

**EGBGB Art. 11; GmbHG § 2 Abs. 1
Keine Beurkundung der GmbH-Gründung durch
einen Schweizer Notar (Kanton Bern)**

**Eine deutsche GmbH kann nicht durch notarielle
Beurkundung vor einem Schweizer Notar des Kantons
Bern gegründet werden. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)**

AG Berlin-Charlottenburg, Beschl. v. 22.1.2016 – 99 AR
9466/15 B-A-69455/2015

Problem

Die S GmbH wurde durch eine Beurkundung vor einem Schweizer Notar des Kantons Bern gegründet. Die GmbH wurde zum Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung war die mit Apostille versehene Gründungsurkunde beigefügt.

Entscheidung

In einer sehr ausführlich begründeten Entscheidung hat das AG Berlin-Charlottenburg die Anmeldung zurückgewiesen.

Die Gesellschaft sei **nicht ordnungsgemäß** errichtet worden (vgl. § 9c Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die Beurkundung des Schweizer Notars aus dem Kanton Bern genüge nicht der **Form des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG**.

Zunächst verweist das AG darauf, dass die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG auch dann gilt, wenn das Rechtsgeschäft im Ausland nach den dortigen Formvorschriften beurkundet wird. Wegen der besonderen **materiellen Bedeutung** von § 2 Abs. 1 GmbHG sei die Anknüpfung an die Ortsform nach Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EGBGB nicht anzuwenden. Es handele sich um eine gesellschaftsrechtlich anzuknüpfende Frage der Verfassung einer juristischen Person. Sodann weist das Gericht das Argument zurück, dass sich aus der Formulierung in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO („deutscher Notar“) im Umkehrschluss ergebe, dass in § 2 Abs. 1 GmbHG auch ausländische Notare einbezogen seien. Hiergegen spreche schon, dass nach ganz h. M. die Auflassung nach § 925 nur vor einem deutschen Notar beurkundet werden könne, obwohl auch in dieser Vorschrift nicht von einem deutschen Notar die Rede ist (vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2013, § 925 Rn. 14).

Die Frage, ob die Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar beurkundet werden könne, sei bislang **höchststrichterlich nicht entschieden**. Das AG verweist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1981 (NJW 1981, 1160). Diese Entscheidung habe die Beurkundung der Änderung eines Gesellschaftsvertrages einer deutschen GmbH betroffen. Die Beurteilung der Rechtslage beruhe auf fehlerhaften Feststellungen zum Schweizer Beurkundungsrecht. Auch aus den Entscheidungen zur **GmbH-Anteilsabtretung** (BGH NJW-RR 1989, 1259; NJW 2014, 2026) lasse sich für den vorliegenden Fall nichts herleiten. Die Beurkundung einer GmbH-Gründung sei ein anderer Fall. Das Urteil des BGH zur Zulässigkeit einer Hauptversammlung im Ausland (NZG 2015, 18 ff.) könne im vorliegenden Kontext ebenfalls nicht fruchtbar gemacht werden, da die Beurkundung einer Hauptversammlung nur in einem Tatsachenprotokoll erfolge.

Ist § 2 GmbHG auf die GmbH-Gründung auch im Falle einer Auslandsbeurkundung anwendbar, ist zu fragen, ob das deutsche durch das Schweizer Beurkundungsverfahren **substituiert** werden kann. Dies setze – so das AG – voraus, dass die Beurkundungsverfahren **gleichwertig** seien. Das im Kanton Bern zu beachtende Beurkundungsverfahren weiche derart von deutschen Standards ab, dass nicht von einer Gleichwertigkeit der Beurkundung gesprochen werden könne. Nach der in Bern geltenden Notariatsverordnung lese der Notar die Urkunde nur vor, soweit sie Willenserklärungen enthalte. Beilagen der

Urschrift seien im Original oder in beglaubigter Kopie beizufügen und lediglich mit einem Zeugnis des Notars über die Zugehörigkeit zu der betreffenden Urschrift zu versehen. Anlagen müssten gar nicht verlesen werden. Im deutschen Recht seien jedoch gem. § 13 BeurkG amtliche Erklärungen und nicht nur die beurkundeten Willenserklärungen zu verlesen. Ebenso seien auch die ein Teil der notariellen Niederschrift bildenden Anlagen i. S. v. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG zu verlesen. Das Verlesen der Urkunde sei bei einer Gleichwertigkeitsprüfung als tragender Grundsatz des deutschen Beurkundungsrechts anzusehen. Denn das **Verlesen** sei das **zwingende Unterscheidungsmerkmal** zur bloßen Beglaubigung.

Dabei ändere auch eine freiwillige Anwendung des höheren deutschen Standards durch den ausländischen Notar nichts. Es komme **abstrakt** darauf an, dass der ausländische Notar nach der für ihn geltenden Notariatsverfassung ein gleichwertiges Verfahren einhalten müsse. Eine **Einzelfallbetrachtung** würde zu einer großen Rechtsunsicherheit führen. Nicht die einzelne Beurkundung, sondern die Beurkundung durch die Notare eines bestimmten Staates als solche müsse gleichwertig sein.

Anders als der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1981 festgehalten habe, sei ein **Verzicht** auf die **notarielle Belehrungs- und Prüfungspflicht nicht möglich**. Unmaßgeblich sei, dass § 17 Abs. 1 BeurkG nur als Soll-Vorschrift konzipiert sei. Nur ausnahmsweise könne der Notar von einer Belehrung absehen, wenn die Beteiligten sich über die Tragweite der Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren seien. Grund hierfür sei lediglich, dass in Ausnahmefällen eine Belehrung nicht erforderlich sei, weil die Beteiligten nicht schutzbedürftig seien.

Das weitere Argument, auch von einem deutschen Notar könne die **Kenntnis des Inhalts ausländischer Rechtsordnungen** nicht erwartet werden (§ 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG), verfange nicht. Mit der zwischenzeitlich eingeführten Regelung des § 11a BNotO zeige der deutsche Gesetzgeber, dass ein Verzicht auf die Belehrung über ausländisches Recht im Rahmen der Beurkundung gerade nicht gewollt sei. Eine Regelung wie in § 11a BNotO wäre nicht notwendig, wenn bei Anwendung ausländischen Rechts eine Beratung und Belehrung obsolet wäre.

Auch das Argument, die registergerichtliche Prüfung gewährleiste, dass es sich bei der Urkunde um eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr handle, überzeuge nicht. Denn nach Einführung des § 9c Abs. 2 GmbHG im Jahre 1998 sei die **Inhaltskontrolle** durch das Handelsregister bei der Gründung einer GmbH erheblich **eingeschränkt**.

Es komme hinzu, dass die jüngere Rechtsprechung des BGH den Zweck der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages in einer materiellen Richtigkeitsgewähr sehe (BGH NJW 1989, 295, 298). Grund für die Anordnung des Beurkundungserfordernisses sei, dass die Beurkundungsperson **sachlich zum Inhalt** der beurkundeten Erklärungen **Stellung nehmen** solle. Ein **ausländischer Notar** könne die **materielle Richtigkeitsgewähr** nicht gewährleisten.

Hinzu komme, dass regelmäßig nur ein deutscher Notar den **Melde- und Kontrollpflichten** unterliege wie z. B. nach § 54 EStDV bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft.

Sodann erwähnt das AG, dass das Erfordernis der Beurkundung durch einen deutschen Notar auch kein Verstoß gegen die **EU-Grundfreiheiten** darstelle. Die Beschränkung sei durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Außerdem habe der EuGH in der „VALE“-Entscheidung dargelegt, dass der Zuzugsstaat seine gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften anwenden dürfe (EuGH NJW 2012, 2715 Rn. 52).

Hinweis

Es entspricht nahezu einhelliger Auffassung, dass die **Ortsform** nach Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EGBGB bei einer **statusrelevanten Maßnahme** wie einer Gesellschaftsgründung nicht eingreift. Hintergrund hierfür ist insbesondere, dass § 2 Abs. 1 GmbHG mit dem Beurkundungsverfahren den Schutz der Gesellschafter und des Rechtsverkehrs sowie eine besondere materielle Richtigkeitsgewähr bezweckt (MünchKommGmbHG/J. Mayer, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 44 m. w. N.). Es ist somit irrelevant, ob der Staat, in dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, eine ähnliche Kapitalgesellschaftsform kennt, und welche Form er für diese vorsieht.