

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME

von

PROF. DR. MARKUS MÜLLER-CHEN

über

Übertragung und Verpfändung deutscher GmbH-Geschäftsanteile in der
Schweiz nach Inkrafttreten der schweizerischen GmbH-Revision

* * *

vom 20. Juli 2007

Inhaltübersicht

I.	<u>VORBEMERKUNGEN</u>	1
II.	<u>ANWENDBARES RECHT</u>	3
	A. <i>Allgemeines</i>	3
	B. <i>Verpflichtungsgeschäft</i>	3
	C. <i>Verfügungsgeschäft (Abtretungsvertrag)</i>	4
III.	<u>FORM DES ABTRETUNGSVERTRAGS</u>	5
	A. <i>Anknüpfung der Form an die lex causae</i>	5
	B. <i>Anknüpfung der Form an das Ortsrecht</i>	9
	1. <i>Grundlagen der Ortsrechtsanknüpfung</i>	9
	2. <i>Abgrenzung zwischen Gültigkeitsvoraussetzungen und Formvorschriften</i>	11
	3. <i>Ortsform am Vornahmeort</i>	12
IV.	<u>FORM DES VERPFLICHTUNGSGESCHÄFTS</u>	14
V.	<u>SCHLUSSFOLGERUNGEN</u>	14

I. Vorbemerkungen

1. Zu untersuchen ist die Frage, *"ob und in welcher Weise aus deutscher Sicht die frühestens am 1. Januar 2008 in Kraft tretende Änderung des schweizerischen GmbH-Rechts (Ersatz der Beurkundungsform durch die einfache Schriftlichkeit) Auswirkungen auf die Wirksamkeit basel-städtischer Beurkundungen von Abtretungen und Verpfändungen von Geschäftsanteilen an deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ("GmbH") hat"*.
2. Im Folgenden wird lediglich die Abtretung von Geschäftsanteilen behandelt, da die gestellte Frage bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen an deutschen GmbHs analog zu beantworten ist.
3. Die Problematik der ausserhalb von Deutschland vorgenommenen Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, welche die Verfassung der deutschen GmbH betreffen (z.B. Satzungsänderungen), ist nicht Gegenstand dieser Stellungnahme.¹

¹ Für einen Überblick vgl. Palandt/*Heldrich*, EGBGB 11, Rz. 1.

4. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB setzt für die Anwendung der deutschen Kollisionsnormen voraus, dass ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vorliegt. Das EGBGB lässt die Art der dafür notwendigen Auslandsbeziehung offen, es werden aber keine strengen Anforderungen daran gestellt.² Bei der vorliegend interessierenden Form eines Rechtsgeschäfts besteht der Auslandsbezug u.a. im (nicht-deutschen, d.h. ausländischen) Ort der Vornahme des Geschäfts (Art. 11 Abs. 1 EGBGB). Der ausländische Vornahmeort genügt als Anknüpfungspunkt auch dann, wenn er gerade wegen der Formerleichterung oder aus Kostengründen gewählt wird, selbst wenn sonst keine Bezüge zum Ausland vorliegen.³ Nichtanerkennung der Form wegen Gesetzesumgehung kommt somit nicht in Betracht.⁴
5. Gemäss Art. 785 Abs. 1 revOR⁵ genügt für die Abtretung von Stammanteilen⁶ an einer schweizerischen GmbH neu für Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft die schriftliche Form i.S.v. Art. 13 ff. OR;⁷ der Vertrag muss damit nicht mehr notariell beurkundet werden (Art. 791 Abs. 4 OR). Dabei sind im Abtretungsvertrag Hinweise auf folgende (allfällige) statutarische Bestimmungen zu machen: Nachschusspflichten, Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote für die Gesellschafter, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie Konventionalstrafen (Art. 785 Abs. 2 iVm 777a Abs. 2 revOR).
6. Darüber hinaus bedarf die Abtretung von Stammanteilen als materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung (Art. 786 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 787 revOR, wobei dieses Zustimmungserfordernis statutarisch abdingbar ist). Ausserdem sind die Gesellschafter mit Name, Wohnsitz und Heimatort sowie mit der Anzahl und dem Nennwert ihrer Stammanteile ins Handelsregister einzutragen (Art. 791 Abs. 1 revOR). Dadurch wird die Abtretung der Stammanteile im Sinne der Rechtssicherheit im Handelsregister erfasst.

² Palandt/*Heldrich*, EGBGB 3, Rz. 2.

³ Palandt/*Heldrich*, EGBGB 11, Rz. 16.

⁴ OLG Düsseldorf v. 25.1.1989, NJW 1989, 2200, 2201.

⁵ Frühestes Inkrafttreten am 1. Januar 2008.

⁶ Im deutschen Recht als "Geschäftsanteil" bezeichnet.

⁷ Mit der Abtretung eines Stammanteils sind auch gesellschaftsrechtliche Pflichten verbunden. Aus diesem Grund ist entgegen Art. 165 Abs. 1 OR, wonach die Annahmeerklärung des Zessionars nicht formbedürftig ist, der Verfügungsvertrag auch vom Zessionaren zu unterschreiben (Art. 13 Abs. 1 OR). Das Verpflichtungsgeschäft muss von beiden Parteien unterschrieben werden, wenn sich beide verpflichten.

II. Anwendbares Recht

A. Allgemeines

7. Ob eine in der Schweiz vorgenommene Abtretung eines Geschäftsanteils einer deutschen GmbH in Deutschland anerkannt wird, beurteilt sich nach deutschem (Kollisions-)Recht. Die Auslegung der Verweisungsbegriffe (z.B. "Form"; "Rechtsgeschäft") richtet sich nach deutschem Recht, da ein allfälliger Prozess um die Anerkennung der in der Schweiz vorgenommenen Übertragung vor deutschen Gerichten stattfinden würde.
8. Bei der Übertragung eines Geschäftsanteils ist kollisionsrechtlich zwischen dem obligatorischen Grundgeschäft ("Verpflichtungsgeschäft") und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft ("Verfügungsvertrag") zu differenzieren.
9. Gemäss Art. 11 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es die Formerfordernisse des auf das Rechtsgeschäft anwendbaren Rechts erfüllt (*lex causae*, *Geschäfts- oder Wirkungsstatut*) oder - alternativ - wenn es den Anforderungen des Rechts des Staates genügt, in dem es vorgenommen wird (*Ortsrecht*). Dieser sog. *favor validitatis* ist ein international anerkanntes Prinzip (vgl. z.B. Art. 9 des Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980).

B. Verpflichtungsgeschäft

10. Soweit ersichtlich ist in der deutschen Lehre und Praxis unumstritten, dass das der Abtretung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft (z.B. Kaufvertrag) nach dem *Schuldvertragsstatut* anzuknüpfen ist. Wie das schweizerische Kollisionsrecht gestattet Art. 27 Abs. 1 EGBGB die freie Rechtswahl. Die Parteien haben es somit im Grundsatz in der Hand, über das gewählte Recht die anwendbaren Formvorschriften zu wählen, da die Form nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB dem Geschäftsstatut untersteht.⁸

⁸ *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung mit Auslandberührung, DStR 2005, 219, 225; *Reithmann*, Substitution bei Anwendung der Formvorschriften des GmbH-Gesetzes, NJW 2003, 385, 385/388; einschränkend *Beck*, Rechtsprobleme der Auslandsbeurkundung im Gesellschaftsrecht, Der Betrieb 2004, 2409, 2410: Die Rechtswahl ist in Bezug auf zwingende Form- und sonstige Vorschriften unwirksam, wenn ein rein deutscher Sachverhalt künstlich einem anderen Recht unterstellt wird. Dies gilt jedoch

11. Unterstellen die Parteien z.B. den die Verpflichtung zur Abtretung enthaltenden Kaufvertrag schweizerischem Recht, genügt gemäss Art. 785 Abs. 1 revOR die einfache Schriftform und die Aufnahme der Hinweise gemäss Art. 785 Abs. 2 OR. Unterliegt der Kaufvertrag hingegen deutschem Recht, ist dieser öffentlich zu beurkunden (§ 15 Abs. 4 GmbHG).
12. Für den schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag anerkennt das deutsche Recht neben der Form des Geschäftsstatuts alternativ auch die Ortsform (Art. 11 Abs. 1 2. Alt. EGBGB; vgl. nachfolgend Rz. 28 ff.).⁹

C. Verfügungsgeschäft (Abtretungsvertrag)

13. Nach unangefochtener deutscher Meinung ist der (dingliche) Abtretungsvertrag der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie entzogen. Das deutsche Recht betrachtet die Abtretung eines Geschäftsanteils an einer GmbH als gesellschaftsrechtlichen Vorgang, so dass der Abtretungsvertrag sich nach dem Gesellschaftsstatut (und nicht nach dem Schuldstatut) richtet. Im Ergebnis führt die in Deutschland herrschende Sitztheorie zwingend zur Anwendung deutschen Rechts auf deutsche Gesellschaften. Gesellschaftsstatut ist im Ergebnis damit stets deutsches Recht.¹⁰
14. Massgeblich sind insofern die Spezialvorschriften des GmbHG ergänzt um die allgemeinen Bestimmungen zur Abtretung (§ 398 ff. BGB). Wie beim Verpflichtungsgeschäft gilt für die Form des Abtretungsvertrags die alternative Anknüpfung (§ 15 Abs. 3 GmbHG iVm Art. 11 Abs. 1 EGBGB).
15. Nach diesen allgemeinen Erörterungen zum anwendbaren Recht wird nachfolgend spezifisch auf die Form eingegangen.

nicht, wenn bei einer Transaktion neben einem deutschen GmbH-Anteil sehr wertvolle ausländische Wirtschaftsgüter übertragen werden.

⁹ BGH v. 4.11.2004, III ZR 172/03, E. II/2a. a.E.

¹⁰ Reichert/Weller, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 220.

III. Form des Abtretungsvertrags

16. Für die Form des Abtretungsvertrags sind unter der Geltung von Art. 11 Abs. 1 EGBGB zwei Alternativen denkbar: Anknüpfung an die *lex causae* (Rz. 17 ff.) oder, alternativ und gleichrangig, an das Ortsrecht (Rz. 28 ff.).

A. Anknüpfung der Form an die *lex causae*

17. Die Übertragung eines Geschäftsanteils an einer deutschen GmbH unterliegt zwingend dem Gesellschaftsstatut, d.h. deutschem Recht (vgl. vorne Rz. 13). Die Übertragung muss daher notariell beurkundet werden (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Die Beurkundung durch einen basel-städtischen Notar ist nur unter den Voraussetzungen der kollisionsrechtlichen Lehre der *Substitution* möglich.
18. Bei der Substitution geht es darum, dass die zur Entscheidung berufene Sachnorm (in concreto § 15 Abs. 3 GmbHG) feststeht, dass aber ein Tatbestandsmerkmal dieser Sachnorm (öffentliche Beurkundung) im Ausland verwirklicht wird.¹¹ Es geht m.a.W. um die Frage, ob die ausländische, d.h. *in casu* im Kanton Basel-Stadt vorgenommene Beurkundung die an sich vorgesehene deutsche Beurkundung substituieren darf.¹²
19. Dabei ist als erstes vorausgesetzt, dass die Sachnorm (§ 15 Abs. 3 GmbHG) die ausländische Beurkundung nach ihrem Sinn und Zweck nicht gänzlich ausschliesst. Ein solch genereller Ausschluss wird soweit ersichtlich nicht vertreten. Zweitens stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Substitution zugelassen wird. Es gilt der Grundsatz der Funktionsäquivalenz: Entscheidend ist somit nicht die detailgenaue Identität, sondern ob und inwieweit Übereinstimmung in der Funktion des ausländischen Instituts oder Vorgangs mit dem deutschen besteht.¹³ Es wird in diesem Zusammenhang auch von der Gleichwertigkeit des fremden Instituts gesprochen, welche sich an Sinn und Zweck der in Frage stehenden Formvorschrift zu orientieren hat. Soweit ersichtlich besteht aber in der deutschen Literatur keine Einigkeit über den Zweck der Formvorschrift von § 15 Abs. 3 GmbHG. Der historische Gesetzgeber wollte damit den

¹¹ Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl, Tübingen 2006, § 33 I.

¹² Reithmann, *Substitution*, NJW 2003, 385, 386.

¹³ BGH v. 4.10.1989, BGHZ 109, 1, 6 m.w.Nw.

spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen verhindern und den Beweis der Anteilsübertragung sicherstellen.¹⁴ Umstritten ist aber, ob § 15 Abs. 3 GmbHG auch eine spezielle Warn- und Schutzfunktion hat und eine materielle Richtigkeitsgewähr bezweckt.¹⁵

20. Bei der Geschäftsanteilsübertragung liegt Gleichwertigkeit nach verbreiteter deutscher Auffassung vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

(1.) Die ausländische Urkundsperson muss nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausüben.

(2.) Es muss ein Beurkundungsverfahren beachtet werden, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsverfahrens entspricht. Insbesondere ist die Identität der Beteiligten festzustellen, eine Verhandlungsniederschrift zu erstellen, diese vorzulesen und die Beteiligten darüber zu belehren, die ihrerseits die Niederschrift zu genehmigen und zu unterschreiben haben, bevor die Urkundsperson diese unterschreibt und siegelt (§§ 9-14 und 17 BeurkG).

(3.) Schliesslich wird gefordert, dass der ausländische Notar wie ein deutscher Notar für seine Tätigkeit haftet (§ 19 BNotO: die Haftung darf weder ausgeschlossen noch beschränkt werden).

21. Der BGH¹⁶, einige Instanzengerichte und die kollisionsrechtliche Literatur¹⁷ neigen zu einer eher liberalen Auslegung von Art. 11 Abs. 1 EGBGB. An die Gleichwertigkeit werden keine hohen Anforderungen gestellt, die Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG als abdingbar bezeichnet und die alternative Anwendung der Ortsform zugelassen.

¹⁴ Vgl. OLG Frankfurt v. 25.1.2005, 11 U 8/04, Rz. 69 ff.; *König*, Zur notariellen Beurkundung der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZIP 2004, 1838, 1839 ff.

¹⁵ Vgl. dazu BGH v. 24.10.1988, BGHZ 105, 324, 338; BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, 76, 79; *Benecke*, Auslandsbeurkundung im GmbH-Recht: Anknüpfung und Substitution, RIW 2002, 280, 284 f.; ablehnend *Weller*, Nochmals: Zur formunwirksamen GmbH-Anteilsabtretung in der Schweiz, BB 2005, 1807, 1809 m.w.Nw.

¹⁶ BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, 76 ff.; BGH v. 4.11.2004, III ZR 172/03, E. II. 2. b).

¹⁷ Z.B. OLG Frankfurt v. 25.1.2005, 11 U 8/04, Rz. 69 ff. = GmbHR 2005, 764, 766 f.; zustimmend *Klein/Theusinger*, Urteilscommentar, EWIR 2005, 727 f.; OLG München v. 19.11.1997, 7 U 2511/97 = GmbHR 1998, 46; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, § 33 II 2.

22. Vor allem die beurkundungsrechtliche Kommentarliteratur vertritt einen restriktiven Standpunkt.¹⁸ Die Gleichwertigkeit wird mehr oder weniger kategorisch verneint. Die Alternativität der Ortsform unter Art. 11 Abs. 1 EGBGB wird abgelehnt, da die Frage der Rechtsgültigkeit einer Übertragung von Geschäftsanteilen nicht nur die unmittelbar am Geschäft Beteiligten betreffe, sondern sich zumindest mittelbar auch auf die Gesellschaft auswirke, so dass die Gesellschaftsverfassung auch bei der Abtretung berührt werde.¹⁹ Dies habe zur Konsequenz, dass eine zu Statusgeschäften einer GmbH vergleichbare Interessenlage bestehe, welche dazu führe, dass das Gesellschaftsstatut als Wirksamkeitsstatut alleine massgeblich sei. Ausserdem könne ein schweizerischer Notar mangels genauer Kenntnisse des deutschen Rechts die Beteiligten gar nicht über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren; ein Verzicht auf die Belehrung sei unzulässig.²⁰ Ein schweizerischer Notar könne und wolle somit keine materielle Richtigkeitsgewähr für das Zustandekommen, den Inhalt und die Gesetzeskonformität des Geschäfts übernehmen.²¹
23. Die vorgetragenen Bedenken überzeugen nicht. Die Geschäftsanteilsübertragung lässt die rechtliche Struktur der Gesellschaft unverändert, es liegt somit kein statusähnlicher Vorgang vor. Des weiteren brauchen Schweizer Urkundspersonen nicht dieselben Kenntnisse des deutschen Rechts zu haben wie deutsche Beurkundungspersonen, da sonst Urkunden nicht-deutscher Notare niemals deutschen Anforderungen genügen könnten; ausserdem wird umgekehrt vom deut-

¹⁸ Statt aller *Keidel/Winkler*, KommBeurKG, 15. Aufl., Einl Rz. 61 ff., 80; vgl. auch Auskunft des AG Dresden vom 28.6.2004: "*Hinsichtlich der Gleichwertigkeitsprüfung ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass das Wesen der Beurkundung sich nicht in einem blossen Beglaubigungsvorgang zu erschöpfen hat, vielmehr hat der Notar nach der Rechtslage eine materielle Richtigkeitsgewähr zu übernehmen (...)*".

¹⁹ Vgl. *Dignas*, Die Auslandsbeurkundung im deutschen GmbH-Recht, GmbHR 2005, 139, 140 m.w.Nw., anknüpfend an einen Gedanken von *Goette*, Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Verantwortung und Gestaltung, FS für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, hrsg. von C. Ebenroth et al., München 1996, 131, 132 ff., wonach statusrelevante Vorgänge bei Kapitalgesellschaften in der Regel alleine von deutschen Notaren wirksam beurkundet werden können.

²⁰ *Pilger*, Die Unwirksamkeit der Beurkundung von Abtretungen von Geschäftsanteilen in der Schweiz, BB 2005, 1285, 1287 f.; a.A. BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, 76, 78 f.; *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 221.

²¹ *Pilger*, Unwirksamkeit der Beurkundung, BB 2005, 1285, 1287 f.; differenzierend *Benecke*, Auslandsbeurkundung, RIW 2002, 280, 284.

schen Notar auch nicht erwartet, ausländisches Recht zu kennen (§ 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG).²²

24. Die wesentlichen juristischen Argumente pro und contra Gleichwertigkeit schweizerischer (basel-städtischer) Beurkundungen sind wohl ausgetauscht. Angesichts des verfestigten Meinungsstandes ist realistischerweise nicht davon auszugehen, dass sich die eine Seite von der anderen überzeugen lässt.
25. Es darf auf dem Hintergrund der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2004²³ damit gerechnet werden, dass der BGH die Gleichwertigkeit der schweizerischen (basel-städtischen) Beurkundung auch zukünftig anerkennen wird. Zwar mögen die Anforderungen an die notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten von § 17 BeurkG zwischenzeitlich verschärft worden sein.²⁴ Dies steht aber der Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht entgegen. Wer im Ausland beurkunden lässt, verzichtet vermutlich konkludent auf die Belehrung, was angesichts der Soll-Vorschrift von § 17 BeurkG auch zulässig ist.²⁵ Zum anderen wachsen aufgrund der fortschreitenden wirtschaftlichen und rechtlichen Integration in Europa die unterschiedlichen Rechtssysteme zusammen. Dies legt eine gewisse Liberalität bei der gegenseitigen Anerkennung der Beurkundungsverfahren nahe. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Ausbildung der Urkundspersonen und das notarielle Beurkundungsverfahren im Kanton Basel-Stadt allgemein als gleichwertig anerkannt sind.²⁶

²² BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, 76, 79; *Böttcher/Blasche*, Die Übertragung von Geschäftsanteilen deutscher GmbHs in der Schweiz vor dem Hintergrund der Revision des Schweizer Obligationenrechts, NZG 2006, 766, 766 f.

²³ BGH v. 4.11.2004, III ZR 172/03.

²⁴ So auch ausführlich m.w.Nw. *Dignas*, *Auslandsbeurkundung*, GmbHR 2005, 139, 142 ff.; a.A. *Weller*, *formunwirksame GmbH-Anteilsabtretung*, BB 2005, 1807, 1809: Die Tatsache, dass der Schweizer Notar nicht der strengen Prüfungs- und Belehrungspflicht des § 17 BeurkG unterliegt, sei bei Geschäftsanteilsübertragungen im Hinblick auf den limitierten Formzweck der notariellen Form von § 15 Abs. 3 GmbHG unschädlich.

²⁵ BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, 76, 79; OLG Düsseldorf v. 25.1.1989, NJW 1989, 2200, 2201; *Böttcher/Blasche*, *Übertragung Geschäftsanteile*, NZG 2006, 766, 768.

²⁶ Vgl. OLG Frankfurt v. 25.1.2005, 11 U 8/04, GmbHR 2005, 764, 766 f.; *Böttcher/Blasche*, *Übertragung Geschäftsanteile*, NZG 2006, 766, 767 f.; *Pilger*, *Unwirksamkeit der Beurkundung*, BB 2005, 1285, 1287; so auch *Weller*, *formunwirksame GmbH-Anteilsabtretung*, BB 2005, 1807, 1808 f.; vgl. derzeit §§ 2-4 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt und §§ 236-238 des basel-städtischen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch sowie §§ 30-37 und §§ 47-52 des neuen, voraussichtlich am 1. Januar 2008 in Kraft tretenden, Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt i.d.F. des Beschlusses des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt v. 18.1.06, das zusätzlich in § 33 Abs. 4 folgende Bestimmung

26. In der Schweiz wird die einfache Schriftlichkeit zukünftig die öffentliche Beurkundung bei Geschäftsanteilsveräusserungen ersetzen.²⁷ Die Gleichwertigkeitsdiskussion wird somit nur noch dann von Bedeutung sein, wenn sich in Deutschland entgegen dem favor validitatis und der internationalen Entwicklung die Meinung durchsetzen sollte, dass die Ortsform bei GmbH-Anteilsübertragungen keine Alternative zur Form des Wirkungsstatuts sei. Denn dann bleibt den Parteien, welche in der Schweiz den Abtretungsvertrag abschliessen wollen, nichts anderes übrig, als sich freiwillig der qualifizierten Form (notarielle Beurkundung) zu unterstellen, was dann wiederum die Gleichwertigkeit der Beurkundungsverfahren im erläuterten Sinn bedingt (vgl. Rz. 20).²⁸
27. Die weiteren Überlegungen konzentrieren sich auf die Möglichkeit der Anknüpfung an die (schweizerische) Ortsform, da diese die Gleichwertigkeit obsolet machen würde.

B. Anknüpfung der Form an das Ortsrecht

1. Grundlagen der Ortsrechtsanknüpfung

28. Die Erfüllung der Form eines Rechtsgeschäftes durch Beachtung des Ortsform gemäss Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB setzt voraus, dass es überhaupt ein Ortsrecht gibt, also eine in den wesentlichen Zügen einer deutschen GmbH entsprechende Gesellschaftsform. Anzuknüpfen ist dabei an die Ähnlichkeit des ausländischen Rechtsinstituts nach Funktion, rechtlichem Erfolg und inhaltlicher Gestaltung.²⁹
29. Diese Voraussetzung ist bei der schweizerischen GmbH gegeben. Diese ist in ihrer Ausprägung der deutschen GmbH nachgebildet, auch wenn gewisse Unterschiede bestehen.³⁰ Daran ändert auch die schweizerische GmbH-Reform

enthält: "Bei Beurkundungen für das Ausland können auf Begehren der an der Beurkundung teilnehmenden Personen die zusätzlichen Verfahrensvorschriften des Staates beachtet werden, dessen materielles Recht die Beurkundung des Geschäfts verlangt".

²⁷ In Frankreich können Geschäftsanteile an einer GmbH bereits heute privatschriftlich übertragen werden (L223-17 i.V.m. L.221-14 Code de Commerce). Soweit ersichtlich macht die deutsche Praxis davon keinen Gebrauch.

²⁸ *Böttcher/Blasche*, Übertragung Geschäftsanteile, NZG 2006, 766, 768 f.

²⁹ OLG Stuttgart v. 17.5.2000, 20 U 68/99, Rz. 122.

³⁰ So im Ergebnis auch *Böttcher/Blasche*, Übertragung Geschäftsanteile, NZG 2006, 766, 769 f.

nichts.³¹ Obwohl zahlreiche Punkte geändert werden (z.B. Zulassung der Einpersonengesellschaft, Pflicht zur vollständigen Liberierung des gesamten Stammkapitals mit gleichzeitigem Wegfall der solidarischen Haftung der Gesellschafter, keine Beurkundung der Stammanteilsübertragung etc.), bleibt die schweizerische GmbH in ihrer Grundstruktur eine (personenbezogene) Kapitalgesellschaft mit einem Stammkapital, an dem die Gesellschafter mit Stammanteilen beteiligt sind.³²

30. Geschäfts- und Ortsrecht sind gemäss Art. 11 Abs. 1 EGBGB gleichwertig. Der Zweck der zusätzlichen Geltung des Ortsrechts liegt in der Erleichterung des internationalen Rechtsverkehrs. Die Beachtung des Ortsrechts reicht auch dann aus, wenn dieses in Ausgestaltung und Schutzintensität hinter dem Geschäftsstatut zurückbleibt.³³ Damit kann gegen die mildere Ortsform insbesondere nicht eingewendet werden, dass dadurch der Zweck der Form unterlaufen werde.³⁴
31. Die Möglichkeit der Ausschaltung der strengeren deutschen Beurkundungsform durch die ausländische mildere Ortsform gilt nach umstrittener,³⁵ wohl aber herrschender Ansicht insbesondere auch für die Geschäftsanteilsübertragung.³⁶ Es sei

³¹ *Böttcher/Blasche*, Übertragung Geschäftsanteile, NZG 2006, 766, 771.

³² Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) v. 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff.

³³ *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 222, 224 m.w.Nw.

³⁴ Vgl. insb. BGH v. 4.11.2004, III ZR 172/03, S. 7: "Da das Ortsrecht den Parteien im Sinne einer Erleichterung des Rechtsverkehrs den Abschluss eines formgültigen Vertrags ermöglichen soll, (...) ist im Rahmen der Anwendung des Art. 11 Abs. 1 Al. 2 EGBGB nur die Frage zu prüfen, ob die betroffene Gesellschaftsform einer deutschen GmbH vergleichbar ist. Wollte man weitergehend in diesem Rahmen prüfen, ob in Polen Formvorschriften gelten, ob sie denen des deutschen Rechts vergleichbar sind und ob mit ihnen dieselben Zwecke verfolgt werden wie mit der Regelung in § 15 Abs. 3, 4 GmbHG, wäre der Sinn des Art. 11 Abs. 1 EGBGB, die Formgültigkeit eines Rechtsgeschäfts alternativ nach dem Geschäftsstatut oder dem Recht am Vornahmeort zu bestimmen, in bezug auf das Ortsstatut weitgehend in Frage gestellt".

³⁵ Diese Ansicht verneint die alternative Geltung der Ortsform, weil die Anteilsübertragung als verfassungs- oder statusähnlicher Vorgang zu qualifizieren ist, vgl. Nachweise vorne Fn. 19 sowie *Schervier*, Beurkundung GmbH-rechtlicher Vorgänge im Ausland, NJW 1992, 593, 598; *Grossfeld/Berndt*, Die Übertragung von deutschen GmbH-Anteilen im Ausland, RIW 1996, 625, 628.

³⁶ OLG München v. 27.10.1982, WM 1984, 260, 261; Palandt/*Heldrich*, EGBGB 11, Rz. 13 m.w.Nw.; KommGmbHG, *Hueck/Fastrich*, § 15 Rz. 21; *Benecke*, Auslandsbeurkundung, RIW 2002, 280, 282; *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 223 f.; *Weller*, formunwirksame GmbH-Anteilsabtretung, BB 2005, 1807, 1808 f.; *Beck*, Rechtsprobleme, Der Betrieb 2004, 2409, 2411; *König*, notariellen Beurkundung, ZIP 2004, 1838, 1841: Die Anerkennung der Ortsform führt dazu, dass eine Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen in Ländern möglich ist, die für die Anteilsabtretung lediglich

nochmals darauf hingewiesen, dass die Gleichwertigkeit der Urkundsperson, des Beurkundungsverfahrens und der Notarhaftung bei der Ortsform im Gegensatz zur Anknüpfung an das Geschäftsstatut entbehrlich ist.³⁷

32. Wird die alternative Anknüpfung an die Ortsform grundsätzlich anerkannt, stellt sich die Frage, was der Begriff der Formvorschrift umfasst. Es ist insoweit zwischen den materiellrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen (Art. 786 f. revOR) und den Formvorschriften (Art. 785 revOR) zu differenzieren.

2. Abgrenzung zwischen Gültigkeitsvoraussetzungen und Formvorschriften

33. Die materiellrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen³⁸ richten sich nach der *lex causae*.³⁹ Bei einer dem deutschen Recht unterstehenden Gesellschaft sind somit auch bei Geltung der schweizerischen Ortsform die materiellen Wirksamkeitserfordernisse des deutschen Rechts zu beachten.⁴⁰
34. Der deutsche kollisionsrechtliche Formbegriff umfasst die Äusserungsformen einer Willenserklärung. Darunter fallen z.B. die Mündlichkeit, Schriftlichkeit, Beglaubigung, Beurkundung der Erklärung. Andere Tatbestandselemente, die nicht unmittelbar an die Willenserklärung anknüpfen, sondern unabhängig von dieser zusätzlich erforderlich sind, sind als Wirksamkeitsvoraussetzungen zu qualifizieren.
35. Das revOR kennt für die Übertragung von GmbH-Anteilen als Formerfordernis die *einfache Schriftlichkeit des Verfügungs- (und Verpflichtungs-)vertrags* (Art. 785 Abs. 1 revOR), welche auch die etwaigen *Hinweise* im Abtretungsvertrag auf gewisse *statutarische Bestimmungen* umfasst (Art. 785 Abs. 2 iVm 777a Abs. 2 re-

Schriftform vorsehen; OLG Düsseldorf v. 25.1.1989, NJW 1989, 2200 (Ortsform für einen in den Niederlanden beurkundeten Kapitalerhöhungsbeschluss bejaht).

³⁷ Vgl. z.B. *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 220; unrichtig daher m.E. *Benecke*, Auslandsbeurkundung, RIW 2002, 280, 283 ff.

³⁸ Z.B. Verfügungsmacht des Abtretenden, Beachtung von Zessionsverboten oder -beschränkungen, Genehmigung der Gesellschaft (z.B. § 15 Abs. 5 GmbHG) oder Eintragung ins Handelsregister.

³⁹ BGE 117 II 490, E.3.

⁴⁰ Vgl. *Pilger*, Unwirksamkeit der Beurkundung, BB 2005, 1285, 1286, der die Wirksamkeitserfordernisse von Art. 791 Abs. 1-3 OR m.E. zu Unrecht als Formvorschriften behandelt; wie hier: *Weller*, formunwirksame GmbH-Anteilsabtretung, BB 2005, 1807, 1808; *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 224

vor, vgl. Rz. 5). Diese Hinweise dienen dem Schutz des Erwerbers der Stammanteile.⁴¹ Sie sind somit m.E. auch bei der Geschäftsanteilsübertragung einer deutschen GmbH als Bestandteil der schweizerischen Ortsform in den Abtretungsvertrag aufzunehmen.⁴²

3. Ortsform am Vornahmeort

36. Massgeblich sind nach Art. 11 EGBGB die Formerfordernisse des Vornahmeortes, welcher wie folgt zu bestimmen ist:

(1.) Bei einem Vertragsabschluss unter *Anwesenden* ist es der Ort des Vertragsabschlusses.

(2.) Unter *Abwesenden* ist es grundsätzlich der Ort, an dem die Annahme der Vertragsofferte erklärt wird; befinden sich die Vertragsschliessenden in verschiedenen Staaten, genügt die Einhaltung der Form eines dieser Staaten (Art. 11 Abs. 2 EGBGB).

(3.) Bei Vertragsabschluss mittels *Stellvertreter* gilt als Vornahmeort der Ort, in dem sich der Vertreter befindet (Art. 11 Abs. 3 EGBGB).

37. Nachfolgend wird gestützt auf diese Grundsätze konkretisiert, in welchen Konstellationen der Vornahmeort des Abtretungsvertrags in der Schweiz liegt, was die Anwendung der schweizerischen Ortsform (einfache Schriftlichkeit) nach sich zieht.⁴³

38. Im Rechtsalltag sind verschiedene Szenarien denkbar:

(1.) Beide Parteien befinden sich bei Vertragsabschluss (Unterzeichnung) physisch in der Schweiz: Der Vornahmeort liegt in der Schweiz.

⁴¹ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) v. 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148, 3160, 3185.

⁴² Nicht nur der Schutzzweck der Hinweise, sondern auch die systematische Stellung im Gesetz (vgl. Marginalie von Art. 785 revOR: Form) deutet daraufhin, dass die Hinweise Form- und nicht Wirksamkeitsvoraussetzungen sind (vgl. demgegenüber etwa die statutarisch einführbare Zustimmung der Gesellschafterversammlung, welche gemäss Art. 787 Abs. 1 revOR Gültigkeitserfordernis der Abtretung ist).

⁴³ Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in einem Vertragsdokument enthalten sind.

(2.) Beide Parteien lassen sich bei der Unterzeichnung in der Schweiz vertreten:
Der Vornahmeort liegt in der Schweiz.

(3.) Vertreter ohne Vertretungsmacht unterzeichnen den Vertrag in der Schweiz, die Parteien genehmigen den Vertrag nachträglich ausserhalb der Schweiz: Der Vornahmeort befindet sich nicht in der Schweiz, da die Genehmigung ausserhalb der Schweiz erfolgt. Es ist allerdings zu erwarten, dass dieser Fall zukünftig eher selten sein dürfte; bei Privatschriftlichkeit wird der Vertrag wohl der oder den ausserhalb der Schweiz domilzierten Partei(en) zur Unterschrift zugesandt werden (es braucht damit keine Vertreter ohne Vertretungsmacht).

(4.) Wird der Vertrag von einer oder beiden Parteien ausserhalb der Schweiz unterzeichnet, gilt es hinsichtlich des Vornahmeorts zu differenzieren:

- Unterzeichnen beide Parteien den Vertrag ausserhalb der Schweiz, liegt der Vornahmeort nicht in der Schweiz. Es sind die Formvorschriften des jeweiligen Staates einzuhalten. Unterzeichnen die Parteien in verschiedenen Staaten, genügt die Einhaltung der Form eines dieser Staaten.
- Unterzeichnet lediglich der Abtretende oder sein Vertreter in der Schweiz, liegt der Vornahmeort des Verfügungsgeschäfts in der Schweiz. Bildet die Unterschrift des Abtretenden gleichzeitig auch die Annahmeerklärung für das Verpflichtungsgeschäft, gilt auch dieses als in der Schweiz vorgenommen. Der Vertrag muss maW von dem im Ausland unterzeichnenden Übernehmer vorgängig unterzeichnet worden sein.
- Erfolgt die Unterschrift des Abtretenden ausserhalb der Schweiz, liegt der Vornahmeort des Verfügungsgeschäfts nicht in der Schweiz. Hingegen liegt der Vornahmeort des Verpflichtungsgeschäfts in der Schweiz, wenn die Annahmeerklärung des Übernehmenden bzw. seines Vertreters in der Schweiz erfolgt.

39. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Vornahmeort in der Schweiz liegt:

- (1.) wenn die Parteien oder deren Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterzeichnen;
- (2.) wenn der Abtretende oder sein Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterschreibt, nachdem der Übernehmer der Anteile diesen ausserhalb der Schweiz unterzeichnet hat.

IV. Form des Verpflichtungsgeschäfts

- 40. Die alternative Anknüpfung der Ortsform beim schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft darf als gesichert bezeichnet werden.⁴⁴
- 41. Es gilt infolgedessen das vorne unter Rz. 28 ff. zur Ortsform beim Verfügungsgeschäft Ausgeführte, worauf verwiesen werden kann.

V. Schlussfolgerungen

- 42. Nach Inkrafttreten des neuen schweizerischen GmbH-Rechts genügt für die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer schweizerischen GmbH die einfache Schriftlichkeit (vgl. Rz 5).⁴⁵
- 43. Die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH in der Schweiz kann ohne notarielle Beurkundung vorgenommen werden, wenn aus deutscher Sicht die Ortsform gemäss Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB als alternative und zum Wirkungsstatut gleichwertige Möglichkeit anerkannt wird. Die umstrittene Frage der Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung stellt sich nicht.

⁴⁴ BGH v. 4.11.04, III ZR 172/03, E. II/2a. a.E.; *Reichert/Weller*, Geschäftsanteilsübertragung, DStR 2005, 219, 225 m.w.Nw., halten m.E. zu Unrecht dafür, dass wegen der etwas zurückhaltenden Formulierung des BGH ein gewisses Restrisiko verbleibt, dass die Ortsformanknüpfung des Verpflichtungsgeschäfts zukünftig einmal anders beurteilt werden könnte. Selbst wenn dem so wäre, ist daran zu erinnern, dass die Formnichtigkeit des Verpflichtungsvertrags durch die formgerechte Abtretung geheilt wird: GmbHGKomm, *Hueck/Fastrich*, § 15 Rz. 35.

⁴⁵ Es gibt auch in Deutschland Stimmen, welche de lege ferenda das Beurkundungserfordernis in § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG abschaffen wollen, da es als nicht sachgerecht und als wettbewerbshemmend angesehen wird (z.B. *Klein/Theusinger*, Urteilscommentar, EWIR 2005, 727, 728). Der Referentenentwurf vom 29. Mai 2006 zu einem "Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen", S. 39 (abrufbar unter: <http://www.bmj.de> (Register "Themen / Handels- und Wirtschaftsrecht / Gesellschaftsrecht")) gibt das Beurkundungserfordernis aber nicht auf, obwohl explizit festgestellt wird, dass das grösste Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile bei der GmbH nach wie vor das Erfordernis der notariellen Beurkundung darstelle.

44. Die Anwendung der schweizerischen Ortsform setzt voraus, dass der Vornahmeort in der Schweiz liegt (Rz. 36 ff.). Dies ist der Fall, wenn:
- (1.) die Parteien oder deren Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterzeichnen;
 - (2.) der Abtretende oder sein Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterschreibt, nachdem der Übernehmer der Anteile diesen ausserhalb der Schweiz unterzeichnet hat.
45. Von der überwiegenden deutschen Rechtsprechung und Literatur wird die Ortsform als alternative Form anerkannt.
46. Die Parteien können Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über Geschäftsanteile auch nach Inkrafttreten der schweizerischen GmbH-Revision weiterhin in Basel oder an andern geeigneten Orten in der Schweiz freiwillig notariell beurkunden lassen. Dies bringt den Vorteil einer erhöhten Rechtssicherheit mit sich, da die Wirksamkeit der basel-städtischen Beurkundung deutscher GmbH-Anteilsübertragungen als Geschäftsform in Deutschland gerichtlich anerkannt ist.⁴⁶ Nicht verkannt wird, dass ein Teil der Lehre die Gleichwertigkeit in Frage stellt. Sollte der BGH in Zukunft entgegen der internationalen Tendenz zur liberalen Anerkennung fremder Rechtsinstitute dieser ablehnenden Ansicht folgen, kann die Formgültigkeit des Vertrags immer noch mit dem Argument bejaht werden, dass mit der strengeren Form der notariellen Beurkundung auch die Ortsform der einfachen Schriftlichkeit erfüllt ist.

⁴⁶ So auch *Böttcher/Blasche*, Übertragung Geschäftsanteile, NZG 2006, 766, 772.