

Blick in das Ausland

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

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus Müller-Chen, St. Gallen/Basel

I. Vorbemerkungen

Am 1. 1. 2008 tritt die bislang tiefgreifendste Änderung des schweizerischen GmbH-Rechts in Kraft¹. Einer der auch aus deutscher Sicht bedeutsamen Reformpunkte ist der Ersatz der Beurkundungsform durch die einfache Schriftlichkeit bei der Übertragung und Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen. Da Geschäftsanteile von deutschen GmbHs häufig in der Schweiz, insbesondere im Kanton Basel-Stadt, übertragen und verpfändet werden, stellt sich die Frage, wie sich diese Gesetzesänderung auf diese Praxis auswirken wird². Im Folgenden wird lediglich die Abtretung von Geschäftsanteilen behandelt, da die aufgeworfene Frage bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen an deutschen GmbHs analog zu beantworten ist³. 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 gestellt⁴. 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 vorliegen⁵. Nichtanerkennung der Form wegen Gesetzesumgehung kommt somit nicht in Betracht⁶.

Gemäß Art. 785 Abs. 1 revOR⁷ genügt für die Abtretung von Stammanteilen⁸ an einer schweizerischen GmbH neu für Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft die schriftliche Form i. S. von Art. 13 ff. OR⁹; 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 Kaufrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie Konventionalstrafen (Art. 785 Abs. 2 i. V. m. 777a Abs. 2 revOR).

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.

II. Anwendbares Recht

1. Allgemeines

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.

Bei der Übertragung eines Geschäftsanteils ist kollisionsrechtlich zwischen dem obligatorischen Grundgeschäft („Verpflichtungsgeschäft“) und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft („Verfügungsvertrag“) zu differenzieren. 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 19.6.1980).

2. Verpflichtungsgeschäft

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 Par-

* Dieser Aufsatz basiert auf einem Gutachten, das der Verfasser im Auftrag von Wenger Plattner, Basel, verfasst hat. Der Verfasser bedankt sich bei der Auftraggeberin für die Zustimmung zur Veröffentlichung.

1 Vgl. <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.html>, besucht am 19. 7. 2007, wo auch der revidierte Gesetzestext abrufbar ist.

2 Das Notariatsrecht ist in der Schweiz in wesentlichen Zügen kantonales Recht, weswegen im vorliegenden Beitrag diesbezüglich auf das Recht des Kantons Basel-Stadt abgestellt wird.

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 dieses Beitrages; vgl. dazu z. B. Andreas Heldrich, in: Palandt, BGB, 66. Auflage 2007, Art. 11 EGBGB Rz. 1.

4 Heldrich, in: Palandt (Fn. 3), Art. 3 EGBGB Rz. 2.

5 Heldrich, in: Palandt (Fn. 3), Art. 11 EGBGB Rz. 16.

6 OLG Düsseldorf, 25. 1. 1989, NJW 1989, 2200, 2201.

7 Inkrafttreten am 1. 1. 2008.

8 Im deutschen Recht als „Geschäftsanteil“ bezeichnet.

9 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 Zessionar zu unterschreiben (Art. 13 Abs. 1 OR). Das Verpflichtungsgeschäft muss von beiden Parteien unterschrieben werden, wenn sich beide verpflichten.

teien 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 untersteht¹⁰.

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).

Für den schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag anerkennt das deutsche Recht neben der Form des Geschäftsstatuts alternativ auch die Ortsform (Art. 11 Abs. 1 2. Alt. EGBGB)¹¹.

3. Verfügungsgeschäft (Abtretungsvertrag)

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, sodass der Abtretungsvertrag sich nach dem Gesellschaftsstatut (und nicht nach dem Schuldsstatut) richtet. Im Ergebnis führt die in Deutschland herrschende Sitztheorie zwingend zur Anwendung deutschen Rechts auf deutsche Gesellschaften. Gesellschaftsstatut ist im Ergebnis damit stets deutsches Recht¹².

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 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 EGBGB).

III. Form des Abtretungsvertrags

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

1. Anknüpfung der Form an die *lex causae*

Die Übertragung eines Geschäftsanteils an einer deutschen GmbH unterliegt zwingend dem Gesellschaftsstatut, d. h. deutschem Recht. 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.

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 wird¹³. 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 darf¹⁴.

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 besteht¹⁵. 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 spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen verhindern und den Beweis der Anteilsübertragung sicherstellen¹⁶. Umstritten ist aber, ob § 15 Abs. 3 GmbHG auch eine spezielle Warn- und Schutzfunktion hat und eine materielle Richtigkeitsgewähr bezweckt¹⁷.

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

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

Der BGH¹⁸, einige Instanzengerichte und die kollisionsrechtliche Literatur¹⁹ 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.

Vor allem die beurkundungsrechtliche Kommentarliteratur vertritt demgegenüber einen restriktiven Standpunkt²⁰. Die

10 Jochem Reichert/Marc-Philippe Weller, Geschäftsanteilsübertragung mit Auslandberührung, DStR 2005, 292; Christoph Reithmann, Substitution bei Anwendung der Formvorschriften des GmbH-Gesetzes, NJW 2003, 385, 388; einschränkend Hans-Joachim 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 nicht, wenn bei einer Transaktion neben einem deutschen GmbH-Anteil sehr wertvolle ausländische Wirtschaftsgüter übertragen werden.

11 BGH, 4. 11. 2004, III ZR 172/03, E. II/2a. a. E., NZG 2005, 41 ff. = DNotZ 2005, 306.

12 Reichert/Weller, DStR 2005, 250 f.

13 Jan Kropphler, Internationales Privatrecht, 6. Auflage 2006, § 33 I, 231.

14 Reithmann, NJW 2003, 385, 386.

15 BGHZ 109, 1, 6 m. w. N.

16 Vgl. OLG Frankfurt, 25.1.2005, GmbHR 2005, 764, 766 f.; Wolfgang König, Zur notariellen Beurkundung der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZIP 2004, 1838, 1839 ff.

17 Vgl. dazu BGHZ 105, 324, 338; BGHZ 80, 76, 79; Martina Benecke, Auslandsbeurkundung im GmbH-Recht: Anknüpfung und Substitution, RIW 2002, 280, 284 f.; ablehnend Marc-Philippe Weller, Nochmals: Zur formunwirksamen GmbH-Anteilsabtretung in der Schweiz, BB 2005, 1807, 1809 m. w. N.

18 BGHZ 80, 76 ff.; BGH, 4. 11. 2004, III ZR 172/03, E. II/2a. a. E., NZG 2005, 41 ff. = DNotZ 2005, 306.

19 Z. B. OLG Frankfurt, 25. 1. 2005, GmbHR 2005, 764, 766 f.; zustimmend Martin Klein/Ingo Theusinger, Urteilscommentar, EWiR 2005, 727 f.; OLG München, 19. 11. 1997, 7 U 2511/97 = GmbHR 1998, 46; Kropphler (Fn. 13), § 33 II 2., 232 f.

20 Statt aller Theodor Keidel/Karl Winkler, in: KommBeurkG, 15. Auflage 2003, Einl Rz. 61 ff., 80; vgl. auch (nicht öffentlich publizierte) 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 (...).“

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, sodass die Gesellschaftsverfassung auch bei der Abtretung berührt werde²¹. 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 unzulässig²². Ein schweizerischer Notar könne und wolle somit keine materielle Richtigkeitsgewähr für das Zustandekommen, den Inhalt und die Gesetzeskonformität des Geschäfts übernehmen²³.

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 deutschen Notar auch nicht erwartet, ausländisches Recht zu kennen (§ 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG)²⁴.

Es darf vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2004²⁵ 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 sein²⁶. Dies steht aber der Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht entgegen. Wer im Ausland beurkunden lässt, verzichtet vermutungsweise konkludent auf die Belehrung, was angesichts der Soll-Vorschrift von § 17 BeurkG auch zulässig ist²⁷. 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 sind²⁸.

In der Schweiz wird die einfache Schriftlichkeit zukünftig die öffentliche Beurkundung bei Geschäftsanteilsveräußerungen ersetzen²⁹. 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 Wirkungstatus 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 bedingt³⁰.

Die weiteren Überlegungen konzentrieren sich auf die Möglichkeit der Anknüpfung an die (schweizerische) Ortsform, da diese die Gleichwertigkeit obsolet machen würde.

2. Anknüpfung der Form an das Ortsrecht

a) Grundlagen der Ortsrechtsanknüpfung

Die Erfüllung der Form eines Rechtsgeschäftes durch Beachtung der 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 Gestaltung³¹.

Diese Voraussetzung ist bei der schweizerischen GmbH gegeben. Diese ist in ihrer Ausprägung der deutschen GmbH nachgebildet, auch wenn gewisse Unterschiede bestehen³². Daran ändert auch die schweizerische GmbH-Reform nichts³³. 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 sind³⁴.

Geschäfts- und Ortsrecht sind gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB gleichwertig. Der Zweck der zusätzlichen Geltung des Ortsrechts liegt in der Erleichterung des internationalen Rechtsver-

21 Vgl. *André Dignas*, Die Auslandsbeurkundung im deutschen GmbH-Recht, GmbHR 2005, 139, 140 m. w. N., anknüpfend an einen Gedanken von *Wulf Goette*, Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Carsten Ebenroth et al. (Hg.), Verantwortung und Gestaltung, Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, 1996, 131, 132 ff., wonach statusrelevante Vorgänge bei Kapitalgesellschaften in der Regel alleine von deutschen Notaren wirksam beurkundet werden können.

22 *Gerhard Pilger*, Die Unwirksamkeit der Beurkundung von Abtretungen von Geschäftsanteilen in der Schweiz, BB 2005, 1285, 1287 f.; a. A. BGHZ 80, 76, 78 f.; *Reichert/Weller*, DStR 2005, 250, 252.

23 *Pilger*, BB 2005, 1285, 1287 f.; differenzierend *Benecke*, RIW 2002, 280, 284.

24 BGH v. 16. 2. 1981, BGHZ 80, 76, 79; *Lars Böttcher/Sebastian Blasche*, Die Übertragung von Geschäftsanteilen deutscher GmbHs in der Schweiz vor dem Hintergrund der Revision des Schweizer Obligationenrechts, NZG 2006, 766, 766 f.

25 BGH, 4. 11. 2004, III ZR 172/03, E. II/2a. a. E., NZG 2005, 41 ff. = DNotZ 2005, 306.

26 So auch ausführlich m. w. N. *Dignas*, GmbHR 2005, 139, 142 ff.; a. A. *Weller*, 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.

27 BGHZ 80, 76, 79; OLG Düsseldorf, 25. 1. 1989, NJW 1989, 2200, 2201; *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 768.

28 Vgl. OLG Frankfurt, 25. 1. 2005, GmbHR 2005, 764, 766 f.; *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 767 f.; *Pilger*, BB 2005, 1285, 1287; so auch *Weller*, 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. 1. 2008 in Kraft tretenden, Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt i. d. F. des Beschlusses des Großen Rates des Kantons Basel-Stadt v. 18. 1. 2006, das zusätzlich in § 33 Abs. 4 folgende Bestimmung 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.“

29 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.

30 *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 768 f.

31 OLG Stuttgart, 17. 5. 2000, 20 U 68/99, Rz. 122.

32 So im Ergebnis auch *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 769 f.

33 *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 771.

34 Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) v. 19. 12. 2001, BBl 2002, 3148 ff.

kehr. Die Beachtung des Ortsrechts reicht auch dann aus, wenn dieses in Ausgestaltung und Schutzintensität hinter dem Geschäftsstatut zurückbleibt³⁵. Damit kann gegen die mildere Ortsform insbesondere nicht eingewendet werden, dass dadurch der Zweck der Form unterlaufen werde³⁶.

Die Möglichkeit der Ausschaltung der strengeren deutschen Beurkundungsform durch die ausländische mildere Ortsform gilt nach umstrittener³⁷, wohl aber herrschender Ansicht insbesondere auch für die Geschäftsanteilsübertragung³⁸. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Gleichwertigkeit der Urkundensperson, des Beurkundungsverfahrens und der Notarhaftung bei der Ortsform im Gegensatz zur Anknüpfung an das Geschäftsstatut entbehrlich ist³⁹. 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.

b) Abgrenzung zwischen Gültigkeitsvoraussetzungen und Formvorschriften

Die materiellrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen⁴⁰ richten sich nach der *lex causae*⁴¹. Bei einer dem deutschen Recht unterstehenden Gesellschaft sind somit auch bei Geltung der schweizerischen Ortsform die materiellen Wirksamkeitserfordernisse des deutschen Rechts zu beachten⁴².

Der deutsche kollisionsrechtliche Formbegriff umfasst die Äußerungsformen einer Willenserklärung. Darunter fallen z. B. die Mündlichkeit, Schriftlichkeit, Beglaubigung und die Beurkundung der Erklärung. Andere Tatbestandselemente, die nicht unmittelbar an die Willenserklärung anknüpfen, sondern unabhängig von dieser zusätzlich erforderlich sind, sind als Wirksamkeitsvoraussetzungen zu qualifizieren.

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 i. V. m. Art. 777a Abs. 2 revOR). Diese Hinweise dienen dem Schutz des Erwerbers der Stammanteile⁴³. Sie sind somit m. E. auch bei der Geschäftsanteilsübertragung einer deutschen GmbH als Bestandteil der schweizerischen Ortsform in den Abtretungsvertrag aufzunehmen⁴⁴.

c) Ortsform am Vornahmeort

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

- Bei einem Vertragsabschluss unter *Anwesenden* ist es der Ort des Vertragsabschlusses.
- 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).
- Bei Vertragsabschluss mittels *Stellvertreter* gilt als Vornahmeort der Ort, in dem sich der Vertreter befindet (Art. 11 Abs. 3 EGBGB).

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 zieht⁴⁵. Im Rechtsalltag sind verschiedene Szenarien denkbar:

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

- Beide Parteien lassen sich bei der Unterzeichnung in der Schweiz vertreten: Der Vornahmeort liegt in der Schweiz.
- 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 domizilierten Partei(en) zur Unterschrift zugesandt werden (es braucht damit keine Vertreter ohne Vertretungsmacht).
- 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

35 Reichert/Weller, DStR 2005, 250, 253, 255 m. w. N.

36 Vgl. insb. BGH, 4. 11. 2004, III ZR 172/03, E. II/2a. a. E., NZG 2005, 41 ff. = DNotZ 2005, 306: „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.“

37 Diese Ansicht verneint die alternative Geltung der Ortsform, weil die Anteilsübertragung als verfassungs- oder statusähnlicher Vorgang zu qualifizieren sei, vgl. Nachweise vorne Fn. 21 sowie Joachim Schervier, Beurkundung GmbH-rechtlicher Vorgänge im Ausland, NJW 1992, 593, 598; Bernhard Croßfeld/Joachim Berndt, Die Übertragung von deutschen GmbH-Anteilen im Ausland, RIW 1996, 625, 628.

38 OLG München, 27. 10. 1982, WM 1984, 260, 261; Heldrich, in: Palandt (Fn. 3), Art. 11 EGBGB Rz. 13 m. w. N.; Adolf Baumbach/Alfred Hueck/Lorenz Fastrich, in: Kurzkomentar, GmbHG, 18. Auflage 2006, § 15 Rz. 21; Benecke, RIW 2002, 280, 282; Reichert/Weller, DStR 2005, 250, 254 f.; Weller, BB 2005, 1807, 1808 f.; Beck, Der Betrieb 2004, 2409, 2411; König, 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 Schriftform vorsehen; OLG Düsseldorf, 25. 1. 1989, NJW 1989, 2200 (Ortsform für einen in den Niederlanden beurkundeten Kapitalerhöhungsbeschluss bejaht).

39 Vgl. z. B. Reichert/Weller, DStR 2005, 250, 251; unrichtig daher m. E. Benecke, RIW 2002, 280, 283 ff.

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

41 BGE 117 II 490, E.3.

42 Vgl. Pilger, BB 2005, 1285, 1286, der die Wirksamkeitserfordernisse von Art. 791 Abs. 1-3 OR m. E. zu Unrecht als Formvorschriften behandelt; wie hier: Weller, BB 2005, 1807, 1808; Reichert/Weller, DStR 2005, 250, 255.

43 Botschaft zur Revision des Obligationenrechts, BBl 2002, 3148, 3160, 3185.

44 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 einfühbare Zustimmung der Gesellschafterversammlung, welche gemäß Art. 787 Abs. 1 revOR Gültigkeitserfordernis der Abtretung ist).

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

vorgenommen. Der Vertrag muss m. a. W. 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.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Vornahmeort in der Schweiz liegt, wenn die Parteien oder deren Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterzeichnen oder 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

Die alternative Anknüpfung der Ortsform beim schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft darf als gesichert bezeichnet werden⁴⁶. Es gilt infolgedessen das vorne zur Ortsform beim Verfügungsgeschäft Ausgeführte, worauf verwiesen werden kann.

V. Schlussfolgerungen

Nach Inkrafttreten des neuen schweizerischen GmbH-Rechts genügt für die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer schweizerischen GmbH die einfache Schriftlichkeit⁴⁷.

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.

Die Anwendung der schweizerischen Ortsform setzt voraus, dass der Vornahmeort in der Schweiz liegt. Dies ist der Fall, wenn:

- die Parteien oder deren Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterzeichnen;

- der Abtretende oder sein Vertreter den Vertrag in der Schweiz unterschreibt, nachdem der Übernehmer der Anteile diesen außerhalb der Schweiz unterzeichnet hat.

Von der überwiegenden deutschen Rechtsprechung und Literatur wird die Ortsform als alternative Form anerkannt.

Die Parteien können Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über Geschäftsanteile auch nach Inkrafttreten der schweizerischen GmbH-Revision weiterhin in Basel oder an anderen 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 ist⁴⁸. 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 BGH, 4. 11. 2004, III ZR 172/03, E. II/2a. a. E., NZG 2005, 41 ff. = DNotZ 2005, 306; Reichert/Weller, DStR 2005, 292 m. w. N., 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. Doch selbst wenn dem so wäre, ist daran zu erinnern, dass die Formnichtigkeit des Verpflichtungsvertrags durch die formgerechte Abtretung geheilt wird: Baumbach/Hueck/Fastrich, in: Kurzkomentar (Fn. 38), § 15 Rz. 35.

47 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, EWiR 2005, 727, 728). Der Referentenentwurf vom 29. 5. 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“), besucht am 20. 7. 2007) 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.

48 So auch Böttcher/Blasche, NZG 2006, 766, 772.

Philip Morris v. Williams – eine neue Leitentscheidung des US-Supreme Court zu den *punitive damages* im US-amerikanischen Recht

von Rechtsanwalt Dr. Jakob Reinhard, LL.M. (Emory), Frankfurt a. M.

I. Einleitung

Neben der *class action*¹ (Sammelklage) erregt das Rechtsinstitut der *punitive damages*² gelegentlich Aufsehen in Europa, gerade weil die Beträge im Vergleich zu den Urteilen deutscher Gerichte oft genug als grotesk hoch erscheinen³. Da die *punitive damages* auch deutsche Unternehmen betreffen können, die ihre Produkte auf dem amerikanischen Markt vertreiben⁴, ist die Entwicklung dieser Rechtsfrage auch auf der anderen Seite des Atlantiks von Interesse. Zwar schien nach der Entscheidung *State Farm v. Campbell*⁵ die Rechtslage geklärt⁶, doch die jüngsten Entwicklungen deuten darauf hin, dass das letzte Wort in Sachen *punitive damages* noch nicht gesprochen ist, denn der *US Supreme Court* hatte einen Fall zur Entscheidung angenommen, bei dem es auf eine Anwendung der in seinen früheren Entscheidungen

1 FRCP Rule 23. Vgl. auch Reinhard, Klageerhebung im US-amerikanischen und dt. Zivilprozessrecht, Berlin 2005, S. 122 ff.

2 Aus der Literatur: Fritz, Punitive damages und ihre Qualifikation als Zivilsachen, Münster 2004; P. Müller, Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000; Mörsdorf-Schulte, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer Punitive damages, Tübingen 1999; Staudinger, NJW 2006, 2433; Mörsdorf-Schulte, NJW 2006, 1184; Nodoushani, VersR 2005, 1313; Klindt, NJW 2005, 962; Molitoris, NJW 2004, 3622; Welker/Wilske, RIW 2004, 439; Lenenbach, WM 2003, 2398.

3 Z. B. USD 10,1 Mrd. (kompensatorischer plus *punitive damages*, Anwaltskosten und Zinsen), vom Supreme Court of Illinois in *Price v. Philip Morris* (219 Ill2d 182, 848 NE2d 1, 302 IllDec. 1) aufgehoben; USD 28 Mrd. (*Bullock v. Philip Morris, Inc.*, 2002 WL 31833905 (Cal. Super. Ct. 2002)); USD 145 Mrd. (*Engle v. RJ Reynolds Tobacco*, 2000 WL 33534572 (Fla. Cir. Ct. 2000)).

4 So z. B. BMW in der berühmten Entscheidung *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559, 116 SCt 1589, 134 LEd2d 809 (1996). Vgl. auch Nodoushani, VersR 2005, 1313; Klindt, NJW 2005, 962; Welker/Wilske, RIW 2004, 439.

5 123 SCt 1513, 538 US 408, 155 LEd2d 12 (2003).

6 Kritisch Welker/Wilske, RIW 2004, 439; a. A. wohl Lenenbach, WM 2003, 2398.