

## Mitteilungen zum Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr

4/2010

**Herausgeber:** Deutsch-Schweizerische Juristenvereinigung e.V. (DSJV), Postfach 1873, D-53008 Bonn, Tel: +49 (0)700 DSJV 1000, Fax: +49 (0)700 DSJV 2000, E-Mail: info@dsjv.de bzw. info@dsjv.ch, Internet: www.dsjv.de bzw. www.dsjv.ch.

**Vorstand:** RA/StB Dr. Marc P. Scheunemann LL.M. (Düsseldorf), Notar Dr. Kai Bischoff LL.M. (Köln), RA/StB Marc H. Kotyrba (Hamburg), RA Dr. Leonz Meyer LL.M. (Zürich), RA Dr. Alexander Ressos (Düsseldorf/Zürich), Avocat Dr. Bernd Ehle, LL.M. (Genève), RA Michael Schmidt (Bern).

**Redaktion:** RA Dr. Dirk Jestaedt, Düsseldorf / RA Dr. Berthold Schanze, LL.M., München (Zivil- und Wirtschaftsrecht), RA/StB Dr. Marc P. Scheunemann LL.M., Düsseldorf (Steuer- und Zollrecht), RAin Martina Ziffels, Hamburg (Arbeits- und Sozialrecht).

## Schweizer Geschäftsführer einer deutschen GmbH

### Eintragung leicht gemacht, und dann?

*Dr. Berthold Schanze, LL.M., Rechtsanwalt  
Peters, Schönberger & Partner GbR, München*

#### 1. Einleitung

Auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts hat es die deutsche Rechtsprechung in der letzten Zeit sowohl Schweizer Gesellschaften als auch Schweizer Notaren nicht gerade leicht gemacht. Ende 2008 hatte der Bundesgerichtshof (BGH) recht apodiktisch Aktiengesellschaften aus der Schweiz, die ihren Sitz nach Deutschland verlegt hatten, die Rechtspersönlichkeit abgesprochen (*s.u.* 2). Zudem hat sich das Landgericht Frankfurt am Main ablehnend zur Praxis deutscher Anwälte geäußert, GmbH-Anteilsübertragungen in Basel bzw. Zürich beurkunden zu lassen (*s.u.* 3).

Zuletzt haben sich die Oberlandesgerichte München, Karlsruhe und Düsseldorf mit Fragen der Stellung und Haftung ausländischer GmbH-Geschäftsführer beschäftigt. Im Düsseldorfer Fall ging es um einen Schweizer Staatsbürger. Die Ausführungen erscheinen aber sämtlich von Interesse (*s.u.* 4 und 5).

#### 2. Keine Anerkennung schweizerischer AG's bei Sitzverlegung nach Deutschland

Im Oktober 2008 entschied der BGH im "Trabrennbahn"-Fall, dass eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, in der Bundesrepublik nicht als rechtsfähige juristische Person anzuerkennen sei<sup>1</sup>. Bei einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland könne eine schweizerische AG keine Niederlassungsfreiheit für sich beanspruchen. Insoweit fehle es ihr mangels Eintragung im (deutschen) Handelsregister an der Rechtsfähigkeit. Im Rechtsverkehr könne sie nur als Personengesellschaft (etwa als Offene Handelsgesellschaft) auftreten. Dies hatte die Vorinstanz noch anders gesehen. Sie hatte auf die "Centros" und "Inspire Art"-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verwiesen und für eine Gleichbehandlung von Kapitalgesellschaften aus

<sup>1</sup> Bundesgerichtshof, 27.10.2008 – II ZR 158/06, abgedruckt *u.a.* in DSStR 2009 S. 59ff.

der Schweiz mit Gesellschaften aus EU-Mitgliedsstaaten plädiert.

Es besteht jedoch Hoffnung, dass der deutsche Gesetzgeber diese Praxis in absehbarer Zeit ändert und allgemein eine im Ausland (sei es EU oder außerhalb) wirksam errichtete juristische Person als rechtsfähig in Deutschland auch dann ansieht, wenn sie ihren tatsächlichen Sitz in die Bundesrepublik verlegt. Das entsprechende Gesetz zur Änderung des deutschen Internationalen Privatrechts befindet sich aber noch im Entwurfsstadium.

### 3. Beurkundung von GmbH-Anteilsabtretungen in der Schweiz

Beurkundungen von Abtretungen von GmbH-Anteilen durch Notare in Zürich oder Basel waren gängige Praxis. Nunmehr hat das Landgericht Frankfurt am Main<sup>2</sup> in einer viel diskutierten Entscheidung im Rahmen eines „obiter dictum“ erklärt, dass nach der Reform des deutschen GmbH-Rechts im November 2008 die nach deutschem Recht zwingende Beurkundung der Abtretung von GmbH-Anteilen nicht mehr wirksam von Schweizer Notaren vorgenommen werden könne. Diesen fehle es an einer „gleichwertigen“ Amtsbefugnis, denn sie könnten der nunmehr vorgesehenen Pflicht des beurkundenden Notars zur Führung der Gesellschafterliste der GmbH nicht nachkommen. Ob dies aber bedeutet, dass auch Beurkundungen vor Schweizer Notaren unwirksam sind, ist sehr umstritten. Jedenfalls führt es dazu, dass die deutsche Praxis nunmehr aus Vorsichtsgründen von Beurkundungen in Zürich oder Basel weitgehend Abstand nimmt.

### 4. Nicht-EU-Ausländer als Geschäftsführer einer deutschen GmbH

Der Tendenz nach weniger restriktiv als die beiden vorgenannten Entscheidungen ist nunmehr das OLG München<sup>3</sup>. Es hat sich zu der Frage geäußert, welche Anforderungen an einen Nicht-EU-Ausländer zu stellen sind, der Geschäftsführer einer deutschen GmbH werden soll.

Allgemein stellt das deutsche GmbHG als Eignungsvoraussetzung für Geschäftsführer weder

auf ihre Staatsangehörigkeit, noch ihren Wohnsitz noch auf ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort ab.

Geschäftsführer darf jede natürliche Person werden, die (a) unbeschränkt geschäftsfähig ist, (b) keinem Berufsverbot unterliegt und (c) in den letzten fünf Jahren nicht rechtskräftig wegen einer Insolvenzstraftat oder anderer abschließend im Gesetz genannter Wirtschaftsdelikte verurteilt wurde. Weitere Qualifikationen verlangt das Gesetz nicht. Darüber hinaus muss der Geschäftsführer jederzeit in der Lage sein, seine gesetzlichen Mindestpflichten zu erfüllen; insbesondere die Pflichten zur ordnungsgemäßen Buchführung und zur unverzüglichen Stellung eines Insolvenzantrags bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes.

#### a. *Bloße ausländerrechtliche Duldung ausreichend für Geschäftsführeramt?*

Lebhaft umstritten war jedoch innerhalb der Rechtsprechung, ob ein Nicht-EU-Ausländer diese Pflichten erfüllen kann, wenn er nicht dauerhaft in Deutschland wohnt und aus einem Staat einreisen muss, für den in Deutschland generelle Visumpflicht besteht.

Im konkreten Fall vor dem OLG München ging es um einen Jordanier, der als Geschäftsführer einer deutschen GmbH ins Handelsregister eingetragen werden sollte. Er verfügte über eine ausländerrechtliche Duldung. Gleichzeitig drohte ihm jedoch die Ausweisung.

#### b. *Meinung des Registergerichts*

Das Registergericht, dessen Verfügung das OLG zu beurteilen hatte, verlangte für die Eintragung den Nachweis der ausländerbehördlichen Gestattung der Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH. Eine bloße Aufenthaltsduldung sei nicht ausreichend. Sie berechtige nicht zu einer solchen Tätigkeit. Diese Argumentation des Registergerichts stützt sich auf eine vielfach in Rechtsprechung und Literatur vertretene Ansicht. Argumentiert wird wie folgt: Die Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers erfolge im Inland. Es bedürfe daher der Möglichkeit eines legalen Aufenthalts im deutschen Staatsgebiet. Die Tätigkeit des Geschäftsführers erfordere, dass er höchstpersönlich Einsicht in Bücher und Unterlagen der GmbH in Deutschland nehmen kann sowie Kontakt zu ihren Mitarbeitern, Geschäftspartnern und Gläubigern hat. Wenn dem Geschäftsführer dies

<sup>2</sup> LG Frankfurt am Main, 7.10.2009 – 3-13 O 46/09, abgedruckt u.a. in GmbHR 2010 S. 96f.

<sup>3</sup> OLG München, 17.12.2009 – 31 Wx 142/09, abgedruckt u.a. in: NZG 2010 S. 157f.

ausländerrechtlich nicht möglich sei, sei dies mit einem Berufsverbot vergleichbar. Dementsprechend müsse der Fall, dass ein Geschäftsführer nicht legal nach Deutschland einreisen könne, dem Fall gleichgestellt werden, dass er einem gewerberechtlichen Berufsverbot unterliege. Im Ergebnis verlangten daher einige deutsche Registergerichte für die Eintragung eines Nicht-EU-Ausländers dessen jederzeitige Einreisemöglichkeit nach Deutschland. Allerdings war nach dieser strengen Auffassung eine solche Einreisemöglichkeit gewährleistet, wenn der Geschäftsführer für Aufenthalte bis zu drei Monaten keiner Visumpflicht unterlag.

*c. Ansicht des OLG München*

Dieser restriktiven Auffassung ist das OLG München entgegengetreten. Begründet wurde dies nicht zuletzt mit den Änderungen durch die GmbH-Reform vom Herbst 2008.

Nach neuem GmbH-Recht muss der tatsächliche Sitz der GmbH nicht mehr in Deutschland liegen, sie kann auch aus dem Ausland geleitet werden. Dank moderner Kommunikationsmittel war dies faktisch schon bisher möglich. Nunmehr ist auch rechtlich klargestellt, dass eine Verlegung des Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland möglich ist und insbesondere nicht deren Auflösung zur Folge hat. Wenn die GmbH nun nicht mehr zwingend im Inland gesteuert werden muss, könne auch nicht mehr verlangt werden, dass deren Geschäftsführer jederzeit nach Deutschland einreisen kann. Des Weiteren lasse das neue GmbH-Recht die Belehrung des Geschäftsführers über seine Verpflichtung zur unbeschränkten Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht nun auch im Ausland (etwa durch einen ausländischen Notar) zu. Diese Erwägungen haben nach Ansicht des OLG München zur Folge, dass die jederzeitige Einreisemöglichkeit für die Eintragung des Geschäftsführers ins Handelsregister entbehrlich sei.

*d. Konsequenzen aus dem Urteil des OLG München*

Einer GmbH steht es frei, jederzeit Nicht-EU-Ausländer an die Spitze ihres Unternehmens zu berufen – zumindest im Geltungsbereich des OLG München. Dies gilt unabhängig davon, ob der/die Auserwählte eine Einreisegenehmigung hat.

Das Urteil hat zur Folge, dass die deutschen Registergerichte bei ihrer Prüfung der Eintra-

gungsvoraussetzungen nicht als “Ausländerbehörde“ fungieren dürfen, denn nach dem OLG München ist die Gleichstellung eines ausländerrechtlichen Tätigkeitsverbots mit einem Berufsverbot unzulässig<sup>4</sup>.

Für Schweizer Staatsangehörige, die in Deutschland zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden sollen, ändert sich durch diese Rechtsprechung jedoch ohnehin wenig:

Auf Grund des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union vom 1. Juni 2002 stehen sie EU-Ausländern gleich. Sie können also ohne besondere Erlaubnis in Deutschland tätig werden und brauchen dort keinen Wohnsitz zu begründen. Demgemäß können sie ohne Weiteres zu Geschäftsführern einer deutschen GmbH bestellt werden, auch wenn sie nicht nach Deutschland übersiedeln.

Der Bestellung eines Schweizer Staatsbürgers kann also weiterhin nur dann die Eintragung verwehrt werden, wenn sie nichtig ist; etwa, wenn der Betreffende aus einem anderen Grund aus Deutschland schon einmal ausgewiesen wurde. In diesem – wohl seltenen – Fall wäre seine Bestellung zum Geschäftsführer eine Umgehung ausländerrechtlicher Normen und damit sittenwidrig.

## **5. Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen ausländische Geschäftsführer**

Bestehen also nach dem Gesagten keine größeren Hindernisse (mehr) für die Bestellung eines Nicht-EU-Ausländers zum GmbH-Geschäftsführer, beschäftigen sich zwei weitere Urteile, diesmal des OLG Karlsruhe und des OLG Düsseldorf, mit der Durchsetzbarkeit von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer. Die dort jeweils diskutierte Frage, welches Gericht im Einzelfall örtlich zuständig ist, ist bei weitem unklarer als die Frage nach der Eintragung des Geschäftsführers.

Nach deutschem Recht (§ 64 GmbHG) sind Geschäftsführer ihrer GmbH gegenüber zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die die GmbH nach Eintritt der Insolvenzreife noch geleistet hat.

<sup>4</sup> § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GmbHG verlangt eine behördliche Entscheidung, die auf ein (spezifisches) Berufs- oder Gewerbeverbot bezüglich des Unternehmensgegenstands der GmbH gerichtet ist. Ein ausländerrechtliches Tätigkeitsverbot wird aber generell ausgesprochen und nicht spezifisch tätigkeitsbezogen. Insoweit scheidet eine Analogie aus.

Regelmäßig macht der Insolvenzverwalter über das Vermögen der GmbH solche Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend.

*a. Entscheidung des OLG Karlsruhe*

Das OLG Karlsruhe<sup>5</sup> hatte über die Zulässigkeit einer solchen Klage eines Insolvenzverwalters zu entscheiden. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH war vom Amtsgericht Freiburg eröffnet worden. Der Verwalter wollte nun Ersatzansprüche nach § 64 GmbHG gegen den in Frankreich wohnhaften (ehemaligen) Geschäftsführer vor dem Landgericht Freiburg einklagen. Problematisch ist dabei die Zuständigkeit des Gerichts auf Grund des grenzüberschreitenden Sachverhalts.

Das OLG Karlsruhe bejahte die örtliche Zuständigkeit des LG Freiburg. Es ließ aber die Frage, ob sich diese Zuständigkeit nach EuGVVO oder EuInsVO richtet, im Ergebnis offen. Nach beiden Verordnungen sei das LG Freiburg zuständig. In den Gründen tendiert das OLG Karlsruhe jedoch zu einer deliktsrechtlichen Anknüpfung und damit zu einer Anwendbarkeit der EuGVVO, da der Ersatzanspruch nach § 64 GmbHG nicht zwingend die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Tatbestandsmerkmal voraussetze.

*b. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf*

Das OLG Düsseldorf<sup>6</sup> wiederum entschied über einen Ersatzanspruch nach § 64 GmbHG gegen einen in der Schweiz domizilierten Geschäftsführer einer deutschen GmbH. Dort war das Insolvenzverfahren vom AG Mönchengladbach eröffnet worden. Das OLG Düsseldorf folgt zunächst dem Ansatz des OLG Karlsruhe in der Begründung und schließt eine insolvenzrechtliche Anknüpfung aus. Damit gelangt es zur Anwendbarkeit des Luganer Übereinkommens. Dieses ist das Pendant zur EuGVVO im Verhältnis EU – Schweiz. Allerdings qualifiziert es den Ersatzanspruch nicht deliktsrechtlich, sondern vertragsrechtlich, was aber für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Luganer Übereinkommens nicht von Bedeutung ist. Im Ergebnis gelangt das OLG Düsseldorf für den Ersatzanspruch ebenfalls zur örtlichen Zuständigkeit des Gerichts, an dem die

insolvente GmbH ihren Sitz hat (und wo somit auch das Insolvenzverfahren eröffnet wurde).

*c. Gegenansicht*

Die Ansicht der beiden Oberlandesgerichte ist umstritten. Es spricht einiges dafür, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung dem Ersatzanspruch nach § 64 GmbHG insolvenzrechtlichen Charakter zuweisen<sup>7</sup>.

Hätte der Geschäftsführer seinen Wohnsitz im EU-Ausland, ergäbe sich die örtliche Zuständigkeit aus Art. 3 Abs. 1 EuInsVO. Damit wäre ebenfalls das Gericht am Sitz der GmbH, also ein deutsches Gericht zuständig. Hier ändert sich am praktischen Ergebnis nichts.

Hätte der Geschäftsführer seinen Wohnsitz aber in der Schweiz, würde sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln des internationalen Zivilprozessrechts richten. Es ließe sich dann argumentieren, dass ein in der Schweiz domizilierter Geschäftsführer einer deutschen GmbH von deren Insolvenzverwalter auch in der Schweiz verklagt werden müsste.

*d. Fazit*

Angesichts der vermehrten Zahl an Insolvenzen, die durch die Wirtschaftskrise bedingt sind, erscheint es denkbar, dass die von den beiden Oberlandesgerichten geäußerte Rechtsansicht noch nicht die letzte gerichtliche Entscheidung zu diesem (praktisch durchaus bedeutsamen) Thema war.

\* \* \* \*

<sup>5</sup> OLG Karlsruhe, 22.12.2009 – 13 U 102/09, abgedruckt *n.a.* in: EuZW 2010 S. 359f.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, 18.12.2009 – I 17 U 152/08, abgedruckt *n.a.* in: BeckRS 2010, 12145ff.

<sup>7</sup> Siehe Ulrich Haas, in NZG 2010 S. 495, 496.