

a. Univ.-Prof. Dr. **Christian Zib**, Wien

## Auslandsbeurkundung bei Übertragung von Geschäftsanteilen österreichischer und deutscher GmbH

*Der deutsche Meinungsstand zur Auslandsbeurkundung bei Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen wird einerseits als Förderung des Beurkundungstourismus begrüßt, von dem in der Schweiz „nicht nur Notare, sondern auch Airlines profitieren“<sup>1)</sup>, auf der anderen Seite wird österreichischen Gesellschaften, bei deren Spaltung oder Verschmelzung ein Geschäftsanteil an einer deutschen GmbH mit übergeht, aus Deutschland vermittelt, dass die neue Gesellschafterliste von einem deutschen Notar als korrekt bescheinigt und zum Handelsregister eingereicht werden müsse. Hinter Inkonsistenzen wie dieser steht eine Rechtsunsicherheit, die zum Teil auf das MoMiG zurückgeht, letztlich aber mit dem Verständnis der Formzwecke zu tun hat. Auch in Österreich besteht eine Diskrepanz zwischen den in stRsp betonten Formzwecken und der Akzeptanz von Auslandsbeurkundungen. Dies gibt Anlass, die Auslandsbeurkundung bei Übertragung von GmbH-Anteilen aus deutscher und österreichischer Sicht zu untersuchen.*

**Deskriptoren:** Anteilsübertragung, Auslandsbeurkundung, eigene Anteile, Erwerberschutz, Formpflicht, Geschäftsanteil, Gesellschafterliste, Immobilisierungsfunktion, Kaduzierung, Notariatsaktspflicht, Spaltung, Substitution, Verfügungsgeschäft, Verpflichtungsgeschäft, Verschmelzung. §§ 68, 76 GmbHG; §§ 15, 40 dGmbHG; Art 11 Rom I-VO.

### Übersicht:

- A. Übertragung durch Rechtsgeschäft
  - I. Hinreichen der Ortsform?
  - II. Gleichwertigkeit (Substitution) – der deutsche Meinungsstand
  - III. Formzweck in Österreich und Deutschland
  - IV. Formzweck und MoMiG
  - V. Zwischenergebnis
- B. Firmenbuchanmeldung bzw. Einreichung der Gesellschafterliste
  - I. Österreichische GmbH
  - II. Deutsche GmbH
- C. Anteilsübergang durch Spaltung oder Verschmelzung
- D. Zusammenfassung

### A. Übertragung durch Rechtsgeschäft

Die Abtretung von Geschäftsanteilen bedarf nach deutschem und österreichischem Recht gleichermaßen der notariellen Form (§ 15 Abs 3 dGmbHG, § 76 Abs 2 GmbHG). Wird ein Geschäftsanteil an einer deutschen GmbH in Österreich rechtsgeschäftlich übertragen, so stellt sich die Frage, ob dies in der Form eines österreichischen Notariatsakts für das deutsche Recht wirksam vorgenommen werden kann und umgekehrt.

#### I. Hinreichen der Ortsform?

Dabei ist zunächst zu fragen, ob eine in anderen Staaten vorgenommene Geschäftsanteilsübertragung ganz generell *unabhängig von der Frage der Gleichwertigkeit* wegen Einhaltung der Ortsform (Art 11 Rom I-VO für das Verpflichtungsgeschäft,<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> <rechtsreport.ch/2012/10/26/beurkundungstourismus-in-der-schweiz>.

<sup>2)</sup> Die Rom I-VO erfasst das Verpflichtungsgeschäft, nicht aber das Verfügungsgeschäft (vgl nur *Altmeppen*

§ 8 IPRG bzw Art 11 Abs 1 Fall 2 EGBGB für das Verfügungsgeschäft) – also zB bei deutschen Geschäftsanteilen mit österreichischem Notariatsakt – wirksam ist. Es geht dabei nicht um die Frage der Gleichwertigkeit eines österreichischen Notariatsakts mit einer deutschen Beurkundung, sondern um die generelle Akzeptanz der jeweils vorgesehenen Ortsform, also zB auch bloßer Schriftform wie in der Schweiz (Art 785 OR).

Nach österreichischer hM genügt die Ortsform jedenfalls für das Verfügungsgeschäft nicht.<sup>3)</sup> Für das Verpflichtungsgeschäft ist die Frage umstritten und von der Qualifikation des § 76 Abs 2 GmbHG als Eingriffsnorm iS des Art 9 Rom I-VO abhängig.<sup>4)</sup>

In Deutschland wird die Ortsformanknüpfung nach Art 11 Abs 1 Fall 2 EGBGB für Angelegen-

---

in Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> [2012] § 15 Rz 88); dieses ist zwar Rechtsgeschäft oder zumindest geschäftsähnliche Handlung, aber nicht „vertragliches Schuldverhältnis“ iS des Art 1 Abs 1 Rom I-VO. Die Ausnahme für Fragen des Gesellschaftsrechts in Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO erfasst hingegen die Struktur sowie die innere und äußere Haftungsverfassung von Gesellschaften, nicht aber Verpflichtungsgeschäfte über die Anteilsübertragung: *Mankowski*, Änderungen bei der Auslandsbeurkundung von Anteilsübertragungen durch das MoMiG oder durch die Rom I-VO?, NZG 2010, 201 (205).

<sup>3)</sup> OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89 = SZ 62/28 = GesRZ 1989, 225; 23.04.1952, 3 Ob 240/52 = SZ 25/103; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) Allg Einl Rz 19; *Rauter* in Straube (Hg), WK GmbHG (2008) § 76 Rz 180 mwN.

<sup>4)</sup> Für Hinreichen der Ortsform OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89 = SZ 62/28 = GesRZ 1989, 225; wohl auch *Rauter* in Straube, WK GmbHG § 76 Rz 179. Dagegen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Allg Einl Rz 19a und § 76 Rz 24.

heiten, die die Verfassung der Gesellschaft berühren (Form des Gesellschaftsvertrages, von Satzungsänderungen, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung) herrschend abgelehnt.<sup>5)</sup> Für Geschäftsanteilsübertragungen (Verfügungsgeschäft) ist sie umstritten (uU völliger Verzicht auf jegliche Richtigkeitsgewähr), die Frage ist vom BGH noch nicht ausjudiziert,<sup>6)</sup> eine hM ist nicht auszumachen.<sup>7)</sup> Für verlässliche Rechtssicherheit wird der Praxis empfohlen, sich bis zur Klärung der Frage durch den BGH nicht auf das Hinreichen der Ortsform zu verlassen.<sup>8)</sup>

## II. Gleichwertigkeit (Substitution) – der deutsche Meinungsstand

Bei Ablehnung der Ortsformanknüpfung ist zu fragen, ob ein österreichischer Notariatsakt einer Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig ist (Substitution). Die großzügige Position in Deutschland, wonach notarielle Beurkundungen zumindest in der Schweiz<sup>9)</sup> und in Öster-

reich<sup>10)</sup>, aber auch in allen anderen Ländern mit lateinischem Notariat (also zB auch in Frankreich, Italien, Belgien, Spanien, Südamerika)<sup>11)</sup> das Gleichwertigkeitserfordernis erfüllen, beruht darauf, dass der BGH in einer Entscheidung aus 1981 für die Gleichwertigkeit zwar vergleichbare Stellung im Rechtsleben (Ausbildung, Haftung/kein Haftungsausschluss<sup>12)</sup>, Disziplinarrecht) und vergleichbares Beurkundungsverfahren, nicht aber auch vergleichbare Kenntnisse des inländischen Rechts verlangt hat, weil die inhaltliche Prüfung und Belehrung (§ 17 dBeurkG) im Gegensatz zur Identitätsfeststellung der Parteien (§ 10 dBeurkG) verzichtbar sei (arg „soll“) und der Verzicht konkludent durch Inanspruchnahme eines ausländischen Notars erfolge.<sup>13)</sup> Diese Rückstufung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion hat in der deutschen Literatur breite Gefolgschaft gefunden,<sup>14)</sup> sie wird aber dort in Frage gestellt, wo es um Rechtssicherheit und Verkehrsschutz geht, wie bei der Form des Gesellschaftsvertrages<sup>15)</sup> und der Satzungsänderung (einschließlich Umgründungen)<sup>16)</sup>, unter anderem weil der BGH in

<sup>5)</sup> LG Kiel 25.04.1997, 3 T 143/97 = GmbHR 1997, 952 = BB 1998, 120 (Verschmelzung); *Weller* in *Leible/Reichert* (Hg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts VI<sup>4</sup> (2013) § 6 Rz 17; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff* (Hg), GmbHG<sup>18</sup> (2012) § 2 Rz 18 mwN; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck* (Hg), GmbHG<sup>19</sup> (2010) § 53 Rz 75; *Priester/Veil* in *Scholz* (Hg), GmbHG<sup>10</sup> (2009) § 53 Rz 72; *Behrens*, Formerfordernisse im Internationalen Gesellschaftsrecht, in *Sonnenberger* (Hg), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts (2007) 535 (539); *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter* (Hg), GmbHG (2005) § 2 Rz 17; *Winter/Löbbe*, ebendort § 15 Rz 138; *Röhrich* in *Hopt/Wiedemann* (Hg), Großkomm AktG<sup>4</sup> (1996) § 23 Rz 48.

<sup>6)</sup> Der BGH (04.11.2004, III ZR 172/03 = BB 2004, 2707 [2708] = DNotZ 2005, 306) hat die Ortsformanknüpfung einer Treuhandvereinbarung über Geschäftsanteile (an einer polnischen GmbH) offengelassen, aber immerhin als „naheliegend“ bezeichnet.

<sup>7)</sup> *Für Ortsformanknüpfung Weller* in *Leible/Reichert*, MünchHdb VI<sup>4</sup> § 6 Rz 17 ff mit zahlreichen Nachweisen auch der Gegenansicht; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> (2012) § 15 Rz 82 f; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> § 15 Rz 22; *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 15 Rz 138. *Dagegen Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 28, 28a mwN; *Kindler*, Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland und notarielle Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste, RIW 2011, 257 (259) (§ 15 Abs 3 dGmbHG überhaupt keine Formvorschrift iS des Art 11 Abs 1 EGBGB); *Hermanns*, Das Mysterium der Auslandsbeurkundung – Neues aus Düsseldorf, RNotZ 2011, 224 (225 f); *derselbe*, Die Auslandsbeurkundung bei Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, RNotZ 2010, 38 (39 ff); *Kindler*, Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland (2010) 36; *König/Götte/Bormann*, Das Formstatut für die dingliche Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen nach geltendem und künftigen Recht, NZG 2009, 881 (883).

<sup>8)</sup> Vgl nur *Weller*, aaO § 6 Rz 19 aE; *Seibt*, aaO § 15 Rz 84; *Altmeppen*, aaO § 15 Rz 89.

<sup>9)</sup> OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417; OLG Frankfurt/Main 25.01.2005, 11 U 8/04 (Kart) = GmbHR 2005, 764; OLG München 19.11.1997, 7 U 2511/97 = NJW-RR 1998, 758 = GmbHR

1998, 46; LG Frankfurt 07.10.2009, 3-13 O 46/09 = DNotZ 2009, 949 (alle zur Geschäftsanteilsübertragung). Für Einzelfallprüfung mit Rechtsprechungsnachweisen für verschiedene Kantone *Weller* in *Leible/Reichert*, MünchHdb VI<sup>4</sup> § 6 Rz 10; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 86 und *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 15 Rz 137.

<sup>10)</sup> LG Kiel 25.04.1997, 3 T 143/97 = DB 1997, 1223 = BB 1998, 120 (Beurkundung eines deutschen Genossenschafts-Verschmelzungsvertrags durch österreichischen Notar); *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> § 53 Rz 75 mwN (gegenteilig aber in Fn 108).

<sup>11)</sup> *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG<sup>7</sup> § 15 Rz 90; *von Hein* in *Rauscher* (Hg), EuZPR/EuIPR (2011) Art 11 Rom I-VO Rz 15; *Pentz* in *Goette* (Hg), MünchKomm AktG<sup>3</sup> (2008) § 23 Rz 35. Für Einzelfallprüfung auch hier *Winter/Löbbe* aaO.

<sup>12)</sup> *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 27; *Seibt*, aaO § 15 Rz 87e.

<sup>13)</sup> BGH 16.02.1981, II ZB 8/80 = BGHZ 80, 76 (78 ff) = NJW 1981, 1160 (für Änderung des Gesellschaftsvertrages).

<sup>14)</sup> *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 27, 27a; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 85; *Priester/Veil* in *Scholz*, GmbHG<sup>10</sup> § 53 Rz 73 ff (gegen die Voraufgabe); *Behrens*, Formerfordernisse im Internationalen Gesellschaftsrecht, in *Sonnenberger*, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts 535 (543 f) uva.

<sup>15)</sup> *Bayer*, aaO § 2 Rz 19; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 2 Rz 17a; *Röhrich* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm AktG<sup>4</sup> § 23 Rz 49 ff (Ausnahme: bei inhaltlicher Prüfung und Belehrung und Haftungsübernahme für die Amtshandlung, Rz 56).

<sup>16)</sup> *Goette*, Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 1996, 709; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> § 53 Rz 75 Fn 108; *Röhrich* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm AktG<sup>4</sup> § 23 Rz 55; LG Augsburg 04.06.1996, 2 HKT 2093/96 = GmbHR 1996, 941 = NJW-RR 1997, 420 (Verschmelzung/schweizer Notar). Auf dieser Linie auch OLG Hamburg 07.05.1993, 2 Wx 55/91 = NJW-RR 1993, 1317 (keine Niederschrift über die Hauptversammlung durch ausländischen Notar).

einer späteren Entscheidung auf die Bedeutung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion für Satzungsänderungen hingewiesen hatte.<sup>17)</sup> So wird von Rundschriften berichtet, nach denen das AG Hamburg (2005) und das AG Frankfurt/Main (1996) bei Satzungsänderungen und anderen verfassungsrelevanten Akten Auslandsbeurkundungen nicht mehr akzeptieren.<sup>18)</sup>

Hingegen wird für den Verkauf und die Abtretung von Geschäftsanteilen einer deutschen GmbH die Auslandsbeurkundung bei vergleichbarer Stellung des Notars und vergleichbarem Beurkundungsverfahren herrschend zugelassen.<sup>19)</sup> Seit der Zulassung der einfachen schriftlichen Abtretung in der Schweiz – dem aus deutscher Sicht häufigsten Staat für Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht – und der Erweiterung der Rechtswirkungen der Gesellschafterliste durch das MoMiG<sup>20)</sup> steht die Frage aber wieder in Diskussion.

In der Schweiz bedarf die Abtretung eines Stammanteils seit 01.01.2008 nur mehr einfacher Schriftform (Art 785 OR), die dort weiters geforderte Zustimmung der Gesellschafterversammlung (Art 786 OR) ist nicht Teil der Form iS des IPR, sondern materielle Gültigkeitsvoraussetzung und daher – ebenso wie allenfalls nach dem Ortsrecht für die Wirksamkeit erforderliche Registereintragungen der Gesellschafter<sup>21)</sup> – nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen und aus deutscher und österreichischer Sicht als Element der Auslandsbeurkundung nicht relevant.<sup>22)</sup> Die Gleichwertigkeit der nunmehr einfachen Schriftform in der Schweiz ist jedenfalls zu verneinen.<sup>23)</sup>

Zum Teil wird vertreten, dass selbst eine (nunmehr) freiwillige Beurkundung durch einen schweizerischen Notar einer deutschen nicht gleichwertig sei, weil das dann nur vereinbarte Verfahren (zB Verlesung der Urkunde) durch Vereinbarung auch wieder aufgehoben werden könne

und seine Einhaltung daher nicht gesichert sei.<sup>24)</sup> Das ist aber nur eine Frage der Durchführung und Dokumentation. Die deutsche Rsp zieht in der Freiwilligkeit der Beurkundung zutreffend keinen Grund für eine Unterscheidung.<sup>25)</sup>

Auch aus den erweiterten Rechtswirkungen der Gesellschafterliste seit dem MoMiG (§ 16 Abs 1 und 3, § 40 Abs 2 dGmbHG) wird von manchen abgeleitet, dass eine Auslandsbeurkundung nicht mehr als gleichwertig betrachtet werden könne. Darauf ist später zurückzukommen; zunächst ist ganz allgemein zu fragen, ob der Formzweck der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs 3 dGmbHG) bzw des österreichischen Notariatsakts (§ 76 Abs 2 GmbHG) tatsächlich keine inhaltliche Komponente besitzt, die nähere Kenntnis des inländischen Rechts voraussetzt.

### III. Formzweck in Österreich und Deutschland

Die deutschen Materialien zum GmbHG<sup>26)</sup> nennen – wie die österreichischen<sup>27)</sup>, die sich daran anlehnen – als Formzweck der notariellen Beurkundung die Immobilisierung der Geschäftsanteile. In der Frage der Auslandsbeurkundung müsste dies zu einer großzügigen Sichtweise der Gleichwertigkeit führen, denn dafür bedarf es keiner vertieften Kenntnisse des inländischen Rechts. Dem Formzweck der Immobilisierung würde aber auch ein Gebot der notariellen Unterschriftsbeglaubigung oder ein bloßes Schriftformgebot genügen.<sup>28)</sup> Würde es nur um die Verhinderung börsenartigen Handels gehen, dann müsste außerdem der Erwerb durch Mitgesellschafter formfrei möglich sein.<sup>29)</sup> Auch der weiters angenommene Formzweck der sicheren Identitätsfeststellung (§ 55 NO) der Gesellschafter<sup>30)</sup> ist zweifellos von Bedeutung, doch hätte auch dafür ein Gebot notarieller Beglaubigung genügt; de lege lata müsste auch insoweit die Gleichwertigkeit einer Auslandsbeurkundung großzügig beurteilt werden. Immobilisierung und Identitätsfeststellung können daher das Erforder-

<sup>17)</sup> BGH 24.10.1988, II ZB 7/88 = BGHZ 105, 324 (338) = NJW 1989, 295.

<sup>18)</sup> Nachweise bei *Seibt* in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 86 Fn 4.

<sup>19)</sup> BGH 22.05.1989, II ZR 211/88 = GmbHR 1990, 25 = WM 1989, 1221 (schweizer Notar); OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417 (schweizer Notar bei nunmehr freiwilliger Beurkundung); OLG Frankfurt/Main 25.01.2005, 11 U 8/04 (Kart) = GmbHR 2005, 764 (schweizer Notar); OLG München 19.11.1997, 7 U 2511/97 = NJW-RR 1998, 758 = GmbHR 1998, 46 (schweizer Notar); *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 27a; *Seibt* in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 84 ff; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>19</sup> § 15 Rz 22; *Winter/Löbbe* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 15 Rz 136 f.

<sup>20)</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), dBGBl I 2008, 2026.

<sup>21)</sup> *Weller* in Leible/Reichert, MünchHdb VI<sup>4</sup> § 6 Rz 20 ff.

<sup>22)</sup> *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 28a.

<sup>23)</sup> LG Frankfurt 07.10.2009, 3-13 O 46/09 = DNotZ 2009, 949; *Hermanns*, RNotZ 2010, 39.

<sup>24)</sup> *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 27b mwN; *Hermanns*, RNotZ 2011, 227; *derselbe*, RNotZ 2010, 41 f.

<sup>25)</sup> OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417; ebenso *Seibt* in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 87.

<sup>26)</sup> Begründung zum Entwurf des dGmbHG, Drucksache des Reichstags (RT-Drs) 8. Legislaturperiode, I. Session, Nr 660 (1892) 3729.

<sup>27)</sup> ErlRV 236 BlgHH XVII. Session (1904) 84 f; Herrenhausbericht (HHB) 272 BlgHH XVII. Session (1905) 5.

<sup>28)</sup> *Schauer*, Gutachten zum 16. ÖJT (2006) 735 ff.

<sup>29)</sup> Zutreffend OGH 17.12.2010, 6 Ob 63/10y = EvBl 2011/72.

<sup>30)</sup> Diesen weiteren Formzweck bejahen die stRsp und überwiegende Lehre in Österreich, vgl nur OGH 17.12.2010, 6 Ob 63/10y = EvBl 2011/72; 07.08.2008, 6 Ob 150/08i = NZ 2009/26; 20.12.2006, 7 Ob 203/06p = NZ 2007, 241 mwN; *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 37; *Umfahrer*, GmbHG<sup>6</sup> (2008) Rz 717; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16; *Auer*, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, JBl 2002, 441 (445 f).

nis der notariellen Beurkundung bzw in Österreich: des Notariatsakts nicht vollständig erklären. Ob daneben weitere Formzwecke bestehen, wird kontrovers diskutiert.

Die notarielle Form für Geschäftsanteilsübertragungen ist nur konsistent, wenn man den Formzweck nicht nur in einer Immobilisierungshürde<sup>31)</sup> und einer Klarstellung des Erwerbs iS einer Identitätskontrolle<sup>32)</sup> sieht, sondern auch in einer Klarstellung der Gesellschafterposition (für Dritte und die GmbH selbst) iS einer vorgelagerten Rechtmäßigkeitskontrolle (§§ 52, 53 NO),<sup>33)</sup> wie dies in Fällen der Notarhaftung auch judiziert wird,<sup>34)</sup> und in der Aufklärung des Erwerbers über die nach dem konkreten Gesellschaftsvertrag bevorstehende Rechtsposition – Vinkulierung, Aufgriffsrechte etc, Erlangung der Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft erst mit Eintragung im Firmenbuch (§ 78 Abs 1 GmbHG; ursprünglich: im Anteilbuch) bzw in Deutschland mit Einreichung der Gesellschafterliste (§ 16 Abs 1 dGmbHG) – und über die Haftungslage des im Vergleich zur OHG/OG scheinbar risikoarmen Investments,<sup>35)</sup> insbesondere die Haftung für rückständige Einlageleistungen einschließlich Differenzhaftung (§ 78 Abs 2 GmbHG, § 16 Abs 2 dGmbHG), Ausfallhaftung für ausständige Einlagen der Mitgesellschafter (§ 70 GmbHG, § 24 dGmbHG) und für den Rückersatz verbotener Zahlungen an diese (§ 83 Abs 2 und 3 GmbHG, § 31 Abs 3 dGmbHG).

Beide Aspekte sind schon in den Begründungen zu den Stammgesetzen niedergelegt: Nach der deutschen Begründung zum GmbHG „muss, wenn die Übertragung ohne die Grundlage eines zur Legitimation des Erwerbers dienenden Anteilsscheines

zugelassen wird, die Form des Übertragungsaktes selbst eine derart authentische sein, dass Zweifel und Unklarheiten über die Tatsache der Übertragung nicht entstehen können. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Veräußerung der Geschäftsanteile durch die Gesellschafter nicht anders als durch notariellen oder gerichtlichen Vertrag zu gestatten (§ 15 Abs 2).“<sup>36)</sup> Es liegt nahe, dass die angestrebte hohe Richtigkeitsgewähr dem notariellen Vertrag deshalb beigelegt wurde, weil damit eine vorgelagerte Rechtmäßigkeitskontrolle erfolgt.

Nach den österreichischen Materialien hat der Notar bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages „die schon durch die Notariatsordnung (§ 52) begründete Verpflichtung, die Gesellschafter auf die Tragweite der ihnen durch §§ 70, 74, 83, 92 auferlegten subsidiären Haftung aufmerksam zu machen“.<sup>37)</sup> Wenn die Aufklärung (insbesondere) über die Haftungsrisiken ein Zweck der notariellen Form bei der Gründung ist, liegt es nahe, dass sie auch einen Zweck derselben Form bei der Übertragung eines Geschäftsanteils bildet. Schon nach den ErlRV hat die Anteilsübertragung wie die Gründung und die Übernahme einer Kapitalerhöhung durch Dritte die Bedeutung einer Beitrittserklärung zur Gesellschaft und wurde deshalb an dieselbe Form gebunden.<sup>38)</sup> Es gilt daher auch für die Anteilsübertragung, wenn nach den ErlRV „deshalb auch die genaue Kenntnis des Übernehmers von den Verpflichtungen, die er durch seinen Beitritt übernimmt, gewährleistet (...) werden muss“.

Dass die Gesetzesmaterialien als einzigen ausdrücklichen Formzweck die Immobilisierung der Geschäftsanteile nennen,<sup>39)</sup> ist daher weder für das deutsche noch für das österreichische Recht zutreffend.<sup>40)</sup> Vielmehr geht es schon nach dem Willen des historischen Gesetzgebers auch um vorgelagerte Rechtmäßigkeitskontrolle und Aufklärung des Erwerbers.

Gegen einen Aufklärungszweck der notariellen Form wird eingewandt, dass der gefährlichere Erwerb eines Anteils an einer OHG/OG formfrei möglich ist.<sup>41)</sup> Das ist zutreffend, der Vergleich aber unzulässig: Die OHG war bei Einführung der GmbH in Deutschland (1892) eine schon lange existierende Gesellschaftsform. Eine Anteilsübertragung war bei ihr nach damaliger – auch vom Gesetzgeber niedergelegter<sup>42)</sup> – Sichtweise gar

<sup>31)</sup> So *Schauer*, Gutachten zum 16. ÖJT 735 ff; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998) 114 ff; *Seibt* in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 85; *Winter/Löb* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 15 Rz 136.

<sup>32)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16.

<sup>33)</sup> Wie bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 4 Rz 22; für die Satzung der AG *Röhricht* in Hopt/Wiedemann (Hg), Großkomm AktG<sup>4</sup> § 23 Rz 53.

<sup>34)</sup> OGH 13.12.1988, 4 Ob 631/88 = SZ 61/269 = EvBl 1989/105.

<sup>35)</sup> *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 35 f; *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 55 f; *Auer*, Zur Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG, JBl 2011, 361 (364 f); *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205 (208 f); für Deutschland *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> § 15 Rz 66. Die österreichische stRsp bezeichnet dies als Übereilungsschutz, vgl nur OGH 17.12.2010, 6 Ob 63/10y = EvBl 2011/72; 07.08.2008, 6 Ob 150/08i = NZ 2009/26; 19.09.2002, 3 Ob 35/02x = ÖBA 2003/1125 (Notarhaftungsfall); *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> Rz 717. Gegen einen solchen Formzweck *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16; *Schauer*, Gutachten zum 16. ÖJT 735 ff; *Enzinger*, Qualitative Deregulierung des Gesellschaftsrechts – Bemerkungen zu *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 334 (336); *derselbe*, Von überschießenden Formpflichten – Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, AnwBl 2001, 510 (513 f).

<sup>36)</sup> Begründung zum Entwurf des dGmbHG, RT-Drs 660 (1892) 3729.

<sup>37)</sup> HHB 272 BlgHH XVII. Session (1905) 6.

<sup>38)</sup> ErlRV 236 BlgHH XVII. Session (1904) 73.

<sup>39)</sup> So etwa OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89 = SZ 62/28 = GesRZ 1989, 225; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16.

<sup>40)</sup> So für das österreichische Recht auch *Auer*, JBl 2002, 444 f.

<sup>41)</sup> Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16.

<sup>42)</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB V (1899) 497 (zu § 2033 Abs 1 BGB: Erbengemeinschaft), wonach die Anteilsübertragung „bei den sonstigen Rechtsverhältnissen, wo die Gemeinschaft zur gesamten Hand Aufnahme gefunden habe (...) nicht zugelassen sei“.

nicht möglich.<sup>43)</sup> Dass der Gesetzgeber bei Einführung der GmbH für diese eine andere Lösung getroffen hat, ist zu akzeptieren und hat angesichts des bei der OHG/OG offensichtlichen, bei der GmbH aber weniger bekannten Haftungsrisikos auch gute Gründe für sich.<sup>44)</sup>

Nach den ErlRV „gelten die besonderen Formvorschriften übrigens nur für Übertragungen durch den Gesellschafter. Für die unter Umständen Platz greifende Veräußerung durch die Gesellschaft kraft eigenen Rechtes entfällt jeder Grund hierzu“.<sup>45)</sup> Auch diese Passage ist aus dem Entwurf zum dGmbHHG übernommen.<sup>46)</sup> Dort ist auch niedergelegt, dass dabei an die Veräußerung kaduzierter Anteile (§§ 68, 73 GmbHHG) gedacht wurde. Aus ihr wird geschlossen, dass die Formpflicht keinen Erwerberschutzzweck haben könne.<sup>47)</sup> Die Aussage kann auf den ersten Blick tatsächlich nur mit dem Immobilisierungszweck erklärt werden, schon mit dem Formzweck sicherer Identitätsfeststellung des Erwerbers ist sie nicht mehr vereinbar, noch weniger mit Rechtmäßigkeitskontrolle und Aufklärung des Erwerbers.<sup>48)</sup>

Auf den zweiten Blick hat der österreichische Gesetzgeber allerdings das deutsche Vorbild nur teilweise umgesetzt. Während § 15 Abs 3 und 4 dGmbHHG sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft von der Formpflicht ausnehmen (arg „durch Gesellschafter“),<sup>49)</sup> hat § 76 Abs 2 GmbHHG dies nur für das vorgezogene Verpflichtungsgeschäft übernommen (S 2). Auch ein kaduzierter Anteil wird aber von der Gesellschaft nicht nur verkauft (§ 68 Abs 1 GmbHHG), sondern – obwohl ihr der Anteil anders als nach deutschem Recht<sup>50)</sup> nicht gehört – dem Erwerber aufgrund ihrer Verfügungsbefugnis<sup>51)</sup> durch Verfügungsgeschäft (also Rechtsgeschäft iS des § 76 Abs 2 S 1 GmbHHG) übertragen. Ein Erwerb kraft Gesetzes ohne Übertragung durch die Gesellschaft wurde hier – anders als in § 67 Abs 3 GmbHHG für den einlösenden Rechtsvorgänger<sup>52)</sup> – nicht angeordnet. Geht man davon aus, dass der Abweichung vom deutschen Regelungsvorbild ein Sinn zugrundeliegt, so führt dies zu dem Ergebnis, dass nur der vorgezogene Verkauf eines kaduzierten Anteils

formbefreit ist, nicht aber das nachfolgende Verfügungsgeschäft oder die Verbindung beider. Dies lässt sich auch mit der eingangs zitierten Bemerkung der ErlRV in Einklang bringen und dürfte seinen Grund darin haben, dass der in der Versteigerung erteilte Zuschlag zu seiner Wirksamkeit noch der Zustimmung der Gesellschaft bedarf (§ 68 Abs 4 GmbHHG). Auf den Freihandverkauf wird die Formbefreiung in Deutschland trotz dort deutlicherer Regelung nach hM nicht angewandt,<sup>53)</sup> was sich nur mit über die Immobilisierung hinausgehenden Formzwecken (zB Rechtssicherheit im Interesse der Gläubiger) begründen lässt.<sup>54)</sup> Insgesamt sind damit die Formzwecke der Identitätsfeststellung des Erwerbers, der Rechtmäßigkeitskontrolle und der Aufklärung des Erwerbers auch bei kaduzierten Anteilen immerhin beim Verfügungsgeschäft verwirklicht. Daraus folgt auch, dass der von den Redaktoren noch nicht berücksichtigte<sup>55)</sup> Verkauf eigener Anteile durch die Gesellschaft (Gesellschafter iS des § 76 Abs 2 S 2 GmbHHG) nicht formbefreit ist,<sup>56)</sup> und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschaft den eigenen Anteil noch gar nicht erworben hat und daher noch nicht Gesellschafter iS des § 76 Abs 2 S 2 GmbHHG ist.<sup>57)</sup> Unter den zuvor dargestellten Formzwecken wäre dafür auch kein Grund zu sehen.

Zählen Rechtmäßigkeitskontrolle und Aufklärung des Erwerbers zu den Formzwecken, so können sie entgegen dem BGH auch keinem Verzicht der Parteien unterliegen. Das liegt für die Rechtmäßigkeitskontrolle auf der Hand, weil sie auch im Interesse Dritter erfolgt. Gleiches gilt aber auch für die Aufklärung des Erwerbers. Sie dient zwar seinem Schutz, unterliegt aber nicht seinem Vorwegverzicht, weil sonst auch die Notariatsaktsform selbst verzichtbar (oder wegen des Immobiliensicherungs- und Identitätsfeststellungszwecks durch bloße Unterschriftsbeglaubigung ersetzbar) sein müsste. Die Belehrung kann vielmehr nur dann entfallen, wenn ihr Zweck zweifelsfrei anderweitig erfüllt ist (zB durch rechtskundige Beratung von anderer Seite) – was aber vom inhaltlich kundigen Notar im Gespräch zu prüfen ist – oder sie von den Parteien nachhaltig verweigert wird.<sup>58)</sup> Auch Letzteres erfordert aber Vornahme des Geschäfts vor einem Notar, der inhaltliche Risiken überhaupt

<sup>43)</sup> Vgl nur RG 28.11.1913, VII 301/13 = RGZ 83, 312 (315); 04.03.1930, II 207/29 = RGZ 128, 172 (176 f mwN).

<sup>44)</sup> Fitz/Roth, JBl 2004, 207 („Verharmlosung kraft Rechtsform“); Auer, JBl 2011, 365 f.

<sup>45)</sup> ErlRV 236 BlgHH XVII. Session (1904) 85.

<sup>46)</sup> Begründung zum Entwurf des dGmbHHG, RT-Drs 660 (1892) 3738.

<sup>47)</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16.

<sup>48)</sup> Wenngleich das Haftungsrisiko des Erwerbers eines kaduzierten Anteils geringer ist als im Normalfall, vgl Auer, JBl 2011, 364 f.

<sup>49)</sup> So ausdrücklich die Begründung zum Entwurf des dGmbHHG, RT-Drs 660 (1892) 3738.

<sup>50)</sup> § 21 Abs 2 dGmbHHG: „zugunsten der Gesellschaft“, Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>7</sup> § 23 Rz 8; Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 21 Rz 61 mwN.

<sup>51)</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 66 Rz 11.

<sup>52)</sup> ErlRV 236 BlgHH XVII. Session (1904) 79.

<sup>53)</sup> Emmerich in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 23 Rz 17; Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 23 Rz 29; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hg), GmbHG<sup>4</sup> (2002) § 23 Rz 7.

<sup>54)</sup> So denn auch Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>7</sup> § 23 Rz 11.

<sup>55)</sup> Dazu näher Auer, JBl 2011, 362 f.

<sup>56)</sup> Für Formbindung nur des Verpflichtungsgeschäfts Auer, JBl 2011, 366 f; für gänzliche Formfreiheit wohl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16, 21; OLG Wien 16.05.2002, 8 Ra 127/02h = GeS 2003, 19.

<sup>57)</sup> AM OLG Wien aaO.

<sup>58)</sup> OGH 10.12.1992, 8 Ob 664/92; P. Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 45 f; Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 52 Rz 10. Gegen Vorwegverzicht durch Aufsuchen eines ausländischen Notars auch P. Bydlinski/F. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand 56.

aufzeigen kann und daher mit der Rechtsordnung vertraut sein muss.

#### IV. Formzweck und MoMiG

In Deutschland wird zum Teil hervorgehoben, dass seit dem MoMiG zusätzliche Gefahren hinzutreten seien – Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten von einem in der Gesellschafterliste eingetragenen Nichtberechtigten (§ 16 Abs 3 dGmbHG) – und die Gesellschafterposition auch für die Zustellung und Insolvenzantragspflicht bei führungsloser GmbH (§ 35 dGmbHG, § 15a dInsO) an Bedeutung gewonnen hat, was ebenfalls für eine Zuverlässigkeitskontrolle der Abtretung und gegen eine Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen spreche.<sup>59)</sup>

Für § 40 Abs 2 dGmbHG, wonach der Notar, der an einer Anteilsübertragung mitgewirkt hat, eine bescheinigte aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen muss, hat das OLG Düsseldorf eine solche Folgerung zutreffend abgelehnt.<sup>60)</sup> Dass ein ausländischer Notar nicht einreichungspflichtig ist (weil § 40 Abs 2 dGmbHG nur deutsche Notare verpflichten kann), ändere nichts daran, dass er (nach Ansicht des OLG und der deutschen hM) wirksam beurkunden könne, denn die Bestimmung betrifft nur die Mitteilungspflicht.

Seit dem MoMiG kann in Deutschland ein Geschäftsanteil gutgläubig von einem Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Veräußerer als Inhaber in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist; eine Zurechenbarkeit zum wahren Inhaber ist nur innerhalb der ersten drei Jahre erforderlich (§ 16 Abs 3 dGmbHG). Zuständig für die Einreichung der Gesellschafterliste sind auch nach deutschem Recht nicht die Gesellschafter, sondern allein die Geschäftsführer bzw der Notar (§ 40 dGmbHG). Der betroffene Gesellschafter ist also mediatisiert, was in Österreich zur Nichtanwendbarkeit des § 15 UGB geführt hat.<sup>61)</sup> Die Problematik dieses uU zurechnungslosen Rechtsverlustes wird in der deutschen Literatur durchaus gesehen und der im Interesse des Geschäftsverkehrs angeordnete Eingriff in das Eigentum nur dann als mit der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie (Art 14 GG) vereinbar angesehen, wenn Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass er ein absoluter Ausnahmefall bleibt.<sup>62)</sup> Diese Vorsorge besteht nach den Geset-

zesmaterialien in der Richtigkeitsgewähr durch notarielle Beurkundung der Abtretung und Bescheinigung der Gesellschafterliste.<sup>63)</sup>

Das OLG Düsseldorf hat dies anders beurteilt, weil der Gutgläubensschutz an die Gesellschafterliste (und nicht an die Beurkundung der Abtretung) anknüpft, also auch dann besteht, wenn gar keine notarielle Beurkundung der Abtretung vorliegt und die Geschäftsführer die Liste erstellt haben (§ 40 Abs 1 dGmbHG). Eine Richtigkeitsgewähr, die nur bei Beurkundung durch einen deutschen Notar zu erreichen wäre, sei durch die Möglichkeit eines gutgläubigen Anteilserwerbs nicht vorausgesetzt.<sup>64)</sup> Allerdings bildet der Anteilsübergang ohne notarielle Mitwirkung samt Zuständigkeit der Geschäftsführer zur Einreichung der Gesellschafterliste wegen § 15 Abs 3 dGmbHG die Ausnahme: Praktischer Anwendungsfall ist im wesentlichen (abgesehen von der Einziehung und der Anwachsung bei Gesamthandgemeinschaften) nur die Erbfolge<sup>65)</sup>, den Regelfall bildet die Mitwirkung eines Notars. Selbst bei Erbfolge ist der Erbe durch den Erbschein des Nachlassgerichts legitimiert; an der Stelle der notariellen Beurkundung steht dann eine gerichtliche, die ebenfalls eine Richtigkeitsgewähr bietet. Insgesamt besteht daher im Regelfall eine manifeste Rechts-scheingrundlage aufgrund inhaltlicher Prüfung, die den uU zurechnungslosen Rechtsverlust des wahren Gesellschafters rechtfertigt. Dies spricht tatsächlich für eine Zuverlässigkeitskontrolle als Formzweck des § 15 Abs 3 dGmbHG und gegen eine Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen.

Auch ohne diese Zusatzüberlegungen hat sich aber gezeigt, dass schon vor dem MoMiG die inhaltliche Prüfung und Aufklärung einen Formzweck der notariellen Beurkundung von Geschäftsanteilsübertragungen gebildet haben.

#### V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten: Nach deutscher hM – auch wenn manche diese mit gutem Grund bestreiten – wird der notariellen Beurkundung bei Geschäftsanteilsübertragungen keine inhaltliche Prüfungs- und Aufklärungsfunktion beigelegt und eine Auslandsbeurkundung daher schon bei vergleichbarer Stellung und vergleichbarem Beurkundungsverfahren, somit jedenfalls durch Notare in der Schweiz und in Österreich (tendenziell in allen Staaten mit lateinischem Notariat), zugelassen. Kenntnis des deutschen Rechts durch den beurkundenden Notar ist nicht erforderlich, eine inhaltliche Belehrung über sei-

<sup>59)</sup> Kindler, RIW 2011, 259 f; Hermanns, RNotZ 2011, 226 f; derselbe, RNotZ 2010, 40 ff; G. Hoffmann, Formwirksamkeit der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, HFR 2011, 1 (6).

<sup>60)</sup> OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417; zustimmend Seibt in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 87d. Gegenteilig noch obiter das LG Frankfurt 07.10.2009, 3-13 O 46/09 = DNotZ 2009, 949 = NJW 2010, 683; unter der neuen Fassung des § 40 Abs 2 dGmbHG sei „eine andere Einschätzung nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich“.

<sup>61)</sup> Näher Zib in Zib/Dellinger (Hg), Großkomm UGB (2010) § 15 Rz 71 f.

<sup>62)</sup> Ziemons, Mehr Transaktionssicherheit durch das MoMiG?, BB 2006/Beilage 7, 9 (12); Kindler, RIW 2011, 261.

<sup>63)</sup> Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drs 16/6140, 44; Kindler, RIW 2011, 260; Hermanns, RNotZ 2011, 226 f.

<sup>64)</sup> OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 15 Rz 27a.

<sup>65)</sup> Näher Link, Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, RNotZ 2009, 193 (196).

nen Inhalt zB in Österreich gar nicht zwingend.<sup>66)</sup> Eine Rechtmäßigkeitserwähnung und eine verpflichtende Aufklärung des Erwerbers über seine Rechtsposition und Haftungslage besteht dementsprechend bei Auslandsbeurkundungen nicht.

In Österreich ist die Entwicklung etwas anders: Obwohl die stRsp eine Aufklärung des Erwerbers insbesondere über Haftungsrisiken als Formzweck des § 76 Abs 2 GmbHG einstuft (vgl. zuvor), wurde die Beurkundung durch einen deutschen<sup>67)</sup> oder spanischen<sup>68)</sup> Notar als einem österreichischen Notariatsakt zur Übertragung von Geschäftsanteilen gleichwertig angesehen. Das erscheint inkonsistent. Abgesehen von der Frage der Kenntnis des österreichischen Rechts ist der deutsche Notar nach § 17 Abs 3 dBeurkG zur Belehrung über den Inhalt ausländischen Rechts nicht verpflichtet und wird sie wegen des Haftungsrisikos in der Regel auch nicht vornehmen.<sup>69)</sup> In der Literatur wird die Gleichwertigkeit einer Auslandsbeurkundung für Notariatsakte wegen des Belehrungsbedarfs zum österreichischen Recht überwiegend abgelehnt.<sup>70)</sup> Auch eine freiwillige Beurkundung durch einen schweizerischen Notar kann dann mangels (typischerweise) vergleichbarer Kenntnisse des inländischen Rechts nicht gleichwertig sein. Wer den Formzweck der Notariatsaktspflicht nur in der Immobilisierung und Identitätsfeststellung sieht, beurteilt dies naturgemäß großzügiger.<sup>71)</sup>

## B. Firmenbuchanmeldung bzw Einreichung der Gesellschafterliste

### I. Österreichische GmbH

Bei österreichischen GmbH ist eine Auslandsbeurkundung der Anteilsübertragung nach hier vertretener Meinung nicht hinreichend. Begnügen sich die Geschäftsführer dennoch damit, so ist die firmenbuchmäßige Durchführung einfach: Die Geschäftsführer haben den Gesellschafter-

wechsel zum Firmenbuch anzumelden (§ 26 GmbHG), die Urkunde über die Anteilsveräußerung ist nach der Rsp nicht vorzulegen, sofern nicht zugleich auch eine Geschäftsführerbestellung oder Gesellschaftsvertragsänderung angemeldet wird.<sup>72)</sup> Anzugeben ist aber nach der Praxis zumindest des HG Wien der beurkundende Notar und das Aktenzeichen seiner Beurkundung. Das Risiko der Auslandsbeurkundung kann sich daher sofort oder erst später realisieren.

### II. Deutsche GmbH

Bei deutschen GmbH ist die Vorgangsweise weniger klar: Für die Einreichung der neuen Gesellschafterliste zum deutschen Handelsregister ist zu beachten, dass anders als bei sonstigen Einreichungen – zB von Jahresabschlüssen (§ 325 dHGB) oder im Zuge der Anmeldung einer Satzungsänderung (§ 54 dGmbHG) – nicht stets die Geschäftsführer, sondern bei Mitwirkung eines Notars an der Geschäftsanteilsübertragung *dieser selbst* zur Einreichung verpflichtet ist (§ 40 Abs 2 dGmbHG). Bei Auslandsbeurkundung liegt allerdings mangels Mitwirkung eines deutschen Notars kein Fall des § 40 Abs 2 dGmbHG vor. Verpflichtet zur Einreichung sind dann die Geschäftsführer (§ 40 Abs 1 dGmbHG).<sup>73)</sup>

Fraglich ist, ob der ausländische Notar die neue Gesellschafterliste einreichen kann. Er ist dazu freilich nicht durch § 40 Abs 2 dGmbHG verpflichtet. Hat er aber die Abtretung wirksam beurkundet, so wird er als *einreichungsfähig* angesehen: Er könne die Gesellschafterliste unterzeichnen, die Übereinstimmung bescheinigen und die Liste zum deutschen Handelsregister einreichen (strittig)<sup>74)</sup>. Dagegen wird eingewandt, dass die Rechtsbehandlung nicht funktionell gleichwertig sei (daher keine Substitution), weil eine notarielle Bescheinigung und Einreichung der Gesellschafterliste zB in der Schweiz (und ebenso in Österreich) nicht vorgesehen sei, sondern nur für die Zwecke des deutschen Rechts vorgenommen werde.<sup>75)</sup> Ein Unterschied zwischen der Korrektheitsgewähr einer Bescheinigung des Gesellschafterstandes durch einen deutschen und einen anderen Notar des lateinischen Notariats wäre aber nicht zu sehen, denn

<sup>66)</sup> Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 52 Rz 13.

<sup>67)</sup> OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89 = SZ 62/28 = GesRz 1989, 225. Anders noch OGH 14.04.1977, 6 Ob 6/77 = NZ 1978, 7: Nichthinreichen deutscher notarieller Beurkundung nicht offenbar gesetzwidrig.

<sup>68)</sup> OLG Wien 04.11.2008, 28 R 194/08t = NZ 2009, G 67, wo nur auf die Gleichwertigkeit der Urkundsperson und des Beurkundungsvorgangs abgestellt wird.

<sup>69)</sup> Worauf schon P. Bydlinski/F. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand 55 Fn 198 verweisen.

<sup>70)</sup> P. Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 43 ff; P. Bydlinski/F. Bydlinski, aaO 55 ff; Zib in Zib/Dellinger, Großkomm UGB § 11 Rz 42 f; Umfahrer, GmbH<sup>6</sup> Rz 718; Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 1 NotariatsaktsG Rz 4; Umlauf, Die Entwicklung des Notariats in Europa, NZ 1994, 176 (180). Für deutsche Notare wegen der Ähnlichkeit des GmbH-Rechts Gleichwertigkeit erwägend Fitz/Roth, JBI 2004, 212.

<sup>71)</sup> So Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 24 iVm Rz 16, wo nur vergleichbare Stellung der Urkundsperson und vergleichbarer Beurkundungsvorgang gefordert wird.

<sup>72)</sup> Dazu mit Kritik Zib in Zib/Dellinger, Großkomm UGB § 15 FBG Rz 9 f.

<sup>73)</sup> OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417 (die dort genannte Einreichungspflicht der *Gesellschafter* beruht ausweislich der beigeetzten Zitate offenbar auf einem Schreibfehler); Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> § 15 Rz 91; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>19</sup> § 40 Rz 69; Peters, Ist die Beurkundung von GmbH-Geschäftsanteilsübertragungen in der Schweiz Rechtsgeschichte?, DB 2010, 97 (99 f mwN); Link, RNotZ 2009, 199; aM Hermanns, RNotZ 2010, 42.

<sup>74)</sup> OLG Düsseldorf aaO; Peters, DB 2010, 99 mwN; Link, RNotZ 2009, 199 mwN; aM Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>19</sup> § 40 Rz 69.

<sup>75)</sup> Hermanns, RNotZ 2011, 227 f; derselbe, RNotZ 2010, 42.

es handelt sich dabei nur um eine der Anteilsübertragung nachgelagerte Bescheinigung der Übereinstimmung/Aktualisierung.

Folgt man der Ansicht von der Einreichungsfähigkeit des ausländischen Notars, so stellt sich auf der nächsten Stufe das Problem, dass die Gesellschafterliste nach § 12 Abs 2 dHGB elektronisch einzureichen ist. Für eine von einem deutschen Notar erstellte und nach § 40 Abs 2 dGmbHG bescheinigte Gesellschafterliste bedeutet dies Einreichung in der Form des § 39a dBeurkG (§ 12 Abs 2 S 2 dHGB), das heißt mit qualifizierter elektronischer Signatur (die die Unterschrift des Notars ersetzt) und einem Beglaubigungsvermerk, mit dem dieser die inhaltliche Übereinstimmung der Bilddatei mit dem Ausgangsdokument feststellt.<sup>76)</sup> Damit kann das Registergericht bei der Signaturprüfung erkennen, ob die Datei unverändert ist, den Notar identifizieren und verfügt über das Zeugnis, dass die Datei die inhaltsgleiche Wiedergabe der Gesellschafterliste ist. Diese Form der Einreichung ist für die Bescheinigung nach § 54 dGmbHG (vollständiger Wortlaut des Gesellschaftsvertrags nach Satzungsänderung), an die sich der Gesetzgeber in § 40 Abs 2 S 2 bewusst angelehnt hat,<sup>77)</sup> seit langem anerkannt.<sup>78)</sup>

Auch die elektronische Einreichung wird aber nicht als Hindernis für eine Einreichung durch den ausländischen Notar gesehen. In einem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall hat sich der ausländische Notar eines deutschen Notars als Boten bedient, der das Dokument in elektronischer Form übermittelt hat; dies wurde zugelassen.<sup>79)</sup>

Bei Auslandsbeurkundung in der Schweiz stellt sich als nächstes das Problem der Legalisierung: Der deutsch-schweizerische Vertrag über die Beglaubigung öffentlicher Urkunden<sup>80)</sup> gilt nicht für notarielle Urkunden; für sie ist daher eine Apostille erforderlich.<sup>81)</sup> Diese müsste sich auf die elektronisch signierte Bilddatei beziehen.<sup>82)</sup> Elektronische Apostillen sind jedoch noch nicht verfügbar,<sup>83)</sup> sodass Gesellschafterlisten, die von schweizer Notaren zum Handelsregister eingereicht werden, dort nicht aufgenommen werden dürfen.<sup>84)</sup> Der deutsche Notar kann aber die vom

schweizer Notar unterzeichnete, bescheinigte und mit einer Apostille in Schriftform versehene Gesellschafterliste als Bote elektronisch signiert zum Handelsregister einreichen.<sup>85)</sup> Bei Auslandsbeurkundung in Österreich besteht dieses Problem nicht: Im Verhältnis zwischen Deutschland und Österreich sind notarielle Urkunden aufgrund bilateralen Abkommens<sup>86)</sup> von jedem Echtheitsnachweis befreit.<sup>87)</sup>

Die These von der Einreichungsfähigkeit ausländischer Notare unter Boteneinsatz ist allerdings unzutreffend, weil sie die Botenstellung falsch zuordnet: Die Einreichung einer bescheinigten Gesellschafterliste zum Handelsregister ist keine Formvorschrift iS des IPR (in Deutschland: Art 11 EGBGB),<sup>88)</sup> auch keine gesellschaftsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung (für die das Gesellschaftsstatut maßgeblich wäre),<sup>89)</sup> sondern ein Akt des Registerverfahrens und daher nach dem Sachrecht am Registerort zu beurteilen.<sup>90)</sup> Ein ausländischer Notar kann dann aber nicht *selbst* eine Gesellschafterliste einreichen, weil § 40 Abs 2 dGmbHG dies nur für deutsche Notare (und dann: verpflichtend) vorsieht und ansonsten die Geschäftsführer dazu verpflichtet sind (§ 40 Abs 1 dGmbHG). Eine Einreichung durch dritte Personen kennt das Gesetz nicht. Wenn der ausländische Notar aber die Liste nicht selbst einreichen kann, kann er sich dazu auch nicht eines deutschen Notars als Boten bedienen. Da kein deutscher Notar am Übergang des Geschäftsanteils mitgewirkt hat, sind ausschließlich die Geschäftsführer zur Einreichung verpflichtet. Sie können sich dazu freilich eines Boten bedienen, ein ausländischer oder deutscher Notar wird dann aber als Bote *der Geschäftsführer* tätig.

Der Einreichmodus ist daher der für § 40 Abs 1 dGmbHG vorgesehene: Von den Geschäftsführern unterzeichnete Gesellschafterlisten sind als einfache elektronische Aufzeichnung (zB Scan als TIFF-Grafik oder PDF) einzureichen (§ 12 Abs 2 dHGB), und zwar über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP; VO der Bundesländer auf Basis des § 8a Abs 2 dHGB),<sup>91)</sup> das nach Anmeldung zur Teilnahme von jedermann mit gratis downloadbarer Software<sup>92)</sup> benutzt werden kann. Da es sich in diesem Fall um

<sup>76)</sup> OLG Jena 25.05.2010, 6 W 39/10 = MittBayNot 2010, 416; bei der Notarbescheinigung nach § 40 Abs 2 dGmbHG handelt es sich um eine in der Form des Vermerks (§ 39 dBeurkG) errichtete öffentliche Urkunde iS des § 12 Abs 2 S 2 dHGB.

<sup>77)</sup> Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drs 16/6140, 44.

<sup>78)</sup> OLG Jena aaO mwN.

<sup>79)</sup> OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417.

<sup>80)</sup> DRGBl 1907, 411.

<sup>81)</sup> Deutsches Notarinstitut, Kurzübersicht Apostille und Legalisation (Stand: 09.01.2012, <dnodi.de/DOC/2010/2000.pdf>) 12 Fn 14, 16.

<sup>82)</sup> *Priester/Veil* in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 53 Rz 76.

<sup>83)</sup> *Priester/Veil* aaO; *Seibt* in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 87c.

<sup>84)</sup> *Link*, RNotZ 2009, 199.

<sup>85)</sup> *Link* aaO; ebenso (für Satzungsänderung) *Priester/Veil* aaO.

<sup>86)</sup> Deutsch-österreichischer Beglaubigungsvertrag vom 21.06.1923, BGBl 139/1924, DRGBl II 1924, 61.

<sup>87)</sup> OGH 14.04.1977, 6 Ob 6/77 = NZ 1978, 7; Deutsches Notarinstitut, aaO 11, 15.

<sup>88)</sup> Näher *Weller* in *Leible/Reichert*, MünchHdb VI<sup>4</sup> § 6 Rz 20 ff.

<sup>89)</sup> Wie zB eine für die Wirksamkeit allenfalls erforderliche Registereintragung der Gesellschafter: *Weller* aaO.

<sup>90)</sup> Für Eintragungen *Zib* in *Zib/Dellinger*, Großkomm UGB § 7 Rz 25 mwN; dies muss auch für Einreichungspflichtigen gelten.

<sup>91)</sup> ZB § 2 E-RechtsverkehrsVO Bayern, § 9 ERegisterVO Nordrhein-Westfalen.

<sup>92)</sup> <egvp.de>.



ein privatschriftliches Dokument handelt, ist keine elektronische Signatur erforderlich (§ 12 Abs 2 dHGB). Eine Übersendung in Papierform ist nicht zulässig (§ 12 Abs 2 dHGB), ebensowenig eine solche per E-Mail. Die elektronische Einreichung kann durch einen deutschen oder ausländischen Notar als Boten erfolgen.<sup>93)</sup>

### C. Anteilsübergang durch Spaltung oder Verschmelzung

Bei Spaltung oder Verschmelzung österreichischer Gesellschaften, in deren Zuge ein Geschäftsanteil an einer deutschen GmbH übergeht (aus deren Sicht also: Spaltung/Verschmelzung des Gesellschafters), ist der Anteilsübergang selbst nicht problematisch. Fraglich ist nur, von wem die neue Gesellschafterliste zum deutschen Handelsregister einzureichen ist. Die deutsche Praxis fordert zum Teil Bescheinigung und Einreichung durch einen deutschen Notar.

Während § 40 Abs 1 dGmbHG bis zum MoMiG lautete: „Hat ein Notar einen *Vertrag über die Abtretung* eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 beurkundet, so hat er diese Abtretung unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen“, formuliert § 40 Abs 2 dGmbHG seit dem MoMiG: „Hat ein Notar an *Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt*, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln.“

Die erste Frage ist somit, ob bei einer Spaltung/Verschmelzung überhaupt ein Notar an der Veränderung in den Personen der Gesellschafter „mitgewirkt hat“ (§ 40 Abs 2 dGmbHG). Während dies bei einer rechtsgeschäftlichen Abtretung von Geschäftsanteilen zweifellos der Fall ist (§ 15 Abs 3 dGmbHG), findet bei Spaltung/Verschmelzung eine gesetzlich angeordnete Gesamtrechtsnachfolge statt (in Österreich: § 225a Abs 3 Z 1 AktG, § 96 Abs 2 GmbHG, § 14 Abs 2 Z 1 SpaltG). Der Notar hat dann zwar an der Spaltung/Verschmelzung mitgewirkt, an der Veränderung der Gesellschafter aber nur mittelbar. Er hat uU auch gar keine Kenntnis davon, dass zum Vermögen der übertragenden Gesellschaft Geschäftsanteile an einer GmbH gehören. Ob der die Spaltung/Verschmelzung beurkundende Notar am Übergang der Gesellschafterstellung „mitwirkt“ und daher die Gesellschafterliste einzureichen hat, ist dementsprechend umstritten.<sup>94)</sup> Die Änderung des § 40 dGmbHG durch das MoMiG von „Abtretung eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 beurkundet“ zu „an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 [unter anderem: Personen der Gesellschafter] mitgewirkt“ verfolgt nicht das Ziel, Umgründungs-

maßnahmen (oder gar Erbfälle bei notariellem Testament oder Erbvertrag) zu erfassen, sondern soll offenkundig die notarielle Einreichung nunmehr explizit auch auf Änderungen des Umfangs der Beteiligung beziehen, was vor dem MoMiG nach dem Gesetzeswortlaut nicht der Fall war.

Der Regierungsentwurf zum MoMiG führt dementsprechend aus:<sup>95)</sup> „In Fällen, in denen der Notar an einer Veränderung nicht mitwirkt (Gesamtrechtsnachfolge, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen), bleibt die Einreichungspflicht mit Haftungsdrohung allein bei den Geschäftsführern.“

Bei Übergang eines Geschäftsanteils infolge Spaltung/Verschmelzung liegt daher kein Fall des § 40 Abs 2 dGmbHG vor. Es haben daher die *Geschäftsführer* der deutschen GmbH die neue Gesellschafterliste einzureichen (§ 40 Abs 1 dGmbHG). Grundlage der Einreichung ist die österreichische Firmenbucheintragung der Spaltung/Verschmelzung.

Wollte man § 40 Abs 2 dGmbHG dennoch anders verstehen – wofür immerhin seine Zielsetzung spricht, den (dann im weiteren Sinne) mitwirkenden Notar für die Einreichung der neuen Liste zu instrumentalisieren<sup>96)</sup> –, so müsste zwar bei Spaltung/Verschmelzung deutscher Gesellschaften der beurkundende deutsche Notar (§§ 6, 125 dUmwG) die Gesellschafterliste bescheinigen und einreichen. Bei Beurkundung einer Spaltung/Verschmelzung österreichischer Gesellschaften durch einen österreichischen Notar (§ 222 AktG, § 96 Abs 2 GmbHG, § 8 Abs 4, § 17 Z 1 SpaltG) würde aber dennoch kein deutscher Notar an der Veränderung der Gesellschafter mitwirken. Eine Hinzuziehung eines solchen zur bloßen Bescheinigung und Einreichung der Gesellschafterliste wird vom Gesetz nicht gefordert. Der österreichische Notar kann durch § 40 Abs 2 dGmbHG klarerweise nicht verpflichtet werden, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und mit Bescheinigung zum Handelsregister einzureichen.<sup>97)</sup> Auch unter dieser Auslegung hätten daher die Geschäftsführer der deutschen GmbH die neue Gesellschafterliste einzureichen (§ 40 Abs 1 dGmbHG), könnten sich dazu aber freilich eines Boten bedienen (zB eines ausländischen oder deutschen Notars). Die gelegentlich vertretene Position, bei Auslandsbeurkundung seien nicht die Geschäftsführer für die Einreichung zuständig,<sup>98)</sup> sondern ausschließlich ein deutscher Notar, be-

<sup>95)</sup> Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drs 16/6140, 44.

<sup>96)</sup> Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drs 16/6140, 44.

<sup>97)</sup> Deutsche hM; vgl nur OLG Düsseldorf 02.03.2011, I-3 Wx 236/10 = GmbHR 2011, 417; LG Frankfurt 07.10.2009, 3-13 O 46/09 = DNotZ 2009, 949; Kindler, RIW 2011, 261; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>19</sup> § 40 Rz 69; Hermanns, RNotZ 2010, 42 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn 34; Link, RNotZ 2009, 199.

<sup>98)</sup> Hermanns, RNotZ 2010, 42.

<sup>93)</sup> Für deutsche Notare zB Link, RNotZ 2009, 208.

<sup>94)</sup> Meinungsstand bei Link, RNotZ 2009, 196 f, der selbst eine Einreichungspflicht des Notars bejaht.

zieht sich auf die Auslandsbeurkundung bei rechtsgeschäftlicher Übertragung und ist auch dort – wie ausgeführt – mit Recht nicht herrschend.

#### D. Zusammenfassung

Nach deutscher hM besitzt die notarielle Beurkundung bei Geschäftsanteilsübertragungen keine inhaltliche Prüfungs- und Aufklärungsfunktion. Eine Auslandsbeurkundung wird daher schon bei vergleichbarer Stellung und vergleichbarem Beurkundungsverfahren zugelassen, somit jedenfalls durch Notare in Österreich und der Schweiz (tendenziell in allen Staaten mit lateinischem Notariat). Kenntnis des deutschen Rechts durch den beurkundenden Notar ist nicht erforderlich.

In Österreich sieht die stRsp hingegen den Formzweck des § 76 Abs 2 GmbHG zutreffend auch in einer Aufklärung des Erwerbers unter anderem über sein Haftungsrisiko. Die Einstufung der Beurkundung durch einen deutschen oder spanischen Notar als gleichwertig erscheint dann inkonsistent, ebenso eine formfreie Übertragung ka-

duzierter oder eigener Anteile durch die Gesellschaft.

Bei Auslandsbeurkundung der Anteilsübertragung an deutschen GmbH liegt kein Fall des § 40 Abs 2 dGmbHG vor. Zur Einreichung der neuen Gesellschafterliste sind daher die Geschäftsführer verpflichtet (§ 40 Abs 1 dGmbHG), die sich hierzu aber eines Boten bedienen können. Reicht ein ausländischer oder deutscher Notar die Liste ein, so wird er dabei nicht im eigenen Namen tätig (wie nach § 40 Abs 2 dGmbHG), sondern als Bote der Geschäftsführer. Er kann daher wie diese die Gesellschafterliste als einfache elektronische Aufzeichnung (zB Scan als TIFF-Grafik oder PDF) über das EGVP einreichen. Gleiches gilt bei Spaltung oder Verschmelzung österreichischer Gesellschaften, in deren Zuge ein Geschäftsanteil an einer deutschen GmbH übergeht.

**Korrespondenz:** a. Univ.-Prof. Dr. *Christian Zib*, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien, Österreich; E-Mail: christian.zib@univie.ac.at.