

Mitteilungen zum Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr

5/2012

Herausgeber: Deutsch-Schweizerische Juristenvereinigung e.V. (DSJV), Postfach 1873, D-53008 Bonn, 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), RA/StB Marc H. Kotyrba (Hamburg), RA Thierry Spaniol, LL.M. (Zürich), RA Dr. Leonz Meyer LL.M. (Zürich), Notar Dr. Kai Bischoff LL.M. (Köln), RA/Avocat Dr. Bernd Ehle, LL.M. (Genève), RA Dr. Dirk Jestaedt (Düsseldorf), Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Universität Düsseldorf), RA Andreas Kolb (Bern), RAin Dr. Simone Nadelhofer, MAS ECI (Zürich), RA Dr. Berthold Schanze, LL.M. (München), RA Michael Schmidt (Bern), Prof. Dr. Götz Schulze (Universität Lausanne), RAin Martina Ziffels (Hamburg).

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).

Beurkundungen deutscher Rechtsakte in der Schweiz – historischer Abriss und neueste Entwicklungen

Dr. Johannes Landbrecht LL.B., Rechtsanwalt & Ann-Kristin Becker, Stagiaire, LALIVE, Genf

1. Einleitung und praktische Fragestellung

Jahrelang war der Beurkundungstourismus in die Schweiz aus der deutschen M&A-Praxis nicht wegzudenken. Transaktionsanwälte planten regelmäßig Schweizbesuche für die Übertragung von GmbH-Anteilen, insbesondere zur Kostenersparnis. Möglicherweise auch aus Gründen der Freizeitplanung fanden die dabei anfallenden Dienstreisen nicht selten an einem Freitag statt und führten bei den dafür eingeteilten deutschen Referendaren und Junganwälten zu Freude oder Frust, je nach Jahreszeit und Präferenzen hinsichtlich der Freizeitgestaltung am betreffenden Wochenende. Doch im Jahr 2009 sorgte eine *obiter*-Bemerkung des LG Frankfurt für Unruhe und drohte den Reisespaß zu verderben.

2. Die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen

§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG schreiben für eine Übertragung deutscher GmbH-Anteile die

notarielle Form vor. Der BGH erkannte dabei jahrelang die Übertragung von GmbH-Anteilen mithilfe einer Schweizer Beurkundung unumstritten als wirksam an. Die Beurkundung durch den Schweizer Notar war derjenigen eines deutschen Notars gleichwertig, die deutsche Geschäftsform des § 15 GmbHG entsprechend durch Auslandsbeurkundung unmittelbar eingehalten. Die gesellschaftsrechtliche Praxis hatte keinerlei Zweifel an der Wirksamkeit der Schweizer Beurkundungen.

Es folgten im Jahr 2008 zwei für sich genommen unproblematische Gesetzesänderungen im Schweizer und im deutschen Gesellschaftsrecht, die das LG Frankfurt in einer Entscheidung vom 7. Oktober 2009 (Az. 3-13 O 46/09) allerdings zum Anlass nahm, die Praxis durch eine *obiter*-Bemerkung erheblich zu verunsichern.

Zunächst zu den beiden Gesetzesänderungen: In der Schweiz ist seit der Reform des Art. 785 Abs. 1 OR eine privatschriftliche Übertragung von GmbH-Anteilen möglich. Das Schweizer Notars- und Beurkundungsrecht blieb in diesem Zusammenhang allerdings unverändert. In Deutschland legte das Gesetz zur Modernisierung

des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) dem deutschen Notar erweiterte Pflichten bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf, wie z. B. das Einreichen der aktualisierten Gesellschafterliste, wenn der Notar an der Übertragung mitgewirkt hat. Das MoMiG nahm jedoch keinerlei Stellung zu Auslandsbeurkundungen. An der Bewertung des BGH, dass die Schweizer Beurkundung derjenigen eines deutschen Notars gleichwertig ist, sollte sich folglich nichts geändert haben.

Das LG Frankfurt sah dies jedoch offenbar anders. Unter anderem weil der Schweizer Notar den neuen Pflichten aus dem MoMiG – hier die Einreichung der Gesellschafterliste – mangels Amtsstellung in Deutschland angeblich nicht nachkommen könne, sei keine Basis mehr für die Wirksamkeit der schweizerischen Beurkundung in Deutschland gegeben. Zwar stand und steht das LG Frankfurt mit dieser Meinung in der Rechtsprechung alleine da, auch wenn sich in der Literatur manch zustimmende Stimme findet. Doch war die damit hervorgerufene Unsicherheit dem Beurkundungstourismus ziemlich abträglich.

Die Airlines mit den Destinationen Basel und Zürich und die Schweizer Hoteliers mussten sich allerdings nicht lange Sorgen machen. Anfang 2011 rückte das OLG Düsseldorf (Entscheidung vom 2. März 2011, Az. I-3 Wx 236/10) die Verhältnisse wieder zurecht und erklärte die Beurkundung eines Schweizer Notars weiterhin – entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BGH – für in Deutschland wirksam und der deutschen Beurkundung gleichwertig. Im Hinblick auf die Gleichwertigkeit von schweizerischer und deutscher Beurkundung hatte sich nie etwas geändert. Der Schweizer Notar darf auch unmittelbar selbst die geänderte Gesellschafterliste beim deutschen Handelsregister einreichen.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist bisher unwidersprochen und damit, zusammen mit der ständigen Rechtsprechung des BGH, der aktuelle Stand der Dinge.

3. Die vernachlässigte Alternative: Übertragung nach der ausländischen Ortsform

Bei all den Diskussionen um die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen in Deutschland scheint die Alternative meist in den Hintergrund zu rücken: Die Übertragung nach der ausländischen Ortsform.

Weitgehend unbeachtet blieb in der öffentlichen Diskussion zur Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen, dass seit der bereits erwähnten Änderung des Art. 785 Abs. 1 OR in der Schweiz

die Möglichkeit besteht, GmbH-Anteile privatschriftlich ohne Beteiligung eines Notars zu übertragen. Diese Regelung könnte auch für die deutsche Transaktionspraxis erhebliche Relevanz haben.

Nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB genügt für die Formwirksamkeit der GmbH-Anteilsübertragung in Deutschland die Einhaltung der ausländischen Ortsform. Das sieht jedenfalls die offenbar h. L. in Deutschland so und auch der BGH hat sich hierzu mehrfach positiv geäußert, auch wenn er bisher noch keine Gelegenheit hatte, diese Fallkonstellation ausdrücklich zu entscheiden. Der Formbegriff umfasst in diesem Zusammenhang allein die Art und Weise der Abgabe einer Willenserklärung, also hier die Abgabe der Willenserklärung bezüglich Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft im Hinblick auf die Übertragung der GmbH-Anteile. Auf weitere Anforderungen für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts insgesamt, etwa Eintragungserfordernisse in ein Handelsregister oder die Zustimmung einer Gesellschafterversammlung wie von Art. 786 OR in der Schweiz vorgesehen, kommt es für die Einhaltung der Ortsform deshalb nicht an.

Durch die Ähnlichkeit der schweizerischen mit der deutschen GmbH spricht nichts gegen die Anwendbarkeit der Schweizer Formvorschriften als Ortsform im Sinne des EGBGB auf die deutsche GmbH. Deutsche GmbH-Anteile können entsprechend privatschriftlich in der Schweiz übertragen werden.

4. Fazit: Der Berg ruft!

Nachdem auch der Fluglärmstreit am Flughafen Zürich jetzt (endlich) beigelegt zu sein scheint – der diesbezügliche Staatsvertrag wurde von der Schweizer Bundesrätin Doris Leuthard und dem deutschen Verkehrsminister Peter Ramsauer am 4. September 2012 in Bern unterzeichnet –, steht einer Reise in die Schweiz wiederum nichts entgegen. Der Beurkundungstourismus kann erneut an Fahrt aufnehmen.

Die Einführung des MoMiG in Deutschland diente nicht dem Zweck, das deutsche GmbH-Recht zum Ausland hin abzuschotten und ein zusätzliches Handelshemmnis zu errichten. Im Gegenteil. Die Reform sollte laut Gesetzesbegründung dazu beitragen, die deutsche GmbH wettbewerbsfähiger und international attraktiver zu machen. Flexible Übertragungsmöglichkeiten dürften im internationalen Wettbewerb von großem Vorteil sein. Entsprechend ist zu begrüßen, dass GmbH-Anteile unter Anwendung der beiden

in Art. 11 Abs. 1 EGBGB vorgesehenen Alternativen (Geschäfts- und Ortsform) übertragen werden können, und dass die deutsche Rechtsprechung insbesondere die Beurkundung durch Schweizer Notare einer deutschen Beurkundung gleichstellt. Entweder verlässt man sich also auf einen Schweizer Notar oder – neuerdings – auf seine private Handschrift. In die Schweiz reisen muss man allerdings in beiden Fällen.

Profitieren werden von dieser Regelung weiterhin beide Länder. Die Schweiz durch ein paar Hotelübernachtungen mehr, Deutschland aber vor allem durch den Wettbewerbsvorteil eines international attraktiven und weltoffenen GmbH-Rechts.

* * *