist es, bereits im Vorfeld der Registereintragung zu gewährleisten, dass die zur Übernahme zugelassenen Personen tatsächlich Übernahmeerklärungen abgegeben haben (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 1977 – II ZR 222/75 –, juris Rn. 17; Michalski/Hermanns, GmbHG, 3. Aufl., § 55 Rn. 69; Lutter/Hommelhoff/ Bayer, GmbHG, 20. Aufl., § 55 Rn. 34). Dieser für die Übernahmeerklärung geltende Zweck kann nur vollständig durchgesetzt werden, wenn die Form auch für die Vollmacht und die diese ersetzende Genehmigungserklärung gilt (Scholz/Priester/ Tebben, GmbHG, 12. Aufl., § 55 Rn. 81; zur Vollmacht: Lutter/Hommelhoff/ Bayer, GmbHG, 20. Aufl., § 55 Rn. 34; Michalski/Hermanns, GmbHG, 3. Aufl., § 55 Rn. 69). Die Regelung des § 167 Abs. 2 BGB, die im Falle der Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters ohnehin nur entsprechend angewandt werden könnte, greift in diesem Fall nicht ein (vgl. dazu Scholz/Priester/ Tebben, GmbHG, 12. Aufl., § 55 Rn. 81).

[7] (2) Das Erfordernis der Genehmigung durch öffentlich beglaubigte Erklärungen entsprechend § 55 Abs. 1 GmbHG ist durch die mit der Anmeldung eingereichten Erklärungen vom 28. bzw. 29. Oktober 2021 nicht gewahrt.

[8] Die vorgelegten Erklärungen sind zwar durch einen Luxemburger Notar am 3. November 2021 öffentlich beglaubigt worden, indem dieser bestätigt, dass die Unterschriften der Geschäftsführer der Gesellschafterinnen echt sind. Diese Unterlagen sind auch mit einer Apostille der zuständigen Luxemburger Behörde versehen worden. Diese Beglaubigung reicht aber nicht aus. Dies beruht allerdings nicht darauf, dass sie von einem ausländischen Notar erstellt worden ist. Denn derartige Beglaubigungen sind nach Auffassung des Senats jedenfalls dann ausreichend, wenn sie dem entsprechenden Beurkundungsvorgang nach deutschem Recht gleichwertig sind (vgl. Senat, Beschluss vom 26. Juli 2018 – 22 W 2/18 ([IPRspr 2018-34](#)) –, juris Rn. 5; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28. Februar 2001 – 7 Wx 05/00 –, juris Rdn. 16; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22. Januar 1999 – 3 W 246/98 (IPRspr. 1999 Nr. 194) –, juris Rdn. 2). Eine solche Gleichwertigkeit ist hier aber zu verneinen. Dabei kann offen bleiben, ob sich dieses daraus ergibt, dass der Beglaubigungsvermerk keine Angaben

dazu enthält, wie sich die Urkundsperson Klarheit über die Echtheit der Unterschriften verschafft hat, und damit nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 3 GmbHG entspricht (vgl. dazu LG Darmstadt, Beschluss vom 29. November 2007 – 26 T 178/07 ([IPRspr 2007-240](#)) –, juris Rn. 2). Ausweislich des Vermerks des einreichenden Notars und den in diesem Zusammenhang abgegebenen Erklärungen ergibt sich nämlich jedenfalls, dass die Beglaubigung der Unterschriften der Geschäftsführer der Gesellschafterinnen in Abwesenheit der Unterzeichnenden erfolgt ist. Der Notar hat die ihm vorgelegten Unterschriften vielmehr mit anderen bei ihm vorhandenen Unterschriften verglichen und auf der Grundlage dieses Vergleichs auf die Echtheit der Unterschriften geschlossen. Dies widerspricht aber der Regelung des § 40 Abs. 1 BeurkG, wonach die Unterschrift nach Identitätsfeststellung des Unterschreibenden in Gegenwart des Notars gefertigt oder jedenfalls anerkannt werden muss (vgl. dazu OLG Köln, Beschluss vom 24. November 2008 – 2 Wx 41/08 –, juris Rn. 16).

[9] Bei der Regelung des § 40 Abs. 1 BeurkG handelt es sich trotz der Fassung als Soll-Vorschrift nicht um eine Ordnungsvorschrift oder gar lediglich um eine Empfehlung. Die Einhaltung der Erfordernisse des § 40 Abs. 1 BeurkG stellt vielmehr eine notwendige Voraussetzung einer öffentlichen Beglaubigung nach deutschem Recht dar (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 1987 – NotZ 6/87 –, juris Rn. 14). Durch die Regelung soll gerade sichergestellt werden, dass sich der Notar nicht lediglich durch telefonische oder schriftliche Nachfrage oder – wie hier – einen Schriftvergleich von der Identität der Unterschriften überzeugt (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 1987 – NotZ 6/87 –, juris Rn. 14).

[10] (3) Die Beglaubigung wäre auch dann unzureichend, wenn sie nach luxemburgischem Recht ordnungsgemäß erfolgt wäre, weil im vorliegenden Fall die Ortsform für die Beglaubigung nicht genügt. Die Einhaltung der Ortsform scheidet allerdings nicht schon aus allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Erwägungen aus. Denn es geht nicht um eine Beurkundung im statusrelevanten Bereich (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 24. Januar 2018 – 22 W 25/16 ([IPRspr 2018-33](#)) –, juris Rn. 14ff.; Beschluss vom 26. Juli 2018 – 22 W 2/18 ([IPRspr 2018-34](#)) –, juris Rn. 7). Im Hinblick auf den durch die Genehmigung abzuschließenden Übernahmevertrag kommt nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB aber in jedem Fall deutsches Recht zur Anwendung, weil es um die Übernahme eines Geschäftsanteils an einer GmbH nach deutschem Recht geht und der Vertrag in Deutschland abgeschlossen werden soll. Dann aber richtet sich auch die Möglichkeit und Wirksamkeit der Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters nach diesem Recht (vgl. BGH, Urteil vom 08. Oktober 1991 – XI ZR 64/90 –, juris Rn. 15; Urteil vom 17. November 1994 – III ZR 70/93 –, BGHZ 128, 41-53 juris Rn. 32), wofür im Übrigen auch die Regelung in Art. 11 Abs. 3 EGBGB spricht. Denn auch dieser führt zu einer Anwendung von deutschem Recht beim Vorliegen einer Vollmacht.

[11] b) ...

Fundstellen

LS und Gründe

DNotI-Report, 2022, 69
DNotZ, 2022, 607
FGPrax, 2022, 118
GmbHR, 2022, 636, mit Anm. *Wachter*
NZG, 2022, 926
Rpfleger, 2022, 464
ZInsO, 2022, 1522
ZIP, 2022, 1210

Bericht

Wachter, EWiR, 2022, 606
Scheller, EWiR, 2022, 489
Reichard, GWR, 2022, 207

nur Leitsatz

RNotZ, 2022, 519
Die AG, 2023, 455

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2022-2>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).