



Dr. Graciela Hoffmann, Frankfurt a. M.

## **Formwirksamkeit der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen**

*Der Beitrag befasst sich mit der Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen anlässlich der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen. Diese wurde in einem obiter dictum des LG Frankfurt am Main (BB 2009, 2500) in Frage gestellt. Dabei wird konkret auf den wohl häufigsten Fall der Auslandsbeurkundung, die Beurkundung im deutschsprachigen Teil der Schweiz, Bezug genommen. Ausgehend von der bisherigen Rechtslage beleuchtet die Autorin die Auswirkungen der Änderungen sowohl im schweizerischen Obligationenrecht als auch durch das deutsche MoMiG. Das Fazit bietet eine Handlungsempfehlung aus anwaltlicher Sicht.*

### **S. 1**

- HFR 1/2011 S. 1 -

#### **1 A. Einleitung**

Im Rahmen von Unternehmenskäufen war es bislang weitgehend üblich, die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH in europäischen Nachbarländern, allen voran in der Schweiz, beurkunden zu lassen. Hintergrund für diesen „Beurkundungstourismus“ war in erster Linie, Notargebühren zu sparen. Denn die Schweizer Notare sind flexibler in der Honorargestaltung als die deutschen Notare, und es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Gebühr für den Beurkundungsvorgang frei zu vereinbaren. Diese verbreitete Praxis änderte sich letztendlich auch nicht wesentlich durch die seit 2004 in Deutschland geltende Geschäftswertobergrenze für Notargebühren<sup>1</sup>.

- 2 Die Auslandsbeurkundung war bislang in Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt, zumindest wenn die Beurkundung in bestimmten Kantonen in der Schweiz vorgenommen wurde. Die Diskussionen um die Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung von Geschäftsanteilsübertragungen wurde durch die Reform des Schweizer Obligationenrechts und das am 1. November 2008 in Deutschland in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen („**MoMiG**“)<sup>2</sup> aber wieder neu entfacht. Weitere Brisanz erhielt die Frage nach der Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen durch die mittlerweile rechtskräftige Entscheidung des LG Frankfurt/M. vom 7. Oktober 2009<sup>3</sup>, das in einem obiter dictum bezweifelt, dass Auslandsbeurkundungen von Geschäftsanteilsübertragungen in ihrer bisherigen Form vor dem Hintergrund des MoMiG wirksam sind. Diese Ereignisse geben Anlass, die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen, namentlich in der Schweiz, erneut zu überprüfen und kritisch zu hinterfragen.

### **S. 2**

- HFR 1/2011 S. 2 -

#### **3 B. Auslandsbeurkundung von Geschäftsanteilsübertragungen nach früherer Rechtslage**

Die Abtretung von Geschäftsanteilen einer deutschen GmbH bedarf zu Ihrer Wirksam-

<sup>1</sup> § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO sieht nunmehr eine Geschäftswertobergrenze von EUR 60 Mio. vor.

<sup>2</sup> BGBl. I, S. 2026.

<sup>3</sup> LG Frankfurt/M. BB 2009, 2500.

<sup>4</sup> BGHZ 141, 207, 211; BGH NZG 2008, 377, 378.

keit gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung. Die notarielle Form soll den leichten und spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen erschweren und die Beweisführung hinsichtlich des Inhabers der Geschäftsanteile erleichtern<sup>4</sup>, mithin eine höhere Rechtssicherheit schaffen<sup>5</sup>. Sinnvoll ist dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Mitgliedschaft in einer GmbH nicht verbrieft ist und der Erwerber eines Geschäftsanteils somit Schwierigkeiten hat, der GmbH gegenüber seine Inhaberschaft nachzuweisen<sup>6</sup>.

- 4 Die Abtretung richtet sich als dingliches Rechtsgeschäft nach dem Gesellschaftsstatut. Auf eine Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH im Ausland findet daher in materieller Hinsicht stets das deutsche Gesellschaftsrecht Anwendung<sup>7</sup>. Eine freie Rechtswahl kommt anders als beim zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft nicht in Betracht<sup>8</sup>.
- 5 Ob eine im Ausland beurkundete Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH in Deutschland formwirksam ist, bestimmt sich nach den Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts. Nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft gültig vorgenommen, wenn es entweder die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf den Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (sog. Geschäftsform oder Wirkungsstatut, Art. 11 Abs. 1 HS 1 EGBGB) oder die Formerfordernisse des Rechts des Staates, in dem es vorgenommen wird (sog. Ortsform, Art. 11 Abs. 1 HS 2 EGBGB). Nach dem Gesetz stehen Geschäftsform und Ortsform grundsätzlich gleichwertig nebeneinander. Ob eine Abtretung von Geschäftsanteilen lediglich unter Beachtung der Ortsform aber formwirksam ist, war bislang umstritten.

### S. 3

- HFR 1/2011 S. 3 -

#### 6 I. Geschäftsform

Die Geschäftsform setzt gemäß Art. 11 Abs. 1 HS 1 EGBGB voraus, dass die Beurkundung der Abtretung von Geschäftsanteilen im Ausland den Formerfordernissen des deutschen Rechts genügt, mithin die in § 15 Abs. 3 GmbHG vorgesehene notarielle Beurkundung gewahrt wird.

- 7 Nach Ansicht der Rechtsprechung zur früheren Rechtslage ist das der Fall, wenn der ausländische Beurkundungsvorgang dem deutschen gleichwertig ist. Gleichwertigkeit wurde bislang angenommen, 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 Beurkundungsrechts entspricht<sup>9</sup>.
- 8 Teilweise wird auch die Ansicht geäußert, eine Gleichwertigkeit sei aufgrund der verschiedenen Haftungsregime nicht gegeben, da ein Schweizer Notar im Gegensatz zum deutschen Notar seine Haftung gegenüber den Parteien der Beurkundung ausschließen kann und er darüber hinaus Dritten gegenüber nicht aufgrund gesetzlicher Ansprüche hafte<sup>10</sup>. Dies sollte in der Praxis bei Unternehmenskäufen allerdings nur dann von Bedeutung sein, wenn die Parteien nicht anwaltlich beraten seien, anderenfalls würden die Rechtsanwälte regelmäßig vorrangig haften<sup>11</sup>.

- 9 Vor dem Hintergrund, dass das schweizerische Recht die notarielle Prüfungs- und Be-

---

<sup>5</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 1; Reichert/Weller, in: MüKo GmbHG (2010), Bd. 1 § 15 Rdnr. 16 ff.

<sup>6</sup> BGHZ 13, 49, 52.

<sup>7</sup> Reichert/Weller, in: MüKo GmbHG (2010), Bd. 1 § 15 Rdnr. 134.

<sup>8</sup> Umstr. vgl. OLG Stuttgart GmbHR 2000, 721, 724.

<sup>9</sup> BGH 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160.

<sup>10</sup> Braun, DNotZ 2009, 585, 592.

<sup>11</sup> Trendelenburg, GmbHR 2008, 644 mit weiteren Verweisen zur Belehrungspflicht des Notars nach § 17 BeurkG und der Einstufung als Sollvorschrift in Fn. 9 und 10.

lehrungspflicht, die Identitätsfeststellung der Parteien, die Verhandlungsniederschrift, das Vorlesen, Genehmigen, Unterzeichnen der Urkunde durch die Parteien sowie das Siegeln und Unterzeichnen durch den Notar kennt und hiermit zugleich alle Pflichten eines deutschen Notars umrissen sind, und mithin auch der spekulative Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen bei einer schweizerischen Beurkundung erschwert wird, hat die Rechtsprechung eine Beurkundung jedenfalls in den Schweizer Kantonen Zürich-Altstadt, Basel-Stadt und Zug als mit der Geschäftsform des Art. 11 Abs. 1 HS 1 EGBGB vereinbar angesehen<sup>12</sup>. Die Gleichwertigkeit wurde von der Rechtsprechung ferner für Beurkundungen in Österreich<sup>13</sup> und den Niederlanden<sup>14</sup> angenommen, nicht hingegen für eine Beurkundung durch einen kalifornischen „notary public“<sup>15</sup>.

S. 4

- HFR 1/2011 S. 4 -

## 10 II. Ortsform

Umstritten war bislang, ob neben der Geschäftsform auch die Einhaltung der ausländischen Ortsform bei der Geschäftsanteilsabtretung nach Maßgabe von Art. 11 Abs. 1 HS. 2 EGBGB ausreichend ist. Voraussetzung für eine Anknüpfung an die Ortsform ist, dass das ausländische Ortsrecht eine der deutschen GmbH im Wesentlichen entsprechende Gesellschaftsform und ein der Geschäftsanteilsabtretung vergleichbares Rechtsgeschäft kennt<sup>16</sup>. War dies der Fall, ließ die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bei einer Geschäftsanteilsabtretung auch die Ortsform genügen<sup>17</sup>.

- 11 Lediglich vereinzelt wird die Ortsform in der juristischen Literatur unter Hinweis auf die Funktion des in § 15 Abs. 3 GmbHG vorgesehenen Beurkundungszwanges ausgeschlossen<sup>18</sup>. Dieser diene nicht nur der Beweissicherung und dem Übereilungsschutz, sondern müsse gegenüber der Aktiengesellschaft auch als Abgrenzungskriterium betrachtet werden, so dass ihm eine rechtsformprägende, typenschützende Funktion zukomme. Die Form der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH sei folglich verbindlich und unabhängig von der Ortsform durch die Geschäftsform geregelt<sup>19</sup>.
- 12 Weitere Bedenken gegen die Ortsform werden geäußert, wenn diese auf bestimmte Erfordernisse der Richtigkeitsgewähr verzichtet und beispielsweise mündliche oder privatschriftliche Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen erlaubt. Dies würde die Parteien zu einer missbräuchlichen Umgehung des § 15 Abs. 3 GmbHG geradezu einladen<sup>20</sup>.
- 13 Zwar haben der BGH und mehrheitlich die Oberlandesgerichte die Frage der Anknüpfung an die Ortsform offen gelassen, da die zur Entscheidung stehenden Sachver-

<sup>12</sup> BGH 22.5.1989 – II ZR 211/88, GmbHR 1990, 25; OLG München 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 (Basel-Stadt); BGH GmbHR 1981, 238 (Zürich); BGH NJW-RR 2000, 273; OLG Frankfurt/M. DNotZ, 1982, 186; LG Köln DB 1989, 2214; OLG München NJW-RR 1998, 758; OLG Frankfurt/M. NZG 2005, 820.

<sup>13</sup> Vgl. BayObLG GmbHR 1978, 39; LG Kiel BB 1998, 120.

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1990, 169.

<sup>15</sup> OLG Stuttgart GmbHR 2000, 721, 725.

<sup>16</sup> RGZ 120, 225, 229; OLG Stuttgart NZG 2001, 40.

<sup>17</sup> RGZ 160, 225, 229 ff.; BayObLG DB 1977, 2320, 2321 für Österreich; OLG Düsseldorf GmbHR 1990, 169; Winter/Seibt, in: Scholz, Komm. zum GmbH-Gesetz, 10. Aufl., 2006, Bd. 1 § 15 Rn 82; Winter/Löbbecke, in: Ulmer, GmbHG Großkommentar (2005), Bd. 1 § 15 Rdnr. 138; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Fn. 6 mw.N.; anders bei statusrelevanten Vorgängen (Gründung, Umwandlung, Satzungsänderung), hierzu Kindler, in: MüKo BGB, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rdnr. 534 m.w.N.

<sup>18</sup> Kindler, in: MüKo BGB, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rdnr. 531 ff.

<sup>19</sup> Kindler, in: MüKo BGB, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rdnr. 535; Laeger, BB 2010, 2647, 2648.

<sup>20</sup> Bayer, in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 28; vgl. auch Kowalski, in: Wachter, Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht 2010, Teil 2 Gesellschaftsrecht, 14. Kapitel, Rdnr. 90 ff.

halte die Voraussetzungen der Geschäftsform erfüllten<sup>21</sup>; der BGH hat aber in einem obiter dictum angemerkt, dass die Anwendbarkeit der Ortsform jedenfalls bei Fragen, die nicht die Verfassung der Gesellschaft betreffen, nahe liege<sup>22</sup>.

### 14 III. Zwischenfazit

Hiernach sind also Geschäftsanteilsabtretungen, die im Ausland, namentlich in den Schweizer Kantonen Zürich-Altstadt, Basel-Stadt und Zug vor Inkrafttreten des Schweizer Obligationenrechts und des MoMiGs beurkundet wurden, formwirksam vorgenommen worden. Es besteht insoweit kein Handlungsbedarf.

S. 5

- HFR 1/2011 S. 5 -

### 15 C. Auswirkungen der Reform des schweizerischen Obligationenrechts

Ob eine Beurkundung von Geschäftsanteilsübertragungen in der Schweiz jedoch weiterhin als wirksam angesehen werden kann, wurde in jüngster Zeit insbesondere vor dem Hintergrund der Reform des schweizerischen Obligationenrechts angezweifelt. In der früheren Fassung war hiernach für die Abtretung von Stammanteilen an einer schweizerischen GmbH gemäß Art. 791 Abs. 4 OR a.F. ein Beurkundungserfordernis vorgesehen. Dies ist seit dem 1. Januar 2008 entfallen. Gemäß Art. 785 Abs. 1 OR n.F. genügt für das Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft die schriftliche Form i.S.v. Art. 13 ff. OR.

### 16 I. Geschäftsform

In der juristischen Fachliteratur wird die Ansicht vertreten, dass sich hierdurch an der Vergleichbarkeit der Beurkundung in der Schweiz, sofern sie bislang bereits von deutschen Gerichten anerkannt war, nichts geändert habe, so dass Beurkundungsperson und -verfahren wie bisher zu bewerten seien<sup>23</sup>. Die Wahrung der deutschen Geschäftsform der notariellen Beurkundung sei trotz Änderung des Schweizer Rechts weiterhin möglich. Sie sei nur eben nach Schweizer Recht nicht mehr zwingend<sup>24</sup>. Ferner wird argumentiert, die Gleichwertigkeit beider Übertragungsformen könne weiterhin angenommen werden, denn der Normzweck des deutschen Beurkundungserfordernisses, die Erschwerung des Handels mit Geschäftsanteilen, sei bei Einhaltung aller Voraussetzungen des Art. 785 Abs. 1 OR n.F. auch durch die einfache Schriftform weiterhin gewahrt<sup>25</sup>.

17 Nach anderer Ansicht haben die Schweizer Notare aufgrund des Wegfalls des Beurkundungserfordernisses nach schweizerischem Recht die erforderliche Expertise bei der Errichtung gleichwertiger Urkunden nach deutschem Gesellschaftsrecht eingeübt<sup>26</sup>. Andererseits kann diesbezüglich entgegnet werden, dass der BGH nach der bisherigen Rechtslage auch nicht auf die individuellen Kenntnisse des betreffenden Notars abgestellt hat<sup>27</sup>.

18 Lassen die Parteien die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen in der Schweiz „freiwillig“ beurkunden, spricht viel dafür, dass die Geschäftsform nach Art. 11 Abs. 1 HS 1 EGBGB weiterhin eingehalten ist, da sich in Bezug auf die Rechtsform im Vergleich zur bisherigen Rechtslage keine nennenswerten Veränderungen ergeben haben. Es bleibt aber festzustellen, dass sich die Rechtslage durch die Reform des Schweizer

<sup>21</sup> BGH 22.5.1989 – II ZR 211/88, GmbHR 1990, 25; OLG München 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 (Basel-Stadt); BGH GmbHR 1981, 238 (Zürich).

<sup>22</sup> BGH BB 2004, 2707, 2708.

<sup>23</sup> Vgl. H. Winter/Seibt, in: Scholz, Komm. zum GmbH-Gesetz, 10. Aufl., 2006, Bd. 1 § 15 Rdnr. 87; Reichert/Weller, in: MüKo GmbHG (2010), Bd. 1 § 15 Rdnr. 155 m.w.N.

<sup>24</sup> Peters, DB 2010, 97, 98 m.w.N.

<sup>25</sup> Saenger/Scheuch, BB 2008, 65, 68; Peters, DB 2010, 97, 98.

<sup>26</sup> Braun, DNotZ 2009, 585, 588.

<sup>27</sup> Trendelenburg GmbHR 2008, 644, 647.

Obligationenrechts verändert hat und sich die Parteien einer Geschäftsanteilsabtretung nicht mehr ohne weiteres auf eine gefestigte Rechtsprechung des BGH berufen können.

S. 6

- HFR 1/2011 S. 6 -

## 19 II. Ortsform

Die Schweizer Ortsform nach Inkrafttreten des reformierten Schweizer Obligationenrechts bei der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen als ausreichend anzusehen, erscheint hingegen bedenklich, denn nach dem Schweizer Recht können die Parteien die Abtretung von Geschäftsanteilen an deutschen GmbHs mittlerweile auch privatschriftlich vornehmen. Das Beurkundungserfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG stünde dann zur Disposition der Parteien. Im Hinblick auf die zuvor geäußerten Bedenken der missbräuchlichen Umgehung der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG ist von einer in der Schweiz privatschriftlich vorgenommenen Geschäftsanteilsübertragung gegenwärtig abzuraten<sup>28</sup>, da sie dem Bestreben des Gesetzgebers, den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu verhindern, zuwider läuft.

## 20 D. Rechtslage nach MoMiG

### I. Neue Pflicht des Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste einschließlich Bestätigungsvermerk

Weitere Zweifel daran, ob eine Beurkundung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen noch von einem ausländischen Notar vorgenommen werden kann, haben sich im Zusammenhang mit der Reform des GmbH-Gesetzes durch das MoMiG ergeben. Mit Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 wurde die rechtliche Bedeutung der Gesellschafterliste signifikant erhöht. Sie soll nach neuem Recht die Beteiligungsstruktur der Gesellschaft transparenter machen, Geldwäsche verhindern und als Legitimation und Rechtscheinbestand für den nunmehr möglichen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen dienen. Parallel hierzu wollte der Gesetzgeber die materielle Richtigkeit der Gesellschafterliste weitgehend sicherstellen<sup>29</sup>.

21 Um dieses Ziel umzusetzen, wird der an einer Geschäftsanteilsübertragung mitwirkende Notar stärker in die Pflicht genommen: Gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. muss ein Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung (vgl. § 40 Abs. 1 GmbHG) mitgewirkt hat, eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einschließlich eines Bestätigungsvermerks einreichen.

S. 7

- HFR 1/2011 S. 7 -

## 22 II. Rechtsprechung des LG Frankfurt/M. und seine Folgen

Das LG Frankfurt/M. hat sich in seinem Urteil vom 7. Oktober 2009<sup>30</sup> als erstes Gericht zur Auslandsbeurkundung von Geschäftsanteilen nach Inkrafttreten des MoMiG geäußert. In der Entscheidung hatte das Gericht einen im Kanton Basel-Stadt im Jahr 2005 beurkundeten Kauf- und Übertragungsvertrag über einen deutschen GmbH-Geschäftsanteil sowie eine Anfang des Jahres 2009 in Zürich privatschriftlich geschlossene Anteilsverpfändung zu beurteilen. Das LG Frankfurt/M. lehnte die Formwirksamkeit des privatschriftlich geschlossenen Verpfändungsvertrages ab. Die Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung in Basel-Stadt aus dem Jahre 2005 hielt das Gericht für formwirksam, führte aber in einem obiter dictum dazu aus, dass „unter Geltung der jetzigen Fassung des § 40 Abs. 2 GmbHG eine andere Einschätzung nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich“ sei, da ein Baseler Notar mangels entsprechender Amtsbefugnisse den in § 40 Abs. 2 GmbHG aufgestellten Verpflichtungen

<sup>28</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 28; Weller, BB 2005, 1807 ff.; a.A. wohl Trendelenburg GmbH 2008, 644, 645; Schlösser GmbH 2007, 301, 304; Peters, DB 2010, 97, 98.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44 „erhöhte Richtigkeitsgewähr“.

<sup>30</sup> LG Frankfurt/M. BB 2009, 2500.

nicht werde nachkommen können.

### 23 **III. Ausschluss der Auslandsbeurkundung?**

Fraglich ist daher, ob die Beurkundung durch einen Schweizer Notar wegen der gesteigerten Pflichten des Notars gem. § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. der Beurkundung durch einen deutschen Notar noch gleichwertig ist.

#### 24 **1. Gesetzesbegründung zum MoMiG**

Die Begründung des Gesetzgebers zum MoMiG hilft nicht weiter. Sie beschäftigt sich mit der Auslandsbeurkundung nur am Rande. Hier heißt es: „Die Bestimmungen zur Gesellschafterliste sind bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.06.1998 nachgebessert und verschärft worden. Es bestehen jedoch weiterhin Lücken, z.B. bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen werden“<sup>31</sup>. Welche Lücken der Gesetzgeber tatsächlich vor Augen hat und in welcher Weise sie geschlossen werden, bleibt offen. Zwar könnte die Gesetzesbegründung so ausgelegt werden, dass eine Lücke gerade darin bestand, dass ein ausländischer Notar nach § 40 Abs. 1 S. 2 a.F. GmbHG nicht verpflichtet war, dem Registergericht eine von ihm beurkundete Geschäftsanteilsabtretung anzuzeigen<sup>32</sup>. Klarheit besteht diesbezüglich aber nicht. Auch kann weder der Gesetzesbegründung noch dem Gesetzestext die Aussage entnommen werden, dass Auslandsbeurkundungen nach dem MoMiG gänzlich ausgeschlossen sein sollen<sup>33</sup>.

S. 8

- HFR 1/2011 S. 8 -

#### 25 **2. Literaturstimmen zur Gleichwertigkeit**

Die Gleichwertigkeit wird in der juristischen Literatur teilweise mit dem Argument angezweifelt, dass ein Schweizer Notar nicht über hinreichende Kenntnisse des deutschen Gesellschaftsrechts verfüge, um auch bei größeren Transaktionen, die oftmals nicht unmittelbar wirksam werden, sondern beispielsweise vom Eintritt verschiedener Bedingungen abhängen, zu beurteilen, wann die Bedingung eingetreten und mithin die aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen ist<sup>34</sup>. Allerdings hat der BGH auch bisher nicht auf die individuelle Erfahrung des mit der Transaktion betrauten Notars abgestellt. Ferner könnte die Wirksamkeit einer Geschäftsanteilsübertragung bei komplexen Transaktionen anhand eines Vollzugsprotokolls („Closing Memorandum“)<sup>35</sup> festgestellt werden. Schließlich ist das Argument des Erfordernisses einer Expertise dann nicht haltbar, wenn man bedenkt, dass ein gutgläubiger Erwerb der Geschäftsanteile nach § 16 Abs. 3 GmbHG auch auf Grundlage einer vom Geschäftsführer eingereichten Gesellschafterliste möglich ist. Denn dem regelmäßig nicht im Gesellschaftsrecht geschulten Geschäftsführer einer GmbH obliegt gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG die Pflicht, eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, wenn ein Notar bei Änderungen auf Gesellschafterebene nicht mitgewirkt hat, beispielsweise bei der Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. Hieraus ist zu folgern, dass ausreichende Rechtskenntnisse der Person, die die Gesellschafterliste einreicht, für den gutgläubigen Erwerb gerade nicht Voraussetzung sind. Im Übrigen wird auch bei deutschen Notaren nicht gefordert, dass diese für eine formwirksame Beurkundung Expertise und Routine im Hinblick auf die Erstellung solcher gesellschaftsrechtlicher Urkunden haben.

26 Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen ergeben sich aber

<sup>31</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

<sup>32</sup> Gerber, GmbHR 2010, 97 f. (Kommentar zur Entscheidung des LG Frankfurt/M. vom 7. Oktober 2009).

<sup>33</sup> So auch Laeger, BB 2010, 2647, 2649.

<sup>34</sup> Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1846; Gerber, GmbHR 2010, 97, 98 (Kommentar zur Entscheidung des LG Frankfurt/M. vom 7. Oktober 2009).

<sup>35</sup> Zweck eines Closing Memorandums ist es, die Erklärungen und Handlungen bei Vollzug eines Unternehmenskaufs „protokollarisch“ festzuhalten. Hierzu gehört typischerweise der Eintritt der Vollzugsbedingungen, die Übertragung der verkauften Geschäftsanteile, Zahlung des Kaufpreises etc.

aus der neu statuierten Pflicht des Notars, eine aktualisierte Gesellschafterliste und eine entsprechende Bescheinigung der Übereinstimmung mit den beurkundeten Änderungen nach § 40 Abs. 2 GmbHG beim Handelsregister einzureichen. Wird diese Pflicht als eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht angesehen, kann sie nur deutsche Notare verpflichten<sup>36</sup>. Das obiter dictum des LG Frankfurt/M. scheint diese Ansicht zu teilen und die Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste als eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht zu begreifen, deren Adressat lediglich ein deutscher Notar sein kann. Daraus könnte abgeleitet werden, dass die Beurkundung einer Anteilsübertragung zukünftig zwingend vor einem deutschen Notar zu erfolgen hat und eine Auslandsbeurkundung ausscheidet.

## S. 9

- HFR 1/2011 S. 9 -

- 27 Möglich ist aber auch, die Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste als eine „registergerichtliche Verfahrensvoraussetzung“ anzusehen mit der Folge, dass ihr auch ein ausländischer Notar nachkommen könnte. Denn die Schlussfolgerung des LG Frankfurt/M. ist nicht zwingend. Eine fehlende Verpflichtung aus öffentlich-rechtlicher Amtspflicht bedeutet nicht, dass der ausländische Notar nicht jedenfalls berechtigt ist, die Gesellschafterliste bei einem deutschen Handelsregister einzureichen<sup>37</sup>. Dies könnte allerdings insoweit Schwierigkeiten bereiten, als dass der Schweizer Notar über die für die elektronische Signatur und Übersendung erforderliche Software einschließlich der sogenannten Signaturkarte verfügen müsste, um die Gesellschafterliste bei dem seit 2007 in Deutschland nur noch elektronisch geführten Handelsregister einreichen zu können<sup>38</sup>. Darüber hinaus bedürfen aus der Schweiz eingereichte Unterlagen zu ihrer Anerkennung einer Apostille, die gegenwärtig nicht elektronisch verfügbar ist<sup>39</sup>. Alternativ wird daher vorgeschlagen, die von einem ausländischen Notar aktualisierte Gesellschafterliste von einem deutschen Notar als Fremddokument einzureichen<sup>40</sup>. In diesem Fall hat der deutsche Notar aber gerade nicht an den Veränderungen im Gesellschafterbestand im Sinne von 40 Abs. 2 GmbHG mitgewirkt. Ferner spricht gegen diese Lösung, dass die Kontinuität der Gesellschafterliste mit einer hohen Unsicherheit behaftet ist. Schließlich würde diese Lösung voraussetzen, dass ein ausländischer Notar bei jeder Mitwirkung an einer Übertragung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH eine neue Gesellschafterliste nach deutschem Recht tatsächlich erstellt (ohne dazu verpflichtet zu sein) und darüber hinaus sicherstellt, dass diese beim Handelsregister eingereicht wird.
- 28 Nach anderer Ansicht soll bei einer Auslandsbeurkundung nichts anderes gelten, als in der Konstellation, in der ein Notar nicht mitwirkt (z.B. Zusammenlegung und Teilung von Geschäftsanteilen; Gesamtrechtsnachfolge)<sup>41</sup>. Die Verantwortung für die Einreichung der Gesellschafterliste obliege in diesem Fall allein den Geschäftsführern<sup>42</sup>. Alternativ wird vertreten, dass der Geschäftsführer zumindest neben dem Notar die Gesellschafterliste mitunterzeichnet<sup>43</sup>. Der Wortlaut des § 40 GmbHG lässt es aber nicht zu, in einem solchen Fall die Einreichungspflicht dem Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 GmbHG aufzuerlegen, da die Einreichungspflicht beim Geschäftsführer lediglich in solchen Fällen verbleibt, in denen ein Notar an einer Veränderung nicht mitwirkt.
- 29 Die Wirksamkeit einer Auslandsbeurkundung hängt also maßgeblich davon ab, wie die Rechtsprechung § 40 Abs. 2 GmbHG verstehen wird, ob die vorgesehene Einreichungspflicht der Gesellschafterliste eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht oder vielmehr eine

<sup>36</sup> Braun, DNotZ 2009, 585, 592; Wachter ZNotP 2008, 378, 390; Saenger/Scheuch, BB 2008, 65, 67.

<sup>37</sup> So auch Peters, DB 2010, 97, 99 m.w.N.

<sup>38</sup> Krause, BB 2009, 2500, 2502 (Kommentar zur Entscheidung des LG Frankfurt/M. v. 7.10.2009).

<sup>39</sup> Krause, BB 2009, 2500, 2502 (Kommentar zur Entscheidung des LG Frankfurt/M. v. 7.10.2009).

<sup>40</sup> Krause, BB 2009, 2500, 2502 (Kommentar zur Entscheidung des LG Frankfurt/M. v. 7.10.2009).

<sup>41</sup> Saenger/Scheuch, BB 2008, 65, 67.

<sup>42</sup> Kowalski, in: Wachter, Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht 2010, Teil 2 Gesellschaftsrecht, 14. Kapitel, Rdnr. 102; Laeger, BB 2010, 2647, 2650.

<sup>43</sup> Wachter, GmbHR 2009, 785, 793; Peters, DB 2010, 97, 100.

registergerichtliche Verfahrensvoraussetzung ist, und letzterer mithin auch ein ausländischer Notar nachkommen kann - vorausgesetzt die Gleichwertigkeit in Stellung und Funktion ist gegeben<sup>44</sup>. Für die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung auch in Zukunft spricht vor allem die Hauptzielsetzung des MoMiG, nämlich die deutsche GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen attraktiver zu machen<sup>45</sup>. Dem wäre nicht gedient, wenn GmbH-Geschäftsanteile nur noch vor deutschen Notaren übertragen werden könnten.

S. 10

- HFR 1/2011 S. 10 -

30 **E. Fazit für die Praxis**

Vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber im Rahmen des MoMiGs gesteigerten Bedeutung der Gesellschafterliste sprechen jedenfalls zum derzeitigen Zeitpunkt gewichtige Argumente gegen die Vornahme von Beurkundungen im Ausland. Es ist nicht auszuschließen, dass weitere Gerichte der Ansicht des LG Frankfurt/M. folgen werden. Beispielsweise hat sich das Amtsgericht Düsseldorf in einem unveröffentlichten Schreiben an einen Schweizer Notar der Auffassung des LG Frankfurt/M. angeschlossen und die Veröffentlichung einer Gesellschafterliste im Handelsregister abgelehnt, die Veränderungen im Gesellschafterbestand aufgrund einer in der Schweiz beurkundeten Anteilsabtretung enthielt.

31 Solange die höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung nicht dazu Stellung genommen hat, ob für Geschäftsanteilsübertragungen die Ortsform ausreicht oder eine Beurkundung im Ausland, namentlich vor einem Schweizer Notar, auch nach dem MoMiG noch als gleichwertig angesehen wird, sind Auslandsbeurkundungen von Geschäftsanteilsabtretungen mit dem Risiko der Formunwirksamkeit behaftet.

32 Aus anwaltlicher Sicht ist dem Mandant daher zu raten, sorgfältig abzuwägen, ob die Einsparmöglichkeiten bei den Beurkundungsgebühren bei einer Auslandsbeurkundung das Risiko der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Formwirksamkeit dieser Beurkundung rechtfertigen. Für Altfälle vor dem Inkrafttreten des MoMiG (beurkundet vor dem 1. November 2008) ist hingegen vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Entscheidungen des BGH und der Obergerichte kein Handlungsbedarf ersichtlich<sup>46</sup>. Auch das LG Frankfurt/M. hält diese für wirksam.

*Zitierempfehlung:* Graciella Hoffmann, HFR 2011, S. 1 ff.

---

<sup>44</sup> Krause, BB 2009, 2501, 2502; Mauch, EWiR, § 15 GmbHG 1/10, 80.

<sup>45</sup> Begr. MoMiG-RegE, BR-Drs. 354/07, S. 1: „Die GmbH soll international wettbewerbsfähig sein“.

<sup>46</sup> Siehe Fußnote 12.