

Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung

Seit Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 hat die zuvor fast zum Erliegen gekommene Diskussion über die Zulässigkeit der Beurkundung von Rechtsvorgängen bei deutschen GmbHs durch ausländische Notare neue Nahrung erhalten. Der Grundsatz, dass ein gleichwertiger ausländischer Rechtsvorgang die Beurkundung durch einen deutschen Notar ersetzt¹, wird zwar weiterhin weder von Befürwortern noch von Gegnern der Auslandbeurkundung in Zweifel gezogen. Der Auslandbeurkundung wird jedoch entgegengehalten, dass diese Gleichwertigkeit bei einer Beurkundung in der Schweiz durch die veränderte Rechtslage nicht (mehr) erreicht werden kann.

Gegen die Gleichwertigkeit der Beurkundung in der Schweiz werden im Wesentlichen fünf Argumente vorgebracht:

1. Bei der Einreichung der Gesellschafterliste gemäss § 40 Abs. 2 GmbHG handle es sich um eine Amtspflicht nur des deutschen Notars, die sich der ausländische Notar nicht anmassen kann.
2. Bei der Einreichung der Gesellschafterliste gemäss § 40 Abs. 2 GmbHG könne der ausländische Notar nicht die Richtigkeitsgewähr des deutschen Notars bieten.
3. Der ausländische Notar schliesse seine persönliche Haftung aus.
4. Dem ausländischen Notar fehle die genaue Kenntnis des Inhalts der deutschen Rechtsordnung.
5. Dem Schweizer Notar fehle seit Abschaffung der Beurkundungspflicht für Anteilsübertragungen an schweizerischen GmbH die nötige Berufserfahrung.

¹ So u.a.: BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, 76ff; BGH v. 4.11.2004, III ZR 172/03, E. II. 2. b), OLG Frankfurt v. 25.1.2005, 11 U 8/04, Rz 69ff = GmbHR 2005, 764, 766f; Klein/Theusinger, Urteilscommentar, EWiR 2005, 727 f.; OLG München v. 19.11.1997, 7 U 2511/97 = GmbHR 1998; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 33 II 2

I.

Interessanterweise findet bei den Gegnern der Auslandsbeurkundung regelmässig keine vertiefte Auseinandersetzung mit den ausländischen Notariaten statt². Dabei spielen die ausländischen Normen in der Diskussion eine nicht zu unterschätzende Rolle, die bislang offenbar nicht erkannt worden ist. Die vorliegende Abhandlung konzentriert sich daher auf diesen Einfluss ausländischer Normen. Da es nicht möglich ist, hier eine Vielzahl ausländischer Notariate darzustellen, werden die Ausführungen auf das Notariat des Kantons Basel-Stadt beschränkt.

Zum besseren Verständnis der die Diskussion beeinflussenden Normen wird ein kurzer Einblick in das Notariat des Kantons Basel-Stadt³ vorangestellt:

In der Schweiz legt der Bund für das Notariat lediglich die Rahmenbedingungen, respektive Mindestanforderungen fest. Die meisten Bestimmungen zur Beurkundung erschöpfen sich in materiell-rechtlichen Vorschriften. So schreibt beispielsweise bei Testamenten eine bundesrechtliche Bestimmung für den Beurkundungsvorgang die Beiziehung zweier Zeugen vor. Im Übrigen aber sieht Art. 55 Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vor, dass „die Kantone bestimmen in welcher Weise auf ihrem Gebiet öffentliche Beurkundung hergestellt wird“.

Die Ausgestaltung des Beurkundungsrechts ist in den 26 Voll- und Halbkantonen der Schweiz so unterschiedlich wie die Geschichte der Kantone. Vom Amtsnotar, über den Nur-Notar bis zum Anwaltsnotar sind sämtliche Systeme vertreten, teilweise auch nebeneinander. Die Beurkundungsvorschriften sind dabei in einigen Kantonen ziemlich vage, in anderen dagegen äusserst streng. Ebenso unterschiedlich ausgestaltet ist die Ausbildung der Notare; während in einigen Kantonen sogar Nichtjuristen zum Notariat zugelassen werden, werden in anderen eigene, hoch qualifizierte Studiengänge für Notare vorausgesetzt. Auch die

² Die Argumentation gegen die Auslandbeurkundung findet sich zusammengefasst in der Deutschen Notar-Zeitschrift 8/2009, Braun: Die Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH im Ausland: Wirksam oder nicht?

³ Soweit nachfolgend das Basler Notariat genannt wird, ist das Notariat des Kantons Basel-Stadt gemeint. Es darf nicht mit dem Notariat des Kantons Basel-Landschaft verwechselt werden, dessen gesetzliche Grundlagen grundsätzlich anders sind und wo soweit bekannt noch nie eine Auslandsbeurkundung durchgeführt worden ist.

Notargebühren berechnen sich in jedem Kanton grundlegend anders. Aus all diesen Gründen ist für die Notare in der Schweiz ein reger Wettbewerb Alltag.

Das Notariat des Kantons Basel-Stadt war seit jeher stark vom deutschen Recht geprägt. Obwohl Basel bereits im Jahre 1501 der Eidgenossenschaft beigetreten ist, hat es die von Kaiser Maximilian erlassene Reichsnotariatsordnung von 1512 übernommen⁴. Seither lehnte sich die Fortentwicklung des Notariatsrechtes immer an Deutschland an. Zuletzt geschah dies auch im Rahmen der Revision des Notariatsrechtes im Kanton Basel-Stadt zum 1. Januar 2008. Viele Bestimmungen des Basler Notariatsgesetzes entsprechen daher denjenigen des deutschen Beurkundungsgesetzes und die Verfahrensabläufe gleichen einander auffällig.

Einziger wesentlicher Unterschied zum deutschen Beurkundungsrecht ist, dass der Kanton Basel-Stadt den Notarvertreter nicht kennt. Basler Notare beurkunden ihre Geschäfte immer persönlich.

Der Zugang zum Notariat im Kanton Basel-Stadt gehört zu den schwierigsten in der Schweiz. Voraussetzung für die Zulassung zur Prüfung ist ein abgeschlossenes juristisches Studium sowie aufgrund der Gestaltung der Prüfung faktisch auch das bestandene Anwaltsexamen (Nichtanwälte müssen zusätzliche Prüfungen ablegen, die praktisch der Anwaltsprüfung entsprechen). Ausserdem sind Praktika beim Handelsregister- und Grundbuchamt sowie bei Notaren Vorbedingung. Die Anforderungen sind so hoch, dass von 13 Prüfungskandidaten in den Jahren 2007 und 2008 gerade 3 Personen das Examen bestanden haben.

⁴ www.baslernotare.ch/BaslerNotare/Geschichte

II.

Zu den fünf eingangs erwähnten Hauptargumenten gegen die Auslandsbeurkundung ist nunmehr unter Einbezug der für Basler Notare massgebenden Normen folgendes auszuführen:

Behauptung 1: Bei der Einreichung der Gesellschafterliste gemäss § 40 Abs. 2 GmbHG handelt es sich um eine Amtspflicht nur des Deutschen Notars, die sich der ausländische Notar nicht anmassen kann.

Dieser Aspekt ist zuletzt deutlich in den Vordergrund gerückt. Er wird daher als erstes behandelt:

Vorab ist zu bemerken, dass die deutschen Handelsregister im ersten Jahr der Geltung des MoMiG die von Basler Notaren nach erfolgten Anteilsübertragungen eingereichten Gesellschafterlisten nach § 40 Abs. 2 GmbHG soweit bekannt allesamt aufgenommen haben.

Inzwischen hat sich das Landgericht Frankfurt mit Urteil vom 7. Oktober 2009 als erste Instanz in einem streitigen Verfahren zum Thema geäussert. Das Landgericht Frankfurt hatte einen im Kanton Basel-Stadt im Jahre 2005 beurkundeten Anteils- und Abtretungsvertrag an einem deutschen GmbH-Anteil und eine anfangs 2009 in Zürich bloss privatschriftlich geschlossene Verpfändung zu beurteilen.

Das Landgericht Frankfurt verneint die Formgültigkeit des bloss privatschriftlich geschlossenen Verpfändungsvertrages.

Es bestätigt hingegen, dass die Beurkundung eines Geschäftsanteilsabtretungsvertrages vor einem Basler Notar wirksam ist und weist die „stark notarberufsbezogenen gegensätzlichen Ausführungen der Prozessbevollmächtigten der Klägerin“ als nicht überzeugend zurück.

In einem Ausblick auf die Beurteilung des Sachverhaltes bei einer Beurkundung nach dem 1. November 2008 nimmt das Landgericht Frankfurt das Argument der Gesellschafterliste auf und deutet an, dass es „nicht nur möglich sondern wahrscheinlich“ sei, dass ein Basler Notar der Verpflichtung zur Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG wegen fehlenden Amtsbefugnissen nicht nachkommen kann. Bei einer *Anteilsübertragung* unter MoMiG müsse daher möglicherweise eine andere Einschätzung erfolgen. Wie diese andere Einschätzung aussehen würde, führt das Landgericht Frankfurt nicht aus.

Das Landgericht Frankfurt zweifelt zu Recht nicht an der Gleichwertigkeit und Formgültigkeit des Beurkundungsvorganges im Kanton Basel-Stadt. Es bezweifelt lediglich die Zuständigkeit des ausländischen Notars, eine Liste im Sinne von § 40 Abs. 2 GmbHG einzureichen. Es stellt damit nicht die Formgültigkeit, wohl aber den Sinn der im Ausland vorgenommenen Anteilsübertragung in Frage. Denn im Verhältnis zur Gesellschaft gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 GmbHG).

Aus diesem Urteil lässt sich zunächst eines schliessen: Vorgänge, die keine Pflicht des beteiligten Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste auslösen, betrachtet auch das Landgericht Frankfurt weiterhin als unproblematisch. Anteilsverpfändungen, Angebote oder blosse Kaufverträge ohne Anteilsübertragung, können mithin weiterhin im Kanton Basel-Stadt beurkundet werden.

Hinsichtlich Änderungen im Bestand der Gesellschafter die eine Einreichungspflicht des Notars nach § 40 GmbHG auslösen, ist sodann zweierlei zu sagen:

a.)

Bei der Prognose des Landgerichtes Frankfurt zur künftigen Beurteilung von § 40 Abs. 2 GmbHG bleibt das ausländische Recht ausser Acht.

Der Basler Notar ist „zuständig für die Beurkundung aller Geschäfte und Tatsachen, über welche gemäss Gesetz oder nach dem Willen der Parteien eine öffentliche Urkunde zu errichten ist“ (§ 2 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt {NotG}). Nach § 28 NotG gilt: „ Die Notarin oder der Notar hat dafür zu sorgen, dass eintragungsbedürftige Akten ohne Verzug zur Anmeldung gelangen, sobald alle für den Registereintrag erforderlichen Elemente vorliegen.“ Die Kombination dieser Bestimmungen zeigt, dass Basler Notare schon aus eigener Amtspflicht gehalten sind, bei einer von ihnen beurkundeten Anteilsübertragung nach deutschem Recht anschliessend die Gesellschafterliste einzureichen.

b.)

In der Literatur wurde nach Inkrafttreten des MoMiG zunächst die Auffassung vertreten, bei der Auslandsbeurkundung finde nur § 40 Abs. 1 GmbHG Anwendung, d.h. in solchen Fällen bleibe es bei der Einreichungspflicht des

Geschäftsführers⁵. Mit der Einreichung der Gesellschafterliste sei den Anforderungen von § 16 Abs. 1 GmbHG auch Genüge getan.

Die Basler Notare haben in der Praxis aber darauf hingewiesen, dass sie zur Einreichung einer notariellen Liste in der Lage sind und so hat sich im ersten Jahr der Geltung des MoMiG dieses Vorgehen eingebürgert. Denn auch wenn der deutsche Gesetzgeber die Pflicht des § 40 Abs. 2 GmbHG dem ausländischen Notar nicht überbinden kann, so ist doch der Basler Notar durch Art. 11 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) wie auch § 33 Abs. 4 NotG ausdrücklich ermächtigt, deutsche Verfahrensnormen zu beachten und zu befolgen. Wieso diese auf IPRG und NotG beruhende, freiwillige Erfüllung der Pflicht nach § 40 Abs. 2 eine Anmassung sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

Erst Recht kann eine Anmassung von Amtspflichten nicht gegeben sein, wenn der beurkundende Basler Notar zugleich als deutscher Rechtsanwalt den vom deutschen Gesetzgeber auferlegten Pflichten ohnehin unterliegt.

Fazit 1: Gegen Vorgänge wie Anteilsverpfändungen, Angebote oder blosse Kaufverträge, die keine Pflicht des beteiligten Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste auslösen, kann Behauptung 1 zum vornherein keine Bedenken wecken.

Fazit 2: Basler Notare massen sich bei Einreichung von Gesellschafterlisten nach § 40 Abs. 2 GmbHG keine Amtspflichten deutscher Notare an sondern handeln aus eigener Amtspflicht.

Behauptung 2: Bei der Einreichung der Gesellschafterliste gemäss § 40 Abs. 2 GmbHG kann der ausländische Notar nicht die Richtigkeitsgewähr des deutschen Notars bieten.

Einzureichen ist eine Liste aus der sich einerseits die bisherigen Gesellschafter, andererseits die sich aus dem Beurkundungsvorgang ergebenden neuen Gesellschafter ergeben. Ferner hat der Notar zu bescheinigen, dass die Veränderung dem entspricht, was bei ihm beurkundet worden ist. Zu diesem Zweck ruft der Notar vor Beurkundung beim Amtsgericht die zuletzt hinterlegte Liste elektronisch ab, respektive lässt sich, soweit noch keine Liste elektronisch

⁵ So beispielsweise Roth/Altmeppen: GmbHG, 6. Auflage 2009, § 15, Rn 87f), DStR 33/2008: Andreas Engel: Die Auslandsbeurkundung nach MoMiG und Schweizer GmbH-Reform, 1593ff., Deutsche Notar-Zeitschrift 6/2008: Notar Prof. Dr. Dieter Mayer: Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, S. 411

hinterlegt ist, eine solche vom zuständigen Amtsgericht in beglaubigter Form zustellen. Danach erstellt er auf Basis dieser Liste und des bei ihm beurkundeten Vertrages die einzureichende Gesellschafterliste.

Eine derartige Tätigkeit ist wohl jedem Notar vertraut und es kann nicht ernsthaft behauptet werden, ein Basler (oder irgendein anderer) Notar sei aufgrund fehlender Kenntnisse oder andern Gründen nicht in der Lage, diese Bescheinigung mit gleicher Richtigkeitsgewähr auszustellen, wie ein deutscher Notar⁶.

Fazit 3: Die Gesellschafterliste der Basler Notare bietet gleichwertige Richtigkeitsgewähr wie die Gesellschafterliste deutscher Notare

Behauptung 3: Der ausländische Notar schliesst seine persönliche Haftung aus.

Gemäss Artikel 61 des schweizerischen Obligationenrechtes steht es den Kantonen frei, die Schadenersatzpflicht ihrer Beamten (und dazu zählen auch die Notare ungeachtet dessen, ob freiberuflich tätig oder nicht) zu regeln⁷. Im Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt (NotG) wurde von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und folgende Norm statuiert: „§ 58 Die Notarinnen und Notare haften für Schäden aus fehlerhafter Berufsausübung nach Massgabe ihres Verschuldens. Der Staat haftet nicht. Zuständig für die Beurteilung sind die für privatrechtliche Streitigkeiten zuständigen Gerichte“. Diese Bestimmung ist zwingender Natur; ein im Kanton Basel-Stadt tätiger Notar kann also seine persönliche Haftung in keiner Weise ausschliessen oder beschränken. Dem Autor ist denn auch kein einziger Fall bekannt, in dem ein Basler Notar seine Haftung ausgeschlossen hätte.

Fazit 4: Die Behauptung Basler Notare würden ihre Haftung ausschliessen ist schlicht falsch.

Behauptung 4: Dem ausländischen Notar fehlt die genaue Kenntnis des Inhalts der deutschen Rechtsordnung

Alle Auslandsbeurkundungen anbietenden Basler Notare haben sich im deutschen Recht umfassend weitergebildet. Der Autor selbst beispielsweise hat die

⁶ Dazu noch ausführlicher: Günther Seulen, Partner bei Oppenhoff & Partner, Folgen für Auslandsbeurkundung, Handelsblatt vom 11. April 2009

⁷ Christian Brückner: Schweizerisches Beurkundungsrecht, § 15, N 601, S 184

Eignungsprüfung als deutscher Rechtsanwalt abgelegt, ist Mitglied der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf und nimmt mehrmals im Jahr an Weiterbildungsveranstaltungen in Deutschland teil. Mehrere andere Basler Notare haben die Intensivkurse der DeutschenAnwaltsAkademie zur Vorbereitung der Eignungsprüfung als Rechtsanwalt in der Bundesrepublik Deutschland schon zu Zeiten erfolgreich besucht, als sie als Schweizer zu der Eignungsprüfung selbst nicht zugelassen waren. Dies keineswegs nur wegen den Auslandsbeurkundungen, sondern weil in Basel praktizierende Anwälte und Notare aufgrund der grenznahen Lage zur Kenntnis der ausländischen Rechtsordnungen praktisch verdammt sind. In vielen Basler Kanzleien arbeiten daher inzwischen auch deutsche Rechtsanwälte und bringen auch auf diesem Wege ihr know how ein.

Es ist somit davon auszugehen, dass die Auslandsbeurkundungen anbietenden Basler Notare entsprechende Kenntnisse des deutschen Rechts auch aufweisen.

Fazit 5: Die Behauptung Basler Notaren fehle die genügende Kenntnis der ausländischen Rechtsordnung ist falsch.

Behauptung 5: Dem Schweizer Notar fehlt seit Abschaffung der Beurkundungspflicht für Anteilsübertragungen an schweizerischen GmbH die nötige Berufserfahrung.

Anders als in Deutschland wo dieser Schritt im Rahmen des MoMiG wegen des Aufwandes für die Handelsregister gescheut wurde, sind in der Schweiz die Gesellschafter einer GmbH dem Handelsregister nicht nur in einer Liste zu nennen, sondern sie sind ins Handelsregister einzutragen und erscheinen auf einem Handelsregisterauszug. Bei jeder Anteilsübertragung ist somit eine förmliche Registeranmeldung erforderlich und die Unterschriften der neu zeichnungsberechtigten Personen sind zu beglaubigen. Aus diesem Grunde bleiben praktisch alle Anteilsübertragungen an Schweizer GmbH in der Hand des Notars. Sie unterliegen einzig nicht mehr der förmlichen Beurkundungstätigkeit und damit natürlich auch nicht dem Notariatstarif.

Fazit 6: Das Argument Basler Notare hätten keine Erfahrung mehr mit Anteilsabtretungen an Schweizer GmbHs geht bereits aufgrund der Rechtsordnung in der Schweiz völlig ins Leere.

III.

Bekanntlich ist es Rechtsanwälten innerhalb der EU und EFTA erlaubt, in jedem EU oder EFTA Staat mit dem Anwaltstitel ihres Herkunftslandes tätig zu sein. Dabei darf aber nur der im Herkunftsland erworbene Anwaltstitel verwendet werden. Nach 3 Jahren Tätigkeit in einem anderen europäischen Land oder aufgrund bestandener Eignungsprüfung darf dann auch der Anwaltstitel des betreffenden Landes geführt werden. Auf Grundlage des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über den Personenverkehr gilt dies seit dem 1. Juni 2002 auch zwischen Rechtsanwälten aus EU- und EFTA-Staaten einerseits und der Schweiz andererseits. Das Näherücken Europas bewirkt also, dass die ausländische Berufsqualifikation weit höher gewertet wird als früher. Es wird dem betroffenen Rechtsanwalt überlassen zu entscheiden, ob er sich in der entsprechenden Rechtsordnung fit genug fühlt um eine Tätigkeit auszuüben, welche Kenntnis der „fremden“ Rechtsordnung verlangt, und es bleibt dem Konsumenten überlassen zu entscheiden, ob er dem „ausländischen“ Rechtsanwalt das nötige Vertrauen entgegenbringt. So waren bereits im März 2005 in der Schweiz 139 europäische Rechtsanwälte berechtigt den Anwaltstitel eines Schweizer Kantons zu führen, wobei nur 4 dieser 139 Personen die Eignungsprüfung in der Schweiz abgelegt hatten⁸. Inzwischen dürfte sich diese Zahl vervielfacht haben.

Wendet man diesen Gedanken auf Auslandsbeurkundungen an und verbindet ihn mit der zuvor abgehandelten zwingenden persönlichen Haftung der Basler Notare, so führt dies selbstverständlich dazu, dass ein Basler Notar sich sehr genau überlegt, in welchen Bereichen des deutschen Rechtes er beurkunden will und kann. Umgekehrt überlegt sich auch der Rechtssuchende sehr genau, ob er eine bestimmte Beurkundung in Basel oder in Deutschland durchführen will.

Dieser Entwicklung zur Freizügigkeit des Personenverkehrs und der Dienstleistungen konnte sich zuletzt selbst die konservative Schweiz nicht mehr verschliessen. Genau so wenig kann sich die Notartätigkeit bei internationalen Transaktionen diesem Trend verschliessen.

Gleichwohl ist und bleibt die Auslandsbeurkundung ein Ausnahmefall. Er wird weiterhin nur dann Anwendung finden, wenn der Kunde, der notarielle Dienstleistungen in Anspruch nimmt, von spezifischen Wettbewerbsvorteilen des Auslandnotars Gebrauch machen will. Dies wird er zum Vornherein wie bisher nur

⁸ Bernd Ehle/Dorothea Seckler: Die Freizügigkeit europäischer Anwälte in der Schweiz, in Anwalts Revue 6-7/2005,

tun, wenn er sich diese Auswahl des Rechtsdienstleisters auch sonst gewohnt ist. Im Normalfall wird sich der Rechtssuchende aber weiterhin für den vertrauten Notar vor Ort entscheiden. Doch er muss das Recht haben, sich auch anders zu orientieren.