Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Kommentar

Bearbeitet von
Prof. Heinz Rowedder, Prof. Dr. Christian Schmidt-Leithoff, Dr. Peter Baukelmann, Dr. Felix U. Ganzer, Dr. Harald Gesell, Dr. André Görner, Dr. Manfred Kessler, Dr. Andreas Pentz, Hans-Jürgen Schaal, Petra Schneider, Dr. York Schnorbus, Dr. Susanne Tiedchen

6. Auflage 2017. Buch. LII, 2204 S. In Leinen

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts. Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts kommt es darauf an, ob ihr durch Gesetz oder Satzung bestimmter Wirkungskreis so weit reicht.[47] Aber auch dann hängt die Wirksamkeit der Beitrittserklärung in vielen Fällen noch von der Genehmigung durch ein Aufsichtsorgan oder ähnliche Stellen ab. 21

c) Ausländische juristische Personen. Ausländische juristische Personen werden grundsätzlich von der deutschen Rechtsordnung anerkannt (→ Einl. Rn. 287 ff.). Doch richtet sich der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit regelmäßig nach ihrem Gesellschaftsstatut, also nach ausländischem Recht.[48] Ggf. (zB im Falle englischer ultra-vires-Lehre) ist dem Registerrichter die besondere Fähigkeit der ausländischen Gesellschaft, eine inländische GmbH gründen zu können, sowie der Umfang der Vertretungsmacht ihrer Organe nachzuweisen, § 26 FamFG (früher § 12 FGG).[49] 22

4. Personenhandelsgesellschaften und andere Gemeinschaften. a) Personenhandelsgesellschaften. Die Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) können als solche Gründungsgesellschafter einer GmbH sein (vgl. §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB; unstr.). Auch kann sich ein persönlich haftender Gesellschafter oder ein Komplementär **neben** seiner OHG oder KG als Gesellschafter beteiligen, ohne dass es deswegen zur Einpersonen-Gründung kommt,[50] obwohl die Haftungsbasis wegen § 128 HGB nicht verbreitert wird.[51] Gründet die Personenhandelsgesellschaft die GmbH allein, so ist sie trotz ihrer Personenmehrheit stets als Einpersonen-Gründer anzusehen, wobei die besonderen Sicherungsvorschriften während der Gründung und auch später entfallen sind (→ Rn. 3). 23

b) Andere Gemeinschaften. Für alle übrigen Gemeinschaften, also BGB-Gesellschaft (GbR), nichtrechtsfähiger Verein, Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft, war die Frage deren Gesellschaftereignung lange Zeit sehr umstritten. Die überwiegende Meinung verneinte sie, und zwar für das GmbH-Recht ebenso wie für das Aktienrecht. Nach der Rspr. des BGH kann die GbR grds. eigene Rechte und Pflichten begründen,[52] mithin als solche – und nicht nur deren Gesellschafter – Gründer einer GmbH sein;[53] auch bei einer Ein-Personen-Gründung.[54] Für die anderen Gemeinschaften muss dasselbe gelten;[55] gleichfalls für die Vorgesellschaft, → § 11 Rn. 80. Der Zusatz „mit beschränkter Haftung" bei der BGB-Gesellschaft bewirkt jedoch weder bei dieser als Gründer einer GmbH, noch sonst eine Haftungsbeschränkung.[56] Die GbR haftet unbeschränkt, nicht deren Gesellschafter direkt; bei der Erbengemeinschaft, die lediglich vermögensrechtlich verselbständigt ist, haften die Erben, können jedoch die Haftung auf den Nachlass beschränken (§ 2059 BGB), wenn sie lediglich in die Gründerposition des Erblassers eingerückt sind, hingegen bleibt § 18 Abs. 2 anwendbar bei aktiver Beteiligung an der Gesellschaftsgründung.[57] Der **spätere** Erwerb von GmbH-Anteilen (und Aktien) durch solche Gemeinschaften wurde schon bislang so gut wie allgemein bejaht, so dass auch dieser Widerspruch zu lösen war.[58] Auch können mehrere Gründer einen Anteil einer Rechtsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB übernehmen.[59] 24

5. Besondere Qualifikation kraft Gesellschaftsvertrags. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, dass die Gesellschafter eine besondere Qualifikation haben, zB natürliche Personen sein müssen oder, (eheliche und natürliche) Abkömmlinge einer bestimmten Person, Männer bzw. Frauen, Angehörige eines bestimmten Berufsstandes wie Kaufleute oder Ingenieure, Rechtsanwälte oder Ärzte,[60] 25

---

[47] BGHZ 20, 119 (123) = NJW 1956, 746; *Schön* ZGR 1996, 435; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 88; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 95.

[48] KG NJW-RR 1997, 1127 = DB 1997, 1124; LG Saarbrücken GmbHR 1991, 581; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 13; Michalski/*Michalski* Rn. 100; Roth/Altmeppen/*Roth* § 1 Rn. 27; Staudinger/*Großfeld* IntGesR Rn. 201 ff.; Palandt/*Thorn* EGBGB Anh. Art. 12 Rn. 1, 6 f. zu EU-Auslandsgesellschaften.

[49] UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 88.

[50] UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 66; Scholz/*Emmerich* Rn. 50; *Feine* S. 66.

[51] Anders die frühere strengere Auslegung des § 2 AktG durch die hM (vgl. GroßkommAktG/*Meyer-Landrut* § 2 Rn. 9; Kölner KommAktG/*Kraft* AktG § 2 Rn. 22; einschr. GHEK/*Eckardt* AktG § 2 Rn. 22, was durch die Neufassung des § 2 (Einpersonen-Gründung) durch das Gesetz vom 2.8.1994 obsolet geworden ist.

[52] BGHZ 116, 86 (88) = NJW 1992, 499; BGHZ 136, 254 (257) = NJW 1997, 2754; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; BGH NJW 2002, 1207.

[53] BGHZ 78, 311 (312 ff.) = NJW 1981, 682; BGH BB 1997, 1861 ff.; vgl. dazu *Koch* ZHR 146 (1982), 118 sowie zu möglichen Missbrauchsfällen *K. Schmidt* BB 1983, 1697.

[54] Der BGH hat die die Mitgliedsfähigkeit einer GbR in einer Genossenschaft (BGHZ 116, 86 (88) = NJW 1992, 501 = WM 1992, 12 f.), einer AG (BGHZ 118, 83 (99 f.) = NJW 1992, 2222 (2226) und schließlich auch in einer GbR (BGH DB 1997, 2425 = NJW 1998, 376) bejaht.

[55] So auch UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 91 ff.; Scholz/*Emmerich* Rn. 53b, 53c; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 10.

[56] BGHZ 142, 315 (319 ff.) = NJW 1999, 3483 (3485) = DB 1999, 2205 (2207); anders noch OLG Hamm NJW-RR 1996, 482 = DB 1996, 321.

[57] UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 94; Scholz/*Emmerich* Rn. 53c; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 12; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 1 Rn. 36; MüKoBGB/*Gergen* BGB § 2032 Rn. 16.

[58] Zur Kapitalerhöhung durch eine Erbengemeinschaft vgl. schon OLG Hamm GmbHR 1975, 83.

[59] *Feine* S. 69; *Ripfel* GmbHR 1956, 7 f.; **aA** *Grothus* GmbHR 1958, 157 f.

[60] Vgl. zu den Berufsausübungsgesellschaften § 1 Rn. 13 ff.

keine Wettbewerber, Inhaber der deutschen Staatsangehörigkeit, der bürgerlichen Ehrenrechte usw. Dabei sind die Grenzen der §§ 134, 138 BGB zu beachten, die aber insbesondere auch einer Differenzierung nach dem Geschlecht (trotz Art. 3 Abs. 2 GG) sowie dem Schutz des Eindringens von Wettbewerbern (trotz GWB) nicht entgegenstehen. Eine solche – positiv oder negativ gefasste – Klausel zielt in erster Linie auf mögliche Rechtsnachfolger in den einzelnen Geschäftsanteil und ist zweckmäßigerweise im Gesellschaftsvertrag mit einer Vinkulierung der Anteile (§ 15 Abs. 5) verbunden; → § 15 Rn. 174 ff., 180. Verliert ein Gesellschafter die geforderte Eigenschaft später, so ist dies in der Regel ein wichtiger Grund zu seiner Ausschließung (→ § 34 Rn. 81 ff.), falls der Gesellschaftsvertrag nicht eine besondere Regelung trifft, was sich jedenfalls empfiehlt.

26 **Fehlt** die geforderte Eigenschaft schon einem der Gründer und ist dies den übrigen Gesellschaftern **bekannt,** so können sie sich (wie im Falle des § 112 Abs. 2 HGB) nicht darauf berufen. Sind sie aber **getäuscht** worden oder haben sie sich geirrt, so kann jeder von ihnen bis zur Eintragung der Gesellschaft seine Beitrittserklärung nach §§ 119 Abs. 2, 123 BGB anfechten oder – wenn die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt ist – analog § 61 auf Auflösung klagen;[61] → Rn. 61 ff., bes. → Rn. 70. Nach Eintragung der Gesellschaft kommt nur die Ausschließung des betr. Gesellschafters in Betracht.

27 **6. Treuhänder und Strohmann.** Treuhänder[62] und Strohmann können bei der Gründung für einen anderen als Gesellschafter auftreten. Der Gründer muss zwar stets im eigenen Namen, aber nicht notwendigerweise auf eigene Rechnung handeln. Ein Handeln für **fremde Rechnung** ist grundsätzlich zulässig, und zwar unabhängig von dem damit verfolgten Zweck.[63] Der praktische Hauptfall war insbesondere vor der Novelle 1980 die Gründung einer Einpersonen-Gesellschaft durch die Hinzunahme eines Strohmanns und nach wie vor die Verwaltungstreuhand (→ Rn. 3 ff.). Auch für die **nachträgliche Einpersonengesellschaft** gelten indes die Sondervorschriften der §§ 19 Abs. 4, 35 Abs. 3 und 48 Abs. 3 uneingeschränkt.

28 **a) Strohmann.** Auch der Strohmann ist Treuhänder.[64] Die Bezeichnung „Strohmann" hebt ihn nur als typischen und häufigen Fall hervor. Der Strohmann will und soll Gründer und Gesellschafter der GmbH werden, wenn auch in der Regel nur vorübergehend. Es liegt deswegen kein Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) vor. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Strohmann seinen künftigen, mit der Eintragung entstehenden Geschäftsanteil schon während des **Gründungsstadiums** an seinen Treugeber abgetreten hat.[65] Der BGH lässt auch den Fall zu, in dem **eine Person** sich zweier Strohmänner zur Gründung einer GmbH bedient.[66] Die seit 1956 recht großzügige Rspr. wurde nach Einführung der formalen Einpersonen-Gründung durch die Novelle 1980 fortgesetzt,[67] wodurch auch die durch das MoMiG aufgehobenen erhöhten Anmeldevoraussetzungen gem. § 7 Abs. 2 S. 3 aF (erhöhte Einzahlung sowie Stellung von Sicherheiten) vermieden werden konnten (→ Rn. 3; → § 7 Rn. 29). Sie ist auch weiterhin nicht unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung in Frage zu stellen. Umgekehrt ist auch die Einschaltung eines Strohmannes durch **mehrere Personen** möglich, was die Übernahme mehrerer auf deren Beteiligungsinteresse zugeschnittener Geschäftsanteile[68] oder eines größeren, entsprechend den späteren Bedürfnissen teilbaren als zweckmäßig erscheinen lässt. Ist ein Strohmann ohne eigenes wirtschaftliches Interesse allein aus persönlicher Verbundenheit mit einem Dritten bereit, an dessen Stelle Gesellschafter zu sein und zudem die persönliche Haftung in Form einer Bürgschaft für die Gesellschaft zu übernehmen und ist dies dem Kreditinstitut ersichtlich, gelten die Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Ehegatten- und Verwandtenbürgschaften entsprechend. In die Beurteilung krasser Überforderung ist der Befreiungsanspruch gegen den Treugeber miteinzubeziehen.[69]

29 **b) Treuhandverhältnis.** Das Treuhandverhältnis ist in jedem Falle ein Geschäftsbesorgungsverhältnis (§ 675 BGB) oder – bei Unentgeltlichkeit – ein Auftrag (§ 662 BGB).[70] Wegen der Herlei-

---

[61] UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 98; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 115 f.; vgl. auch RGZ 60, 409 für die Genossenschaft; **aA** *Liebmann/Saenger* GmbHG, 7. Aufl. 1927, Rn. 8, der § 75 anwenden will; ihm folgt *Feine* S. 67.

[62] Zu den mannigfachen Arten von Treuhandverhältnissen vgl. Überblick bei MAH GmbHR/*Römermann/Leistikow* § 11 Rn. 1, 12 ff.; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 117 ff.

[63] BGHZ 21, 378 (383) = NJW 1957, 19; BGHZ 31, 258 (264) = NJW 1960, 285 = GmbHR 1960, 43 (63); BGH WM 1971, 306; allgM.

[64] BGHZ 31, 258 (264); UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 68, 71; *Blaurock,* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981, 66 ff.; MüKoBGB/*Armbrüster* BGB § 117 Rn. 14, 16 f. im Anschluss an BGHZ 21, 378 (381) = NJW 1957, 19 f.: aber Scheingründung, wenn der Strohmann vorgeschoben wird, obwohl er gar nicht Gesellschafter werden, insbes. keine Stammeinlage übernehmen will; diff. vielleicht Staudinger/*Singer* (2012) BGB § 117 Rn. 18; *Flume* Rechtsgeschäft § 20 2b bb.

[65] HM, BGHZ 21, 378 = NJW 1957, 19; KG GmbHR 1968, 182; OLG Hamm NZG 1998, 109 (110).

[66] BGHZ 21, 378 = NJW 1957, 19; BGHZ 31, 258 (263) = NJW 1960, 285 = GmbHR 1960, 43 (63).

[67] Vgl. zB BGH ZIP 1999, 925; BayOLGZ 1991, 127 (132 f.) = NJW-RR 1991, 1252.

[68] Zur Zulässigkeit uneinheitlicher Stimmrechtsausübung aus den Geschäftsanteilen der verschiedenen Treugeber durch den Treuhänder vgl. *Schauf* GmbHR 2015, 799.

[69] BGH NJW 1998, 597 = DB 1998, 413 = DStR 1998, 1434.

[70] Vgl. auch BGH WarnR 1971 Nr. 94; *Walch* NZG 2015, 1259; vgl. zum Treuhandverhältnis → § 15 Rn. 66 ff.

tung der Rückübertragungspflicht aus § 667 BGB[71] oder dem Sinn und Zweck des § 15 Abs. 4 S. 1, bedarf der **vor Gesellschaftsgründung** abgeschlossene Treuhandvertrag zur Teilnahme an der Gründung im eigenen Namen für Rechnung des Treugebers grundsätzlich keiner Form,[72] auch nicht der notariellen nach § 15 Abs. 4. Der **nach Gründung** abgeschlossene Treuhandvertrag, der den nunmehr im Entstehen begriffenen künftigen Geschäftsanteil betrifft, ist ua wegen des Schutzzwecks des § 15 Abs. 4 (Verhinderung eines freien Anteilshandels) ebenso formbedürftig wie derjenige über den mit Eintragung der Gesellschaft entstandenen (→ § 15 Rn. 68). Die Übertragung des Anteils erfordert stets die notarielle Form (§ 15 Abs. 3), wodurch eventuelle Formmängel des Kausalgeschäfts geheilt werden.[73] Tritt der Treugeber bereits während des Gründungsstadiums infolge des Erwerbs des künftigen Geschäftsanteils an die Stelle des Treuhänders, erfordert der Gesellschafterwechsel zu diesem Zeitpunkt die Neubeurkundung des Gesellschaftsvertrages unter Beteiligung aller Gesellschafter (§ 2 Abs. 1;[74] → Rn. 48). Der Treuhänder unterliegt hinsichtlich der Gesellschafterrechte den Weisungen des Treugebers (vgl. §§ 662, 665 BGB) und er hat Auskunft zu erteilen (vgl. § 666 BGB). Bei **Insolvenz des Treuhänders** kann der Treugeber den Geschäftsanteil nach dem Unmittelbarkeitsprinzip (hM) nur aussondern (§ 47 InsO), wenn der Treuhänder diesen **unmittelbar** vom Treugeber erworben hat (*Übertragungs*treuhand). Nur in diesem Fall kann das Treugut wirtschaftlich dem Vermögen des Treugebers zugerechnet werden. Hingegen **nicht,** wenn der Treuhänder den Geschäftsanteil als beauftragter Gründer erhalten (*Gründungs*treuhand) oder im Auftrag des Treugebers erworben hat (*Erwerbs*treuhand) oder als bisheriger Gesellschafter diesen für den nunmehrigen Dritten/Treugeber hält (*Vereinbarungs*treuhand).[75] Die vertragliche Pflicht zur unentgeltlichen Übertragung endet nicht bereits mit der Beendigung des Treuhandverhältnisses.[76] Die Einbeziehung dieser letzten drei Vorgänge mit einer Vielzahl von Interessen- und Gestaltungsvarianten würde den Tatbestand der Aussonderung verwässern mit der Möglichkeit zu Umgehungen.[77] In diesen Fällen kann allerdings die Unmittelbarkeit als Voraussetzung der Aussonderung verwirklicht werden, wenn im Treuhandvertrag über die Weisungsbefugnis des Treugebers hinaus die dingliche Abtretung des Geschäftsanteils aufschiebend bedingt für ein feststehendes Ereignis, zB Zwangsvollstreckung oder Insolvenz des Treuhänders, beurkundet wird (§ 15 Abs. 3) → § 15 Rn. 79 f.[78] Bei **Insolvenz des Treugebers** erlischt zwar mit Verfahrenseröffnung das Treuhandverhältnis, §§ 115, 116 InsO, aber der Geschäftsanteil geht nicht ohne weiteres über. Der Insolvenzverwalter muss vom Treuhänder die Herausgabe des erlangten Geschäftsanteils verlangen, wozu der Treuhänder verpflichtet ist,[79] im Falle einer Mehrpersonengesellschaft ggf. durch Kündigung der Gesellschaft oder Austritt aus derselben.[80] Bei einer *Sicherungs*treuhand hat der Treuhänder hingegen ein Absonderungsrecht (iE → § 15 Rn. 78).

30 **c) „Durchgriff" auf den Treugeber.** Ein „Durchgriff" auf den Treugeber, dh die Anwendung gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen so, als ob er Gesellschafter wäre, ist grundsätzlich nicht zulässig; Gesellschafter ist der Treuhänder (→ Rn. 27 f.). Doch kann die Ratio einzelner Bestimmungen es erlauben oder sogar erfordern, dass statt auf den Gesellschafter/Treuhänder auf den Treugeber abgestellt wird. So kommt möglicherweise eine Ausschließung des Treuhänders oder auch eine Auflösungsklage (§ 61) wegen eines Verhaltens des Treugebers in Betracht.[81] Stimmrechtsverbote (nach § 47 Abs. 4 oder gesellschaftsvertraglicher Bestimmung) sind in der Regel auch auf die Tatbestände anzuwenden, an denen der Treugeber beteiligt ist.[82]

31 Ob die **Haftungsvorschriften** für die Gesellschafter (§§ 9a, 19 Abs. 2, 24, 30, 31) auf den Treugeber („Hintermann") anzuwenden sind, ist streitig. Die Rspr. neigt aus Gründen des Gläubiger-

---

[71] BGHZ 19, 69 (70 f.) = NJW 1956, 58.

[72] Vgl. BGHZ 141, 208 (210 f.) = GmbHR 1999, 707 = DStR 1999, 861 f. mAnm *Goette* DStR 1999, 863; BGH NZG 2006, 590; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 1 Rn. 42; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 126; MVHdB GesR/*Meister/Klöcker* S. 575; *Gehrlein/Witt/Volmer* GmbH-Recht 1. Kap. Rn. 43; *Armbrüster* GmbHR 2001, 941 (946).

[73] BGH 141, 208 (210 f.) = GmbHR 1999, 707 = DStR 1999, 861 f. mAnm *Goette* DStR 1999, 863; OLG Bamberg NZG 2001, 509; *Goette* DStR 1999, 863.

[74] BGH DStR 1997, 625; *Goette* DStR 1999, 863.

[75] BGH WM 1964, 179; KG GmbHR 2013, 360, UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 81; Scholz/*Emmerich* Rn. 58d; **aA** *Beuthien* ZGR 1974, 26 (66, 84); *Blaurock,* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981, 243 ff.; Soergel/*Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 65; Schlegelberger/*K. Schmidt,* 5. Aufl. 1973, HGB Vor § 335 Rn. 71 ff.; 4. Aufl. Rn. 29.

[76] KG GmbHR 2013, 360.

[77] Vgl. MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 130; **abw.;** → § 15 Rn. 79; MüKoZPO/*K. Schmidt/Brinkmann* ZPO § 771 Rn. 25, 28 bei Offenkundigkeit.

[78] OLG Hamm NZG 1998, 109 = GmbHR 1997, 950; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 130; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 81; MAH GmbHR/*Römermann/Leistikow* § 11 Rn. 82; offenlassend MVHdB GesR/*Meister/Klöcker* 7. Aufl. 2011 S. 576; **abl.** Kübler/Prütting/Bork/*Tintelnot* InsO § 119 Rn. 21.

[79] BGH WM 1971, 306; BGH WM 2012, 1496 = NJW-RR 2012, 1129; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 131.

[80] IE Wachter/*Eberl* Handels- und GesR Teil 2, Kap. 3 § 3 Rn. 484 ff.

[81] BGHZ 32, 17 (33) = NJW 1960, 866; *Walch* NZG 2015, 1259.

[82] Vgl. *Zöllner,* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, 284 f. sowie → § 47 Rn. 62 ff.

schutzes dazu.[83] Sie wird unterstützt von Meyer-Landrut/Miller/Niehus (→ Rn. 18), die sich dafür auf § 9a Abs. 4 berufen, mE aber zu weitgehend. Demgegenüber differenziert die überwiegende Literatur und stellt auf die einzelnen Haftungstatbestände ab. Dem ist grundsätzlich wegen der Unterschiede zwischen offener und verdeckter Treuhand zu folgen.[84] Darüber hinaus besteht für einen „unmittelbaren Durchgriff" idR dann kein Bedürfnis, wenn der Treuhänder aus dem Treuhandverhältnis gegen den Treugeber einen Freistellungsanspruch geltend machen kann. Dieser wandelt sich bei Abtretung an den Gesellschaftsgläubiger in einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen den Treugeber um.[85]

32 **7. Zusammentreffen mit Arbeitnehmerstellung.** Arbeitnehmer einer GmbH können deren Gesellschafter sein. Voraussetzung für eine Arbeitnehmerstellung (iSd § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG) ist jedoch die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Geschäftsführer der GmbH.[86] Hieran fehlt es, wenn der Arbeitnehmer über seine Gesellschafterstellung einen so großen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft hat, dass er letztlich auch die Leitungsmacht besitzt. Dies ist der Fall, wenn er Mehrheitsgesellschafter mit unbeschränktem Stimmrecht ist oder ihm mehr als 50 % der Stimmrechte zustehen oder er als Minderheitsgesellschafter wenigstens eine Sperrminorität besitzt.[87] Auf die tatsächliche Ausnutzung der Leitungsmacht kommt es nicht an.[88]

IV. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags

33 **1. Beitrittserklärungen.** Die Beitrittserklärungen sind Willenserklärungen iSd BGB. Im Falle des Gesellschaftsvertrags **mehrerer Personen** besteht der Gesellschaftsvertrag aus inhaltlich übereinstimmenden, empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die auf Gründung der Gesellschaft gerichtet sind. Im Fall der **Einpersonen-Gründung** bedarf es nur der nichtempfangsbedürftigen, lediglich vor dem Notar abzugebenden Willenserklärung des Gründers; der „Abschluss" (→ Rn. 4) ist hier die Abgabe der Erklärung. Der Mindestinhalt des Vertrags ergibt sich für beide Fälle aus § 3. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag weitere Bestimmungen enthalten, auch solche, die nicht das Gesellschaftsverhältnis betreffen (→ § 3 Rn. 58).

34 **a) Sämtliche Gesellschafter.** Sämtliche Gesellschafter, die beitreten sollen, müssen sich an dem Gesellschaftsvertrag beteiligen. Ein **nachträglicher** Beitritt weiterer Gründungsgesellschafter, im Sinne einer Stufen- oder einer Sukzessivgründung,[89] kann nicht vorgesehen werden.[90] Gleichzeitige und gemeinsame Abgabe der Gründungserklärungen ist ebenso wenig erforderlich wie deren Beurkundung durch denselben Notar (→ Rn. 37).

35 **b) Unbedingt; unbefristet.** Die Beitrittserklärungen müssen unbedingt und unbefristet sein; sonst sind sie nichtig.[91] Dies gilt selbstverständlich nicht für Rechtsbedingungen wie die Genehmigung des Familiengerichts gem. § 1822 Nr. 3 BGB.

36 **2. Notarielle Form.** Die notarielle Form, die § 2 vorschreibt, ist die der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB; §§ 6 ff. BeurkG). Sie besteht aus einer Niederschrift (Protokoll), die den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben wird (§§ 9, 13 BeurkG). Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen können entweder Teil der Niederschrift sein (§ 9 Abs. 1 **S. 1 Nr. 2** BeurkG) oder, was sich im Hinblick auf die Satzungsbescheinigung (§ 54 Abs. 1 **S. 2**) als zweckmäßig erweist und üblich ist, in der notariellen Urkunde als **„Gesellschaftsvertrag"** (auch „Satzung" oder „Statut") von den **„Gründungsbestimmungen"** (auch „Mantel")

---

[83] Vgl. BGHZ 31, 258 (266 f.) = NJW 1960, 285 = DB 1960, 2527; BGH GmbHR 1963, 208; BGHZ 118, 107 (111 ff.) = NJW 1992, 2023 = LM § 19 Nr. 13 (mAnm *Heidenhain*) = DB 1992, 1512 gegen OLG Düsseldorf (Vorinstanz) DB 1992, 1512 = GmbHR 1992, 373, das auf das Fehlen entspr. Abgrenzungskriterien für die Hintermanneigenschaft verweist; OLG Hamburg BB 1984, 1253 = DB 1984, 515; hierzu *Ehlke* DB 1985, 795; *Gehrlein/Witt/Volmer* GmbH-Recht 8. Kap. Rn. 6; krit. *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377 (382).

[84] → § 9a Rn. 27 ff.; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 72 ff.; Scholz/*Emmerich* Rn. 59; Michalski/*Michalski* Rn. 99; sowie krit. zu BGHZ 118, 107 (111 ff.); *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377 (382 ff.); ausf. MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 143 f.; → § 24 Rn. 18; diff. Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 1 Rn. 44; **aA** Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 15; → § 24 Rn. 13.

[85] BGH NJW 2001, 2092 = DB 2001, 975 = MDR 2001, 760 (bei Scheitern der Vor-GmbH); zust. *Armbrüster* GmbHR 2001, 1021 (1027); MüKoGmbHG/Mayer Rn. 142 mwN; Saenger/Inhester/*Pfisterer* § 1 Rn. 34, § 14 Rn. 17; Scholz/*Emmerich* Rn. 59.

[86] BAG NZA 1990, 525 = AP § 35 Nr. 6; BAG NZA 1991, 392 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 137. Die Weisungsgebundenheit ist Voraussetzung und wesentlicher Bestandteil eines jeden Arbeitsverhältnisses, vgl. BAGE 78, 343 = NZA 1995, 622 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74; BAG NZA 1993, 1127 = AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 42.

[87] BAG NZA 1998, 939.

[88] BAG NZA 1998, 939.

[89] Diese nach früherem Aktienrecht mögliche Gründungsform hat auch das AktG 1965 nicht mehr übernommen.

[90] RGZ 83, 256 (259); Scholz/*Emmerich* Rn. 16; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 17; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 31.

[91] RGZ 83, 256 (258 f.); UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 17, 166 ff.; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 32, 184 ff.

abgesondert sein (§ 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG).[92] Die Einheitlichkeit der notariellen Urkunde ist durch entsprechende Bezugnahme zu gewährleisten.[93] Wird der Gesellschaftsvertrag als Anlage beigefügt, hat dieser den vollen Wortlaut der gesellschaftsvertraglichen Regelungen (zum Mindestinhalt → § 3 Rn. 4 ff.) zu enthalten[94] und ist gleichfalls zu verlesen, § 13 BeurkG. Der Gesellschaftsvertrag kann auch in einer anderen Sprache, die der deutschen vorrangig sein soll, errichtet werden (§ 5 Abs. 2 S. 1 BeurkG), der Notar soll der fremden Sprache „hinreichend kundig" sein (S. 2). In der Fremdsprache können sodann auch die Gesellschafterversammlungen abgehalten, die Beschlüsse gefasst und protokolliert werden,[95] wobei eine Regelung im Gesellschaftsvertrag für diesen und weitere Fälle empfehlenswert ist. Der Beachtung der deutschen Gerichtssprache im Handelsregisterverfahren (vgl. § 184 S. 1 GVG)[96] wird Genüge getan durch die Beifügung einer deutschen Übersetzung, die ein hierzu ermächtigter Übersetzer angefertigt hat (entspr. § 142 Abs. 3 ZPO);[97] vgl. entspr. zur Anmeldung der Zweigniederlassungen von Auslandsgesellschaften § 4a Rn. 69 Nr. 11. Ist bei einer mehrsprachigen Fassung die deutsche vorrangig, bedarf es der Beifügung einer Übersetzung nicht.[98]

Gleichzeitige Anwesenheit aller Gründer wird indes nicht verlangt; sog **Stufenbeurkundung** (im Gegensatz zur **Stufengründung** → Rn. 34) ist möglich. Die Gründer können auch ihre Erklärungen vor **verschiedenen Notaren** abgeben.[99] Mit Hilfe der gängigen Vollmachts- und Genehmigungspraxis (vollmachtlosen Handelns) können solche Zeit- und Ortsprobleme unschwer überwunden werden. **37**

Ein Notar kann nicht die Errichtung einer GmbH, an der einer seiner Sozien oder Bürogemeinschafter als Gesellschafter beteiligt ist oder die dieser als Einpersonen-Gesellschaft gründet, beurkunden (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG nF, §§ 3, 9 BNotO nF).[100] Hat ein (Anwalts-)Notar einen Gesellschaftsvertrag beurkundet, kann er später nicht einen der GmbH-Gesellschafter, zB wegen Nichterbringens der Stammeinlage, vertreten (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO).[101] Dem Notar obliegen bei der GmbH-Gründung umfangreiche Belehrungspflichten mit Haftungsfolge bei deren Nichteinhaltung.[102] Der Notar begeht keine Pflichtverletzung bei Beteiligung von Vorbestraften als Gründer.[103] **38**

a) Zuständigkeit. Zuständig ist jeder deutsche[104] Notar,[105] unabhängig vom Sitz der künftigen GmbH oder anderer Anknüpfungspunkte. Wenn der Notar die Grenzen seines Amtsbezirks (Oberlandesgerichtsbezirk seines Amtssitzes, § 11 Abs. 1 BNotO) überschreitet,[106] wird die Beurkundung zwar nicht unwirksam, kann aber als besonderer Ausnahmefall genehmigt werden. Dies ist der Fall, wenn „objektiv gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten" gefährdet sind. Erfolgt die Beurkundung durch den deutschen Notar im *Ausland,* sind zudem bei gleichen Voraussetzungen die Einzelgenehmigungen des Herkunftsstaats *und* des betroffenen Staats erforderlich, § 2 BeurkG, § 11 Abs. 2 BNotO.[107] Im Ausland ist die Beurkundung durch deutsche Konsularbeamte mit Befähigung zum Richteramt – oder sonst ermächtigt – möglich (§§ 10, 19, 24 KonsG).[108] **39**

---

[92] Vgl. dazu BeckHdB GmbH/*Schwaiger* § 2 Rn. 70 f.; MüKoGmbH, *Mayer* § 2 Rn. 28; Scholz/*Emmerich* Rn. 15; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 18; zT krit. *Höll* DNotZ 1981, 16 (21); *Höll* GmbHR 1982, 251.

[93] Vgl. die Formulierungsvorschläge in MVHdB GesR/*Haidenhein/Meister* Form IV.1 iVm IV.2 f.

[94] OLG Köln Rpfleger 1972, 410 = GmbHR 1973, 11; OLG Stuttgart DNotZ 1979, 359 = Rpfleger 1979, 63; OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1981, 694 f. = Rpfleger 1981, 309; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 27 f.

[95] *Leitzen* NZG 2009, 730 mwN.

[96] § 8 FGG, der insoweit auf das GVG verwies, hat keine Entsprechung im FamFG.

[97] LG Düsseldorf GmbHR 1999, 609 (610); *Wicke* Rn. 5; *Krafka/Kühn* RegisterR Rn. 916.

[98] *Krafka/Kühn* RegisterR Rn. 916.

[99] Vgl. KG OLGE 3, 262; MüKoBGB/*Einsele* BGB § 128 Rn. 6; Palandt/*Ellenberger* BGB § 128 Rn. 3; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 15; Scholz/*Emmerich* Rn. 16; HK-GmbHR/*H. Bartl* Rn. 8; Roth/Altmeppen/*Roth* Rn. 21; *Gehrlein/Witt/Volmer* GmbH-Recht 1. Kap. Rn. 29.

[100] Krit. zur gesetzlichen Neuregelung *Brücher* NJW 1999, 2168, mE zu Unrecht, denn jeder bei gemeinsamer Berufsausübung naheliegende Anschein einer mangelnden Neutralität ist zu vermeiden, zutr. Begr. RegE ZNotP 1998, Beilage 2. Vgl. auch die ähnliche Situation im umgekehrten Falle der grundstücksbezogenen Maklertätigkeit von Rechtsanwälten, die Sozien von Notaren sind, BGH AnwBl 2001, 436.

[101] BGH DB 2010, 2612 = NZG 2010, 1390 = NJW 2011, 373.

[102] Zu den Belehrungspflichten mit Formulierungsvorschlägen vgl. *Meyding/Heidinger* ZNotP 1999, 190 ff.; zur Notarhaftung *Ganter* WM 2000, 641 ff.

[103] OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1986, 712.

[104] Einem *ausländischen* Notar ist im Inland die Beurkundungstätigkeit verschlossen, BGH NJW 2015, 3034, BVerfG NJW 2016, 1010; zulässig ist lediglich eine unterstützende Tätigkeit nach der BNotO, vgl. BGH NJW 2015, 3034 Rn. 10–11.

[105] Das *staatliche Notariat* in Baden-Württemberg wird zum 1.1.2018 aufgelöst. Zu diesem Zeitpunkt noch offene notarielle Geschäfte wickeln die ehemaligen Notare und Notarvertreter, soweit nunmehr als selbständige Nurnotare tätig, ab; andernfalls Notarabwickler, vgl. Gesetz vom 23.11.2015, BGBl. 2015 I 2090.

[106] Zur Nichtigkeit des früheren Verbots der Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle des Notars vgl. BVerfG NJW 2000, 3486 = MDR 2000, 1460 f.

[107] AllgM BGHZ 138, 359 (362) = NJW 1998, 2830; KG DB 2012, Nr. 25, M 14: auch die Dienstleistungsfreiheit führt für die EU nicht zu einer anderen Beurteilung; BGH NJW 2013, 1605 Rn. 19, 21 = MDR 2013, 683; Eylmann/Vaasen/*Limmer,* 3. Aufl. 2011, BeurkG § 2 Rn. 8; *Geimer* NJW 2013, 2625; zw. Armbrüster/Preuß/Renner/*Preuß,* 6. Aufl. 2013, BeurkG § 2 Rn. 19 f.; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 26.

[108] UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 22.

40 **b) Ausländische Notare.** Für die Beurteilung der Wirksamkeit von Beurkundungen durch ausländische Notare eröffnet Art. 11 Abs. 1 EGBGB zwei **alternative Anknüpfungen:** einmal an die Form des Rechts, das für den Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgeblich ist, also deutsches Recht, Alt. 1 **(Wirkungsstatut),** zum anderen an das am Ort des Abschlusses des Rechtsgeschäfts geltende Recht, also das betreffende ausländische Recht, Alt. 2 **(Ortsstatut).**

41 Während der BGH in den insoweit allerdings nicht tragenden Gründen seiner Grundsatzentscheidung vom 16.2.1981[109] der generellen Geltung des Ortsstatuts, also auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge, eine gewisse Sympathie zollte,[110] lehnt dies die Rspr. überwiegend[111] und die Literatur,[112] teils noch zwischen (schlichten) Abtretungsfällen und organisationsrechtlichen, die Verfassung der GmbH betreffenden Akten differenzierend[113] ab. Anlässlich der textlichen aber nicht inhaltlichen Änderung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB betonte die Begr. RegE, dass weder Standort und Entstehungsgeschichte der Bestimmung noch die neue Fassung die „Form von Vorgängen regelt, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen".[114] Dem ist, jedenfalls was die organisationsrechtlichen Akte anbelangt, nicht zuletzt auch mit Rücksicht auf die besondere Funktion des § 2, zu folgen.[115]

42 Ist mithin das **Wirkungsstatut** (Alt. 1) maßgeblich, stellt sich nunmehr die Anschlussfrage, ob und in welchen Fällen ausländische Beurkundungen der nach § 2 vorgeschriebenen Beurkundung deutschen Rechts entsprechen, dh als *gleichwertig* angesehen werden können. Als Voraussetzungen wurden hierzu von der Literatur angesprochen und der Rspr. behandelt:

– Ausübung einer nach Vorbildung und und Stellung im Rechtsleben entsprechenden Funktion,
– Kenntnisse des deutschen materiellen insbes. Gesellschaftsrechts,
– Belehrung und Urkundenverlesung,
– Übermittlungsmöglichkeit der Gesellschafterliste an das deutsche Registergericht.

43 *Goette*[116] will die Beurkundung durch den ausländischen Notar nur zulassen, wenn die Formvorschrift nicht zugleich auch die materielle Rechtmäßigkeit des beurkundeten Sachverhalts sicherstellen soll. Letzteres sei immer dann der Fall, wenn es um Akte ginge, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen und eintragungspflichtig seien.[117] Die Wirksamkeit der Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages durch einen ausländischen Notar wurde vom LG Augsburg unter Hinweis auf das Problem mangelnder deutscher Rechtskenntnisse im diffizilen Verschmelzungsrecht und auf Grund der stetigen Verschärfung notarieller Belehrungspflichten abgelehnt.[118] Gerade das UmwG ist durch seine überaus detaillierten Regelungen gekennzeichnet, welche die Rechtsanwendung in besonderem Maße erleichtern. Es soll auch unzulässig sein, die Abhaltung der Hauptversammlung einer AG im Ausland (Zürich) in der Satzung generell zuzulassen, da ausländische Notare die über § 59 BeurkG hinausgehenden besonderen Kenntnisse zu den speziellen aktienrechtlichen Hinweis- und Prüfpflichten nur lückenhaft oder gar nicht besitzen sollen,[119] – was in dieser Allgemeinheit zu bezweifeln ist.[120] Eine solche Satzungsbestimmung kann aber unter dem Gesichtspunkt unzumutbarer Erschwernis der Ausübung der Aktionärsrechte unzulässig sein.[121] Die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung im grenznahen

---

[109] BGHZ 80, 76 (78) = NJW 1980, 1160 = DB 1981, 983; so schon früher BayObLG DB 1977, 2320 f.; krit. Bork/Schäfer/*Schäfer* Rn. 33.

[110] Vgl. auch BGH GmbHR 1990, 25 (28) = NJW-RR 1989, 1259 (1261) = BB 1989, 1316 (Abtretung eines GmbH-Anteils); sowie ferner OLG Stuttgart NJW 1981, 1176; DB 2000, 1218 (1219 f.); OLG Frankfurt a. M. DB 1981, 1456 f.; OLG Düsseldorf WM 1989, 643 (644) = NJW 1989, 2200; OLG München NJW-RR 1998, 768 = DB 1998, 125; Kölner KommAktG/*Kraft* AktG § 23 Rn. 33; dazu Erman/*Hohloch* EGBGB Art. 11 Rn. 1; Palandt/*Thorn* EGBGB Art. 11 Rn. 2, 13; Soergel/*Kegel* Rn. 4.

[111] OLG Hamm NJW 1974, 1057; OLG Karlsruhe RIW 1979, 567 (568); AG Köln RIW 1989, 990; LG Augsburg DB 1996, 1666 = GmbHR 1996, 941; LG Kiel RIW 1997, 957; **aA** OLG Düsseldorf NJW 1989, 2200 = GmbHR 1990, 169.

[112] Hachenburg/*Behrens,* 8. Aufl. 1992 ff., Einl. Rn. 162; UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 19; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 27; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 9; Roth/Altmeppen/*Roth* Rn. 23; *Kropholler* ZHR 1976 (140), 403; *Lichtenberger* DNotZ 1986, 653; *Heckschen* DB 1990, 161; *Schervier* NJW 1992, 594; *Goette* FS Boujong, 1996, 137; *Goette* MittRhNotK 1997, 3; *Haerendel* DStR 2001, 1802 (1805).

[113] Vgl. die Übersicht bei *Wiedemann* GesR I § 14 IV 2b, S. 821.

[114] RegE IPRG vom 25.7.1986, BT-Drs. 222/83, 47, 49.

[115] Ebenso auch *Kröll* ZGR 2000, 111 ff.

[116] DStR 1996, 709 (713); iErg zust. *van Randenborgh/Kallmeyer* GmbHR 1996, 908 (909), UHL/*Ulmer/Löbbe* Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 27 f.; Henssler/Strohn/*Schäfer* Rn. 17; *Wicke* DB 2011, 1037 (1041).

[117] Vgl. auch OLG Karlsruhe RIW/AWD 1979, 567.

[118] LG Augsburg DB 1996, 1666 = GmbHR 1996, 941; zust. MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 52 mwN; *Winkler* NWB 2002, 489; **aA** LG Kiel BB 1998, 120.

[119] OLG Hamburg DB 1993, 1232 = AG 1993, 384.

[120] ZB bei einem Zürcher Notar **abl.** auch gegenüber Zürcher und Basler Notaren Scholz/*Veil* § 53 Rn. 74 entgegen 10. Aufl. 2010; Staudinger/*Großfeld* IntGesR Rn. 439 ff., wobei es inkonsequent erscheint, bei Notaren der EG-Staaten „gewisse Einbußen an Sachverstand und Belehrung . . . im Hinblick auf den Einheitlichen Markt" als „gerechtfertigt" zu bezeichnen, Rn. 445.

[121] BGHZ 203, 68 Rn. 20 = DStR 2015, 131 zu § 121 Abs. 5 AktG.

Bereich dürfte bei Zustimmung aller Gesellschafter zulässig sein. Die Schwierigkeiten für die Praxis sind also nicht unerheblich, was Ausländer häufig zum Weg inländischer Treuhandgründung mit Anteilsabtretung nach Eintragung der GmbH veranlasst.[122]

44 Der BGH setzt für die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen voraus, dass „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", wobei es dann auf eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts nicht ankomme. Der zudem von der überwM geforderten Beachtung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion (§ 17 BeurkG) weist er als *Annexfunktion* keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Beurkundung zu.[123] Sie sei verzichtbar und könne auch konkludent, zB durch die Hinzuziehung eines ausländischen Notars erklärt werden. Das hat der BGH für die Satzungsänderung (§ 53) sowie schon früher das RG für die Anteilsübertragung (§ 15) entschieden.[124] Gerade Anteilsübertragungen erfordern häufig die Beachtung sowie Einbeziehung einer Vielzahl weiterer Regelungen, wie zB Zustimmungsrechte, Vorerwerbs-/Ankaufsrechte, Nießbrauch, Abgrenzung von Gewinnbezugsrechten, Betriebsprüfungsklauseln, Gewährleistungen und nachvertragliche Wettbewerbsverbote.[125] Entsprechendes ist dementsprechend beim Abschluss der Grundlagenvereinbarung der GmbH, dem Gesellschaftsvertrag, relevant. In Anbetracht dessen wäre eine differenzierte Zuweisung notarieller Zuständigkeiten für Anteilübertragungen und Gesellschaftsgründungen nicht folgerichtig.[126] Bzgl. Anteilsabtretungen wird dies aber auch wegen § 40 Abs. 2 nF, in Zweifel gezogen (→ § 15 Rn. 57 f.). Einmal wird geltend gemacht, dass in § 40 Abs. 2 schlicht vom „Notar" die Rede sei, während das Gesetz in § 8 Abs. 3 S. 2 auch ausdrücklich „einen im Ausland bestellten Notar" zulasse.[127] Die Neufassung des § 8 Abs. 3 lässt sich jedoch nicht verallgemeinern. Sie dient, wie die Motive betonen, nur der Klarstellung der Belehrungszuständigkeit und erweitert sie für diesen besonderen Fall sogar „auf jeden im Ausland bestellten Notar".[128] Weiterhin wird eingewandt, nur ein deutscher Notar könne neben der Beachtung der zwingenden Grundsätze des deutschen Beurkundungsrechts die mit seiner Bestätigung versehene geänderte Gesellschafterliste elektronisch in öffentlich beglaubigter Form (§ 39a BeurkG) beim Handelsregister einreichen.[129] Die Motive des Gesetzgebers zum MoMiG – Missbrauchsbekämpfung und Verhinderung von Geldwäsche – betreffen aber jedwede Beurkundung, gleichviel, ob von einem inländischen oder ausländischen Notar vorgenommen. Die vielzitierte Bemerkung des Gesetzgebers; „weiterhin (bestehende) Lücken, zB bei der Auslandsbeurkundung, (werden) nunmehr geschlossen"[130] beweisen nicht deren Ausschluss, andernfalls dementsprechend ausdrücklich formuliert worden wäre.[131] In der Zusammensicht mit anderen notariellen Akten wäre ein solches Ergebnis erstaunlich. Trotz der weitgehenden Gewährleistung von Rechtssicherheit der Anteilsübertragung durch die Mitwirkung deutscher Notare[132] sollte nicht übersehen werden, dass alle anderen Veränderungen im Gesellschafterbestand, zB durch Erbgang, Zusammenlegung, Teilung oder Einziehung, durch die Geschäftsführer mitzuteilen sind (§ 40 Abs. 1).[133] Hinsichtlich der Bedeutung und Folgen ist also von einer Gleichwertigkeit beider Listeneinreichungen auszugehen. Aus § 40 Abs. 2, der lediglich die Mitteilungspflicht betrifft, ist kein Hinderungsgrund für

---

[122] Vgl. *Wolf* GmbHR 1994, 237; vgl. aber auch *Kropholler* ZHR 140 (1976), 394 (402 f.); **abl.** Staudinger/*Großfeld* IntGesR Rn. 432 ff., 439 ff.; grds. *Stauch,* Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden in der Bundesrepublik Deutschland, 1983.

[123] BGHZ 80, 76 (78) = NJW 1981, 1160 = DB 1981, 983; dazu *Goette* DStR 1996, 709 (712 f.); BGH NJW 2014, 2026 Rn. 14 = GmbHR 2014, 248 = NZG 2014, 219; dazu *Götze/Mörtel* NZG 2014, 369 ff.; BGHZ 203, 68 Rn. 16 f. = DStR 2015, 131; OLG Frankfurt a. M. GmbHR 2005, 704; insoweit auch MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 46; **aA** Bork/Schäfer/*Schäfer* Rn. 34; MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 53 f. mwN; Henssler/Strohn/*Schäfer* Rn. 17; *Müller* NJW 2014, 1994.

[124] RGZ 160, 225 (229); BGHZ 80, 76 (78) = NJW 1981, 1160 = DB 1981, 983; BGH NJW-RR 2000, 273 = DStR 2000, 601 = EWiR 2000, 487 *(Werner);* BGH GmbHR 2014, 248 Rn. 14 = NJW 2014, 2026; *Tebben* DB 2014, 585; OLG Düsseldorf RIW 1989, 225; Palandt/*Thorn* EGBGB Art. 11 Rn. 10; gegen Gleichwertigkeit *Herrler* GmbHR 2014, 225 (229).

[125] *Reithmann* NJW 2003, 385 (387).

[126] Ausf. UHL/*Behrens/Hoffmann* Einl. B Rn. 198 ff.; insoweit auch *Jäger* JM 2014, 241 (243); **abl.** AG Charlottenburg GmbHR 2016, 223 mAnm *Wösthoff;* ferner → § 15 Rn. 59.

[127] UHL/*Paefgen* § 40 Rn. 56 mwN.

[128] MoMiG Begr. RegE S. 35; BGH NJW 2014, 2026 Rn. 17 f. = GmbHR 2014, 248 = NZG 2014, 219; → § 8 Rn. 32.

[129] LG Frankfurt a. M. GmbHR 2010, 96 (obiter) m. zust. Anm. *Gerber* = NJW 2010, 683 mAnm *Pilger;* ferner *Hermanns* RNotZ 2010, 38 (42); *Hermanns* RNotZ 2011, 224 (227); *Böttcher* ZNotP 2010, 6; *Braun* DNotZ 2009, 585 (591 f.); **abl.** OLG Düsseldorf IPPrax 2011, 395 mAnm *Schulze* IPPrax 2011, 365; Palandt/*Thorn* EGBGB Art. 11 Rn. 10.

[130] Vgl. MoMiG Begr. RegE S. 37.

[131] OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 15 Rn. 22a ; *Begemann/Galla* GmbHR 2009, 1065 (1069); *Mankowski* NZG 2010, 201 (204); **aA** *Gerber* GmbHR 2001, 97 (98); Heckschen/Heidinger/*Heidinger* § 13 Rn. 24; *Heckschen* MoMiG Rn. 531 ff.; → § 15 Rn. 58.

[132] *Hermanns* RNotZ 2011, 224 (226).

[133] Ebenso *Mankowski* NZG 2010, 201 (203 f.).

Auslandsabtretungen abzuleiten.[134] Zwar trifft den ausländischen Notar nicht wie den deutschen Notar die öffentlichrechtliche Pflicht gem. § 40 Abs. 2 zur Einreichung der von ihm beurkundeten Verträge, dies hindert ihn aber grundsätzlich nicht an der Listeneinreichung, denn auch Einreichungskompetenz ist lediglich Annex der Beurkundungskompetenz.[135] Technische Voraussetzung ist lediglich, dass ihm die elektronische Übermittlung in das EGVP möglich ist.[136] IÜ könnte der deutsche Notar als Bote tätig werden.[137] Wollte man dem entgegen aus der Höchstpersönlichkeitsregelung folgern, dass der deutsche Notar nicht in anderer Funktion tätig werden kann, sind in einem solchen Falle die Geschäftsführer subsidiär zuständig,[138] Gesellschaftsverträge und Anteilsübertragungen können mithin im Ausland beurkundet werden, *sofern* die Urkundsperson gegenüber den deutschen Notaren vergleichbare Kenntnisse verfügt und die Verfahrensgrundsätze des Beurkundungsrechts einhält.[139] Unter Berücksichtigung der kantonalen Unterschiede[140] kann zB ein Notar in Basel-Stadt,[141] in Zürich einen Gesellschaftsvertrag beurkunden,[142] und wohl auch in Zug,[143] Bern[144] und Luzern[145]. Diese Gleichwertigkeitsvoraussetzungen erfüllen im Regelfall auch die in Österreich[146] sowie die in den europäischen Ländern des romanischen Rechtskreises („lateinisches Notariat") tätigen Notare.[147]

45 Der mit der Auslandsbeurkundung verfolgte Zweck, deutsche Notariatsgebühren zu sparen, ist nicht anstößig,[148] In der Schweiz können die Gebühren weitgehend frei vereinbart werden.[149]

46 **c) Unterzeichnung.** Sämtliche Gesellschafter müssen unterzeichnen; dh insbesondere die Sukzessivgründung ist verboten (→ Rn. 34). Eine **Ausnahme** gibt es nur nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG:

---

[134] OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370; ebenso Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 15 Rn. 22; Roth/Altmeppen/*Altmeppen* § 15 Rn. 92; *Begemann/Galla* GmbHR 2009, 1065 (1069 f.); *Hasselmann* ZIP 2010, 2486 (2487); *Krauss* GWR 2010, 51; *Sieja* NWB 2011, 1167 (1169); *Saenger/Scheuch* BB 2008, 65 (67); **abw.** MAH GmbHR/*Römermann/Strehle* § 3 Rn. 144.

[135] OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370 = NZG 2011, 388; *Sieja* NWB 2011, 1167 (1169); BGH NJW 2014, 2026 Rn. 13 = GmbHR 2014, 248 = NZG 2014, 219; *Ries* GWR 2011, 54 (55) unter Hinweis auf die Praxis einiger Registergerichte; *Götze/Bressler* NZG 2007, 894 (896); auch *Vossius* DB 2007, 2299 (2304); *Tebben* DB 2014, 585; **aA** OLG München DStR 2013, 822 = GmbHR 2013, 309 (Vorinst. zu BGH vorst.) – zust. *Hasselmann* NZG 2013, 325; *Eickelberg/Ries* NZG 2015, 1103 (1105) (andererseits aber zust. zur Auslandsbeurkundung) (vgl. insoweit *Albers* GmbHR-Report 2014, R 289); *Berger/Kleissl* DB 2008, 2235; *Hermanns* RNotZ 2011, 224 (227 f.).

[136] Hierzu bedarf der ausländische Notar einer Signaturkarte mit der Kennzeichnung „Notar", § 39a BeurkG, vgl. iE Oetker/*Preuß* HGB § 12 Rn. 29, 32, 66; *Begemann/Galla* GmbHR 2009, 1065; *Krauss* GWR 2010, 51; *Meichelbeck/W. Krauß* DStR 2014, 752 (754 f.); *Götze/Mörtel* NZG 2014, 369 ff. (zur Gesellschafterliste); zust. auch MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 56b.

[137] OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370; insoweit auch MüKoGmbHG/*Mayer* Rn. 56b; **aA** wohl *Krauss* GWR 2010, 51; *Olk* NZG 2011, 381 (383); *Herrler* GmbHR 2013, 617: alleinige Einreichungszuständigkeit des ausl. Notars; **abl.** Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 90, aber als Bote der Geschäftsführer.

[138] Roth/Altmeppen/*Altmeppen* § 15 Rn. 93 f.; UHL/*Paefgen* § 40 Rn. 109 mwN; *Mankowski* NZG 2010, 201 (203); *Sieja* NWB 2011, 1167 (1169); Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 91; **aA** *Bayer* GmbHR 2011, 981 f.; *Pilger* NJW 2010, 684.

[139] OLG Düsseldorf DB 2011, 808 = DStR 2011, 1140 m. zust. Anm. *Weng* = NZG 2011, 388 m. zust. Anm. *Olk* NZG 2011, 381 = GWR 2011, 133 m. zust. Anm. *Laier* = GmbHR 2011, 417 m. zust. Anm. *Ulrich/Marniok;* OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2011, 208; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 15 Rn. 22; Henssler/Strohn/*Verse* § 15 Rn. 46a; *Nordhues* DB 2011, M 12; *Sieja* NWB 2011, 1167 (1169); *Krauss* GWR 2010, 51; diff. *Albers* GmbHR 2011, 1078; **abw.** *Pilger* NJW 2010, 684: aus Sicherheitsgründen getrennte Beurkundung des Verpflichtungsvertrages in der Schweiz und der Abtretung in Deutschland; weiter diff. *Mankowski* NZG 2010, 201 (206); *Götze/Mörtel* NZG 2011, 727 (731 f.): auch privatschriftlicher Verpflichtungsvertrag bei Anknüpfung an schweiz. Ortsform möglich, Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO; **abl.** *Hermanns* RNotZ 2011, 224 (227).

[140] Vgl. Überblick über Beurkundungsverfahren in den Schweizer Kantonen *J. Müller* NJW 2014, 1994; *Meichelbeck/W. Krauß* DStR 2014, 752 (754).

[141] OLG München GmbHR 1998, 46; OLG Frankfurt a. M. GmbHR 2005, 764; LG Nürnberg-Fürth GmbHR 1999, 582.

[142] BGHZ 80, 76 (78) = NJW 1981, 1160 = DB 1981, 983; vgl. auch BGH NJW-RR 2000, 274 = DStR 2000, 601; Palandt/*Thorn* EGBGB Art. 11 Rn. 9 f.; offenlassend *Saenger/Schenck* BB 2008, 65 (67); **aA** LG Frankfurt a. M. NJW 2010, 683 = GmbHR 2010, 96 m. zust. Anm. *Gerber:* ein Basler Notar könne mangels Amtsbefugnissen nicht den Pflichten nach § 40 Abs. 2 nF nachkommen; vgl. auch *Schulte* GmbHR 2010, 1128 (1130); gegen die Qualifizierung als hoheitliche Tätigkeit überzeugend Palandt/*Thorn* EGBGB Art. 11 Rn. 10; MüKoBGB/*Spellenberg* EGBGB Art. 11 Rn. 105 ff.

[143] LG Stuttgart IPRRspr. 1976 Nr. 5a.

[144] OLG Hamburg IPRspr. 1979 Nr. 9; **aA** AmtsG Charlottenburg vom 22.1.2016, GmbHR 2016, 223.

[145] LG Koblenz IPRspr. 1970 Nr. 144.

[146] BayObLG DB 1977, 2320; ebenso LG Kiel BB 1998, 120 = GmbHR 1997, 953 (Ls.). Umgekehrt kann ein deutscher Notar die Abtretung von Geschäftsanteilen einer österreichischen GmbH sowie Satzungsänderungen wirksam beurkunden, öOGH IPRax 1990, 252; *Schütze* DB 1992, 1970 f.; öOGH RdW 1991, 177; DB 1992, 2540.

[147] Dh in den Niederlanden (OLG Düsseldorf NJW 1989, 2200 = GmbHR 1990, 169 = WM 1989, 643) sowie in Belgien, Frankreich, Italien und Spanien; *Bruns* GmbHR 2006, 587 (591); *Gehrlein/Witt/Volmer* GmbH-Recht 1. Kap. Rn. 30; *Meichelbeck/W. Krauß* DStR 2014, 752 (754); abl. Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 19.

[148] OLG Frankfurt a. M. DB 1981, 1456.

[149] *Meikelbach/W. Krauß* DStR 2014, 752 (754).