



22. Mai 2014

Finger weg von Auslandsbeurkundungen in der Schweiz!

von Referendarin Isabelle Möllers

Bei notariellen Beurkundungen müssen in Deutschland feste Notargebühren gezahlt werden. Diese können gerade bei der notariellen Beurkundung der Übertragung von GmbH-Anteilen sehr hoch sein. Einige Unternehmen und Gesellschafter versuchen ihre Notarkosten dadurch zu senken, dass sie die Transaktion des GmbH-Anteils im Ausland, insbesondere in der Schweiz, beurkunden lassen. In der Schweiz werden die Notargebühren mit dem Notar individuell vereinbart, so dass die Gebühren sehr viel geringer sein können als in Deutschland. Jedoch stellt sich hierbei das Problem, dass eine solche Beurkundung möglicherweise nicht den Wirksamkeitsanforderungen des deutschen Rechts genügt. Eine unwirksame Beurkundung führt zur Nichtigkeit des Vertrages, so dass dieser rückabgewickelt werden muss, was zu erheblichen Folgeproblemen führen kann. Es stellt sich daher die Frage, ob eine notarielle Beurkundung in der Schweiz wirksam ist. Der BGH hat mit Beschluss vom 17.12.2013 (Az. II ZB 6/13) zwar entschieden, dass eine zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nicht schon deshalb zurückgewiesen werden darf, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel/ Schweiz eingereicht worden ist, jedoch nicht, ob diese Beurkundung auch rechtmäßig war.

Gleichwertigkeit Schweizer Notare vor MoMiG anerkannt

Grundsätzlich ist eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) möglich, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist. Gleichwertigkeit ist gegeben, 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, das den tragenden Grundsätzen des deutschen

CT • HAUNHORST • SCHMIDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

DR. KARL HEINZ HAUNHORST
Rechtsanwalt, Geschäftsführer
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

DR. CHRISTIAN SCHMIDT
Rechtsanwalt, Geschäftsführer
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

ANDREAS STEIN
Rechtsanwalt

CHRISTIAN JAKOB LL.M.
Rechtsanwalt

DR. CORD IMELMANN
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

LUTZ STRATMANN
Rechtsanwalt (Of Counsel)

kanzlei@haunhorst-schmidt.de
www.haunhorst-schmidt.de

USt.-ID-Nr.: DE 281 050 133

Amtsgericht Oldenburg
HR B 206316

Kanzlei
Wilhelmshavener Heerstraße 79
26125 Oldenburg
Telefon (04 41) 97 02-35 53
Telefax (04 41) 97 02-30 29

Zweigstelle
Mozartstraße 7
26382 Wilhelmshaven
Telefon (04 421) 809 25 63
Telefax (04 421) 966 03 06

In Bürogemeinschaft mit

Status C. I.
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Beurkundungsrechts entspricht.¹ Ob dies im Falle der schweizerischen Beurkundung der Fall ist, ist zweifelhaft. Vor Inkrafttreten des MoMiG und der Reform des Schweizer Obligationenrechts in 2008 war dies vom BGH anerkannt.² Jedoch ist vom BGH noch nicht entschieden, ob dies auch nach der Reform noch gilt.

**Gleichwertigkeit nach MoMiG und Reform des Schweizer Obligationenrechts zweifelhaft
– der BGH äußert sich hierzu nicht**

Im Beschluss des BGH vom 17.12.2013 wird diese Gleichwertigkeit gerade nicht festgestellt. Vielmehr bezieht sich das Urteil lediglich auf die Unrechtmäßigkeit der Zurückweisung der von einem Schweizer Notar eingereichten Gesellschafterliste durch das Registergericht. Die Gesellschafterliste der GmbH wird im Falle der Anteilsübertragung geändert. Hierfür ist eine Einreichung der neuen Gesellschafterliste beim Registergericht notwendig, wozu auch ein Notar berechtigt ist (bzw. – zumindest bei deutschen Notaren - nach verbreiteter, der Auffassung des BGH widersprechenden Meinung ausschließlich verpflichtet ist). Eine Zurückweisung durch das Registergericht kann nur erfolgen, wenn die formalen Anforderungen des § 40 GmbHG nicht eingehalten werden. Zu den formalen Anforderungen zählt insbesondere, dass die Person, die die Liste einreicht, tatsächlich der Geschäftsführer oder ein Notar ist und nicht Dritter.³ Die Einreichungskompetenz des Notars ergibt sich als Annex aus seiner Beurkundungskompetenz, so dass der Schweizer Notar nicht Dritter i. S. d. § 40 GmbHG ist. Ob der Notar die Beurkundung jedoch wirksam vornehmen konnte, gehört nicht zum Prüfungsumfang des Registergerichts. Dem Registergericht kommt keine inhaltliche Prüfungskompetenz zu.⁴ Auch lag im vorliegenden Fall keine offensichtliche Unwirksamkeit der Beurkundung vor, da jedenfalls bis zum Jahre 2008 die Gleichwertigkeit anerkannt war. Dem Registergericht steht es aber nicht zu, die Gleichwertigkeit zu überprüfen.⁵ Daher hat der BGH in der vorliegenden Entscheidung gerade nicht über die Gleichwertigkeit der Beurkundung entschieden. Vielmehr lässt er es offen, ob auch nach der Gesetzesänderung in der Schweiz in 2008 die Gleichwertigkeit noch vorliegt.⁶ Für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ist insbesondere zu beachten, dass durch die Gesetzesreform 2008 in der Schweiz gerade eine Übertragung von GmbH-Anteilen nicht mehr zu beurkunden ist. Dies könnte gegen eine Gleichwertigkeit sprechen. Daneben sehen die verschiedenen Kantone unterschiedliche Anforderungen an die Bestellung zum Notar vor, welches bislang vom BGH nicht beachtet wurde.⁷

**Bis Frage der „Gleichwertigkeit“ geklärt ist,
sind mit Beurkundungstourismus große Rechtsrisiken verbunden**

Solange keine aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gleichwertigkeit der schweizerischen Beurkundung mit der deutschen Beurkundung vorliegt, liegt das Risiko der Beurkundung einer Über-

¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, Rn. 14.

² Vgl. BGH, ZIP 1989, 1052, 1054 f; BGH, Beschluss vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, Rn. 23.

³ Vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, Rn. 8, 9.

⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, Rn. 13.

⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, Rn. 23.

⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, Rn. 23.

⁷ Vgl. Herrler, GmbHR 5/2014, 225, 231.

tragung von GmbH-Geschäftsanteilen in der Schweiz bei den Vertragspartnern. Zwar wird das Registergericht die Gesellschafterliste auch von einem Schweizer Notar annehmen, jedoch könnte die Beurkundung unwirksam sein. Im Falle der Unwirksamkeit der Beurkundung ist das Rechtsgeschäft gem. § 125 BGB nichtig und die Übertragung rückabzuwickeln. Dies gilt auch noch Jahre nach der notariellen Beurkundung, weshalb erhebliche Folgeprobleme (z. B. für die Transaktionsfinanzierung, Weiterveräußerbarkeit) auftreten können. Daher sollte hinsichtlich der bestehenden Risiken bis zum Vorliegen einer höchstrichterlichen Rechtsprechung keine notariellen Beurkundungen insbesondere von der Übertragung von GmbH-Anteilen in der Schweiz vorgenommen und Abstand vom Beurkundungstourismus genommen werden. Der Kostenvorteil steht zu den eingegangenen Risiken in keinem akzeptablen Verhältnis.

Wir unterstützen Sie gern im **Gesellschaftsrecht**. Rufen Sie uns einfach an (0441-97023553) oder schreiben Sie uns eine E-Mail (kanzlei@haunhorst-schmidt.de).

CT · HAUNHORST · SCHMIDT – Die Wirtschafts**Anwälte** in Oldenburg