



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin
Bundesministerium der Justiz
Ministerialrat Dr. Hans-Werner Neye
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

vorab per E-Mail: neye-ha@bmj.bund.de

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 7. März 2008

Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen

Sehr geehrter Herr Dr. Neye,

der Deutsche Notarverein dankt für die Übersendung des vorgenannten Referentenentwurfes („RefE“) und nimmt gerne dazu Stellung.

Nach einer einführenden Vorbemerkung (I.) setzen wir uns mit der Grundsatzentscheidung des RefE für die so genannte Gründungstheorie auseinander (II.). Die Reichweite des Gründungsstatuts wird in den Art. 10, 10a und 10b RefE geregelt. Der Deutsche Notarverein spricht sich für eine möglichst weitreichende Geltung des Gründungsstatuts ein und schlägt entsprechende Formulierungen vor (III.). Aus notarieller Sicht von besonderer Bedeutung ist Art. 11 Abs. 6, der die Anknüpfung für die Form enthält. Hier sind nach Auffassung des Deutschen Notarvereins Präzisierungen erforderlich (IV.). Auch die Vorschrift zum Schutz des Rechtsverkehrs (Art. 12 RefE) sollte nochmals kritisch überdacht werden. Bei der Vertretungsberechtigung von Gesellschaftsorganen sollte der gute Glaube an ein international anerkanntes „Vier-Augen-Prinzip“ anknüpfen (V.). Wenn ausländische Gesellschaften in der notariellen Praxis auftreten, kommt es regelmäßig zu Nachweisschwierigkeiten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Handelsregister. Zur Vereinfachung der Praxis schlägt der Deutsche Notarverein Änderungen in den §§ 32 GBO und 21 BNotO vor (VI.). Alle vom RefE abweichenden Formulierungsvorschläge werden am Ende der Stellungnahme in einer Übersicht zusammengefasst (VII.)

I. Vorbemerkung

Das Gesetzgebungsvorhaben ist zu begrüßen. Die Beteiligung ausländischer juristischer Personen am Inlandsrechtsverkehr hat in den vergangenen 10 bis 15 Jahren sprunghaft zugenommen. Sie ist spätestens seit der Entscheidung des EuGH vom 30.09.2003 – Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 (Rz. 133) = GmbHR 2003, 1260 = NJW 2003, 3331 (*Inspire Art*) in der täglichen Praxis der Notare und Registerbehörden (Handelsregister, Grundbuchämter) von hoher Relevanz. Das bisher lediglich auf Richter- und Gewohnheitsrecht beruhende Internationale Gesellschaftsrecht ist diesen Anforderungen nicht mehr gewachsen. Es bedarf klarer gesetzlicher Regelungen.

Der allgemeine Übergang von der Sitz- zur Gründungstheorie entspricht dem internationalen Trend und erleichtert zudem den Export deutscher Gesellschaftsformen. Diese zeichnen sich durch Rechtsklarheit und Rechtssicherheit aus, wozu neben den Notaren nicht zuletzt auch das deutsche Handelsregister beiträgt. Kaum je gelingt ein so einfacher Nachweis der Existenz und der Vertretungsberechtigung eines Rechtsträgers wie nach dem deutschen Handelsregister oder dem österreichischen Firmenbuch.

Einiges bedarf jedoch noch vertiefter Diskussion. Es dürfte sinnvoll sein, ergänzende verfahrensrechtliche Regelungen zu schaffen, welche die neuen materiell-rechtlichen IPR-Vorschriften ergänzen. Auch der perfekte Nachweis der Existenz einer Gesellschaft und der Vertretungsmacht der Organe (Art. 10 Abs. 1 sowie Abs. 2 Ziff. 5 RefE) nützen nichts, wenn das Grundbuchamt die öffentliche Urkundseigenschaft (§ 29 GBO) verneint.

Ferner wird es sinnvoll sein, Vorkehrungen gegen den Missbrauch sowohl ausländischer Rechtsträger im Inland als auch deutscher Rechtsträger im Ausland zu treffen. Der RefE darf insbesondere aus deutscher Sicht nicht dazu führen, dass die im MoMiG vorgesehenen Verbesserungen bei der Missbrauchsbekämpfung auf dem Weg über das Kollisionsrecht umgangen werden können. Derzeit erfüllt nach den statistischen Untersuchungen von *Westhoff* (GmbHR 2007, 474, 480) nur etwa 1/3 der ausländischen Gesellschaften die Pflicht zur Anmeldung von Zweigniederlassungen. Einzelheiten dazu werden bei den einzelnen Vorschriften erläutert.

II. Gründungstheorie

1. Grundsatz

Die gesetzliche Festschreibung der Gründungstheorie ist aus kautelarjuristischer Sicht sinnvoll. Innerhalb der EU, des EWR und im Rechtsverkehr mit anderen wichtigen Staaten gilt sie mittlerweile kraft Richterrechts. Für eine andere Praxis gegenüber Drittstaaten sprechen zwar gewichtige Gründe, dies erschwert aber die Rechtspraxis erheblich. Das „genuine-link“-Erfordernis wurde mittlerweile von der Rechtsprechung derart abgeschwächt, dass es mit den früheren Anforderungen an den Schwerpunkt der gesellschaftsrechtlichen Aktivitäten kaum vereinbar ist (vgl. etwa BGH vom 13.10.2004 – I ZR 245/01, ZIP 2004, 2230 ff. = DB 2004, 2571). Eine einheitliche dogmatische Anknüpfung bringt daher für die Rechtspraxis eine erhebliche Erleichterung mit sich.

2. Folgeprobleme

Auch wenn damit eine grundsätzliche Anknüpfung an das Gründungsrecht rechtspolitisch zu begrüßen ist, dürfen Folgeprobleme nicht verkannt werden. Die Sitztheorie hatte ihren legitimen Rechtfertigungsgrund in dem Schutz inländischer Rechtsgüter und –normen. Auf den Bahamas (aber auch in England) ist etwa die Gründung einer Gesellschaft mit dem Namen „Deutsche Bausparkasse Aktiengesellschaft Ltd.“ ohne weiteres möglich. Darf sie diesen Namen auch in Deutschland führen? (so auf den ersten Blick Art. 10 Abs. 2 Ziff. 3 RefE). Wir neigen dazu, dies zu verneinen. Die Tendenz der Rechtsprechung geht hingegen in die andere Richtung (siehe LG Aachen vom 10.04.2007 - 44 T 8/07, ZIP 2007, 1011 mit abl. Anm. *Drygala*, EwIR 2007, 435 f. sowie (vorsichtiger) OLG München vom 07.03.2007 – 31 Wx 92/06, DB 2007, 2032 f. = GmbHR 2007, 979 mit zutr. Anm. *Wachter*, aaO, S. 980-982.; KG v. 11.09.2007 – 1 W 81/07 – Autodienst Berlin Limited). Hier scheint der Gesetzgeber gefordert, will man das in Deutschland geltende Firmenrecht nicht dem Vorwurf einer Inländerdiskriminierung aussetzen.

3. Fremdenrecht?

Eine uneingeschränkte Anwendung des Gründungsrechtes ist somit nicht möglich. Normen wie Art. 6 EGBGB oder auch § 18 ff. HGB bedürfen gegenüber Auslandsgesellschaften der Durchsetzung. Zwar ist damit zu rechnen, dass infolge des MoMiG das Phänomen der Auslandsgesellschaft in Deutschland stark abnehmen wird. Dennoch bedarf es auch zukünftig sorgfältiger Überlegung, ob nicht das deutsche Recht eines – mittlerweile vollkommen abgeschafften – „Fremdenrechtes“ ausländischer Gesellschaf-

ten, die sich am hiesigen Markt betätigen, bedarf. Zumindest wird über verfeinerte delikts- und insolvenzrechtliche Tatbestände zu diskutieren sein.

Es ist in Deutschland offenbar möglich, mit einer englischen Ltd., deren Anteilseigner eine AG mit Sitz auf den niederländischen Antillen ist, über Jahre hinweg ein Unternehmen mit mehr als 200 Mitarbeitern zu betreiben, ohne einen Cent Steuern und Sozialabgaben zu entrichten (Spiegel 8/2008, S. 64 ff) – vom Gläubigerschutz ganz zu schweigen. Grund hierfür könnte sein, dass unser hochentwickeltes und funktionierendes System vorsorgender Rechtspflege dazu führt, dass (zu) wenig justizielle Kapazität für die Normdurchsetzung gegenüber Rechtsbrechern vorhanden ist. Dies führt zu unerwünschten Arbitragegewinnen Dritter, die Rechtsträger in einem Umfeld gründen, das weniger auf Rechtsvorsorge denn auf Repression setzt und die dank der Gründungstheorie dann dem repressiven Umfeld entfliehen. Der Übergang von der Sitz- zur Gründungstheorie gibt damit die rechtsökonomischen Vorteile des Systems vorsorgender Rechtspflege zum Teil preis. Dies ist nicht wünschenswert. Die im Entwurf geregelten Fragen des IPR bedürfen daher einer verfahrensrechtlichen Flankierung. Hier bietet sich etwa der Ausbau der Rechtsposition des Vertragspartners einer nicht mit einer Zweigniederlassung eingetragenen Auslandsgesellschaft an („*private enforcement*“), etwa dergestalt, dass analog § 11 GmbHG eine Handelndenhaftung aus von der Auslandsgesellschaft geschlossenen Verträgen besteht, die mit Eintragung der Zweigniederlassung auf die Auslandsgesellschaft übergeht. Für die hier angesprochenen Fragen des IPR bedarf es insoweit allerdings keiner weiteren Darlegungen.

III. Zur Reichweite des Gründungsstatuts (Art. 10, Art. 10a und Art. 10b RefE)

1. Art. 10 Abs. 1 RefE

a) Anknüpfung an ein öffentliches Register (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 RefE)

Es ist grundsätzlich sinnvoll, auf die Eintragung in einem öffentlichen Register abzustellen. Die meisten Staaten sehen zumindest für Handelsgesellschaften ein Normativsystem mit Eintragungen in einem öffentlichen Register vor. Dies ist aber keineswegs zwingend der Fall. Schon die englische „*General Partnership*“ wird nicht im englischen Handelsregister registriert, die „*Limited Partnership*“ erst seit kurzem, wobei z. B. auf den Kanalinseln bis heute andere Regelungen gelten. Bei der in den USA sehr beliebten *LLC* ist es nahezu unmöglich festzustellen, wer aktuell Gesellschafter („*member*“) ist.

b) Ersatzanknüpfung (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 RefE)

Satz 2 stellt demnach folgerichtig auf eine Ersatzlösung ab. Er verwendet dabei den Begriff „organisiert“. Dies ist aus mehreren Gründen problematisch:

- der Begriff „Organisation“ stellt dem Wortlaut nach auf die rein faktische interne Organisationsverfassung ab. Damit wäre für nicht registrierte Gesellschaften Tür und Tor für die Anwendung der Sitztheorie in abgewandelter Form eröffnet, nämlich „wie“ (statt „wo“) werden grundlegende Entscheidungen der Unternehmensleitung umgesetzt? Der Geschäftsgegner kann diese Interna aber i. d. R. weder erkennen noch beurteilen.
- Nach welchem Recht ist eine nicht registrierte *US-General-Partnership* oder eine *Limited Liability Company* „organisiert“, wenn sie an ihrem Sitz nur einen Anrufbeantworter und ein Girokonto unterhält (*genuine-link* – zu den geringfügigen Anforderungen im Falle der USA vgl. beispielhaft BGH vom 13.10.2004 – I ZR 245/01, ZIP 2004, 2230; BGH vom 05.07.2004 – II ZR 389/02, DB 2004, 1984)?
- Nach der Begründung (S. 9 Abs. 3) soll zwar insofern Art. 12 Abs. 3 RefE dieses Defizit ausgleichen, indem er auf den Auftritt nach außen abstellt, Gutgläubensschutz verleiht und dem Gläubiger ein Wahlrecht bietet. Das ist im Grundsatz vernünftig. Die „Organisation“ bleibt aber ein rein interner Vorgang. Das Wahlrecht, welches Art. 12 Abs. 3 RefE für den äußeren Auftritt verleiht, wird somit entwertet. Der Nachweis der Gründung ist hingegen auch bei nicht registrierten Gesellschaften oft durch objektive Kriterien möglich (in England z. B. Steueranmeldung, sonst erste Geschäftsanschrift, ursprüngliche Internetauftritte o. ä.).

Es dürfte daher zweckmäßig sein und die Rechtsanwendung erleichtern, nicht auf den diffusen Begriff der Organisation, sondern lediglich auf den Begriff „gegründet“ zurückzugreifen, ggf. auch alternativ „gegründet, hilfsweise nach außen erkennbar organisiert ist“. Art. 12 Abs. 3 RefE würde sich insofern nahtlos in dieses Konzept einfügen. Damit wäre optimaler Schutz des Dritten gewährleistet. Dem entspricht es, dass Art. 10b RefE im Falle eines Statutenwechsels auf die „nach außen erkennbare Organisation“ abstellt.

c) Vorgesellschaften

Eine besondere IPR-Problematik stellen Vorgesellschaften dar („... noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen...“). Nach deutschem Recht ist die Vorgesellschaft mehr oder minder rechtsfähig. Ihre Rechte und Pflichten gehen unter bestimmten Voraussetzungen automatisch mit Eintragung auf die dann entstehende juristische Person über. Dies ist nach dem Recht der meisten ausländischen Staaten (z. B. England, Frankreich) nicht der Fall (vgl. zum französischen Recht das Erfordernis ausdrücklicher Haftungsübernahme durch „*reprise*“ nach Art. L 210–6 *Code de commerce*, hierzu auch Art. 645 Schweizer OR, Art. 15 span. Aktiengesetz). Vielmehr haften die Gründer hier persönlich und unbeschränkt, solange die juristische Person nicht in dem zuständigen öffentlichen Register registriert ist. Eine interne Organisationsverfassung gibt es bis zur Eintragung i. d. R. nicht. Auch hier würde ein Abstellen auf den reinen Gründungsvorgang die Rechtsanwendung erleichtern.

2. Art. 10 Abs. 2 Nr. 3 RefE

Art. 10 Abs. 2 Nr. 3 RefE lässt wichtige Fragen offen. Die Begründung hebt zutreffend hervor (S. 10 zu Nr. 3 Abs. 2), dass wettbewerbsrechtliche und/oder namensrechtliche Bestimmungen des deutschen Rechts zu einer abweichenden Anknüpfung führen können. In der Rechtspraxis nennt sich aber eben die „Deutsche Bausparkassen Aktiengesellschaft Ltd.“ nur „Deutsche Bausparkassen Aktiengesellschaft“ und versteckt bestenfalls den Zusatz Ltd. im Kleingedruckten. Viele ausländische Rechtsordnungen (z. B. das englische Recht) sind in Fragen der Firmenbildung in einer Weise liberal, die mit dem deutschen Recht kaum vereinbar ist, die Grenze des Art. 6 EGBGB aber (möglicherweise) noch nicht erreicht. Dies wirft erhebliche Folgeprobleme auf (zum Streitstand vgl. *Mankowski/Knöfel* in: *Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Auflage 2006, § 13 Rn. 48 mwN). In der täglichen Praxis der Notare berufen sich die Beteiligten immer wieder auf den Standardsatz: „meine Firma heißt doch aber so“, obwohl sie offensichtlich mit deutschen Rechtsgrundsätzen nicht vereinbar ist. Es wäre zur Warnung des Rechtsverkehrs und als Auslegungshilfe für die Gerichte zweckmäßig, § 10 Abs. 2 Nr. 3 RefE wie folgt zu formulieren:

„Den Namen und die Firma, sofern nicht zwingende inländische Rechtsvorschriften entgegenstehen.“

3. Art. 10 Abs. 2 Nr. 6 RefE

Art. 10 Abs. 2 Nr. 6 RefE unterstellt Fragen der „Mitgliedschaft“ dem Gesellschaftsstatut. Unstreitig von Nummer 6 mit erfasst ist die Frage der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. Etwas unklar ist die Begründung (S. 11 zu Nummer 6), wenn es um den Vor-

gang der Übertragung selbst geht. Nachdem hier zunächst gesagt wird, dass „*der Vorgang der Übertragung selbst*“ nicht erfasst sei, wird diese Aussage schon im nächsten Satz wieder zurückgenommen, denn „*die Übertragung von Gesellschaftsanteilen (...) unterliegt nur insofern dem Gesellschaftsstatut, als nicht andere Rechtsgebiete berührt sind.*“

Die Begründung sollte daher dahingehend geändert werden, dass auch der Vorgang der Übertragung dem Gesellschaftsstatut unterliegt, sofern nicht andere Rechtsgebiete berührt sind. Letzteres ist dabei eine ganz normale Frage der Qualifikation, wenn etwa Rechtsnormen, wie das Wertpapier- und Kapitalmarktrecht eingeordnet werden müssen.

Noch besser wäre es, wenn man den Zusammenhängen zwischen der Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung und dem allgemeinen Zivilrecht des Gründungsstaates (dogmatische Konstruktion einer Zession) Rechnung trüge und die Übertragung der Mitgliedschaft in vollem Umfang dem Gesellschaftsstatut unterstellte.

Neben der Frage der Übertragung der Mitgliedschaft sollten auch sonstige Verfügungen über die Mitgliedschaft (etwa Verpfändungen) vom Gesellschaftsstatut mit umfasst sein, um hier einen möglichst weitgehenden Gleichlauf zu erreichen. Das Fehlen eines Gleichlaufs birgt die Gefahr hinkender Rechtsverhältnisse. Die Schwierigkeiten bei einem fehlenden Gleichlauf zeigen sich etwa in folgenden Fallkonstellationen:

- Eine deutsche GmbH „zieht nach England um“. Diese GmbH begründet nach englischem Recht eine *floating charge*, zugleich werden in Deutschland deren Anteile verpfändet. In welchem Rangverhältnis stehen diese Rechte untereinander?
- Welches Schicksal haben Pfandrechte an Gesellschaftsanteilen, wenn die Gesellschaft mehrfach ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat verlegt?
- Bestehen die gesetzlichen Generalpfandrechte (vgl. Art. 2400 ff. frz. *Code civil*, z. B. von Ehegatten, des Fiskus – hierzu auch Art. 1920 frz. *Code général des impôts* – oder des Mündels am Vermögen des Vormunds) nach französischem Recht fort, wenn die dem Vormund gehörende *Sàrl* ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat?

Zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse sollten sämtliche Verfügungen über Mitgliedschaften dem Gründungsstatut unterliegen. Ein Statutenwechsel ist nur nach Maßgabe von Art. 10b RefE möglich und in dem hiernach einzuhaltenden Verfahren kann ein Schutz Dritter gewährleistet werden. Dem gemäß sollte Art. 10 Abs. 2 Nummer 6 RefE wie folgt formuliert werden:

„6. den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft und die mit dieser verbundenen Rechte und Pflichten sowie Verfügungen über die Mitgliedschaft.“

4. Art. 10a RefE

Art. 10a RefE ergänzt die neuen Vorschriften der §§ 122a ff. UmwG und ist aus unserer Sicht ohne Ergänzungsbedarf.

5. Art. 10b RefE

Art. 10b RefE verfolgt eine Zielsetzung, die auch dem MoMiG zugrunde liegt (Art. 1 Nummer 4 b) RegE).

Im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 1 S. 1 RefE („Organisation“) wird hier zutreffend auf die „nach außen erkennbare Organisation“ abgestellt. (vgl. oben III 1. b)). Zumindest innerhalb der EG wird für eine praktikable Handhabung dieser Regelung indes eine Richtlinie nötig sein. Die Begründung des endgültigen Regierungsentwurfs sollte klarstellen, dass es für deutsche Korporationen bei der bisherigen bzw. der durch das MoMiG zu schaffenden Rechtslage verbleibt.

IV. Form (Art. 11 Abs. 6 RefE)

1. „Rechtsgeschäft“

Der Entwurf stellt auf ein „Rechtsgeschäft“ ab. Die Verfassung einer Gesellschaft betreffen aber in der Regel nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern insbesondere auch Beschlüsse. Ferner gibt es vielfach sonstige notwendige geschäftsähnliche Handlungen oder Registrierungen (z. B. § 16 GmbHG, Eintragung im *Shareholders' Register*).

2. Verfügungen über die Mitgliedschaft

Der RefE unterstellt Rechtsgeschäfte (bzw. Rechtshandlungen), die die Verfassung einer Gesellschaft betreffen, dem Geschäftsstatut. Ob Verfügungen über die Mitgliedschaft und insbesondere die Übertragung der Mitgliedschaft mit unter diesen Begriff fallen, bleibt unklar und lässt sich auch der Begründung nicht entnehmen.

Dies ist wegen BGH vom 16.02.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, S. 76, 78 = NJW 1981, 1160 und der daran anschließenden kontroversen Diskussion (hierzu zusammenfassend *Scholz-Winter/Seibt*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 15 Rz. 81-88) inkonsequent. Ein

Gesetzesentwurf, dessen Ziel die Kodifikation des Internationalen Gesellschaftsrecht ist, sollte sich zu dieser zentralen Frage ausdrücklich äußern.

Der Deutsche Notarverein ist der Auffassung, dass auch Verfügungen über die Mitgliedschaft der Form des Gesellschaftsstatuts unterfallen müssen. Würde man hier nämlich alternativ die Ortsform (Art. 11 Abs. 1) zulassen, würde man sowohl aus deutscher als auch aus ausländischer Sicht Missbrauchs- und Umgehungsmöglichkeiten eröffnen. Ein Gleichlauf zwischen materiellem Recht (Art. 10 Abs. 2 Nummer 6) und der Form (Art. 11 Abs. 6) vermeidet zudem Abgrenzungsschwierigkeiten. Schließlich entspricht der Ausschluss der Ortsform durchaus internationalen Gepflogenheiten. Im Einzelnen:

a) Wahl eines „Gesamtpakets“ durch den/die Gründer

Formvorschriften und sonstige (materielle) Vorschriften zu einer bestimmten Gesellschaftsform stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern ergänzen und bedingen sich wechselseitig. Dem Gesetzgeber schwebt hier jeweils ein „Gesamtpaket“ vor, dass er prinzipiell auch im internationalen Rechtsverkehr durchsetzen möchte. Mit der Wahl einer bestimmten Gesellschaftsform (etwa der deutschen GmbH oder der englischen *Limited*) entscheidet sich der Unternehmensgründer dann für dieses „Gesamtpaket“ aus materiellem Recht und Formvorschriften. „Formvorschriften“ sind hierbei als Vorschriften über das bei Verfügungen über die Mitgliedschaft zu beachtende Verfahren zu verstehen. So ist bei der Übertragung von Anteilen an einer englischen *Limited Company by Shares* die schriftliche *transfer form* bloßes Beweismittel. Die Einreichung der *transfer form* zusammen mit dem Nachweis über die Zahlung der *stamp duty* und der *share certificates*, die Zustimmung des *board of directors* (mit der Unzulässigkeit von Stellvertretung hierbei) zum *transfer*, die Eintragung in das *shareholders' register* und die Ausstellung neuer *share certificates* für den Erwerber bilden einen komplexen mehraktigen Erwerbstatbestand. Was davon ist denn als „Form“ zu qualifizieren? Auch unsere Beurkundungsform ist nur das Endprodukt eines hierauf gerichteten Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, das mit dem Antrag auf Beurkundung beginnt und nach Sachverhaltsermittlung, Beratung, Belehrung, Verlesen und Unterschreiben der Niederschrift mit der Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften sowie dem Eintragen in die Urkundenrolle endet.

Der sonst im Internationalen Privatrecht für die Zulassung der Ortsform sprechende Gedanke, dass sich die Beteiligten am Vornahmeort am leichtesten über die vorgeschriebene Form informieren können (Münchener Kommentar-*Spellenberg*,

EGBGB, 4. Auflage 2006, Art. 11 Rn. 1) ist hier daher nicht einschlägig. Vielmehr können sich die Beteiligten am leichtesten über die Formerfordernisse des Gründungsstatuts informieren, das sie ja selbst gewählt haben und das mit seinen Formvorschriften auf die von ihnen gewählte Gesellschaftsform zugeschnitten ist. Diese „Wahl“ durch die Gründer spricht für einen Gleichlauf von Form- und Gesellschaftsstatut.

b) Die Ortsform widerspricht den Zielen des MoMiG und eröffnet Missbrauchs- und Umgehungsmöglichkeiten

Aus deutscher Sicht geht es vor allem um § 15 GmbHG. Ließe man hier bei Verfügungen über Geschäftsanteile eine alternative Anknüpfung an die Ortsform zu, ließen sich die mit § 15 GmbHG verfolgten Zwecke nicht erreichen. Vielmehr wären Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet. Die Parteien müssten nur die Anteilsabtretung in einem Land vornehmen, das (wie z. B. die Schweiz) für GmbH-Abtretungen die Schriftform genügen lässt. Dabei würde genügen, dass die Vertragsbeteiligten einen Vertreter unter Befreiung von § 181 BGB bevollmächtigen, der den Vertrag dann z. B. in Zürich im Namen aller Beteiligten abschließt. Im schlimmsten Fall endet sogar ein im Inland geschlossener schriftlicher Vertrag einfach mit den Worten: „Zürich, den ...“ sowie den Unterschriften der Beteiligten (nach § 416 ZPO nimmt auch der Ort der Unterzeichnung einer Privaturkunde an deren Beweiskraft teil).

Derartige Gestaltungen sind mit den mit § 15 GmbHG verfolgten Zwecken nicht vereinbar. Insbesondere vor dem Hintergrund des MoMiG, dessen Ziel ausdrücklich die Missbrauchsbekämpfung ist. Wird die Beurkundung umgangen, entfielen zunächst die steuerliche Mitteilungspflicht des Notars nach § 54 EStDV (in England: Pflicht zur Zahlung der *stamp duty*). Die Finanzämter würden in vielen Fällen keine Kenntnis mehr von Anteilsübertragungen erlangen. Die Steuerhinterziehung würde massiv gefördert. Hier zeichnet sich ein neues Geschäftsfeld für zweifelhafte Treuhänder im Ausland ab, die für inländische Gesellschafter zum Zwecke der Steuerhinterziehung tätig werden. Kann man glaubwürdig gegen Rechtsformen wie die liechtensteinische Stiftung vorgehen, wenn man gleichzeitig Möglichkeiten schafft, Steuerhinterziehungstatbestände auch mit Rechtsformen des deutschen Rechts zu verwirklichen?

Ohne Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung entfallen zudem die Ermittlungs-, Dokumentations- und Meldepflichten des Notars nach dem Geldwäschegegesetz. Mangels Identifizierung wäre nicht mehr sicher nachvollziehbar, wer eigentlich Gesellschafter ist. Auch Firmenbestattern würde wieder ein neues Geschäftsfeld er-

öffnet. Die vom MoMiG vorgesehenen Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung (Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft, erweiterte Zustellungsmöglichkeiten an die Gesellschafter) würden sämtlich leer laufen, wenn der Gesellschafterkreis nicht transparent ist.

Schließlich würde die Zulassung der Ortsform die im MoMiG vorgesehene Einführung eines gutgläubigen Erwerbes konterkarieren. Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb soll die notariell bestätigte Gesellschafterliste sein. Ermöglicht man privatschriftliche (oder gar mündliche) Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland, fehlt es an einem solchen Rechtsscheinträger.

c) Ausschluss der Ortsform ist international üblich

Auch im internationalen Vergleich wird die Ortsform bei Anteilsabtretungen ausgeschlossen, um eine Umgehung von Formzwecken zu vermeiden. So ordnet etwa der holländische Gesetzgeber an, dass Anteilsübertragungen an einer holländischen B.V. (vergleichbar der deutschen GmbH) nur vor einem holländischen Notar erfolgen können (vgl. Art. 2-196 Abs. 1 Satz 1 *Burgerlijk Wetboek* (BW); hierzu *Süß/Wachter* aaO S. 34, 1129 f.). In Österreich und in Spanien ist die Ortsform ebenfalls ausgeschlossen.

d) Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Form und materiellem Recht werden vermieden

Wirft man einen Blick über die Grenze, wird sich häufig nicht so leicht feststellen lassen, ob eine Vorschrift dem materiellen Recht zuzurechnen ist oder eine Formfrage betrifft. Ließe sich etwa durch die Wahl der Ortsform das nach französischem Recht bestehende Erfordernis einer notariellen Annahme der GmbH-Anteilsabtretung durch die Gesellschaft (siehe Art. 223-17 i.V.m. Art. 221-14 *Code de commerce* i.V.m. Art. 1690 *Code civil*) umgehen? Oder wie wären die Formalitäten des englischen Rechts bei der Übertragung von Anteilen an einer *Limited* einzuordnen? Was gehört eigentlich genau zum Formstatut, was zum Gesellschaftsstatut? Welche Regelungen gelten für andere Verfügungen (z. B. die Verpfändung)? Sind die Generalpfandrechte französischen Rechts oder die Vorschriften über die Haftung der *fonds de commerce* (hierzu Art. 141-1 ff. frz. *Code de commerce*) anwendbar, wenn eine französische Unternehmung nach Deutschland „umzieht“? Eine alternative Anknüpfung an die Ortsform wäre kontraproduktiv und inkonsequent. Die damit verbundenen Fragen beschäftigen die deutsche Rechtsprechung seit langem (z. B. BGH vom 04.11.2004 – III ZR 172/03, NZG 2005, 41; OLG München vom

05.03.1993 – 23 U 5958/92, DNotZ 1993, 627; OLG Celle v. 10.11.1991 – 20 U 26/91, DNotZ 1993, 625) und könnten bei einer einheitlichen Anknüpfung von Gesellschafts- und Formstatut (Art. 10 und Art. 11 Abs. 6 RefE) vermieden werden.

e) Klarstellender Formulierungsvorschlag

Der Deutsche Notarverein schlägt daher folgende klarstellende Formulierung des Art. 11 Abs. 6 RefE vor:

„Eine Rechtshandlung, die die Verfassung einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person oder Verfügungen über die Mitgliedschaft betrifft, ist nur formgültig, wenn sie die Formerfordernisse des nach Artikel 10 anzuwendenden Rechts erfüllt.“

V. Schutz des Rechtsverkehrs (Art. 12 RefE)

1. Allgemeines

Die vorgeschlagene Regelung möchte den bisher nur bei Verträgen mit natürlichen Personen geltenden Schutz ausdehnen auf Verträge mit Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen. Das Anliegen ist grundsätzlich sinnvoll, aus der Sicht der Praxis ergeben sich dennoch verschiedene Kritikpunkte.

2. „Befinden (...) in demselben Staat“

In der Praxis werden immer wieder Verträge nicht unter gleichzeitiger Anwesenheit der Organe der beteiligten Korporationen geschlossen. Es treten dann auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes bevollmächtigte Anwälte und/oder sonstige bevollmächtigte Personen auf oder das Rechtsgeschäft wird nachträglich im Ausland genehmigt. Bei internationalen Unternehmenstransaktionen ist beides die Regel. Hier hilft Art. 12 Abs. 2 RefE nicht weiter. Obschon es sinnvoll ist, Fragen des Vollmachtsstatutes nicht unmittelbar im EGBGB zu regeln, sollte zumindest für diese Fälle, ähnlich wie in Art. 11 Abs. 3 EGBGB, Vorsorge getroffen werden.

Formulierungsvorschlag daher für Art. 12 Abs. 2 RefE:

„Wird ein Vertrag mit einer Gesellschaft, einem Verein oder einer juristischen Person geschlossen und befinden sich das Organ oder Organmitglied der Gesellschaft, des Vereins, der juristischen Person oder der für sie sonst Handelnde und der andere Vertragsteil...“

3. „Vertrag“

Art. 12 Abs. 2 RefE befasst sich nur mit einem „Vertrag“. Gerade im Gesellschaftsrecht spielen aber auch einseitige Erklärungen, Beschlüsse oder sonstige Rechtshandlungen eine wichtige Rolle (vgl. bereits oben IV. 2). Neben einseitigen Willenserklärungen (z. B. Kündigung, Anfechtung, Mieterhöhungsverlangen) sind auch geschäftsähnliche Handlungen (z.B. Mahnung) von Bedeutung. Daher könnte über einen Art. 12 Abs. 4 RefE nachgedacht werden:

„Abs. 2 und 3 gelten entsprechend für einseitige Rechtsgeschäfte, die Mitwirkung an Beschlüssen oder sonstige Rechtshandlungen, die eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person betreffen.“

4. Was ist Anknüpfungspunkt für den guten Glauben?

Bei Verträgen mit natürlichen Personen sind Anknüpfungspunkt für den guten Glauben die im Staat des Vertragsschlusses geltenden Vorschriften zur Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, Art. 12 Satz 1 EGBGB. So darf man etwa bei einem Vertragsschluss in Deutschland davon ausgehen, dass ein 18-jähriger Vertragspartner voll geschäftsfähig ist. Ein entsprechender Schutz des Rechtsverkehrs ist auch sinnvoll, da die wesentlichen Vorschriften zur Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit in der Bevölkerung bekannt sind. Daran kann der gute Glaube anknüpfen.

Anders sieht dies jedoch bei ausländischen Gesellschaften, Vereinen oder juristischen Personen aus. Nach Art. 12 Abs. 2 RefE soll man sich zukünftig auch hier auf die am Ort des Vertragsschlusses geltenden Vorschriften verlassen können. Doch um welche Vorschriften handelt es sich dabei? Was genau soll Anknüpfungspunkt für den guten Glauben sein?

Beispiel: Für eine ausländische, der deutschen OHG vergleichbare Gesellschaft hat ein Gesellschafter allein gehandelt. Das Gesellschaftsstatut verlangt jedoch Gesamtvertretung aller Gesellschafter. Darf sich der Dritte in einem solchen Fall auf die deutsche gesetzliche Regelung des § 125 Abs. 1 HGB (Einzelvertretung) berufen oder setzt sich die Regelung des ausländischen Rechts durch?

Ersteres erscheint problematisch, da gerade im Gesellschaftsrecht im Regelfall von den dispositiven gesetzlichen Regelungen (vgl. etwa auch § 35 GmbHG) abgewichen wird. Die gesetzlichen Vertretungsregelungen taugen also (anders als bei natürlichen Personen) kaum als Anknüpfungspunkt für einen guten Glauben. Hinzu kommt, dass

die ausländische Gesellschaft im Falle des Art. 12 Abs. 2 RefE jeweils offen als ausländische Gesellschaft auftritt, der Rechtsverkehr also entsprechend gewarnt wird. Auch dies steht wieder im Gegensatz zur natürlichen Person, der ihre nach dem Heimatrecht mangelnde Geschäftsfähigkeit meist nicht anzusehen ist. Schließlich setzt § 12 Abs. 2 RefE jeweils eine Transferleistung voraus, denn der Dritte darf seinen guten Glauben wohl nur auf die gesetzlichen Regelungen derjenigen deutschen Rechtsform stützen, die der ausländischen Gesellschaft/juristischen Person vergleichbar ist.

Es sollte daher weiter darüber nachgedacht werden,

1. in welcher Beziehung der Rechtsverkehr bei Verträgen mit offen auftretenden Auslandsgesellschaften überhaupt schutzbedürftig ist und
2. an welche Umstände (oder gesetzliche Regelungen) ein guter Glaube überhaupt anknüpfen kann. Zumindest die Anknüpfung an dispositive gesetzliche Regelungen (etwa bei der Vertretungsbefugnis) erscheint sehr problematisch.

5. Alternativvorschlag zur konkreten Vertretungsbefugnis

Da sich an dispositive gesetzliche Vorschriften kaum ein guter Glaube anknüpfen lässt (vgl. oben 2.), sollte zumindest im Hinblick auf die konkrete Vertretungsbefugnis über alternative Schutzmechanismen nachgedacht werden.

a) Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Vertretungsbefugnis bei ausländischen Gesellschaften

Nach deutschem Recht kann sowohl bei der AG als auch bei der GmbH Gesamtvertretungsbefugnis sämtlicher Organmitglieder (seien es auch mehr als zwei) angeordnet werden. Der Regelfall ist allerdings das Vier-Augen-Prinzip, d. h. Gesamtvertretungsbefugnis von zwei Organmitgliedern. Nach ausländischen Rechten (z. B. angloamerikanischer Rechtskreis) besteht dem Grundsatz nach oft stets eine Art Gesamtvertretungsbefugnis des vollständigen Vertretungsorgans, welches in der Praxis jedoch so gut wie immer dadurch aufgelockert wird, dass für bestimmte Geschäftskreise einzelne oder zwei Organmitglieder intern befugt werden, bestimmte Rechtsgeschäfte vorzunehmen (*apparent or implied authority*). Aus den jeweiligen öffentlichen Registern lassen sich diese Befugnisse oft nicht ersehen. Ähnlich verhält es sich z. B. mit französischen oder italienischen Gesellschaften; hier muss das jeweilige Gesetz herangezogen werden, um die Vertretungsbefugnis zu ermitteln. Im Regelfall ergibt sich sogar Einzelvertretungsmacht. Damit wird eine

für den Kaufmann essentielle Recherche zum Fall für internationalrechtlich versierte Experten – das kann nicht Sinn der Sache sein. Art. 12 Abs. 2 RefE befasst sich mit diesem Problem nicht.

b) Anknüpfung an ein weltweit verbreitetes „Vier-Augen-Prinzip“

Deshalb müsste im Einzelfall stets ermittelt werden, ob bei einer Auslandsgesellschaft Gesamtvertretungsbefugnis aller Organmitglieder besteht, oder bestimmte Organmitglieder zur einzelnen bzw. gemeinsamen Vertretung befugt sind. Dies schafft im internationalen Rechtsverkehr erhebliche Probleme. Aus deutschen Handelsregisterauszügen ist die Frage der Vertretungsbefugnis leicht zu ermitteln. Dies gilt aber selbst innerhalb der Europäischen Union nicht (z. B. England). Dennoch ist das Prinzip der Vier-Augen-Vertretung oder ein ähnliches Seriositätsmittel weltweit verbreitet. Für die USA gilt sogar, dass ein vom *Secretary* allein beglaubigtes Dokument einer entsprechenden *Board-Resolution* Gutgläubensschutz genießt (*duly signed, sealed and delivered*). Zur Erleichterung des internationalen Rechtsverkehrs bietet es sich daher an, eine durchaus weltweit verbreitete und übliche Regelung zumindest als Gutgläubensschutz-Norm im Gesetz zu verankern. Als Orientierungshilfe bietet sich Sec. 36 A para. 6 des englischen *Companies Act 1985* an, welcher lautet:

„(6) In favour of a purchaser a document shall be deemed to have been duly executed by a company if it purports to be signed by a director and the secretary of the company, or by two directors of the company, ...“

In der Neufassung des *Companies Act 2006* lautet die entsprechende Vorschrift (Sec. 44 para. 2) wie folgt:

„(2) A document is validly executed by a company if it is signed on behalf of the company by two authorised signatories, or by a director of the company in the presence of a witness who attests the signature.“

Eine entsprechende Regelung ist im europäischen wie auch im angloamerikanischen Rechtskreis weit verbreitet. Dies legitimiert zumindest eine Vermutungsregel in Anlehnung an das englische Recht. Art. 12 Abs. 2 RefE könnte demgemäß um einen weiteren Satz ergänzt werden:

„Nehmen zwei Personen des vertretungsberechtigten Organs, der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person namens dieser eine Rechtshandlung

vor, so wird ihre Vertretungsmacht zugunsten des anderen Teils vermutet, sofern der Dritte den Mangel der Vertretungsbefugnis nicht kannte oder kennen musste.“

Eine derartige Regelung würde den internationalen Rechtsverkehr außerordentlich erleichtern, ohne dass nennenswerte Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit zu erwarten wären. Entweder wirken bei großen Transaktionen Rechtsberater mit, die Einschränkungen der Vertretungsbefugnis i. d. R. kennen müssten. Oder es handelt sich um Kleinunternehmen bzw. Verbraucher, deren Schutz sogar geboten ist. Der gute Glaube knüpft hier an ein international weit verbreitetes „Vier-Augen-Prinzip“ an.

VI. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Allgemeines

Das Verfahren vor den deutschen Registergerichten (Handelsregister, Grundbuchämter) richtet sich nach allgemeiner Meinung ausschließlich nach der *lex fori*. Die materiellrechtlichen Regelungen des EGBGB haben somit für den täglichen Registervollzug keine abschließende Bedeutung. Das ist durchaus problematisch, denn eine Vielzahl von bedeutenden Rechtsgeschäften bedarf entweder deklaratorisch oder konstitutiv des Registervollzuges. Insofern bietet der Entwurf zwar manches, aber letztlich für wichtige sachen- und gesellschaftsrechtliche *cross-border*-Rechtsgeschäfte Steine statt Brot. Ohne die Eintragung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB) kann ein Grundstücksrecht nicht übertragen werden. Gutglaubensregelungen, wie etwa Art. 12 Abs. 2 RefE sind für den Registervollzug kaum oder gar nicht geeignet. Die Beweisregel des § 293 ZPO passt nur für den streitigen Zivilprozess nahtlos in die vorgeschlagenen Regelungen. Auf FGG-Verfahren lässt sie sich nur beschränkt übertragen. Insbesondere für das Grundbuchverfahren gelten Strengbeweisregelungen durch Vorlage öffentlicher Urkunden (§ 29 GBO); für das Handelsregisterverfahren gilt im Ergebnis über § 12 HGB weitgehend das Gleiche. Hier besteht bei der Beteiligung von Auslandsgesellschaften international-privatrechtlich oft das Phänomen der Normenleere. Der Existenzbeweis durch öffentliche Urkunden scheitert, wenn die ausländische Gesellschaft nicht oder noch nicht in einem Register eingetragen ist; im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist in der Regel der Nachweis der Vertretungsbefugnis durch öffentliche Urkunden überhaupt nicht möglich. Hier ist stets Substitution geboten.

Dies führt und würde auch in der Zukunft dazu führen, dass Transaktionen mit erheblichen individuellen und volkswirtschaftlichen Auswirkungen erst dann abgewickelt werden

können, wenn das jeweilige Registergericht sich mit seinen spezifischen verfahrensrechtlichen Anforderungen befriedigt sieht. Bedauerlicherweise sind diese Anforderungen von Registergericht zu Registergericht in Deutschland derart unterschiedlich, dass für den Notar und die Beteiligten eine einigermaßen vorhersehbare Abwicklung nicht gewährleistet ist. Hier bedarf es verfahrensrechtlicher Ergänzungen.

2. § 32 GBO

§ 32 GBO hat folgenden Wortlaut:

„§ 32

Nachweis der Vertretungsberechtigung bei Handelsgesellschaften

- (1) *Der Nachweis, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt.*
- (2) *Das gleiche gilt von dem Nachweis der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Partnerschaftsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.“*

Es ist umstritten, ob § 32 GBO auf ausländische Gesellschaften entsprechende Anwendung findet. Dies führt in der Praxis dazu, dass Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter bei der Beteiligung von Auslandsgesellschaften gelegentlich Anforderungen an Existenz- und Vertretungsnachweise stellen, die entweder gar nicht oder nur mit großem Zeit- und Kostenaufwand beizubringen sind. Transaktionskosten könnten erheblich gemindert werden, wenn § 32 GBO um folgenden Abs. 3 erweitert würde:

- „(3) *Bei ausländischen Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen des Privatrechts, die in einem öffentlichen Register eingetragen sind, gelten Abs. 1 und 2 entsprechend. Ergibt sich aus dem öffentlichen Register nicht, welche Organmitglieder zur Vertretung befugt sind, genügt die Bescheinigung eines deutschen Notars oder eines Konsularbeamten.“*

Der Vorschlag orientiert sich an Art. 1 Ziff. 9 c) MoMiG RegE. Der dort genannte „Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs“ (d. h. im wesentlichen Rechtsanwälte) sollte hier nicht genügen, da § 29 GBO im Grundsatz öffentliche Urkunden verlangt. Daher bedarf es einer zusätzlichen Verankerung im notariellen Berufsrecht (dazu sogleich und unter 3.).

3. § 21 BNotO

Nach § 21 Abs. 1 BNotO ist der deutsche Notar befugt:

- „1. die Bescheinigung über eine Vertretungsberechtigung sowie
2. Bescheinigungen über das Bestehen oder den Sitz einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, die Firmenänderung, eine Umwandlung oder sonstige rechtserhebliche Umstände auszustellen, wenn sich diese Umstände aus einem Handelsregister oder einem ähnlichen Register ergeben. Die Bescheinigung hat die gleiche Beweiskraft wie ein Zeugnis des Registergerichts.“

Zwar kann der deutsche Notar Vertretungsbescheinigungen nach § 21 BNotO auch aufgrund der Einsichtnahme in ausländische Register erstellen (LG Aachen vom 20.04.1988 – 3 T 20/88, RNotZ 1988, 157). Nach herrschender Meinung haben derartige Bescheinigungen aber lediglich den Charakter einer gutachtlichen Stellungnahme gemäß § 24 BNotO (insbesondere, wenn die Vertretungsberechtigung nicht unmittelbar aus dem Register ersichtlich ist, wie z. B. in England) und erfüllen somit nicht die Anforderungen des § 29 GBO – wenngleich sie von den Registerbehörden meistens akzeptiert werden. Es bietet sich an, den Beweiswert derartiger Bescheinigungen generell auf das Niveau des § 21 BGB zu erheben.

Daher wird folgende Formulierung eines neuen Absatzes 3 des § 21 BNotO vorgeschlagen:

- „(3) Bei einer ausländischen Gesellschaft, einem Verein oder einer juristischen Person, die in einem öffentlichen Register eingetragen ist, gelten Abs. 1 und 2 entsprechend. Ergibt sich die Vertretungsbefugnis aus dem öffentlichen Register nicht, soll der Notar die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er des fremden Rechts hinreichend kundig ist oder sie auf der Bescheinigung eines im Ausland bestellten Notars, eines Vertreters eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs, eines Konsularbeamten oder einem wissenschaftlichen Rechtsgutachten beruht. Satz 1 und 2 geltend entsprechend für den Nachweis des Bestehens und der Vertretungsbefugnisse einer Gesellschaft, eines Vereines oder einer juristischen Person, die nicht oder noch nicht in einem öffentlichen Register eingetragen ist.“

Da der Notar im Falle einer eigenen Bescheinigung für deren Richtigkeit haftet, scheint es hier in Abweichung von dem Vorschlag zur Ergänzung des § 32 GBO zweckmäßig, als Grundlage der Bescheinigung auch die Stellungnahme eines ausländischen An-

walts (*legal opinion*) zu nennen. Der Vorschlag, auch „wissenschaftliche Rechtsgutachten“ als Grundlage der Bescheinigung ausreichen zu lassen, ermöglicht insbesondere eine vereinfachte Verwendung von Rechtsgutachten des MPI sowie des DNotI (dort gibt es mittlerweile mehr als einhundert entsprechende Gutachten).

VII. Zusammenfassung

Nachfolgend werden alle Formulierungsvorschläge des Deutschen Notarvereins im Überblick zusammengestellt. In der linken Spalte findet sich jeweils die Formulierung des RefE, in der rechten Spalten der Alternativvorschlag des Deutschen Notarvereins.

1. Art. 10 Abs. 1 S. 2 RefE (vgl. oben III. 1. b)).

(1) (...) Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates nach dem sie organisiert sind.	(1) (...) Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates nach dem sie gegründet sind (alternativ: gegründet, hilfsweise nach außen erkennbar organisiert sind .)
---	--

Die Formulierung „organisiert sind“ erscheint problematisch. Der Alternativvorschlag soll den Normzweck klarer zum Ausdruck bringen.

2. Art 10 Abs. 2 Nr. 3 RefE (vgl. oben III. 2.)

3. den Namen und die Firma.	3. den Namen und die Firma, sofern nicht zwingende inländische Rechtsvorschriften entgegenstehen .
-----------------------------	---

Der Zusatz dient der Klarstellung, dass auch ausländische Gesellschaften die zwingenden inländischen Rechtsvorschriften zur Firmenbildung berücksichtigen müssen.

3. Art 10 Abs. 2 Nr. 6 RefE (vgl. oben III. 3.)

6. den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft und die mit dieser verbundenen Rechte und Pflichten.	6. den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft und die mit dieser verbundenen Rechte und Pflichten sowie Verfügungen über die Mitgliedschaft .
---	---

Alle Verfügungen über die Mitgliedschaft sollten einheitlich dem Gesellschaftsstatut unterliegen. Dies sorgt für Rechtsklarheit und vermeidet hinkende Rechtsverhältnisse.

4. Art 11 Abs. 6 RefE (vgl. oben IV.)

(6) Ein Rechtsgeschäft, das die Verfassung einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person betrifft, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des nach Artikel 10 anzuwendenden Rechts erfüllt.	(6) Eine Rechtshandlung, die die Verfassung einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person oder Verfügungen über die Mitgliedschaft betrifft, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des nach Artikel 10 anzuwendenden Rechts erfüllt.
---	---

Sowohl aus deutscher als auch aus ausländischer Sicht gehören Form- bzw. Verfahrensvorschriften eng zusammen. Der Unternehmensgründer, der sich für eine bestimmte (in- oder ausländische) Gesellschaftsform entscheidet, wählt damit auch die zugehörigen Form- und Verfahrensvorschriften. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf Verfügungen über die Mitgliedschaft. Ein Ausweichen auf die möglicherweise weniger strenge Ortsform sollte nicht gestattet werden. Gerade die mit der notariellen Beurkundung nach § 15 GmbHG verfolgten Zwecke (Verhinderung von Geldwäsche, Identifizierung der Gesellschafter, Sicherstellung der Besteuerung) könnten ansonsten massiv umgangen werden. Der Deutsche Notarverein schlägt daher eine klarstellende Ergänzung des § 11 Abs. 6 RefE vor.

5. Art 12 Abs. 2 bis 4 RefE (vgl. oben V.)

(2) Wird ein Vertrag mit einer Gesellschaft, einem Verein oder einer juristischen Person geschlossen und befinden sich das Organ oder Organmitglied der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person und der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluss in demselben Staat, ist Absatz 1 auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person und die Vertretungsmacht des Organs oder Organmitglieds entsprechend anzuwenden.	(2) Wird ein Vertrag mit einer Gesellschaft, einem Verein oder einer juristischen Person geschlossen und befinden sich das Organ oder Organmitglied der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person oder der für sie sonst Handelnde und der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluss in demselben Staat, ist Absatz 1 auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person und die Vertretungsmacht des Organs oder Organmitglieds entsprechend anzuwenden. Nehmen zwei Personen des vertretungsberechtigten Organs der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person namens dieser eine Rechtshandlung vor, so wird ihre Vertretungsmacht zugunsten des anderen Teils vermutet, sofern der Dritte den Mangel der Vertretungsbefugnis nicht kannte oder kennen musste.
(3) Tritt eine Gesellschaft, ein Verein oder eine juristische Person unter einem anderen als dem nach Artikel 10 anzuwendenden Recht auf, können sich Dritte, die die	(3) Tritt eine Gesellschaft, ein Verein oder eine juristische Person unter einem anderen als dem nach Artikel 10 anzuwendenden Recht auf, können sich Dritte, die die

Anwendbarkeit des Rechts nach Artikel 10 nicht kannten oder kennen mussten, auf dieses andere Recht berufen.	Anwendbarkeit des Rechts nach Artikel 10 nicht kannten oder kennen mussten, auf dieses andere Recht berufen. (4) Abs. 2 und 3 gelten entsprechend für einseitige Rechtsgeschäfte, die Mitwirkung an Beschlüssen oder sonstige Rechtshandlungen, die eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person betreffen.
--	---

Die in Art. 12 Abs. 2 S.1 RefE vorgeschlagene Ergänzung erstreckt den Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf diejenigen Fälle, dass ein rechtsgeschäftlicher Vertreter sich im gleichen Land wie der Vertragspartner befindet. Der neue Art. 12 Abs. 4 trägt dem Umstand Rechnung, dass Drittschutz nicht nur bei Vertragsgestaltungen, sondern auch bei sonstigen Rechtshandlungen gewährt werden sollte.

Mit dem Vorschlag zu Art. 12 Abs. 2 S. 2 RefE soll der Gutgläubensschutz im Falle der konkreten Vertretungsbefugnis an ein international weitgehend anerkanntes „Vier-Augen-Prinzip“ angeknüpft werden.

6. Ergänzung von § 32 GBO und § 21 BNotO (vgl. oben VI. 2. und 3.)

§ 32 GBO Nachweis der Vertretungsberechtigung bei Handelsgesellschaften	§ 32 GBO Nachweis der Vertretungsberechtigung bei Handelsgesellschaften
(1) Der Nachweis, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt.	(1) Der Nachweis, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt.
(2) Das gleiche gilt von dem Nachweis der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Partnerschaftsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.	(2) Das gleiche gilt von dem Nachweis der Befugnis zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Partnerschaftsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung
	<i>(3) Bei ausländischen Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen des Privatrechts, die in einem öffentlichen Register eingetragen sind, gelten Abs. 1 und 2 entsprechend. Ergibt sich aus dem öffentlichen Register nicht, welche Organmitglieder zur Vertretung befugt sind, genügt die Bescheinigung eines deutschen Notars oder eines Konsularbeamten.</i>

<p style="text-align: center;">§ 21 BNotO</p> <p style="text-align: center;">Bescheinigungen über die Vertretungs- berechtigung</p> <p>(1) Die Notar sind zuständig,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bescheinigung über eine Vertre- tungsberechtigung sowie 2. Bescheinigungen über das Beste- hen oder den Sitz einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, die Firmenänderung, eine Umwand- lung oder sonstige rechtserhebliche Umstände auszustellen, <p>wenn sich diese Umstände aus einem Handelsregister oder einem ähnlichen Register ergeben. Die Bescheinigung hat die gleiche Beweiskraft wie ein Zeugnis des Registergerichts.</p> <p>(2) (...)</p>	<p style="text-align: center;">§ 21 BNotO</p> <p style="text-align: center;">Bescheinigungen über die Vertretungsbe- rechtigung</p> <p>(1) Die Notar sind zuständig,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bescheinigung über eine Vertre- tungsberechtigung sowie 2. Bescheinigungen über das Beste- hen oder den Sitz einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, die Firmenänderung, eine Umwand- lung oder sonstige rechtserhebliche Umstände auszustellen, <p>wenn sich diese Umstände aus einem Handelsregister oder einem ähnlichen Register ergeben. Die Bescheinigung hat die gleiche Beweiskraft wie ein Zeugnis des Registergerichts.</p> <p>(2) (...)</p> <p>(3) Bei einer ausländischen Gesell- schaft, einem Verein oder einer juristi- schen Person, die in einem öffentli- chen Register eingetragen ist, gelten Abs. 1 und 2 entsprechend. Ergibt sich die Vertretungsbefugnis aus dem öf- fentlichen Register nicht, soll der Notar die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er des fremden Rechts hinrei- chend kundig ist oder sie auf der Be- scheinigung eines im Ausland bestell- ten Notars, eines Vertreters eines ver- gleichbaren rechtsberatenden Berufs, eines Konsularbeamten oder einem wissenschaftlichen Rechtsgutachten beruht. Satz 1 und 2 geltend entspre- chend für den Nachweis des Beste- hens und der Vertretungsbefugnisse einer Gesellschaft, eines Vereines oder einer juristischen Person, die nicht oder noch nicht in einem öffentlichen Register eingetragen ist.</p>
---	--

Der Vorschläge zur Ergänzung von § 32 GBO und § 21 BNotO dienen der Erleichterung der Registerpraxis und ermöglichen ausländischen Rechtsträgern die Teilnahme am innerdeutschen Rechtsverkehr. Notaren soll es damit bei Auslandsgesellschaften ermöglicht werden, gegenüber den Registergerichten mit eigenen Urkunden die den verfahrensrechtlichen Anforderungen genügenden Nachweise zu führen. Das dies mit

der Haftungsübernahme für fehlerhafte Bescheinigungen verbunden ist, ist uns bewusst.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius