

Die Beurkundung eines Firmenkaufs im Ausland kann Kosten senken.

Was bei einem solchen „Beurkundungstourismus“ zu beachten ist, schreibt Günter Seulen.

Zum Notar in die Schweiz

Anders als für Aktien verlangt das Gesetz für Verträge über den Verkauf und die Übertragung von Anteilen an einer GmbH die notarielle Beurkundung. Die entstehenden Kosten empfinden die Parteien oft als unnötige Belastung. Das liegt auch daran, dass Unternehmenskaufverträge häufig von Anwälten bis ins Detail ausgehandelt werden, bevor der Notar damit befasst wird. Seine Funktion als unabhängiger Berater tritt daher gegenüber dem bloßen Verlesen des Vertragstextes bei der Beurkundung in den Hintergrund.

Preisvorteile im Ausland

Deutschen Notaren ist gesetzlich vorgeschrieben, welche Gebühren sie für ihre Leistungen verlangen müssen. Um Beurkundungskosten zu senken, gehen die Parteien daher häufig zu einem günstigeren ausländischen Notar. Beliebtestes Ziel des „Beurkundungstourismus“ ist dabei die Schweiz.

Der Gang zu einem Notar etwa im Schweizer Kanton Basel-Stadt kann sich schon ab einem Transaktionswert von 1,5 Millionen Euro rechnen. Die Gebühren der Schweizer Notare hängen wie die in Deutschland grundsätzlich vom Transaktionswert ab, steigen aber viel langsamer. Daher verlangt der Notar in Basel bis zu drei Viertel weniger Honorar als sein deutscher Kollege. Erst bei besonders großvolumigen Transaktionen verliert dieser Vorteil an Gewicht. Die Höchstgebühren betragen in Basel-Stadt rund 33 500 Euro, die ab einem Transaktionswert von etwa drei Milliarden Euro anfallen. In Deutschland sind die Beurkundungskosten seit 2004 auf rund 52 000 Euro ab einem Wert von 60 Millionen Euro begrenzt.

Anerkennung der Beurkundung

Eine Auslandsbeurkundung ist aber nur dann sinnvoll, wenn der Vertrag auch nach deutschem Recht wirksam ist. Das ist im Hinblick auf die Vertragsform grundsätzlich der Fall, wenn die ausländische Beurkundung entweder die deutschen Formerfordernisse erfüllt – das sogenannte Geschäftsrecht – oder wenn die Formerfordernisse des ausländischen Staates für inhaltlich vergleichbare Rechtsgeschäfte erfüllt sind – das sogenannte Ortsrecht.

Auslandsbeurkundungen von Unternehmenskäufen werden in der Regel auf die erste Variante gestützt. Hierfür verlangt der Bundesgerichtshof, dass der ausländische Notar nach Ausbildung und Funktion im Rechtsleben einem deutschen Notar vergleichbar ist. Außerdem muss der Beurkundungsvorgang als solcher dem deutschen gleichwertig sein.

Die Rechtsprechung hat sich mit der Gleichwertigkeit von Notar und Beurkundungsvorgang in vielen Einzelentscheidungen auseinandergesetzt. In dem für die Praxis wichtigsten Land, der Schweiz, divergieren die Ergebnisse wegen der unterschiedlichen Notariatsverfassungen nach Kantonen. Soweit ersichtlich, wurde bisher die Beurkundung in den Kantonen Zürich-Altstadt, Basel-Stadt, Zug, Luzern und Bern gerichtlich akzeptiert. Außerdem wurde die Beurkundung durch Notare in den Niederlanden und in Österreich von deutschen Gerichten gebilligt. Die Beurkundung von GmbH-Verkäufen insbesondere in den genannten Kantonen der Schweiz ist bislang gängige Praxis.

Das Schweizer Recht verlangt seit 2008 für die Abtretung von Anteilen an einer Schweizer GmbH gar keine öffentliche Beurkundung mehr. Deshalb könnte für die Wahrung des Ortsrechts sogar ein privatschriftlicher Vertrag genügen. Mangels obergerichtlicher Rechtsprechung ist dieser Weg aber rechtlich unsicher und derzeit nicht zu empfehlen.

Änderungen durch das MoMiG

In die Diskussion um die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen ist Bewegung gekommen, nachdem in Deutschland zum 1. November 2008 das MoMiG – das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ – in Kraft getreten ist. Teil dieser umfassenden Reform des GmbH-Rechts ist die Aufwertung der Gesellschafterliste.

Diese musste auch früher schon nach jeder Änderung im Gesellschafterkreis durch die Geschäftsführer aktualisiert und zum Handelsregister eingereicht werden. Nach dem neuem Recht kann der Erwerber Rechte aus der erworbenen Beteiligung aber erst ausüben, wenn er in der im Handelsregister aufgenommenen Liste eingetragen ist. Bis-

her genügte eine Erwerbsanzeige an die Geschäftsführung. Schließlich kann ein gutgläubiger Käufer GmbH-Anteile künftig unter Umständen auch von einem nichtberechtigten Verkäufer erwerben, wenn die Gesellschafterliste diesen als Inhaber der Anteile ausweist.

Wirkt ein Notar an der Änderung mit, muss nunmehr er anstelle der Geschäftsführer die Liste unterzeichnen und einreichen. Dabei muss er – anders als die Geschäftsführer – die Übereinstimmung mit der vorhergehenden Liste und den unter seiner Mitwirkung vorgenommenen Änderungen bestätigen.

Folgen für Auslandsbeurkundung

Vor diesem Hintergrund wird argumentiert, eine Auslandsbeurkundung von GmbH-Verkäufen sei nicht mehr möglich. Die Unterschrift des ausländischen Notars unter der Gesellschafterliste biete mangels dessen deutscher juristischer Qualifikation nicht die erforderliche „Richtigkeitsgewähr“ und sei daher nicht ausreichend. Da die Gesellschafterliste von dem beurkundenden Notar unterschrieben werden muss, könne die Beurkundung nur noch in Deutschland erfolgen.

Eindeutig ist jedoch nur, dass der deutsche Gesetzgeber einen ausländischen Notar nicht zur Unterzeichnung der Gesellschafterliste verpflichten kann. Dieser kann aber freiwillig die gesetzlich vorgesehene Bestätigung abgeben. Von Schweizer Notaren unterzeichnete Gesellschafterlisten wurden bisher – soweit bekannt – von den deutschen Registergerichten ganz überwiegend akzeptiert.

Mit der fehlenden deutschen Juristenausbildung des ausländischen No-

tars kann jedenfalls nicht argumentiert werden: Zum einen bestätigt der Notar nur, was er selbst beurkundet hat. Zum anderen behandelt das Gesetz eine von den Geschäftsführern und eine vom Notar unterzeichnete Gesellschafterliste gleich, obwohl die Geschäftsführer in der Regel gar keine juristische Ausbildung besitzen. Insbesondere können beide Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen sein. Auf die juristische Qualifikation des Unterzeichners kommt es somit nicht an. Dass nur der Notar die Übereinstimmung mit der vorhergehenden Liste und den von ihm betreuten Änderungen bestätigen muss, ändert nichts. Diese Erklärung beinhaltet keine Prüfung der Wirksamkeit der beurkundeten Geschäfte.

Vertragsparteien entscheiden

Im Ergebnis überzeugt die auf das MoMiG gestützte Argumentation gegen Auslandsbeurkundungen daher nicht. Auslandsbeurkundungen von GmbH-Verkäufen sind weiterhin möglich – allen Unkenrufen zum Trotz. Ob die Ersparnis die Reise ins benachbarte Ausland lohnt, müssen die Vertragsparteien aber in jedem Einzelfall beurteilen.

Günter Seulen
ist Partner bei
Oppenhoff &
Partner.

