

ZUM SPAREN IN DIE SCHWEIZ?
ZWEIFEL AN DER ZULÄSSIGKEIT VON AUSLANDSBEURKUNDUNGEN
NACH DEM INKRAFTTRETEN DES MOMIG
(URTEIL DES LG FRANKFURT A.M. VOM 7.OKTOBER 2009)



Die GmbH ist die beliebteste Rechtsform in Deutschland. Ihre Struktur kann den Erfordernissen des jeweiligen Unternehmens gut angepasst werden und ist auch in der rechtlichen Verwaltung einfach zu handhaben. Nur bei der Anteilsübertragung ist – anders als bei z.B. der Aktiengesellschaft und vom Gesetzgeber bewusst zur Erschwerung eines Handels mit Anteilen – die notarielle Beurkundungspflicht als „Unannehmlichkeit“ vorgeschrieben. Neben dem formalen Aufwand wird immer wieder über die damit verbundenen Kosten geklagt. Seit Jahren wurde daher eine kostengünstige Variante der Anteilsübertragung gesucht und mit der Beurkundung in der Schweiz auch gefunden. Dort können die Beurkundungskosten mit den Notaren frei verhandelt werden, ohne dass wie in Deutschland zwingende Kostenvorschriften zum Tragen kämen. Nach anfänglichen Unsicherheiten und einigen Gerichtsurteilen, darunter auch einer Entscheidung des BGH galt diese Auslandsbeurkundung zumindest vor einem Notar in der Kantonen Basel-Stadt, Zürich-Altstadt und Zug als rechtlich wirksam.

Am 1. November 2008 ist das MoMiG in Kraft getreten, durch welches u.a. das GmbH-Recht modernisiert werden sollte. Dabei wertete der Gesetzgeber auch die lange stiefmütterlich behandelte Gesellschafterliste auf. Neu eingeführt hat er auch die Pflicht des Notars, bei Beurkundungen von Anteilsübertragungen anstelle des Geschäftsführers eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen. Aufgrund dieser Bestimmung ist nunmehr die schon abgeschlossen geglaubte Frage über die Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen wieder aufgelebt. Inzwischen hat sich dazu ein Gericht (LG Frankfurt a.M. NZG 2009, 1353) geäußert. Das LG Frankfurt a.M. hatte an sich nur über einen Fall, der sich noch vor dem MoMiG ereignet hatte, zu entscheiden. Folglich betonte das Gericht nochmals, dass die

relevante Beurkundung vor einem Notar in Basel nach deutschem Recht anzuerkennen sei. Allerdings hat das LG Frankfurt a.M. in einem knapp vierzeiligen obiter dictum, also in einer Art Nebenbemerkung, seine Einschätzung geäußert, wegen der Neufassung der Regelung zur Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 2 GmbHG) sei jetzt eine Auslandsbeurkundung vor einem Baseler Notar nicht mehr wirksam.

Nüchtern betrachtet ist diese Äußerung des LG Frankfurt a.M. zur neuen Rechtslage rechtlich irrelevant und auch ohne echte Begründung. Dennoch hat dieses Urteil ein großes Echo gefunden. Im Ergebnis ist es jedoch unzutreffend:

Die Wirksamkeit einer Anteilsübertragung im Ausland ist dann gegeben, wenn die sogenannte Geschäftsform, d.h. hier die notarielle Beurkundung, eingehalten wird. Nach der Rechtsprechung des BGH ist hierzu erforderlich, dass die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist.

Diese Gleichwertigkeit liegt vor, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und das ausländische Beurkundungsverfahren dem deutschen gleichwertig ist. Gemessen an diesen Kriterien waren nach der Rechtsprechung Beurkundungen durch einen schweizerischen Notar in den Kantonen Basel-Stadt, Zürich-Altstadt und Zug wirksam.

Das MoMiG hat keineswegs die Kriterien für die Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen (insbesondere Vorbildung und Stellung des ausländischen Notars im Rechtsleben) geändert. Zweifel an der Wirksamkeit der Beurkundung an diesen Orten hat vielmehr die vom MoMiG eingeführte Pflicht des beurkundenden Notars, nach der Beurkundung die geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, hervorgerufen. Die Gegner der Auslandsbeurkundung setzen genau hier an. Zu Recht sagen sie, der ausländische Notar könne dieser Pflicht aus einem deutschen Gesetz nicht unterliegen. Daraus schließen sie weiter, der ausländische Notar dürfe die Mitteilung nicht machen und ohne Mitteilung sei die Beurkundung unwirksam. Beide Schlussfolgerungen können nicht überzeugen. Wenn jemand keine Pflicht zur Vornahme einer Handlung hat, kann er sehr wohl dennoch diese Handlung vornehmen, hier also die Gesellschafterliste einreichen. Außerdem ist die Berichtigung der Gesellschafterliste die Folge einer wirksamen Beurkundung und nicht deren Voraussetzung, dies ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, so heißt es in § 40 GmbHG: „unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter“.

Aber noch andere Argumente im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste sprechen für eine weiterhin mögliche Beurkundung von GmbH-Anteilsübertragungen im Ausland. Für die Führung der Gesellschafterliste ist zunächst der Geschäftsführer einer GmbH verantwortlich, § 40 Abs. 1 GmbHG. Nur falls ein Notar an einer Veränderung der GmbH-Gesellschafterstruktur mitgewirkt hat, trifft diesen die Verpflichtung zur Einreichung einer aktualisierten Liste. Selbst wenn also ein ausländischer Notar wegen der fehlenden Pflicht auch nicht das Recht hätte, die neue Gesellschafter-

liste einzureichen, würde die Pflicht eben wieder den Geschäftsführer treffen. Aus der grundsätzlichen Zuständigkeit des Geschäftsführers für eine korrekte Gesellschafterliste lässt sich auch erkennen, dass dafür nicht besondere juristische Kenntnisse erforderlich sind, die nur ein deutscher Notar haben könnte. Eine Exklusivität für deutsche Notare, die ein Tätigwerden ausländischer Notar per se ausschließen würde, lässt sich daher nicht annehmen.

Die anderen Argumente für eine weiterhin mögliche Auslandsbeurkundung finden sich gerade im MoMiG und dem damit verfolgten Ziel, die deutsche GmbH international einsetzbar zu machen. Seit der Reform im letzten Jahr ist es für eine GmbH zulässig, einen Verwaltungssitz im Ausland zu haben. Damit soll deutschen Unternehmen ermöglicht werden, ihre ausländischen Tochtergesellschaften als GmbH zu organisieren, wie dies bisher bspw. englische Unternehmen mit ihren Limiteds machen konnten. Die gesamte Geschäftsführung und Verwaltung einer GmbH kann also jetzt bspw. in Basel angesiedelt sein. Auch kann – wie bereits bisher – ein Ausländer Geschäftsführer einer GmbH sein, seit dem MoMiG muss die Belehrung gem. § 8 Abs. 3 GmbHG nicht mehr zwingend durch einen deutschen Notar erfolgen. Vielmehr kann sie auch durch „einen im Ausland bestellten Notar“ durchgeführt werden. Wenn das MoMiG so viel Internationalität zulässt und gerade fördert, warum sollte es dann eine davor zulässige Auslandsbeurkundung abschaffen wollen und dies indirekt über eine Folge aus einer Anteilsveränderung?

Auch wenn – trotz des Urteils des LG Frankfurt a.M. – die Auslandsbeurkundung eines GmbH-Anteilsverkaufs weiterhin zulässig sein dürfte, ist aus Vorsichtsgründen bis zu einer höchstrichterlichen Klarstellung bei den kostengünstigen Beurkundungen in der Schweiz Zurückhaltung angebracht. Allzulange dürfte diese Ungewissheit nicht mehr bestehen, da wir bereits Kenntnis von Verfahren haben, die vermutlich zu dieser Klärung führen.

DR. STEFAN HEYDER / DR. CHRISTIAN SCHRÖDER