

Verfahrensgang

AG Charlottenburg, Beschl. vom 22.01.2016 – 99 AR 9466/15, [IPRspr 2016-64](#)

KG, Beschl. vom 24.01.2018 – 22 W 25/16, [IPRspr 2018-33](#)

Rechtsgebiete

Handels- und Transportrecht → Allgemeines Handelsrecht einschl. UN-Kaufrecht

Juristische Personen und Gesellschaften → Gesellschaftsstatut, insbesondere Rechts- und Parteifähigkeit

Leitsatz

Die Beurkundung der Gründung einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch einen Schweizer Notar genügt nicht der Form des § 2 I 1 GmbHG. Insbesondere gilt dies für die Beurkundung durch einen Notar des Schweizer Kantons Bern, da das im Kanton Bern zu beachtende Beurkundungsverfahren so stark von deutschen Standards abweicht, dass von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung nicht gesprochen werden kann. [LS der Redaktion]

Rechtsnormen

BeurkG §§ 8 ff.; BeurkG § 9; BeurkG § 13; BeurkG § 17

BGB § 925

EGBGB Art. 11

GmbHG § 2; GmbHG § 9c; GmbHG § 53

Rom I-VO 593/2008 Art. 1

Sachverhalt

Mit Anmeldung vom September 2015 wurde die Gründung der „S GmbH“ (Gesellschaft i. Gr.) zum Handelsregister angemeldet. Mit der Anmeldung eingereicht wurde eine mit Apostille versehene öffentliche Urkunde eines Schweizer Notars, dienstansässig im Kanton Bern.

Das Gericht hat die Gesellschaft i. Gr. darauf hingewiesen, dass es die Beurkundung zur Wahrung der Form des § 2 I 1 GmbHG als nicht ausreichend erachtet. Die Gesellschaft i. Gr. begehrt weiterhin die Anmeldung.

Aus den Entscheidungsgründen:

(Randnummern der IPRspr-Redaktion)

[1] II. Die Anmeldung der Eintragung der Gesellschaft ist zurückzuweisen, da die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet worden ist, § 9c I 1 GmbHG. Die Beurkundung der Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar genügt nicht der Form des § 2 I 1 GmbHG. Dies gilt insbesondere für die Beurkundung durch einen Notar des Schweizer Kantons Bern, da das im Kanton Bern zu beachtende Beurkundungsverfahren derart von deutschen Standards abweicht, dass nicht von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung gesprochen werden kann.

[2] 1. Auf den vorliegenden Fall ist hinsichtlich der Formerfordernisse deutsches Recht anwendbar, Art. 11 I Alt. 1 EGBGB. Die Einhaltung der formellen Vorschriften des Schweizer Rechts bzw. des Rechts des Kantons Bern ist nicht ausreichend.

[3] a. Das Gericht schließt sich der ganz h.M. an, wonach aufgrund der besonderen materiellen Bedeutung von § 2 I GmbHG die Einhaltung der (Schweizer) ‚Ortsform‘ gemäß Art. 11 I Alt. 2 EGBGB nicht ausreicht (statt vieler vgl. nur *Baumbach/Hueck-Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 2 Rz. 9; *Lutter/Hommelhoff-Bayer*, GmbHG, 18. Aufl., § 2 Rz. 18, jew. m.w.N.). Ausweislich der Gesetzesmaterialien zum IPRG sollte sich der auf das EVÜ zurückzuführende Art. 11 EGBGB ausdrücklich nicht auf Fragen der Verfassung juristischer Personen beziehen (BT-Drucks. 10/504 S. 49; MünchKommAktG-Pentz, 4. Aufl., § 23 Rz. 30). Diese Ansicht wird zudem im Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristische Personen vertreten (S. 4 des Entwurfs). Träfe die Ansicht der Gesellschaft i. Gr. zu, wonach die Einhaltung der ‚Ortsform‘ ausreichend wäre, wäre bspw. die Gründung

einer deutschen GmbH in den USA vor einem in juristischer Hinsicht überhaupt nicht ausgebildeten *notary public* möglich.

[4] b. Die Rom-I-VO ist nicht einschlägig, da das Internationale Gesellschaftsrecht gemäß Art. 1 II lit. f von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen ist.

[5] c. Die Gesellschaft i. Gr. vertritt die Auffassung, bereits aus der Formulierung des § 2 I 1 GmbHG folge die Zulässigkeit der Beurkundung durch einen Schweizer Notar; denn sofern der Gesetzgeber ausschließlich deutsche Notare für zuständig erklären wolle, wäre dies aus der Formulierung der Norm (,deutscher Notar') ersichtlich, wie bspw. in § 794 I Nr. 5 ZPO. Dass diese Auffassung unzutreffend ist, ergibt sich bereits aus § 925 I 2 BGB. Nach der zit. Vorschrift ist zur Entgegennahme der Auflassung ,jeder' Notar zuständig. Nach ganz h.M. kann aber entgegen des Wortlauts die Auflassung nicht vor jedem Notar, sondern nur vor einem deutschen Notar erfolgen (vgl. statt vieler m.w.N. MünchKomm-Kanzleiter, 6. Aufl., § 925 Rz. 14). Dies beruhe, so die h.M., auf dem Zweck des § 925 BGB, die Schaffung nach deutschem Recht einwandfreier und unzweideutiger Unterlagen als Grundlage für den Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu gewährleisten (MünchKomm-Kanzleiter aaO). Diese Gesichtspunkte gelten ebenso für die Gründung einer GmbH, so dass eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist.

[6] 2. Die Frage, ob die Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar beurkundet werden kann, ist, soweit ersichtlich, höchststrichterlich noch nicht entschieden worden: Die einzige Entscheidung des BGH, die zumindest ein ähnliches Problem zum Gegenstand hat, stammt aus den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts (BGH, NJW 1981, 1160 (IPRspr. 1981 Nr. 10b)). Die weiteren Entscheidungen verhalten sich entweder nicht zu Vorgängen, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, oder haben zudem keinen Schweizer Sachverhalt zum Gegenstand.

[7] a. Die bereits erwähnte Entscheidung von 1981 hatte die Beurkundung einer Änderung des Gesellschaftsvertrags einer deutschen GmbH durch einen Zürcher Notar zum Gegenstand ...

[8] b. Ein weiteres BGH-Urteil aus dem Jahr 1989 hatte die Abtretung von Geschäftsanteilen, beurkundet durch einen Schweizer Notar, zum Gegenstand. Lediglich in einem obiter dictum am Ende der Entscheidung gelangte der BGH unter bloßem Verweis auf die o.g. Entscheidung aus dem Jahr 1981 zu dem Ergebnis, bei der Beurkundung durch einen Schweizer Notar sei das in deutschen Gesetzesvorschriften aufgestellte Formerfordernis der notariellen Beurkundung erfüllt (BGH, NJW-RR 1989, 1259, 1261 (IPRspr. 1989 Nr. 36)). Der Kanton, in dem die Beurkundung stattgefunden hatte, wurde nicht erwähnt.

[9] c. Im Beschluss vom 17.12.2013 (NJW 2014, 2026 ff.) hat der BGH zu dem hier interessierenden Thema dagegen nicht Stellung genommen ...

[10] d. Auch aus dem Urteil des BGH vom 21.10.2014 (NZG 2015, 18 ff.) ([IPRspr 2014-32](#)) lässt sich nicht herleiten, dass vorliegend ein ausländischer Notar hätte beurkunden können ...

[11] 3. Eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar soll der Beurkundung durch einen deutschen Notar im Sinne der o.g. Rspr. des BGH gleichwertig sein, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

[12] Die ausländische Urkundsperson hat zum einen für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Zum anderen muss die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausüben.

[13] Die erste Voraussetzung – Gleichwertigkeit des Verfahrensrechts – ist vorliegend nicht erfüllt:

[14] a. Dabei ist zu beachten, dass bei der Gründung einer GmbH Willenserklärungen zu beurkunden sind und damit in Deutschland das Verfahren nach §§ 8 ff. BeurkG einzuhalten ist. Zudem ist zu beachten, dass ein erheblicher Unterschied zwischen der Beurkundung der Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH und der Beurkundung der Gründung einer GmbH besteht. In der Stellungnahme der Gesellschaft i. Gr. wird auf diese Unterscheidung nicht Rücksicht genommen, wenn Entscheidungen deutscher Gerichte

zitiert werden, die sich nicht auf die Gründung einer GmbH, sondern auf die Abtretung von Geschäftsanteilen beziehen.

[15] b. Das im Kanton Bern zu beachtende Beurkundungsverfahren weicht derart von deutschen Standards ab, dass nicht von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung gesprochen werden kann: Im Kanton Bern gilt die Notariatsverordnung (NV) vom 26.4.2006 (Bernische Amtl. GS 06-059). Nach Art. 46 I NV liest der Notar die Urkunde (nur) vor, soweit sie Willenserklärungen enthält. Nach Art. 46 II NV können Bürgschaften selbst gelesen werden. Nach Art. 39 NV sind Beilagen der Urschrift im Original oder in beglaubigter Kopie beizufügen und mit einem Zeugnis des Notars über die Zugehörigkeit zu der betreffenden Urschrift zu versehen. In Bern müssen also Anlagen gar nicht und die Urkunde nur insoweit vorgelesen werden, als sie Willenserklärungen enthält. Im deutschen Recht dagegen muss gemäß § 13 BeurkG die gesamte Niederschrift und nicht nur die beurkundeten Erklärungen der Beteiligten vorgelesen werden (*Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 13 Rz. 21). Ebenso sind in Deutschland auch die einen Teil der notariellen Niederschrift bildenden Anlagen im Sinne des § 9 I 2 BeurkG zu verlesen. Eine Verletzung der Verlesungspflicht führt zur Nichtigkeit der Beurkundung (*Winkler* aaO Rz. 23). Die Vorlesungspflicht ist ein ‚Essentiale der Beurkundung‘ (*Winkler* aaO Rz. 2), ‚Kernstück‘ der notariellen Beurkundungsverhandlung (*Eylmann/Vaasen-Limmer*, BeurkG, 3. Aufl., § 13 Rz. 3). Das Verlesen der Urkunde ist damit im Sinne der Gleichwertigkeits-Rechtsprechung des BGH als tragender Grundsatz des deutschen Beurkundungsrechts anzusehen (MünchKommGmbHG-J. *Mayer*, 2. Aufl., § 2 Rz. 52; *Schmidt* aaO 1998; *Haerendel*, DStR 2001, 1802, 1805). Denn gerade das Verlesen ist das zwingende Unterscheidungsmerkmal zur bloßen Beglaubigung. Da dieser Grundsatz im notariellen Verfahrensrecht des Kantons Bern nicht gleichwertig gewahrt ist, ergibt sich bereits aus diesen Gründen die Formnichtigkeit der Gründung der Gesellschaft.

[16] c. Daran ändert auch eine freiwillige, gleichsam ‚überobligatorische‘ Anwendung des höheren (deutschen) Standards durch den ausländischen Notar nichts: Es kommt abstrakt darauf an, dass der ausländische Notar nach der für ihn geltenden Notariatsverfassung ein gleichwertiges Verfahren einhalten muss. Jede andere Handhabung würde zu einer Einzelfallprüfung und damit zu einer großen Rechtsunsicherheit führen. Gleichwertig ist nicht eine einzelne Beurkundung, sondern die Beurkundung durch die Notare eines bestimmten Staats (*Staudinger-Hertel*, BGB [Bearb. 2012], Vor §§ 127a, 128, Rz. 874; *Schmidt* aaO 1999). Andernfalls müsste für jeden Notar überprüft werden, ob er über ausreichende Kenntnisse im deutschen Recht verfügt. Dies würde wohl die Ablegung eines Sachkundenachweises durch den ausländischen Notar erfordern, was höchst unpraktikabel wäre.

[17] 4. Das Gericht teilt auch die in der Literatur vertretene Meinung, der BGH habe die in den beiden erwähnten Entscheidungen aus den 80er Jahren zum Ausdruck gekommene Ansicht der Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen Schweizer Notar nur deshalb noch nicht korrigiert, da das Gericht hierzu noch keine Gelegenheit hatte (MünchKommGmbHG-J. *Mayer* aaO Rz. 56 m.w.N.). Auch daraus ergibt sich vorliegend die Formnichtigkeit der Beurkundung. Dies aus folgenden Gründen:

[18] a. Im Vorfeld der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1981 hatten die Oberlandesgerichte Hamm und Karlsruhe sowie zahlreiche Stimmen in der Literatur die Gleichwertigkeit der Beurkundung mit der Begründung abgelehnt, die Prüfungs- und Belehrungspflicht des deutschen Notars erfordere eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts, die der ausländische Notar regelmäßig nicht besitze. Der BGH räumte zwar ein, das in § 53 II GmbHG angeordnete Erfordernis der notariellen Beurkundung verfolge auch den Zweck, den zu beurkundenden Vorgang rechtlich zu prüfen, die Urkundsbeteiligten rechtlich zu beraten und zu belehren, damit Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt würden (vgl. § 17 I BeurkG). Entscheidend sei aber, dass die Befolgung der Pflichten aus § 17 I BeurkG nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung, sondern verzichtbar sei. Einem solchen Verzicht käme es praktisch gleich, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchten, von dem sie regelmäßig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein gar nicht erwarten könnten. Die inhaltliche Prüfung durch das Registergericht gewährleiste, dass Urkunden, die Publizitätswirkung für Dritte hätten, (auch ohne inhaltliche Prüfung durch einen Notar) eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr darstellten. Hinzu komme, dass vom deutschen Notar die Kenntnis des Inhalts ausländischer Rechtsordnungen ebenso nicht erwartet werden könne (vgl. § 17 III 2 BeurkG).

[19] bb. Alle diese Argumente stehen teils im Widerspruch zur eigenen Rspr. des BGH seit den beiden erwähnten Entscheidungen aus den 1980er Jahren, teils zur bereits damals geltenden Rechtslage, teils zur nunmehr geltenden Rechtslage:

[20] (1) In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass jedenfalls im (hier vorliegenden) Beurkundungsverfahren gemäß §§ 8 ff. BeurkG ein Verzicht auf die notarielle Belehrungs- und Prüfungspflicht gemäß § 17 I BeurkG nicht möglich ist. [...] Wenn aber die Belehrungspflicht eines deutschen Notars nicht verzichtbar ist, sondern nur auf der Grundlage besonderer Voraussetzungen entfallen kann, dann kann auch die weitere These des BGH, bereits durch die Wahl eines ausländischen Notars sei ein solcher Verzicht konkludent anzunehmen, nicht aufrechterhalten werden. Das Entfallen der Belehrungspflicht wird zudem in der übrigen Rspr. des BGH als Ausnahme von der Regel angesehen, womit schwer vereinbar ist, bei Auslandsbeurkundungen die Ausnahme zur Regel zu machen. Hinzu kommt auch, dass nach der st. Rspr. des BGH (NJW 1995, 330, 331) sich der Notar durch gezieltes Nachfragen davon überzeugen muss, dass sich die Beteiligten auch und gerade über die rechtlichen Konsequenzen ihres Tuns im Klaren sind; nur wenn der Notar sich insoweit sicher ist, kann man überhaupt an ein Entfallen der Belehrungspflicht denken. Als Organ der Rechtspflege ist der Notar insbesondere dann zur Belehrung verpflichtet, wenn besondere Umstände es nahe legen, dass einem Beteiligten wegen mangelnder Kenntnis der Rechts- oder Sachlage ein Schaden droht. Daraus folgt zwingend, dass der handelnde Notar über entsprechende Fachkenntnisse verfügen muss, um überhaupt das Bestehen etwaiger Risiken für die Beteiligten einschätzen zu können (*Dignas*, GmbHR 2005, 139, 143).

[21] (2) Auch die weitere Begründung des BGH in der o.g. Entscheidung aus dem Jahr 1981, auch von einem deutschen Notar könne die Kenntnis des Inhalts ausländischer Rechtsordnungen nicht erwartet werden (vgl. § 17 III 2 BeurkG), verfährt nicht ...

[22] (3) Auch die weitere Begründung, die Prüfung durch das Registergericht gewährleiste, dass die Urkunde eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr darstelle, überzeugt nicht (mehr). Nach der Einführung des § 9c II GmbHG im Jahr 1998 ist die Inhaltskontrolle durch das Handelsregister bei der Gründung einer GmbH erheblich beschränkt.

[23] (4) Hinzu kommt, dass in der neueren Rspr. des BGH, die nach den o.g. Entscheidungen aus den 1980er Jahren ergangen ist, der Zweck der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags (auch) in ‚Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen‘ sowie einer ‚materiellen Richtigkeitsgewähr‘ gesehen wird, und die notarielle Beurkundung eine ‚Prüfungs- und Betreuungsfunktion‘ gewährleiste (vgl. BGH, NJW 1989, 295, 298 [Supermarkt]). [...] Ein ausländischer Notar kann aber diese vom Gesetzgeber durch Anordnung der notariellen Beurkundung bezweckte materielle Richtigkeitsgewähr gerade nicht gewährleisten (*Goette*, DStR 1996, 709, 712 f.; *Staudinger-Hertel* aaO Rz. 875; *MünchKommGmbHG-J. Mayer* aaO Rz. 54 ff.; *Lutter/Hommelhoff-Bayer* aaO Rz. 19; *Winkler* aaO Einl. Rz. 90 ff.; *Haerendel* aaO 1804 f.). Auch an dieser Stelle wird noch einmal deutlich, dass der vom BGH in der Entscheidung aus dem Jahr 1981 angenommene ‚Belehrungsverzicht‘ sehr zweifelhaft ist – es wäre ein Verzicht zulasten Dritter, nämlich der Allgemeinheit, die auf die Richtigkeit der notariellen Urkunden vertraut.

[24] (5) Die Theorie der Gleichwertigkeit der Beurkundung des BGH hat damit eine gravierende Schwäche: Sie erfordert keine Kenntnis des deutschen Rechts ...

[25] (6) Schließlich kommt hinzu, dass regelmäßig nur ein deutscher Notar den Melde- und Kontrollpflichten unterliegt wie § 54 EStDV, der dem (deutschen) Notar bei der Gründung von Kapitalgesellschaften aufgibt, dem FA beglaubigte Abschriften der Gründungsurkunde zu übersenden (*MünchKommGmbHG-J. Mayer* aaO Rz. 55; *Winkler* aaO Rz. 95). Auch aus diesem Grund ist das Beurkundungsverfahren in der Schweiz dem deutschen nicht gleichwertig.

[26] 5. Lediglich am Rande sei erwähnt, dass das Erfordernis der Beurkundung durch einen deutschen Notar keinen Verstoß gegen die europäischen Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit, darstellt (die im vorliegenden Fall mangels Geltung in Beziehungen zur Schweiz ohnehin nicht anwendbar wären): Eine Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit wäre im vorliegenden Fall ‚aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses‘ (sog. Gebhard-Formel) gerechtfertigt, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt (vgl. hierzu auch die Entscheidung des EuGH

zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt für deutsche Notare, Urt. vom 24.5.2011 – Europäische Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland, Rs C-54/08, Slg. 2011 I-4355 Tz. 96 ff.). Zudem hat der EuGH in seiner Rspr. zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung (EuGH, Urt. vom 12.7.2012 – VALE Építési Kft., Rs C-378/10, NJW 2012, 2715, 2718, Rz. 52) es ausdrücklich für zulässig erachtet, dass der Zuzugsstaat seine gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften anwendet.

Fundstellen

Bericht

DNotI-Report, 2016, 38

LS und Gründe

GmbHR, 2016, 223, mit Anm. *Wösthoff*

RNotZ, 2016, 119

ZIP, 2016, 770

nur Leitsatz

GWR, 2016, 96, mit Anm. *Berninger*

EWiR, 2017, 593, mit Anm. *Schodder*

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2016-64>

Lizenz

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



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