

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: **160110**

letzte Aktualisierung: **27. Februar 2018**

GmbHG §§ 2 Abs. 2, 7, 8, 6

Änderung des Gesellschaftsvertrags einer Mehrpersonen-GmbH vor Eintragung unter Mitwirkung eines vollmachtlosen Vertreters; Genehmigung; Vor-GmbH; Unterzeichnung der Gesellschafterliste bei Gründung durch sämtliche Geschäftsführer; Vertretung des Geschäftsführers bei der Anmeldung; ausländischer Geschäftsführer

I. Sachverhalt

Zwei Gesellschafter errichten eine GmbH, bestellen sich zugleich zu einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführern und melden die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an. Nun – vor Eintragung der GmbH – soll noch einmal der Gesellschaftsvertrag bzgl. des Gesellschaftszwecks geändert werden. Für einen der Gesellschafter wird dabei ein vollmachtloser Vertreter handeln, nach Möglichkeit auch bei der Nachtragsanmeldung zum Handelsregister. Das Registergericht verlangt im Übrigen eine (neue) Gesellschafterliste, da die eingereichte Gründerliste offenbar keine Nennbeträge und Prozentangaben hinsichtlich der Einzelbeteiligungen enthielt.

Beide Gesellschafter sind chinesische Staatsangehörige. Einer von ihnen hält sich dauerhaft in Peking auf.

II. Fragen

1. Ist die Genehmigung einer teils vollmachtlos beschlossenen Änderung des Gesellschaftsvertrags möglich? Wie lässt sich eine etwa erforderliche Unterschriftsbeglaubigung in China erreichen?
2. Müssen sämtliche Geschäftsführer die Gründerliste und die Nachtragsanmeldung unterzeichnen? Reicht eine einfache Unterschrift oder muss die Unterschrift beglaubigt werden? Kann jeweils ein Vertreter für einen der Geschäftsführer handeln?
3. Kann man die Handelsregisteranmeldung in zwei (korrespondierende) Anmeldungen aufspalten (mit Blick darauf, dass einer der Geschäftsführer in China unterschreiben muss)?
4. Kann man (in künftigen Fällen) mit einer Gründungsvollmacht des auswärtigen Gesellschafters arbeiten, auch hinsichtlich der Gesellschafterliste und Anmeldung?
5. Kann ein chinesischer Staatsangehöriger, der sich gewöhnlich in China aufhält, Geschäftsführer einer deutschen GmbH sein?

III. Zur Rechtslage

1. Genehmigung der vollmachtlosen Gesellschaftsvertragsänderung

Anders als eine Einpersonen-GmbH (s. in jüngerer Zeit wieder OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.12.2016 – 20 W 198/15, Tz. 12 [juris]) kann eine Mehrpersonen-GmbH auch unter Beteiligung vollmachtloser Vertreter gegründet werden. Die Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung ist aber (wie eine entsprechende Vollmacht) zumindest öffentlich zu beglaubigen, § 2 Abs. 2 GmbHG analog (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 2 Rn. 22; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.11.2017, § 2 Rn. 24; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 2 Rn. 34; MünchKommGmbHG/J. Mayer, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 72; J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 73; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.11.2011 – 20 W 459/11, Tz. 26 [juris]). Für die vollmachtlose Änderung des Gesellschaftsvertrags gilt Entsprechendes (OLG Köln GmbHR 1995, 725 = NJW-RR 1996, 550; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 22).

Gem. § 10 Abs. 2 KonsularG stehen die von einem Konsularbeamten aufgenommenen Urkunden den von einem inländischen Notar aufgenommenen Urkunden gleich. Der in China weilende Gesellschafter kann also seine Unterschrift z. B. in der Konsularabteilung der deutschen Botschaft in Peking beglaubigen lassen. Da es sich bei den Erklärungen, unter denen die Unterschriften zu beglaubigen sind, um Erklärungen in deutscher Sprache handeln wird, sind keinerlei Übersetzungen erforderlich. Alternativ zur Beglaubigung durch den Konsularbeamten kommt eine Beglaubigung durch einen chinesischen Notar in Betracht. In diesem Fall ist aber eine Legalisation der Beglaubigung erforderlich.

2. Unterzeichnung der Gründerliste

Die Unterzeichnung der „Gründerliste“ (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) ist u. E. eine höchstpersönliche Verpflichtung der Geschäftsführer, sodass eine Stellvertretung nicht in Betracht kommt; erforderlich ist die Unterschrift sämtlicher Geschäftsführer (MünchKommGmbHG/Herrler, § 8 Rn. 19; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 8 Rn. 4; zur Einreichung nach § 40 GmbHG OLG Jena NZG 2011, 909, 910; a. A. BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.11.2017, § 8 Rn. 6: Stellvertretung zulässig). Die Unterschrift bedarf allerdings keiner Beglaubigung (Tebben, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 8 Rn. 14; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 8 Rn. 4).

Vorliegend geht es nicht um die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nach Veränderung (vgl. § 40 GmbHG), sondern um die Einreichung der Gründerliste. Da in der bereits eingereichten Liste wesentliche Angaben fehlen, zählt diese nicht als erste Liste. Für die nunmehr einzureichende Liste gilt also uneingeschränkt dasjenige, was für eine „erste“ Gründerliste gilt.

3. Anmelder

Anzumelden haben die Gesellschaft sämtliche Geschäftsführer (§ 78 i. V. m. § 7 Abs. 1 GmbHG); dies muss ebenso für eine Nachtragsanmeldung gelten. Allerdings soll es nicht notwendig sein, dass die Anmeldung von den Geschäftsführern gleichzeitig unterzeichnet wird oder dass sie in einem einzigen Schriftstück enthalten ist; die Unterzeichnung getrennter, aber inhaltsgleicher Anmeldungen genügt also (MünchKommGmbHG/Herrler, § 7 Rn. 16; Tebbel, § 7 Rn. 13, der dieses Verfahren gerade im Zusammenhang mit Geschäftsführern an verschiedenen Orten nennt; C. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff,

GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 7 Rn. 9; vgl. auch BayObLGZ 1984, 29; nicht zulässig wäre dies allerdings bei der Gesellschafterliste: hier müssen beide Geschäftsführer auf einer Gesellschafterliste unterschreiben, denn das Handelsregister kann nur vollständig unterzeichnete Listen aufnehmen, keine „Teillisten“, aus deren Zusammenschau sich die aktuell gültige Liste erst ergeben soll).

Ob bei der Anmeldung Vertretung zulässig ist, erscheint nach wie vor umstritten. Nach einer Ansicht scheidet Vertretung aus, weil die höchstpersönliche Geschäftsführerversicherung (vgl. § 8 Abs. 2 u. 3 GmbHG) integraler Bestandteil der Anmeldung sei (BayObLG NJW 1987, 136, 137 zur Anmeldung einer Kapitalerhöhung; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 7 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 7 Rn. 1), nach a. A. ist Stellvertretung nur bei den Versicherungen ausgeschlossen, bei der Anmeldung im Übrigen aber möglich (OLG Köln NJW 1987, 135 zur Anmeldung der Kapitalerhöhung; MünchKommGmbHG/Herrler, § 7 Rn. 22 ff.; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.11.2017, § 7 Rn. 4; Kafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 115). Aus dem Sachverhalt ist im Übrigen nicht ersichtlich, ob die Geschäftsführerversicherungen bereits abgegeben wurden.

4. „Gründungsvollmacht“?

Ob in Fällen wie dem vorliegenden stets die Erteilung einer „Gründungsvollmacht“ sinnvoll ist, lässt sich nicht pauschal beantworten. Sofern höchstpersönliche Erklärungen betroffen sind, kann eine Gründungsvollmacht gerade nicht weiterhelfen.

5. Bestellung eines Nicht-EU-Ausländers zum Geschäftsführer

Nach inzwischen weit überwiegender Meinung ist die Bestellung von Nicht-EU-Ausländern zu Geschäftsführern auch dann unproblematisch, wenn sich der zu Bestellende gewöhnlich im Ausland aufhält: Die Aufenthalts- oder Einreiseerlaubnis sei vom Registergericht nicht zu prüfen (OLG München DNotZ 2010, 156; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 9.9.2010 – 3 W 70/10 Tz. 6 [juris]; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.4.2009 – 3 Wx 85/09, Tz. 13 ff. [juris]; OLG Dresden, Urt. v. 5.11.2002 – 2 U 1433/02, Tz. 8 ff. [juris]; MünchKommGmbHG/W. Goette, § 6 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 6 Rn. 15; BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, Std.: 1.11.2017, § 6 Rn. 15; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 6 Rn. 9; Kafka/Kühn, § 6 Rn. 958; a. A. Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 6 Rn. 19).