GmbH-Anteilsabtretungen in Basel

Zugleich Besprechung von BGHZ 199, 270*

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Heidelberg**

Inhaltsübersicht ZGR 2014, 865–880

I. Einführung 866
II. Sachverhalt und Entscheidungen der Münchener Instanzgerichte 867
III. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 869
1. Einreichungskompetenz als Annex zur Beurkundungskompetenz 869
2. Nur formelles Prüfungsrecht des Registergerichts 869
IV. Die Verweisungsebene 870
1. Der Mitgliedschaftswechsel als Teil des Gesellschaftsstatuts 870
2. Qualifikation des § 15 Abs. 3 GmbHG 871
V. Die Sachrechtsebene: Substitution 875
1. Abgrenzung Substitution – Datumtheorie 875
2. Substitutionsoffenheit des § 15 Abs. 3 GmbHG nach dem MoMiG 876
3. Funktionsäquivalenz 877
VI. Zusammenfassung in Thesen 880

Die Auslandsbeurkundung ist ein Klassiker des Gesellschaftsrechts. Der Beitrag beleuchtet ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen anhand der praxisrelevanten Konstellation der GmbH-Anteilsabtretung im Schweizer Kanton Basel/Stadt. Nach dem MoMiG war deren Zulässigkeit vermehrt in Zweifel gezogen worden. Der BGH weist die diesbezüglichen Bedenken in einer aktuellen Entscheidung nun zurück und bejaht die Substitutionsoffenheit des § 15 Abs. 3 GmbHG hinsichtlich der Beurkundung und des § 40 Abs. 2 GmbHG hinsichtlich der Befugnis zur Einreichung der neuen Gesellschafterliste.

Membership interests of the German GmbH are transferable. However, pursuant to Section 15 of the German GmbH Act, a notarial form is required for the validity of the transfer. The following article deals with the question whether the parties to the transfer agreement can substitute the German notary by a foreign notary, especially by a notary in Switzerland. The German Federal Court in a recent decision admits the substitutability of the notarial form in Section 15 of the German GmbH Act.

* Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013.

** Prof. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Heidelberg. Der Verf. dankt Herrn Dr. Jens Prütting, LL.M. oec., Habilitand an der Universität Heidelberg, sowie Frau Wiss. Mit. Bettina Rensch, z.Zt. in Berkeley, für die kritische Durchsicht des Manuskriptes.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

GmbHG §§ 16, 40

1. Das Registergericht darf eine zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nicht schon deshalb zurückweisen, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eingereicht worden ist.
2. Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist (Fortführung von BGH, Beschluss vom 16. Februar 1981 - II ZB 8/80, BGHZ 80, 76).

BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13

I. Einführung

Der deutsche Wissenschaftsrat, der die Bundesregierung in Zukunftsfragen der Hochschulpolitik berät, hat den Rechtswissenschaften jüngst „die Leviten gelesen": Er empfiehlt ihnen dringend eine verstärkte Internationalisierung,[1] mithin einen größeren Fokus auf das IPR und die Rechtsvergleichung.[2] Der Klassiker der Auslandsbeurkundung im Gesellschaftsrecht[3] erhellt anschaulich die Relevanz dieses Petitums. Die Problematik ist gegenwärtig sogar Gegenstand eines milliardenschweren Rechtsstreits um das satellitengestützte Maut-System Toll Collect[4], dessen Vertrag einmal im Kanton Zug und – wegen Zweifeln an der Wirksamkeit der dortigen Beurkundung – nochmals in Basel beurkundet wurde.[5] Seit 80 Jahren werden Geschäftsanteile deutscher GmbHs nicht zuletzt aus Kostengründen in der Schweiz übertragen und haben schon mehrfach das Reichsgericht[6] und den Bundesgerichtshof[7] beschäftigt. Überzeugend gelöst wurde die Problematik bislang indes noch nicht.

1 Der Wissenschaftsrat hat am 9. November 2012 ein Papier zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analyse, Empfehlungen" veröffentlicht, das seitdem intensiv und kontrovers diskutiert wird, vgl. WR-Drucks. 2558/12.

2 Zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrates Weller, ZEuP 2014, 463 ff.

3 Ausführlich Bayer, GmbHR 2013, 897 ff; Reichert/Weller, Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2015, § 15 Rdn. 133 ff sowie spezifisch zum MoMiG und zur Schweizer GmbH-Reform im Jahr 2008 Weller, Der Konzern 2008, 253 ff; grundlegend zu der für die Auslandsbeurkundung relevanten Unterscheidung zwischen Verfassungsakten und Anteilsabtretungen Goette, FS Boujong, 1996, S. 131 = DStR 1996, 709.

4 Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage von BT-Abgeordneten zum Schiedsverfahren Bund gegen Toll Collect GbR und deren Konsorten Deutsche Telekom AG und Daimler Financial Services AG wegen Schadenersatz und Vertragsstrafen, BT-Drs. 18/1156 v. 11. 04. 2014, S. 3.

5 Der Spiegel, „Maut – Berliner Toll-Haus", Heft 10/2004 v. 1. 3. 2004, S. 22 ff.

6 RG, Urt. v. 22. 03. 1939, RGZ 160, 225, 229 ff.

7 BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

Auch im jüngsten Beschluss des II. Zivilsenats vom 17. 12. 2013[8] sucht man vergeblich internationalprivatrechtliche und rechtsvergleichende Ausführungen.[9] Obgleich ein Auslandssachverhalt par excellence (unter II.), vernachlässigt der Senat, der immerhin zu den sog. „Königssenaten" des Bundesgerichtshofs gerechnet wird, in seinem Beschluss die für grenzüberschreitende Fälle vom Gesetzgeber vorgesehene IPR-Methode (unter III.). Gemäß Art. 3 EGBGB ist ein Zwei-Schritt vorzunehmen: Zunächst ist auf Verweisungsebene mit Hilfe der Kollisionsnormen das anwendbare Recht zu ermitteln (unter IV.). Erst wenn dieses feststeht, ist das einschlägige Sachrecht zu prüfen. Dabei kann der Auslandssachverhalt erneut berücksichtigt werden, etwa über die hier einschlägige Figur der Substitution (unter V.).

II. Sachverhalt und Entscheidungen der Münchener Instanzgerichte

Der Sachverhalt ist übersichtlich: Der Alleingesellschafter einer im Handelsregister in München eingetragenen GmbH deutschen Rechts hat seinen 100%igen Geschäftsanteil an eine Erwerberin übertragen. Die Geschäftsanteilsabtretung erfolgte jedoch nicht in Deutschland, sondern im Schweizer Kanton Basel-Stadt.[10]

Der Baseler Notar beurkundete den Abtretungsvertrag und erstellte eine von ihm nach Maßgabe des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bescheinigte[11] neue Gesellschafterliste, welche die Erwerberin als Alleingesellschafterin auswies. Diese neue Liste reichte er sodann mit einer angefügten Apostille[12] beim Registergericht in München ein.[13] Der Einreichungsvorgang ist von doppelter Bedeu-

8 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013.

9 Kritisch insoweit auch J. Prütting, LMK 2014, 359728.

10 Laut Seibt, EWiR 2014, 171, erfolgte die Beurkundung im Notariat von *Stephan Cueni* in der Schweizer Wirtschaftskanzlei *Wenger Plattner*, die auf ihrer Homepage explizit für ihre Beurkundungskompetenz bei „Geschäftstransaktionen nach *deutschem* Gesellschaftsrecht" wirbt, vgl. *www.wengerplattner.ch* (abgerufen am 23. 8. 2014, Hervorhebung durch Verf.).

11 Die Bescheinigung des Baseler Notars lautete: „Ich, der unterzeichnende Notar (…) in B./Schweiz, bescheinige, dass die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Liste den Veränderungen entsprechen, die sich aus den Erklärungen der Urkundsbeteiligten zu meiner Urkunde (…) vom 5. 11. 2012 ergeben. Die übrigen Eintragungen stimmen mit dem Inhalt der letzten im Handelsregister aufgenommenen Liste überein." Zitiert nach OLG München, NZG 2013, 340.

12 Eine Apostille dient nach Art. 2 und 3 des „Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation" dazu, die Echtheit der Unterschrift des Notars zu bescheinigen; eine (komplizierte) Legalisierung der Urkunde durch diplomatische Vertreter des Landes, in dem die Urkunde vorgelegt werden soll, wird dadurch entbehrlich.

13 OLG München, NZG 2013, 340.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

tung: Zum einen gilt der Anteilserwerber nach § 16 Abs. 1 GmbHG im relativen Verhältnis zur Gesellschaft erst dann als neuer Gesellschafter und kann dementsprechend erst dann seine Mitgliedschaftsrechte ausüben, nachdem er in der Gesellschafterliste des Handelsregisters eingetragen wurde. Zum anderen hat das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen 2008 (MoMiG) die Gesellschafterliste als Publizitätsträger für den gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils aufgewertet, § 16 Abs. 3 GmbHG.[14] Der Anteilserwerber hat mithin ein Interesse an einer schnellen Listenaktualisierung, um einem zwischenzeitlichen gutgläubigen Anteilserwerb durch einen Nichtberechtigten vorzubeugen.[15]

Das Münchener Registergericht wies indes die von dem Baseler Notar eingereichte Gesellschafterliste zurück; sie könne nicht nach § 9 HRVO in den elektronischen Registerordner aufgenommen werden. Bei einer Auslandsbeurkundung hätten nach § 40 Abs. 1 GmbHG allein „die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl" die Einreichungskompetenz.[16]

Das OLG München hielt diesen Beschluss aufrecht[17]: Nach der Systematik des § 40 GmbHG seien grundsätzlich die Geschäftsführer für die Einreichung der Gesellschafterliste zuständig, Abs. 1. Diese Zuständigkeit werde nach Abs. 2 Satz 1 lediglich dann verdrängt, wenn ein Notar an der Anteilsübertragung mitgewirkt habe. In diesem Fall sei der Notar *verpflichtet*, die Liste *an Stelle* der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Eine solche *Verpflichtung* könne jedoch nur einen inländischen Notar treffen, denn der deutsche Gesetzgeber könne aufgrund des die Hoheitsgewalt limitierenden Territorialitätsprinzips einem ausländischen Notar keine Amtspflichten auferlegen. Bei Auslandsbeurkundungen bleibe es daher bei der Ausgangszuständigkeit der Geschäftsführer nach Abs. 1. Eine bloße *Berechtigung* ausländischer Notare zur Listeneinreichung kumulativ zu derjenigen des Geschäftsführers widerspreche der Konzeption des § 40 GmbHG. Dieser gehe nämlich von einer alleinigen (alternativen) Zuständigkeit entweder des Geschäftsführers oder des an seiner Stelle verpflichteten Notars aus.

14 Hierzu Reichert/Weller, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, S. 79 ff.

15 Vgl. BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 7.

16 AG München, Beschluss v. 6. 11. 2012, HRB 154757.

17 OLG München, NZG 2013, 340.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

III. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

1. Einreichungskompetenz als Annex zur Beurkundungskompetenz

Der Bundesgerichtshof übergeht in seiner Entscheidung die kollisionsrechtliche Verweisungsebene und widmet sich vielmehr sogleich dem (deutschen) Sachrecht. Er stellt sich dabei gegen die Münchener Instanzgerichte: Ein ausländischer Notar, der die Anteilsübertragung wirksam beurkundet habe, *müsse* die Liste zwar nicht einreichen; er *dürfe* dies aber tun.[18] Die Berechtigung zur Listeneinreichung ergebe sich „als Annex aus seiner Beurkundungskompetenz."[19] Dabei sei vor dem Inkrafttreten des MoMiG anerkannt gewesen, „dass eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden kann, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist."[20] Dann folgt der für die Substitutionsoffenheit des § 15 Abs. 3 GmbHG entscheidende Satz: „Dies hat sich durch das Inkrafttreten des MoMiG nicht geändert."[21]

2. Nur formelles Prüfungsrecht des Registergerichts

Die Gleichwertigkeit von in- und ausländischem Notar *im konkreten Fall* prüft der BGH indes nicht, da er auf eine prozessuale Besonderheit im Registerverfahren rekurriert.[22] Das Registergericht sei lediglich eine die Gesellschafterliste verwahrende und deren Kenntnisnahme ermöglichende Stelle.[23] Es habe daher keine Befugnis, die Gesellschafterliste auf ihre materielle Richtigkeit hin zu prüfen.[24] Seine Prüfkompetenz beschränke sich auf die formale Listeneinreichungszuständigkeit[25], was auf eine bloße Evidenzkontrolle hinausläuft. Es dürfe die Liste lediglich zurückweisen, wenn sie nicht von einem der in § 40 GmbHG genannten Personen (dem Geschäftsführer oder dem Notar) stamme, sondern von einem *offensichtlich unbefugten Dritten* eingereicht werde.[26]

Die durch den ausländischen Notar eingereichte Liste könne hiernach nur beanstandet werden, „wenn ein Notar mit Sitz im Ausland oder jedenfalls

18 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 12; ebenso Schulze, IPRax 2011, 365, 367 f; kritisch dagegen Herrler, GmbHR 2014, 225, 228 f.
19 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 13.
20 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 14.
21 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 15, unter Verweis u. a. auf OLG Düsseldorf, ZIP 2011, 564, 565 f und Reichert/Weller, aaO (Fn. 3), § 15 GmbHG Rdn. 144 .
22 Zum Registerverfahren Herrler, GmbHR 2014, 225, 226 f.
23 Der BGH verweist insofern auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/6140 S. 38, 44.
24 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 7.
25 Vgl. BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 7 ff.
26 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 8 f (Hervorhebung durch Verf.).

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

ein Notar mit Sitz in Basel/Schweiz *unter keinen Umständen* zur Einreichung einer Gesellschafterliste berechtigt wäre und er deshalb einem Dritten gleichstünde, dessen fehlende Berechtigung vom Registergericht ohne weiteres festgestellt werden könnte."[27] Eine solch evidente Nichtberechtigung könne man bei einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz nicht annehmen, „dessen Gleichwertigkeit jedenfalls bis zum Inkrafttreten des MoMiG und der Reform des Schweizer Obligationenrechts von 2008 anerkannt war."[28] Vor diesem Hintergrund hat der BGH die Münchener Entscheidungen aufgehoben und das Registergericht angewiesen, die von dem Baseler Notar eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner der GmbH aufzunehmen.[29]

Der Bundesgerichtshof versäumt es allerdings, die Substitutionsvoraussetzungen rechtsvergleichend in concreto zu prüfen. Dies ist deshalb bedauerlich, weil die Gleichwertigkeit nach dem MoMiG gerade bestritten wird.[30] Richtigerweise ist sie – wie im Folgenden zu zeigen versucht wird – bei Notaren in Basel-Stadt zu bejahen.

IV. Die Verweisungsebene

1. Der Mitgliedschaftswechsel als Teil des Gesellschaftsstatuts

Auf Verweisungsebene ist zunächst das anwendbare Recht zu ermitteln.[31] Die einschlägigen Kollisionsnormen finden sich für den schuldrechtlichen Unternehmenskaufvertrag in Art. 3 und 4 Rom I-VO.[32] Dagegen ist der Mitgliedschaftswechsel in einer Gesellschaft, mithin der dingliche Vollzugsakt im Wege der Geschäftsanteilsübertragung, nach allgemeiner Ansicht dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen.[33] Dieses ist je nach Provenienz der Gesellschaft nach der Sitz- oder Gründungstheorie zu ermitteln. Einzelheiten sind hier umstritten, in casu aber unerheblich.[34] Denn für eine nach inländischem Recht gegründete GmbH, die ihren Satzungs- und Verwaltungssitz in München hat,

27 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 11 (Hervorhebung durch Verf.).
28 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 23 a. E.
29 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Tenor.
30 Ähnliche Kritik bei Heckschen, BB 2014, 462, 466: „Die Feststellungen des Senats zur Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung beruhen auf Annahmen, die der Senat unterstellt, aber nicht untersucht."
31 In Bezug auf den vorliegenden Fall Link, BB 2014, 579, 581 f; Prütting, LMK 2014, 359728.
32 Kindler, Münchener Komm. z. BGB, Band 11, 5. Aufl., 2010, Int. GesR. Rdn. 613.
33 Goethel, in: Merkt/Goethel, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl., 2011, § 7 Rdn. 14; Kindler, aaO (Fn. 32), Int. GesR. Rdn. 611.
34 Näher zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts anhand der verschiedenen Rechtsquellen und Kollisionsnormen des Internationalen Gesellschaftsrechts Weller, Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2014, Einleitung (Int. GesR.) Rdn. 338 ff.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

führen beide Theorien zum deutschen Sachrecht. Sedes materiae für eine Geschäftsanteilsübertragung ist mithin § 15 Abs. 3 GmbHG. Dieser nennt zwei Voraussetzungen: Erstens einen Abtretungsvertrag gemäß §§ 413, 398 BGB, zweitens dessen notarielle Form, mithin eine Beurkundung. Keine Voraussetzung des Mitgliedschaftswechsels ist dagegen die Einreichung der neuen Gesellschafterliste gemäß § 40 GmbHG. Diese spielt nur für das relative Mitgliedschaftsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter eine Rolle, § 16 Abs. 1 GmbHG. Auf die Qualifikation des § 40 GmbHG kommt es für einen wirksamen Mitgliedschaftswechsel also nicht an.[35]

2. Qualifikation des § 15 Abs. 3 GmbHG

Verweisungsrechtlich stellt sich im Hinblick auf die zweite Voraussetzung der Geschäftsanteilsübertragung, die notarielle Beurkundung, die Frage, ob diese der analytischen Methode des IPR folgend vom Gesellschaftsstatut abzuspalten und dem Formstatut zuzuordnen ist.[36] Letzteres wäre nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB gesondert anzuknüpfen. Hiernach reicht es für die Formwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts aus, wenn (1.) entweder die Formvorschriften des Geschäftsstatuts (*lex causae*) – bei Anteilsübertragungen also des Gesellschaftsstatuts – oder (2.) des Ortsstatuts (*lex loci actus*) beachtet werden. Stellte man bei einer Übertragung in Basel auf die Ortsform ab, würde nach Art. 785 des Schweizer Obligationenrechts sogar die Schriftform genügen.[37]

a) Materiellgesellschaftsrechtliche Qualifikation

Allerdings wenden sich insbesondere *Walter Bayer, Horst Eidenmüller* und *Peter Kindler* gegen die Anwendbarkeit des Art. 11 EGBGB, indem sie das Erfordernis der notariellen Form in § 15 Abs. 3 GmbHG nicht als Formfrage, sondern als materiellrechtlich qualifizieren und damit dem Gesellschaftsstatut zuschlagen.[38] Die Vorschrift verfolge keine Beweis-, Publizitäts- oder Warnfunktion und damit keinen typischen Formzweck.[39]

35 § 40 Abs. 2 GmbHG ist nicht als Formvorschrift zu qualifizieren, sondern als Publizitätsvorschrift, Schulze, IPRax 2011, 365, 366 f. Publizitätsvorschriften sind dem Verfahrensrecht zuzuordnen und unterliegen daher der lex fori; dasselbe gilt für den Prüfungsumfang des Registergerichts in Bezug auf § 40 GmbHG, J. Prütting, LMK 2014, 359728.

36 Meinungsstand bei Goethel, aaO (Fn. 33), § 7 Rdn. 8, 15 ff.

37 Goethel, aaO (Fn. 33), § 7 Rdn. 23.

38 Bayer, GmbHR 2013, 897 ff (These 2); Eidenmüller, in: Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 469, 491; Kindler, Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland, 2010, S. 16 f und S. 33 f

39 Kindler, aaO (Fn. 32), Int. GesR. Rdn. 558.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

§ 15 Abs. 3 GmbHG bezwecke vielmehr, den leichten und spekulativen Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu verhindern.[40] § 15 Abs. 3 GmbHG habe insofern gesellschaftstypenschützende Funktion, da er die GmbH von der Aktiengesellschaft abgrenze.[41] Nach dieser Ansicht käme es mithin bei einer GmbH mit deutschem Gesellschaftsstatut unabhängig vom Vornahmeort der Geschäftsanteilsübertragung stets auf die Beachtung der notariellen Form gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG an.

b) Qualifikation als Eingriffsnorm

Kindler geht sogar noch einen Schritt weiter und qualifiziert § 15 Abs. 3 GmbHG als Eingriffsnorm, die sich stets gegen ein formmilderes Ortsrecht durchsetze.[42] Der eingriffsrechtliche Charakter folge erstens aus der kapitalmarktsteuernden Funktion der Norm, die durch Unterbindung eines Börsenhandels mit GmbH-Anteilen dem Anlegerschutz diene.[43] Zweitens werde über die Inpflichtnahme der *inländischen* Notare zur Urkundeneinreichung (§ 40 Abs. 2 GmbHG) der verfassungsrechtlich gebotene Eigentumsschutz verwirklicht. Der Notar sorge bei Anteilsabtretungen nämlich für die Richtigkeit der Gesellschafterliste, die andernfalls bei Unrichtigkeit als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb fungiere. Auf diese Weise verhindere er einen gutgläubigen Erwerb zu Lasten des wahren Berechtigten.[44] Schließlich werde durch die Gesellschafterliste Beteiligungstransparenz sichergestellt, welche Geldwäsche und Steuerhinterziehung erschweren solle.[45] Insgesamt würden von §§ 15 Abs. 3, 40 Abs. 2 GmbHG über Parteiinteressen hinausgehende Gemeinwohlinteressen verfolgt.[46] Daraus sei abzuleiten, dass nur ein deutscher Notar im Rahmen des § 15 Abs. 3 GmbHG tätig werden dürfe.[47]

c) Stellungnahme: Qualifikation als Formfrage

Die These vom eingriffsrechtlichen Charakter des § 15 Abs. 3 GmbHG überzeugt aus mehreren Gründen nicht.[48] Insbesondere lässt sich nicht jede marktregulierende Vorschrift automatisch als international zwingende Vorschrift

40 So auch OLG Celle NJW-RR 1992, 1126, 1127 f; Merkt, ZIP 1994, 1417, 1418.
41 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 16 f.
42 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 20 ff.
43 Kindler, aaO (Fn. 32), Int. GesR. Rdn. 560.
44 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 24 ff, 36 f.
45 Nach § 54 EStDV hat der Notar u. a. Anteilsabtretungen an das zuständige Finanzamt zu melden.
46 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 35 ff.
47 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 36.
48 Siehe bereits Merkt, ZIP 1994, 1417, 1418.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, Art. 16 Rom II-VO qualifizieren. Beide Normen lehnen sich inhaltlich an die 1999 ergangene Arblade-Entscheidung des EuGH an[49] und werden allgemein als Umschreibung der „Eingriffsnormen" verstanden.[50] Entscheidend ist hiernach, dass die Norm über einen privaten Interessenausgleich hinausgehend „öffentliche Interessen"[51] unbedingt durchsetzen möchte (z. B. Embargobestimmungen).[52] Allerdings liegt die Schwelle hoch. So sollen etwa gemäß Art. 6 Rom II-VO Lauterkeits- und Wettbewerbsregeln in Abgrenzung zu Art. 16 Rom II-VO gerade *nicht* als Eingriffsnormen angesehen.[53] Ebenso wie diese nimmt § 15 Abs. 3 GmbHG einen Ausgleich zwischen widerstreitenden Privatinteressen vor und setzt lediglich reflexartig das öffentliche Interesse an der Richtigkeit von Publizitätsträgern um.

Aber auch die materiellgesellschaftsrechtliche Qualifikation vermag nicht zu überzeugen.[54] Vielmehr ist § 15 Abs. 3 GmbHG als Formvorschrift zu qualifizieren.[55] Denn der kollisionsrechtliche Systembegriff der „Form" in Art. 11 EGBGB ist im Lichte des Europäischen Vertragsübereinkommens von 1980 (EVÜ) auszulegen[56] und damit deutlich weiter zu verstehen als der Formbegriff im deutschen Recht. Ausweislich des dem EVÜ zugrunde liegenden Berichtes von *Mario Giuliano* und *Paul Lagarde* umfasst der Formbegriff jedes äußere Verhalten, das dem Autor einer Willenserklärung zu deren Wirk-

49 EuGH – C 369/96, 1. Leitsatz, Arblade und Leloup = RIW 2000, 137.

50 Rentsch, Krisenbewältigung durch Kollisionsrecht – Eingriffsnormen als integraler Bestandteil des europäischen internationalen Privatrechts, in: Müller/Unseld et al., Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2014, S. 326 ff; Sonnenberger, Münchener Komm. z. BGB, Band 10, 5. Aufl., 2010, Einleitung IPR Rdn. 38, sowie Erwägungsgrund Nr. 34 Satz 2 Rom I-VO.

51 Wie genau das „öffentliche Interesse" i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zu verstehen ist, ist nicht abschließend geklärt. Neben der im Rahmen des § 40 VwGO rechtswegbestimmend eingesetzten modifizierten Subjekttheorie lässt sich als Unterscheidungskriterium insbesondere die Ulpian'sche Interessenlehre, aber auch die aristotelische Unterscheidung zwischen austeilender (öffentliches Recht) und ausgleichender (Privatrecht) Gerechtigkeit einführen. Alle drei Prüfungsmaßstäbe, insbesondere der letztgenannte, führen im Fall des § 15 Abs. 3 GmbHG aber zu einer Qualifikation als Schutznorm für Partikularinteressen. Zu den Unterscheidungskriterien Rentsch, aaO (Fn. 50), S. 326, 337 ff; zu den Qualifikationsproblemen bei „doppelfunktionalen" Verbraucher- und Arbeitsvertragsnormen dies., aaO (Fn. 50), S. 326, 339 f.

52 Martiny, Münchener Komm. z. BGB, Band 10, 5. Aufl., 2010, Art. 9 Rom I-VO Rdn. 58 ff

53 Vgl. zum Verhältnis von Art. 4 ff zu Eingriffsnormen nach Art. 16 Rom II VO Junker, Münchener Komm. z. BGB, Band 10, 5. Aufl., 2010, Art. 16 Rdn. 29.

54 Ebenso Merkt, ZIP 1994, 1417, 1418; Goethel, aaO (Fn. 33), 3. Aufl., 2011, § 7 Rdn. 18 f; Schulze, IPRax 2011, 365, 369.

55 So bereits RGZ 160, 225, 228; aus der Literatur Merkt, ZIP 1994, 1417, 1418; Odendahl, RIW 2014, 189, 193; Schulze, IPRax 2011, 365, 369; Weller, Der Konzern 2008, 253, 255 f.

56 Vgl. BT-Drs. 10/503, S. 5, 29 und 61 sowie Art. 36 EGBGB a. F.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

samkeit vorgeschrieben wird.[57] Entscheidend ist dabei der Fokus auf die Äußerlichkeit der Willenserklärung. Die hinter dem jeweiligen Formzwang stehenden materiellrechtlichen Zwecke sollen für den kollisionsrechtlichen Formbegriff unerheblich sein.[58] Dass § 15 Abs. 3 GmbHG neben der Beweisfunktion auch die Spekulation mit GmbH-Anteilen verhindern will[59], steht der Qualifikation als Formvorschrift mithin nicht entgegen.[60]

d) Unklarer Standpunkt der Rechtsprechung

Der BGH äußert sich nicht zur Qualifikation des § 15 Abs. 3 GmbHG. Implizit lehnt er aber zumindest die eingriffsrechtliche Argumentation *Kindlers* ab, die auch eine Substitution ausschließt[61], welche der BGH jedoch gerade für zulässig hält. Ob aus Sicht der deutschen Rechtsprechung die Beachtung der Ortsform – in der Schweiz mithin der Schriftform (Art. 785 Obligationenrecht) – für eine wirksame Anteilsübertragung hinreichend wäre, kann kaum prognostiziert werden, da es diesbezüglich keine belastbaren Judikate der Instanzgerichte gibt.[62] Die Praxis zieht aus dieser Rechtsunsicherheit die Konsequenz, bei Anteilsübertragungen in der Schweiz auf die dort mildere Ortsform zu verzichten und stattdessen dem Beurkundungserfordernis in § 15 Abs. 3 GmbHG gerecht zu werden.[63]

Daher konzentriert sich der Streit auf die Frage, ob an Stelle der inländischen Notare auch ausländische Notare wirksam i. S. d. § 15 Abs. 3 GmbHG beurkunden können. Der Streit ist nach dem MoMiG neu entfacht. Insbesondere das Landgericht Frankfurt hatte in einem obiter dictum „orakelt"[64], eine Auslandsbeurkundung sei nach dem MoMiG unwirksam.[65] Das OLG Düsseldorf hatte sie dagegen in Bezug auf Baseler Notare für wirksam gehalten.[66] Die

57 Giuliano/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, 1980, Erläuterung zu Art. 9 EVÜ, abgedruckt in BT-Drs. 10/503, S. 61: „jedes äußere Verhalten, das dem Autor einer rechtlich erheblichen Willenserklärung vorgeschrieben wird und ohne das diese Willenserklärung nicht voll wirksam ist, (sei) als eine Form i. S. d. Artikels 9 anzusehen."

58 Giuliano/Lagarde, BT-Drs. 10/503, S. 61 f.

59 Reichert/Weller, aaO (Fn. 3), § 15 GmbHG Rdn. 16 f.

60 Ebenso Goethel, aaO (Fn. 33), § 7 Rdn. 18 f.

61 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 37.

62 Das OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388, 389, nennt zwar als Ausgangspunkt seiner Erwägungen Art. 11 EGBGB, prüft im Folgenden dann aber nur die Geschäftsform (§ 15 Abs. 3 GmbHG) und in deren Rahmen die Substitution. W.N. bei Reichert/Weller, aaO (Fn. 3), Rdn. 153 ff.

63 Goethel, aaO (Fn. 33), § 7 Rdn. 24.

64 Vgl. Schulze, IPRax 2011, 365: „untergerichtliche[s] Orakel".

65 LG Frankfurt a. M., IPRax 2011, 398.

66 OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388, 389.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

Problematik ist nicht mehr auf Verweisungsebene anzusiedeln, sondern betrifft die Sachrechtsebene und dabei insbesondere die methodische Figur der Substitution.[67] Da der BGH die Beurkundungsbefugnis in § 15 Abs. 3 GmbHG und die Einreichungskompetenz nach § 40 GmbHG verknüpft[68], läuft die Substitution für beide Vorschriften parallel.[69]

V. Die Sachrechtsebene: Substitution

1. Abgrenzung Substitution – Datumtheorie

Die Substitution wurde als Figur des IPR erstmals von *Hans Lewald*[70] und seinem Schüler *Wilhelm Wengler*[71] geprägt.[72] Sie zielt auf die Frage, ob eine ausländische Rechtsfigur in ihrer Ausgestaltung einer inländischen Rechtsfigur funktional so weit ähnelt, dass sie jene im Tatbestand einer inländischen Sachnorm ersetzen (substituieren) kann.[73] Eine Nähe zur Datumtheorie ist unverkennbar, bei der es ebenfalls um den Import ausländischer Rechtserscheinungen auf Sachrechtsebene geht.[74] Gleichwohl gibt es einen graduellen Unterschied: Während das Datum-Recht lediglich im Rahmen der Auslegung von Generalklauseln und offenen Rechtsbegriffen als Faktum bei der Subsumtion *mitberücksichtigt* wird, führt die Substitution weitergehend zu einer *Ersetzung* einer Rechtserscheinung des anwendbaren Rechts durch eine des Substitutionsrechts.[75]

Die Substitution hängt von zwei Voraussetzungen ab[76]: Erstens von der Substitutionsoffenheit der Sachnorm (unter 1.) und zweitens von der Funktionsäquivalenz zwischen ausländischer und zu ersetzender inländischer Rechtserscheinung (unter 2.).

67 So bereits Merkt, ZIP 1994, 1417, 1420.
68 Supra, unter III.1.
69 Man könnte die Substitution auch eigenständig für § 40 GmbHG prüfen, so etwa Schulze, IPRax 2011, 365, 367 f.
70 Lewald, Règles générales des conflits de lois, 1941, S. 132 ff.
71 Wengler, RabelsZ 8 (1934), S. 148 ff.
72 Mansel, FS Werner Lorenz, 1992, S. 689, 691.
73 Ausführlich Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689 ff; ferner Hug, Die Substitution im IPR, 1983.
74 Zur Datumtheorie Weller, IPRax 2014, 225, 229 ff.
75 Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 706 f; vgl. in Bezug auf die methodische Handhabung der Substitution auch Merkt, ZIP 1994, 1417, 1422 .
76 Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 696 ff; Odendahl, RIW 2014, 189, 192.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

2. Substitutionsoffenheit des § 15 Abs. 3 GmbHG nach dem MoMiG

Der Gesetzgeber verbindet bestimmte Rechtsfiguren, die er bei der Formulierung von Sachnormen verwendet, mit bestimmten Vorstellungen hinsichtlich ihrer Aufgaben, Voraussetzungen und Rechtsfolgen.[77] Daher ist eine Substitution nicht möglich, wenn der Gesetzgeber in einer Sachnorm eine Rechtsfigur in einem streng inländischen Sinne versteht; die Sachnorm wäre dann nicht substitutionsoffen, sondern „geschlossen".[78]

Nach dem Inkrafttreten des MoMiG sind Stimmen laut geworden, die in § 15 Abs. 3 GmbHG eine geschlossene Sachnorm sehen mit der Konsequenz, dass eine ausländische Beurkundung ungeachtet ihrer etwaigen Gleichwertigkeit eine inländische Beurkundung nie ersetzen könne.[79] So zeige insbesondere die explizite Erwähnung ausländischer Notare im neuen § 8 Abs. 3 GmbHG e contrario, dass in anderen Normen des GmbH-Gesetzes, in denen schlicht von Notaren die Rede sei, allein die inländischen gemeint sein könnten.[80]

Diese Ansicht weist der BGH nun zurück. Zum einen sei der Wortlaut des § 15 Abs. 3 GmbHG durch das MoMiG nicht eingeschränkt worden; er enthalte keinen Hinweis darauf, dass die notarielle Beurkundung nur im Inland vorgenommen werden dürfe.[81] Auch ein Umkehrschluss aus § 8 Abs. 3 GmbHG überzeuge nicht, weil diese Norm erstens einen anderen, in Bezug auf § 53 Abs. 2 BZRG beschränkten Zweck habe[82], und zweitens einen viel weiteren Notarbegriff verwende. Dieser umfasse anders als § 15 Abs. 3 GmbHG insbesondere auch Notare, die dem deutschen Notar nicht gleichwertig seien.[83] Schließlich spreche auch die Gesetzgebungsgeschichte nicht gegen eine Auslandsbeurkundung.[84] Im Gegenteil, das MoMiG habe sogar die Intention, das GmbH-Gesetz zu deregulieren und im internationalen Wettbewerb der Gesellschaftsformen attraktiver zu machen.[85] Mit dieser modernisierten Zielrich-

77 Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 690 f, 697.

78 So der Terminus bei Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 690, 697, der als Beispiel § 925 BGB nennt: Die Auflassung von in Deutschland belegenen Grundstücken dürfe allein von einem in Deutschland bestellten Notar erfolgen. Dies entspricht noch heute der h. M., siehe m. w. N. Kanzleiter, Münchener Komm. z. BGB, Band 6, 6. Aufl., 2013, § 925 Rdn. 14; a. A. jedoch Mann, NJW 1955, 1177; Heinz, ZNotP 2001, 460.

79 Kindler, aaO (Fn. 38), S. 36 f.

80 So Wachter, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2. Aufl., 2012, § 40 Rdn. 33.

81 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 16.

82 § 53 BZRG regelt die „Vorbestrafung" und die Grenzen der Offenbarungspflicht in Bezug auf strafrechtliche Verurteilungen, die nicht in das Führungszeugnis aufgenommen werden; hierüber können Geschäftsführer von dem in § 8 Abs. 3 GmbHG genannten Personenkreis belehrt werden.

83 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 17.

84 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 19, 20, 22.

85 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 21.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

tung, so kann man ergänzen, verträgt es sich nicht, eine Auslandsbeurkundung von vorneherein auszuschließen.[86]

3. Funktionsäquivalenz

Neben der Offenheit der Sachnorm verlangt die Substitution noch die Gleichwertigkeit der in- mit der ausländischen Rechtsfigur.[87] Diesbezüglich hat der BGH im Jahr 1982 anlässlich der Beurkundung einer Satzungsänderung einer deutschen GmbH durch einen Notar im Kanton Zürich-Altstadt zwei Bedingungen aufgestellt[88], welche die aktuelle BGH-Entscheidung wortgleich aufgreift: „Gleichwertigkeit ist 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 hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht."[89] Entscheidend ist dabei keine detailgenaue Identität sondern lediglich eine Funktionsäquivalenz.[90] Blickt man mit diesen Maßgaben auf die Beurkundungsperson und das Beurkundungsverfahren im Kanton Basel-Stadt, erweist sich, dass deren Gleichwertigkeit in Bezug auf die notarielle Form in § 15 GmbHG zu bejahen ist.[91]

a) Gleichwertigkeit der Beurkundungsperson

In Deutschland ist die Bestellung zum Notar an die Befähigung zum Richteramt sowie an eine praktische Erprobung als Notarassessor im Anwärterdienst geknüpft.[92] In Basel-Stadt finden sich funktional vergleichbare Anforderungen an die Befähigung: Dort setzt das Amt des Notars eine Notariatsprüfung voraus, zu der man ihrerseits erst nach einem absolvierten Schweizer Jura-Examen (Lizenziat oder Master) und einer praktischen Erprobungszeit zugelassen wird.[93] Wer Zweifel hat, ob sich die Baseler Notariatsprüfung „auf Augenhöhe" mit den deutschen Standards befindet, werfe einen Blick auf die Prüfungsordnung: Hiernach erstreckt sich die schriftliche Klausur auf

86 Ähnlich OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388, 390; Götze/Mörtel, NZG 2014, 369, 371.
87 Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 697 ff; ebenso in Bezug auf § 15 Abs. 3 GmbHG Merkt, ZIP 1994, 1417, 1420.
88 BGHZ 80, 76, 78 f = NJW 1981, 1160.
89 BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 14 (Hervorhebung durch Verf.).
90 Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 698 f.
91 So auch unter rechtsvergleichend zutreffender Prüfung des Schweizer Rechts OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388, 389; ferner bereits Weller, Der Konzern 2008, 253, 257 ff.
92 Vgl. §§ 5 ff BNotO.
93 Vgl. §§ 3 bis 5 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt v. 18. 1. 2006.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

das für Notare relevante eidgenössische, kantonale und baselstädtische Privat- und Öffentliche Recht; die Dauer der Klausur beträgt 12 (!) Stunden.[94]

b) Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens

Das Beurkundungsverfahren ist in Deutschland in den §§ 8 ff BeurkG geregelt. Der Notar hat die Beteiligten hiernach in persönlicher Hinsicht zu identifizieren, ihre Geschäftsfähigkeit und Vertretungsverhältnisse zu prüfen, ihre Willenserklärungen in einer Niederschrift aufzunehmen und diese vorzulesen, § 13 BeurkG. Als „Magna Carta" der Beurkundung gilt schließlich § 17 BeurkG, wonach der Notar die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts belehren soll.[95]

Das baselstädtische Notariatsgesetz enthält in den §§ 30 ff, 47 ff ganz ähnliche Voraussetzungen für eine Beurkundung.[96] Dabei eröffnet es den Parteien die Möglichkeit, parteiautonom eine Beurkundung auch bei Geschäften zu wählen, für die das Ortsrecht – wie hier Art. 785 Schweizer Obligationenrecht für die Übertragung von Stammanteilen an Schweizer GmbHs – an sich eine mildere Form vorsieht.[97] Eine Substitution der notariellen Form in § 15 Abs. 3 GmbHG setzt mithin voraus, dass sich die Parteien in Basel anstatt für die Schriftform freiwillig für die Beurkundung entscheiden.[98] Ungeachtet dessen gibt es zwei Unterschiede zum deutschen Beurkundungsgesetz, die insbesondere im notaraffinen deutschen Schrifttum Stein des Gleichwertigkeits-Anstoßes sind:

(1.) Zum einen sieht § 33 Satz 1 des Baseler Notariatsgesetzes alternativ zur Vorlesung der Urkunde durch den Notar die Möglichkeit des Selbstleseverfahrens durch die Parteien vor. Eine solche Selbstlesung ist im Inland ausgeschlossen. Vielmehr ist nach § 13 BeurkG die Verlesung durch den Notar im Interesse der Richtigkeitsgewähr der Niederschrift obligatorisch. Daraus folgern einige, die Verlesung durch den Notar sei ein „unverzichtbare[r] Bestandteil des Formgebots nach § 15 Abs. 3 GmbHG und somit Mindestvoraussetzung der Gleichwertigkeit."[99]

94 §§ 1 und 2 der Verordnung zum Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt (Notariatsverordnung) v. 18. 12. 2007.

95 Tebben, DB 2014, 585, 586; vgl. auch Herrler, GmbHR 2014, 225, 229 f.

96 Vgl. auch OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388, 389; Müller-Chen, IPRax 2008, 45, 46 f.

97 § 2 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt v. 18. 1. 2006. „Die Notarinnen und Notare sind zuständig für die Beurkundung aller Geschäfte und Tatsachen, über welche gemäss Gesetz *oder nach dem Willen der Parteien* eine öffentliche Urkunde zu errichten ist (…)." (Hervorhebung durch Verf.).

98 OLG Düsseldorf, NZG 2011, 388, 389.

99 Herrler, GmbHR 2014, 225, 231; ähnlich Heckschen, BB 2014, 466; Hermanns, RNotZ 2014, 229, 231.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

Um die diesbezügliche Angriffsfläche zu beseitigen, erlaubt das Baseler Notariatsgesetz den Beteiligten, freiwillig für die strengeren Verfahrensvorschriften der lex causae – hier also die Vorlesung der Niederschrift durch den Notar entsprechend § 13 BeurkG – zu optieren.[100] Dass die Vorlesung der Urkunde in Basel nicht von Gesetzes wegen zwingend vorgegeben ist, sondern der Parteidisposition unterliegt, ist für die Funktionsäquivalenz unschädlich[101], sofern die Parteien nur in concreto eine Vorlesung verlangen.[102] Denn für die Substitution kommt es nicht auf einen generellabstrakten Institutionenvergleich an; vielmehr ist auf die konkretindividuelle Fallsituation abzustellen.[103]

(2.) Der zweite Kritikpunkt an der Gleichwertigkeit bezieht sich darauf, dass der Baseler Notar die Parteien nicht nach deutschem Recht belehren muss.[104] Insofern trifft den Baseler Notar anders als seinen deutschen Kollegen keine *Pflicht* zur Beratung in Bezug auf das *deutsche* GmbH-Recht. Dies ist für die Bejahung der Funktionsäquivalenz jedoch in mehrfacher Hinsicht unschädlich: Erstens aus Sicht des BGH, wonach die Parteien auf die Belehrung in § 17 BeurkG angesichts ihres „*Soll*-Wortlautes" ohnehin verzichten können, was sie bei einer Auslandsbeurkundung – so der BGH – auch regelmäßig konkludent tun.[105] Zweitens mit Blick auf § 17 Abs. 3 BeurkG, der für deutsche Notare eine Ausnahme von der Belehrungspflicht vorsieht, wenn ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Spiegelbildlich interpretiert, erwartet das deutsche Recht von einem ausländischen Notar mithin ebenfalls nicht, dass er die Parteien über deutsches Recht belehrt. Drittens ist die fehlende Belehrungspflicht Baseler Notare für die Beurteilung der Funktionsäquivalenz auch mit Blick auf den limitierten Normzweck des § 15 Abs. 3 GmbHG zu vernachlässigen.[106] Anders als sonstige Beurkundungsbestimmungen ver-

100 Vgl. § 33 Satz 4 Notariatsgesetz: „Bei Beurkundungen für das Ausland können auf Begehren der an der Beurkundung teilnehmenden Personen die zusätzlichen Verfahrensvorschriften des Staates beachtet werden, dessen materielles Recht die Beurkundung des Geschäftes verlangt."

101 A. A. Hermanns, RNotZ 2014, 229, 231.

102 Ebenso Werner, StBW 2014, 354, 359.

103 Mansel, FS Werner Lorenz, S. 689, 696 mit Fn. 31 sowie 699 f.

104 Zwar sieht § 32 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt ebenfalls eine Belehrungspflicht vor, allerdings bezieht diese sich nur auf das Schweizer Recht. Dies folgt aus dem Territorialitätsgrundsatz, wonach sich die Pflichten der Notare auf ihr jeweiliges Land beziehen, vgl. § 1 und § 2 Satz 2 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt.

105 BGHZ 80, 76, 78 f = NJW 1981, 1160; BGH, Beschluss v. 17. 12. 2013 – II ZB 6/2013, Rdn. 14: „Zwar wird die Auslandsbeurkundung der in § 17 Abs. 1 BeurkG vorgesehenen Prüfungs- und Belehrungsfunktion unter Umständen nicht gerecht. Diese ist jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung, sondern verzichtbar." Kritisch zu dieser „Verzichtsthese" Tebben, DB 2014, 585, 586.

106 Ähnlich LG Frankfurt, IPRax 2011, 398: „(. . .) für die Gleichwertigkeit der Beurkundung ist nicht viel zu verlangen, denn der Zweck des § 15 Abs. 3 GmbHG ist vor allem die Erschwerung all zu raschen Umsatzes von GmbH-Anteilen."

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01

folgt § 15 GmbHG nämlich gerade keine Warnfunktion; er will mit dem Beurkundungszwang lediglich eine Handelsbarriere für GmbH-Anteile errichten. Dieser Zweck wird auch mit einer – Aufwand verursachenden – Beurkundung in Basel erreicht.

Nach alledem ist ein Notar in Basel-Stadt dem deutschen Notar im Rahmen der §§ 15, 40 GmbHG gleichwertig. Er kann eine Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen beurkunden und ist anschließend berechtigt, die neue Gesellschafterliste beim Registergericht einzureichen.[107]

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Als Bilanz kann festgehalten werden, dass die Beurkundung einer GmbH-Geschäftsanteilsübertragung auch nach dem MoMiG vor einem Notar im Kanton Basel/Stadt wirksam vorgenommen werden kann. Erstens ist § 15 Abs. 3 GmbHG keine geschlossene Norm, sondern steht in Bezug auf die notarielle Form der Substitution offen. Die Substitutionsoffenheit hat der BGH in dem aktuellen Beschluss bestätigt. Zweitens sind die Gleichwertigkeitsvoraussetzungen in Bezug auf die baselstädtischen Notare und das dortige Beurkundungsverfahren erfüllt.

2. Sind die Substitutionsvoraussetzungen für die Beurkundung in § 15 Abs. 3 GmbHG erfüllt, ist der ausländische Notar auch berechtigt, die neue Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG beim Handelsregister einzureichen. Die Einreichungskompetenz erweist sich mit dem BGH als ein Annex zur Beurkundungskompetenz.

107 Die Listeneinreichung hat nach § 12 Abs. 2 HGB elektronisch zu erfolgen, was eine entsprechende Software sowie eine Signaturkarte mit dem Attribut „Notar" voraussetzt (§ 39 a BeurkG). Die Signatur-Zertifizierung kann auch ausländischen Notaren erteilt werden, näher Meichelbeck/Krauss, DStR 2014, 752, 755. Alternativ kann der ausländische auch einen inländischen Notar als Übermittlungsboten einsetzen, Götze/Mörtel, NZG 2014, 369, 371.

Bereitgestellt von | Universität Heidelberg
Angemeldet
Heruntergeladen am | 18.12.14 15:01