

Betriebs Berater

12|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

19.3.2018 | 73. Jg.
Seiten 641–704

DIE ERSTE SEITE

Prof. Bernd Neufang, StB
Reformansatz für die Grundsteuer

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Benjamin E. Leyendecker, LL.M., RA, und **Dr. Achim Herfs**, RA
Mindestpreis- und Preisanpassungsregelungen bei Delistingangeboten | 643

Dr. Philipp Giessen, RA, und **Dr. Matthias Luettgies**, RA
Die Bring Down Disclosure in Unternehmenskaufverträgen | 647

STEUERRECHT

Dipl.-Kfm. **Prof. Dr. Jörg Rodewald**, RA
Verdeckte Gewinnausschüttung und freigebige Zuwendung – endlich Klarheit in
der steuerrechtlichen Einordnung | 663

Prof. Dr. Angelika Dölker, MBA International Taxation
Konvergenz in der Unternehmensbesteuerung – ein deutsch-französisches Déjà-vu? | 666

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Annekatriin Veit, RAin/StBin
BB-Rechtsprechungs- und Verwaltungsreport zur Bilanzierung betrieblicher
Altersversorgung 2017/2018 | 683

ARBEITSRECHT

Sören Seidel, RA, und **Dr. David Wagner**, RA
Aktuelle Probleme bei der Massenentlassungsanzeige | 692

BB-Rechtsprechungs- und
Verwaltungsreport zur Bilanzierung
betrieblicher Altersversorgung
2017/2018

BB-Kommentar

„Bis zu einer höchstrichterlichen Rechtsprechung sind Auslandsbeurkundungen weiterhin mit Vorsicht zu genießen“

PROBLEM

Das AG Charlottenburg verweigerte die Eintragung einer GmbH im Handelsregister, deren Gründung vor einem Notar des Schweizer Kantons Bern beurkundet worden war, da es die Beurkundung der GmbH-Gründung mangels Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens als nicht ausreichend erachtete, um die Form des § 2 Abs. 1 GmbHG zu wahren. Das AG hat der hiergegen eingelegten Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt. Das KG half der Beschwerde ab; es hält die Gleichwertigkeit gegeben und damit die Beurkundung für wirksam.

ZUSAMMENFASSUNG

Das KG bestätigt, dass wegen der besonderen materiellen Bedeutung von § 2 Abs. 1 GmbHG die Einhaltung der Ortsform (Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB) bei statusrelevanten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen nicht ausreicht; die Form des Wirkungsstatuts (Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB) jedoch durch eine Beurkundung im Ausland erfüllt werden könne, wenn gem. der Rechtsprechung des BGH Urkundsperson und Beurkundungsvorgang gleichwertig sind (BGH, 17.12.2013 – II ZB 6/13, BB 2014, 462 m. BB-Komm. Heckschen, RIW 2014, 156, NJW 2014, 2026) bzw. der ausländische Notar eine nach Vorbildung und Rechtsstellung dem deutschen Notar vergleichbare Stellung innehat und das nach ausländischem Recht einzuhaltende Beurkundungsverfahren den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche (BGH, 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, NJW 1981, 1160).

Nach Ansicht des KG ist die persönliche und verfahrensrechtliche Gleichwertigkeit im vorliegenden Fall gegeben. Der beurkundende Notar verfügte über ein juristisches Hochschulstudium, langjährige Praktika und ein Staatsexamen. Schweizerischer und deutscher Beurkundungsbegriff stimmten ebenso im Wesentlichen überein, wie der Zweck der notariellen Form. Entscheidend seien die mit der Beurkundung verbundenen Zwecke Rechtssicherheit und Transparenz, denen auch ein ausländischer Notar genügen könne und vorliegend als erfüllt erachtet werden. Die gesamte Urkunde nebst Anlagen wurde (wenn auch freiwillig) vorgelesen; auf das Bestehen einer vollumfänglichen Verlesungspflicht kommt es nicht an.

PRAXISFOLGEN

Insbesondere aufgrund des flexibleren schweizerischen Notargebührenrechts erfreuen sich Beurkundungen gesellschaftsrechtlicher Vorgänge im Ausland, insbesondere in der Schweiz, nach wie vor großer Beliebtheit und beschäftigen regelmäßig die Gerichte. Die konkrete Frage der Gleichwertigkeit der Beurkundung einer GmbH-Gründung durch einen ausländischen Notar ist jedoch bislang vom BGH nicht entschieden. Allerdings wurde für die Beurkundung einer Satzungsänderung durch einen Notar in Zürich/Altstadt die Gleichwertigkeit bejaht (BGH, 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76), der bis heute einzigen BGH-Entscheidung, soweit es um statusrelevante gesellschaftsrechtliche Vorgänge geht, deren Grundlage jedoch kritisch zu sehen ist. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung ist uneinheitlich. Es gibt somit bis dato keine einheitliche Rechtsprechung, die die Beurkundung durch ausländische, insbesondere Schweizer Notare, bezogen auf die GmbH-Verfassung allgemein zulässt oder ablehnt. Vielmehr entscheiden die Gerichte stets anhand des konkreten Beurkun-

dungstatbestandes im Einzelfall, so vorliegend auch das KG. Auch das Schrifttum ist gespalten.

Die Ausführungen des KG, dass ein schweizerischer Notar, der einen deutsch-rechtlichen Vorgang beurkunde, eine Beratungspflicht habe, die sich auch auf ausländisches Recht beziehe und sich auch nach schweizerischem Recht Haftpflichtansprüchen der Beteiligten aussetze, vermag den Einwand der Vorinstanz und wohl h. M. in der Literatur von Zweifeln unter dem Gesichtspunkt der erstrebten materiellen Richtigkeitsgewähr nicht auszuräumen (vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, GmbHG § 2, Rn. 23a; Haerendel, DStR 2001, 1804). Auch der Umstand, dass Schweizer Notare die Gewähr für die Rechtmäßigkeit des betreffenden Vorganges gar nicht übernehmen können, da sie im Regelfall mangels entsprechender Ausbildung keine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts haben und daher Haftungsfreizeichnungen nicht selten sind, wird nicht gewürdigt.

Auf den Einwand des AG Charlottenburg, dass die freiwillige Verlesung der gesamten Urkunde nebst Anlagen und somit die freiwillige Anwendung des höheren deutschen Standards durch den Berner Notar nichts daran ändere, dass der ausländische Notar kein gleichwertiges Verfahren einhalten müsse (entscheidend sei [abstrakt] das Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung des ausländischen Notars nach der für ihn geltenden Notariatsordnung und nicht die freiwillige Anwendung deutschen Landesrechts), ging das KG nicht ein und stellt auf den Einzelfall ab. Gerade eine Einzelfallbetrachtung hatte aber die Vorinstanz unter dem berechtigten Hinweis abgelehnt, dass gleichwertig nicht eine einzelne Beurkundung, sondern die Beurkundung durch die Notare eines bestimmten Staates sein müsse.

Es bleibt dabei, dass bis zu einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Auslandsbeurkundung einer GmbH-Gründung der Weg ins Ausland aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit weiterhin mit Vorsicht zu genießen ist. Dies gilt nach wie vor insgesamt für Akte, die die Verfassung einer GmbH betreffen (Gesellschaftsgründung oder Satzungsänderungen) wie auch für gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen (Verschmelzungen). Auch können die von der Rechtsprechung als wirksam anerkannten Beurkundungen in der Schweiz nicht pauschal für die gesamte Schweiz angenommen werden, da das Beurkundungsverfahren und die Stellung der Notare von Kanton zu Kanton unterschiedlich ausgestaltet sind. So lassen sich auch die Kernaussagen der Entscheidung des KG als Einzelfallentscheidung nicht ohne weiteres auf Schweizer Notare aus sämtlichen Kantonen erstrecken. Auch wenn man in dem Beschluss des KG einen richtungsweisenden Charakter für Folgeentscheidungen zur Vornahme von Beurkundungen durch ausländische, insbesondere Schweizer Notare sehen könnte, bleibt die Entscheidung des KG eine Einzelfallentscheidung. Der Praxis ist daher zu raten, die Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, insbesondere Gesellschaftsgründungen, bis zu einer Klärung durch den BGH von einem deutschen Notar vornehmen zu lassen. Zudem dürften signifikante Kostenersparnisse zumindest bei Beurkundung einer GmbH-Gründung durch Schweizer Notare in Zweifel zu ziehen sein. Betragen doch im Regelfall die Beurkundungskosten bei Gründung einer GmbH mit der Mindeststammkapitalziffer weniger als 1 000 Euro.

Heike Richter, RAin, ist Partnerin bei Deloitte Legal in Düsseldorf. Ihre Spezialgebiete sind Gesellschaftsrecht, rechtliche Vorbereitung, Durchführung von konzernweiten Umstrukturierungsmaßnahmen (insb. cross-border merger, grenzüberschreitende Sitzverlegung), Konzernrecht, sowie Corporate Secretarial Services.

Pia Knauf, RAin, ist Associate bei Deloitte Legal in Düsseldorf. Ihre Spezialgebiete sind Gesellschaftsrecht, Durchführung von grenzüberschreitenden Umstrukturierungsmaßnahmen sowie M&A Transaktionen.