

NZ 2024/20

Beurkundungen liechtensteinischer Anwaltsnotare im österreichischen Gesellschaftsrecht

Das 2019 in Liechtenstein eingeführte Anwaltsnotariat hat die Frage der Substitution österreichischer Notariatsakte durch liechtensteinische notarielle Beurkundungen und damit die der Gleichwertigkeit aufgeworfen. Die Frage stellt sich insb für Beurkundungen im Gesellschaftsrecht. Die Voraussetzungen einer Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen werden aus diesem Anlass näher untersucht.¹

Von Christian Zib

Inhaltsübersicht:

- A. Wann stellt sich die Gleichwertigkeitsfrage?
- B. Liechtensteinisches Anwaltsnotariat
- C. Österreichische Berufstrennung zwischen Rechtsanwälten und Notaren
- D. Gleichwertigkeit
 - 1. Gleichwertige Stellung
 - a) Mitwirkung an der Erfüllung von Staatsaufgaben, staatliche Ernennung und Aufsicht
 - b) Mitwirkungsverbot bei Interessenkonflikt
 - c) Präsenzpflcht
 - d) Pflicht zur Vornahme von Amtshandlungen
 - e) Versicherungspflicht
 - 2. Gleichwertiger Beurkundungsvorgang
 - a) Belehrungspflicht
 - b) Verlesungspflicht
 - c) Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses
 - d) Geldwäscheprüfung
 - e) Beurkundungsvorgang bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation
 - 3. Rechtskenntnis der Beurkundungsperson
 - a) Liechtensteinische Notare mit Berufsberechtigung als Rechtsanwalt in Österreich
 - b) Liechtensteinische Notare ohne Berufsberechtigung als Rechtsanwalt in Österreich
- E. Dienstleistungsfreiheit
 - 1. Anwendbarkeit
 - a) Ausweichverbot
 - b) Ausübung öffentlicher Gewalt?
 - 2. Rechtfertigung
- F. Beglaubigungen
- G. Ergebnis

A. Wann stellt sich die Gleichwertigkeitsfrage?

Die im Folgenden angestellten Überlegungen zur Gleichwertigkeit sind nur dann relevant, wenn ein österr Notariatsakt erforderlich ist und sich daher die Frage der Substitution eines solchen durch eine Beurkundung eines liechtensteinischen Anwaltsnotars stellt. Sie sind hingegen nicht relevant, wenn ohnehin die Ortsform ei-

nes anderen Staats (zB Liechtensteins) genügt. Ein solches Hinreichen der Ortsform ist in Art 11 Rom I-VO und § 8 IPRG vorgesehen. Zunächst ist daher zu prüfen, ob diese Vorschriften bei Notariatsaktsgeboten im österr Gesellschaftsrecht zur Anwendung gelangen.

Für den Abschluss von Gesellschaftsverträgen zu österr Kapitalgesellschaften gilt die Rom I-VO nicht (Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht in Art 1 Abs 2 lit f).² Sie gilt auch nicht für Satzungsänderungen³ und für Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung,⁴ soweit dabei überhaupt ein Schuldvertrag vorliegt, sowie für die Übernahmeerklärung bei einer Kapitalerhöhung.⁵ Die Stiftungserklärung zur Errichtung einer österr Privatstiftung unterfällt zwar nicht der Bereichsausnahme für die Gründung von „Trusts“ (Art 1 Abs 2 lit h Rom I-VO), weil kein Treuhandvertrag vorliegt.⁶ Sie unterliegt aber – unabhängig davon, ob einseitiger Willensakt eines oder mehrerer Stifter vorliegt oder man Vertrag annehmen wollte – trotzdem nicht der Rom I-VO, wofür Art 1 Abs 2 lit f („Errichtung juristischer Personen“) und die Nähe zum Gesellschaftsrecht sprechen.⁷

Auf die genannten Maßnahmen ist somit nationales Kollisionsrecht anzuwenden, in Österreich das Gesellschaftsstatut (Personalstatut der Gesellschaft, § 10 IPRG) und damit bei Gründung einer österr GmbH/AG österr Recht.⁸ Auch für die Form gilt nach hM trotz § 8 IPRG ausschließlich das Gesellschaftsstatut.⁹ Bei Grün-

² Vgl nur OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 68/13k.

³ Mäsch in BeckOK BGB⁵⁸ (2021) Art 11 Rom I-VO Rz 78; von Hein in Rauscher, EuZPR/EuIPR III⁵ (2023) Art 1 Rom I-VO Rz 43 (auch Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge).

⁴ EuGH 7. 4. 2016, C-483/14, KA Finanz AG, Rn 52 unter Hinweis auf den Giuliano/Lagarde-Bericht („die Auflösung einer Gesellschaft regelnde Rechtshandlungen, wie zB die Fusion“); KG Berlin 26. 7. 2018, 22 W 2/18.

⁵ Mäsch, aaO Art 11 Rom I-VO Rz 78.

⁶ Dazu Martiny in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht⁹ (2022) Rz 1.114 ff.

⁷ von Hein, aaO Art 1 Rom I-VO Rz 43.

⁸ OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 68/13k (auch für die Sicherung der Kapitalaufbringung, zB Wirksamkeit von Sacheinlagen); Lurger/Melcher, Handbuch IPR² (2021) Rz 7/7 ff.

⁹ U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 4 Rz 14; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 4 Rz 23; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ (2021) § 16 Rz 34; P. Bydlinski/F. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 55 ff. Für Deutschland (Art 11 Abs 1 EGBGB) auch

¹ Der Beitrag beruht auf einer von der Österreichischen Notariatskammer initiierten Untersuchung.

zung einer österr Kapitalgesellschaft ist daher die Form des österr Rechts einzuhalten und zur Gründung ein – vorbehaltlich einer Substitution bei Gleichwertigkeit grundsätzlich österr – Notariatsakt erforderlich (vom Ausnahmefall der vereinfachten Gründung nach § 9 a GmbHG abgesehen). Das gilt unabhängig davon, wo die Gründer sich befinden.

Für die Veräußerung von GmbH-Anteilen ist die Frage hingegen in Österreich wie auch in Deutschland seit langem umstritten. Setzt sich die Ansicht durch, dass auch hier für die Form das Gesellschaftsstatut maßgeblich ist¹⁰ oder die Notariatsaktspflicht in § 76 GmbHG eine Eingriffsnorm bildet¹¹ – was beides die besseren Gründe und zumindest für das Verfügungsgeschäft auch den OGH¹² und die hM für sich hat¹³ –, so ist auch bei der Anteilsübertragung an österr GmbH ein österr Notariatsakt erforderlich. Sollte sich hingegen die Ansicht durchsetzen, wonach die Ortsform (Art 11 Rom I-VO) hinreicht,¹⁴

KG Berlin 22. 1. 2018, 22 W 25/16 (Beurkundung der Gründung durch Schweizer Notar, Kanton Bern); KG Berlin 26. 7. 2018, 22 W 2/18 (Beurkundung der Verschmelzung durch Schweizer Notarin, Kanton Basel). AM und für Hinreichen der Ortsform Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 271; Breisch/Mitterecker, wbl 2018, 367 (371 f), allerdings für Ausschluss der Ortsform de lege ferenda.

¹⁰ So ausführlich Rüffler/Koller in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 6 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 24; Koppensteiner, wbl 2019, 541 (543); Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² (2020) Rz 62; Kindler in MünchKomm BGB⁸ IntGesR (2021) Rz 539 ff. Auch der BGH 4. 11. 2004, III ZR 172/03 sub 3. „neigt dazu“, dem Gesellschaftsstatut Vorrang zu gewähren: in Deutschland geschlossene (Treuhand-)Vereinbarung, Geschäftsanteile an einer polnischen GmbH auf Verlangen zu übertragen, uU nach polnischem Recht formfrei. Der BGH konnte die Frage aber offen lassen. Jedenfalls gegen Ortsform auch Bischoff in Hüßtege/Mansel, NK-BGB³ (2019) Art 11 Rom I-VO Rz 24 mwN.

¹¹ So Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 76 Rz 47; Lurger/Melcher, Handbuch IPR² (2021) Rz 7/8b; Brugger, NZ 2012, 257 (260); Kindler in MünchKomm BGB⁸ IntGesR (2021) Rz 539 („hilfsweise Eingriffsnorm“). Für diese Möglichkeit auch P. Bydliński in Bydliński/Perner/Spitzer, ABGB⁷ (2023) § 883 Rz 4.

¹² Für Eingriffsnorm beim Verfügungsgeschäft OGH 23. 2. 1989, 6 Ob 525/89 SZ 62/28; OGH 23. 4. 1952, 3 Ob 240/52 SZ 25/103. Wohl auch OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20z, sonst hätte der OGH vor dem Formmangel des Verfügungsgeschäfts die Einhaltung der Ortsform geprüft.

¹³ Schopper aaO § 76 Rz 48; Rüffler/Koller in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 10 f; Lurger/Melcher aaO Rz 7/8b; Kalls in FS Priester (2007) 365; P. Bydliński, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 43; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Allg Einl Rz 19. Nur scheinbar anders Koppensteiner, wbl 2019, 541 (543), der die Zurechnung zum Gesellschaftsstatut befürwortet (aaO 543, 544, 547), aber „dennoch die folgenden Überlegungen an der herrschenden Meinung [gemeint: keine Zurechnung zum Gesellschaftsstatut] orientiert“. Für Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts beim Verfügungsgeschäft auch Kindler, aaO Rz 539 ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG²¹ (2023) § 15 Rz 36 iVm Rz 51 („insbesondere wenn die Ortsform auf besondere Erfordernisse der Richtigkeitsgewähr generell verzichtet“); Bischoff in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, NK-BGB⁴ (2021) Art 11 EGBGB Rz 42.

¹⁴ So Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 388 f; Zollner in U. Torggler, GmbHG (2014) § 76 Rz 21; Rauter in Straube,

so würde dies eine Anteilsveräußerung (Verpflichtungsgeschäft) ohne österr Notariatsakt ermöglichen, wenn beide – oder bei Distanzgeschäften zumindest eine der – Vertragsparteien oder ihre Vertreter sich bei Vertragsabschluss in einem Staat befinden, dessen Form eingehalten wird (zB in Liechtenstein). Für das Verfügungsgeschäft, das nicht der Rom I-VO unterfällt,¹⁵ wäre dann eine mildere Ortsform (§ 8 IPRG)¹⁶ bzw bei Distanzgeschäften für jede Partei ihre eigene Ortsform hinreichend, dh eine in Österreich befindliche Partei müsste ihre Erklärung mit österr Notariatsakt abgeben, der im Ausland befindliche Vertragspartner uU nicht.

Insgesamt ist daher in den meisten genannten Konstellationen ein österr Notariatsakt erforderlich, sodass sich die Gleichwertigkeitsfrage stellt.

De lege ferenda sollte zur Klarstellung – ähnlich wie in Deutschland ursprünglich vorgeschlagen und in die Mat zur IPR-Reform 1986 aufgenommen¹⁷ – eine Regelung eingefügt werden, die Formfragen des Gesellschaftsrechts unter Einschluss von Geschäftsanteilsveräußerung und -übertragung von der Ortsform des § 8 IPRG ausnimmt und allein dem Gesellschaftsstatut unterstellt.

B. Liechtensteinisches Anwaltsnotariat

Im Jahr 2019 wurde das Liechtensteinische NotarG beschlossen.¹⁸ Die notarielle Tätigkeit durfte ab dem 1. 1. 2021 aufgenommen werden. Bis dahin gab es in Liechtenstein keine Notare,¹⁹ und das Publikum benötigt solche auch weiterhin nicht zwingend, weil es im dortigen Recht keine speziell notariell beurkundungsbedürftigen Rechtsakte gibt. Eine Notariatspflicht wurde mit der Einführung des Notariats nicht geschaffen (Art 2 Abs 2 LiNotarG). Eine Beurkundung oder Beglaubigung kann weiterhin alternativ durch das Fürstliche Landge-

WK GmbHG (2019) § 76 Rz 179; Adensamer in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG (2017) Exkurs §§ 10, 12 IPRG Rz 29; Lutter/Hommelhoff/Bayer, aaO § 15 Rz 51; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG²³ (2022) § 15 Rz 35 a; Göthel in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht⁹ (2022) Rz 33.27 ff mit der Empfehlung, sicherheits halber die Formerfordernisse des Gesellschaftsstatuts einzuhalten; Mäsch in BeckOK BGB⁵⁸ (2021) Art 11 Rom I-VO Rz 79.

¹⁵ Ua weil diese Verfügungsgeschäfte grundsätzlich nicht erfasst sind (vgl Art 1 Abs 1: „vertragliche Schuldverhältnisse“), Göthel, aaO Rz 33.30; Bischoff, aaO Art 11 Rom I-VO Rz 2, 24; Mäsch, aaO Art 11 Rom I-VO Rz 79. Mit anderer Begründung (Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht, Art 1 Abs 2 lit f) auch Koppensteiner, wbl 2019, 541 (542); Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 76 Rz 48.

¹⁶ So Eckert, aaO 392; Adensamer, aaO Exkurs §§ 10, 12 IPRG Rz 30; wohl auch Rauter, aaO § 76 Rz 180/1. Für Deutschland etwa Servatius, aaO § 15 Rz 22 b; Göthel, aaO Rz 33.30 ff; Mäsch, aaO Art 11 Rom I-VO Rz 79.

¹⁷ Begründung des RegE zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (dBGB I 1986, 1142), BT-Drucks 10/504 (1983) 49.

¹⁸ Liechtensteinisches Notariatsgesetz (NotarG) LGBl 2019/306.

¹⁹ Bericht und Antrag der Regierung Nr 37/2019 betreffend die Schaffung eines Notariatsgesetzes (im Folgenden: BuA 37/2019) 5.

richt, das Amt für Justiz (Beglaubigungen auch durch Gemeinden) oder nunmehr auch durch einen Notar vorgenommen werden²⁰ (Art 2 Abs 1 LiNotarG).

Seither ist bei den österr Firmenbuchgerichten eine zunehmende Zahl von GmbH-Gründungen und Anteilsübertragungen mit Beurkundungen liechtensteinischer Anwaltsnotare zu verzeichnen,²¹ dies samt zugehörigen Beglaubigungen. Die Anmeldung wird dabei im österr ERV mit R-Code („Rechtsanwalt“) durch einen österr Rechtsanwalt eingebracht. Auch aus Deutschland wird berichtet, dass seither vermehrt deutsche Juristen als liechtensteinische Notare versuchen, in Deutschland als Notare aufzutreten.²²

Das LiNotarG will nach den Mat dem bisherigen Zustand entgegensteuern, dass „ein Anteil von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften mit internationalen Anknüpfungspunkten nicht in Liechtenstein abgeschlossen bzw abgegeben werden kann“ und die Parteien dafür nach Österreich, Deutschland oder in die Schweiz „ausweichen müssen“.²³ Soweit liechtensteinische Gesellschaften (Körperschaften) betroffen sind, ist das ein verständliches Anliegen. Nach den Mat sind aber insb auch Beurkundungen für ausländische Klienten das Ziel.²⁴ Auch in der Lit wird aus Liechtenstein berichtet, dass das Gesetz den Forderungen des Markts nachgekommen sei, weil ausländische Klienten häufig verlangen, Rechtsgeschäfte nach ausländischem Recht in Liechtenstein als notarielle Urkunde verfassen zu lassen.²⁵ Die Erfüllung einer ausländischen Formpflicht bei einer ausländischen Gesellschaft durch eine ausländische Urkundsperson (noch dazu für ausländische Klienten) als Ausweichen in das Ausland zu bezeichnen, ist kreativ: Es geht dabei ja nicht um liechtensteinische Gesellschaften, sondern eben um ausländische. Das liechtensteinische Notariat wurde daher nicht nur für Beurkundungen nach eigenem Recht, sondern prominent auch für den Beurkundungsexport aus Liechtenstein in andere Staaten geschaffen, was auch auf der ersten Seite des Entwurfs hervorgehoben wird und einen wichtigen Zweck des Gesetzes bildet.²⁶ Das dokumentiert auch Art 39 LiNotarG, wo geregelt wird, wann liechten-

steinische Notare Urkunden nach ausländischem Recht ausstellen: In den Mat hiezu werden Überlegungen angestellt, ob solche Beurkundungen in anderen Staaten anerkannt werden, und wird festgehalten, dass bei Nichtanerkennung entsprechende Adaptierungen der gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen sind.²⁷

Selbst liechtensteinische Gesellschafter ausländischer Gesellschaften müssen aber gar nicht in das Ausland „ausweichen“: Ein österr oder deutscher Notariatsakt kann im Wege der elektronischen Kommunikation von Liechtenstein aus vor einem österr oder deutschen Notar errichtet werden (§ 69b NO; §§ 16a ff dBeurkG).

Mit der starken Auslandsorientierung ist die Gleichwertigkeitsfrage vorprogrammiert. Das liechtensteinische Notariat entspricht nur teilweise dem klassischen Bild des lateinischen Notariats. Die Mat zum LiNotarG merken an, dass „das Notariatswesen in Liechtenstein fundamental anders ausgestaltet wird als das Notariatswesen in Österreich (andere Zulassungsvoraussetzungen [...] etc)“.²⁸ Von Bedeutung ist dabei weniger, dass Nur-Notare selten vorkommen werden,²⁹ sondern vielmehr Anwaltsnotare in Liechtenstein den Regelfall bilden (solche gibt es auch in Staaten des lateinischen Notariats), wohl aber der Hinweis, dass das LiNotarG aufgrund des eingeschränkten Tätigkeitsbereichs der Notare – der sich va auf das Gesellschaftsrecht konzentriert – auf die Übernahme von Beurkundungen durch in- und ausländische (dh niedergelassene europäische) Rechtsanwälte abzielt.³⁰

Tatsächlich handelt es sich bei liechtensteinischen Notaren auch überwiegend um zum Rechtsanwalt berufsbefugte Personen aus anderen Staaten, die in Liechtenstein als Anwaltsnotare in die Notariatsliste eingetragen sind: Liechtenstein verfügt mit Stand 22. 11. 2023 über 63 Notarinnen und Notare.³¹ Davon waren mehr als die Hälfte bereits davor als Rechtsanwälte in Österreich eingetragen oder haben zumindest die österr Rechtsanwaltsprüfung abgelegt, einige wenige in Deutschland und in der Schweiz. Die Überrepräsentation in Österreich zum Anwaltsberuf befugter Personen – wo ein Anwaltsnotariat nicht zulässig ist – gegenüber solchen aus Deutschland und der Schweiz (wo dies teilweise zulässig ist) zeigt, dass ein maßgeblicher Effekt des LiNG auch in der Aushebelung der österr Berufstrennung besteht.

Freilich gibt es auch in anderen europäischen Staaten Anwaltsnotare, zB in einigen Bundesländern Deutsch-

genständlichen Gesetzesvorlage auch Beurkundungen nach ausländischem Recht ermöglicht.“

²⁰ BuA 37/2019, 79.

²¹ Vgl nur *Damjanovic*, AnwBl 2022, 509 (511).
²² *Eschwey*, DNotZ 2023, 232 (Entscheidungsanm zu OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224).

²³ BuA 37/2019, 15f.

²⁴ BuA 37/2019, 19: „In der Praxis wird vermehrt von ausländischen Klienten gefragt, ob es möglich sei, einen Vertrag oder sonstige Dokumente in Liechtenstein notariell beglaubigen zu lassen bzw als notarielle Urkunde verfassen zu lassen. Diese Frage musste bisher insbesondere im Hinblick auf die notarielle Urkunde mit ‚Nein‘ beantwortet werden. Das kann als Wettbewerbsnachteil für den Standort Liechtenstein gewertet werden. Solche potentiellen ausländischen Klienten mussten bis anhin grundsätzlich an ausländische Notare verwiesen werden.“

²⁵ *Damjanovic*, AnwBl 2022, 509 (510f).

²⁶ Vgl die Zusammenfassung in BuA 37/2019, 5f: „Um auch internationale Kundschaft bedienen zu können, werden mit der ge-

lands (§ 3 BNotO) in beträchtlicher, aber rückläufiger Zahl³² und in einigen Kantonen der Schweiz (zB Bern). Auch dort sind die Notarstellen aber systemisiert (für Deutschland § 4 BNotO) und stehen die Notare unter der Aufsicht jenes Staats, für dessen Rechtsordnung sie die Beurkundungstätigkeit – von Ausnahmen abgesehen – ausüben. Das ist bei liechtensteinischen Notaren nicht der Fall (näher unten D.1.a).

Ein Beurkundungsexport aus Liechtenstein kann in Zukunft noch weiter an Bedeutung gewinnen: Liechtensteinische Notare dürfen zwar nicht *in Österreich* beurkunden (§ 31 Abs 3 NO: nur kollegiale Hilfe auf Ersuchen eines inländischen Notars),³³ ebensowenig in Deutschland (§§ 1, 11 a BNotO)³⁴ – und dies ist ihnen auch nach liechtensteinischem Recht untersagt –,³⁵ sondern nur in Liechtenstein. Sie müssen dies derzeit unter physischer Präsenz der Parteien bzw ihrer Vertreter tun (Art 33 LiNotarG). Diese räumliche Abgrenzung wird aber in Zukunft an Bedeutung verlieren: Eine Beurkundung wird in elektronischer Kommunikation stattfinden können, was eine Reise der Parteien nach Liechtenstein überflüssig macht. Seit einer Novelle im Jahr 2022 ist dies für die Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen von Verbandspersonen bereits teilweise der Fall (Art 37 Abs 1 a LiNotarG).³⁶ Bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation richtet sich der Ort der Beurkundung nach dem Ort der Wahrnehmung durch den Notar³⁷ (ebenso für Deutschland § 16 b Abs 3 BeurkG), dh ein liechtensteinischer Notar darf sich auch bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation nicht in Österreich befinden, andernfalls würde ein Verstoß gegen § 31 Abs 3 NO vorliegen. Bei einer solchen Beurkundung muss sich daher zwar der Notar auch weiterhin in Liechtenstein befinden, nicht aber in Zukunft mehr die Parteien.

Die Ausrichtung des liechtensteinischen Notariats auf das Ausland zeigt sich auch in den Voraussetzungen zur Erlangung der Berufsbefugnis. Europäische Rechts-

anwälte müssen zur Eintragung als liechtensteinischer Notar nur beschränkt Kenntnisse des liechtensteinischen Rechts nachweisen: Sofern sie die Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste der niedergelassenen europäischen Rechtsanwälte erfüllen (im Wesentlichen: Eigenschaft als europäischer Rechtsanwalt, Kanzleisitz in Liechtenstein, Haftpflichtversicherung; Art 60 LIRAG), sind sie von der schriftlichen Notariatsprüfung befreit (Art 5 Abs 5 LiNotarG). Die mündliche Notariatsprüfung „beschränkt sich im Wesentlichen auf die erforderlichen Kenntnisse für die praktische Ausübung des Berufs als Notar“ und hat „insbesondere das Zivilrecht, das Gesellschaftsrecht, das Verwaltungsrecht sowie das Berufs- und Standesrecht der Notare“ zum Gegenstand (Art 9 LiNotarPV).³⁸ Das liechtensteinische Zivilverfahrensrecht (AussStrG; ZPO; JN) und das Steuerrecht sind dort nicht angeführt.

Demgegenüber enthält das österr Recht strengere Anforderungen. Für die Ernennung zum Notar ist schon für das vorausgesetzte rechtswissenschaftliche Studium ein Auslandsstudium nur dann gleichwertig, wenn die erlangten Kenntnisse im Fächerkatalog des § 6 a Abs 2 NO (also einschließlich ua Zivilverfahrensrecht und Steuerrecht) denen eines Studiums des österr Rechts entsprechen (§ 6 a Abs 4 NO). Für die Notariatsprüfung wiederholt sich dieser Fächerkatalog in §§ 13 und 20 NPG und wird dort noch erweitert. Für die Niederlassung europäischer Rechtsberufe kann als österr Vergleichsbasis nur das EIRAG herangezogen werden, weil für Notare keine vergleichbare Regelung besteht: Für die Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte nach Ablegung einer Eignungsprüfung ist eine Befreiung von der schriftlichen Prüfung nicht vorgesehen,³⁹ und das Zivilverfahrensrecht ist Teil sowohl der schriftlichen als auch der mündlichen Prüfung (§§ 31, 32 EIRAG). Es geht dabei nicht um einen Vergleich der nationalen Eintragungsvoraussetzungen für den jeweiligen Rechtsberuf, die Regelung zeigt aber, dass Liechtenstein Kenntnisse der eigenen Rechtsordnung bei der Zulassung als Notar nicht sehr intensiv prüft.

Einen Grund dafür geben die liechtensteinischen Gesetzesmat, wonach eine eigenständige Notariatsprüfung als erforderlich erachtet wurde, um damit den besonderen Wert dieser zusätzlichen Funktion „auch für den Betrachter aus dem Ausland zu unterstreichen“. Die Prüfung „könne durchaus klein gehalten werden, wenn sie sich auf ‚notarspezifische‘ Kenntnisse und Tätigkeiten, gerade im Gesellschafts- und Erbrecht sowie

³² Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und in Teilen Nordrhein-Westfalens (www.notar.de/der-notar/notariatsformen/anwaltsnotare). In der großen Mehrheit dieser Fälle ist die Stellung als Anwaltsnotar allerdings zwingend, weil in den betroffenen Gebieten nur Rechtsanwälte als Notare bestellt werden (§ 3 Abs 2 BNotO), Statistik der deutschen Bundesnotarkammer unter www.notar.de/der-notar/statistik.

³³ Deutlicher dazu die ErläutRV zum Notariats-Berufsrechts-ÄnderungsG 1999, 1633 BlgNR 20. GP 14; A. Grabenwarter in *Zib/Umfahrer*, NO (2022) § 31 Rz 44.

³⁴ BGH 20. 7. 2015 NotZ (Brfg) 13/14; OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224 (Eschwey); *Regler* in BeckOK BNotO⁸ (1. 8. 2023) § 11 a Rz 1.

³⁵ BuA 37/2019, 35f; StNReg 98/2019, 11.

³⁶ Danach ist nur mehr die physische Anwesenheit der versammlungsleitenden und der protokollführenden Person erforderlich. Die Beurkundung vollständig virtueller Versammlungen ist derzeit nicht zulässig, BuA 17/2022, 77.

³⁷ *Zib* in *Zib/Umfahrer*, NO § 69 b Rz 33 ff; A. Grabenwarter, ebendort § 31 Rz 46.

³⁸ Liechtensteinische NotariatsprüfungsVO (NotarPV) vom 19. 11. 2019, LiLGBI 2019/315.

³⁹ Möglich ist nur eine Erlassung von Prüfungsfächern (nicht aber der gesamten Prüfung), und auch dies nur, wenn der Bewerber nachweist, dass er in seiner bisherigen Ausbildung oder Berufstätigkeit in einem Prüfungsfach die für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in Österreich erforderlichen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Kenntnisse im österr Recht erworben hat (§ 29 EIRAG).

in der Urkundenverfassung, beschränke“.⁴⁰ Auch dies erleichtert die Akzeptanz europäischer Rechtsanwälte als liechtensteinische Notare und soll deren Akzeptanz bei Auslandsbeurkundungen erhöhen.

C. Österreichische Berufstrennung zwischen Rechtsanwältinnen und Notaren

§ 7 Abs 1 NO bestimmt:

„Die Führung der Rechtsanwaltschaft [...] kann mit dem Amte des Notars nicht vereinigt werden.“

Dies und der aus der Sicht der Rechtsanwältinnen formulierte inhaltsgleiche § 20 lit b RAO mag – wie in der Lit vertreten⁴¹ – die Notartätigkeit eines österr Rechtsanwalts in Liechtenstein nicht verhindern. Eine Beurkundungstätigkeit eines österr Rechtsanwalts als ausländischer Notar für ein Beurkundungserfordernis des österr Rechts kann dann aber nicht zulässig sein, weil damit ein österr Rechtsanwalt im Ergebnis doch die Notartätigkeit für Österreich ausüben würde. Der Anwendungswille des österr Rechts (§ 7 Abs 1 NO) ist daher zu bejahen.⁴² § 7 Abs 1 NO bewirkt damit kein Berufsverbot für österr Rechtsanwältinnen als liechtensteinische Notare, verhindert aber die Wirksamkeit vom österr Recht geforderter notarieller Beurkundungen (zB Gründung einer österr GmbH, Anteilsübertragung an einer solchen) durch solche liechtensteinischen Notare und damit seine Aushebelung über den Umweg Liechtenstein. Das ist auch, was § 7 Abs 1 NO in seinem genuinen österr Anwendungsbereich verhindern soll. Eine solche Beurkundung kann damit in Österreich nicht rechtswirksam sein. Nach österr Recht liegt dann keine Beurkundung durch einen ausländischen Notar vor. Zur Frage der Substitution und damit der Gleichwertigkeit (unten D.) gelangt man bei österr Rechtsanwältinnen gar nicht.

Das Trennungsgebot des § 7 Abs 1 NO beruht auf guten Gründen, weil die berufsrechtliche Stellung der beiden Gruppen völlig unterschiedlich ist und die Sicherstellung der Formzwecke beim Notar eine stärkere Staatsbindung verlangt, während beim Rechtsanwalt zur Sicherung seiner Unabhängigkeit das Gegenteil der Fall ist (dazu unten D.1.a).

Ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Rechtsanwältinnen (Art 6 StGG), weil damit die Ausübung einer zusätzlichen beruflichen (nämlich der notariellen) Tätigkeit gänzlich untersagt wäre (objektive Antrittsbeschränkung),⁴³ liegt darin ebensowenig wie im Trennungsgebot des § 7 Abs 1 NO selbst. Ein solcher Eingriff liegt auch deshalb nicht vor, weil österr Rechtsanwältinnen eine

notarielle Tätigkeit in Liechtenstein nicht untersagt ist, sondern nur eine Aushebelung der österr Berufstrennung verhindert wird.⁴⁴

In seinem Erk G 1/04 hat der VfGH das Verbot von Mehrfachsozietäten für Rechtsanwältinnen (§ 21 c Z 8 RAO) zur Verhinderung einer Gleichheitswidrigkeit (Inländerdiskriminierung) auch auf grenzüberschreitende Zusammenschlüsse bezogen, weil das Verbot sonst durch Auslandsbeteiligung ausgehebelt worden wäre.⁴⁵ Dasselbe muss für das Verbot (Trennungsgebot) des § 7 Abs 1 NO gelten.

Ist der liechtensteinische Notar nicht zugleich österreichischer, sondern zB nur liechtensteinischer Rechtsanwalt, so wird die Berufstrennung nach § 7 Abs 1 NO nicht auf die Auslandsbeurkundung durchschlagen. Dann ist die Frage der Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung angesprochen (dazu gleich unten).

Das Vorstehende betrifft die Rechtslage nach nationalem österr Recht. Damit ist noch nicht beantwortet, ob das Unionsrecht eine Gleichstellung der Auslandsbeurkundung erzwingt, dazu unten E.

D. Gleichwertigkeit

Nach dem oben zur Berufstrennung Ausgeführten gelangt man bei einem liechtensteinischen Notar, der zugleich österr Rechtsanwalt ist, gar nicht zur Frage der Gleichwertigkeit, weil seine Beurkundung schon infolge § 7 Abs 1 NO in Österreich nicht wirksam ist. Bei liechtensteinischen Notaren, die nicht zugleich österr Rechtsanwältinnen sind – und ebenso, wenn man der oben vertretenen Ansicht nicht folgen sollte –, stellt sich hingegen die Frage der Gleichwertigkeit.

Der OGH hat in 6 Ob 59/20z ausgesprochen, dass bei einer Beurkundung im Ausland zu prüfen ist, ob diese qualitativ im Hinblick auf den Zweck des Formgebots dem österr Notariatsakt gleichwertig ist.⁴⁶ Das entspricht auch der deutschen Rsp und L, und zwar auch für bloße Unterschriftsbeglaubigungen.⁴⁷ Gleichwertigkeit liegt vor, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des österr Notars entsprechende Funktion ausübt und der Beurkundungsvorgang den tragenden Grundsätzen des österr Beurkundungsrechts entspricht.⁴⁸

⁴⁰ BuA 37/2019, 39. Der Entwurf entspricht damit einer Empfehlung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs.

⁴¹ Rüffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (306 ff, 364).

⁴² AM Rüffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (358) für Beurkundungen (Art 26 ff LiNotarG), allerdings unter der einleitenden Prämisse „Erachtet man zudem die Aufsichtsmechanismen des [LIE] NotarG als ausreichend [...]“.

⁴³ Worauf Rüffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (359) hinweisen.

⁴⁴ Zur Unterscheidung zwischen strenger zu beurteilenden Beschränkungen des Erwerbsantritts und bloßen Ausübungsregelungen VfGH 1. 10. 2004, G 1/04 sub 2.1. (zur Beteiligung eines Rechtsanwalts an mehreren Sozietäten).

⁴⁵ VfGH aaO sub 2.2.

⁴⁶ OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20z.

⁴⁷ Vgl nur OLG Karlsruhe 20. 4. 2022, 1 W 25/22 (Wx) mwN (Unterschriftsbeglaubigung für Anmeldung zum Handelsregister).

⁴⁸ OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19a. Ebenso für Deutschland BGH 17. 12. 2013, II ZB 6/13 Rn 14; OLG Karlsruhe 20. 4. 2022, 1 W 25/22 (Wx).

Die Frage der Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen betraf bisher Einzelfälle, was wenig Anlass gab, die erforderlichen Elemente weiter zu konkretisieren. Das in Liechtenstein neu eingeführte Notariat besitzt aber infolge seiner stärkeren Ausrichtung auf den Beurkundungsexport eine größere Spürbarkeit für den österr Rechtsbereich. Das gibt Anlass, die Gleichwertigkeit von Beurkundungen durch liechtensteinische Notare näher zu prüfen.

1. Gleichwertige Stellung

a) Mitwirkung an der Erfüllung von Staatsaufgaben, staatliche Ernennung und Aufsicht

Bei der Amtstätigkeit österr (und deutscher) Notare handelt es sich um ausgelagerte Staatsaufgaben.⁴⁹ Der Notar ist vom Staat in ein öffentliches Amt bestellt und mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beauftragt (§ 1 Abs 1 und 3 NO; in Deutschland § 1 BNotO),⁵⁰ er ist funktionell Träger der öffentlichen Verwaltung.⁵¹ Seine Amtstätigkeit nach § 1 NO (Errichtung von Notariatsakten, Notariatsprotokollen, notarielle Beurkundungen, § 2 NO) ist hoheitliche Tätigkeit.⁵² Zumindest nach der deutschen Rechtsordnung ist es auch zwingend, die Beurkundungstätigkeit – weil vorsorgende Rechtspflege – hoheitlich auszugestalten.⁵³ Ziele der öffentlichen Aufgabe sind ua die Richtigkeitsgewähr und Neutralitätsgewähr der Beurkundung (insb durch unparteiische Belehrung, § 7 Abs 2, §§ 52, 53 NO). Zur Durchsetzung dieser Ziele besteht eine enge staatliche Bindung und Aufsicht.

Charakteristisch ist daher im lateinischen Notariat,⁵⁴ dass der Notar vom Staat bestellt und in sein öffentliches Amt eingeführt wird (in Österreich § 1 Abs 1, § 10

NO: durch den BMJ; für Deutschland §§ 1 ff, 12 BNotO), worauf kein Rechtsanspruch besteht⁵⁵ und sein Amt bei Erreichen eines bestimmten Alters kraft Gesetzes erlischt (§ 19 Abs 1 lit e NO).

Demgegenüber bildet bei Rechtsanwälten die Unabhängigkeit gegenüber dem Staat einen maßgeblichen Eckpfeiler (für Deutschland ausdrücklich §§ 1, 3 BRAO), weshalb es dort keiner behördlichen Ernennung bedarf und bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 1 Abs 2 RAO) ein Rechtsanspruch auf Erlangung der Berufsbefugnis besteht (§ 1 Abs 1 RAO; §§ 4, 6 BRAO). Dies soll gewährleisten, dass der Rechtsanwalt für seine Mandanten erforderlichenfalls auch gegen den Staat auftritt. Eine Altersgrenze besteht dort nicht (vgl § 34 RAO; §§ 13, 14 BRAO).

In Liechtenstein besteht bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf die Eintragung in die Notariatsliste (Art 6 LiNotarG), eine Altersgrenze existiert nicht (vgl Art 4, 63 LiNotarG). Berufsamt und fehlende Altersgrenze entsprechen daher eher dem System bei Rechtsanwälten als dem des österr – und allgemeiner des lateinischen – Notariats.

Der Notar muss Amtshandlungen ablehnen, wenn es sich um ein verbotenes Geschäft handelt oder der Verdacht eines Schein- oder Umgehungsgeschäfts oder eines Geschäfts zum Zweck der widerrechtlichen Benachteiligung eines Dritten besteht, ebenso bei Grund zur Annahme mangelnder Geschäftsfähigkeit für das vorzunehmende Geschäft (§ 34 NO). Bei Interessenkonflikt ist eine Beurkundung unzulässig und unwirksam (§ 33 NO), was neben Parteiinteressen auch dem öffentlichen Interesse an der Rechtmäßigkeit der Beurkundung dient. Die Möglichkeit, eine Beurkundung abzulehnen oder eine Meldung an die Geldwäschemeldestelle zu erstatten (§ 36 c NO), ohne existentiell beeinträchtigt zu sein, wird in Österreich – wie im lateinischen Notariat typisch⁵⁶ – durch die Systemisierung der Stellen (§ 9 NO; § 4 dBNotO) gewährleistet.⁵⁷ Die Systemisierung dient daher nicht nur der Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen und auch nicht dem Schutz der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit der Notariate als Selbstzweck, sondern der Durchsetzung der staatlich vorgegebenen Pflichten.

In Liechtenstein bestehen ebenfalls Mitwirkungsverbote bei verbotenen oder Scheingeschäften (Art 19 Abs 1 LiNotarG) und – weniger weitgehend als in Österreich – bei Interessenkonflikt (unten b). Es gibt aber keine Systemisierung der Notarstellen, die eine Ablehnung im öffentlichen Interesse ohne existentielle Beeinträchtigung erlauben würde (vgl Art 6 LiNotarG).

⁴⁹ Grabenwarter, NZ 2011, 289 (293); Zib, NZ 2023, 382 (384); Forster/Dobler in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 1 Rz 3 mwN; Wagner/Knechtel, NO⁶ (2007) § 1 Rz 2, 3 ff; Foukal in FS Bittner (2018) 151 (153). Ebenso für Deutschland die Begründung des RegE zum DiRUG, BT-Drucks 19/28177, 116; BGH 20. 7. 2015 NotZ (BfG) 13/14 NJW 2015, 3034; Regler in BeckOK BNotO⁸ (1. 8. 2023) § 11 a Rz 1; H. Roth, EuZW 2015, 734; Preuß, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger (2005) 94 ff, 490.

⁵⁰ Grabenwarter, aaO 290. Für Deutschland BVerfG 19. 6. 2012, 1 BvR 3017/09 Rz 44; BGH 20. 7. 2015 NotZ (BfG) 13/14 Rz 26; H. Roth, aaO 734.

⁵¹ Forster/Dobler in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 1 Rz 3.

⁵² ErläutRV zum Notariats-Berufsrechts-ÄnderungsG 1999, 1633 BlgNR 20. GP 14; A. Grabenwarter in Zib/Umfahrer, NO (2022) § 31 Rz 44; Forster/Dobler, ebendort § 1 Rz 21; Wagner/Knechtel, NO⁶ § 1 Rz 1 ff; Rüffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (306); Stöger, NZ 2019, 10f. Ebenso für Deutschland die Begründung des RegE zum DiRUG, BT-Drucks 19/28177, 116; BVerfG 19. 6. 2012, 1 BvR 3017/09 Rz 49; BGH 20. 7. 2015 NotZ (BfG) 13/14 NJW 2015, 3034; Regler in BeckOK BNotO⁸ (1. 8. 2023) § 11 a Rz 1 f.

⁵³ Begründung des RegE zum DiRUG aaO 116 unter Hinweis auf BVerfG NJW 1987, 887 und BVerfG 19. 6. 2012, 1 BvR 3017/09 NJW 2012, 2639 (2641).

⁵⁴ Foukal in FS Bittner (2018) 151 (153).

⁵⁵ Mondel in Zib/Umfahrer, NO (2022) § 10 Rz 1, § 11 Rz 8; Wagner/Knechtel, NO⁶ § 10 Rz 1, § 11 Rz 1 a; Rüffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (307). Ebenso in Deutschland, Eschwey in BeckOK BNotO⁸ (1. 8. 2023) § 1 Rz 23 mwN.

⁵⁶ Foukal, aaO 154.

⁵⁷ Zib, NZ 2023, 382 (384).

Weiter abgesichert werden die notariellen Pflichten in Österreich durch eine nicht nur standesrechtliche, sondern auch staatliche Aufsicht und Disziplinalgewalt: Die Aufsicht über Notare obliegt letztlich staatlichen Organen (§ 153 NO), und der Notar kann bei Disziplinarvergehen (§ 155 Abs 2, § 156 NO) durch mehrheitlich mit staatlichen Organen besetzte Disziplinarsenate bei den OLG und beim OGH (§ 171 Abs 1 NO)⁵⁸ vom Amte suspendiert (§ 180 NO) und seines Amtes enthoben werden (§ 19 Abs 1 lit h NO). Die in den Disziplinarsenaten tätigen Berufsrichter sind unabhängig und der staatlichen österr Rechtsordnung, nicht aber den Interessen des Notarenstandes verpflichtet.

Die Akten (und andere Unterlagen) der österr Notare unterliegen einer regelmäßigen Einsicht und Überprüfung (Revision) durch die Notariatskammer im Hinblick auf Standespflichtverletzungen und die Verhinderung von Geldwäsche (§ 154 NO).

Liechtensteinische Notare unterliegen ebenfalls einer Disziplinargerichtsbarkeit durch staatliche Gerichte (Art 52, 53, 76 LiNotarG). Im LiNotarG besteht aber keine Revisionspflicht der liechtensteinischen Notariatskammer, sondern nur deren Recht, im Rahmen ihrer Aufsicht über die Notare jederzeit Einsicht in die Register – nicht aber in die Urkunden (vgl Art 36 Abs 1) – zu nehmen (Art 36 Abs 4, Art 49 LiNotarG). Die Überprüfung ist weder verpflichtend noch regelmäßig vorgesehen. Soweit liechtensteinische Notare zugleich österr Rechtsanwälte sind, besteht für sie nur eine grundsätzliche Aufsichtspflicht der österr Rechtsanwaltskammer, die „gegebenenfalls auch Überprüfungshandlungen unmittelbar beim Rechtsanwalt umfasst“ und nur zu Teilaspekten der Geldwäscheverhinderung eine regelmäßige ist (§ 23 Abs 2 RAO). Diese Aufsichtspflicht der österr Rechtsanwaltskammer bezieht sich aber nicht auf die liechtensteinische Beurkundungstätigkeit eines Rechtsanwalts als dortiger Anwaltsnotar. Die Revision bei liechtensteinischen Notaren entspricht daher insgesamt annähernd der bei österr Rechtsanwälten, nicht aber der bei österr Notaren.

Dies alles sind zusammenhängende Elemente, die die Erfüllung der ausgelagerten Staatsaufgaben sicherstellen,⁵⁹ was auch der EuGH als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt hat⁶⁰ (näher unten E.2.).

Von Bedeutung ist aber nicht nur, dass die Staatsbindung liechtensteinischer Notare hinter der österreichi-

scher und deutscher (und allgemeiner: lateinischer) Notare zurückbleibt.⁶¹ Zu bedenken ist auch, dass die nationalen österr, deutschen (etc) Vorschriften die Bindung der Notare an die jeweils eigenen rechtlichen Vorgaben und die Aufsicht durch den eigenen Staat (und eigene Standesorgane) regeln, nicht aber an/durch ausländische.

Eine solche Bindung fehlt bei Tätigwerden ausländischer Notare aber völlig. Die Regulierung und Aufsicht wird dann nicht durch den österr Staat ausgeübt, sondern allenfalls – soweit überhaupt geregelt – durch den (hier:) liechtensteinischen. Weil es dabei um die Erfüllung österr öffentlicher Aufgaben geht, liegt darin – wie auch der BGH entschieden hat – ein Kontrolldefizit.⁶² Das System österr Ernennung, Pflichten und Aufsicht greift bei einem liechtensteinischen Notar nicht. Bei Bejahung der Gleichwertigkeit würde die Wahrnehmung österr öffentlicher Aufgaben durch einen ausländischen Notar jener durch einen österr Amtsträger gleichgestellt, und zwar für Rechtsakte mit primärer Auswirkung im österr Rechtsraum. Mit einer nicht an die Zulassung und Aufsicht des österr Staats geknüpften Urkundstätigkeit ausländischer Notare im Inland würde diesen hoheitliche Tätigkeit ohne Kontrollmöglichkeit überlassen. Damit ginge ein Verlust an Rechtssicherheit und damit eine Gefährdung der Interessen der Rechtssuchenden und der Rechtspflege einher.⁶³

Ob damit ausländische Notare für Beurkundungen nach ihrer Stellung generell nicht gleichwertig sind, muss hier nicht abschließend beurteilt werden. Beobachtet man die Entwicklung der jüngeren deutschen Rsp, so spricht allerdings einiges dafür. Eine Anerkennung ausländischer Beurkundungen (Notariatsakte) liegt an sich schon am äußeren Rand der von der Rechtsordnung vorgesehenen Erfüllung von Staatsaufgaben. Vieles dürfte daher dafür sprechen, dass jedenfalls bei größeren Abweichungen in der Stellung – wie sie bei liechtensteinischen Anwaltsnotaren vorliegen – eine Auslandsbeurkundung nicht gleichwertig ist. In diese Richtung entwickelt sich – insb seit der Formfreigabe der Anteilsübertragung in der Schweiz (2008) – auch der Meinungsstand in Deutschland.⁶⁴

⁵⁸ Die hälftige Besetzung „der Mitgliederstellen“ der Senate durch Notare in § 171 Abs 1 NO bezieht sich nur auf die Senatsmitglieder ohne den Senatsvorsitzenden, der stets ein Berufsrichter ist, *Wagner/Knechtel*, NO⁶ § 171 Rz 3; dem entspricht auch die Senatsbesetzung bei OLG Graz 31. 8. 2017, 122 Ds 2/17 y (im RIS verfügbar).

⁵⁹ BGH 20. 7. 2015, NotZ (Brfg) 13/14 Rz 15 f: bei englischem Scribener Notary fehlt staatliche deutsche Zulassung und Aufsicht.

⁶⁰ EuGH 24. 5. 2011, C-53/08, *Kommission/Österreich*, Rn 96; EuGH 24. 5. 2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 98 (beide zur Niederlassungsfreiheit).

⁶¹ Dazu auch *Rüffler/Müller*, AnWB 2022, 304 (308). AM *Jaeger*, ZfRV 2020, 152 (161 f, 164 f).

⁶² BGH 13. 2. 2020, V ZB 3/16 Rz 34: Nichtanerkennung einer Beurkundung durch einen Schweizer Notar.

⁶³ A. *Grabenwarter* in *Zib/Umfahrer*, NO (2022) § 31 Rz 44. Für Deutschland auch BGH 20. 7. 2015, NotZ (Brfg) 13/14 NJW 2015, 3034; *Regler* in *BeckOK BNotO*⁸ (1. 8. 2023) § 11 a Rz 1.

⁶⁴ *Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG*²¹ (2023) § 15 Rz 33: Gleichwertigkeit von Beurkundungen in allen Ländern mit lateinischem Notariat nach aktuellem Stand der Diskussion nicht mehr aufrechtzuerhalten. Referierend auch *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas, GmbHG*²³ (2022) § 2 Rz 9: nach zunehmenden Stimmen jedenfalls für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags Beurkundung im Ausland nicht oder jedenfalls nur bei uneingeschränkter Gleichwertigkeit genügend.

b) Mitwirkungsverbot bei Interessenkonflikt

In Rechtsordnungen mit Anwaltsnotariat stellt sich auch die Frage eines Mitwirkungsverbots der Notare bei Interessenkonflikt in einem zusätzlichen Aspekt: Anwaltsnotare dürfen nicht in einer Angelegenheit notariell tätig werden, in der sie bereits als Rechtsanwalt tätig waren und umgekehrt (vgl § 3 Abs 1 Z 7 dBeurkG; § 45 Abs 1 Z 1 BRAO),⁶⁵ wodurch notarielle und anwaltliche Tätigkeit getrennt und die Unparteilichkeit der Beurkundung gesichert werden soll.⁶⁶ Dabei geht es nicht nur um die Interessen der Parteien:

Freilich berät auch der Nur-Notar insb bei Notariatsakten die Parteien. Er tut dies aber im Rahmen seiner öffentlichen Aufgabe zur Gesetzmäßigkeits- und Neutralitätsgewähr der Beurkundung, weshalb eine notarielle Vorbefassung keinen Interessenkonflikt erzeugt.⁶⁷ Hat aber ein Anwaltsnotar zuvor anwaltlich beraten, so war er dabei primär den Interessen seines bzw seiner Klienten verpflichtet. Beurkundet er das Rechtsgeschäft sodann selbst als Notar, so kann die Neigung bestehen, zu weit verstandene Auslegungsspielräume (etwa bei Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen) zu akzeptieren, was den angestrebten Kontrollzweck verfehlt.

Nach Art 28 LiNotarG ist die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts zwar grundsätzlich verboten, wenn der Notar Organ oder sonstiger Vertreter einer Partei ist oder eine solche bei diesem Rechtsgeschäft anwaltlich beraten hat (Art 28 Abs 2 lit c und d LiNotarG). Die Beurkundung ist aber zulässig, wenn er alle Parteien in Bezug auf das Rechtsgeschäft anwaltlich vertreten oder beraten hat (Art 28 Abs 2 lit d LiNotarG).⁶⁸

Nach österr Recht ist dies schon deshalb nicht möglich, weil der Notar nicht zugleich Rechtsanwalt sein kann (§ 7 NO). Aber selbst bei sonstiger Vertreterfunktion für eine Partei (etwa als Mitglied des Stiftungsvorstands einer geschäftsanteilerwerbenden Privatstiftung) ist die Beurkundung unzulässig, und es liegt kein formwirksamer Notariatsakt vor (§ 33 NO).⁶⁹ Ob der Notar in dieser Angelegenheit auch die andere Partei beraten hat (oder ohnehin nur ein Einpersonengeschäft vorliegt, etwa bei Einpersonengründung einer GmbH), ist nach österr Recht irrelevant. Denn die Beratung oder Vertre-

tung aller Parteien als Rechtsanwalt (oder bei Funktion als Organvertreter einer Partei) bewirkt allenfalls eine ausgewogene Interessenwahrung aller Beteiligten (Unparteilichkeit; andernfalls läge Sorgfaltspflichtverletzung vor), ändert aber nichts an der gefährdeten Kontrollaufgabe des Notars, unwirksame Bestimmungen auch im öffentlichen Interesse abzulehnen, selbst wenn alle Parteien sie wollen. Das liechtensteinische Recht ist daher auch beim Mitwirkungsverbot des Notars wegen Gefahr eines Interessenkonflikts weniger kontrollorientiert als das österreichische.

Des Weiteren gelten die österr Ausschließungsgründe bei Interessenkonflikt (§ 33 NO) – wie die deutschen des § 3 dBeurkG – für sämtliche Amtstätigkeiten,⁷⁰ jene des Art 28 LiNotarG aber nur für Beurkundungen, während Art 42 ff über Beglaubigungen keine entsprechende Regelung enthalten (zu Konsequenzen unten F).

c) Präsenzpflcht

Das Erfordernis des tatsächlichen und dauerhaften Kanzleisitzes in Liechtenstein (Art 17 LiNotarG) bedeutet nach den Mat lediglich, dass der Notar seinen Beruf „nicht nur sporadisch von seinem inländischen Kanzleisitz ausüben soll“.⁷¹ Dementsprechend üben mehrere liechtensteinische Notare neben dem Notariat die Rechtsanwalts-tätigkeit in drei verschiedenen Staaten aus. Eine dem österr Recht vergleichbare Pflicht zur Verfügbarkeit bei der Ausübung des Amtes (§ 21 NO) – Anzeigepflicht an die Notariatskammer bei Nichtausübung durch mehr als drei aufeinanderfolgende Tage (inkl Samstag), Bewilligungspflicht bei Nichtausübung an insgesamt über 60 Tagen/Jahr⁷² – besteht in Liechtenstein nicht.

d) Pflicht zur Vornahme von Amtshandlungen

Da das Notariat ausgelagerte Staatsaufgaben der Bevölkerung zur Verfügung stellen soll, ist der Notar in Österreich und Deutschland zur Vornahme von Amtshandlungen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet (§ 35 NO; § 15 BNotO). Der liechtensteinische Notar kann hingegen eine Beurkundung ohne Angabe von Gründen verweigern (Art 27 Abs 4 LiNotarG). Das entspricht der österr und deutschen Rechtslage bei Rechtsanwälten (§ 10 Abs 1 RAO; § 44 BRAO), nicht aber bei Notaren.

e) Versicherungspflicht

Österreichische Notare (und Notariatssubstituten) müssen eine Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von € 400.000,- pro Versicherungsfall bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer haben und dies der Notariats-

⁶⁵ Der daneben bestehende § 3 Abs 1 Z 8 BeurkG ist heute weitgehend bedeutungslos, weil idR von Z 7 abgedeckt, Gößl in BeckOGK BeurkG (Stand 1. 4. 2022) § 3 Rz 83.

⁶⁶ Gößl, aaO § 3 Rz 60f.

⁶⁷ Gößl, aaO § 3 Rz 61ff.

⁶⁸ Ähnlich in Deutschland § 3 Abs 1 Z 7 BeurkG: Ein Notar soll an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich um Angelegenheiten einer Person handelt, für die der Notar [...] außerhalb einer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen.

⁶⁹ OGH 21. 2. 2023, 2 Ob 242/22k zu § 33 aF NO, aber nach § 33 idF BRÄG 2022 gleich zu beurteilen, Billeth in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 33 Rz 31.

⁷⁰ Billeth, aaO § 33 Rz 144, 153; Wagner/Knechtel, NO⁶ (2007) § 33 Rz 1. Auch zu den Beurkundungen nach § 3 dBeurkG zählt gleichermaßen die Unterschriftsbeglaubigung nach §§ 40 ff, Gößl, aaO § 3 Rz 14, 20.

⁷¹ BuA 37/2019, 55.

⁷² Näher Mondel in Zib/Umfahrer, NO (2022) § 21 Rz 4 ff.

kammer nachweisen (§ 30 NO). Andernfalls ist über sie die Suspension vom Amt zu verhängen.

In Liechtenstein beträgt die Mindestversicherungssumme fünf Mio CHF, muss aber im Gegensatz zu Österreich nur pro Jahr vorliegen (Art 20 Abs 4 LiNotarG), dh für sämtliche Schadensfälle eines Jahres zur Verfügung stehen.⁷³ In Österreich ist die Vereinbarung einer Jahreshöchstleistung unzulässig.⁷⁴ In der liechtensteinischen Regelung kann gegenüber der österr Rechtslage ein Verbesserung, aber auch eine Verschlechterung für die Parteien liegen – dies hängt von der Zahl der Schadensfälle und der Definition ab, wann „ein Schadensfall“ vorliegt (aus einer Beurkundung können mehrere Personen geschädigt sein). Serienschadenklauseln (nur ein Versicherungsfall und daher nur einmalige Leistung der Versicherungssumme, wenn aus einem Verstoß mehrere Schadenersatzverpflichtungen oder aus mehreren Verstößen ein einheitlicher Schaden entsteht) sind in Österreich innerhalb der gesetzlichen Mindestversicherungssumme unzulässig.⁷⁵

Auch eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist in Österreich unzulässig (§ 30 Abs 4 NO). In Liechtenstein muss hingegen eine Nachhaftung bei Erlöschen oder Ruhen der Berechtigung zur Berufsausübung nur mindestens drei Jahre lang bestehen (Art 20 Abs 5 LiNotarG). Insgesamt ist der Versicherungsschutz liechtensteinischer Notare im Interesse der Parteien daher dem österr nicht gleichwertig.

2. Gleichwertiger Beurkundungsvorgang

Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung setzt neben gleichwertiger Stellung der ausländischen Urkundsperson auch voraus, dass der Beurkundungsvorgang den tragenden Grundsätzen des österr Beurkundungsrechts entspricht.⁷⁶ Wesentliche Merkmale des Beurkundungsvorgangs sind nach österr Recht beim Notariatsakt die Identitätskontrolle, Prüfung der Urteilsfähigkeit und Belehrung zum Abschluss, inhaltliche Warnung und Belehrung,⁷⁷ Verlesung (zu alledem §§ 34, 52, 53, 55 NO),⁷⁸ Beweissicherung durch Archivierung (§ 110 Abs 3 NO) und die Unzulässigkeit eines Ausschlusses der Haftung nach § 39 NO⁷⁹ (in Deutschland § 19 BNotO). Bei der Unterschriftsbeglaubigung bilden insb die Identitätskontrolle und die Prüfung der Urteilsfähigkeit⁸⁰ wesentliche Elemente (§ 34 Abs 2, § 79 Abs 1 NO).

Das LiNotarG regelt die Identitätskontrolle (Art 27 Abs 2) und Prüfung der Urteilsfähigkeit (Art 27 Abs 3) für Beurkundungen in einer dem österr Recht (§§ 34 Abs 2, 52, 55 NO) entsprechenden Weise. Für die Unterschriftsbeglaubigung ist zwar eine Identitätskontrolle vorgesehen (Art 42 Abs 2 LiNotarG), aber anders als in Österreich (§ 34 Abs 2 NO) keine Prüfung der Urteilsfähigkeit. Zur Beweissicherung trifft Art 36 LiNotarG eine Regelung über die Archivierung.

Im Folgenden wird daher nur auf die verbleibenden Elemente des Beurkundungsvorgangs eingegangen:

a) Belehrungspflicht

Eine Pflicht zur Belehrung ist in Art 27 Abs 1 LiNotarG enthalten. Sie besteht aber nicht in allen Fällen: Nach Art 27 Abs 5 LiNotarG kann die Belehrung durch den Notar unterbleiben, wenn „eine Partei“⁸¹ beim Beurkundungsvorgang von einem Rechtsanwalt vertreten ist, der in der Jurisdiktion zugelassen ist, nach deren Recht die Urkunde erstellt wird. Das Gesetz geht davon aus, dass diesfalls der Rechtsanwalt die Partei entsprechend belehrt.⁸²

Das ist dem österr Recht nicht gleichwertig, gilt aber nur für Urkunden nach inländischem (liechtensteinischem) Recht, weil Art 39 LiNotarG eine Sondervorschrift für die hier relevanten Urkunden nach ausländischem Recht enthält.

Nach Art 39 Abs 1 lit a LiNotarG „stellt [der liechtensteinische Notar] Urkunden nach ausländischem Recht aus, wenn er die zu beurkundenden Rechtshandlungen versteht und in der Lage ist, sie den Parteien zu erläutern, sowie das anwendbare ausländische Recht so ermittelt hat, dass er die Urkunde nach den Vorgaben der Parteien formulieren bzw einen von den Parteien vorgelegten Entwurf auf seine Vereinbarkeit mit dem ausländischen Recht überprüfen kann“.

Nach Art 39 Abs 1 lit b iVm Art 27 Abs 5 LiNotarG kann die Belehrung durch den Notar bei Urkunden nach ausländischem Recht unterbleiben, wenn jede Partei beim Beurkundungsvorgang von einem Rechtsanwalt vertreten ist, der in der Jurisdiktion zugelassen ist, nach deren Recht die ausländische Urkunde erstellt wird (die Identitätskontrolle und Prüfung der Urteilsfähigkeit bleibt auch dann verpflichtend). Der liechtensteinische Notar muss dann die zu beurkundende Rechtshandlung nicht verstehen (Art 39 Abs 1 LiNotarG).

In diesem Fall wird die notarielle Belehrung durch eine (vermutete) anwaltliche Belehrung ersetzt. Die Beurkundung bleibt dabei eine solche durch den liechtensteinischen Notar, sie ist aber einer Beurkundung durch einen österr Notar nicht gleichwertig, weil und wo das

⁷³ BuA 37/2019, 58. Ähnlich in Deutschland: € 500.000,- pro Versicherungsfall, aber Beschränkung auf eine Mio Euro pro Jahr möglich (§ 19a BNotO).

⁷⁴ Gutmayer/Koban/Keltner in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 30 Rz 4.

⁷⁵ Gutmayer/Koban/Keltner, aaO § 30 Rz 5 FN 34 mwN.

⁷⁶ Ebenso für Deutschland BGH 17. 12. 2013, II ZB 6/13 Rn 14; OLG Karlsruhe 20. 4. 2022, 1 W 25/22 (Wx).

⁷⁷ Vgl nur OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20z.

⁷⁸ Vgl nur Dobler in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 52 Rz 11 ff. Ebenso zum deutschen Recht BGH 16. 2. 1981, II ZB 8/80 BGHZ 80, 76.

⁷⁹ Wagner/Knechtel, NO⁶ (2007) § 39 Rz 1.

⁸⁰ Billeth in Zib/Umfahrer, NO (2022) § 34 Rz 96, 100f.

⁸¹ Auch dem Bericht und Antrag der Regierung, BuA 37/2019, 63 ist nicht zu entnehmen, warum das Gesetz hier auf „eine“ und nicht auf „diese“ (also die anwaltlich vertretene) Partei abstellt.

⁸² Bericht und Antrag der Regierung, BuA 37/2019, 63.

österr Recht – wie bei Notariatsakten – eine Belehrung durch den Notar verlangt.⁸³

Die Gründe, warum ein liechtensteinischer Anwaltsnotar auf die Belehrung verzichten mag, obwohl er zT als österr Rechtsanwalt dazu inhaltlich in der Lage wäre, mögen verschieden sein (zB weil die Parteien bereits durch andere Rechtsanwälte vertreten sind). Zu ihnen zählt aber jedenfalls auch, dass der Notar mit anwaltlich vertretenen Parteien eine Haftungsbeschränkung vereinbaren kann (Art 27 Abs 5 LiNotarG). Dann wird nicht nur die Belehrung, sondern auch die Haftung des Notars durch eine solche eines Rechtsanwalts ersetzt. Risikoauflärung und Haftung richten sich dann nicht nach den notariellen Vorschriften des LiNotarG, sondern nach den Vorschriften für Rechtsanwälte.

Es müsste daher in jedem Einzelfall geprüft werden, ob der liechtensteinische Notar selbst belehrt oder dies Rechtsanwälten überlassen hat, die in Österreich zugelassen sind. Im zweiten Fall müsste auch geprüft werden, ob die Rechtsanwälte in einer dem österr Recht entsprechenden Weise (insb Neutralitätsgebot) belehrt haben. Selbst wenn dies der Fall ist oder der liechtensteinische Notar selbst belehrt hat, wäre seine mögliche Haftungsbeschränkung (Art 27 Abs 5 LiNotarG) der österr und deutschen Rechtslage nicht gleichwertig (unten c).

Freilich ist auch der österr und deutsche Notar bei Urkunden nach ausländischem Recht nicht zur Belehrung über den Inhalt des ausländischen Rechts verpflichtet (für Deutschland § 17 Abs 3 BeurkG).⁸⁴ Das ändert aber nichts daran, dass die Beurkundung eines liechtensteinischen Notars zum österr Recht ohne Belehrung durch diesen einem österr Notariatsakt zum österr Recht mit zwingender Belehrung durch den Notar nicht gleichwertig ist.

b) Verlesungspflicht

Nach österr Recht ist der Notariatsakt den Parteien zu verlesen und deren Genehmigung anzuführen (§ 68 Abs 1 lit f NO; in Deutschland § 13 BeurkG). Die Verlesungspflicht besteht auch für jene Beilagen, deren Inhalt von den Parteien zum Bestandteil ihrer Erklärungen in der Notariatsurkunde gemacht wurden (vgl § 48 NO).⁸⁵ Die Nichtverlesung führt nach der Rsp zum Solennitätsverlust (§ 68 Abs 1 NO Einleitungssatz).⁸⁶ Bei

Auslandsbeurkundung führt sie zur Nichtgleichwertigkeit.⁸⁷

Nach Art 32 LiNotarG legt der Notar den Parteien die Urkunde zum Lesen vor oder liest sie ihnen vor und lässt sich von ihnen bestätigen, dass die Urkunde ihren Parteiwillen enthält. Eine Verlesungspflicht besteht nach dem LiNotarG nicht.

c) Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses

Die Haftung des Notars nach § 39 NO kann in Österreich bei Amtsgeschäften (insb Notariatsakten) nicht ausgeschlossen werden.⁸⁸ In Deutschland ist sie ebenfalls zwingend, aber bei Fahrlässigkeit subsidiär, wenn der Verletzte auf andere Weise (zB von seinem Vertragspartner oder Rechtsanwalt) Ersatz erlangen kann (§ 19 Abs 1 BNotO).⁸⁹ Diese Subsidiarität wird damit begründet, dass der Notar die Amtstätigkeit idR nicht ablehnen darf (§ 15 BNotO).

Der liechtensteinische Notar kann hingegen mit anwaltlich vertretenen Parteien (ie: von einem Rechtsanwalt vertreten, der in der Jurisdiktion zugelassen ist, nach deren Recht die Urkunde erstellt wird) eine Haftungsbeschränkung vereinbaren (Art 27 Abs 5 LiNotarG). Wie weit diese Haftungsbeschränkung gehen kann (Haftungsausschluss, Beschränkung auf sehr niedrige Beträge? Oder nur für bestimmte Verschuldensgrade, zB für leichte Fahrlässigkeit?), wird weder im Gesetz noch in den Mat gesagt.

Diese Möglichkeit entspricht nicht dem österr Recht. Auch nach deutschem Recht enthält die Subsidiaritätsregelung des § 19 Abs 1 BNotO keine Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung – eine solche ist vielmehr unzulässig⁹⁰ –, sondern bewirkt eben nur eine subsidiäre Haftung. Der Unterschied zeigt sich etwa, wenn eine Partei zwar anwaltlich vertreten ist, aber von ihrem Rechtsanwalt keinen Ersatz erlangen kann. Es ist auch keineswegs gesagt, dass die Partei überhaupt einen Anspruch gegen ihren Rechtsanwalt hat: Verletzt der Notar etwa seine spezifisch notariellen Pflichten, denen der Rechtsanwalt aber gar nicht unterliegt, so erhält sie nur den beschränkten (also bei Haftungsausschluss gar keinen) Ersatz. Nach deutscher Sicht liegt daher bei Haftungsfreizeichnung keine Gleichwertigkeit der Beurkundung vor.⁹¹

Davon abgesehen lässt sich die liechtensteinische Regelung auch deshalb nicht mit der deutschen vergleichen, weil deren Normzweck darin liegt, den Notar zu

⁸³ AM Jaeger, ZfRV 2020, 152 (162f, 166).

⁸⁴ Für Österreich Wagner/Knechtel, NO⁶ (2007) § 52 Rz 13; Dobler in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 52 Rz 38. Ebenso § 52 Abs 2 NO idF des Vorentwurfs zu einem BRÄG 2023 als Klarstellung der schon bisher geltenden Rechtslage.

⁸⁵ Nur nicht oder schwer vorlesbare Beilagen (zB Pläne, Registerabfragen, Bilanzen, Verzeichnisse) sollen von der Verlesung befreit sein, wenn sie den Parteien im Einzelnen zur Durchsicht vorgelegt wurden: § 68 Abs 1 lit f NO idF des Vorentwurfs zu einem BRÄG 2023 und hiezu Erläut 4 („klarstellend“).

⁸⁶ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 122/21 s (dagegen Lehner, eolex 2022/542, 810); für Deutschland Seebach/Rachlitz in BeckOGK BeurkG (Stand 1. 5. 2022) § 13 Rz 13, 64.

⁸⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG²¹ (2023) § 15 Rz 34 aE.

⁸⁸ Wagner/Knechtel, NO⁶ (2007) § 39 Rz 1.

⁸⁹ Nicht aber, weil der Verletzte Ersatz von einem anderen Notar (LG München II 30. 5. 2018, 11 O 1153/17 Rn 34) oder von einem Dritten (zB Vertragspartner) verlangen kann, wenn dieser Dritte seinerseits Schadenersatzansprüche gegen den Notar hat, BGH 23. 1. 2020, III ZR 28/19.

⁹⁰ Herrschende Meinung, Schramm in BeckOK BNotO⁸ (Stand 1. 8. 2023) § 19 Rz 113 mwN.

⁹¹ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG²¹ (2023) § 15 Rz 32.

schützen, wenn er zur Amtstätigkeit verpflichtet ist (§ 15 BNotO) und den damit verbundenen Haftungsrisiken nicht ausweichen kann.⁹² Der liechtensteinische Notar kann hingegen eine Beurkundung ohne Angabe von Gründen verweigern (Art 27 Abs 4 LiNotarG). Die beschränkbare Haftung des liechtensteinischen Notars ist daher der österr und deutschen Rechtslage nicht gleichwertig.

d) Geldwäscheprüfung

Bei Gründung einer österr GmbH müssen die österr Geldwäschebestimmungen eingehalten werden. Bei österr Notaren sind dies die §§ 36 a ff NO, denen ein liechtensteinischer Notar klarerweise nicht unmittelbar unterliegt. Für die Gleichwertigkeit ist aber nur erforderlich, dass die dort gegebenen Regelungen eingehalten werden.

Ist der liechtensteinische Notar zugleich österr Rechtsanwalt und hat er die Gründer zuvor in Österreich zur selben Gründung beraten, so hatte er schon dabei eine Geldwäscheprüfung nach §§ 8 a ff RAO durchzuführen. Die unterschiedliche Stellung (Rechtsanwalt/Notar) dürfte insoweit unschädlich sein, weil die Vorschriften der NO und RAO inhaltsähnlich sind und die 5. Geldwäsche-RL (EU) 2015/849 auch für den EWR gilt und „Notare und andere selbständige Angehörige von rechtsberatenden Berufen“ – daher auch Rechtsanwälte – in gleicher Weise erfasst (Art 2 Abs 1 Z 3 lit b).

Bei der Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen dürfte eine Finanztransaktion iSd Art 2 Abs 1 Z 3 lit b Geldwäsche-RL sowie ein „Kauf oder Verkauf von Unternehmen“ iSd § 36 a Abs 1 Z 1 NO vorliegen.⁹³ Weniger klar ist, ob dabei die österr oder die liechtensteinischen Geldwäschebestimmungen einzuhalten sind. Der Unterschied dürfte gering sein, weil beide auf den Vorgaben der EU-Geldwäsche-RL beruhen.

Aus den Geldwäschebestimmungen selbst dürften sich daher keine für die Frage der Gleichwertigkeit des Beurkundungsvorgangs relevanten Unterschiede ergeben.

Anderes gilt für den Spielraum, die Mitwirkung an einer Transaktion abzulehnen oder eine Meldung an die Geldwäschemeldestelle (§ 36 c NO) zu erstatten. Aufgrund der Systemisierung der Stellen ist der österr Notar hier vor existentieller Beeinträchtigung (zB durch Entzug von Mandaten) geschützt, ein (auch liechtensteinischer) Rechtsanwalt hingegen nicht (oben D.1.a). Der Effekt zeigt sich daran, dass in Österreich die Quote an

Verdachtsmeldungen bei Notaren wesentlich höher ist als bei Rechtsanwälten.⁹⁴

e) Beurkundungsvorgang bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation

Das Erfordernis eines gleichwertigen Beurkundungsvorgangs besteht auch bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation. Eine solche ist im LiNotarG derzeit nur für Versammlungsbeschlüsse von Verbandspersonen vorgesehen (Art 37 Abs 1 a LiNotarG), dies könnte aber künftig erweitert werden. Ansonsten müssen die Parteien bzw deren Vertreter nach dem derzeit geltenden Art 33 LiNotarG persönlich vor dem Notar erscheinen. Die Urkunde ist in Anwesenheit dieser Personen zu erstellen und zu beurkunden. Das entspricht der österr Rechtslage bei physischer Anwesenheit der Parteien.⁹⁵

Bei künftiger Beurkundung in elektronischer Kommunikation muss daher das liechtensteinische Verfahren zur (ua) Identitätsfeststellung für eine Gleichwertigkeit dem österr Verfahren nach § 69 b NO iVm der NEIV entsprechen. Das wird auch in Deutschland so gesehen und deshalb vertreten, dass etwa das österr Verfahren mit dem deutschen (§§ 16 a ff dBeurG) nicht gleichwertig sei (kein Auslesen des im Ausweis gespeicherten elektronischen Lichtbilds sowie der dort gespeicherten eID-Daten; Videoübertragung mit Hilfe eines privatwirtschaftlichen Anbieters).⁹⁶ Entsprechendes muss aus deutscher Sicht auch für Liechtenstein gelten. Für das österr Recht bedeutet dies, dass ein künftiges liechtensteinisches Verfahren zur Beurkundung in elektronischer Kommunikation dem Sicherheitsstandard des § 69 b NO iVm der NEIV entsprechen muss, sich also nicht nur auf eine qualifizierte elektronische Signatur oder bloßes Vorzeigen eines amtlichen Lichtbildausweises in die Kamera beschränken darf.

Zu beachten ist bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation auch deren Anwendungsbereich nach österr Recht: Wo die österr NO nur eine Beurkundung in Präsenz zulässt (zB Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung, § 67 NO, § 4 Abs 2 SVG; notarielles Protokoll über eine letztwillige Anordnung, § 70 NO), ist eine Beurkundung in

⁹² BGH 25. 2. 1999, IX ZR 240/98.

⁹³ Deutsche Bundesrechtsanwaltskammer, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschesgesetz – GWG)⁷ (2022) Rz 20: Unter den „Kauf und Verkauf von Gewerbebetrieben“ (§ 2 Abs 1 Z 10 lit a sublit aa GWG) fällt auch der Share Deal unabhängig von der Beteiligungshöhe.

⁹⁴ Quote im Verhältnis zur Anzahl der Berufsangehörigen. Statistiken des Bundeskriminalamts für 2017–2021 bei *Reiher* in *Murko/Nunner-Krautgasser*, Geldwäscheprävention (2023) 89 (108 f).

⁹⁵ Bei Verstoß in Österreich nach der Rsp Berufspflichtverletzung (aber kein Solennitätsverlust), OGH 15. 12. 2008, 4 Ob 197/08 m; 2. 2. 2022, 6 Ob 122/21 s. Kein gleichzeitiges Anwesenheitsgebot aller Parteien freilich, wenn der Notariatsakt etwa bei Anteilsveräußerung in Anbot und Annahme getrennt wird.

⁹⁶ *Knaier*, notar 2023, 135 (140 f). Nach der Begründung des RegE zum DiRUG (BT-Drucks 19/28177, 116) darf wegen des hoheitlichen Charakters des Beurkundungsverfahrens kein Videokommunikationssystem verwendet werden, das von einem privaten Dritten zur Verfügung gestellt wird. Das System muss vielmehr durch die Bundesnotarkammer betrieben werden (§ 78 p BNotO).

elektronischer Kommunikation durch ausländische Notare von vornherein ausgeschlossen.⁹⁷

3. Rechtskenntnis der Beurkundungsperson

Bei Notariatsakten – im Gesellschaftsrecht etwa über Gründung und Geschäftsanteilerwerb – ist die Aufklärung über die damit typischerweise verbundenen besonderen Gefahren und Risiken nach Rsp und L essentiell und einer der Formzwecke des Notariatsaktes.⁹⁸ Eine zentrale Frage bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit bildet daher die erwartbare Kenntnis des österr Rechts bei der ausländischen Beurkundungsperson.⁹⁹

Im hier vorliegenden Zusammenhang ist die Frage der Rechtskenntnis nur teilweise von Bedeutung:

a) Liechtensteinische Notare mit Berufsberechtigung als Rechtsanwalt in Österreich

Ist der liechtensteinische (Anwalts-)Notar zugleich österr Rechtsanwalt oder hat er zumindest die österr Anwaltsprüfung abgelegt,¹⁰⁰ so kann er zweifellos inhaltlich ebenso gut über die Gefahren aufklären wie ein Notar. Die Frage ist nur, ob dem österr Recht vergleichbare Garantien bestehen, dass er dies auch unparteilich tut. Das ist eine Frage seiner Stellung und des Beurkundungsvorgangs (oben D.1. und 2.) und zu verneinen.

b) Liechtensteinische Notare ohne Berufsberechtigung als Rechtsanwalt in Österreich

Hingegen ist die erwartbare Rechtskenntnis zu verneinen, wenn der liechtensteinische Notar keine Berufsberechtigung als Rechtsanwalt in Österreich hat, also etwa Rechtsanwalt nur in einem anderen Staat ist.

In der Rsp wurde die notarielle Beurkundung eines deutschen¹⁰¹ oder spanischen¹⁰² Notars als einem österr Notariatsakt zur Übertragung von Geschäftsanteilen gleichwertig angesehen. In seiner neueren E 6 Ob 92/19 a verweist der OGH (zeitlich nach EuGH *Piringer*) etwas vorsichtiger nur mehr darauf, er habe „bislang“ eine notarielle Beurkundung nach dem dBeurkG anstatt der nach § 76 Abs 2 GmbHG vorgesehenen Notariatsaktform zur Abtretung von GmbH-Anteilen akzeptiert.¹⁰³ Die notarielle Beurkundung einer Gesellschaftsvertragsänderung (§ 49 Abs 1 GmbHG) wurde als durch die Niederschrift eines deutschen Notars nach

§§ 36 f dBeurkG substituierbar angesehen.¹⁰⁴ Hingegen ist nach dem OGH bei einer Beurkundung nach dem dKonsularG eine gleichwertige Belehrung nicht gewährleistet.¹⁰⁵ Das muss aber auch bei einer Beurkundung durch einen ausländischen Notar (ohne österr Berufsberechtigung) gelten: Wenn man mit der stRsp auch Risikoaufklärung und Übereilungsschutz als relevanten Normzweck ansieht, dann muss die ausländische Urkundsperson auch gleichwertig belehren können.¹⁰⁶ Nach zutr Ansicht ist deshalb für Notariatsakte wegen des Belehrungsbedarfs zum österr Recht die Gleichwertigkeit einer Auslandsbeurkundung im Regelfall abzulehnen (str).¹⁰⁷

In Deutschland hat der BGH eine Beurkundung durch einen Notar mit Sitz in Basel/Schweiz als gleichwertig anerkannt.¹⁰⁸ Die relativ großzügige deutsche Rsp – auch der Oberlandesgerichte¹⁰⁹ – beruht darauf, dass der BGH für die Gleichwertigkeit zwar vergleichbare Stellung im Rechtsleben und vergleichbares Beurkundungsverfahren, nicht aber auch vergleichbare Kenntnisse des inländischen Rechts verlangt hat. Dies aber nicht, weil die Rechtskenntnis unerheblich wäre: Der BGH hat vielmehr darauf hingewiesen, dass die Auslandsbeurkundung ohne genaue Kenntnis des nationalen Rechts der Prüfungs- und Belehrungsfunktion (§ 17 Abs 1 dBeurkG) uU nicht gerecht wird.¹¹⁰ Die Begründung lag vielmehr darin, dass die inhaltliche Prüfung und Belehrung im Gegensatz zur Identitätsfeststellung der Parteien (§ 10 dBeurkG) verzichtbar sei (arg „soll“) und ein solcher Verzicht anzunehmen sei, wenn die Parteien einen ausländischen Notar aufsuchen, von dem sie regelmäßig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und daher eine umfassende Belehrung von vornherein nicht erwarten können.¹¹¹

¹⁰⁴ OGH 28. 2. 1991, 6 Ob 1/91.

¹⁰⁵ OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20 z.

¹⁰⁶ Zutr *Rüffler/Koller* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 11.

¹⁰⁷ Wie hier *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 43 ff; *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 55 ff; *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, ABGB⁷ (2023) § 883 Rz 4; *Zib* in *Zib/Dellinger*, Großkomm UGB § 11 Rz 43; *Zib*, JBl 2013, 344 (350); *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 15.12 bei FN 2540; *Umlauf*, NZ 1994, 176 (180); *Wagner/Knechtel*, NO⁶ (2007) § 1 NotariatsaktsG Rz 4. AM *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 76 Rz 24 iVm Rz 16, weil dort der Formzweck der Notariatsaktspflicht nur in der Immobilisierung und Identitätsfeststellung gesehen wird; klarstellend aber *Rüffler/Koller*, aaO 11.

¹⁰⁸ BGH 17. 12. 2013, II ZB 6/13 (Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister).

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf 2. 3. 2011, I-3 Wx 236/10; OLG Frankfurt/M. 25. 1. 2005, 11 U 8/04 (Kart); OLG München 19. 11. 1997, 7 U 2511/97 (alle zur Geschäftsanteilsübertragung); KG Berlin 22. 1. 2018, 22 W 25/16 (zur Beurkundung der Gründung durch einen Schweizer Notar, Kanton Bern).

¹¹⁰ BGH 17. 12. 2013, II ZB 6/13 Rn 14.

¹¹¹ BGH 16. 2. 1981, II ZB 8/80 BGHZ 80, 76 (78 ff) (für Änderung des Gesellschaftsvertrags); BGH 17. 12. 2013, II ZB 6/13 Rn 14 mwN.

⁹⁷ Ebenso zum deutschen Recht *Knaier*, aaO 140.

⁹⁸ Vgl nur OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20 z; 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i; RS0060256 [T 4].

⁹⁹ *Zib* in *Zib/Dellinger*, Großkomm UGB (2010) § 11 Rz 42.

¹⁰⁰ Gleichstellung bei OGH 20. 12. 2022, 4 Ob 192/22 x: diesfalls kein Einvernehmensrechtsanwalt nach EIRAG erforderlich.

¹⁰¹ OGH 23. 2. 1989, 6 Ob 525/89 SZ 62/28.

¹⁰² OLG Wien 4. 11. 2008, 28 R 194/08 t NZ 2009 G 67.

¹⁰³ OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19 a GesRZ 2020, 53 (*Zib*).

In Österreich wird die Belehrung aber nicht als verzichtbar angesehen.¹¹² Vielmehr ist die Aufklärung über die mit dem Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen typischerweise verbundenen besonderen Gefahren und Risiken nach Rsp und L – wie oben erwähnt – essentiell und einer der Formzwecke des Notariatsaktes. Davon abgesehen sind freilich auch nach deutschem Recht die Identitätsprüfung, Geldwäscheprüfung etc als weitere Inhalte der notariellen Beurkundung nicht verzichtbar.

Im Übrigen wird die Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen auch in Deutschland bei der Form des Gesellschaftsvertrages (Gründung) und der Satzungsänderung (einschließlich Umgründungen) durchaus in Frage gestellt, ua weil der BGH auf die Bedeutung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion für Satzungsänderungen hingewiesen hatte:¹¹³ Wo der Notar eine nicht verzichtbare inhaltliche Prüfung (etwa im öffentlichen Interesse) vorzunehmen hat, wird auch in Deutschland angenommen, dass diese ohne Kenntnis des nationalen Rechts (zB Registerrechts) nicht vorgenommen werden kann. Dass ein ausländischer Notar diese Detailkenntnis hat, sei idR nicht zu unterstellen. Dementsprechend hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung ausgesprochen, dass eine Auflassung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück (§ 925 Abs 1 BGB) nicht vor einem Schweizer Notar erklärt werden kann (vertiefte Kenntnisse des deutschen Sachenrechts erforderlich).¹¹⁴ Auch ein Prüfungsvermerk nach § 378 Abs 3 FamFG (wonach Anmeldungen in Registersachen vor ihrer Einreichung von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu

prüfen sind) eines ausländischen Notars genügt nach deutscher Lit nicht.¹¹⁵

Noch weniger als bei mangelnder Rechtskenntnis ist eine Belehrung durch eine ausländische Beurkundungsperson gleichwertig, wenn diese – wie etwa deutsche Notare – zur Belehrung über den Inhalt ausländischen Rechts gar nicht verpflichtet ist (§ 17 Abs 3 dBeurkG) und sie wegen des Haftungsrisikos idR auch nicht vorgehen wird.

Das ist nach Art 39 Abs 1 lit b iVm Art 27 Abs 5 LiNotarG auch im liechtensteinischen Recht der Fall. Daran ändert es auch nichts, dass danach die Belehrung durch den Notar bei Urkunden nach ausländischem Recht nur dann unterbleiben kann, wenn jede Partei von einem Rechtsanwalt vertreten ist, der in der Jurisdiktion zugelassen ist, nach deren Recht die Urkunde erstellt wird. Der liechtensteinische Notar muss dann die zu beurkundende Rechtshandlung nicht verstehen (Art 39 Abs 1 LiNotarG) und kann mit solchen Parteien eine Haftungsbeschränkung vereinbaren (Art 39 Abs 1 lit b iVm Art 27 Abs 5 LiNotarG).

Auch beim liechtensteinischen Notar ist daher die nach österr Recht essentielle Belehrung nicht verpflichtend, sondern erfolgt durch (zB österr Rechtsanwälte). Diese substituieren die Belehrung durch den Notar. Das läuft aber auf eine Belehrung durch österr Rechtsanwälte hinaus. Von einer gleichwertigen Rechtskenntnis und Belehrung durch die Beurkundungsperson selbst – also den Notar bei Beurkundung nach österr Recht – kann hier nicht gesprochen werden.

Anzumerken ist, dass nach § 52 Abs 2 österr NO idF des Vorentwurfs zu einem BRÄG 2023 in Anlehnung an § 17 Abs 3 dBeurkG der Notar bei Sachverhalten mit Auslandsbezug die Parteien ggf auf die Anwendbarkeit fremden Rechts hinzuweisen und dies in der Urkunde zu vermerken hat. Zu einer Belehrung über den Inhalt fremder Rechtsordnungen ist der Notar nicht verpflichtet. Das würde auch ein Argument gegen die Gleichwertigkeit in umgekehrter Richtung (österr Notariatsakte für das Ausland) bilden, entspricht aber schon bisher der Lit¹¹⁶ und notariellen Praxis und soll nach den Erläut zum Vorentwurf künftig klargestellt werden.

Beurkundungen durch liechtensteinische (Anwalts-)Notare, die nur Rechtsanwalt oder Notar in einem anderen Staat als Österreich sind, sind daher abgesehen von Stellung (oben D.1.) und Beurkundungsvorgang (oben D.2.) auch mangels erwartbarer Kenntnis des österr Rechts nicht gleichwertig. Dies gilt bei Gründung einer Kapitalgesellschaft, bei der Anteilsübertragung jedenfalls für das Verfügungsgeschäft, nach zutr, aber umstrittener Meinung auch für das Verpflichtungsgeschäft (Ge-

¹¹² OGH 10. 12. 1992, 8 Ob 664/92; wohl auch OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20z, sonst wäre dort (Beurkundung nach dKonsularG) nach der Darstellung des Formzwecks der Belehrung auf einen Belehrungsverzicht eingegangen worden; P. Bydlinski/F. Bydlinski, aaO 56; Zib, JBl 2013, 344 (348); Dobler in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 52 Rz 36 f, 42; Nitsch, ebendort §§ 38, 39 Rz 29. Für Verzichtbarkeit der Belehrung hingegen Breisch/Mitterecker, wbl 2018, 367 (372f). Dass eine Belehrung entfallen könne, wenn der Belehrungszweck zweifelsfrei bereits anderweitig erreicht ist – zB rechtskundiger Rat bereits eingeholt wurde oder die Parteien selbst rechtskundig sind (OGH 28. 2. 1991, 6 Ob 1/91; OGH 30. 5. 2022, 2 Ob 44/22t; Wagner/Knechtel, NO⁶ § 52 Rz 10) –, ist zum einen in seiner Reichweite ungeklärt (vorherige Beratung durch einen Rechtsanwalt entbindet nicht: Dobler, aaO § 52 Rz 36; Nitsch, aaO §§ 38, 39 Rz 25), zum anderen im Lichte des § 54 Abs 2 NO zweifelhaft (die Belehrungspflicht gilt kraft des Verweises auf § 52 auch, wenn ein Rechtsanwalt Urkundenverfasser ist und der Notar die Urkunde nur solennisiert) und im hier behandelten Zusammenhang einer rein ausländischen Urkundsperson nicht relevant, weil die zweifelsfreie anderweitige Zweckerreichung selbst wieder von einer inhaltlich im österr Recht kundigen Beurkundungsperson im Gespräch zu prüfen wäre, Zib, aaO 348.

¹¹³ BGH 24. 10. 1988, II ZB 7/88 BGHZ 105, 324 (338). Anders für die Gründung KG Berlin 22. 1. 2018, 22 W 25/16 (Beurkundung der Gründung durch einen Schweizer Notar, Kanton Bern).

¹¹⁴ BGH 13. 2. 2020 V ZB 3/16 Rz 34.

¹¹⁵ Knaier, notar 2023, 135 (141 mwN).

¹¹⁶ Wagner/Knechtel, NO⁶ § 52 Rz 13; Dobler in Zib/Umfahrer, NO § 52 Rz 38.

sellschaftsstatut oder Eingriffsnorm) (oben A.), und für die Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen.

E. Dienstleistungsfreiheit

Fraglich ist, ob das Unionsrecht dazu zwingt, Beurkundungen liechtensteinischer Anwaltsnotare im Firmenbuchbereich als österr Beurkundungen gleichwertig anzuerkennen. Dass der liechtensteinische Gesetzgeber die Möglichkeit grenzüberschreitender Erbringung notarieller Dienstleistungen in Österreich zutreffend als unionsrechtlich nicht vorgegeben angesehen¹¹⁷ und in der Folge seinen Notaren die Beurkundung im Ausland untersagt hat,¹¹⁸ sagt insoweit nichts aus, weil dies nur die aktive Dienstleistungsfreiheit betrifft. Bei der Frage der Anerkennung von Beurkundungen liechtensteinischer Notare in Österreich ist aber auch die ebenfalls durch Art 56 AEUV (Art 36 EWRA) geschützte passive Dienstleistungsfreiheit (der Dienstleistungsempfänger reist zur Inanspruchnahme der Dienstleistung in das Land des Dienstleistungserbringers)¹¹⁹ bzw die Freiheit von Korrespondenzdienstleistungen (die Dienstleistung überquert ohne Ortswechsel von Dienstleistungserbringer und -empfänger die Grenze, etwa bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation)¹²⁰ zu beurteilen.

Eine sekundärrechtliche Regelung für grenzüberschreitende notarielle Dienstleistungen wurde anders als für Rechtsanwälte (Rechtsanwalts-Dienstleistungs-RL 77/249/EWG) nicht erlassen. Für die Erbringung rechtlicher Dienstleistungen durch Notare sind nationale Vorbehalte nicht von der DienstleistungsRL 2006/123/EG geregelt (Art 17 Z 6),¹²¹ insb sind dort Tätigkeiten von Notaren, die durch staatliche Stellen bestellt werden, ausgenommen (Art 2 Abs 2 lit I, Totalausnahme),¹²² ebenso Handlungen, für die die Mitwirkung eines Notars gesetzlich vorgeschrieben ist (Art 17 Z 12). Dies umfasst Beurkundungsleistungen von Notaren unabhängig davon, ob sie als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt

verbunden betrachtet werden können oder nicht.¹²³ Daher kann ein liechtensteinischer Notar sich nicht auf Art 16 DienstleistungsRL stützen, um seine Dienstleistungen in einem MS zu erbringen, der sie inländischen Notaren vorbehält. Die Vereinbarkeit nationaler Vorbehalte mit dem Unionsrecht ist auch nicht durch die BerufsqualifikationsRL 2005/36/EG geregelt (dort Totalausnahme in Art 2 Abs 4),¹²⁴ sondern im Lichte des AEUV zu prüfen.¹²⁵

1. Anwendbarkeit

a) Ausweichverbot

Beim damit angesprochenen Primärrecht ist zunächst fraglich, ob eine Beurkundung eines österr Rechtsanwalts als (zugleich) liechtensteinischer Notar zum Gebrauch vor österr Behörden überhaupt der Dienstleistungsfreiheit unterfällt. Art 36 EWRA und Art 56 AEUV gewähren die Dienstleistungsfreiheit solchen Dienstleistern, „die in einem anderen MS/EFTA-Staat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind“. Auch der EuGH bezieht dementsprechend die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit auf Fälle, in denen der Erbringer seine Dienstleistung in einem anderen MS als seinem Herkunftsstaat (Staat, in dem er niedergelassen ist) anbietet.¹²⁶ Auf die Frage der Doppelansässigkeit Rechtsanwalt/Notar soll hier nicht eingegangen werden, der EuGH hat aber mehrfach entschieden, dass ein MS Vorschriften erlassen kann, die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf sein Staatsgebiet ausgerichtet ist, sich die Dienstleistungsfreiheit zunutze macht, um sich den Regelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er in seinem Staatsgebiet ansässig wäre, bei Erbringern von Rechtsdienstleistungen insb den Regelungen über das Funktionieren der Justiz und die Erfüllung der Standespflichten,¹²⁷ die hier beide relevant sind. Österreichische Vorschriften, die ein solches Ausweichen verhindern, wären im hier behandelten Zusammenhang das Gebot der Berufstrennung zwischen Rechtsanwälten und Notaren und seine Anwendung auf Beurkundungen liechtensteinischer Notare, die zugleich österr Rechtsanwälte sind (oben C.), mit

¹¹⁷ BuA 37/2019, 36: „Nach nochmaliger Überprüfung und Rücksprache mit den Nachbarstaaten Deutschland und Österreich hat sich ergeben, dass auf eine Bestimmung über die grenzüberschreitende Tätigkeit verzichtet werden kann. Da notarielle Amtshandlungen nur auf dem eigenen Staatsgebiet wirksam vorgenommen werden können, wurde die notarielle Tätigkeit auch im europäischen Sekundärrecht von den für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen massgeblichen Rechtsakten ausgenommen.“

¹¹⁸ BuA 37/2019, 35f; StNReg 98/2019, 11.

¹¹⁹ Statt vieler EuGH 9. 3. 2017, C-342/15, *Piringer*, Rn 35f; OGH 19. 5. 2015, 5 Ob 21/15x (Vorlagebeschluss *Piringer*) sub VI.2; *Jaeger*, ZfRV 2020, 152 (163).

¹²⁰ Vgl nur Schlussanträge GA *Szpunar* 21. 9. 2016, C-342/15, *Piringer*, Rn 22f; *Budischowsky* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (2018) Art 57 AEUV Rz 12 mwN.

¹²¹ *Europäische Kommission*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (2007) 49.

¹²² OGH 19. 5. 2015, 5 Ob 21/15x (Vorlagebeschluss *Piringer*) sub VII.5; *Stöger*, NZ 2017, 161 (164); *Jaeger*, ZfRV 2020, 152 (155f).

¹²³ *Europäische Kommission*, aaO 14; *Grabenwarter*, NZ 2011, 289 (291).

¹²⁴ Art 2 Abs 4 wurde durch die ÄnderungsRL 2013/55/EU eingefügt. Dass der EuGH 24. 5. 2011 C-53/08, *Kommission/Österreich*, Rn 145 und C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 142 bloß noch „keine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten“ sah, die RL 2005/36 in Bezug auf den Beruf des Notars umzusetzen, ist daher überholt.

¹²⁵ So im Ergebnis schon *Europäische Kommission*, aaO 49 für Rechtsberatung durch Nicht-Rechtsanwälte und 50 für notariell beurkundungspflichtige Geschäfte; *Jaeger*, ZfRV 2020, 152 (155f).

¹²⁶ EuGH 12. 12. 1996, C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rn 21, 28.

¹²⁷ EuGH 3. 12. 1974, 33/74, *van Binsbergen*, Rn 13ff; EuGH 4. 12. 1986, 205/84, *Kommission/Deutschland*, Rn 22; EuGH 3. 2. 1993 C-148/91, *Veronica Omroep*, Rn 12.

dem Resultat der Nichtanerkennung ihrer Auslandsbeurkundung. Nach dem EuGH würde dies allerdings nur liechtensteinische Notare erfassen, die ihre Beurkundungstätigkeit vorwiegend auf Österreich ausrichten.

Eine Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit mit Ausweicheffekt hat auch den OGH veranlasst, bei der Nichtanerkennung einer Beglaubigung eines tschechischen und zugleich österr Rechtsanwalts darauf hinzuweisen, dass die Partei (Antragsteller einer Firmenbuchanmeldung), bei der kein ersichtlicher Bezug zur Republik Tschechien bestand, „von einem Rechtsanwalt vertreten wird, der zunächst in Österreich und damit als österr Rechtsanwalt die Urkunde errichtet und beglaubigt, um sie dann in der Tschechischen Republik als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt endbeglaubigen zu lassen und zuletzt wieder – als österr Rechtsanwalt – im österr Firmenbuchverfahren (in Vertretung des Antragstellers) zu verwenden“.¹²⁸ Dies war beim OGH nicht entscheidungserheblich, mag den Gerichtshof aber in seiner Ablehnung bestärkt haben.

b) Ausübung öffentlicher Gewalt?

Eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit setzt weiters voraus, dass der EuGH die Grundfreiheiten auch auf Rechtsdienstleistungen von Notaren anwendet und nicht die Bereichsausnahme des Art 51 iVm Art 62 AEUV bzw Art 32 iVm Art 39 EWRA (Tätigkeiten, die in einem MS/Vertragsstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind) eingreift.

Zur Formulierung in Art 51 AEUV und Art 32 EWRA „Tätigkeiten, die [...] dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“ hat der EuGH in anderem Zusammenhang (private Kontrollstellen für Erzeugnisse des ökologischen Landbaus) ausgesprochen, dass eine Ausweitung dieser Ausnahme auf einen Beruf als Ganzes nicht zu billigen ist, wenn die Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit darstellen.¹²⁹ Im hier behandelten Zusammenhang geht es aber nicht um Voraussetzungen der Niederlassung (etwa ein Staatsangehörigkeits- oder Wohnsitzerfordernis), daher nicht um die Beurteilung der Gesamttätigkeit von Notaren, sondern um deren hoheitliche Beurkundungstätigkeit. Das betrifft von vornherein nur abtrennbare Teile iS des EuGH (nicht zB § 5 NO-Tätigkeiten wie das Verfassen von Privaturkunden).

Nach § 1 Abs 3 NO besorgen Notare, die aufgrund Gesetzes öffentlich-rechtliche Tätigkeiten ausüben (zB beim Notariatsakt, vgl § 1 Abs 1 NO), unbeschadet des Art 51 AEUV öffentliche Aufgaben. Ihre Amtstätig-

keit nach § 1 NO wird national als hoheitliche Tätigkeit eingestuft (oben D.1.a), Gleiches gilt nach liechtensteinischem Recht.¹³⁰ Der EuGH hat allerdings die Errichtung öffentlicher Urkunden durch Notare nicht als Tätigkeit qualifiziert, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt iSd Art 51 AEUV verbunden ist und daher der Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unterfällt.¹³¹

Wengleich diese Einordnung durch den EuGH zu akzeptieren ist, ist doch anzumerken:

Der EuGH hat die Formulierung „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ in Art 51 AEUV (Art 32 EWRA) iS unmittelbarer Ausübung von Zwangsgewalt ausgelegt, die bei notarieller Beurkundung nicht vorliege, weil ihr Gegenstand Urkunden sind, die von den Parteien aus freien Stücken eingegangene einseitige Verpflichtungen oder Verträge enthalten.¹³² Nicht behandelt wurde dort, dass die notarielle Beurkundung jedenfalls in Österreich und Deutschland eine Auslagerung gerichtlicher Tätigkeit auf Notare ist (Identitätsprüfung, Rechtmäßigkeitskontrolle, Geldwäschepfung). Die vom Notar festgestellte Identität der Parteien wird vom Firmenbuchgericht etwa bei Gesellschaftsgründung oder Anteilsübertragung nicht mehr geprüft und kann (von zweifelhaften Einzelfällen abgesehen) auch gar nicht durchgängig geprüft werden. Auch die Rechtmäßigkeitskontrolle und Geldwäschepfung durch das Firmenbuchgericht beschränkt sich (und muss sich beschränken) auf Fälle, in denen Zweifel auftreten. Auch hier ist im gerichtlichen Urkundenverfahren eine durchgängige Prüfung der Hintergründe nicht möglich. Dies ist Aufgabe des im konkreten Einzelfall tätigen Notars. Dass auch Rechtsanwälte zur Geldwäschepfung verpflichtet sind (§§ 8 a ff RAO), trifft freilich zu, dennoch bleibt es aber plausibel, dass der Staat sich bei bestimmten sensiblen (und daher notariell beurkundungsbedürftigen) Transaktionen (zB Gesellschaftsgründungen, Umgründungen, Anteilsübertragungen) auf Rechtsberater mit starker Staatsbindung stützt.

Auch die vom EuGH vorgenommene Einstufung notarieller Tätigkeit als bloße Vorbereitungstätigkeit für die Entscheidung von Behörden und Gerichten als eigent-

¹³⁰ BuA 37/2019, 35: „Notarielle Amtshandlungen sind entsprechend hoheitliche Akte“.

¹³¹ Zur Dienstleistungsfreiheit EuGH 9. 3. 2017 C-342/15, *Piringer*, Rn 54 f. Zur Niederlassungsfreiheit (Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für Zugang zum Notarberuf) EuGH 24. 5. 2011 C-53/08, *Kommission/Österreich*, Rn 91; EuGH 24. 5. 2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 93; EuGH 1. 2. 2017 C-392/15, *Kommission/Ungarn*, Rn 120. Ebenso *Jaeger*, ZfRV 2020, 152 (158 f).

¹³² EuGH 24. 5. 2011 C-53/08, *Kommission/Österreich*, Rn 85, 89; EuGH 24. 5. 2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 87, 91; EuGH 1. 2. 2017 C-392/15, *Kommission/Ungarn*, Rn 108 ff, für Beurkundungen Rn 119 ff.

¹²⁸ OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19 a GesRZ 2020, 53 (Zib).

¹²⁹ EuGH 29. 11. 2007 C-393/05, *Kommission/Österreich*, Rn 45.

licher Ausübung öffentlicher Gewalt¹³³ trifft jedenfalls für österr und deutsche notarielle Beurkundungen im Gesellschaftsrecht nicht zu: Die Anteilsübertragung an GmbH erfolgt durch den Notariatsakt, nicht durch die gerichtliche Eintragung des Gesellschafterwechsels im Firmenbuch. Eine gerichtliche Entscheidung ist für den Anteilsübergang gar nicht erforderlich. Die gerichtliche Eintragung im Firmenbuch ist weder rechtsgestaltende noch auch nur feststellende Entscheidung über die Gesellschaftereigenschaft. Auch die Vorgesellschaft bei GmbH und AG als nach hM eigener Rechtsträger entsteht durch den Notariatsakt, nicht durch gerichtliche Tätigkeit. Der Notar bewirkt (und entscheidet daher) in beiden Fällen direkt und ohne Erfordernis einer weiteren Behördenentscheidung den Anteilsübergang bzw das Entstehen eines Rechtssubjekts und nimmt dabei gesetzlich geforderte Prüfungen vor, die ansonsten das Gericht vorzunehmen und dann zu entscheiden hätte. Umgekehrt kann durch die notarielle Amtstätigkeit gegen den übereinstimmenden Willen der Beteiligten Rechtsgeschäften die Wirksamkeit verweigert werden.¹³⁴ Beides ist als Ausübung öffentlicher Gewalt einzustufen.¹³⁵

Von den vorstehenden Überlegungen abgesehen folgt aus der Rsp des EuGH nach dem dBVerfG und BGH nur, dass die Niederlassungsfreiheit für Notare nicht durch ein Erfordernis inländischer Staatsangehörigkeit beschränkt werden darf. Die nationale Einordnung als hoheitliche Aufgabe bleibt aber unberührt, ebenso die unionsrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeit von Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses¹³⁶ (dazu gleich unten). Der BGH hat die Frage der Bereichsausnahme für die Ausübung öffentlicher Gewalt kritisch offen gelassen und vielmehr direkt die Rechtfertigung einer Beschränkung nach der Rsp des EuGH geprüft.¹³⁷

2. Rechtfertigung

Auch wenn die Bereichsausnahme für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art 51 iVm Art 62 AEUV; Art 32 iVm Art 39 EWRA),

nicht eingreift, können Beschränkungen der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit ua aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sein (Art 52 iVm Art 61 AEUV, Art 33 iVm Art 39 EWRA).

Beschränkungen der Dienstleistungserbringung sind mit Art 56 AEUV (Art 36 EWRA) vereinbar, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sind, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das zu seiner Erreichung erforderliche Maß hinausgehen.¹³⁸

Als erste Voraussetzung wird eine nicht diskriminierende Anwendung der Beschränkungen gefordert: Die hier relevanten Beurkundungsleistungen dürfen Personen in bzw nach Österreich nur erbringen, wenn sie zum österr Notar ernannt sind oder ihre Beurkundung einer österreichischen inhaltlich gleichwertig ist. Das gilt unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft und unterschiedslos für einheimische wie auch für Dienstleistungserbringer aus anderen Staaten und ist daher – wie der BGH ausgesprochen hat – nicht diskriminierend.¹³⁹ Für Rechtsanwälte kommt hinzu, dass eine Ernennung zum Notar nicht möglich ist, wenn sie in Österreich die Rechtsanwaltschaft ausüben (Berufstrennung, § 7 Abs 1 NO, § 20 lit b RAO). Auch das gilt unterschiedslos für einheimische wie für ausländische Rechtsanwälte.

Dass mit den notariellen Amtstätigkeiten Ziele des Allgemeininteresses verfolgt werden – insb um die Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten –, hat der EuGH für Österreich und Deutschland bestätigt, ebenso die deutschen Höchstgerichte. Dies bildet einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der Beschränkungen rechtfertigen kann, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa den aufgrund der Bestellungsverfahren von Notaren geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unversetzbarkeit.¹⁴⁰ Die vom EuGH genannten Elemente prägen auch das Ernennungs-, Pflichten- und Kontrollsystem der österr NO zur Absicherung der Beurkundungszwecke.

Die Diskussion, ob der Schutz der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit der Notariate einen zulässigen Rechtfertigungsgrund bildet,¹⁴¹ ist daher zu kurz gegriffen.

¹³³ EuGH 24. 5. 2011 C-53/08, *Kommission/Österreich*, Rn 101; EuGH 24. 5. 2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 103; EuGH 1. 2. 2017 C-392/15, *Kommission/Ungarn*, Rn 108 ff.

¹³⁴ Auf Letzteres verweist auch das dBVerfG 19. 6. 2012, 1 BvR 3017/09 Rn 49.

¹³⁵ So im Ergebnis auch H. Roth, *EuZW* 2015, 734 (738).

¹³⁶ BVerfG 19. 6. 2012, 1 BvR 3017/09 Rz 46; BGH 20. 7. 2015 NotZ (Brfg) 13/14 Rz 23; OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224 (zust Eschwey); Grabenwarter, *NZ* 2011, 289 (290, 292); Ruffler/Müller, *AnwBl* 2022, 304 (362); H. Roth, *EuZW* 2015, 734 (736, 738 f).

¹³⁷ BGH 20. 7. 2015 NotZ (Brfg) 13/14 Rz 22 („Soweit die von dem Kläger für sich beanspruchte inländische Urkundstätigkeit als nach englischem Recht bestellter Notary Scrivener überhaupt in den Schutzbereich der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit gemäß Art 49 AEUV fiel[e] [...]“). Ebenso OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224 (Eschwey).

¹³⁸ StRsp des EuGH, vgl nur EuGH 9. 3. 2017, C-342/15, *Piringer*, Rn 53; EuGH 12. 12. 1996, C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rn 28.

¹³⁹ BGH 13. 2. 2020, V ZB 3/16 Rz 29 iVm Rz 31 f für ausländische Notare.

¹⁴⁰ EuGH 9. 3. 2017, C-342/15, *Piringer*, Rn 56 ff; EuGH 24. 5. 2011, C-53/08, *Kommission/Österreich*, Rn 96; EuGH 24. 5. 2011, C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Rn 98. Ebenso BVerfG 19. 6. 2012, 1 BvR 3017/09 Rz 46; BGH 4. 3. 2013 NotZ (Brfg) 9/12; BGH 20. 7. 2015 NotZ (Brfg) 13/14 Rz 22.

¹⁴¹ Verneinend Jaeger, *ZfRV* 2020, 152 (161); bejahend Ruffler/Müller, *AnwBl* 2022, 304 (363).

Dieser Schutz ist Teil eines Gesamtsystems zur Sicherung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit durch Unabhängigkeit der Notare von einzelnen Parteien (oben D.1.a).¹⁴²

Die vorstehenden Rechtfertigungsgründe zur Niederlassungsfreiheit gelten nach dem EuGH gleichermaßen für die Dienstleistungsfreiheit,¹⁴³ und zwar auch für die nach dem EWRA¹⁴⁴ und jene nach dem Freizügigkeitsabkommen EG/Schweiz.¹⁴⁵ Der EuGH hat daher im Fall *Piringer* die Nichtanerkennung der Unterschriftsbeglaubigung eines Grundbuchsgesuchs durch einen tschechischen (und österr) Rechtsanwalt in Österreich als gerechtfertigte Beschränkung der (dort passiven) Dienstleistungsfreiheit eingestuft (zwingendes Allgemeininteresse an der Rechtssicherheit von Grundstückstransaktionen und der Funktionsfähigkeit des Grundbuchs).¹⁴⁶ Ebenso hat der BGH das Verbot einer Beurkundung durch einen deutschen Rechtsanwalt und zugleich englischen Scrivener Notary in Deutschland aufgrund § 11 a Satz 3 BNotO (Beschränkung ausländischer Notare auf kollegiale Hilfe bei Ersuchen, in Österreich § 31 Abs 3 NO) als unionsrechtlich gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit eingestuft (zwingendes Allgemeininteresse an der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, fehlende Zulassung und Aufsicht durch Deutschland).¹⁴⁷ Für die passive Dienstleistungsfreiheit und Korrespondenzdienstleistungen folgt daraus die Nichtanerkennung der Beurkundung als gleichwertig. Bei Beurkundung in elektronischer Kommunikation müsste im Übrigen auch ein (künftiges) liechtensteinisches Verfahren hiezu technisch sicher sein (Allgemeininteresse).¹⁴⁸ Eine Pflicht zur EU/EWR-weiten Anerkennung einer Amtsträgerschaft als Notar

(und daher zur Anerkennung ausländischer Beurkundungen) folgt aus der Rsp des EuGH nicht.¹⁴⁹

Die mit den notariellen Beurkundungspflichten verfolgten Ziele können auch nicht mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden. Eine Regulierung ist zwar nur insoweit zulässig, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch jene Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Dienstleistungserbringer im Staat, in dem er ansässig ist, unterliegt.¹⁵⁰ Das ist hier aber nicht der Fall, denn Aufsichtsrechte wie die Revisionspflicht, Systemisierung, Enthebung ua können über in Liechtenstein ansässige Notare von Österreich nicht ausgeübt werden. Der EuGH hat daher im Fall *Piringer* die österr staatliche Kontrolle über Notare zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen als zur Erreichung der Ziele der österr Regelung erforderlich qualifiziert.¹⁵¹ Wenn danach Unterschriftsbeglaubigungen eines ausländischen Rechtsanwalts für das Grundbuch nicht gleichgestellt werden müssen, dann muss dies – wie der OGH zutreffend erkannt hat – auch für die Beglaubigung von Firmenbuchanmeldungen (§ 11 UGB)¹⁵² und erst recht für Notariatsakte gelten, die neben der Identitätsprüfung auch eine Rechtmäßigkeitskontrolle und eine Aufklärung über Gefahren des Geschäfts enthalten müssen und bei denen Rechtssicherheit von Transaktionen und die Funktionsfähigkeit des Firmenbuchs gewährleistet werden soll.¹⁵³ Dass sich mit dem auf die Urkundsperson bezogenen Argument der Aufsicht jedes ausländische Notarprodukt ablehnen ließe,¹⁵⁴ ist vom EuGH für die Amtstätigkeit vorgegeben.

Das OLG Stuttgart hat im Lichte des EuGH-Urteils *Piringer* einen liechtensteinischen Notar (und deutschen Volljuristen) nicht zum uneingeschränkten automatisierten Abrufverfahren aus dem Grundbuch zugelassen, weil keine deutsche staatliche Aufsicht (§§ 92 ff BNotO) über ihn besteht und die liechtensteinische Disziplargewalt nur bei Pflichtverletzungen nach dem LiNotarG, nicht aber bei Verstößen gegen die dBNoto eingreift.¹⁵⁵ Die Begründung gilt in gleicher Weise für Österreich. Mit im Wesentlichen gleichen Argumenten hat der BGH die Auflassung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück (§ 925 Abs 1 BGB, keine bloße Unterschriftsbeglaubigung)¹⁵⁶ vor einem Schweizer Notar

¹⁴² Zutr *Rüffler/Müller*, AnWB 2022, 304 (363 f). Die Unabhängigkeit der Notare von den Parteien anerkennt auch *Jaeger*, ZfRV 2020, 152 (161), trennt sie aber vom Schutz der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Notariats insgesamt. ME hängt beides zusammen.

¹⁴³ EuGH 9. 3. 2017, C-342/15, *Piringer*, Rn 61. Ebenso BGH 4. 3. 2013 NotZ (Brfg) 9/12; BGH 20. 7. 2015 NotZ (Brfg) 13/14 Rz 25; *Grabenwarter*, NZ 2011, 289 (291); *H. Roth*, EuZW 2015, 734 (736). Speziell für die Beurkundung der Gründung einer ausländischen GmbH auch *Stöger*, NZ 2019, 10 (14).

¹⁴⁴ OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224 (zust *Eschwey*).

¹⁴⁵ BGH 13. 2. 2020, V ZB 3/16 Rz 32.

¹⁴⁶ EuGH 9. 3. 2017, C-342/15, *Piringer*, Rn 56 ff. Schon der EuGH 3. 12. 1974, C-33/74, *van Binsbergen*, hat ausgeführt, dass bei Hilfspersonen der Justiz (dort: Rechtsanwälte) das Erfordernis einer festen beruflichen Niederlassung innerhalb des Bezirks bestimmter Gerichte nicht mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar ist, wenn dies sachlich geboten ist, um die Einhaltung der Berufsregelungen zu gewährleisten, die sich namentlich auf das Funktionieren der Justiz und die Erfüllung der Standespflichten beziehen.

¹⁴⁷ BGH 20. 7. 2015 NotZ (Brfg) 13/14 NJW 2015, 3034 (zust *Waldhoff*) Rz 22 ff, Rz 16 ff; zust *Regler* in BeckOK BNotO⁸ (1. 8. 2023) § 11 a Rz 2.

¹⁴⁸ *Stöger*, NZ 2019, 10 (14).

¹⁴⁹ *Eschwey*, DNotZ 2023, 234 (Entscheidungsanm zu OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224); *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481 (485).

¹⁵⁰ StRsp des EuGH, vgl nur EuGH 12. 12. 1996 C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rn 28.

¹⁵¹ EuGH 9. 3. 2017 C-342/15, *Piringer*, Rn 65, 69 f.

¹⁵² OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19 a.

¹⁵³ *Zib*, GesRZ 2020, 56 (Entscheidungsanm zu 6 Ob 92/19 a GesRZ 2020, 53).

¹⁵⁴ So *Rüffler/Müller*, AnWB 2022, 304, 356 (360).

¹⁵⁵ OLG Stuttgart 20. 5. 2022, 8 VA 13/21 DNotZ 2023, 224 (zust *Eschwey*).

¹⁵⁶ OLG München 26. 11. 2008, 34 Wx 088/08.

nicht anerkannt (nur vor inländischem Notar möglich).¹⁵⁷ Eine nationale Beschränkung ist auch nicht etwa deshalb unverhältnismäßig, weil der Notar nur vor der letzten Kontrolle des Firmenbuchgerichts tätig würde.¹⁵⁸ Denn das Gericht nimmt gar keine Identitätsprüfung mehr vor (und kann dies auch gar nicht), ebensowenig eine Prüfung der Verträge zu Anteilsübertragungen, die ihm im Regelfall gar nicht vorgelegt werden, oder eine Geldwäscheprüfung. Dies wird von Ausnahmefällen abgesehen nur vom Notar geprüft.

Eine nationale Beschränkung ist – wie der EuGH hervorgehoben hat – auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil als mildere Maßnahme Bescheinigungen der zuständigen Behörden des Ansässigkeitsstaats des Dienstleistungserbringers (in casu über die Redlichkeit oder Solvenz) verlangt werden könnten.¹⁵⁹ Es ist daher weder notwendig noch hinreichend, wenn von der Firmenbuchpraxis gelegentlich Bestätigungen des ausländischen (Anwalts-)Notars verlangt wurden, er habe über die Gefahren des beurkundungspflichtigen Geschäfts aufgeklärt. Denn entscheidend ist, ob eine solche Aufklärung unter denselben Rahmenbedingungen und Garantien erfolgt, die das österr Recht gewährleistet, was bei liechtensteinischen Notaren nicht der Fall ist.

Dass die Aufsicht durch die liechtensteinische Notariatskammer eine ausreichende staatliche Kontrolle ermöglichen und für eine Unabhängigkeit der Notare von den Parteien sorgen würde,¹⁶⁰ lässt sich aufgrund der oben D.1.a) konstatierten Unterschiede nach österr (und deutschen) Maßstäben nicht sagen. Dass ein MS weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer, bedeutet nicht, dass die letzteren Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Unionsrecht unvereinbar sind.¹⁶¹ Im Übrigen werden die Interessen der Rechtsuchenden durch eine Nichtanerkennung in Österreich kaum berührt, weil sie sich leicht eines österr Notars – etwa in elektronischer Kommunikation (§ 69b NO) – bedienen können.¹⁶²

Dienstleistungen und Niederlassung von Notaren sind im Gegensatz zu solchen der Rechtsanwälte nicht harmonisiert. Dass Beurkundungen ausländischer Notare nicht schlechthin gleichgestellt werden müssen, zeigen aber auch die Wertungen des bestehenden europäischen Sekundärrechts: Rechtsanwälte aus EU/EWR-

Staaten und der Schweiz („europäische Rechtsanwälte“) sind nationalen Rechtsanwälten zwar in gewissem Ausmaß gleichgestellt. Ein dienstleistender europäischer Rechtsanwalt darf aber nach der Rechtsanwalts-Dienstleistungs-RL 77/249/EWG (bis zu einer Vollintegration) an das Einvernehmen mit einem im Aufnahmestaat niedergelassenen Rechtsanwalt gebunden werden (Art 5 der RL), was das österr EIRAG für Verfahren mit absoluter Anwaltspflicht (im Außerstreitverfahren: absoluter Vertretungspflicht, § 65 Abs 3 Z 5 AußStrG)¹⁶³ auch vorsieht (§ 5 EIRAG).

Wertungsmäßig würden der absoluten Anwaltspflicht im Verfahrensrecht bei Rechtsgeschäften notariatsaktspflichtige Maßnahmen entsprechen. Es wäre daher nach den Wertungen des Unionsrechts im Lichte der Dienstleistungsfreiheit vergleichbar zulässig, einen dienstleistenden Notar aus einem anderen EU/EWR-Staat – etwa einen liechtensteinischen Notar – bei notariatsaktspflichtigen Maßnahmen gesetzlich an ein Einvernehmen mit einem österr Notar zu binden¹⁶⁴ (sofern er nicht als Notar in Österreich vollintegriert ist, was bei österr Rechtsanwälten nicht möglich ist). Eine RL, die dies parallel zur Rechtsanwalts-Dienstleistungs-RL 77/249/EWG regeln würde, besteht aber nicht. Gerade nicht ist jedoch aus den Wertungen des Sekundärrechts abzuleiten, dass Beurkundungen eines liechtensteinischen Notars schlechthin als gleichwertig zu behandeln wären.

Die Nichtanerkennung von Beurkundungen, die vom österr Recht gefordert werden (insb Gründung österr GmbH, Anteilsübertragung an solchen), durch liechtensteinische Notare ist daher unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit zulässig (gerechtfertigte Beschränkung).¹⁶⁵

F. Beglaubigungen

Fraglich ist, ob zwischenstaatliche Abkommen Österreich zu einer Anerkennung von Beurkundungen oder Beglaubigungen liechtensteinischer Notare verpflichten. Wie sich im Folgenden zeigt, stellt sich die Frage nur für Beglaubigungen.

¹⁵⁷ BGH 13. 2. 2020, V ZB 3/16 Rz 30ff, 34 zur Dienstleistungsfreiheit nach dem Freizügigkeitsabkommen EG/Schweiz.

¹⁵⁸ So Jaeger, ZfRV 2020, 152 (165).

¹⁵⁹ EuGH 12. 12. 1996, C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rn 33 iVm Rn 41 zum dRBerG (gerichtliche Einziehung fremder Forderungen nur unter Einschaltung eines Rechtsanwalts).

¹⁶⁰ Jaeger, ZfRV 2020, 152 (165).

¹⁶¹ EuGH 12. 12. 1996 C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rn 41f.

¹⁶² Ähnlich BGH 4. 3. 2013 NotZ (Brfg) 9/12 zu Auswärtsbeurkundungen deutscher Notare: Verhältnismäßigkeit offenkundig; BGH 13. 2. 2020, V ZB 3/16 Rz 30ff, 35 zur Dienstleistungsfreiheit nach dem Freizügigkeitsabkommen EG/Schweiz: Erklärung vor einem deutschen Notar durch Vertreter möglich.

¹⁶³ OGH 25. 2. 2016, 2 Ob 12/16b mwN.

¹⁶⁴ Aus OGH 20. 12. 2022, 4 Ob 192/22x (kein Einvernehmensrechtsanwalt nach EIRAG erforderlich, wenn der europäische Rechtsanwalt immerhin die österr Rechtsanwaltsprüfung abgelegt hat) würde dafür wertungsmäßig allenfalls folgen, dass Notariatsakte eines liechtensteinischen Notars anzuerkennen wären, wenn er die österr *Notariatsprüfung* abgelegt hätte. Aber auch damit hätte er noch nicht gleichwertige Stellung und Berufspflichten eines österr Notars.

¹⁶⁵ Enger *Rüffler/Müller*, AnwBl 2022, 304 (364f) nur für die Vornahme von Beurkundungen/Beglaubigungen durch einen (österreichisch-)liechtensteinischen Anwaltsnotar „in Österreich“ (was nur die aktive Dienstleistungserbringung in Österreich deckt), nicht aber für die Frage der Anerkennung eines in Liechtenstein erzeugten „Notarprodukts“, also die passive Dienstleistungserbringung und Korrespondenzdienstleistungen.

Das Haager Beglaubigungsabkommen, dem ua alle EU-MS und Liechtenstein angehören, befreit notarielle Urkunden, amtliche Bescheinigungen auf Privaturkunden (zB Unterschriftsbeglaubigungen) und Urkunden von Amtspersonen als Organen der Rechtspflege (Art 1) in den Vertragsstaaten nur von einer Überbeglaubigung durch diplomatische oder konsularische Vertreter des Vorlagestaats, mit der die Echtheit des Siegels oder Stempels (oder der Unterschrift selbst) bestätigt wird (Art 2). Das Erfordernis einer Apostille durch die zuständige Behörde des Urkundenerrichtungsstaats ist hingegen erlaubt (Art 3), wovon Österreich auch Gebrauch gemacht hat (§ 5 ApostG). Eine inhaltliche Anerkennung ist im Abkommen nicht geregelt.

Die VO (EU) 2016/1191 zur Vereinfachung der Anforderungen an die Vorlage bestimmter öffentlicher Urkunden innerhalb der EU befreit nur von der Legalisation (Art 4) und gilt nicht für das Gesellschaftsrecht (Art 2 Abs 1), ebensowenig für die Frage der Anerkennung rechtlicher Wirkungen des Inhalts öffentlicher Urkunden (Art 2 Abs 4).

Auf bilateraler Ebene besteht seit 1956 ein Staatsvertrag Österreichs mit Liechtenstein,¹⁶⁶ der Privaturkunden, in denen die Echtheit der Unterschrift von einem „öffentlichen Notar“ beglaubigt ist, von einer weiteren Beglaubigung befreit (Art 12 Abs 3). Der Staatsvertrag ist daher nur für die Beglaubigung von Unterschriften relevant, zB bei Firmenbuchanmeldungen nach § 11 UGB (etwa Anmeldung der Gründung einer GmbH oder der Änderung ihrer Geschäftsführer), nicht für nach § 11 FBG ohnehin formbefreite Anmeldungen (zB Gesellschafterwechsel bei einer GmbH) und nicht für Notariatsakte.

Auch wenn es bei Ratifikation des Staatsvertrags im Jahr 1956 in Liechtenstein keine Notare gab, hat der OGH eine Bezugnahme auf „öffentliche Notare“ in einem ähnlichen Fall auf später in die Rechtsordnung eines Vertragsstaats eingeführte Notare erstreckt (dort: tschechische Notare).¹⁶⁷ Man mag nun darüber streiten, ob das österr Einverständnis im Staatsvertrag nur (aus damaliger Sicht: künftige) liechtensteinische Notare nach österr Muster (also keine Anwaltsnotare) oder allgemeiner solche des lateinischen Notariats umfasst, wozu auch Anwaltsnotare wie etwa in Deutschland zählen.¹⁶⁸ Auch zweiterenfalls ist zu bedenken, dass das liechtensteinische Notariat nicht Mitglied der Internationalen Union des (Lateinischen) Notariats (UINL) ist.¹⁶⁹ Jedenfalls aber kann sich Österreich zum Abschlusszeitpunkt nur auf das Bild eines nahezu vollständig auf Inlandsbeurkundung ausgerichteten Notariats geeinigt haben. Die Annahme,

Österreich hätte 1956 ein künftiges, auch auf Beurkundungsexport nach Österreich (oben B.) ausgerichtetes liechtensteinisches Notariat vom Staatsvertrag mitumfasst gesehen, ist nicht denkbar. Sie scheidet im Übrigen auch daran, dass der Zweck des Staatsvertrags nach dem OGH an den zwischen seinen Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses vorherrschenden Gegenseitigkeitsverhältnissen zu messen ist.¹⁷⁰ Österreich hatte aber weder damals ein solches (Export-)Notariat noch ist dies heute der Fall.

Wenn sich somit nicht schon aus dem bilateralen Staatsvertrag Österreich – Liechtenstein eine Gleichstellung liechtensteinischer notarieller Unterschriftsbeglaubigungen ergibt, ist auf die allgemeinen Grundsätze der Anerkennung zurückzugreifen. Dabei wird für Auslandsbeglaubigungen ein weniger strenger Maßstab an die Gleichwertigkeit angelegt als bei Auslandsbeurkundungen von Rechtsgeschäften oder Gesellschafterbeschlüssen, zumal bei der bloßen Beglaubigung der Echtheit von Unterschriften keine inhaltliche Belehrungspflicht besteht. Die Gleichwertigkeit wird (nur) an der Stellung der Urkundsperson und dem Beglaubigungsvorgang gemessen. Die hM bejaht jedenfalls für EWR-Staaten Gleichwertigkeit der zur Beglaubigungstätigkeit berufenen Amtsträger, etwa der Notare.¹⁷¹

Auch dabei sind aber Unterschiede in der Stellung zu beachten (oben D.1.a): So gelten etwa die österr Ausschließungsgründe bei Interessenkonflikt (§ 33 NO) für sämtliche Amtstätigkeiten,¹⁷² jene des Art 28 LiNotarG nur für Beurkundungen, während Art 42 ff über Beglaubigungen keine entsprechende Regelung enthalten. Ein liechtensteinischer Anwaltsnotar kann daher etwa die Unterschriften seiner ehemaligen/aktuellen Rechtsanwaltsmandanten beglaubigen,¹⁷³ was nach § 3 Abs 1 Z 7 und 8 des deutschen BeurkG (dort bestehen ebenfalls Anwaltsnotare) in der Vollmachtsangelegenheit verboten ist¹⁷⁴ und was auch § 33 NO untersagen würde, wenn es diesen Fall in Österreich gäbe.¹⁷⁵ Auch beim Beglaubigungsvorgang bestehen Unterschiede: So ist in Liechtenstein zwar eine Identitätskontrolle vorgesehen (Art 42 Abs 2 LiNotarG), aber anders als in Ös-

¹⁶⁶ Vertrag zwischen der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über Rechtshilfe, Beglaubigung, Urkunden und Vormundschaft, BGBl 1956/213 idF BGBl 1968/99.

¹⁶⁷ OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19 a sub 3.2.2.

¹⁶⁸ Für Zweiteres Ruffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (358 FN 145).

¹⁶⁹ www.uinl.org/member-notariats. Die UINL trägt heute nur mehr den Namen „Internationale Union des Notariats“.

¹⁷⁰ OGH 19. 5. 2015, 5 Ob 21/15 x (Vorlagebeschluss Piringler) sub V.3.; OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19 a sub 3.2.1.

¹⁷¹ OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 92/19 a GesRz 2020, 53 (Zib); Pilgertorfer in Artmann, UGB³ (2019) § 11 Rz 30; Zib in Zib/Dellinger, Großkomm UGB (2010) § 11 Rz 37; Umlauf, NZ 1994, 176; Wagner/Knechtel, NO⁶ (2007) § 2 Rz 2.

¹⁷² Billeth in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 33 Rz 144, 153; Wagner/Knechtel, NO⁶ § 33 Rz 1.

¹⁷³ Worauf Ruffler/Müller, AnwBl 2022, 304 (358) hinweisen.

¹⁷⁴ Zu den Beurkundungen nach § 3 dBeurkG zählt auch die Unterschriftsbeglaubigung nach §§ 40 ff, Gößl in BeckOGK BeurkG (Stand 1. 4. 2022) § 3 Rz 14, 20.

¹⁷⁵ Vgl § 20 Abs 1 Z 4 JN für die Ausgeschlossenheit von Richtern; Wagner/Knechtel, NO⁶ § 33 Rz 5. AM Billeth in Zib/Umfahrer, NO (2023) § 33 Rz 32, allerdings mit dem Hinweis, dass aus § 20 Abs 1 Z 4 JN auch die Gegenmeinung abgeleitet werden könnte.

terreich (§ 34 Abs 2 NO) keine Prüfung der Geschäftsfähigkeit, was der EuGH im Fall *Piringer* als wesentlichen Unterschied angeführt hat.¹⁷⁶

Ob dies im Lichte der Dienstleistungsfreiheit Gründe für eine Nichtanerkennung von Unterschriftsbeglaubigungen liechtensteinischer Notare (nicht nur ausländischer Rechtsanwälte wie in den Fällen EuGH *Piringer* und OGH 6 Ob 92/19 a) sind, ist bislang nicht geklärt.¹⁷⁷ In seinen Schlussanträgen in der Rs *Piringer* hat GA *Szpunar* aber die Nichtanerkennung von Unterschriftsbeglaubigungen ausländischer Rechtsanwälte im Grundbuchsbereich wegen unterschiedlicher Stellung und insb wegen fehlender Aufsichts- und Sanktionsmöglichkeit der Republik Österreich über sie als gerechtfertigt eingestuft.¹⁷⁸ Der EuGH ist dem – wenngleich weniger deutlich – gefolgt.¹⁷⁹ ME ist dies auf liechtensteinische Notare und den Firmenbuchbereich übertragbar.¹⁸⁰ Jedenfalls unzulässig sind Unterschriftsbeglaubigungen durch einen (österreichisch-)liechtensteinischen Anwaltsnotar in Österreich (aktive Dienstleistungserbringung).¹⁸¹

G. Ergebnis

Eine Beurkundungstätigkeit eines österr Rechtsanwalts als ausländischer Notar für ein Beurkundungserfordernis des österr Rechts widerspricht dem Gebot der Berufstren-

nung (§ 7 Abs 1 NO), weil damit ein österr Rechtsanwalt im Ergebnis die Notartätigkeit für Österreich ausüben würde. § 7 Abs 1 NO verhindert dann die Wirksamkeit vom österr Recht geforderter notarieller Beurkundungen (zB Gründung einer österr GmbH, Anteilsübertragung an einer solchen) und damit seine Aushebelung über den Umweg Liechtenstein. Nach österr Recht liegt dann keine Beurkundung durch einen ausländischen Notar vor. Zur Frage der Substitution und damit der Gleichwertigkeit gelangt man in diesem Fall gar nicht.

Ist der liechtensteinische Notar nicht zugleich österr (sondern zB nur liechtensteinischer oder deutscher) Rechtsanwalt, so liegt kein Verstoß gegen § 7 Abs 1 NO vor. Dann – und ebenso, wenn man bei österr Rechtsanwälten die Berufstrennung des § 7 Abs 1 NO nicht als verletzt ansehen würde – ist die Frage der Gleichwertigkeit und Anerkennung einer Beurkundung eines ausländischen Notars angesprochen.

Eine Gleichwertigkeit ist bei liechtensteinischen Notaren mangels vergleichbarer Stellung und gleichwertigen Beurkundungsvorgangs zu verneinen, bei liechtensteinischen Notaren ohne Berufsberechtigung als Rechtsanwalt (Anwaltsprüfung) in Österreich auch mangels erwartbarer Rechtskenntnis der Beurkundungsperson.

Unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit bilden diese Rechtsfolgen eine gerechtfertigte Beschränkung.

Bei bloßen Unterschriftsbeglaubigungen liechtensteinischer Notare ist die Rechtfertigung unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit weniger klar, aber mE ebenfalls zu bejahen.

Über den Autor:

Dr. Christian Zib ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien.

¹⁷⁶ EuGH 9. 3. 2017 C-342/15, *Piringer*, Rn 64.

¹⁷⁷ „Tendenziell“ verneinend *Rüffler/Müller*, AnwBl 2022, 304 (358).

¹⁷⁸ Schlussanträge GA *Szpunar* 21. 9. 2016 C-342/15, *Piringer*, Rn 60 ff.

¹⁷⁹ EuGH 9. 3. 2017 C-342/15, *Piringer*, Rn 65 („Berufsgruppe [...] über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt“), Rn 69 („allgemeiner Verzicht auf staatliche Kontrollfunktionen“).

¹⁸⁰ Ebenso *Stöger*, NZ 2017, 161 (166).

¹⁸¹ Ebenso *Rüffler/Müller*, AnwBl 2022, 304 (364). AM *Jaeger*, ZfR 2020, 152 (162).

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2024/21

§§ 364 a, 523 ABGB

Rechtsmissbrauch (Schikane) bei geringfügigem Überbau

1. Es ist vertretbar, Schikane zu bejahen, wenn sich ein Beseitigungsbegehren gegen einen Überbau richtet, der auf einer Länge von wenigen Zentimetern nur wenige Zentimeter in das Grundstück des Kl reicht und daher nur einen minimalen Eingriff darstellt.

2. Die Berechtigung des Schikaneeinwands setzt voraus, dass eine Verhaltensweise des Kl vorliegt, die

weit überwiegend auf eine Schädigung des Bauführers abzielt, und die Wahrung und Verfolgung der sich aus der Freiheit des Eigentums ergebenden Rechte deutlich in den Hintergrund tritt.

3. Bei der Beurteilung des Schikaneeinwands kommt auch der subjektiven Seite des Bauführers erhebliche Bedeutung zu. Ist dieser bewusst rechtswidrig vorgegangen, kann er sich nicht auf das Schikaneverbot berufen.

OGH 12. 9. 2023, 4 Ob 92/23 t (LG Klagenfurt 22. 3. 2023, 1 R 275/22 v)

Zurückweisung ao Revision