

Verfahrensgang

KG, Beschl. vom 26.07.2018 - 22 W 2/18, [IPRspr 2018-34](#)

Rechtsgebiete

Rechtsgeschäft und Verjährung → Stellvertretung

Leitsatz

Die Beurkundung eines Umwandlungsvorgangs zwischen zwei deutschen GmbHs durch einen Schweizer Notar mit Amtssitz im Kanton Basel erfüllt jedenfalls dann die Anforderungen nach §§ 6, 13 UmwG und kann im Eintragungsverfahren durch das Registergericht nicht beanstandet werden, wenn die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist.

Rechtsnormen

BeurkG § 17; BeurkG § 40

EGBGB Art. 11; EGBGB Art. 13; EGBGB Art. 17

FamFG § 378

GmbHG § 9c

HApostilleÜ Art. 3; HApostilleÜ Art. 4

HGB § 12

NG (K. Basel/Schweiz) §§ 30 ff.; NG (K. Basel/Schweiz) § 39; NG (K. Basel/Schweiz) § 43

UmwG § 6; UmwG § 13

Sachverhalt

Die Bet., eine GmbH, ist nach Sitzverlegung von Köln nach Berlin seit 2015 im Handelsregister des AG Charlottenburg eingetragen. Am 22.8.2017 gingen im elektronischen Gerichtspostfach des Gerichts eine Anmeldung vom 10.8.2017 über die Verschmelzung, die entspr. Protokolle über die Gesellschafterversammlungen der beiden Gesellschaften und der Jahresabschluss der übertragenden Gesellschaft für das Jahr 2016 ein. Sowohl die Beglaubigung der Anmeldung als auch die Beurkundungen des Verschmelzungsvertrags und der Gesellschafterversammlungen sind durch die Notarin ... mit Amtssitz in Basel/Schweiz vorgenommen worden. Die jeweiligen Urkunden sind mit Apostillen versehen. Mit diesen Unterlagen ging ein mit Dienstsiegel versehenes Anschreiben des Notars ... (Bote) mit Amtssitz in Düsseldorf ein.

Insoweit hat das Registergericht mit Schreiben vom 25.8.2017 der Gesellschaft und dem Notar in Düsseldorf mitgeteilt, dass die Beurkundung durch eine Schweizer Notarin des Kantons Basel die Formerfordernisse nach den §§ 6, 13 UmwG nicht erfülle. Das Registergericht wies die Anmeldung mit Beschluss vom 26.10.2017 zurück. Am 27.11.2017 ist Beschwerde der Gesellschaft eingegangen. Dieser hat das Registergericht nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit Beschluss vom 2.1.2018 zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Entscheidungsgründen:

(Randnummern der IPRspr-Redaktion)

[1] II. A. Die durch den Geschäftsführer im Namen der Bet. eingelegte Beschwerde ist nach § 58 I FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig...

[2] B. Die Beschwerde hat auch Erfolg. Das AG hat die Anmeldung vom 10.8.2017 zu Unrecht wegen der fehlenden Einhaltung der Beurkundungserfordernisse des Verschmelzungsvertrags nach § 6 UmwG und der Verschmelzungsbeschlüsse nach § 13 UmwG zurückgewiesen.

[3] 1. Nicht zu beanstanden ist, wovon auch das Registergericht ausgeht, dass die nach § 12 I 1 HGB notwendige Beglaubigung der Anmeldung durch eine Schweizer Notarin vorgenommen worden ist. Auch insoweit gilt allerdings, dass die entspr. Beurkundung – hier die Echtheit der Unterschrift einer bestimmten

Person – der Beurkundung in Deutschland funktional gleichwertig sein muss (vgl. OLG Naumburg, Beschl. vom 28.2.2001 – 7 Wx 05/00 (IPRspr. 2001 Nr. 20), juris Rz. 16; OLG Zweibrücken, Beschl. vom 22.1.1999 – 3 W 246/98 (IPRspr. 1999 Nr. 194), juris Rz. 2). Dies ist hier der Fall. Denn aus dem Beglaubigungsvermerk ergibt sich, dass die vor der Notarin vollzogene Unterschrift (vgl. § 40 I BeurkG) einer genau benannten Person zugeordnet wird (s. § 40 III 1 BeurkG). Der Beglaubigungsvermerk enthält auch Angaben zu dem Personalausweispapier, so dass geschlossen werden kann, wie sich die Notarin Kenntnis über die Identität des Unterschreibenden verschafft hat. Genau diese Aufgaben sind nach dem insoweit anzuwendenden Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt (vgl. § 43 des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 18.1.2006 [.SGS 217]; nachfolgend: NotGB) von dem Notar auch nach Schweizer Recht vorzunehmen.

[4] 2. Soweit das AG aber weiter angenommen hat, die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags und der Verschmelzungsbeschlüsse erfülle nicht die Formerfordernisse der §§ 6, 13 II 1 UmwG, teilt der Senat diese Auffassung nicht.

[5] a) Dies beruht allerdings nicht darauf, dass für die Beurkundung der genannten Vorgänge die Ortsform ausreichend wäre. Wie der Senat in seinem Beschl. vom 24.1.2018 näher ausgeführt hat, gilt im Zusammenhang mit statusrelevanten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen das sog. Wirkungsstatut nach Art. 11 I Alt. 1 EGBGB (22 W 25/16, juris Rz. 16 m.w.N.; ebenso *Cramer*, DStR 2018, 747, 748; *Cziupka*, EWIR 2018, 137; *Heckschen*, DB 2018, 685, 687; *Hermanns*, RNotZ 2018, 271; *Lieder*, ZIP 2018, 805, 808; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103; *Weber*, MittBayNot 2018, 215; *Wicke*, GmbHR 2018, 380). Das Wirkungsstatut ist damit auch in dem hier zu beurteilenden Umwandlungsvorgang maßgebend.

[6] b) Die Anwendung des Wirkungsstatuts schließt aber entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar nicht generell aus (so aber zur GmbH-Gründung: *Cziupka* aaO 138; *Stelmaszczyk* aaO 105). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des Art. 11 I EGBGB, der lediglich die Einhaltung der Formerfordernisse des Rechts verlangt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, während andere Vorschriften auf die Einhaltung der Formalien im Inland abstellen, vgl. Art. 13 IV 1, 17 II EGBGB. Eine Vorschrift, die als Formerfordernis bei einer Umwandlung die Beurkundung durch eine deutsche Notarperson verlangt, fehlt ...

[7] c) Ob die in den §§ 6, 13 II 1 UmwG genannten notariellen Beurkundungen auch durch eine Beurkundung im Ausland ersetzt werden können, hängt von einer unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Beurkundung zu ermittelnden Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung ab (vgl. BGH, Beschl. vom 17.12.2013 – II ZB 6/13, BGHZ 199, 270-281 Rz. 14; Beschl. vom 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76-80 Rz. 5; der Sache nach auch BGH, Urt. vom 22.5.1989 – II ZR 211/88 (IPRspr. 1989 Nr. 36), juris Rz. 19). Gleichwertigkeit ist dabei dann gegeben, 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 ist, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht (vgl. BGH, II ZB 6/13 aaO; II ZB 8/80 aaO; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 2.3.2011 – I-3 Wx 236/10 ([IPRspr 2011-21](#)), juris Rz. 15). Dabei ist für die Schweiz zu beachten, dass das Beurkundungsrecht von Kanton zu Kanton unterschiedlich sein kann (vgl. dazu auch Senat, 22 W 25/16 aaO Rz. 23 [Berner Notar]). Insoweit ist hier eine Gleichwertigkeit zu bejahen.

[8] aa) Eine Notarperson im Kanton Basel-Stadt übt nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit einer deutschen Notarperson vergleichbare Tätigkeit aus ...

[9] bb) Auch in Bezug auf das Beurkundungsverfahren ist nach Auffassung des Senats eine Gleichwertigkeit gegeben, wobei dies sowohl in Bezug auf die Verfahren gilt, bei denen es um die Beurkundung von Willenserklärungen geht, wie etwa bei einem Verschmelzungsvertrag, als auch in Bezug auf sog. Sachbeurkundungen, wie etwa bei der Beurkundung der Vorgänge in einer Versammlung.

[10] Bezuglich der Beurkundung von Willenserklärungen ist die Identität der Beteiligten zu klären (§ 30 NotGB). Gegebenenfalls sind sie zu beraten, § 31 Satz 2 NotGB, und darüber hinaus zu belehren, § 32 NotGB. Nach § 33 NotGB ist die Urkunde zu verlesen oder – alternativ – den Beteiligten zur Selbstlesung vorzulegen. Dabei kann offenbleiben, ob auch das letztere Vorgehen – wozu der Senat neigt (ebenso MünchKomm-Spellenberg, 7. Aufl., Art. 11 EGBGB Rz. 90) – die Annahme einer Gleichwertigkeit rechtfertigt, weil im vorliegenden Fall eine Verlesung der Beurkundung des Verschmelzungsvertrags

stattgefunden hat. Auf das konkrete Vorgehen ist nach Auffassung des Senats nämlich dann abzustellen, wenn dieses abstrakt vorgesehen ist und – für die Annahme der Gleichwertigkeit notwendig – dann tatsächlich auch vorgenommen worden ist (vgl. 22 W 25/16 aaO Rz. 33). Warum eine solche Prüfung für das Registergericht nicht möglich und damit eine Gleichwertigkeit zu verneinen sein soll (so *Cramer* aaO 751; *Richter/Knauf*, BB 2018, 659; *Stelmaszczyk* aaO 105), erschließt sich dem Senat nicht.

[11] Bezuglich der Sachbeurkundungen ist ebenfalls eine Identitätsfeststellung der versammlungsleitenden Beteiligten vorgesehen (§ 39 Satz 1 NotGB), der Umfang der notwendigen Feststellungen in der Urkunde wird festgelegt (§ 39 Satz 2 NotGB), weiter soll der Ablauf niedergelegt werden (§ 39 Satz 4, 5 NotGB).

[12] cc) Der Annahme einer Gleichwertigkeit der Beurkundung stehen auch nicht Sinn und Zweck der §§ 6, 13 II 1 UmwG entgegen.

[13] Die mit der Beurkundungspflicht verfolgte Beweissicherung wird durch die Festlegung der in der Urkunde wiederzugebenden Inhalte gewahrt. Nach den Vorschriften des NotGB besteht auch eine Beratungs- und Belehrungspflicht.

[14] Insoweit wird allerdings die Auffassung vertreten, derartige Pflichten, selbst wenn sie bestünden, seien unzureichend, weil dem Beurkundungzwang auch der Zweck der materiellen Richtigkeitsgewähr zugrunde liege (vgl. etwa *Heckschen* aaO 688; *Hermanns* aaO 272; *Lieder* aaO 811; *Stelmaszczyk* aaO; *Wicke* aaO). Dieser aber verlange umfassende Kenntnisse des dem Rechtsvorgang zugrunde liegenden Rechts. Ob der ausländische Notar über derartige Kenntnisse verfüge, dürfe dabei nicht im Einzelfall entscheidend sein.

[15] Dies überzeugt den Senat nicht. Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass gesellschaftsrechtlich Eingriffe in die Grundstruktur, wie etwa bei Satzungsänderungen, dem Abschluss von Unternehmensverträgen, aber auch bei Umwandlungsvorgängen, die Pflicht zur notariellen Beurkundung nicht nur der Beweissicherung dient, sondern auch dem Zweck der materiellen Richtigkeitsgewähr sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion (vgl. BGH, Beschl. vom 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324–346 Rz. 28). Dies allein schließt aber eine Auslandsbeurkundung nicht aus (vgl. II ZB 8/80 aaO). Soweit bezüglich der Erfüllung Belehrungs- und Prüfungspflichten wegen der fehlenden Rechtskenntnisse des ausländischen Notars Bedenken bestehen, ergibt sich schon aus der Regelung des § 17 I 1 BeurkG, dass die Einhaltung der Vorschrift für die Wirksamkeit der Beurkundung nicht zwingend ist, weil die Vorschrift als Sollvorschrift ausgebildet ist (vgl. BGH, II ZB 8/80 aaO u. Hinw. auf die Ges.-Bgr.; a.A. *Cziupka* aaO; *Heckschen* aaO; *Lieder* aaO 813). Insoweit gilt auch anderes als zu der verbraucherschützenden Regelung des § 17 IIa BeurkG (vgl. dazu BGH, Urt. vom 7.2.2013 – III ZR 121/12, BGHZ 196, 166–179 Rz. 20).

[16] Auch die Annahme, die Beurkundungspflicht diene einer materiellen Richtigkeitsgewähr, zwingt nicht zu der Annahme, eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar sei ausgeschlossen. Dass eine Auslandsbeurkundung stets dem Zwecke der Richtigkeitsgewähr entgegensteht, trifft nicht zu. Auch der ausländische Notar und der einen ausländischen Notar zur Beurkundung Aufsuchende sind an einer Wirksamkeit der Beurkundung auch in materieller Hinsicht interessiert. Demgegenüber finden sich auch Beurkundungen vor einem deutschen Notar, die durch die Registergerichte beanstandet werden. Entscheidend ist aber, dass die eigentliche Prüfung dem Registergericht obliegt. Die entspr. Prüfung hat dann durch das Registergericht stattzufinden. Auch wenn eine Beurkundung durch einen deutschen Notar die Richtigkeit der Beurkundung nahe legt, was nach Auffassung des Senats auch Anlass sein sollte, eine Beurkundung vor einem deutschen Notar vorzunehmen, bedeutet das nicht, dass diese Eintragungsvoraussetzung wäre. Denn diese schließt eine eigene Prüfung durch das Registergericht nicht aus. Es entsteht keine Bindung. Dies gilt auch im Rahmen des § 378 III 1 FamFG. Diesem wird zwar eine Filterfunktion zugeschrieben, das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registergerichts bleiben jedoch uneingeschränkt bestehen (vgl. BT-Drucks. 18/10607 S. 110; *Prütting-Helms-Holzer*, FamFG, 4. Aufl., § 378 Rz. 20). Im Übrigen verbleibt es bei dieser Prüfung, weil diese nach § 378 III 2 FamFG nicht durch eine Auslandsbeurkundung umgangen werden kann. Auch aus § 9c GmbHG lässt sich nichts anderes herleiten. Denn die Beschränkung der Prüfungsbefugnis dient der Beschleunigung des Registerverfahrens, indem weniger wichtige Punkte von einer Prüfung des Registergerichts ausgenommen werden (vgl. BT-

Druck 13/8444 S. 76; offenbar a.A. *Stelmaszczyk* aaO). Der Prüfungsumfang ist gerade bei den Regelungen, die im öffentlichen Interesse bestehen, uneingeschränkt geblieben, vgl. § 9c II Nr. 2 GmbHG. Dass eine solche Prüfung durch das Registergericht wegen der notariellen Vorprüfung gerade nicht erforderlich war, ergibt sich daraus gerade nicht. Mit der Annahme, die Beurkundung solle eine materielle Richtigkeit gewährleisten, die nur durch die Beurkundung vor einer deutschen Notarperson erreicht werden kann, wird zudem die Regelung des Art. 11 I EGBGB eingeschränkt, ohne dass sich hierfür eine ausreichende gesetzliche Regelung fände. Die mit einer Beurkundung durch einen deutschen Notar einhergehende Vermutung für die materielle Richtigkeit des Beurkundungsvorgangs erweist sich damit nicht als notwendig prägender Umstand, sondern nach dem derzeitigen Gesetzesstand als wünschenswerter Reflex (a.A. *Lieder* aaO 812).

[17] d) Die elektronisch eingereichten Unterlagen können dem Eintragungsverfahren auch zugrunde gelegt werden, weil von der Echtheit der Ursprungsurkunden ausgegangen werden kann. Die Urkunden sind jeweils mit einer Apostille nach Art. 4 des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961 (BGBl. 1965 II 876) versehen. Dies reicht nach Art. 3 des Übereinkommens als Nachweis der Echtheit der Urkunden aus. Deutschland und die Schweiz sind auch Vertragsstaaten des Abkommens.

Fundstellen

nur Leitsatz

BB, 2018, 2497

LS und Gründe

DB, 2018, 2236

DStR, 2018, 2533, m. Anm. *Heinze*

GmbHR, 2018, 1202

MDR, 2018, 1385

NZG, 2018, 1195

ZIP, 2018, 1878

DNotZ, 2019, 141

FGPrax, 2019, 15

NJW-RR, 2019, 99

RNotZ, 2019, 236

Rpfleger, 2019, 93

Bericht

Lieder, EWiR, 2018, 743

Heckschen, GWR, 2018, 393

NJW-Spezial, 2018, 688

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2018-34>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).