

Auszug aus einer Eingabe an ein deutsches Amtsgericht

2. Einreichung der Gesellschafterliste durch ausländischen Notar

- 2.1 Sie weisen ferner darauf hin, dass noch nicht generell geklärt sei, ob/unter welchen Voraussetzungen ein Notar aus der Schweiz eine Gesellschafterliste einreichen könne.
- 2.2 Es ist uns bekannt, dass in der deutschen Literatur vereinzelt Zweifel bezüglich der Ausstellung und Einreichung von Gesellschafterlisten durch ausländische Notare angemeldet wurden.
- 2.3 § 40 Abs. 2 GmbHG verpflichtet den Notar, der an einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse mitgewirkt hat, die neue Gesellschafterliste zu unterzeichnen und zum Register einzureichen. Dass ausländische Notare möglicherweise durch diese Vorschrift nicht wirksam verpflichtet werden können, führt allerdings nicht zum Umkehrschluss, dass ausländische Notare dieser Pflicht nicht trotzdem nachkommen können.
- 2.4 Das MoMiG hat an der Möglichkeit, die Übertragung von Geschäftsanteilen unter gewissen Voraussetzungen auch im Ausland beurkunden zu können, nichts geändert. Dem Gesetzgeber muss ferner bekannt gewesen sein, dass Abtretungen von Geschäftsanteilen auch im Ausland beurkundet werden; daher hätte der Gesetzgeber § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechend eingeschränkt, wenn er diese ausländischen Notare von der Unterzeichnung und Einreichung von Gesellschafterlisten hätte ausschliessen wollen.
- 2.5 Dem steht nicht entgegen, dass in § 8 Abs. 3 GmbHG neu ausdrücklich der im Ausland bestellte Notar als belehrungsberechtigt bezeichnet wird. In jenem Regelungsbereich bestand vor MoMiG nach überwiegender Leere ein Monopol für deutsche Notare.
- 2.6 Gerade die Neuregelung des § 8 Abs. 3 GmbHG zeigt, dass mit dem MoMiG keine neuen Schranken gegen die Auslandsbeurkundung aufgebaut werden sollten, sondern im Gegenteil eine Öffnung beabsichtigt war. Die Belehrung des Geschäftsführers ist anspruchsvoll und setzt die Kenntnis verschiedener und zum Teil nicht leicht auffindbarer Bestimmungen des deutschen Rechts voraus. Trotzdem traut man dies auch

- jedem im Ausland bestellten Notar zu (nach dem Wortlaut sogar dem US-amerikanischen Notary Public, der unbestrittenermassen keine der Gleichwertigkeitsvoraussetzungen nach der Rechtsprechung des BGH auch nur annähernd erfüllt).
- 2.7 Die in der Literatur - vorwiegend von deutschen Notaren - laut gewordene Stimmen gegen die Unterzeichnung und Einreichung der Gesellschafterliste durch ausländische Notare stützen sich in der Regel auf eine durch den ausländischen Notar nicht sicher zu stellende "Richtigkeitsgewähr", namentlich wegen der Gutglaubenswirkung der Gesellschafterliste. Die Bedenken halten allerdings einer Prüfung nicht stand.
- 2.8 Anders als bei sonstigen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen oder im Grundbuchverkehr tritt die Gutglaubenswirkung der Gesellschafterliste weder mit deren Ausstellung noch mit deren Übernahme in die Registerakte ein, sondern frühestens drei Jahre später. Da die Gesellschafterliste parallel auch der Gesellschaft selbst zuzustellen ist, findet lange vor Eintritt der Gutglaubenswirkung eine Prüfung (mit entsprechender Verantwortlichkeit) durch die Geschäftsführung statt, aber auch durch die Gesellschafter selbst, da in diesen drei Jahren die Gesellschafter mindestens zu drei Gesellschafterversammlungen eingeladen werden mussten.
- 2.9 Wichtiger noch ist, dass die nach § 40 Abs. 2 GmbHG verlangte Bescheinigung des Notars keine Aussage über den wirksamen Übergang von Geschäftsanteilen enthält, sondern nach der von den deutschen Notaren seit dem 1. November 2008 gehandhabten Praxis lediglich die Tatsache entsprechender Parteierklärungen bestätigt.
- 2.10 Neben dem üblichen Wortlaut der Bescheinigung ist dazu auf Folgendes hinzuweisen:
- a) Aufgrund der in Deutschland allgemein üblichen privatschriftlichen Vollmachten ist der Notar gar nicht in der Lage, zu prüfen, ob die Erklärungen des Vertreters für den oder die Vertretene überhaupt bindend sind. Selbst bei beglaubigter und mit Vertretungsbescheinigung versehener Vollmacht könnte die Vollmacht noch an einem Mangel leiden. Die Einstandspflicht des "falsus procurator" führt nicht zur Abtretung der vom Geschäftsherrn gehaltenen Ge-

schäftsanteile, sondern lediglich zur Schadenersatzpflicht des Vertreters.

- b) Auch die Einsichtnahme des Notars in die letzte zum Handelsregister niedergelegte Gesellschafterliste schafft keine Gewähr, dass der Abtretende auch Inhaber der abgetretenen Geschäftsanteile ist. Anders wäre allenfalls bei Gesellschafterlisten zu entscheiden, die älter als drei Jahre sind, wobei auch dort die Frage offen bleibt, ob eine etwaige Unrichtigkeit ebenfalls seit mehr als drei Jahren besteht. Es ist deshalb auch in der anwaltlichen Praxis weitgehend unbestritten, dass § 16 Abs. 3 GmbHG keine wirkliche Erleichterung in der Due Diligence bringt.
- c) Der Notar hat nach wie vor nicht die Pflicht, den Eintritt etwaiger aufschiebender Bedingungen zu überprüfen. Nach der deutschen Notariatspraxis fordert der deutsche Notar die Parteien lediglich auf, ihm den Eintritt der aufschiebenden Bedingungen unverzüglich mitzuteilen wobei er sich oft auf Erklärungen in den Formen der § 126b (Textform) oder § 127 Abs. 2 BGB verlässt.

2.11 Es wäre nicht nachvollziehbar, wollte man nun dem ausländischen Notar die Fähigkeit absprechen, das Gleiche zu tun, das auch ein deutscher Notar tut: zu bescheinigen, was zu seiner Urkunde erklärt wurde. Dem ausländischen Notar, der wirksam eine Geschäftsanteilsübertragung beurkunden kann, das Recht zur Ausstellung der Gesellschafterliste abzusprechen, würde genau das bedeuten: der ausländische Notar wird als unfähig betrachtet, zu bescheinigen, was er selbst beurkundet hat.

2.12 Schliesslich darf ich darauf hinweisen, dass unser Notariat seit dem Inkrafttreten des MoMiG bei zahlreichen Amtsgerichten Gesellschafterlisten nach § 40 Abs. 2 GmbHG ohne Beanstandungen niedergelegt hat, darunter ...