



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Auslandsbeurkundung
Am Beispiel der Gründung einer GmbH und der Übertragung
ihrer Geschäftsanteile“**

Dissertation vorgelegt von Ann-Sophie Tietz

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Juristische Fakultät

Die Auslandsbeurkundung

Am Beispiel der Gründung einer GmbH und der Übertragung ihrer Geschäftsanteile

Die Problematik rund um die Auslandsbeurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge ist vielfach diskutiert und dennoch nicht abschließend geklärt. Die Arbeit untersucht diese an zwei Fallbeispielen aus der Praxis, nämlich an der Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags zur Errichtung einer GmbH sowie der Beurkundung der Übertragung ihrer Mitgliedschaftsrechte in Form von GmbH-Geschäftsanteilen vor Schweizer Notaren.

Nicht nur in Deutschland, sondern unionsweit besteht Rechtsunsicherheit darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen gesellschaftsrechtliche Vorgänge im Ausland formwirksam vorgenommen werden können. Die bis heute fehlende Kodifikation des internationalen Gesellschaftsrecht hat die Unklarheiten verstärkt. Die Untersuchung beleuchtet daher die Sach- und Kollisionsrechte Österreichs, Frankreichs, Luxemburgs und Spaniens im Hinblick auf die Gründung einer der deutschen GmbH strukturell vergleichbaren, ausländischen Kapitalgesellschaft, sowie der Übertragung ihrer Geschäftsanteile. Gemeinsamkeiten und Unterschiede werden herausgearbeitet und vor dem Hintergrund europäischer Lösungsvorschläge diskutiert.

Die Untersuchung möchte Abhilfe schaffen und einen Beitrag zur Verbesserung der Rechtssicherheit leisten. Gewinnbringend sind insoweit die Ergebnisse der rechtsvergleichenden und rechtspolitischen Umschau. Die Arbeit gelangt zum Ergebnis, dass der für Deutschland nachgezeichnete Lösungsweg ein Sonderweg und als solcher für eine europäische Lösung nicht geeignet ist. Vor diesem Hintergrund schließt die Untersuchung mit einem Formulierungsvorschlag einer Kollisionsnorm zur Bestimmung des Formstatuts gesellschaftsrechtlicher Vorgänge, der *de lege ferenda* in einer künftigen Rom V-VO zum internationalen Gesellschaftsrecht Platz finden könnte. Im Einzelnen:

Die Frage nach dem Formstatut

1. Bis heute ist es nicht gelungen, eine allgemeingültige Antwort auf die Frage zu finden, welches Recht darüber entscheidet, ob gesellschaftsrechtliche Vorgänge hinsichtlich ihrer Form wirksam sind. Es fehlt insbesondere an einer eindeutigen Positionierung des BGH, da dieser die kollisionsrechtliche Frage zur Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 1 EGBGB im Generellen und dem in Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB normierten *locus regit actum*-Grundsatz im Speziellen auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge, stets unbeantwortet ließ. Erst im Jahr 2018 hat das Kammergericht ausdrücklich entschieden, dass bei einem GmbH-Gesellschaftsvertrag nur das Geschäftsrecht und nicht etwa das Ortsrecht anwendbar ist. Diese Entscheidung ist in der Literatur auf Zustimmung gestoßen. Die Unterscheidung zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen mit und ohne Verfassungsbezug hat sich im Laufe der Zeit als Abgrenzungskriterium in der Literatur verfestigt.

2. Beide untersuchungsgegenständlichen Beurkundungserfordernisse sind als Formfrage zu qualifizieren. Allerdings findet Art. 11 EGBGB keine Anwendung auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge. Dafür spricht zum einen die systematische Stellung der Norm im EGBGB unter dem Titel: „Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte“. Zum anderen spricht hierfür der Wille des historischen Gesetzgebers. Deutlich wird dies insbesondere in der Textfassung von 1983, in der Art. 11 EGBGB die Vorschrift des Art. 9 EVÜ umsetzte. Das internationale Gesellschaftsrecht war weder im EVÜ noch im EGBGB geregelt. Dies geschah bewusst, da man etwaigen europäischen Gesetzesvorhaben nicht zuvorkommen wollte. Jedoch wurden diese nie umgesetzt. Welche „allgemeinen Regeln“ der deutsche Gesetzgeber stattdessen

angewandt wissen wollte, lässt sich nicht feststellen. Der Hinweis geht vielmehr ins Leere, da die Rechtslage vor der Reform des EGBGB insoweit bereits unklar war. An diesem Ergebnis hat die Anpassung des EGBGB an die Rom I-VO nichts geändert.

3. *De lege lata* existiert weder eine europäische noch eine autonome Kollisionsnorm zur Bestimmung des Formstatuts gesellschaftsrechtlicher Vorgänge. Unter Zugrundelegung der von *Kegel* entwickelten kollisionsrechtlichen Interessen, gelangt die Untersuchung zum Ergebnis, dass die formelle Wirksamkeit eines GmbH-Gesellschaftsvertrags ausschließlich nach dem Recht zu beurteilen ist, dem der Gesellschaftsvertrag selbst unterliegt (Geschäftsrecht), namentlich der *lex societatis*. Dafür spricht das Parteiinteresse der GmbH, das Interesse des Rechtsverkehrs am Gleichlauf von Forum und anwendbarem Recht sowie das Ordnungsinteresse. Gegen eine zusätzliche, alternative Anknüpfung der Form an das Ortsrecht sprechen entscheidend Drittinteressen. Kennzeichnend hierfür ist das Erfordernis der Handelsregistereintragung. Es stellt sicher, dass sich Dritte jederzeit über die tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschaft informieren können. Dementsprechend wiegt das Interesse an einem sicheren internationalen Rechtsverkehr schwerer als das Interesse an einem leichten internationalen Rechtsverkehr. Aus dem europäischen Primärrecht, namentlich der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, folgen keine anderslautenden Vorgaben. Die Beschränkung Letzterer ist gerechtfertigt, da die Anknüpfung an das Geschäftsrecht die Funktionsfähigkeit des Handelsregisters sicherstellt.

4. Mit Blick auf die Form der dinglichen Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen gelangt die Untersuchung zum Ergebnis, dass diese sowohl nach dem Geschäftsrecht (der *lex societatis*) als auch alternativ nach dem Ortsrecht (der *lex loci actus*) zu beurteilen ist. Für die alternative Maßgeblichkeit des Ortsrechts spricht – in Abgrenzung zur GmbH-Gründung – vor allem die Abwesenheit von vergleichbar stark beeinträchtigten Drittinteressen. Vor diesem Hintergrund wiegt insoweit das Interesse an der Erleichterung des internationalen Rechtsverkehrs schwerer.

Die Frage nach der Substitution

5. Handeln die Beteiligten bei einer Auslandsbeurkundung entgegen dem kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl unter einem falschen Recht, stellt sich infolgedessen ein Substitutionsproblem. Es ist die Frage aufzuwerfen, ob die vor dem im Ausland bestellten Notar vorgenommene Beurkundung unter den Tatbestand der anzuwendenden Sachnorm subsumiert werden kann. Die Voraussetzung hierfür ist, dass die Substitution im Rahmen der Ausgangsnorm statthaft ist und dass die konkreten Substitutionsvoraussetzungen erfüllt sind.

6. Nach einer Auseinandersetzung mit der jüngsten BGH-Entscheidung zur Auflassung vor einem ausländischen Notar gelangt die Untersuchung zum Ergebnis, dass sich die Statthaftigkeit durch die Auslegung des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte der Ausgangsnorm ermitteln lässt. Sofern sich aus beiden nichts Konkretes dafür ableiten lässt, dass der Systembegriff der Ausgangsnorm für eine Substitution geschlossen ist, ist eine Substitution im Zweifel als statthaft anzusehen. Hingegen ist insbesondere die Frage, ob der Normzweck durch die Auslandsbeurkundung erreicht wird, keine Frage der Statthaftigkeit, sondern eine der nachgelagerten Prüfung der Substitutionsvoraussetzungen.

7. Eine Substitution des Beurkundungserfordernisses in § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist statthaft. Ein anderslautendes Ergebnis folgt weder aus dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte. Insbesondere ist die in der BGH-Entscheidung zur Auflassung vor einem ausländischen Notar enthaltene Argumentation angreifbar und auf das in § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG enthaltene Beurkundungserfordernis nicht übertragbar.

8. Ob die Substitutionsvoraussetzungen konkret erfüllt sind, ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Mit der Gleichwertigkeitsklausel des BGH kommt es auf die funktionale Gleichwertigkeit des im Ausland bestellten Notars und des für ihn maßgeblichen Beurkundungsrechts an. Entscheidend ist, dass er für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.

9. Welche Grundsätze zu den „tragenden“ gehören, beurteilt sich im Lichte der Formzwecke der jeweiligen Ausgangsnorm und nicht etwa pauschal. Das in § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG enthaltene Beurkundungserfordernis bezweckt eine Beweissicherungs-, eine Prüfungs- sowie Belehrungsfunktion sowie die materielle Richtigkeit.

10. Nur eine wirksam errichtete notarielle Urkunde erfüllt die Beweisfunktion. § 13 BeurkG enthält die erforderlichen Voraussetzungen. Danach ist das Vorlesen der gesamten Niederschrift, inklusive tatsächlicher Feststellungen und Anlagen, zwingend. Es ist unschädlich, wenn die Pflicht der im Ausland bestellten Urkundsperson zum Vorlesen umfangmäßig grundsätzlich abstrakt weniger weit reicht als die des deutschen Notars, wenn das ausländische Beurkundungsverfahrengesetz die zutreffende Abbildung des Willens der Beteiligten sicherstellt, indem jedenfalls die Willenserklärungen vorzulesen sind. Erst recht ist es ausreichend, wenn die Beteiligten konkret überobligatorisch und freiwillig im Ausland die gesamte Urkunde verlesen lassen und dies nach dem ausländischen Beurkundungsverfahrenrecht möglich ist (konkreter Prüfungsmaßstab). Denn im Rahmen der Substitution ist nicht die Identität, sondern bloß die funktionale Gleichwertigkeit entscheidungserheblich. Eine vollkommene Deckungsgleichheit der aus- und inländischen Beurkundungsverfahren ist eine schlichte Illusion, sodass eine Substitution im Ergebnis nie möglich wäre. Das ginge jedenfalls dort zulasten der Einzelfallgerechtigkeit, wo die Schutzzwecke des Beurkundungserfordernisses konkret durch die ausländische Beurkundung erreicht werden.

11. Mit dem BGH ist davon auszugehen, dass die Prüfungs- und Belehrungspflicht im BeurkG eine bloße Soll-Vorschrift zum Schutz der Beteiligten ist. Auf diese verzichten die Beteiligten, wenn sie die Beurkundung im Ausland vornehmen lassen. Hierfür spricht der individualschützende Charakter des § 17 BeurkG. Entgegen dem notariellen Schrifttum ist es dafür unerheblich, dass es sich für einen deutschen Notar um eine Amtspflicht handelt.

12. Bei der Auslandsbeurkundung des Gesellschaftsvertrags kommt es daher entscheidend darauf an, ob diese die materielle Richtigkeit gewährleisten kann. Die materielle Richtigkeitsgewähr ist das „Pendant“ zur Prüfungs- und Belehrungspflicht, sodass insoweit § 17 BeurkG auch eine verkehrsschützende Eigenschaft zukommt. Sie ist im Falle der Auslandsbeurkundung in zwei Konstellationen gleichwertig gewährleistet, nämlich dann, wenn ausreichende Rechtskenntnisse des ausländischen Notars der Beteiligten vorhanden sind. Letzteres wird etwa durch eine Belehrung und Erstellung des Urkundentexts im Vorhinein oder durch Vertretung eines sachkundigen Rechtsanwalts sichergestellt.

13. Bei der im Ausland beurkundeten Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen stellt sich regelmäßig kein Substitutionsproblem, da die Beachtung der Formerfordernisse des Ortsrechts bereits genügt (siehe hierzu unter 4.). Allerdings sind Fälle denkbar, in denen die Möglichkeit die Formerfordernisse der *lex loci actus* zu beachten ins Leere läuft, z.B. Unterschreitung oder Normenleere. Für diese Fälle gilt das Folgende: § 15 Abs. 3 GmbHG ist eine substitutionsoffene Norm. Das MoMiG hat hieran, wie der BGH festgestellt hat, nichts geändert. Die Substitutionsvoraussetzungen sind im Einzelfall einfacher zu erfüllen als die im Rahmen des in § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG normierten Beurkundungserfordernisses. Denn § 15 GmbHG bezweckt nicht die materielle Richtigkeitsgewähr.

14. Auch § 40 GmbHG, der die Einreichung der Gesellschafterliste regelt, steht der Substitution nicht entgegen. Mit dem BGH genügt es, dass der ausländische Notar zur Einreichung der Liste berechtigt ist. Die „Einreichungskompetenz“ des Notars folgt aus dessen „Beurkundungskompetenz“.

Rechtsvergleichende und rechtspolitische Umschau

15. Bis heute ist das internationale Gesellschaftsrecht im europäischen Sekundärrecht nicht harmonisiert. Daher hängt die untersuchungsgegenständliche Frage nach der inhaltlichen Anerkennung notarieller Urkunden über gesellschaftsrechtliche Vorgänge (primär) von den jeweiligen mitgliedersstaatlichen Kollisionsrechten ab. Die Untersuchung beleuchtet insoweit die Sach- und Kollisionsrechte Österreichs, Frankreichs, Luxemburgs und Spaniens im Hinblick auf die Gründung einer der deutschen GmbH strukturell vergleichbaren, ausländischen Kapitalgesellschaft, sowie der Übertragung ihrer Geschäftsanteile.

16. Für die Gesellschaftsgründung kommt die Arbeit zu folgenden Ergebnissen: Alle untersuchten Rechtsordnungen knüpfen die Form eines Gesellschaftsvertrags an das Recht, dem der Gesellschaftsvertrag selbst unterliegt, also an die *lex societatis*. Eine alternative Anknüpfung an das Ortsrecht sieht keine der Rechtsordnungen vor. Zwar wird in Österreich eine solche in der Literatur diskutiert, aber von der herrschenden Meinung abgelehnt. Auch das spanische IPR kennt grundsätzlich eine gesonderte Anknüpfung des Formstatuts, korrigiert dieses jedoch aus sachrechtlichen Erwägungen.

17. Nur das französische Sachrecht lässt zur Gründung einer SARL die Beachtung der einfachen Schriftform ausreichen. Eine Gründung im Ausland ist daher ohne weiteres möglich, sofern das Rechtsgeschäft im französischen Register publiziert wird. Abgesehen davon, sieht das österreichische, luxemburgische und spanische Sachrecht ein Beurkundungserfordernis vor. Daher stellt sich im Falle der Beurkundung vor einem ausländischen Notar auch in diesen Rechtsordnungen ein klassisches Substitutionsproblem. Dieses ist jedoch in den untersuchten Rechtsordnungen kaum aufgearbeitet. Nur in Österreich hat der OGH die Substitution der Beurkundung für die Geschäftsanteilsübertragung durch einen deutschen Notar ohne weitere Begründung anerkannt. Interessant ist auch, dass das spanische Sachrecht eine Norm kennt, die die Eintragungsfähigkeit ausländischer öffentlicher Urkunden in das spanische Handelsregister regelt und aus der das Gleichwertigkeitserfordernis im Rahmen der Substitution abgeleitet wird. Dies hat der Tribunal Supremo für einen Kaufvertrag eines deutschen Notars über ein spanisches Grundstück bejaht. Die Rechtslage im Hinblick auf die Gründung einer SRL im Ausland ist hingegen unklar.

18. Für die Geschäftsanteilsübertragung kommt die Arbeit zu folgenden Ergebnissen: Die materielle Wirksamkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts respektive des *inter-partes*-Verhältnisses der Vertragsparteien fällt nach europäisch-autonomer Qualifikation in den Anwendungsbereich der Rom I-VO. Insoweit besteht Konsens. Auch die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Verpflichtungsgeschäfts fallen aus der Sicht des österreichischen sowie des deutschen Kollisionsrechts in den Anwendungsbereich der Rom I-VO.

19. Die materiellen Voraussetzungen der Geschäftsanteilsübertragung beziehungsweise deren Drittwirksamkeit/*erga omnes*-Wirkung richten sich nach der *lex societatis*. Das gilt für alle in der Arbeit untersuchten Rechtsordnungen. Die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen ordnet die herrschende Meinung in Österreich von vornherein ausschließlich dem Gesellschaftsstatut zu und schließt damit die Möglichkeit aus, die Formerfordernisse des Ortsrechts zu beachten. Auch die französische, luxemburgische und spanische Rechtsordnung, die jeweils dem Einheitsprinzip folgen, gelangen zur Anwendbarkeit des Gesellschaftsstatuts,

indem sie die Drittwirksamkeit bzw. die *erga omnes*-Wirkung der Geschäftsanteilsübertragung gesellschaftsrechtlich (und nicht als Formfrage) qualifizieren. Formelle Wirksamkeitserfordernisse sind aus ihrer Sicht Bestandteil der Drittwirkung und folglich nichtgesondert anzuknüpfen.

20. Sowohl das österreichische und spanische Sachrecht sehen ein Beurkundungserfordernis für die Geschäftsanteilsübertragung bzw. ihre Drittwirksamkeit vor. Daher stellt sich in beiden Rechtsordnungen im Falle der Auslandsbeurkundung ein klassisches Substitutionsproblem. Hingegen genügt für die Geschäftsanteilsübertragung in Frankreich sowie in Luxemburg die Beachtung der Schriftform, sodass sie grundsätzlich im Ausland erfolgen kann, da beide Rechte nur geringe sachrechtliche Anforderungen stellen.

21. Die für die Europäische Kommission von *Gerner-Beuerle/Mucciarelli/Schuster/Siems* erstellte *Study on the Law Applicable to Companies with the aim of a possible harmonisation of conflict of laws rules on the matter* gelangt ebenfalls zum Ergebnis, dass es einen Handlungsbedarf für die Harmonisierung des internationalen Gesellschaftsrechts gibt. Ihre rechtliche Analyse zeigt zudem erhebliche Diskrepanzen nicht nur bei den Anforderungen an die Gründung, sondern noch mehr bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen.

22. Die Studie schlägt vor, die Form von allen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen ausschließlich an das Geschäftsrecht, also die *lex societatis*, anzuknüpfen. Der Lösungsvorschlag der Studie ist ferner dahin zu verstehen, dass eine alternative Anknüpfung der Form gesellschaftsrechtlicher Vorgänge an das Ortsrecht abgelehnt wird.

23. Das entspricht auch dem Vorschlag der GEDIP für eine sogenannte Rom V-VO für das internationale Gesellschaftsrecht. Dieser sieht die Gründungstheorie als generelle Anknüpfung vor, auch gegenüber Drittstaaten. Zwar enthält dieser keine Kollisionsnorm für die Form gesellschaftsrechtlicher Vorgänge. Allerdings ist dieses Schweigen dahingehend zu interpretieren, dass sich die formelle Wirksamkeit (akzessorisch) nach der *lex societatis* beurteilt. Das folgt daraus, dass der Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts weit formuliert ist.

24. Beide „Vorschläge“ fügen sich besser in die Ergebnisse ein, die die Untersuchung im Rahmen ihrer rechtsvergleichenden Umschau gewonnen hat, als in die, die sie für das deutsche Recht unterbreitet hat. Der für Deutschland nachgezeichnete Lösungsweg ist ein Sonderweg: Eine Differenzierung zwischen der kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Form eines Gesellschaftsvertrags und der einer Geschäftsanteilsübertragung, greift weder in den verglichenen Rechtsordnungen noch in den Harmonisierungsvorschlägen Platz. Sie ist damit für eine europäische Lösung nicht geeignet.

25. Eine Kollisionsnorm, der zufolge die formelle Wirksamkeit von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen nach der *lex societatis* zu beurteilen ist, hat indes zwingend ein Substitutionsproblem im Falle der Auslandsbeurkundung zur Folge, wenn das jeweilige Gesellschaftsrecht ein Beurkundungserfordernis vorsieht, weil die Beteiligten stets unter einem falschen Recht handeln würden. Während der GEDIP Entwurf auch zu einem etwaigen Substitutionsproblem schweigt, wollen *Gerner-Beuerle/Mucciarelli/Schuster/Siems* die Substitution gesetzlich normieren. Der Vorschlag stellt klar, dass die Substitutionsmethode in solchen Fällen Anwendung findet. Er geht jedoch so weit, dass geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen die Substitution erfolgreich ist (hier: zum Verzicht auf die notarielle Prüfung und Belehrung). Während ein Vorschlag begrüßenswert ist, der die Substitution und ihre dogmatischen Voraussetzungen regelt, ist eine Regelung abzulehnen, die darüber hinaus geht. Die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen eine Substitution erfolgreich ist, ist vom

jeweiligen Sachrecht und den Formzwecken im Einzelfall zu beantworten und entzieht sich daher von vornherein einer pauschalen Lösung auf europäischer Ebene.

26. Diese Erkenntnisse münden in einen Formulierungsvorschlag für eine Kollisionsnorm zum Formstatut bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, der in einer künftigen Rom-V VO aufgenommen werden könnte. Danach soll die Form einheitlich an das Geschäftsrecht (die *lex societatis*) angeknüpft werden. Eine alternative Anknüpfung an das Ortsrecht ist nicht vorgesehen. Darüber hinaus lässt der Vorschlag die Substitution gesondert zu und konkretisiert (geringfügig) ihre dogmatischen Grundlagen.
