

Mitteilungen zum Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr

3/2014

Herausgeber: Deutsch-Schweizerische Juristenvereinigung e.V. (DSJV), Postfach 1873, D-53008 Bonn, Fax: +49 (0)700 DSJV 2000, E-Mail: info@dsjv.de bzw. info@dsjv.ch, Internet: www.dsjv.de bzw. www.dsjv.ch.

Vorstand: RA/StB Dr. Marc P. Scheunemann LL.M. (Düsseldorf), RA/StB Marc H. Kotyrba (Hamburg), Advokat Jan Bangert (Basel), RA Dr. Leonz Meyer LL.M. (Zürich), Notar Dr. Kai Bischoff LL.M. (Köln), RA/Avocat Dr. Bernd Ehle, LL.M. (Genève), RA Dr. Dirk Jestaedt (Düsseldorf), Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Universität Düsseldorf), RA Andreas Kolb (Bern), RAin Dr. Simone Nadelhofer, MAS ECI (Zürich), RA Dr. Berthold Schanze, LL.M. (München), RA Michael Schmidt (Bern), Prof. Dr. Götz Schulze (Universität Lausanne), RA Thierry Spaniol, LL.M. (Zürich), RAin Martina Ziffels (Hamburg).

Redaktion: RA Dr. Dirk Jestaedt, Düsseldorf, RA Dr. Berthold Schanze, LL.M., München (Zivil- und Wirtschaftsrecht), RA/StB Dr. Marc P. Scheunemann LL.M., Düsseldorf (Steuer- und Zollrecht), RAin Martina Ziffels, Hamburg (Arbeits- und Sozialrecht).

Beurkundungen deutscher Rechtsakte „Swiss Made“ – ein Update

Dr. Johannes Landbrecht LL.B., Rechtsanwalt und Barrister & Ann-Kristin Becker, Stagiaire, LALIVE, Genf

1. Einleitung

Die Beurkundung deutscher Rechtsakte durch Schweizer Notare ist seit Jahrzehnten geübte, erprobte und wirksame Praxis. Dies betraf insbesondere Beurkundungen im Zusammenhang mit der Übertragung von GmbH-Anteilen.

Der BGH stellte Ende vergangenen Jahres klar, dass Auslandsübertragungen von GmbH-Anteilen auch weiterhin grundsätzlich möglich sind. Diverse Rechtsänderungen im deutschen und schweizerischen Gesellschaftsrecht in den vergangenen Jahren hätten auf die Wirksamkeit von Auslandsübertragungen an sich keine Auswirkung gehabt.

2. Die Diskussion in den vergangenen Jahren

Für Rechtsprechung und Praxis stand lange außer Frage, dass die Beurkundung deutscher Rechtsakte durch Schweizer Notar an sich möglich und wirksam ist, sofern gewisse Voraussetzungen der Gleichwertigkeit erfüllt sind. Für die Übertragung von GmbH-Anteilen erkannte der BGH ausdrücklich an, dass die Beurkundung durch Notare aus Basel und Zürich einer deutschen Beurkundung gleichwertig ist (BGH, 16.2.1981 – II ZB 8/80,

NJW 1981, 1160, 1160; BGH, 22.5.1989 – II ZR 211/88, BB 1989, 1361, NJW-RR 1989, 1259, 1261).

Im Jahr 2008 trat dann das MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) in Kraft. Das LG Frankfurt erließ hierzu 2009 eine umstrittene Entscheidung, wonach die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen durch das MoMiG eingeschränkt werden sollte. Die Diskussion um die Wirksamkeit von Auslandsübertragungen nahm erneut Fahrt auf, wozu wir vor etwa zwei Jahren an gleicher Stelle berichteten (vgl. *Landbrecht/Becker*, Beurkundungen deutscher Rechtsakte in der Schweiz – historischer Abriss und neueste Entwicklungen, DSJV Mitteilungen 05/2012).

Ansatzpunkt für diese Diskussion, und vor allem für die Kritiker von Auslandsübertragungen, war eine Änderung des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Nach der Neufassung trifft in bestimmten Fällen nun auch den an der Übertragung beteiligten Notar die Pflicht, die neue Gesellschafterliste einzureichen.

Mankowski (NGZ 2010, 201, 207) prophezeite bereits in 2010, dass die Diskussion um den neuen § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG möglicherweise so viel Unsicherheit hervorgerufen habe, dass vorsichtige Praktiker wieder stets zum deutschen Notar gehen würden. *Mankowski* selbst legte allerdings überzeugend

dar, § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG habe auf Auslandsbeurkundungen an sich keine Auswirkungen (vgl. dazu ebenso *Landbrecht/Becker*, Effektiv und kostengünstig – Übertragung deutscher GmbH-Anteile „Swiss Made“, Betriebsberater 2013, 1290-1294).

Der BGH hat diese Auffassung jetzt bestätigt, wie wir im Folgenden erläutern. Was vor Inkrafttreten des MoMiG wirksam und gleichwertig war, ist es, *ceteris paribus*, auch heute noch.

3. BGH vom 17. Dezember 2013, Az. II ZB 6/13 (NJW 2014, 2026)

Der BGH stellte zunächst klar, dass dem Registergericht bei Einreichung einer Gesellschafterliste ein formelles Prüfungsrecht hinsichtlich der Voraussetzungen des § 40 GmbHG zusteht. Im konkreten Fall hatte das Registergericht die Grenzen dieses Prüfungsrechts aber überschritten. Im Rahmen der weiteren Ausführungen äußerte sich der BGH dann ausführlich zu den Auswirkungen des MoMiG auf Zulässigkeit und Wirksamkeit von Auslandsübertragungen deutscher GmbH-Anteile.

a) Sachverhalt und Entscheidung der Vorinstanzen

Ein Notar in Basel beurkundete die Übertragung von Anteilen an einer deutschen GmbH und reichte danach beim Registergericht in München eine von ihm erstellte Gesellschafterliste ein.

Das Registergericht wies diese Gesellschafterliste zurück, da eine Einreichung durch ausländische Notare nicht zulässig sei. Das OLG München wies die dagegen eingelegte Beschwerde zurück (OLG München, 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, openJur 2013, 4674). Geschäftsführer und Notar seien nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG alternativ zur Einreichung zuständig. Bei einer Auslandsübertragung habe ausschließlich der Geschäftsführer die Befugnis, die Gesellschafterliste einzureichen, weil der ausländische Notar durch das deutsche Gesetz dazu nicht verpflichtet werden und demnach auch nicht berechtigt sein könne.

b) Begründung des BGH

Der BGH hob diese Entscheidung auf und wies das Registergericht an, „die vom Notar S. C., Basel/Schweiz, am 5. November 2012 eingereichte Gesellschafterliste ... in den für das Registerblatt bestimmten Registerordner aufzunehmen“.

Das Registergericht dürfe aufgrund seines formellen Prüfungsrechts die von einem ausländischen Notar eingereichte Liste nur dann beanstanden, „wenn ein Notar mit Sitz im Ausland oder jedenfalls ein Notar mit Sitz in Basel/Schweiz unter kei-

nen Umständen zur Einreichung einer Gesellschafterliste berechtigt wäre und er deshalb einem Dritten gleichstünde, dessen fehlende Berechtigung vom Registergericht ohne weiteres festgestellt werden könnte. Dies ist nicht der Fall.“

Das OLG München habe, methodisch fehlerhaft, von der fehlenden Pflicht und Zuständigkeit auf eine fehlende Befugnis geschlossen. Ein ausländischer Notar sei jedenfalls dann zur Einreichung einer Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG „berechtigt, wenn die von ihm im Ausland vorgenommene Beurkundung ... einer Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig und deshalb im Inland wirksam ist“ (Einreichungskompetenz als Annex zur Beurkundungskompetenz).

Vor Inkrafttreten des MoMiG sei anerkannt gewesen, „dass eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden kann, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist“. Der BGH fährt fort: „Dies hat sich durch das Inkrafttreten des MoMiG nicht geändert.“ Es folgt eine ausführliche Begründung auf sechs Urteilsseiten.

4. Konsequenzen für die Praxis

Damit ist nun höchstrichterlich bestätigt, dass sich durch das MoMiG selbst nichts an der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Auslandsübertragungen geändert hat, vorausgesetzt, die Beurkundung erfüllt die Anforderungen an die Gleichwertigkeit, wie der BGH im zweiten Leitsatz seiner Entscheidung formuliert: „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.“ Zweifel, ob der BGH an seiner stRspr festhalten würde, hat dieser zerstreut, weil er am Ende des zweiten Leitsatzes die neue Entscheidung bewusst in den Kontext der stRspr stellt: „Fortführung von BGH, Beschluss vom 16. Februar 1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76“.

Zur Frage der Gleichwertigkeit einer Beurkundung in der Schweiz, und insbesondere von Notaren in Basel, hat sich der BGH zwar nicht erneut geäußert, vielmehr nur vorbehaltlos darauf hingewiesen, dass die Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen Notar mit Sitz in Basel „jedenfalls bis zum Inkrafttreten des MoMiG und der Reform des Schweizer Obligationenrechts von 2008 anerkannt war“. Dies war aber auch nicht nötig. Nun daraus auf Unsicherheiten zu schließen, lässt unseres Erachtens den Kontext der neuesten Entscheidung außer Acht.

Nach der stRspr des BGH, auf welche er am Ende des zweiten Leitsatzes gezielt Bezug genommen hat, sind Beurkundungen jedenfalls in Zürich oder Basel einer deutschen Beurkundung gleichwertig (BGH, 16.2.1981 – II ZB 8/80, NJW 1981, 1160, 1160; BGH, 22.5.1989 – II ZR 211/88, BB 1989, 1361, NJW-RR 1989, 1259, 1261).

Solange sich am Beurkundungsverfahren in der Schweiz nichts Grundlegendes ändert, bleibt die Gleichwertigkeit auch nach Inkrafttreten des MoMiG bestehen. Nach richtiger Auffassung hat es eine solche Rechtsänderung auch nicht gegeben. Die Reform des Schweizer GmbH-Rechts in 2008 betraf lediglich das *Beurkundungserfordernis* bei Übertragung von GmbH-Anteilen nach dem Schweizer OR, nicht das *Beurkundungsverfahren*. Der BGH hatte also keinen Grund, sich mit der Gleichwertigkeit einer schweizerischen Beurkundung erneut auseinanderzusetzen.

Deutsche Handelsregister können demnach eine Gesellschafterliste, welche von einem Schweizer Notar eingereicht wird, nur zurückweisen, wenn der Schweizer Notar offensichtlich unter keinen Umständen wirksam beurkunden konnte („Evidenzkontrolle“). Jedenfalls bei Notaren aus Basel oder Zürich kann davon derzeit keine Rede sein. Der BGH selbst hat, wie oben bereits erwähnt, das Registergericht ohne weiteres angewiesen, die vom Basler Notar eingereichte Gesellschafterliste anzunehmen. Diese Gesellschafterliste war am 5. November 2012 erstellt worden, also lange nach Inkrafttreten des MoMiG.

Der deutsche Branchendienst JUVE stellte kürzlich fest, nach JUVE-Recherchen habe das Beurkundungsgeschäft der schweizerischen Kanzleien nach dem oben referierten BGH-Urteil „wieder deutlich angezogen“ (www.juve.de vom 9.9.2014).

* * *