

Die Zulässigkeit von Beurkundungen für Deutschland durch Schweizer Notare

Die Vornahme von Beurkundungen für Deutschland durch Schweizer Notare, etwa von Übertragungen von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH, war und ist gängige Praxis, gerade in grenznahen Kantonen wie Basel oder St.Gallen. Ein zentraler Beweggrund für solche «Auslandsbeurkundungen» durch Schweizer Notare sind die Beurkundungsgebühren, die sich in Deutschland nach festen Tarifen richten und u.a. vom Streitwert abhängen, was teilweise zu sehr hohen Kosten führen kann, die insbesondere in keinem Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand stehen¹. Demgegenüber sind Schweizer Notare – zumindest in den Kantonen, in welchen nicht ausschliesslich Amtsnotariate bestehen, sondern auch «Anwaltsnotariate» – deutlich flexibler in Bezug auf die Honorarbemessung, was im Ergebnis Möglichkeiten zur Kosteneinsparung bietet. Hinzu kommt, dass Höhe der Gebühren in der Schweiz häufig nach oben begrenzt ist.

Der «Beurkundungstourismus» in die Schweiz blieb nicht ohne Kritik und wurde gerade von deutschen Notaren nicht gerne gesehen. Immer wieder wurden Stimmen laut, wonach Beurkundungen von Geschäften nach deutschem Recht durch Schweizer Notare nicht rechtens seien. Der während vielen Jahren vor allem in Deutschland geführte Lehrmeinungsstreit über die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung und letztlich deren Anerkennung in Deutschland ist bis heute nie ganz erloschen. Dieser Lehrmeinungsstreit wurde durch die Schweizer GmbH-Gesetzesänderung im Jahr 2008 sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland neu angeheizt, sodass sich die deutsche Rechtsprechung wiederholt – wenn auch bei veränderten Gesetzeslage – mit dem Thema der «Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen» zu befassen hatte. Deutsche Gerichte behandelten diese Frage in der Vergangenheit immer wieder und kamen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Jüngst wurde die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung (in Bezug auf die Beurkundung der GmbH-Gesellschafterliste) durch den deutschen Bundesgerichtshof (BGH) nun bejaht².



Michael Kummer, Partner
lic. iur. HSG, LL.M., M.B.L.-HSG
Rechtsanwalt, Notar



Ramon Bühler
M.A. HSG
Rechtsanwalt, Notar

A. Voraussetzungen der Beurkundungssubstitution

Die deutsche Rechtsprechung anerkennt die notarielle Beurkundung durch einen ausländischen Notar, sofern sie mit der deutschen als funktional gleichwertig erscheint; auch in Bezug auf die erforderliche Beratung³. Das wurde namentlich für den Sonderfall der Übertragung von deutschen GmbH-Anteilen immer wieder in Frage gestellt – bis zur

jüngsten Entscheidung des BGH vom 17. Dezember 2013⁴.

Gemäss deutscher Rechtsprechung werden an die funktionale Gleichwertigkeit der notariellen passiven Dienstleistungserbringung substantielle Anforderungen gestellt⁵. So ist von einer funktionalen Gleichwertigkeit dann auszugehen, wenn die ausländische Urkundsperson (i) nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und (ii) für die Errichtung der Urkunde ein Verfah-

¹ Vgl. deutsches Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (Gerichts- und Notarkostengesetz – GnotKG).

² Vgl. Beschluss vom Bundesgerichtshof II ZB 6/13 vom 17. Dezember 2013.

³ SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 7.

⁴ Vgl. Beschluss vom Bundesgerichtshof II ZB 6/13 vom 17. Dezember 2013.

⁵ BGH NJW 1981, 1160; Senat BJW 1990, 2200ff.M OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 764 ff.; SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 8.

rensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht⁶. Vorab wird festgehalten, dass selbstredend entgegen einer älteren Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm nicht verlangt werden darf, die ausländische Urkundsperson habe z.B. das deutsche Gesellschaftsrecht «einschliesslich der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur» genau zu kennen, sonst auf die Beurkundung zu verzichten ist⁷, zumal nicht per se davon ausgegangen werden darf, dass ein Schweizer Notar nicht über entsprechende Kenntnisse verfügt⁸. Schliesslich wäre es ausgeschlossen, dass eine Auslandsbeurkundung als gleichwertig angesehen wird, wenn die ausländische Urkundsperson das deutsche Gesellschaftsrecht gleich dem deutschen Notar zu kennen hätte⁹. Zudem ist die Belehrung, zu welcher der deutsche Notar nach § 17 Abs. 1 S. 1 des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) gehalten ist, nur schon wegen des deutschen Sachrechts abdingbar und die notarielle Haftpflicht aufgrund unzureichender Belehrung (§ 19 Bundesnotarordnung (BnotO))¹⁰ dient zweifelsohne der Qualität des Notariatswesens – jedoch nur mittelbar – und stellt daher im Zeitpunkt der Beurkundung nur einen Sanktionsmechanismus für notarielles Fehlverhalten dar, weswegen es kein Hinderungsgrund für eine Auslandsbeurkundung sein darf¹¹. Im Übrigen besteht gemäss § 17 Abs. 3 BeurkG die Möglichkeit, dass – aus deutscher Sicht – bei Anwendung ausländischen Rechts der Notar in Deutschland die Beteiligten nur darauf hinweisen muss und dies in der Niederschrift zu vermerken hat¹². Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er aber nicht verpflichtet und im Zweifel wohl auch nicht in der Lage¹³. Es wäre daher im *argumentum e contrario* fragwürdig, an ausländische Notare höhere Anforderungen zu stellen als reziprok an Deutsche gestellt werden¹⁴. Schliesslich müssen die Erklärenden den Urkundeninhalt nicht nur unterzeichnen, sondern auch zur Kenntnis genommen haben, wobei er vorrangig verlesen werden soll¹⁵. Sodann hat der BGH im jüngsten Entscheid hervorgehoben, dass die Parteien auf die nach dem

Beurkundungsgesetz vorgesehene Prüfungs- und Belehrungspflicht wirksam verzichten können, was ein weiteres Argument der Gegner der Auslandsbeurkundung den Wind aus den Segeln nimmt. Einem solchen Verzicht gleichgestellt ist die Konstellation, «wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchen, von dem sie regelmässig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein gar nicht erwarten können»¹⁶. Ein Argument auf gleicher Schiene der Substitutionsgegner ist jenes, dass Schweizer Notaren die nötige Berufserfahrung fehle, was folglich negativen Einfluss auf die Qualität des deutschen Notariatswesens habe, was mit eben genannten Argumenten widerlegt wird.

1. Funktionsentsprechende Notariatsausübung

Es stellt sich nun die Frage nach der Gleichwertigkeit der Vorbildung, Stellung sowie Funktion des Schweizerischen Notars, wobei im Folgenden zuerst eine Übersicht über die Vorbildung, Stellung und Funktion eines deutschen Notars erfolgt und im Anschluss daran der Vergleich zum Schweizer Notar. In § 5 BNotO wird zur geeigneten Ausübung der Notariatstätigkeit die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richterergesetz (DRiG) vorausgesetzt¹⁷. § 5 DRiG normiert als Voraussetzungen die beiden juristischen Staatsprüfungen.

In Bezug auf die Staatsexamina ist in der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie der Europäischen Union¹⁸ anerkannt, dass Anpassungslehrgänge oder Eignungsprüfungen den Staatsexamina gleichgestellt werden können¹⁹. § 112a DRiG, welcher sich auf die Erste Juristische Staatsprüfung bezieht, ermöglicht durch entsprechende Regelungen eine Gleichwertigkeitsprüfung anstelle der Ersten Juristischen Staatsprüfung für die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst, die in deutscher Sprache erfolgt und die notwendigen Kenntnisse im deutschen Recht nachweisen soll²⁰. Das Assessorexamen, die so genannte Grosse Juristische Staatsprüfung, ist für potentielle Notarassessoren aufgrund des konkreten Bezugs in § 112a DRiG nicht ersetzbar²¹. Das Zweite Staatsexamen vermittelt nämlich – nebst der Eröffnung umfassender juristischer Berufsoptionen – einen umfassenden Einblick in die Arbeitsweise der deutschen Justiz, was aufgrund der deutschen Auffassung des Notariats als Ausübung öffentlicher Gewalt unab-

⁶ Bundesgerichtshof, Beschluss II ZB 6/13 vom 17. Dezember 2013, N 14.

⁷ NJW 1974, 1057; SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 8.

⁸ Einerseits ist es bspw. in Basel durchaus üblich, dass dort ansässige Notare Weiterbildungen besuchen, die sich eigens mit dem deutschen Beurkundungsrecht befassen. Andererseits arbeiten in vielen Basler Kanzleien inzwischen deutsche Rechtsanwältinnen und bringen folglich Kenntnisse des deutschen Rechts in die Kanzlei.

⁹ Bundesgerichtshof, Beschluss II ZB 6/13 vom 17. Dezember 2013, N 14.

¹⁰ Anders in Bezug auf die Gleichwertigkeitsprüfung aber SCHERVIER, NJW 1002, 593, 594.

¹¹ SPICKHOFF, a.a.O., 7.

¹² SPICKHOFF, a.a.O., 8.

¹³ SPICKHOFF, a.a.O., 8.

¹⁴ KROPHOLLER, ZHR 140 (1976), 394, 409; SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 8.

¹⁵ Zweifelhaft ist diesbezüglich, ob die ausreichende Möglichkeit der Lektüre (siehe auch § 23 BeurkG) genügt. OLG Bamberg FamRZ 2002, 1120 (Verlesen); grosszügiger (Durchsicht genügt) STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBG, N 320.

¹⁶ Bundesgerichtshof, Beschluss II ZB 6/13 vom 17. Dezember 2013, N 14.

¹⁷ SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

¹⁸ Richtlinie 2005/36/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

¹⁹ Dies dann, wenn die Ausübung des Berufes eine genaue Kenntnis des nationalen Rechts verlangt bzw. wenn die Beratung oder der Beistand in Fragen des innerstaatlichen Rechts ein wesentlicher und ständiger Bestandteil der beruflichen Tätigkeit ist. SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 10 f.

²⁰ SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

²¹ SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2931.

dingbar erscheint²². So wird die Rechtfertigung des zusätzlichen nach geltendem deutschen Recht verlangten Erfordernis der Befähigung zum deutschen Richteramt für Notare über das Argument geführt, dass diese ein den Rechtsanwälten übersteigendes Qualifikationsniveau haben müssen²³. Daraus folgt, dass die ordnungsgemäße, fachliche Erfüllung der notariellen Aufgaben Spezialkenntnisse des materiellen und formellen Rechts bedarf²⁴. Dazu gehört neben der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Beurkundungsrecht, das Berufsrecht, das Familien- und Erbrecht, das Handels- und Gesellschaftsrecht, das Liegenschafts- und Grundbuchrecht, auch das Steuerrecht, das Kostenrecht sowie Vorfragen des Verwaltungsrechts und des Internationalen Privatrechts²⁵. Funktional geht es jedenfalls darum, dass der Notar einem Richter in mancher Hinsicht, im Kontext der «vorsorgenden Rechtspflege», näher steht als einem Rechtsanwalt²⁶.

Weil das Notariatswesen in der Schweiz nicht bundeseinheitlich geregelt ist, sind im Prinzip nach der eben dargelegten herrschenden Auffassung in Deutschland Ausbildung, Stellung und Funktion der Notare und ihres Verfahrens für jeden Kanton gesondert zu untersuchen²⁷. Bekanntlich legt nämlich der Bund für das Notariat lediglich die Rahmenbedingungen respektive Mindestanforderungen fest. Die meisten Bestimmungen zur Beurkundung erschöpfen sich in materiell-rechtlichen Vorschriften. Die Ausgestaltung des Beurkundungsrechts ist in den 26 Kantonen so unterschiedlich wie die Geschichte der Kantone; sie bestimmen selbst in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 Abs. Schlusstitel Zivilgesetzbuch (SchIT ZGB)). Vom Amtsnotar, über den Nur-Notar bis zum Anwaltsnotar sind folglich in der Schweiz sämtliche Systeme vertreten, teilweise auch nebeneinander. Die Beurkundungsvorschriften sind dabei in einigen Kantonen ziemlich vage, in anderen dagegen äusserst streng. Ebenso unterschiedlich ausgestaltet ist die Ausbildung der Notare. Während in einigen Kantonen sogar Nichtjuristen zum Notariat zugelassen werden, werden in anderen eigene, hoch qualifizierte Studiengänge für Notare vorausgesetzt. Für die Beantwortung der Substitutionsfähigkeit des Beurkundungsvorgangs durch eine Auslandsbeurkundung kommt es daher massgeblich auf die jeweilige kantonale gesetzliche Regelung an. Die Gleichwertigkeit im Hinblick auf die Qualifikation des Notars in der Schweiz wurde daher diesbezüglich in Deutschland angenommen, wenn der Notar eine volle juristische Ausbildung im Sinne eines vollwertigen Jura-Studiums erfolgreich absolviert haben muss, so etwa in den Kanto-

nen Bern²⁸, Basel-Stadt²⁹ oder Genf³⁰, was aber auch für eine Reihe weiterer Kantone gilt.

Demgegenüber hat sich die Beantwortung der Substitutionsfähigkeit durch einen Zürcher Notar als problematisch herausgestellt. Sie wird zwar gelegentlich anerkannt³¹; dies indes ganz offensichtlich daher, weil verkannt wird, dass in Zürich als Notar nicht nur tätig werden kann, wer ein Jurastudium erfolgreich absolviert hat, sondern auch, wer erfolgreich eine abgeschlossene kaufmännische Lehre oder Mittelschule abgeschlossen hat, einige Jahre in einem Notariat in Zürich tätig war und ein auf die Prüfungsfächer bezogenes (blosses) Teilstudium an einer schweizerischen Hochschule erbracht hat (§6 des Notariatsgesetzes des Kantons Zürich [NotG]). Genau in den letztgenannten Fällen sollte die Beurkundungssubstitution durch einen Zürcher Notar aber in Anbetracht der Voraussetzungen im Kanton Zürich beanstandet werden. Diese letztgenannte Haltung entspricht auch der Mehrheitsmeinung im wissenschaftlichen Schrifttum³². Dies obschon auch aus deutscher Perspektive der Nachweis spezieller Kenntnisse im zu beurkundenden Rechtsgebiet nicht verlangt wird³³. «Bei der Gleichwertigkeitsprüfung ist aber zu beachten, dass nicht Beurkundungen von Vorgängen in Frage stehen, die sich im Bereich des zürcherischen [sic!] Rechts abspielen, sondern Rechtsgeschäfte, die ausländischem Recht unterliegen. Die Beurkundung solcher Vorgänge verlangt vom Notar die Fähigkeit, sich in unbekannte Rechtsmaterien hineinzufinden und ggf. auch fremdartige, dem eigenen Recht unbekannt Regeln und Grundsätze – wie etwa das Abstraktionsprinzip – zu verstehen. Hierzu bedarf es einer Ausbildung in der rechtswissenschaftlichen Methodik, die durch eine praktische Ausbildung in Zürich mit Teilstudium [...] nicht hinreichend gewährleistet ist. Die Gleichwertigkeit ist daher nur dann zu bejahen, wenn der beurkundende Notar die Voraussetzungen des §6 Abs. 3 Zürcher NotG erfüllt, also ein erfolgreich abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaft an einer schweizerischen Hochschule nachweisen kann»³⁴.

Im Ergebnis entspricht es im (deutschen) Internationalen Privatrecht den Regeln der juristischen Kunst, die Frage nach der Substitution der Beurkundung in der Schweiz differenzierend – je nach Ausbildung des Notars – zu beantworten. Nicht anders wird diese Frage mit allen anderen als «notariell» zu hinterfragenden Beurkundungen im

²² SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

²³ SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

²⁴ SPICKHOFF, a.a.O., 10 f.

²⁵ SCHIPPEL/BRACKER/GÖRK, §6 BNotO N 12.

²⁶ BVerfGE 17, 371, 377.

²⁷ GEIMER, DNotZ 1981, 406; SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 9.

²⁸ OLG Hamburg, IPRspr. 1979 Nr. 9.

²⁹ OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 764; OLG München, NJW-RR 1998, 758.

³⁰ STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB N 327.

³¹ BGH, NJW-RR 1989, 1259; OLG Frankfurt, IPRspr. 1981 Nr. 11; OLG Stuttgart, IPRax 1983, 79; OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 764; LG Köln, IPRspr. 1989 Nr. 33 b; SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 9.

³² SPICKHOFF, a.a.O., 9, m.w.H.

³³ SPICKHOFF, a.a.O., 9.

³⁴ STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB, N 329.

Ausland gehandhabt; insbesondere ist unstrittig, dass der US-amerikanische *notary public* nur beglaubigen, nicht aber notariell im Sinne der deutschen Rechts beurkunden kann³⁵; ähnlich steht es regelmässig mit dem englischen *notary public* oder dem dänischen *Notarial Kontoret*³⁶.

b. Gleichwertiges Beurkundungsverfahren

Die Beurkundungssubstitutionsfähigkeit setzt neben der mit einem deutschen Notar vergleichbaren Vorbildung, Stellung sowie Funktion ebenso ein dem BeurkG äquivalentes Beurkundungsverfahren voraus. D.h., dass bei der Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten ist, das den Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Dabei wird grundsätzlich vorgebracht, dass der Beurkundungsbegriff und der Zweck der notariellen Form sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland übereinstimmen müssen. Dies wurde übrigens auch vom Oberlandesgericht Düsseldorf bejaht, welches aus BGE 90 II 274 E. 6 die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung zitiert: «das Herstellen eines Schriftstücks, das den Vertrag enthält, durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem von ihm vorgeschriebenen Verfahren». Schliesslich bezwecke die öffentliche Beurkundung eines Vertrages den Schutz der Parteien vor Übereilung und verfolge die Absicht, dass sich die Parteien der Tragweite des Geschäftes bewusst werden. Überdies sei auch das Beurkundungsverfahren im engeren Sinne mit dem deutschen Beurkundungsverfahren vergleichbar. Der Begriff der öffentlichen Urkunde entstammt dem Bundesrecht, weswegen er auch für die Kantone allgemeingültig ist, womit sich bezüglich der Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens keine kantonale Differenzierung wie bei der ersten Voraussetzung der Vor-

bildung, Stellung sowie Funktion des Notars aufdrängt. Bei der Betrachtung des Beurkundungsverfahrens im engeren Sinne zeigt sich daher grosso modo, dass keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Verfahren in Deutschland und jenen in der Schweiz bestehen. So ist namentlich das Beurkundungsverfahren in Zürich ohne Weiteres als gleichwertig anzusehen, im Gegensatz zur Ausbildung des Notariatsinspektors im Rahmen einer solchen Notariatslehre.

B. Fazit

Abschliessend kann statuiert werden, dass sich aufgrund des jüngsten Entscheids des BHF die Beurkundungssubstitution ohne Weiteres durchsetzen wird, da in Anbetracht der wesentlichen Voraussetzungen (Gleichwertigkeit der Vorbildung, Stellung sowie Funktion und Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens) der Gültigkeit der Auslandsbeurkundung keine zwingenden Hindernisse bestehen, die der deutschen Rechtssicherheit entgegenstehen; zumindest Auslandsbeurkundungen von Notaren aus Kantonen, die für die Ausübung des Notarberufes ein vollwertiges Jurastudium voraussetzen. Und schliesslich ist davon auszugehen, dass der von den Rechtssuchenden aufgesuchte Notar den Beurkundungsauftrag nur dann annehmen und ausführen wird, wenn er sich im entsprechenden (deutschen) Rechtsgebiet genügend auskennt und sich folglich die entsprechende Beurkundung auch zutraut. Damit einher geht das bereits angetönte Argument, dass die Parteien selbst entscheiden, einen ausländischen Notar aufzusuchen und sich folglich den damit möglicherweise verbundenen Schwierigkeiten bewusst zu sein haben.

Im Dezember 2015

Stach Rechtsanwälte AG
Poststrasse 17
Postfach 1944
CH-9001 St.Gallen

T +41 (0)71 278 78 28
F +41 (0)71 278 78 29
contact@stach.ch
www.stach.ch

³⁵ SPICKHOFF, a.a.O., 9; STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB, N 332 m.w.H.

³⁶ SPELLENBERG, Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 11 EGBGB, N 89; SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013, 9.