

# 5. Auslandsform als Ersatz für Notariatsakt (Gleichwertigkeit, Substitution)?

## 5.1. Allgemeines

„Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.“<sup>527</sup>

Dieses Zitat unterstreicht die Wichtigkeit einer Anerkennung von Auslandsbeurkundungen unter bestimmten Voraussetzungen. Gleichzeitig ist es – um eine Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt herzustellen – erforderlich zu wissen, welche Funktion die Form des österreichischen Notariatsakts mit sich bringt. Mit der CNUE und dem Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts werden Instrumente zur Verfügung gestellt, die eine Substitution ermöglichen.

Mit dem Begriff der „*Substitution*“ wird im IPR das Problem der Subsumentierbarkeit von Auslandstatsachen unter den Tatbestand einer Sachnorm bezeichnet. Hier geht es darum, dass die fremde Rechtserscheinung den Anforderungen der (eigenen oder fremden) Sachnorm genügt. Substitution ist damit zunächst eine Frage der (teleologischen) Auslegung der anzuwendenden Sachnorm.<sup>528</sup> Bei der Substitution ist zuerst nach der Sub-

---

527 Das Jhering-Zitat lautet vollständig: „Die Geschworenengerichte sollen wir nicht einführen, weil sie nicht auf unserm eigenen Boden gewachsen sind, die konstitutionelle Staatsform ist ein auswärtiges Gewächs und damit gerichtet u.s.w. Als ob wir Anstand nähmen, fremden Wein einzuführen, weil wir ihn nicht gekellert, die Chinarinde zu gebrauchen, weil sie nicht bei uns gewachsen. Wer uns abhalten will, fremde Gesetze und Einrichtungen zu adoptieren, möge uns auch verbieten, irgend ein anderes Stück fremder Kultur aufzunehmen, möge befahlen, dass der Einfluß, den das Studium des Altertums auf die moderne Kultur ausgeübt hat, wieder rückgängig gemacht werde. Die Frage von der Rezeption fremder Rechteinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Fremde holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.“ von Jhering, Geist des Römischen Rechts<sup>5</sup>, I (1891) 8 f.

528 BGH 17.12.2013, II ZB 6/13.

stuitierbarkeit, dh danach zu fragen, ob die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals durch eine Auslandstatsache überhaupt in Betracht kommt. Ist dies zu bejahen, kommt es auf die Gleichwertigkeit der Auslandstatsache mit den von der Sachnorm vorgesehenen Tatsachen an.<sup>529</sup>

Festzustellen ist, dass die Frage, ob die Formpflicht bei der Geschäftsanteilsübertragung bloß durch Errichtung eines Notariatsakts durch einen österreichischen Notar erfüllt werden kann oder ob eine Substitution durch Einhaltung einer ausländischen Form möglich ist, in **Rsp** und **Lit** nicht einheitlich beantwortet wird, zumal in dem Zusammenhang auch der Streit um den Formzweck eine Rolle spielt. Die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt hängt, wie in Kapitel 4 behandelt, von ihren Formzwecken ab. Ob weitere Maßstäbe für die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt erforderlich sind, ist in weiterer Folge – auch durch Heranziehung der deutschen und italienischen Rechtsordnung – zu prüfen.

## 5.2. Substitutionsfähigkeit der Auslandsbeurkundung

*D. Bydlinski* weist auf die strenge Formvorschrift des Notariatsakts bei Geschäftsanteilsabtretungen nach österreichischem Recht im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen hin. Während GmbH-Anteilsübertragungen in Österreich nach *D. Bydlinski* nur mittels „*doppelten Notariatsakts*“ vorzunehmen sind, ist der vergleichbare Vorgang in Skandinavien oder Frankreich formfrei und geht in England mittels „*harmloser*“ Formulare oder in Spanien unter Formpflicht (notarieller Beurkundung) lediglich des Modus vonstatten.<sup>530</sup> Allerdings bestehen in mehreren europäischen Rechtsordnungen Formvorschriften bei der Geschäftsanteilsabtretung. Notariatsaktspflicht als strengste Formvorschrift ist etwa auch nach der griechischen und niederländischen Rechtsordnung vorgeschrieben.<sup>531</sup>

Als Formzwecke werden etwa die Verhinderung des Handels, Klarstellung und Erwerberschutz genannt.<sup>532</sup> In den Ländern, die eine Formvorschrift für die Übertragung eines Geschäftsanteils vorsehen, spielen meist einzelne dieser erwähnten Zwecksetzungen eine Rolle. In Deutschland und der Schweiz steht nach den historischen Materialien die Verhinderung des

---

529 BGH aaO.

530 *D. Bydlinski*, *ecolex* 2010, 1071.

531 *Kalss*, Übertragung 264.

532 *Kalss/Trenkwalder/Eckert* in *Kalss* (Hrsg), Übertragung 12.

börslichen Handels mit Geschäftsanteilen im Vordergrund. In den Niederlanden ist dies die Rechtssicherheit (Klarstellung). In Spanien ist der Formzweck die Beweissicherung für die Legitimierung des Gesellschafters der Gesellschaft gegenüber und die Klarstellung hinsichtlich der Gesellschafterstellung sowie damit verbunden der Schutz der Gläubiger des Gesellschafters, die den Geschäftsanteil pfänden wollen.<sup>533</sup>

Die Formvorschrift des § 49 Abs 1 GmbHG ist nach der Rsp durch eine Niederschrift eines deutschen Notars nach §§ 36 f BeurkG ersetzbar.<sup>534</sup> Zu der § 49 Abs 1 GmbHG vergleichbaren Bestimmung des § 53 Abs 2 Satz 1 dGmbHG vertritt im Übrigen auch die **deutsche Lehre** und **Rsp** fast einhellig die Auffassung, die Beurkundung durch eine ausländische Urkundsperson entspreche dem Formgebot, wenn diese nach ihrer Vorbildung und Stellung den Anforderungen in Deutschland gleichkomme, was jedenfalls in Bezug auf Notare in der Schweiz (deutschsprachige Kantone) und in Österreich<sup>535</sup> anzunehmen sei.<sup>536</sup> Nach deutschem Recht ist die notarielle Beurkundung (§§ 8 ff BeurkG) des (Abtretungs-)Vertrags, dh der Erklärungen beider Parteien, erforderlich. Das Formerfordernis ist zwingend. Werden Geschäftsanteile an einer dGmbH im Ausland abgetreten, so findet bei diesem Rechtsgeschäft nach dem maßgeblichen Gesellschaftsstatut ausschließlich deutsches materielles Recht Anwendung.<sup>537</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die höchst kontroversiell beurteilte Frage, unter welchen **Voraussetzungen** eine Auslandsbeurkundung der Anteilsabtretung wirksam ist. Diese selbständig anzuknüpfende Formfrage richtet sich nach Art 11 EGBG.<sup>538</sup> Dabei wird die nach dem Geschäftsstatut (auch sog Wirkungs-

---

533 *Kalss/Trenkwalder/Eckert*, aaO.

534 OGH 28.02.1991, 6 Ob 1/91.

535 *Seibt* in *Scholz* (Hrsg), GmbHG I<sup>1</sup>, § 15 Rz 86 (FN 11).

536 OGH aaO. Der BGH bejahte 1981 für Zürich die Möglichkeit der Substitution, BGH 16.02.1981, II ZB 8/80. 1989 äußerte der BGH die Rechtsansicht für den Fall der GmbH-Anteilsabtretung, dass die Gleichwertigkeit bei allen Schweizer Notaren gegeben ist, BGH 22.05.1989, II ZR 211/88. Dies kritisiert *Seibt* in seiner Allgemeinheit, da in der Schweiz die Gleichwertigkeit für den jeweiligen Kanton festzustellen ist. *Seibt* in *Scholz* (Hrsg), GmbHG I<sup>1</sup>, § 15 Rz 86 (FN 3); *Melzer*, Übertragung 121; das OLG München 19.11.1997, 7 U 2511 – 97 und das OLG Frankfurt am Main 25.01.2005, 11 U 8/04 haben die Beurkundung einer Anteilsabtretung in Basel-Stadt als gleichwertig anerkannt, im Übrigen wurde die Gleichwertigkeit ua für Luzern, LG Koblenz 11.02.1970, 1 HAT 6/69 und Zug, LG Stuttgart 25.02.1975, 4 KfH T 22/74 von der dRsp bejaht. Die letztgenannten Entscheidungen stehen allerdings der Praxis entgegen, die mit der späteren BGH-Leitentscheidung, 16.02.1981, II ZB 8/80, begründet wurde. Die Substitution galt daher zumindest für Zürich und Basel-Stadt als möglich.

537 *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg), GmbHG<sup>19</sup>, § 15 Rz 27.

538 *Bayer*, aaO.

statut) einzuhaltende inländische Formvorschrift des § 15 Abs 3 dGmbHG dann gewährt, wenn diese Norm durch die Beurkundung des ausländischen Notars substituiert wird.<sup>539</sup>

**Der deutschen Auslegung zur Substitution sollte mE auch in Österreich gefolgt werden.** Eine Bestärkung dieses Arguments findet sich in einer Entscheidung des 6. Senats des OGH, der die Ersetzung der nach § 76 Abs 2 GmbHG geforderten Notariatsaktform durch die notarielle Beurkundung nach dem BeurkG wegen der **Ähnlichkeit der Form** als zulässig erachtete.<sup>540</sup> Methodisch bietet es sich an, allfälligen unüberbrückten Vagheiten oder Lücken der eigenen Rechtsordnung durch Heranziehen von klaren und wohlbewährten Konkretisierungen anderer Rechtsordnungen zu dem gerade gestellten Problem – in concreto: durch die zwingende Bestimmung, dass für eine Geschäftsanteilsübertragung nach § 76 Abs 2 GmbHG ein österreichischer Notariatsakt erforderlich ist – abzuhefen, bevor man zur freien Eigenwertung des Beurteilers übergeht.<sup>541</sup> Diesem Ansatz kann gefolgt werden, wenn man die Rechtsordnungen auch als unterschiedliche Versuche der Konkretisierung der **universalen Fundamentalprinzipien der Rechtsidee**, also der **Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit** und der **Zweckmäßigkeit**, betrachtet und nicht als bloßes „*Faktum*“, das zur Anwendung des jeweils eigenen nichts beitragen kann.<sup>542</sup>

## 5.3. Übersicht über die Rechtslage in ausgewählten Staaten

### 5.3.1. Österreich

Nach einem Teil der österreichischen Lehre richtet sich die Beurteilung der Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt danach, ob die ausländische Urkundsperson (Notar) nach den Vorschriften des jeweiligen ausländischen Rechts dieselbe Warn-, Schutz-, Beweissicherungs-, Belehrungs- und Prüfungsfunktion für den Beurkundungsakt gewährleistet wie die nach inländischer Vorschrift zuständige Beurkundungsperson, ob die ausländische Urkundsperson eine gleiche Qualifikation wie der österreichische Notar (juristische Ausbildung, Garantie der Unparteilichkeit, Kontrolle über die Beurkundungs-

---

539 Bayer in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), GmbHG<sup>19</sup>, § 76 Rz 28.

540 OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89

541 F. Bydliński, Methodenlehre<sup>2</sup> (2012) 57.

542 F. Bydliński, aaO.

tätigkeit) aufweist und ob die ausländischen Beurkundungsvorschriften mit den österreichischen vergleichbar und diesen gleichwertig sind.<sup>543</sup> Die hM vertritt den Standpunkt, dass bei „*Gleichwertigkeit*“ der Beurkundung die Möglichkeit gegeben ist, die Beurkundung in einem fremden Staat vorzunehmen.<sup>544</sup> Nach der österreichischen Judikatur wird für eine Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt darauf abgestellt, ob die Tätigkeit der Urkundsperson (zB Notar) aus anderen Staaten der vom Gesellschaftsstatut geforderten **Funktion** adäquat ist. Bejaht wird dies regelmäßig bei Beurkundungen durch ausländische Notare. Neben der Funktion des Notars wird nach stRsp der **Zweck des Formgebots** für eine Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt berücksichtigt.<sup>545</sup> **MaW stellt die österreichische Rechtslage für die Beurteilung der Gleichwertigkeit von einer Auslandsbeurkundung und dem österreichischen Notariatsakt neben dem Formzweck auf die Funktion des Notars im Ausland ab.**

Der Notar in Österreich kann mE aufgrund seiner Bindung an einen Standesrechtskodex mit den Notaren in Belgien, Bulgarien, Kroatien, der Tschechischen Republik, Estland, Frankreich, Deutschland, Ungarn, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, den Niederlanden, Polen, Rumänien, der Slowakei, Slowenien und Spanien verglichen werden, welche auch Mitglieder der CNUE sind und den Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts ratifiziert haben, nicht allerdings mit Notaren in Griechenland<sup>546</sup> und Portugal.<sup>547</sup> Vorbildung und Stellung der Mitgliedsnotare der CNUE, welche den Kodex ratifiziert haben, reichen mE für die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung nicht. Es ist aufgrund der verpflichtenden Zusammenarbeit (arg „*übermittelt sämtliche erforderlichen Angaben*“) zwischen Notaren nach dem Europäischen Kodex des

---

543 Stellvertretend *Leopold/Koland/Caspary*, Die Gültigkeit eines Erbvertrages nach österreichischem Recht bei Beurkundung durch einen deutschen Notar, NZ 2005/46, 193 (FN 17).

544 *Kralik*, Auslandsbeurkundung bei Abtretung von österreichischen Gesellschaftsanteilen, IPRax 1990, 252 (255).

545 Danach ist jedes Formgebot auf seinen Zweck zu prüfen, wenn seine Reichweite in Frage steht, stRsp seit OGH 28.02.1991, 6 Ob 1/91.

546 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) Teil VI Europäisches Berufsrecht Europäischer Kodex des notariellen Standesrechts zugleich Richtlinie der ÖNK über das Verhalten und die Berufsausübung der Standesmitglieder (EuSTR 2003) 831. Sowohl Griechenland als auch Portugal haben den Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts nicht ratifiziert.

547 Für eine zwingende Einzelfallprüfung betreffend die ausländische Urkundsperson trotz Ratifikation des Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts: *Dignas*, Die Auslandsbeurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen einer deutschen GmbH (2004) 205.

notariellen Standesrechts mittels Einzelfallprüfung auf die **tatsächlich erfolgte Zusammenarbeit** zwischen den Notaren abzustellen, ob also der nationale Notar dem ausländischen Notar rechtzeitig sämtliche erforderlichen Angaben übermittelt hat, damit dieser seine Beratungsaufgabe erfüllen kann.

Nur in dem Fall kann dem Formzweck (Aufklärung des Erwerbers insb über Haftungsrisiken) des österreichischen Notariatsakts aufgrund der Substitution durch die Auslandsbeurkundung vollständig entsprochen werden. Hinzuweisen ist abschließend auf die in Österreich vorliegende rechtliche Bindung der Notare an den Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts, da die ÖNK den Kodex ratifiziert und zur Richtlinie<sup>548</sup> über das Verhalten und die Berufsausübung der Standesmitglieder (EuSTR 2003) gem § 140a Abs 2 Z 8 NO erklärt hat.<sup>549</sup>

### 5.3.2. Deutschland

#### 5.3.2.1. Beurkundung im Ausland

In Deutschland wird die Frage, ob und unter welchen Umständen eine ausländische Formvorschrift die deutsche notarielle Beurkundung ersetzen kann,<sup>550</sup> – gestützt auf die Rsp des BGH – dann bejaht, wenn hinsichtlich der Beurkundungsperson und des Beurkundungsvorgangs (Urkundungsverfahren) Gleichwertigkeit von ausländischem und deutschem Recht besteht.<sup>551</sup>

#### 5.3.2.2. Einreichung der Gesellschafterliste

Als Nächstes ist, bei Bejahen der Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit der deutschen notariellen Beurkundung, die Einreichungspflicht des § 40 Abs 2 dGmbHG zu behandeln. Danach ist der ausländische Notar selbst zur Einreichung der Gesellschafterliste befugt.<sup>552</sup> Dabei kommt es nur darauf an, dass der ausländische Notar genauso wie ein deutscher Notar die Gesellschafterliste aktualisieren und einreichen kann. Wenn eine Einreichung durch einen ausländischen Notar genauso den Zweck des § 40 Abs 2 dGmbHG erfüllt wie die Einreichung durch einen deutschen Notar,

---

548 Siehe Kapitel 5.10.3.

549 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup>, § 31 Rz 19a.

550 Siehe Kapitel 5.8.2.

551 BGH 16.02.1981, II ZB 8/80; *Kalss*, Übertragung 47.

552 BGH 17.12.2013, II ZB 6/13.

ist das der Fall.<sup>553</sup> Aus einer Entscheidung des OLG München kann abgeleitet werden, dass der Zweck der gesetzlichen Regelung darin liegt, der Aufwertung der Gesellschafterliste Rechnung zu tragen. Der Notar soll als Dritter und Träger eines öffentlichen Amtes für die Richtigkeit der Gesellschafterliste sorgen.<sup>554</sup> Dem wird mE im lateinischen Notariat auch bei Einreichung der Gesellschafterliste durch ausländische Notare nachgekommen, die Mitgliedstaaten der CNUE angehören, da sämtliche Mitglieder der CNUE Träger eines öffentlichen Amtes sind.<sup>555</sup> Davon zu trennen ist die (früher) verbreitete Aussage, dass Beurkundungen in allen Ländern mit sog lateinischem Notariat (romanischer Rechtskreis) das Gleichwertigkeitserfordernis erfüllen.<sup>556</sup> Nach dem aktuellen Stand der Diskussion lässt sich dies nicht (mehr) aufrechterhalten.<sup>557</sup>

Aus deutscher Sicht kann der ausländische Notar als derjenige, welcher den Abtretungsvorgang beurkundet hat, die Gesellschafterliste auf ihre Richtigkeit hin überprüfen, wobei der Prüfungsumfang die Wirksamkeitsprüfung des beurkundeten Vertrags umfasst.<sup>558</sup> Allerdings muss der Notar nicht vollinhaltlich die Wirksamkeit der inhaltlichen Veränderung gewährleisten, da dies eine umfassende Prüfung, vergleichbar mit einer Due Diligence, im Hinblick auf das Entstehen der Beteiligungsverhältnisse erfordert, welche dem Zweck der Verfahrensökonomie widersprechen würde.<sup>559</sup> Der Prüfungsumfang orientiert sich vielmehr an dem Prüfungsmaßstab, den das Registergericht bei der Prüfung einer Gesellschafterliste ansetzen muss, welcher dem Notar durch den Gesetzgeber nach § 40 Abs 2 dGmbHG übertragen wurde.<sup>560</sup>

Ein Argument für die Übertragung der Prüfungsaufgabe vom Registergericht zum Notar ist die vergleichbare Interessenlage, wonach das Registergericht die Pflicht hat, einen Antrag schnell zu erledigen und gleichzeitig unrichtige Eintragungen zu verhindern.<sup>561</sup> Infolgedessen nimmt das Register-

---

553 Melzer, Übertragung 136.

554 OLG München 24.10.2012, 31 Wx 400/12.

555 Collantes, CNUE <notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=190>; arg „Notaries are public office holders“.

556 Stellvertretend Zib, JBl 2013, 348.

557 Bayer in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), GmbHG<sup>19</sup>, § 15 Rz 33.

558 Melzer, Übertragung 136.

559 Melzer, aaO; H. Schmidt, Einzelfragen zur Gesellschafterliste iSv § 40 GmbHG, NotBZ 2013, 13 (16).

560 H. Schmidt, aaO.

561 § 25 Abs 1 Satz 2 HRV.

gericht eine Plausibilitätskontrolle vor.<sup>562</sup> Der gleiche Maßstab muss dann für den Notar gelten, von dem, erst wenn er aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit der Gesellschafterliste hat, die Vornahme einer genaueren Prüfung erwartet werden kann.<sup>563</sup> Eine solche Prüfung kann anhand aller Umstände erfolgen, insb anhand solcher, die außerhalb der erstellten Urkunde liegen.<sup>564</sup> Bei Zweifeln an der Wirksamkeit nach dem deutschen Recht kann der ausländische Notar sämtliche Auskünfte einholen, um die Richtigkeit zu prüfen, und kann sohin bei seiner Prüfung dieselben Standards erreichen wie ein Registergericht oder deutscher Notar, selbst wenn er dafür einen deutschen Rechtsanwalt oder Notar konsultieren müsste.<sup>565</sup>

Aus diesem Grund wird argumentiert, dass es unangemessen ist, dem Notar die Einreichungspflicht deshalb zu versagen, weil er kein Träger eines deutschen Amtes ist.<sup>566</sup> Ein im Ausland ansässiger Notar ist zur Einreichung der Gesellschafterliste über eine Veränderung, an der er mitgewirkt hat, jedenfalls dann berechtigt, wenn die von ihm im Ausland vorgenommene Beurkundung, wie im hier vorliegenden Fall einer Anteilsübertragung, einer Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig und deshalb im Inland wirksam ist.<sup>567</sup> Eine Kompetenz zur Einreichung der Gesellschafterliste soll sich als Annex aus der Beurkundungspflicht ergeben. Dies ist aufgrund des Zieles des MoMiG geboten, eine schnellstmögliche Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste in das Handelsregister zu erreichen.<sup>568</sup>

#### 5.3.2.3. Einreichung als öffentlich-rechtliche Verpflichtung

Trotzdem handelt es sich bei der Einreichungspflicht des § 40 Abs 2 dGmbHG um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des (deutschen) Notars.<sup>569</sup> Dies ergibt sich daraus, dass der Notar bei der Aktualisierung und Einreichung der Gesellschafterliste im eigenen Verantwortungsbereich tätig

---

562 *Melzer*, Übertragung 137.

563 *Heidinger* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MüKo GmbHG II<sup>2</sup> (2016) § 40 Rz 128; *H. Schmidt*, aaO.

564 OLG München 24.10.2012, 31 Wx 400/12; *Melzer*, aaO.

565 *Melzer*, aaO.

566 *Melzer*, aaO.

567 BGH 17.12.2013, II ZB 6/13.

568 BGH aaO; *Melzer*, aaO 134.

569 *Kindler*, Geschäftsanteilsabtretung im Ausland – Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Beurkundungserfordernisses nach § 15 Abs 3 GmbHG (2010) 36; *Melzer*, aaO 135.

wird.<sup>570</sup> Der ausländische Notar hat hingegen keine vergleichbare Verpflichtung iZm der Einreichung der Gesellschafterliste.<sup>571</sup> Es soll folglich nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden können, dass der Gesetzgeber Amtspflichten an ausländische Notare habe übertragen wollen.<sup>572</sup>

In der Praxis wird sich der Notar in Österreich, wenn er die Beurkundung der Anteilsabtretung an einer dGmbH vornimmt, vom deutschen Notar die Einreichung der Gesellschafterliste abnehmen lassen. Das Entstehen einer Aktualisierungs- und Einreichungsbefugnis des Notars setzt allerdings zwingend voraus, dass bereits eine Anteilsübertragung mit der Folge des Gesellschafterwechsels stattgefunden hat.<sup>573</sup> Nur die Gesellschaft kann sich bis zur Einreichung der aktualisierten Liste darauf berufen, dass derjenige, welcher in der beim Handelsregister liegenden Gesellschafterliste als Gesellschafter für den Anteil der Abtretung eingetragen ist, auch Gesellschafter ist.<sup>574</sup> So sehen es auch der BGH und das OLG Düsseldorf.<sup>575</sup> Die Bestimmung des § 40 Abs 2 dGmbHG betrifft allein die Mitteilungspflicht eines Notars und soll über die **Zuständigkeit** für die **Einreichung der Liste** von der eigentlichen Beurkundung streng zu trennen sein.<sup>576</sup>

### 5.3.2.4. Fazit

Die Problematik der Einreichung der Gesellschafterliste durch einen ausländischen Notar gehört nach deutscher Rsp nicht zur Frage der Wirksamkeit der Beurkundung der Anteilsübertragung durch einen ausländischen Notar.<sup>577</sup> Folglich stellt die Einreichungspflicht des (deutschen) Notars auch kein Hindernis für eine Auslandsbeurkundung der Anteilsübertragung dar.<sup>578</sup> Dementsprechend muss man dem Notar, wenn die Abtretung an sich durch einen ausländischen Notar zugelassen wird, sofern dieser einem deutschen Notar gleichwertig ist, die Folgeformalie auch erfüllen lassen können.<sup>579</sup> Die deutsche Rsp stellt für die Beurteilung der Substitution

---

570 RegE MoMiG, BT-Drs 16/6140, 44. „Die Formulierung ‚anstelle‘ in § 40 Abs 2 Satz 1 (dGmbHG) stellt klar, dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen.“

571 Melzer, aaO 136.

572 BGH 10.06.1968, III ZR 15/66; Melzer, Übertragung 135.

573 Melzer, aaO 129.

574 BGH 17.12.2013, II ZB 6/13.

575 BGH aaO; OLG Düsseldorf 02.03.2011, 3 Wx 236/10; Melzer, aaO.

576 BGH 17.12.2013, II ZB 6/13; OLG Düsseldorf 02.03.2011, 3 Wx 236/10.

577 Bayer in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), GmbHG<sup>19</sup>, § 15 Rz 31.

578 BGH 17.12.2013, II ZB 6/13; OLG Düsseldorf 02.03.2011, 3 Wx 236/10; Melzer, aaO.

579 Melzer, aaO 137.

der deutschen Beurkundung durch eine Auslandsbeurkundung – unabhängig von der Aufklärung durch den Notar – auf eine vergleichbare Stellung im Rechtsleben (Ausbildung, Haftung/kein Haftungsausschluss, Disziplinarrecht) und ein vergleichbares Beurkundungsverfahren ab.<sup>580</sup>

#### 5.3.3. Italien

Zur Prüfung der Anerkennungsfähigkeit der GmbH-Geschäftsanteilsübertragung durch italienische Beurkundungsvorgänge für österreichische Gesellschaften ist zunächst die italienische Rechtslage zu beleuchten. In Italien gilt, ebenso wie in Österreich, der Grundsatz der freien Übertragbarkeit und es besteht die Formvorschrift der notariellen Unterschriftsbeglaubigung. Weiters bedarf es zur Wirksamkeit der Übertragung der Eintragung beim Handelsregisteramt.

Ob für das österreichische Recht die Beurkundung durch einen ausländischen Notar genügt (wie in diesem Fall die notarielle Unterschriftsbeglaubigung des italienischen Notars), hängt vor allem davon ab, ob die in den jeweiligen ausländischen Gesetzen für die Errichtung einer solchen Beurkundung vorgeschriebenen Förmlichkeiten mit den Bestimmungen der österreichischen NO qualitativ in Bezug auf den Zweck des Formgebots vergleichbar und gleichwertig sind, was in jedem Einzelfall streng zu prüfen ist.<sup>581</sup> In Italien hat der Notar innerhalb von 30 Tagen gem Art 2470 c.c. des italienischen Zivilgesetzbuches den Übertragungsakt mit der beglaubigten Unterschrift beim zuständigen Handelsregisteramt einzureichen, das in der zuständigen Wirtschaftskammer (*camera di commercio*) eingerichtet ist.<sup>582</sup> Das zuständige Handelsregister ergibt sich aus Art 2479 c.c., welcher auf den Gerichtssprengel des Gesellschaftssitzes verweist.<sup>583</sup> Das OLG Wien<sup>584</sup> entschied, dass spanische Notare wegen der Bindung an einen Standesrechtskodex gleichwertig sind.<sup>585</sup> Konsequenterweise muss dies aufgrund der Bindung der italienischen Notare an einen Standesrechtskodex auch für diese und deren Beurkundungen gelten.

---

580 BGH 16.02.1981, II ZB 8/80.

581 *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 76 Rz 5.

582 *Kals*, Übertragung 136.

583 *Zanarone*, S.P.L. contro S.P.A. nella Legislazione recente, in *Studi in Onore di Gastone Cottino II* (1997) 1042.

584 Weiterführend Kapitel 5.10.3.

585 OLG Wien 04.11.2008, 28 R 194/08.

### 5.3.3.1. Gleichwertigkeit der italienischen notariellen Beurkundung?

Konkret deuten mE zwei Argumente auf eine Gleichwertigkeit der italienischen Beurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt hin. Tatsächlich sieht Italien, ähnlich wie Österreich mit der Eintragung der Anteilsübertragung im Firmenbuch, eine **Eintragung** der Anteilsübertragung **in das Handelsregister beim Handelsregisteramt** vor und besteht mE auch eine Gleichwertigkeit der **gesellschaftsrechtlichen Haftungsbestimmungen** zwischen der österreichischen und der italienischen Rechtslage.

Nach italienischem Recht haftet der Veräußerer solidarisch mit dem Erwerber für die Dauer von drei Jahren ab Eintragung des Übertragungsakts in das Gesellschafterbuch für die Aufbringung der Einlage, wenn der Anteil übertragen wird. Faktisch haftet der Veräußerer des Geschäftsanteils nach italienischer Rechtslage nur, wenn die Aufforderung an den Gesellschafter (Erwerber) fruchtlos geblieben ist.<sup>586</sup> Nach österreichischer Rechtslage haftet nach § 78 Abs 2 GmbHG für die zur Zeit der Anmeldung des Übergangs eines Geschäftsanteils auf diesen rückständigen Leistungen der Erwerber zur ungeteilten Hand mit dem Rechtsvorgänger und erlöschen nach § 78 Abs 3 GmbHG die Ansprüche der Gesellschaft an den Rechtsvorgänger (Veräußerer) nach fünf Jahren vom Tage der Anmeldung des Erwerbers.

Aufgrund gleichwertiger Haftungs- und Firmenbuchbestimmungen von Österreich und Italien ist anzunehmen, dass mit Hilfe des Punktes 3.1.5. des (überarbeiteten) Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts, der eine Verpflichtung zur Übermittlung sämtlicher erforderlicher Angaben statuiert, der italienische Notar seiner Beratungsaufgabe problemlos nachkommen kann. Die Folgen der Anteilsübertragung (Eintragung der Anteilsübertragung ins Gesellschafterbuch, Haftung) sagen aus dem Grund etwas über die Gleichwertigkeit der italienischen Beurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt aus, da dem **Formzweck des Erwerberschutzes** nach österreichischem Recht aufgrund einer ähnlichen Rechtslage des GmbH-Rechts<sup>587</sup> durch die italienische Beurkundung **entsprochen** werden kann.

---

586 *Kalss*, Übertragung 135; *Winkler*, Die GmbH in Italien, in *Centrale für GmbH*, Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten (1993) 149 (169).

587 Zum selben Ergebnis zwischen Österreich und Deutschland (ähnliches GmbH-Recht und damit Gleichwertigkeit) kommen *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205 (212).

Außerdem stellen diese Argumente zusätzliche Gründe für eine Zusammenarbeit zwischen dem österreichischen und dem italienischen Notar dar.

Dass im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage, die für eine Anteilsübertragung Notariatsaktspflicht vorsieht, nach italienischer Rechtslage bloß eine öffentliche Beglaubigung erforderlich ist, könnte in Bezug auf die Gleichwertigkeit der italienischen Beurkundung mit dem österreichischen Notariatsakt aufgrund erforderlicher inhaltlicher Belehrung über haftungsrechtliche Bestimmungen ein Hindernis sein. ME ist dies aber deshalb nicht der Fall, da der österreichische Notar infolge des (überarbeiteten) Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts nach Punkt 3.1.5. dazu verpflichtet ist, dem italienischen Notar rechtzeitig sämtliche erforderlichen Angaben zu übermitteln. Gestützt auf den Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts, kann der italienische Notar, auch wenn für ihn kraft geringerer Formvorschriften keine Verpflichtung dazu besteht, Belehrungen vorzunehmen, über die haftungsrechtlichen Bestimmungen nach österreichischem Recht (mit Hilfe des österreichischen Notars) belehren.<sup>588</sup> Dies muss er iSd Klienten und auch im eigenen Interesse tun, um die Gleichwertigkeit der italienischen notariellen Unterschriftsbeglaubigung bei der GmbH-Geschäftsanteilsübertragung mit dem österreichischen Notariatsakt bejahen zu können.

#### 5.3.3.2. Fazit

Für Italien ist mE eine Gleichwertigkeit der italienischen notariellen Unterschriftsbeglaubigung mit dem österreichischen Notariatsakt bei GmbH-Geschäftsanteilsübertragungen gegeben. Dies aufgrund der Bindung des italienischen Notars an einen Standesrechtskodex (Europäischer Kodex des notariellen Standesrechts) und gleichwertiger Haftungs- und Firmenbuchbestimmungen. Der italienische Notar übt sohin bei der notariellen Unterschriftsbeglaubigung der GmbH-Geschäftsanteilsübertragung eine Tätigkeit aus, die der vom Gesellschaftsstatut geforderten Funktion des Notars in Österreich adäquat ist. Die Belehrung des Gesellschafters, der für die GmbH-Geschäftsanteilsübertragung nach Italien geht, über österreichisches GmbH-Recht erfolgt durch den italienischen Notar mit Unterstützung des österreichischen Notars.

---

588 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup>, Teil VI – Europäischer Kodex des notariellen Standesrechts – zugleich Richtlinie der ÖNK über das Verhalten und die Berufsausübung der Standesmitglieder (EuSTR 2003) Z 2. In der Fassung vom 9.11.2002 wurde der Kodex am 6.3.2003 durch Italien ratifiziert, wodurch er gem Pkt 4 am 1.4.2003 in Kraft getreten ist.