

I-3 Wx 236/10

HRB 63785

AG Düsseldorf



Erlassen durch Eingang auf der
Geschäftsstelle am
2. März 2011
Brückler, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Vert.	Frist not.	KV KA	Mit.
RA	EINGEGANGEN		
SB	07. MRZ. 2011	Rück- spr.	
Rück- spr.	GÖRG Rechtsanwälte zust. RA: <i>SARICSR</i>	Zah- lung	
zdA		Stek- buch	

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
BESCHLUSS

In der Handelsregistersache betreffend die MP Consulting

503

Beteiligte:

1) die **MP Consulting**, c/o Nils Wenig, Karolingerr Straße 101, 40233 Düsseldorf,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Philipp Maume, Am Isarkanal 24,
81379 München,

Beschwerdeführerin zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte: GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Prinzregen-
tenstraße 22, 80538 München

2) **Robert Freiherr von Rosen**, Passwangstraße 48, 4059 Basel/Schweiz,

Beschwerdeführer zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte: GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Prinzregen-
tenstraße 22, 80538 München

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die Beschwerde der Be-
teiligten zu 1) und 2) gegen den Beschluss des Amtsgerichts Düsseldorf vom
19.08.2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Gode,
des Richters am Oberlandesgericht von Wnuck-Lipinski und der Richterin am Ober-
landesgericht Dr. Potthoff

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

Der Beschluss wird aufgehoben.

Gründe

I.

Die Beteiligte zu 1) wurde durch Gesellschaftervertrag vom 11.01.2010 mit Sitz in Montabaur gegründet.

Am 09.03.2010 übertrug ihr Gründungsgesellschafter durch notarielle Urkunde des Schweizer Notars Dr. Patrick Wamister, Basel, seine Geschäftsanteile an den Schweizer Staatsbürger Peter Götsch. Die von dem Schweizer Notar unterzeichnete Gesellschafterliste nahm das Registergericht Montabaur zum Register an. Durch Gesellschafterbeschluss vom 12.05.2010 wurde die Sitzverlegung von Montabaur nach Düsseldorf beschlossen.

Mit Schreiben vom 12.08.2010 übermittelte der Notar Harald Uebel, Dillenburg, auf elektronischem Wege als Bote des oben genannten Schweizer Notars die von diesem unterzeichnete Liste der Gesellschafter der Beteiligten zu 1) vom 27.07.2010. Danach ist neuer alleiniger Gesellschafter der Beteiligten zu 1) der Beteiligte zu 2), ein in Basel wohnender deutscher Staatsangehöriger.

Die Liste enthält die Bescheinigung des Schweizer Notars, dass die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Liste den Veränderungen entsprechen, die sich aus den Erklärungen der Urkundsbeteiligten zu seiner Urkunde vom 27.07.2010 (Allg. Reg. 2010/79) ergeben und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der letzten von ihm eingereichten und in das Handelsregister aufgenommenen Liste vom 09.03.2010 (Allg. Reg. 2010/Nr. 33) übereinstimmen.

Das Registergericht hat mit Verfügung vom 19.08.2010 darauf hingewiesen, eine Aufnahme der Liste in das Handelsregister komme nicht in Betracht.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 20.09.2010.

Durch Beschluss vom 22.09.2010 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 382 Abs. 4 Satz 2; 374 Nr. 1 FamFG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

1.

Das Registergericht hat die Aufnahme der Gesellschafterliste mit der Begründung abgelehnt, die Abtretung sei unwirksam. Nach der Neufassung des GmbHG durch das MoMiG könne eine gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG zu beurkundende Abtretung eines Geschäftsanteils nur vor einem deutschen Notar erfolgen. Die zu beurkundende Abtretung könne nicht von einem ausländischen Notar vollzogen werden. § 40 Abs. 2 GmbHG stelle nun eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht dar, deren Adressat nur ein inländischer Notar sein könne. Beurkundungen im Ausland habe der Gesetzgeber wegen der erhöhten Bedeutung der Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG ausschließen wollen.

a)

Die gegen die Rechtswirksamkeit der vor einem Schweizer Notar in Basel beurkundete Abtretung der Geschäftsanteile an den Beteiligten zu 2) vorgebrachten Bedenken greifen nicht durch.

aa)

Nach Art. 11 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft dann formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (Art. 11 Abs. 1, 1. Alt. EGBGB, sog. Geschäftsform oder Wirkungsstatut), oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (Art. 11 Abs. 1, 2. Alt. EGBGB, sog. Ortsform).

Nach deutschem GmbH-Gesellschaftsrecht bedarf es gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags. Durch diese Förmlichkeit soll in erster Linie im Interesse des Anlegerschutzes der leichte und spekulative Handel mit Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH ausgeschlossen und der Nachweis der Rechtsübertragung erleichtert werden (Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rdnr. 21; Peters, DB 2010, 97).

Nach bisheriger ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Beurkundungsform des deutschen Rechts durch eine Auslandsbeurkundung dann erfüllt werden, wenn die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist (grundlegend BGH, NJW 1981, 1160 ff.; bestätigend BGH, NJW-RR 1989, 1259 ff.; Senat BJW 1990, 2200 ff.; OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 764 ff.; zustimmend MünchKomm/Spellenberg, BGB, 5. Aufl., Art. 11 EGBGB, Rdnr. 87 ff.; Palandt/Thorn, BGB, Art. 11 EGBGB, Rdnr. 10).

Von einer Gleichwertigkeit ist auszugehen, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, welches den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht (BGH NJW 1981, 1160 für die Beurkundung eines Züricher Notars; Senat, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O. für einen Baseler Notar).

Nach diesen Grundsätzen sind Beurkundungen von Notaren in der Schweiz jedenfalls im Kanton Basel den Beurkundungen, die von deutschen Notaren vorgenommen werden, gleichwertig (OLG Frankfurt, a.a.O.; OLG München DB 1998, 125 f.).

So stimmen Beurkundungsbegriff und Zweck der notariellen Form in der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland im Wesentlichen überein. Auch im Schweizer Recht bedeutet die öffentliche Beurkundung „das Herstellen eines Schriftstücks, das den Vertrag enthält, durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem von ihm vorgeschriebenen Verfahren“ (Schweizerisches Bundesgericht, BGE 90 II, 274 S. 281, Erwägung 6). Ist nach Schweizer Bundesrecht die öffentliche Beurkundung eines Vertrages erforderlich, so wird damit der Zweck verfolgt, „die Vertragsparteien vor unüberlegten Entschlüssen

zu bewahren und dafür zu sorgen, dass sie die Tragweite ihrer Verpflichtungen erkennen und dass ihr Wille klar und vollständig zum Ausdruck kommt“ (BGE a.a.O.).

Auch das Beurkundungsverfahren selbst ist dem deutschen Beurkundungsverfahren vergleichbar (BGH NJW-RR 1989, 1259; OLG Frankfurt, a.a.O.). Im Kanton Basel besteht das freiberufliche Notariat, das heißt, es handelt sich um Notare, die ihren Zugang zum Beruf in der Regel über einen Universitätsabschluss erlangt und während durchschnittlich 1 ½ Jahre ein Praktikum absolviert haben (OLG Frankfurt, a.a.O.).

bb)

Das Schweizer Obligationenrecht wurde zum 01.02.2008 reformiert. Nach Art. 785 Abs. 1 OR n.F. ist nunmehr die Beurkundung der Abtretung von Stammanteilen an einer Schweizer GmbH nicht mehr zwingend erforderlich, sondern die Schriftform ausreichend. Allerdings besteht für die Parteien nach wie vor die Möglichkeit, die Form der notariellen Beurkundung auf freiwilliger Basis zu wählen. Da Änderungen des Schweizer Notars- und Beurkundungsrechts seit der Entscheidung des BGH über die Gleichwertigkeit nicht erfolgt sind, können die Anforderungen an eine Substitution erfüllt werden, wenn die Parteien den Weg der notariellen Beurkundung wählen (OLG Frankfurt, a.a.O.; Peters, a.a.O.; Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl., 2009, § 15, Rdnr. 88; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 15, Rdnr. 22).

cc)

Die Unwirksamkeit der Auslandsbeurkundung lässt sich nicht aus den durch das zum 01.11.2009 in Kraft getretene MoMiG eingeführten Änderungen des GmbHG herleiten (Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl., 2009, § 15, Rdnr. 88; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 15, Rdnr. 22, Peters, a.a.O.; Hasselmann, ZIP 2010, 2486, 2487).

(1)

Durch das MoMiG wurde unter anderem § 16 GmbHG völlig neu gefasst. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter nur, „wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) eingetragen ist“. Ferner wurde die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Gesell-

schaftsanteilen unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG geschaffen. Danach gilt der in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste drei Jahre unwidersprochen unrichtig als Gesellschafter Eingetragene gegenüber dem Erwerber als tatsächlicher Inhaber des Geschäftsanteils, sofern dem Erwerber eine mangelnde Berechtigung des Veräußerers weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Durch diese Änderungen wurde die Gesellschafterliste in ihrer Bedeutung erheblich aufgewertet.

Zugleich wurde § 40 GmbHG neu geregelt. Nach § 40 Abs. 1 GmbHG sind grundsätzlich die Geschäftsführer der Gesellschaft bei einem Wechsel im Gesellschafterkreis zur Einreichung einer aktualisierten Liste verpflichtet. Hat aber ein Notar an der Veränderung der Gesellschafterstellung mitgewirkt, so obliegt die Einreichung der Liste nicht der Geschäftsführung, sondern dem mitwirkenden Notar, § 40 Abs. 2 GmbHG.

(2)

Das Registergericht hat die Zurückweisung der Listen maßgeblich mit der Entscheidung des Landgerichts Frankfurt in vom 07.10.2009 (NJW 2010, 683) begründet, das in einem obiter dictum ausgeführt hat, unter der Geltung des § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. dürfte eine Auslandsbeurkundung wahrscheinlich nicht mehr zulässig sein, da ein Baseler Notar der in der vorgenannten Vorschrift dem an der Änderung mitwirkenden Notar auferlegten Verpflichtung wegen des „Fehlens von Amtsbefugnissen in Deutschland“ nicht nachkommen könnte. Zudem hat es sich auf entsprechende Ausführungen in der Literatur (Wachter, ZNotP 2008, 378 ff.; Bayer, DNotZ 2009, 887; Braun, DNotZ 2009, 585 ff.) berufen.

Ergänzend hat das Registergericht auf die Gesetzgebungsbegründung zu § 16 GmbHG verwiesen, in der es heißt:

„Die Bestimmungen zur Gesellschafterliste sind bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.06.1998 ... nachgebessert und verschärft worden. Es bestehen jedoch weiterhin Lücken, z.B. bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen werden.“

Entgegen der Ansicht des Registergerichts (so auch z.B. Braun, DNotZ 2009, 585, 592) sprechen weder die Gesetzesänderungen durch das MoMiG noch die angeführte Stelle der Gesetzesbegründung dafür, dass nunmehr zwingend die Einschaltung eines deutschen Notars zu verlangen sei.

(3)

Soweit zur Unterstützung der These, dass eine Auslandsbeurkundung nicht mehr zulässig sei, auf die Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG verwiesen wird, überzeugt dieser Ansatz aus Gründen der Gesetzessystematik nicht. Aus § 40 Abs. 2 GmbHG ergibt sich nicht, dass eine Beurkundung des ausländischen Notars unwirksam ist. Denn § 40 Abs. 2 GmbHG betrifft nur die Mitteilungspflicht. Die Regelung zur Zuständigkeit für die Einreichung der Liste ist von der eigentlichen Beurkundung streng zu trennen (Peters, a.a.O., Hasselmann, a.a.O.; Mankowski, NZG 2010, 201, 203). Dass ein ausländischer Notar nicht mitteilungsspflichtig ist, ändert nichts daran, dass er wirksam beurkunden kann.

Auch wenn der Gesellschafterliste auf Grund des § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. eine gesteigerte Bedeutung zukommt, kann hieraus nicht auf eine besondere Richtigkeitsgewähr geschlossen werden, die nur durch Einschaltung eines deutschen Notars zu erreichen sei.

Die in § 40 Abs. 2 GmbHG dem mitwirkenden Notar auferlegte Verpflichtung zur Einreichung einer aktualisierten Liste erfolgte im Wesentlichen aus pragmatischen Gesichtspunkten, um das Verfahren zu vereinfachen. Gegen eine besondere – nur durch die Einschaltung eines deutschen Notars zu gewährleistenden Richtigkeitskontrolle – spricht, dass den Notar nur eine begrenzte Prüfungspflicht trifft (OLG München, NJW-RR 2009, 972 f. m.w.N.). Der Notar hat zwar die Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat, in der Gesellschafterliste zutreffend abzubilden. Darüber hinaus hat er keine Prüfungspflicht, ob die Gesellschafterliste inhaltlich zutreffend ist. Er hat insbesondere die zuvor eingereichte Liste nicht inhaltlich auf rechtliche Wirksamkeit hin zu überprüfen (OLG München, a.a.O.).

Im Übrigen knüpft der in § 16 Abs. 3 GmbHG normierte Gutgläubensschutz allein an die Liste an, ungeachtet, ob diese im Fall des § 40 Abs. 2 GmbHG durch einen Notar oder aber in den Fällen des § 40 Abs. 1 GmbHG von dem Geschäftsführer erstellt

worden ist. Bei einer Änderung der Geschäftsanteile bei Erbfällen, Anwachsung oder Einziehung haben die – regelmäßig gesellschaftsrechtlich nicht geschulten – Geschäftsführer in eigener Kompetenz zu prüfen, ob eine neue Liste einzureichen ist. Die Gesellschafterliste unterliegt auch in diesem Fall keiner inhaltlichen Prüfung durch das Registergericht, sondern wird – sofern die Formalien eingehalten sind – von diesem lediglich entgegengenommen und verwahrt. Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Wertung kann die gleiche Beurteilung durch einen in der Regel mit dem deutschen Gesellschaftsrecht deutlich vertrauteren schweizerischen Notar nicht zum Wegfall der Gleichwertigkeit der dortigen Beurkundung führen (Peters, a.a.O.).

Aus dem vom Registergericht angeführten Zitat aus der Gesetzgebungsbegründung lässt sich zwar entnehmen, dass der Gesetzgeber Lücken *bei der Auslandsbeurkundung* schließen wollte, ohne diese konkret zu benennen, nicht aber, dass die Abschaffung der Auslandsbeurkundung als solche bezweckt gewesen wäre. Vielmehr hat der Gesetzgeber trotz der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung keinen Handlungsbedarf zur Änderung des § 15 Abs. 3 GmbHG gesehen, was nur den Schluss zulässt, dass die Auslandsbeurkundung nicht schlechthin unzulässig sein sollte (vgl. Peters, a.a.O.).

Allerdings haben die Gesellschafter nach der Neufassung des § 16 GmbHG im Hinblick auf die Legitimationsvoraussetzungen gegenüber der Gesellschaft, § 16 Abs. 1 GmbHG, und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs, § 16 Abs. 3 GmbHG, ein gesteigertes Interesse an der Einreichung einer aktuellen Liste. Soweit in der Gesetzgebungsbegründung von einer zu schließenden Lücke *bei der Auslandsbeurkundung* die Rede ist, mag der Gesetzgeber die Situation vor Augen gehabt haben, dass zwar bereits nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. ein Notar, der einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundet hat, diese Abtretung dem Registergericht unverzüglich anzuzeigen hatte, diese Anzeigepflicht aber bei einer Auslandsbeurkundung oft ins Leere lief (vgl. Hasselmann, a.a.O.). Durch das nunmehr bestehende erhebliche Eigeninteresse der Gesellschafter an einer Aktualisierung der Liste mag dies ein probates Mittel sein, Lücken in Bezug auf die erwünschte Transparenz der Anteilseignerstruktur bei einer Auslandsbeurkundung zu schließen (Hasselmann, a.a.O.).

Ziel des MoMiG war die Stärkung der Rechtsform der GmbH im internationalen Wettbewerb (vgl. Mankowski, a.a.O., S. 205, Peters, a.a.O., S. 100). Die angestrebte internationale Offenheit zeigt sich etwa auch darin, dass nach Änderung des § 4 a GmbHG eine GmbH ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen kann.

Das durch das MoMiG angestrebte Ziel spricht aber dafür, dass der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung nicht einschränken wollte. Dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, die Attraktivität der deutschen GmbH gegenüber vergleichbaren Gesellschaftsformen durch die GmbH-Reform zu steigern, würde es zuwiderlaufen, wenn künftig eine Beurkundung in der Schweiz nicht mehr möglich wäre. Insbesondere der damit verbundene Kostenvorteil – in der Schweiz sind die Notarkosten frei verhandelbar – war und ist auch bei ausländischen Investoren ein gewichtiges Argument für eine Beurkundung in der Schweiz anstatt vor einem deutschen Notar (Peters, a.a.O., S. 100).

dd)

Die am 17.12.2009 in Kraft getretene Rom I-VO (VO-EG Nr. 593/2008, ABIEU 2008, Nr. L 177/6) ist nicht einschlägig. Sie hat Geltung für die ab dem 17.12.2009 abgeschlossenen schuldrechtlichen Verträge, nicht aber für dingliche Rechtsgeschäfte wie etwa die Abtretung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen an einer deutschen GmbH.

Nach alledem ist die vor dem Schweizer Notar beurkundete Abtretung wirksam

b)

Ein ausländischer Notar kann bei einer von ihm wirksam beurkundeten Abtretung eine diese Änderung der Geschäftsanteile berücksichtigende Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen.

Allerdings stellt die in § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. normierte Verpflichtung des Notars zur Einreichung der Liste kraft seines Amtes eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Notars dar. Diese Pflicht kann einem ausländischen Notar durch deutsche Gesetze nicht auferlegt werden. In Fällen einer Auslandsbeurkundung trifft daher die Pflicht zur Einreichung der Gesellschaftsliste grundsätzlich die Gesellschafter

(Roth/Altmeyden, a.a.O., § 40, Rdnr. 14; Zöllner/Noack, in Baumbach/Hueck, a.a.O., § 40, Rdnr. 40, 69. Peters, a.a.O., S. 99).

Weder aus dem Gesetz noch aus der Gesetzesbegründung ergeben sich indes Hinweise für die vom Registergericht vertretende Auffassung (so auch Hasselmann, a.a.O., S. 289; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, a.a.O.), dass der ausländische an der Beurkundung mitwirkende Notar zur Einreichung der Liste nicht berechtigt ist (Peters, a.a.O., S. 99 m.w.N.).

In den Fällen, in denen das deutsche Recht eine Beurkundung durch den ausländischen Notar als der Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig anerkennt, sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen eine Eignung des ausländischen Notars zur Einreichung der Liste sprechen könnten. Ein Notar ist daher jedenfalls dann als zur Einreichung der Liste berechtigt anzusehen, wenn eine von ihm vorgenommene Beurkundung wirksam, weil gleichwertig im zuvor erörterten Sinne ist (Vossius, DB 2007, Mayer, DNotZ 2008, 411; Schneider, GmbHR 2009, 393, 396; Meyer).

Gegen eine Einreichungsberechtigung kann auch nicht angeführt werden, dass nach § 12 Abs. 2 HGB Dokumente in elektronischer Form einzureichen sind. Im vorliegenden Fall hat sich der ausländische Notar eines deutschen Notars als Boten bedient, der wiederum das Dokument in der nach § 12 HGB vorgesehenen Form übermittelt hat, so dass das Dokument in der erforderlichen Form vorliegt und ohne weiteres auf dieses Zugriff genommen werden kann.

2. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Gode

von Wnuck-Lipinski

Dr. Potthoff