

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 15w304_09
letzte Aktualisierung: 13.1.2010

OLG Hamm, 1.12.2009 - 15 W 304/09

GmbHG § 40 Abs. 2

Zuständigkeit des Notars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bei sog. „mittelbarer Mitwirkung“



OBERLANDESGERICHT HAMM

BESCHLUSS

15 W 304/09 OLG Hamm
HRB [REDACTED] AG Essen

In der Handelsregistersache

betreffend die [REDACTED] GmbH,

Beteiligte am Beschwerdeverfahren:

die vorgenannte Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED]

- Verfahrensbevollmächtigter: [REDACTED]
[REDACTED]

hat der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm am 01.12.2009 auf die Beschwerde der Beteiligten vom 07.10.2009 gegen die Verfügung des Registergerichts vom 29.09.2009 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Budde und die Richter am Oberlandesgericht Engelhardt und Tegenthoff

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

Die angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Das Registergericht wird angewiesen, die Gesellschafterliste vom 18.09.2009 in den elektronischen Registerordner aufzunehmen.

Gründe:

1.

Für die Beteiligte beurkundete der Notar [REDACTED] (im Folgenden: Notar) [REDACTED] am 26.06.2009 einen Ausgliederungs- und Übernahmevertrag, durch den die [REDACTED] mit Sitz in [REDACTED] sämtliche von ihr gehaltenen Aktien an der [REDACTED] auf die beteiligte GmbH im Wege der Ausgliederung übertragen hat (Teil A der Urkunde [REDACTED]). Unter Teil B der Urkunde beurkundete der Notar eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Beteiligten, in der einstimmig beschlossen wurde, dass sich das Stammkapital der Beteiligten als übernehmenden Gesellschaft von 25.000 € um 1.000 € erhöht habe durch Bildung eines neuen Geschäftsanteils im Nennbetrag von 1.000 €, der als Gegenleistung für die Übertragung sämtlicher Aktien an der [REDACTED] der [REDACTED] gewährt werde. Die vom Notar am 26.06.2009 erstellte und unterzeichnete Gesellschafterliste ist am 03.07.2009 in dem elektronischen Registerordner des Registergerichts aufgenommen worden.

Am 11.08.2009 beurkundete der Notar die Verschmelzung der [REDACTED] [REDACTED] auf die [REDACTED] (Urkunde 889/2009), die ihren Sitz in [REDACTED] hat. Durch diesen Vertrag ist der Geschäftsanteil, den die [REDACTED] an der beteiligten GmbH hält, auf die [REDACTED] übergegangen. Da sich deshalb der Gesellschafterbestand der beteiligten GmbH geändert hat, erstellte der Notar unter dem 18.09.2009 eine aktuelle Gesellschafterliste der beteiligten Gesellschaft zum Zwecke der Aufnahme in den zum Handelsregister gehörenden elektronischen Registerordner und reichte diese nach Unterzeichnung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG dem Registergericht ein.

Mit Beschluss vom 29.09.2009 lehnte das Registergericht die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste ab mit der Begründung, der Notar habe nur mittelbar an der Ver-

schmelzung mitgewirkt, so dass die Liste nicht von ihm, sondern ausschließlich von den Geschäftsführern zu unterzeichnen gewesen sei.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde half das Registergericht nicht ab und legte sie dem Senat zur Entscheidung vor.

II.

Die Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Registergerichts ist nach §§ 59, 61 FamFG statthaft und rechtzeitig eingelegt. Sie ist als Beschwerde der Gesellschaft anzusehen und nicht als Beschwerde des Notars, weil dieser zwar in amtlicher Eigenschaft, jedoch für die Gesellschaft die Gesellschafterliste eingereicht hat. Durch die Ablehnung ist auch nur sie im Hinblick auf die Rechtsfolgen aus § 16 Abs. 1 GmbHG beschwert.

Der Senat teilt die Auffassung, der Notar habe vorliegend die Gesellschafterliste nicht unterzeichnen dürfen, nicht.

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und sie zum Handelsregister einzureichen. Veränderungen nach § 40 Abs. 1 GmbHG ist „jede Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung“. Damit scheidet der Gründungsakt einer GmbH aus, bei Gründung einer GmbH ist die Liste daher von den „Anmeldenden“ zu unterzeichnen (Tebben RNotZ 2008, 441/451). Erfasst sind Veränderungen ohne Rechtsnachfolge (z.B. die Zusammenlegung oder Teilung von Anteilen), Veränderungen mit Einzelrechtsnachfolge (durch Übertragung nach § 15 GmbHG, durch Versteigerung nach § 23 GmbHG oder Kaduzierung nach § 21 Abs. 2 GmbHG) und Gesamtrechtsnachfolge (z.B. Erbrechtsnachfolge nach § 1922 BGB, Anwachsung nach § 738 BGB, Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 UmwG, Spaltung nach § 131 UmwG; vgl. zu allem Hasselmann NZG 2009, 449; Mayer DNotZ 2008, 403; Tebben RNotZ 2009, 441/451f; Vossius DB 2007, 2299). Zur letzteren

Gruppe gehört der vorliegende notariell beurkundete Verschmelzungsvertrag vom 11.08.2009.

Der Rechtsbegriff der „Mitwirkung“ erfasst vom Wortlaut her die unmittelbare und mittelbare Beteiligung des Notars an den Veränderungen in den Personen der Gesellschaft oder im Umfang ihrer Beteiligung.

Unproblematisch sind die Fälle der *unmittelbaren Mitwirkung* des Notars. Hat der Notar selbst die Urkunde, die die Veränderung herbeigeführt hat, beurkundet oder entworfen und anschließend die Unterschrift unter die Handelsregisteranmeldung beglaubigt (z.B. Abtretung nach § 15 GmbHG, Gesellschafterbeschluss), so hat er mitgewirkt i.S.d. § 40 Abs. 2 GmbHG (Vossius, DB 2007, 2299/2303; Tebben RNotZ 2009, 441/451f). Die Beglaubigung der Unterschrift unter einem vom Notar nicht entworfenen Dokument (Beschluss, Anmeldung etc.) stellt dagegen keine „Mitwirkung“ i.S.d. § 40 Abs. 2 GmbHG dar, weil den Notar insoweit eine nach § 40 Abs. 2 bis 4 BeurkG eingeschränkte Prüfungspflicht trifft (Mayer DNotZ 2008, 403/408; Vossius DB 2007/2304; Tebben RNotZ 2009, 441/452).

In der Literatur problematisiert wird die Frage, inwieweit der Notar bei einer nur *mittelbaren Mitwirkung* zur Unterzeichnung der Liste verpflichtet ist. Das sind nach Stellungnahmen in der Literatur die Fälle, in denen zum Vermögen einer zu verschmelzenden Gesellschaft auch die Beteiligung an einer „dritten“ Gesellschaft gehört (der Notar beurkundet z.B. einen Verschmelzungsvertrag und die Verschmelzungsbeschlüsse, durch die die X-GmbH, zu deren Vermögen die T-GmbH gehört, auf die Y-GmbH verschmolzen wird). Für diese Fälle wird diskutiert, ob und inwieweit der Notar auch verpflichtet ist, eine bescheinigte Liste bzgl. der T-GmbH dem Handelsregister einzureichen hat (vgl. hierzu Vossius DB 2007/2304; Tebben RNotZ 2009, 441/452; Mayer DNotZ 2008, 403/408; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17 Aufl., § 40 Rn 25; Wicke, GmbHG, § 40 Rn 14).

Vorliegend liegt zwar der Fall einer nur mittelbaren Mitwirkung des Notars vor, weil sich der Gesellschafterbestand der beteiligten GmbH durch die Verschmelzung der der [REDACTED] mit Sitz in [REDACTED] auf die [REDACTED] geändert hat. Der Senat sieht aber keinen Grund, im gegebenen Fall abwei-

chend von dem umfassenden Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG von der Pflicht des Notars zur Erstellung der Gesellschafterliste abzusehen und stattdessen eine Pflicht der Geschäftsführer anzunehmen. Der Notar hat hier beide Verträge in einem eng beieinander liegenden Zeitraum beurkundet. Er ist durch diese Tätigkeit, wie er auch durch seine Tätigkeit und Äußerungen in diesem Verfahren gezeigt hat, über die internen Vorgänge der Beteiligten bestens informiert. Damit ist der Fall ein anschauliches Beispiel dafür, was der Gesetzgeber mit der Regelung bezweckte: Der mitwirkende Notar soll zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe dann, wenn es infolge seiner Beurkundungstätigkeit zu einer Änderung der Gesellschafter kommt, die Änderung der Gesellschafterliste gleich mit erledigen und im Interesse aller Beteiligten dafür Sorge tragen, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird, um so zu verhindern, dass der neue Gesellschafter nicht in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Veränderung als Berechtigter ausgewiesen wird (vgl. BT-Drs. 16/6140 S. 44).

Der Notar hat daher zutreffend seine Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste bejaht. Der Beschluss des Registergerichts kann daher keinen Bestand haben.

Budde

Engelhardt

Tegenthoff

Ausgefertigt
Hamm, den 02. BEZ 2009

[Handwritten Signature]
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts

