

GmbH-International

Dr. Hortense Trendelenburg*

Die Beurkundung von Anteilskaufverträgen und gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen nach der Reform des Schweizer Obligationenrechts

In der Schweiz ist am 1.1.2008 ein neues Obligationenrecht in Kraft getreten. Aus deutscher Sicht ist vor allem die Veränderung der Formvorschriften für die Veräußerung von Anteilen an einer GmbH von Interesse. Im Beitrag wird untersucht, inwiefern man Kauf- und Abtretungsverträge über Anteile an deutschen GmbHs nach der Reform weiter wirksam in der Schweiz beurkunden lassen kann. Darüber hinaus wird zur Beurkundung in anderen Ländern als der Schweiz sowie zu EU-rechtlichen und sonstigen Fragen Stellung genommen, die bisher wenig beachtet wurden, durch die Reform nun aber relevant geworden sind. Abschließend werden Möglichkeiten entwickelt, eine fehlgeschlagene Beurkundung nachträglich zu heilen.

I. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten des neuen Schweizer Obligationenrechts im Januar 2008 braucht die Übertragung von Geschäftsanteilen an Schweizer GmbHs nicht mehr beurkundet zu werden. Die Einhaltung der Schriftform reicht aus¹. Durch die Reform ist die Diskussion über die Wirksamkeit der Übertragung von Geschäftsanteilen in der Schweiz, die trotz eindeutiger Rechtsprechung des BGH² nie ganz verstummt war³, wieder in Gang gekommen⁴. Insbesondere die deutschen Notare wenden sich schon seit

Jahrzehnten gegen die Wirksamkeit von Beurkundungen im Ausland, teils mit einer Entschiedenheit⁵, die ihrem Anliegen mehr geschadet als genutzt haben dürfte⁶.

Seit 2004 ist der Geschäftswert auf 60.000.000€ begrenzt, so dass bei großen Unternehmenskaufverträgen üblicherweise Gebühren von etwas über 52.000€ anfallen⁷. Durch eine Reise nach Basel entstehen ebenfalls Kosten, wenn auch nicht im Bereich von über 52.000€. Trotzdem stellt sich die Frage, ob der sog. „Beurkundungstourismus“⁸ in die Schweiz auch entstanden wäre, wenn es die Begrenzung der deutschen Notargebühren immer schon gegeben hätte. Insbesondere aus Sicht des Verkäufers, der die Beurkundungskosten nach den internen Regelungen der Parteien üblicherweise nicht zu tragen hat, wohl aber die Reisekosten seiner Anwälte nach Basel, ist die Beurkundung im Ausland nicht unbedingt günstiger. Trotzdem ist die Beurkundung in der Schweiz bei größeren Transaktionen immer noch üblich. Die Kosten sind insgesamt deutlich geringer als bei einer Beurkundung in Deutschland.

Andererseits hat eine Beurkundung in der Schweiz den Nachteil, dass der Schweizer Notar nicht für die Beratung zum deutschen Recht haftet⁹. Das ist bei Unternehmenskäufen insofern von begrenzter praktischer Bedeutung, als bei anwaltlich beratenen Parteien die Rechtsanwälte in den meisten Fällen vorrangig haften¹⁰.

Einige Basler Notare beschäftigen sich schon seit so langer Zeit auf hohem Niveau mit deutschen Unternehmenstransaktionen, dass sie sich dabei hervorragend auskennen¹¹. Dagegen hatten deutsche Notare vor Einführung der Gebührenbegrenzung im Jahre 2004 wenig Gelegenheit, sich mit großen Unternehmenskäufen zu befassen. Jedenfalls in Bundesländern, in denen Anwälte gleichzeitig Notare sein können, kann man ohne weiteres einen Notar finden, der als Anwalt ausreichend Erfahrung mit Unternehmenskäufen gesammelt hat. Bei weniger geübten Notaren kann man aber trotz der hoch gelobten deutschen Notarusbildung durchaus Überraschungen erleben¹².

* Dr. Hortense Trendelenburg ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt a.M.

1 Vgl. Art. 785 OR n.F. Dagegen müssen andere Maßnahmen wie z.B. Satzungsänderungen weiter beurkundet werden, vgl. Art. 777 ff., 780 OR n.F.; zur Schweizer GmbH-Reform auch Förstli/Bockmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht, 2006, S. 14, 153, 153 und passim; Drenckhan, GmbHR 2006, 1190 (1193); Ammann, RIW 2007, 735.

2 Vgl. BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238; v. 17.3.1989 – V ZR 233/87, NJW-RR 1989, 1259; v. 29.9.1999 – VIII ZR 232/98, NJW-RR 2000, 273; auch OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46; OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 m. Komm. Werner.

3 Vgl. zu Bedenken gegen die Wirksamkeit etwa Schervier, NJW 1992, 593; van Randenborgh/Kallmeyer, GmbHR 1996, 908; Dignas, GmbHR 2005, 139 ff.; Pilger, BB 2005, 1285, und die Gegenäußerung dazu von Weller, BB 2005, 1807.

4 Vgl. Schlößer, GmbHR 2007, 301.

5 Vgl. Winkler, BeurkG, 15. Aufl. 2003, Rz. 1 ff.; Pilger, BB 2005, 1285; auch Schervier, NJW 1992, 593.

6 Wenn das große Engagement der deutschen Notare weniger mit deren Vergütungsinteressen in Verbindung gebracht worden wäre, wäre z.B. die u.A. von Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 13 a BeurkG Rz. 6, und Winkler, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 13 a Rz. 35, vertretene Ansicht, eine Bezugnahme auf Schweizer Urkunden gemäß § 13 a BeurkG sei unwirksam, zwar in der Praxis vielleicht nicht übernommen worden, hätte aber doch wenigstens etwas Beachtung gefunden.

7 Vgl. Schlößer, GmbHR 2007, 301 (Fn. 2); kritisch zu dieser Begrenzung Tiedtke/Fernbacher, ZNotP 2004, 256.

8 Vgl. Schlößer, GmbHR 2007, 301; Pilger, BB 2005, 1285 (1286).

9 Vgl. zur Einstufung der Belehrungspflicht des § 17 BeurkG als Sollvorschrift und zur Möglichkeit eines Verzichts auf die Belehrung BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 (79) = GmbHR 1981, 238; Schlößer, GmbHR 2007, 301 (303); a.A. Schervier, NJW 1992, 593 (595), der die Erwähnung der Wichtigkeit der notariellen Beurkundung im Hinblick auf Richtigkeitsgewähr, Prüfung und Belehrung im „Supermarkt“-Beschluss (BGH v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 = GmbHR 1989, 25) so auslegt, dass diesen Anforderungen nur in Deutschland genügt wird. Dagegen spricht, dass im Ausland beurkundende, anwaltlich vertretene Parteien regelmäßig in der Lage sein werden, eigenverantwortlich Entscheidungen zu treffen. Dritte sind vor der Wirkung materiell falscher Beschlüsse durch § 15 HGB geschützt.

10 Vgl. BGH v. 20.12.1962 – II ZR 205/61, DNotZ 1963, 574; Schippel/Bracker/Schramm, BNotO, 8. Aufl. 2006, § 19 Rz. 106 ff., m.w.N. Die großzügige Anwendung des Haftungsprivilegs des § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO passt nicht recht zur großen Bereitschaft vieler Anwälte, sich auf den Notar zu verlassen, statt beurkundungsrechtliche Fragen selbst zu prüfen.

11 Vgl. auch OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, NJW-RR 1998, 758 („Notar Cu.“) = GmbHR 1998, 46.

12 Ein typischer Fehler ist z.B. die Annahme, nach dem Gesamtbeurkundungsgrundsatz müssten nur die Abschnitte der Transaktion einzeln beurkundet werden, ohne dass in der Urkunde

II. Wirksamkeit der Beurkundung im Ausland

1. Allgemeines

Gemäß Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB ist die Ortsform eingehalten, wenn die Formerfordernisse des Rechts des Staats erfüllt sind, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird¹³. Das Geschäftsrecht ist gemäß Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB eingehalten, wenn die Formerfordernisse des Rechts, das für das materielle Rechtsgeschäft gilt, erfüllt sind.

Wenn also auf das Rechtsgeschäft deutsches Recht anzuwenden ist¹⁴ und dieses eine Beurkundung verlangt, ist die Geschäftsform eingehalten, wenn der Beurkundungsvorgang und die Beurkundungsperson im Ausland im Vergleich zu Deutschland gleichwertig sind¹⁵. Ortsform und Geschäftsform stehen sich grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber, d.h., es reicht aus, wenn eine davon eingehalten wird¹⁶. Die Rechtsprechung hat Beurkundungen in der Schweiz¹⁷, in Österreich¹⁸ und den Niederlanden¹⁹ für wirksam gehalten.

2. Einhaltung der Ortsform

a) Kauf- und Abtretungsverträge

Der BGH²⁰ hat bezüglich einer Beurkundung in der Schweiz die Einhaltung der Ortsform in einem obiter dic-

tum bejaht, sich aber entscheidend auf die Einhaltung des Geschäftsrechts gestützt. Die Frage, ob nicht bereits die Einhaltung der Ortsform zu einer wirksamen Beurkundung des Anteilskauf- und Übertragungsvertrags führt, ist seitdem in der Praxis etwas in den Hintergrund geraten. Von den Instanzgerichten und in der Literatur wird für den schuldrechtlichen Vertrag die Einhaltung der Ortsform für ausreichend gehalten, während für die Abtretung teilweise die Einhaltung der Geschäftsform gefordert wird²¹.

Die Ansicht, dass die Einhaltung des Ortsrechts nach Wortlaut und Sinn des Art. 11 EGBGB²² für den Verkauf und die Abtretung von Geschäftsanteilen einer deutschen GmbH ausreicht, wird vielfach vertreten und ist wohl als herrschend anzusehen²³. Demnach kann man auch nach Inkrafttreten der Schweizer Reform eine Beteiligung an einer deutschen GmbH bei Einhaltung der Ortsform (Schriftform) in der Schweiz wirksam verkaufen und übertragen²⁴.

Literaturansichten sind das eine, die Praxis jedoch das andere. Solange der BGH zur Frage des Ortsrechts nicht abschließend Stellung genommen hat²⁵ und man sich in der Literatur über die Wirksamkeit nicht einig ist²⁶, wird man einem Mandanten im Regelfall nicht raten können, Ver-

auf die jeweils separat beurkundeten Transaktionsschritte Bezug genommen wird. Vgl. hierzu BGH v. 16.3.1988 – VIII ZR 12/87, BGHZ 104, 18 (22 f.), m.w.N.

13 Im Fall einer sog. „Formenleere“, d.h., wenn das Ortsrecht gar keine Form vorsieht, die man einhalten könnte, reicht die Einhaltung der Ortsform schon denklogisch nicht aus, um das Rechtsgeschäft wirksam zu machen; vgl. *Spellenberg* in Münch.-Komm.BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 11 EGBGB Rz. 102. In der Schweiz gibt es auch nach der Reform noch eine Ortsform, die einzuhalten ist; vgl. auch *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (304).

14 Vgl. zu weniger strengen Formerfordernissen beim Verkauf von Anteilen an deutschen Gesellschaften z.B. nach englischem Recht *Ettinger/Wolff*, GmbHR 2002, 890; *Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1954 (1959). Bezüglich der Veräußerung ausländischer Gesellschaften in Deutschland, die wegen der zunehmenden Anzahl von Limiteds in Deutschland in Zukunft praxisrelevanter werden könnte, sind die Meinungen geteilt, vgl. OLG Celle v. 20.11.1991 – 20 U 26/91, GmbHR 1992, 815; OLG München v. 5.3.1993 – 23 U 5958/92, GmbHR 1993, 654; auch *Picot/Land*, DB 1998, 1601.

15 Vgl. nur BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238 sowie *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (302, Fn. 8), m.w.N.

16 Vgl. nur *Spellenberg* in Münch.Komm.BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 11 EGBGB Rz. 44; auch *Ettinger/Wolff*, GmbHR 2002, 890 (893).

17 Vgl. BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238; OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46; OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 (767) m. Komm. *Werner*.

18 Vgl. BayObLG v. 18.10.1977 – BReg 3 Z 68/76, GmbHR 1978, 39; auch LG Kiel v. 25.4.1997 – 3 T 143/97, BB 1998, 120 = GmbHR 1997, 952 (LS), zu einem besonders gelagerten Fall.

19 Vgl. OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169.

20 Vgl. nochmals BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238, allerdings zu einer gesellschaftsrechtlichen Maßnahme.

21 Für eine Wirksamkeit bei Einhaltung der Ortsform BayObLG v. 18.10.1977 – BReg 3 Z 68/76, GmbHR 1978, 39; OLG Frankfurt a.M. v. 10.4.1981 – 20 W 460/80, DNotZ 1982, 186; OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46

(obiter dictum); offen gelassen in BGH v. 17.3.1989 – V ZR 233/87, NJW-RR 1989, 1259; OLG Stuttgart v. 17.5.2000 – 20 U 68/99, GmbHR 2000, 721 m. Komm. *Emde*; OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 m. Komm. *Werner*; vgl. auch *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 15 Rz. 22; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 15 Rz. 89.

22 Anders jedoch die Entstehungsgeschichte des Art. 11 EGBGB, vgl. *Goette*, MittRhNotK 1997, 1 (3); *Schervier*, NJW 1992, 593 (594).

23 So bereits BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238 (obiter dictum); RG v. 22.3.1939 – II 137/38, RGZ 160, 225 (Vertragsschluss in der Schweiz über die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH; obiter dictum wurde auch die Wirksamkeit eines schriftlichen Vertragsschlusses in der Schweiz bejaht); OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169; OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 (obiter dictum); *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (304); *Weller*, BB 2005, 1807 (1809); *Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1954 (1959).

24 So bereits *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (304); *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65 (68); *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766 (772). *Pilger*, BB 2005, 1285 (1286), vertritt die Ansicht, die Schweizer Ortsform sei nicht eingehalten, da anders als nach Schweizer Recht bei Abtretungen der Beteiligung an deutschen GmbHs nicht immer ein Zustimmungsbeschluss gefasst u.v.a. die Übertragung nicht im Handelsregister eingetragen werde. Zu Recht a.A. *Weller*, BB 2005, 1807 (1808), mit ausführl. Begründung.

25 Vgl. jedoch BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238 (obiter dictum); auch *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (303, Fn. 29, Fn. 15), mit Verweisen auf OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46; OLG München v. 27.10.1982 – 7 U 4099/81, WM 1984, 260 (261); OLG Frankfurt a.M. v. 10.4.1981 – 20 W 460/80, RIW 1981, 552; OLG Stuttgart v. 3.1.1980 – 8 W 530/79, NJW 1981, 1176; BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238; BayObLG v. 18.10.1977 – BReg 3 Z 68/76, GmbHR 1978, 39; OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169.

26 Vgl. *Spellenberg* in Münch.Komm.BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 11 EGBGB Rz. 131 ff., 137; a.A. bezüglich des Verfügungsge-
schäfts *Staudinger/Großfeld*, BGB, 1998, EGBGB Rz. 492.

kauf und Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH nur nach Ortsform vorzunehmen²⁷.

b) Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen

Bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen²⁸, bei denen eine eventuell mangelnde Beurkundung durch Eintragung ins Handelsregister wirksam wird²⁹, mag eine andere Bewertung gerechtfertigt sein. Gerade bei solchen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen wurde jedoch bisher fast immer in Deutschland beurkundet. Eine Änderung der Verfassung der Gesellschaft müsse von einem deutschen Notar beurkundet werden³⁰.

Dies geht im Wesentlichen auf einen Aufsatz von *Goette* zurück, der dem für die Beurteilung dieser Fragen zuständigen Senat angehörte und sich in mehreren Aufsätzen zu diesem Thema geäußert hat³¹. Er begründete dies mit der Wichtigkeit gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen³², dem Verweis auf § 16 GmbHG, der die Gesellschaft vor den Konsequenzen fehlerhafter Anteilsübertragungen schützt³³, sowie der Entstehungsgeschichte des Art. 11 EGBGB, bei der der Gesetzgeber davon ausging, dass diese Vorschrift nicht für gesellschaftsrechtliche Vorgänge gelten sollte³⁴. *Goette*³⁵ hat selbst darauf hingewiesen, dass es sich bei seinen Äußerungen nicht um eine offizielle Meinungsäußerung des BGH handelt³⁶. Trotzdem wurden sie lange Zeit faktisch als solche behandelt³⁷. Zwischenzeitlich hat sich vieles geändert, so dass man sich nicht Wort für Wort an die Ausführungen *Goettes* zu diesem Thema halten muss. Unter anderem ist die neuere Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen.

Der EuGH hat sich noch nicht zur Wirksamkeit einer Beurkundung im Ausland geäußert. Es gibt jedoch eine Reihe von Entscheidungen zu anderen Fragen der Berufs- und

Niederlassungsfreiheit. Zu den Grundfreiheiten gehört nach Art. 49 u. 50 des EG-Vertrages auch die Dienstleistungsfreiheit³⁸. Dies schließt die Freiheit ein, über die Grenze zu reisen und im Ausland Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Es besteht kein Grund, warum zu diesen Dienstleistungen nicht auch die Dienstleistungen ausländischer Notare gehören sollten³⁹.

Bereits der Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB spricht dafür, dass eine Beurkundung nach Ortsform wirksam sein soll⁴⁰. Jedenfalls eine EU-rechtskonforme Auslegung dieser Vorschrift würde dazu führen, dass ein Notar im EU-Ausland beurkunden kann. Dies gilt nicht nur für den Verkauf und die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH, sondern auch für gesellschaftsrechtliche Maßnahmen wie z.B. eine Kapitalerhöhung. Aus geographischen und sprachlichen Gründen böte sich eine Beurkundung in Österreich oder den Niederlanden an, wie sie auch schon vereinzelt durchgeführt wurde⁴¹. Für eine Beurkundung in Basel sprechen die Erfahrung und Qualität der dortigen Notare. Die Dienstleistungsfreiheit besteht im Drittstaat Schweiz aber nicht uneingeschränkt⁴².

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis spricht vieles dafür, dass das Rechtsgeschäft schon bei Einhaltung der Ortsform wirksam ist. Das gilt sowohl für Kauf- und Abtretungsverträge als auch für gesellschaftsrechtliche Maßnahmen. Zur Sicherheit sollte aber auch das Geschäftsrecht eingehalten werden.

3. Einhaltung des Geschäftsrechts

Fraglich ist, ob es nach Inkrafttreten der Schweizer Reform noch möglich ist, das Geschäftsrecht durch eine Beurkundung in der Schweiz einzuhalten.

- ²⁷ So bereits *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (305); *Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1954 (1959); auch *Janßen/Roberts*, GmbHR 2003, 433.
- ²⁸ Vgl. zum Sonderproblem, ob eine Gesellschafterversammlung im Ausland stattfinden kann, auch OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169; *Spellenberg* in Münch.Komm.BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 11 EGBGB Rz. 56 ff.; a.A. OLG Hamburg v. 7.5.1993 – 2 Wx 55/91, NJW-RR 1993, 1317. Dies ist keine Frage des internationalen Privatrechts, sondern des Gesellschaftsrechts und sollte zumindest bei Versammlungen von Gesellschaften mit überschaubarem Gesellschafterkreis, die an leicht zugänglichen Orten abgehalten werden, zu bejahen sein.
- ²⁹ Vgl. zur analogen Anwendung des § 242 AktG auf GmbHs nur *Hüffer*, AktG, 7. Aufl. 2006, § 242 Rz. 1.
- ³⁰ Vgl. *Dignas*, GmbHR 2005, 139 (140), mit Verweis auf AmtsG Köln v. 22.6.1989 – 42 AR 468/89, GmbHR 1990, 171; AmtsG Fürth v. 16.11.1990 – HR B 2177, GmbHR 1991, 24; LG Augsburg v. 4.6.1996 – 2 HKT 2093/69, GmbHR 1996, 941; AmtsG Kiel v. 17.3.1997 – 4 GnR 433, MittBayNot 1997, 116; LG Mannheim v. 27.7.1998 – 24 T 2/98, IPRspr. 1999, Nr. 23. Derartige Entscheidungen wurden nicht selten in der zweiten Instanz aufgehoben, vgl. LG Köln v. 13.10.1989 – 87 T 20/89, GmbHR 1990, 171; LG Nürnberg-Fürth v. 20.8.1991 – 4 HK T 489/91, GmbHR 1991, 582; LG Kiel v. 25.4.1997 – 3 T 143/97, BB 1998, 120 = GmbHR 1997, 952 (LS); auch *Dignas*, GmbHR 2005, 139 (141). Vgl. weiter für eine Einhaltung des Geschäftsrechts OLG Hamburg v. 7.5.1993 – 2 Wx 55/91, NJW-RR 1993, 1317; OLG Hamm v. 1.2.1974 – 15 Wx 6/74, NJW 1974, 1057 = GmbHR 1974, 91 (LS); OLG Karlsruhe v. 10.4.1979 – 11 W 104/78, RIW 1979, 567; a.A. OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169; wohl auch OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 (766) m. Komm. *Werner*; offen gelassen in BGH v. 22.5.1989 – II ZR 211/88, GmbHR 1990, 25 (27).
- ³¹ Vgl. *Goette*, DStR 1996, 709; *Goette*, MittRhNotK 1997, 1.
- ³² Vgl. *Goette*, MittRhNotK 1997, 1 (3).
- ³³ So *Goette*, MittRhNotK 1997, 1 (4). Vgl. zur geplanten Neufassung des § 16 GmbHG auch *Grunewald*, Der Konzern 2007, 13.
- ³⁴ Vgl. *Goette*, MittRhNotK 1997, 1 (3); zu Art. 37 S. 1 Nr. 2 EGBGB auch *Schervier*, NJW 1992, 593 (594).
- ³⁵ *Goette*, MittRhNotK 1997, 1.
- ³⁶ In BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238, wurde vielmehr die Wirksamkeit der im Ausland beurkundeten Satzungsänderung einer GmbH in einem obiter dictum ausdrücklich bejaht.
- ³⁷ Vgl. nur *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65 (68 f.).
- ³⁸ Vgl. allgemein hierzu EuGH v. 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04 u. C-360/04, EuZW 2007, 209; *Lenz/Otto/Hakenberg*, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 49/50 EGV Rz. 15 ff.
- ³⁹ So bereits *Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1954 (1959); *Spellenberg* in Münch.Komm.BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 11 EGBGB Rz. 73 ff., mit ausführl. Begr.; vgl. auch *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 1998, Rz. 487.
- ⁴⁰ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Art. 11 EGBGB jedoch nochmals *Goette*, MittRhNotK 1997, 1 (3).
- ⁴¹ Vgl. LG Kiel v. 25.4.1997 – 3 T 143/97, BB 1998, 120 = GmbHR 1997, 952 (LS), das bei einer Beurkundung in Österreich der Ansicht war, dass die Beurkundung gleichwertig sei und die Voraussetzungen des Geschäftsrechts vorliegen; auch OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169, bezüglich der Gleichwertigkeit einer Beurkundung in den Niederlanden; *Picot/Land*, DB 1998, 1601 (1604), m.w.N.
- ⁴² Vgl. *Bergmann*, NZS 2003, 175 (185); *Weigell*, IStR 2006, 190.

a) Freiwillige Einhaltung deutscher Beurkundungsvorschriften nach der alten Rechtslage

Der BGH hatte bezüglich der früheren Rechtslage die Einhaltung des Geschäftsrechts bejaht, da die Schweizer Beurkundung mit der deutschen vergleichbar sei⁴³. In der Literatur wurde kritisiert, dass der BGH zur Unterstützung seiner Ansicht auf ein Gutachten Bezug genommen habe, bei dem es um eine Beglaubigung und nicht um eine Beurkundung gegangen sei⁴⁴. Außerdem hatte der BGH sich

43 BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 (78) = GmbHR 1981, 238.

44 Vgl. nur *Dignas*, GmbHR 2005, 139 (141).

45 Vgl. BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 (78) = GmbHR 1981, 238. Eine weiterer Kritikpunkt war, dass das Gutachten des Max-Planck-Instituts über das Schweizer Beurkundungsrecht, von dem sich der BGH leiten ließ, eine Beglaubigung und keine Beurkundung betreffe, vgl. *Bredthauer*, BB 1986, 1864 (1869); *Dignas*, GmbHR 2005, 141. Vgl. auch *Goette*, MittRhNotK 1997, 1 (4), der argumentiert, dass eine Beurkundung ohne Belehrungspflicht inhaltlich nur eine Beglaubigung sein könne.

46 Vgl. *Schervier*, NJW 1992, 593; auch *Pilger*, BB 2005, 1285.

47 Kritisch *Dignas*, GmbHR 2005, 139 (141, Fn. 22).

48 Nach OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – II U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 (767) m. Komm. *Werner* soll die Geschäftsform bereits gewahrt sein, wenn der Vertrag in Anwesenheit der Vertreter errichtet, „von diesen durchgelesen“, genehmigt und unterschrieben und vom Notar gesiegelt wurde. *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 1998, Rz. 473, hält die tatsächliche Handhabung (Verlesung), nicht die gesetzlichen Mindestanforderungen für entscheidend. Auch *Schervier*, NJW 1992, 593 (596), ist der Ansicht, dass eine freiwillige Verlesung ausreicht, lehnt die Gleichwertigkeit der Beurkundung aber aus anderen Gründen ab; ebenso wohl *Pilger*, BB 2005, 1285 (1287).

49 Vgl. nur *Spellenberg* in Münch.Komm.BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 11 EGBGB Rz. 65, m.w.N.; str., a.A. *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 17 BeurkG Rz. 16; mit Einschränkungen auch *Dignas*, BB 2005, 139 (140 ff.).

50 Vgl. nur *Noack*, DB 2007, 1395; zu weitgehend *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (303). *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65 (67), und *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841 (1846), diskutieren die Notwendigkeit einer Beurkundung in Deutschland aufgrund der Verschärfung der Mitteilungspflichten deutscher Notare bezüglich Gesellschafterwechseln, lehnen dies aber i.E. zu Recht ab. Mitteilungspflichten bezüglich des Wechsels des Gesellschafters bestehen (nur) für deutsche Notare gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG auch schon vor Inkrafttreten des MoMiG und können ebenso wenig wie andere Mitteilungspflichten (insbesondere nach § 18 Abs. 2 S. 2 GrEStG, vgl. auch *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, Rz. 53; kritisch OLG Köln v. 29.11.1971 – 2 Wx 78/71, RPflegler 1972, 134 [135]) dazu führen, dass nicht im Ausland beurkundet werden darf. Ansonsten würden materielle und formelle Fragen in einer Weise vermischt, die mit dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB nicht zu vereinbaren ist. Rein faktisch dürfte das MoMiG wegen des möglichen Gutgläubenserwerbs eher dazu beitragen, dass auch bei Auslandsbeurkundungen die Gesellschafterliste eingereicht wird (in diese Richtung wohl auch RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 84).

51 Vgl. auch aber auch OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – II U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 m. Komm. *Werner*.

52 Vgl. nochmals BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238; kritisch *Bredthauer*, BB 1986, 1864 (1869).

53 Vgl. *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (302).

54 Vgl. *Schlößer*, GmbHR 2007, 301; *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65 (67); *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766 (768); auch *Böttcher*, FAZ v. 17.10.2006; a.A. *Pilger*, FAZ v. 18.4.2007.

55 Vgl. *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (303).

in seinem Urteil dahingehend geäußert, dass eine „Verlesung“ des zu beurkundenden Texts auch in der Schweiz stattfindet⁴⁵. Das war für den BGH eines der Argumente dafür, dass die Beurkundung in der Schweiz gleichwertig und somit das Geschäftsrecht eingehalten sei.

Dies wurde vielfach mit dem Argument kritisiert, dass man in der Schweiz, anders als in Deutschland, auf die Verlesung des zu beurkundenden Texts verzichten konnte⁴⁶. In der Praxis wurde dies so gelöst, dass die Schweizer Notare bei einer Beurkundung von Verträgen über deutsche GmbHs den Text auf Wunsch der Parteien verlasen. Aufgrund der unklaren Formulierung des BGH⁴⁷ konnte man sich aber nie ganz sicher sein, ob die „freiwillige“ Verlesung nun als Einhaltung des Geschäftsrechts anzusehen war oder nicht⁴⁸. Andererseits war die Verlesung auch in der Schweiz das Grundprinzip. Die Parteien konnten zwar auf die Verlesung verzichten, mussten dies aber nicht. Auch bei einer Beurkundung in Deutschland kann man auf einiges verzichten, z.B. auf die Verlesung von Anlagen nach § 13 a BeurkG oder § 14 BeurkG, ohne dass jemand auf den Gedanken käme, die Verlesung als solche gehöre nicht zu den Regeln und Prinzipien der deutschen Beurkundung. Sogar die Belehrung über die rechtliche Tragweite des zu beurkundenden Geschäfts nach § 17 BeurkG ist verzichtbar⁴⁹.

Insofern besteht ein deutlicher Unterschied zur neuen Rechtslage, nach der die privatschriftliche Übertragung nach Schweizer Recht das Grundprinzip ist und die Beurkundung gesetzlich gar nicht mehr vorgesehen ist. Dagegen wird in Deutschland die Beurkundungspflicht für Anteilsübertragungen auch nach Inkrafttreten des MoMiG bestehen bleiben⁵⁰.

b) Freiwillige Einhaltung deutscher Beurkundungsvorschriften nach der neuen Rechtslage

Nach Inkrafttreten der Schweizer Reform ist die Frage, ob die „freiwillige“ Beurkundung als Einhaltung des Geschäftsrechts anzuerkennen ist⁵¹, von entscheidender Bedeutung. Der BGH hatte sich bezüglich der Verlesung unklar ausgedrückt⁵², so dass die nunmehr sehr wichtige Frage, ob die freiwillige Einhaltung einer strengeren Form ausreicht, nicht klar beantwortet ist. Nach teilweise vertretener Ansicht⁵³ ist in Betracht zu ziehen, dass z.B. junge Notare in der Schweiz mit der Beurkundung von Kauf- und Abtretungsverträgen über GmbHs nicht mehr vertraut sind und daher höchstens durch die Beurkundung deutscher Transaktionen Expertise erwerben könnten, die mit denen deutscher Notare vergleichbar wäre. Andererseits kann man dagegen einwenden, dass der BGH nach der bisherigen Rechtslage nicht auf die individuelle Erfahrung des betreffenden Notars abgestellt hat.

Die wenigen aktuellen Stellungnahmen in der Literatur kommen mehrheitlich zum Ergebnis, dass die Geschäftsform auch nach Abschaffung der Beurkundungspflicht für die Übertragung von Anteilen an einer Schweizer GmbH noch eingehalten sein soll⁵⁴. Dafür spricht einiges, insbesondere die Tatsache, dass die nach deutschem Recht zwingende Verlesung auch bisher in der Schweiz nur freiwillig vorgenommen wurde. Andererseits hat sich die Schweizer Rechtslage, wenn künftig in Schriftform veräußert wird, so weit von der deutschen entfernt, dass man zögert, den Vorgang als gleichwertig anzusehen.

Für eine Beurkundung in der Schweiz mögen praktische Erwägungen sprechen⁵⁵. Rechtliche Erwägungen sind je-

doch letztlich allein entscheidend, und hier ist festzustellen, dass sich die Rechtslage seit dem BGH-Urteil zur Beurkundung in der Schweiz⁵⁶ so deutlich verändert hat, dass man sich nicht mehr ohne weiteres auf eine gesicherte Rechtsprechung des BGH⁵⁷ berufen kann. Zwar sprechen bei „freiwilliger“ Beurkundung durch einen Schweizer Notar überwiegende Erwägungen dafür, dass das Geschäftsrecht nach wie vor eingehalten ist. Die Rechtslage hat sich aber durch die Reform so grundlegend geändert, dass dies derzeit eine Literaturmeinung ist, auch wenn es einige Urteile gibt, auf die man sich bis zu einem gewissen Grad stützen kann⁵⁸.

4. Heilungsmöglichkeiten

Wenn sich später herausstellen sollte, dass der Verkauf und die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen nicht wirksam waren, sind die Konsequenzen äußerst unangenehm. Fraglich ist, ob man sich dagegen schützen kann.

a) Erteilung einer Vollmacht an die andere Vertragspartei

In der Literatur wird teilweise vorgeschlagen, sich dadurch abzusichern, dass die Parteien sich gegenseitig unwiderrufliche Vollmachten zum erneuten Abschluss eines Unternehmenskaufvertrags geben⁵⁹. Auch das ist aber keine hinreichende Lösung. Zum einen gibt es nach deutschem Recht keine unwiderruflichen Vollmachten⁶⁰, sondern nur Vollmachten, die man zumindest aus wichtigem Grund widerrufen kann⁶¹, in der Praxis zugegebenermaßen kein

großer Unterschied. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Vollmacht nicht selbst beurkundungspflichtig sein könnte, wenn sie unwiderruflich und der Vollmachtgeber somit bereits an das Geschäft gebunden ist⁶². Auch wenn man eine unwiderrufliche Vollmacht grundsätzlich nicht für beurkundungspflichtig halten sollte, könnte man sich durchaus überlegen, ob dies auch für den speziellen Fall der gezielten Umgehung einer Beurkundung in Deutschland gelten soll. Selbst wenn die Vollmacht wirksam sein sollte, kann ein nachträglicher Neuabschluss des Unternehmenskaufvertrags kraft Vollmacht in steuerlicher⁶³ oder sonstiger⁶⁴ Hinsicht unerwünscht sein.

b) Weiterveräußerung

Auch wenn keine Vollmacht gegeben wurde, ließe sich die Situation gegebenenfalls noch abmildern, z.B. durch Ausnutzung der durch das MoMiG entstehenden Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen an einer GmbH⁶⁵. Dieser Weg ist jedoch riskant⁶⁶ und aufwendig⁶⁷ und sollte, wenn möglich, vermieden werden.

c) Treu und Glauben

Man könnte sich überlegen, ob eine Berufung die Formnichtigkeit treuwidrig ist. Ein treuwidriges Verhalten kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Käufer, der zumeist aus Kostengründen auf die Beurkundung im Ausland drängt, nachträglich versucht, sich mit dem Argument unwirksamer Beurkundung vom Vertrag zu lösen. Hier könnte man eine Parallele zu formnichtigen Treu-

56 Vgl. nochmals BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238.

57 Vgl. BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238; für eine Wirksamkeit bei Einhaltung der Schriftform spricht auch RG v. 22.3.1939 – II 137/38, RGZ 160, 225 (obiter dictum).

58 Vgl. nochmals BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238; OLG Frankfurt a.M. v. 25.1.2005 – 11 U 8/04, GmbHR 2005, 764 (767) m. Komm. Werner; BayObLG v. 18.10.1977 – BReg 3 Z 68/76, GmbHR 1978, 39; OLG Frankfurt a.M. v. 10.4.1981 – 20 W 460/80, DNotZ 1982, 186; OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 (obiter dictum); BGH v. 17.3.1989 – V ZR 233/87, NJW-RR 1989, 1259; OLG Stuttgart v. 17.5.2000 – 20 U 68/99, GmbHR 2000, 721 m. Komm. Emde; auch Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHHG, 18. Aufl. 2006, § 15 Rz. 22; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHHG, 5. Aufl. 2005, § 15 Rz. 89; Staudinger/Großfeld, IntGesR, 1998, Rz. 473.

59 Vgl. Schlößer, GmbHR 2007, 301 (305); Picot/Land, DB 1998, 1601 (1604); Janßen/Robertz, GmbHR 2003, 433 (438).

60 Vgl. Schramm in Münch.Komm.BGB, 5. Aufl. 2006, § 168 Rz. 21 ff.

61 Vgl. Schramm in Münch.Komm.BGB, 5. Aufl. 2006, § 168 Rz. 28.

62 Vgl. Rösler, NJW 1999, 1150 (1151, 1153); Traumann, GmbHR 1985, 78 f.; a.A. RG v. 26.1.1932 – II 221/31, RGZ 135, 70 (71) (obiter dictum bezüglich unwiderruflicher Vollmacht); auch Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 167 Rz. 2, mit Verweis auf BGH v. 24.3.1954 – II ZR 23/53, BGHZ 13, 49 (53) = GmbHR 1954, 75 m. Anm. Schneider, und BGH v. 17.11.1955 – II ZR 222/54, BGHZ 19, 69 (72) = GmbHR 1956, 44 (LS) m. Anm. Garßmüller, die jedoch keine unwiderruflichen Vollmachten betrafen; Winter in Scholz, GmbHHG, 9. Aufl. 2000, § 15 Rz. 47; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHHG, 5. Aufl. 2005, § 15 Rz. 89; Bergmann in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHHG, 4. Aufl. 2002, § 15 Rz. 37.

63 Der Vertrag ist üblicherweise auf die steuerlichen Gegebenheiten

bei Vertragsschluss zugeschnitten. Z.B. wird beim Kaufpreis und bei der Strukturierung berücksichtigt, wie der Kaufpreis versteuert wird. Wenn sich die steuerlichen Gegebenheiten ändern, der Vertrag aber in gleicher Form neu abgeschlossen wird, kann dies zu unerwünschten Ergebnissen führen.

64 Wenn z.B. Gewährleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgegeben werden, die ohne Wissen des Verkäufers nicht zutreffen, kann der Verkäufer sich auf eine vertragliche Haftungsbegrenzung berufen. Falls der Vertrag zu einem Zeitpunkt neu abgeschlossen wird, in dem der Mangel bereits bekannt ist, könnte das anders sein, zumal § 442 BGB in Unternehmenskaufverträgen häufig abbedungen wird. Dieses Problem lässt sich durch angemessene Gestaltung lösen, sollte aber nicht übersehen werden.

65 Vgl. Grunewald, Der Konzern 2007, 13; auch Noack, DB 2007, 1395 (1399). Aus Sicht des ursprünglichen Verkäufers, der der Anteilsübertragung im Ausland zugestimmt hat und dem die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste demnach zuzurechnen ist, sollte versucht werden, gegen die Eintragung vorzugehen.

66 Der jetzige Verkäufer wird sich aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit zwar regelmäßig mit Erfolg darauf berufen können, er habe an eine wirksame Beurkundung und damit an seinen Eigentumserwerb geglaubt. Wenn er dem künftigen Zweiterwerber die Auseinandersetzung mit dem ursprünglichen Verkäufer verschweigt, wird er dies jedoch kaum glaubhaft erklären können. Zudem führt der neue Käufer regelmäßig eine Due Diligence durch und ist daher darüber informiert, dass der ursprüngliche Erwerb durch den jetzigen Verkäufer im Ausland beurkundet wurde.

67 Ein Private-Equity-Erwerber möchte die Beteiligung ohnehin nach Ablauf eines gewissen Zeitraums verkaufen. Einem strategischen Erwerber kann es dagegen darauf ankommen, die Beteiligung langfristig zu halten. Theoretisch kann auch innerhalb des Konzerns ein gutgläubiger Erwerb stattfinden, der Verkäufer wird sich aber schwer tun, eine verbundene Gesellschaft zu finden, deren Vertreter gutgläubig sind.

handverträgen bezüglich Geschäftsanteilen an einer GmbH ziehen. Bei solchen Treuhandverträgen wurde entschieden, dass die übrigen Gesellschafter sich nicht nachträglich auf Formnichtigkeit berufen können, wenn sie den Betroffenen über Jahre hinweg als Gesellschafter behandelt haben⁶⁸. Auch hier besteht jedoch eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

d) Eintragung ins Handelsregister

Rechtsunsicherheit besteht grundsätzlich auch bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen wie z.B. Kapitalerhöhungen. Wie oben⁶⁹ erwähnt, haben diese jedoch den Vorteil, dass eventuelle Mängel der Beurkundung durch Eintragung ins Handelsregister geheilt werden. In der Vergangenheit lehnten die Register die Eintragung von im Ausland beurkundeten Maßnahmen gelegentlich ab, die Klagen gegen diese Entscheidungen waren jedoch erfolgreich⁷⁰. Falls die Eintragung einer gesellschaftsrechtlichen Maßnahme einmal abgelehnt werden sollte, weiß man anders als beim Unternehmenskauf, bei dem es auch nach Jahren noch zu Streitigkeiten kommen kann, relativ schnell Bescheid und kann reagieren, indem man vor einem deutschen Notar erneut beurkundet.

Bei vielen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen sind die Kosten einer Beurkundung in Deutschland überschaubar. Daher wird es wirtschaftlich nicht immer sinnvoll sein, im Ausland zu beurkunden.

III. Ergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Beurkundung in der Schweiz auch nach Inkrafttreten der Reform der Obligationenrechts wirksam, wenn dabei das Ortsrecht⁷¹ oder das Geschäftsrecht⁷² eingehalten wird. Hier besteht jedoch seit Inkrafttreten der Schweizer Reform eine gewisse Rechtsunsicherheit. Wer ganz sicher gehen möchte, muss daher in Deutschland beurkunden. Insbesondere bei einer freiwilligen Einhaltung der Geschäftsform dürfte das Risiko bei einer Beurkundung in der Schweiz auch weiterhin überschaubar sein.

68 Vgl. BGH v. 12.12.2005 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 208. Der Fall war insofern besonders gelagert, als der Betroffene mehr als zwanzig Jahre als Gesellschafter anerkannt wurde und man sich erst auf die Formnichtigkeit berief, als es wegen anderer Fragen Unstimmigkeiten gab.

69 Vgl. oben II.2.b).

70 Vgl. nochmals die Übersicht bei *Dignas*, GmbHR 2005, 139 (140f.).

71 Vgl. oben unter II.2.c).

72 Vgl. oben unter II.3.b).

73 Vgl. nochmals BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 = GmbHR 1981, 238 (obiter dictum); RG v. 22.3.1939 – II 137/38, RGZ 160, 225; OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169; OLG München v. 19.11.1997 – 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46 (obiter dictum); *Schlößer*, GmbHR 2007, 301 (304); *Weller*, BB 2005, 1807 (1809); *Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1954 (1959).

74 Vgl. nochmals *Staudinger/Großfeld*, IntGesR. 1998, Rz.473; grundsätzlich auch *Schervier*, NJW 1992, 593 (596); wohl auch *Pilger*, BB 2005, 1285 (1287).

75 Vgl. nochmals BayObLG v. 18.10.1977 – BReg 3 Z 68/76, GmbHR 1978, 39; LG Kiel v. 25.4.1997 – 3 T 143/97, BB 1998, 120 = GmbHR 1997, 952 (LS) (Österreich); OLG Düsseldorf v. 25.1.1989 – 3 Wx 21/89, GmbHR 1990, 169 (Niederlande).

76 So bereits *Bötcher/Blasche*, NZG 2006, 766 (772).

Für eine Beurkundung in Basel sprechen zum einen – so seltsam dies im Hinblick auf die Diskussion bezüglich der Gleichwertigkeit anmuten mag – die hervorragende Arbeit einiger Notare in Basel, zum anderen die geringeren Kosten, die von vielen bejahte Möglichkeit der Einhaltung nur der Ortsform⁷³ und die ebenfalls von vielen bejahte Möglichkeit einer freiwilligen Einhaltung des Geschäftsrechts⁷⁴. Für eine Beurkundung innerhalb der EU, z.B. in Österreich oder den Niederlanden, spricht die Dienstleistungsfreiheit, dagegen jedoch die mangelnde Erfahrung der Notare in EU-Ausland im Vergleich zu den Notaren in Basel.

Im Ergebnis wird man feststellen müssen, dass angesichts der Rechtsänderung bei einer Beurkundung in Basel nicht mehr auf gefestigte Rechtsprechung des BGH verwiesen werden kann und somit Rechtsunsicherheit besteht. Trotzdem sprechen überwiegende Argumente für eine Wirksamkeit der Beurkundung in Basel oder vergleichbaren Kantonen.

Nach entsprechendem Hinweis auf das Risiko wird man Mandanten weiterhin dazu raten können, in Basel oder im sonstigen anerkannten Ausland⁷⁵ zu beurkunden, sicherheitshalber unter freiwilliger Einhaltung der Geschäftsform⁷⁶. Man sollte sich jedoch darüber im Klaren sein, dass es nicht völlig ausgeschlossen ist, dass die Transaktion erneut beurkundet werden muss. Daher sollte man sich von Anfang an so gut wie möglich absichern, muss sich aber auch bewusst sein, dass Lösungsansätze wie z.B. die Erteilung einer Vollmacht an die andere Vertragspartei keine umfassende Sicherheit bieten können.

GmbH-Beratung

Prof. Dr. Dieter Schulze zur Wiesche*

Die Besteuerung der Erträge aus Kapitalbeteiligungen ab dem 1.1.2009

Aufgrund der Unternehmensteuerreform 2008 ergeben sich erhebliche Änderungen bei Kapitaleinkünften. Anhand von Beispielsfällen behandelt dieser Beitrag die mit Beteiligungserträgen zusammenhängenden Werbungskosten. Schuldzinsen können bei den Erträgen aus den Beteiligungen im Privatvermögen bis auf zwei Ausnahmen (Beteiligung von mindestens 25 v.H. oder bei Beteiligung von mindestens 1 v.H., wenn sie im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit steht) nicht mehr berücksichtigt werden. Eine GmbH-Beteiligung im Privatvermögen kann durch Begründung einer Mitunternehmerschaft (GmbH & atypisch Still) oder Betriebsaufspaltung Betriebsvermögen werden, mit Folge das Schuldzinsen, Rentenzahlungen als Betriebsausgaben berücksichtigt werden.

I. Einleitung

Ab 1.1.2008 werden sich aufgrund des *Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 (UntStRG 2008)*¹ erhebliche Verän-

* Prof. Dr. Dieter Schulze zur Wiesche ist Rechtsanwalt in Nordkirchen.

¹ BGBl. I 2007, 1912.