

UMZUG VON GESELLSCHAFTEN IN EUROPA, INSBESONDERE WEGZUG ÖSTERREICHISCHER GESELLSCHAFTEN INS AUSLAND

Der Beitrag beleuchtet die Möglichkeiten des Umzugs von Gesellschaften in Europa, wobei dem Wegzug von österreichischen Gesellschaften – der Wahl des Zentrums der Geschäftstätigkeit im Ausland – besonderes Augenmerk geschenkt wird.

NIKOLAUS ADENSAMER / GEORG ECKERT

1. Einleitung

Unter „Umzug“, „Wegzug“ und „Sitzverlegung“ wird hier sowohl die *ursprüngliche* Wahl des Zentrums der faktischen Tätigkeit in einen anderen Staat als auch die nachträgliche Hinausverlegung dieses Zentrums (faktischen Sitzes) verstanden – aus internationalprivatrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Sicht sind beide Fälle gleich zu behandeln. Praktisch wird wohl eher die erste Variante in Frage kommen, weil bei der Wahl des faktischen Zentrums im Ausland bereits bei der Gründung der Gesellschaft steuerrechtliche Probleme in Gestalt einer möglichen Besteuerung der stillen Reserven beim Wegzug¹⁾ nicht auftreten.²⁾

Die Wahl österreichischer Kapitalgesellschaftsformen für Tätigkeiten im Ausland kann aus verschiedenen Gründen attraktiv sein, etwa für Geschäftstätigkeit eines österreichischen Unternehmens mit einer 100 % Tochtergesellschaft, für Joint-Ventures oder auch nur, um in den Genuss von Begünstigungen für ausländische Investoren zu kommen, wie dies vielfach in den Staaten Mittel- und Osteuropas vorgehen ist.

Aus internationalprivatrechtlicher Sicht wirft eine derartige „Verlegung“ Probleme auf, weil § 10 IPRG das Personalstatut einer Gesellschaft an den Ort der tatsächlichen Ausübung der Geschäftstätigkeit – den Verwaltungssitz – knüpft. Eine Sitzverlegung führt deswegen – nicht immer, aber unter Umständen – zu einem *Wechsel* des auf die Gesellschaft anwendbaren *Gesellschaftsrechts* (Statutenwechsel), dh die Gesellschaft würde ihr inländisches „Rechtskleid“ verlieren, was vielfach mit unangenehmen Konsequenzen verbunden ist.³⁾

Der Beitrag stellt zunächst die internationalprivatrechtliche Rechtslage *ohne* Berücksichtigung der europarechtlichen

Vorgaben dar. Die einschlägigen Regeln des internationalen Gesellschaftsrechts werden zwar teilweise vom Europarecht – in Gestalt der Auslegung des Primärrechts durch den EuGH – verdrängt. Die innerstaatlichen Regeln sind aber nach wie vor anzuwenden: (1) auf die Sitzverlegung außerhalb des EU und EWR-Raums, und (2) auch innerhalb des EU- bzw EWR-Raums, soweit sie nicht primärrechtswidrig sind.

Im zweiten Teil wird dargestellt, in welchem Umfang und auf welche Sachverhalte innerhalb der EU und des EWR die nationalen IPR-Regeln nicht mehr anzuwenden sind, durch „Europa-IPR“ verdrängt werden und was die maßgeblichen praktischen Konsequenzen daraus sind. Abschließend wird die Zweckmäßigkeit der Beibehaltung der derzeit in Österreich geltenden nationalen Rechtslage hinterfragt.

2. Die Rechtslage „ohne Europarecht“

2.1 Internationales Gesellschaftsrecht – Personalstatut

Das internationale Gesellschaftsrecht legt fest, welches Personalstatut auf eine Gesellschaft anwendbar ist. Der inter-

1) Das österreichische Körperschaftsteuerrecht knüpft die unbeschränkte Steuerpflicht von Kapitalgesellschaften alternativ an den Sitz [wobei unter „Sitz“ in diesem Zusammenhang der Satzungssitz zu verstehen ist (§ 1 Abs 2 KStG iVm § 27 BAO)] oder die Geschäftsleitung im Inland.

Daraus folgt, dass auch nach Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland – solange als zumindest der Satzungssitz im Inland verbleibt – die unbeschränkte Steuerpflicht im Inland weiter besteht. Zur Abgrenzung der staatlichen Steueransprüche sind die einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen (vgl etwa Art 6–22 OECD-MA) heranzuziehen. Vgl ausführlich *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften, 93 ff, 117 ff, 186 ff; für Deutschland s *Hügel*, Steuerrechtliche Hindernisse bei der internationalen Sitzverlegung, ZGR 1999, 71 ff.

2) Sofern nicht ein österreichisches Unternehmen in die Gesellschaft eingebracht wird.

3) Dazu unten 2.4.

national privatrechtliche Begriff des Personalstatuts bezeichnet bei natürlichen Personen alle Regeln, die die Rechts- und Handlungsfähigkeit zum Gegenstand haben. Bei juristischen Personen und Gesellschaften ist der Begriff weiter und umfasst außer der Rechts- und Handlungsfähigkeit (§ 12 IPRG) – also den „Verhältnissen der Gesellschaft zu Dritten“ – auch die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander. Vergrößert kann man sagen: Das Personalstatut ist die international privatrechtliche Qualifikation für „Gesellschaftsrecht“ und umfasst alles, was nach österreichischem Verständnis traditionell in gesellschaftsrechtlichen Gesetzen geregelt wird.⁴⁾ Alle Sachnormen, nach denen die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu beurteilen sind, werden grundsätzlich nur einer Rechtsordnung entnommen, was wegen des funktionalen Zusammenhangs zwischen diesen Rechtsnormen geboten ist.⁵⁾ Die Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft, die Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, die Haftung der Gesellschafter nach außen und die Vertretungsbefugnis der Organe gehören ebenso zum Personalstatut, wie die interne Organisation (zB Vorstand, Aufsichtsrat, Abschlussprüfer), Rechnungslegung, Vermögens- und Herrschaftsrechte der Gesellschafter, schließlich auch die Beendigung der Gesellschaft (durch Umwandlung, Verschmelzung oder nach Liquidation).⁶⁾

Das Personalstatut ist damit sowohl für die Gesellschafter und deren Organe als auch für die Geschäftspartner der Gesellschaft von großer Bedeutung. Dies zeigt folgender, vom BGH entschiedener Fall:⁷⁾ Eine liechtensteinische Anstalt mit Verwaltungssitz in Deutschland hatte ein dingliches Sicherungsrecht an einer Liegenschaft (eine Grundschuld) erworben und war als Grundschuldberechtigte im Grundbuch eingetragen. Später trat sie die Grundschuld an einen Dritten ab. Der Eigentümer der Liegenschaft klagte auf Löschung der Grundschuld: Auf die liechtensteinische Anstalt sei deutsches Recht anzuwenden. Dem deutschen Recht seien liechtensteinische Anstalten unbekannt. Die Anstalt sei daher nicht rechtsfähig, könne demzufolge nicht wirksam Rechte erwerben und diese auch nicht abtreten. Die Löschungsklage hatte in allen drei Instanzen Erfolg.⁸⁾

Um beim deutschen Recht zu bleiben: Mittlerweile sieht der BGH ausländische Kapitalgesellschaften, auf die deutsches Sachrecht anzuwenden ist, idR als BGB-Gesellschaften an, die er als rechts- und parteifähig behandelt.⁹⁾ In diesem Fall haften die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft.¹⁰⁾

Wovon hängt es nun ab, welches Personalstatut zur Anwendung kommt? Das österreichische Recht regelt die Anknüpfung

des Personalstatuts in § 10 IPRG: Danach kommt auf Gesellschaften und juristische Personen das Recht jenes Staates zur Anwendung, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft oder juristische Person ihren Verwaltungssitz hat (Sitztheorie). Der Verwaltungssitz ist jener Ort, wo die wesentlichen Geschäftsführungsentscheidungen *umgesetzt* werden, also das *Zentrum* der *tatsächlichen* Geschäftsführung.¹¹⁾ Diese Art der Anknüpfung hat den Nachteil, dass sich der Verwaltungssitz im Stadium der werbenden Gesellschaft in einen anderen Staat verlagern kann,¹²⁾ was uU zu einem Statutenwechsel führt. Außerdem ist der faktische Verwaltungssitz nicht immer klar abgrenzbar, führt also zu Rechtsunsicherheit. Zweck der Sitztheorie ist der Schutz des inländischen Rechtsverkehrs vor Umgehungen des inländischen Gesellschaftsrechts.¹³⁾

Demgegenüber ist nach der Gründungstheorie die Rechtsordnung anzuwenden, nach der die Gesellschaft *gegründet* wurde, eine darüber hinausgehende Verbindung zu diesem

4) Schwimann in Rummel II² (1992) § 12 IPRG, Rn 4 f; ders Internationales Privatrecht³ (2001) 56 ff; s zum deutschen Recht Kropholler, Internationales Privatrecht⁴ (2001), 542 f; Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 17; Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997) IPR 24; Kindler, MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 412 ff; Ebenroth/Sura, Das Problem der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 43 (1979) 317 f.

5) S etwa Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 66 ff; Kindler, MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 232, 298 f; aA Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts (1970) Rn 621 ff, 977, 743 ff; Sandrock, Die multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 18 (1978) 200 ff.

6) OGH 1 Ob 537/89; OGH ZfVR 1994, 79 f; OGH 5 Ob 555/83; OGH SZ 60/192; OGH SZ 70/164; OGH wbl 1998, 136; OGH NZ 1989, 250; OGH RdW 1993, 181.

7) BGHZ 53, 181.

8) Ein gutgläubiger Rechtserwerb scheidet aus, weil (auch) nach deutschem Recht der gute Glaube an die Rechtsfähigkeit nicht geschützt ist, s Knobbe-Keuk, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990) 325, 328.

9) BGHZ 151, 204; Dies gilt aber nicht für Gesellschaften aus Mitgliedsstaaten der EU, s dazu BGH, BB 2003, 915 ff; sowie ausführlich unten 3.2.

10) S zu den Folgen eines Statutenwechsels noch ausführlich unten 2.4. 11) S dazu und zu weiteren Konkretisierungen OGH wbl 1998, 137; OGH ZfVR 1994, 80 = GesRZ 1993, 238 ff; OGH RdW 1999, 79; OGH SZ 70/164; OGH NZ 1989, 250; OGH NZ 1955 (Für die Annahme eines österreichischen Verwaltungssitzes ist nicht entscheidend, ob Geschäftsführer und/oder Gesellschafter Österreicher sind); OGH, SZ 54/94 (Eigenes Gesellschaftsstatut für abhängige Konzerntochter); BGHZ 97, 269, 271 (Zur passiven Parteifähigkeit); s auch Schwimann in Rummel II² (1992) § 10 IPRG Rn 2; ders, Internationales Privatrecht³ (2001) 56; Rafka, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften (2002) 76 f; Bachner/Winner, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach Centros, GesRZ 2000, 73 f.

12) Micheler in Doralt/Nowotny/Kals, AktG § 254 Rn 20.

13) Doralt, Anerkennung ausländischer Gesellschaften, JBl 1969, 183 ff; Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 21, 41 ff; Großfeld in Westermann-FS (1974) 214 f; Großfeld, Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, RabelsZ 31 (1967) 22 ff; Kindler in MünchKommBGB³ (2001) IntGesR, Rn 313 f.

Staat ist – zumindest für die „Reinform“ der Gründungstheorie¹⁴⁾ – nicht erforderlich.¹⁵⁾ Ein Unternehmer hat die Freiheit, von allen Gesellschaftsrechtsordnungen, die der Gründungstheorie folgen, die geeignete auszuwählen.¹⁶⁾ Die Gründungstheorie ermöglicht die Gründung von Gesellschaften auch ohne Bezug zu ihrem Gründungsrecht (Briefkastengesellschaften, *pseudo-foreign-corporations*), wodurch die gesellschaftsrechtlichen Regeln des Zuzugsstaats umgangen werden können. In der Europäischen Union gilt die Gründungstheorie in Großbritannien und Irland,¹⁷⁾ mit Einschränkungen in den Niederlanden,¹⁸⁾ Dänemark,¹⁹⁾ Finnland und Schweden.²⁰⁾ Alle anderen Staaten der Europäischen Union folgen der Sitztheorie.²¹⁾

Sonstige Anknüpfungsmöglichkeiten, wie z.B. Betriebssitz, Staatsangehörigkeit oder der Wohnsitz von Personen, die die Kontrolle über eine Gesellschaft ausüben, werden von den europäischen Rechtsordnungen – soweit es um die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts geht – nicht (mehr) verwendet.²²⁾

2.2 Zusammenspiel mehrerer Rechtsordnungen

Entgegen dem ersten Anschein wird die Frage, welche Gesellschaftsrechtsordnung konkret auf eine bestimmte Gesellschaft zur Anwendung kommt, nicht durch ein nationales IPR allein – zB das österreichische IPRG – entschieden. Vielmehr ist zweierlei zu beachten: (1) unter Umständen sieht das nach § 10 IPRG anzuwendende fremde Recht eine Rück- oder Weiterverweisung vor;²³⁾ (2) welches Recht zur Anwendung kommt, hängt auch davon ab, in *welchem Land* diese Frage *beurteilt* wird.

2.2.1 Gesellschaftsstatut aus Sicht des österreichischen Richters – Rückverweisungen

Ein österreichisches Gericht beurteilt das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht zunächst nach § 10 IPRG. Ergibt sich danach die Anwendung österreichischen Sachrechts – weil der Verwaltungssitz im Inland liegt – hat es damit sein Bewenden. Verweist das österreichische Recht jedoch auf eine ausländische Rechtsordnung – weil der Verwaltungssitz im Ausland liegt – bedeutet dies noch nicht, dass auch wirklich das ausländische *Sachrecht* zur Anwendung kommt. Vielmehr schließt die Verweisung auf das ausländische Recht dessen *Kollisionsrecht* mit ein, weil dem österreichischen IPR der Grundsatz der Gesamtverweisung zu Grunde liegt (§ 5 IPRG).²⁴⁾ Damit legt das österreichische Recht „das rechtliche Schicksal“ der österreichischen Gesellschaft in die Hände des Staates, in dessen Hoheitsgebiet der faktische Sitz liegt.²⁵⁾ Die weitere Behandlung hängt von der Ausgestaltung des ausländischen IPR ab: Knüpft dieses ebenfalls am Verwaltungssitz an (Sitztheorie), ist – vom österreichischen

Gericht – das ausländische Sachrecht anzuwenden. Knüpft dieses aber etwa am Gründungsrecht an (Gründungstheorie) kommt es zu einer Weiter- oder Rückverweisung auf die Gründungsrechtsordnung. Diese Weiter- oder Rückverweisung kann ebenfalls eine Gesamtverweisung sein – dh auch das verwiesene Kollisionsrecht mit einbeziehen – oder sich auf einen Verweis auf das Sachrecht beschränken (Sachverweisung). Liegt eine *Rückverweisung* auf österreichisches Recht vor, bleibt es – aus Sicht des österreichischen Gerichts – jedenfalls bei der Anwendung österreichischen Sachrechts, egal ob eine Gesamt- oder Sachnormverweisung vorliegt.²⁶⁾

Dies kann an folgenden Beispielen illustriert werden: Hat eine nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in den Niederlanden, geht der österreichische Richter zunächst von § 10 IPRG aus, der auf

14) Manche Gründungstheoriestaaten normieren verschiedene Einschränkungen der Gründungstheorie, so zB das niederländische Recht. S dazu Adensamer/Bervoets, Nationaler Gläubigerschutz auf dem Prüfstand, RdW 2003, 617 f.

15) Die Gründungstheorie ist somit mobilitätsfreundlich: Doralt, JBl 1969 185.

16) S nur Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 52 ff.

17) S Hoffmann, Die Anknüpfungsmomente der Gründungstheorie, ZVglRWiss 101 (2002) 287 ff.

18) Das niederländische Gesellschaftskollisionsrecht folgt zwar der Gründungstheorie, sieht aber Einschränkungen gegenüber ausländischen Briefkastengesellschaften vor [wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV)]. S Bervoets, Niederländisches Kapitalgesellschaftsrecht, in Arbeit; Charisius, Das niederländische Internationale Privatrecht (2001) 131 f, 135 ff.

19) S Kusznier, Dänisches Kapitalgesellschaftsrecht (2002) 21; Hoffmann, ZVglRWiss 101 (2002) 306 f.

20) Foerster in Hohloch, EU-Handbuch Gesellschaftsrecht (1999) Rn 20; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rn 164; Neumayer, Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht; ZVglRWiss 83 (1984) 129, 133 f.

21) S dazu Kieningner, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt (2002) 120 ff; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rn 164.

22) Vgl Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997) IPR 3.

23) Ein Verweis auf eine fremde Rechtsordnung kann entweder unmittelbar die fremden Sachnormen berufen (*Sachnormverweis*), oder dem IPR der berufenen Rechtsordnung die Beurteilung überlassen (*Gesamtverweisung*). In diesem Fall kann die berufene Rechtsordnung (1) die Verweisung annehmen, (2) auf das Ausgangsrecht rückverweisen, oder (3) auf das Recht eines dritten Staates weiterverweisen; – dies wiederum ist einer Sachnorm- oder Gesamtverweisung. Vgl Schwimann, Internationales Privatrecht³ (2001) 38 ff; Kropholler, Internationales Privatrecht⁴ (2001) 158 ff.

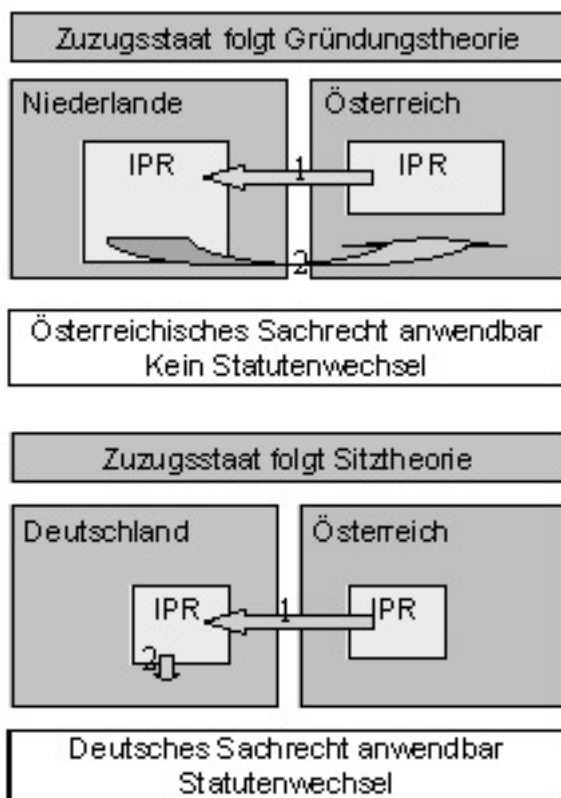
24) OGH 3 Ob 317/98h, ZfRV 1999, 59; OGH, wbl 1998, 137; OGH ZfVR 1994, 79 f; OGH SZ 70/164; s etwa Ratka, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften (2002) 77 f.

25) Ratka, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften (2002) 76.

26) Wenn das ausländische IPR ebenfalls dem Prinzip der Gesamtverweisung folgt, wird eine Rückverweisung auf österreichisches IPR in eine Sachnormverweisung *umgedeutet*, um ein ewiges Pingpongspiel zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen zu vermeiden (§ 5 IPRG). S dazu Schwimann, Internationales Privatrecht³ (2001) 40 f.

niederländisches Sach- und Kollisionsrecht verweist. Gem Art 2 des niederländischen *Wet conflictenrecht corporaties* (Körperschaftskollisionsgesetz) ist auf eine Gesellschaft dasjenige Recht anzuwenden, nach dem sie *gegründet* wurde (Gründungsrecht).²⁷⁾ Damit verweist das niederländische Recht auf österreichisches Recht zurück. Das österreichische Recht nimmt die Rückverweisung gem § 5 Abs 2 IPRG jedenfalls an, gleichgültig ob aus niederländischer Sicht eine Gesamt- oder Sachverweisung vorliegt. Damit bleibt es – aus Sicht des österreichischen Richters – bei der Anwendung österreichischen Gesellschaftsrechts.

Hat eine österreichische Gesellschaft dagegen ihren Sitz zB in Deutschland, kommt es zu keiner Rück- oder Weiterverweisung: Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht knüpft am Verwaltungssitz an (Sitztheorie); damit ist deutsches Recht anzuwenden.



2.2.2 Gesellschaftsstatut aus Sicht des Zuzugsstaates und dritter Staaten

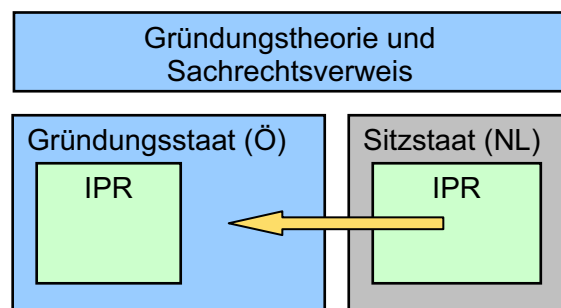
Welches Personalstatut zur Anwendung kommt, hängt aber auch davon ab, in welchem Land die Rechtslage beurteilt wird. Für einen österreichischen Richter, der einen konkreten Rechtsstreit entscheidet, ist dies idR unerheblich. Aus Sicht der Gesellschaft (und ihrer Vertragspartner) ist es wichtig, wie das Personalstatut in *jedem* der in Betracht kommenden Länder beurteilt wird. Das eingangs referierte Bei-

spiel (Liechtensteinische Anstalt) zeigt, dass das Personalstatut Vorfrage in *jedem* Rechtsstreit sein kann, weil es die Rechts- und Parteifähigkeit des Betroffenen festlegt. Eine grenzüberschreitend tätige Gesellschaft darf nicht darauf hoffen, immer nur im „richtigen“ (weil die Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht beurteilenden) Land in einen Rechtsstreit verwickelt zu werden.

Es ist deshalb auch zu untersuchen, wie die Rechtslage aus der Sicht des Zuzugsstaats aussieht. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden: (1) der Zuzugsstaat folgt der Gründungstheorie mit Sachrechtsverweis; (2) der Zuzugsstaat folgt der Gründungstheorie mit Gesamtverweis; (3) der Zuzugsstaat folgt der Sitztheorie.

(a) Zuzugsstaat folgt der Gründungstheorie mit Sachrechtsverweis

Im obigen Beispiel (österreichische Gesellschaft in den Niederlanden) geht der niederländische Richter zunächst von niederländischem IPR aus. Art 2 des niederländischen Körperschaftskollisionsgesetzes (WCC) knüpft am Gründungsrecht an und verweist damit auf österreichisches Recht. Die weitere Beurteilung hängt davon ab, wie weit der Verweis des niederländischen IPR geht. Der Verweis auf die österreichische Rechtsordnung ist kein Gesamtverweis, sondern bezieht nur österreichisches *Sachrecht* mit ein.²⁸⁾ Es kommt zu *keinem* Rückverweis. Der niederländische Richter wendet österreichisches Sachrecht als Personalstatut an.



Eine österreichische Gesellschaft kann somit aus IPR-rechtlicher Sicht ihren faktischen Verwaltungssitz in den Niederlanden nehmen, weil sowohl österreichische als auch niederländische Gerichte zur Anwendung österreichischen Sach-

27) Mit der Einschränkung, dass sich im Staat nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, auch der Satzungssitz der Gesellschaft befindet. Vgl *Vlas, Rechtspersonen (2002) 20 ff.*

28) Das niederländische IPR lehnt die Gesamtverweisung ab. In den Vorarbeiten zur Kodifizierung des nl IPR wurden Empfehlungen abgegeben, dies als allgemeine Bestimmung in Anlehnung an § 5 nl IPRG aufzunehmen. S dazu <www.justitie.nl/images/11_12285.pdf>.

rechts gelangen. Dieses Ergebnis gilt immer dann, wenn der Verwaltungssitz in einem Staat genommen wird, dessen IPR-System der Gründungstheorie und dem Prinzip der Sachnormverweisung folgt. Dies ist im angelsächsischen Rechtskreis,²⁹⁾ in Dänemark,³⁰⁾ den skandinavischen Ländern³¹⁾ sowie der Schweiz³⁴⁾ der Fall.

Ein Statutenwechsel ist – zumindest in der Regel – auch dann nicht zu erwarten, wenn das Personalstatut von einem Gericht eines dritten Staats beurteilt wird. Folgt das IPR des Drittstaats der Gründungstheorie, verweist es auf österreichisches Recht. Ist der Verweis des Drittstaats ein Sachnormverweis, bleibt es beim österreichischen Recht. Liegt eine Gesamtverweisung vor, verweist das österreichische IPR weiter auf das Recht des Zuzugsstaats, das seinerseits zurückverweist; das österreichische Recht nimmt den Rückverweis schließlich an (§ 5 Abs 2 IPRG). Folgt der Drittstaat der Sitztheorie mit Gesamtverweis, kommt ebenfalls österreichisches Sachrecht zur Anwendung, weil das verwiesene niederländische IPR auf österreichisches Sachrecht weiterverweist. Die Sitztheoriestaaten nehmen – anders als die meisten Gründungstheoriestaaten – überwiegend einen Ge-

samtverweis vor (Österreich, Deutschland,³⁵⁾ Belgien,³⁶⁾ Luxemburg,³⁷⁾ Frankreich,³⁸⁾ mit Einschränkungen Italien,³⁹⁾ Portugal,⁴⁰⁾ und Spanien⁴¹⁾). Ein Problem tritt dann auf, wenn das IPR des Drittstaats der Sitztheorie folgt *und* dieser Verweis nur niederländisches Sachrecht, nicht aber auch niederländisches Kollisionsrecht mit einbezieht (Sachnormverweis). In dem Fall kommt theoretisch niederländisches Sachrecht zur Anwendung. Das ist bei Griechenland der Fall, dessen Recht die Sitztheorie mit einer Sachnormverweisung kombiniert.⁴²⁾

Ergebnis: Bei einem Wegzug einer österreichischen Gesellschaft in einen Gründungstheoriestaat kommt es weder aus österreichischer Sicht noch aus Sicht des Zuzugsstaats zu einem Statutenwechsel. Das Gesellschaftsstatut bleibt immer österreichisches Recht.

(b) Zuzugsstaat folgt der Gründungstheorie mit Gesamtverweis

Einige Staaten – wie Slowenien,⁴³⁾ Tschechien,⁴⁴⁾ die Slowakei⁴⁵⁾ und mit Einschränkungen auch Ungarn³³⁾ und Liechtenstein³²⁾ – kombinieren die Gründungstheorie mit einer

29) S Höfling, Das englische internationale Gesellschaftsrecht (2002) 122; vgl zu Irland Albrecht in Hohloch, EU-Handbuch Gesellschaftsrecht (1997) Rn 10; Behrens in Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997) GB/NI/EI 59.

30) Gründungstheorie in Ausprägung der Inkorporationstheorie – allerdings mit Einschränkungen. S Kuszniar, Dänisches Kapitalgesellschaftsrecht (2003) 21; Geč-Korošec in Basedov/Drobnig (ua), Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001) 644.

31) Zu Schweden s Pehrson, Kan aktiebolag flytta? in Europaperspektiv (1999) 96; zu Norwegen und Finnland vgl a Andersen/Sørensen, Free Movement of Companies from a Nordic Perspective, MJ 6 (1999) 50 ff.

32) Liechtenstein verbindet Gründungstheorie und Sachnormverweisung (Art 5 li IPRG, Art 232 PGR). Eine Rückverweisung auf liechtensteinisches Recht ist allerdings trotz Sachnormverweisung beachtlich (Art 5 Abs 1 IPRG). S dazu Appel, Reform und Kodifikation des liechtensteinischen Internationalen Privatrechts, RabelsZ 61 (1997) 515 f, 534 f.

33) Gründungstheorie in Ausprägung der Inkorporationstheorie (§ 18 ungarische GesetzesVO über das IPR). Die Verweisung ist zwar grundsätzlich Sachnormverweisung, eine Rückverweisung wird aber zugelassen (§ 4 ungarische GesetzesVO über das IPR). S Riering, IPR-Gesetze in Europa (1997) 367, 373 ff.

34) S Vischer in Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, IPRG Kommentar (1993) Art 154, Rn 8 ff; sowie Heini in Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, IPRG Kommentar (1993) Art 14, Rn 2 ff.

35) Die Sitztheorie ist nicht kodifiziert, aber seit Jahren hL, vgl statt vieler Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 26 ff; die Regeln über die Rück- und Weiterverweisung sind in Deutschland im Art 4 EGBGB geregelt, s Kropholler, Internationales Privatrecht⁴ (2001) 162 ff; Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 107 ff.

36) Art 56-59 code des sociétés/wetboek van vennootschappen (offizielle deutsche Übersetzung im belgischen Staatsblatt v 7.2.2003); etwas abgeschwächte Form der Sitztheorie. Vgl Vlas, Rechtspersonen (2002) 69.

37) Art 159 d Gesetzes v 10. August 1915; abgeschwächte Form der Sitztheorie (ähnlich wie Belgien). S Vlas, Rechtspersonen (2002) 69.

38) Art 3 d Gesetzes v 24. Juli 1966. Gesamtverweisung (Weiter- und Rückverweisung) wird zwar in den unteren Instanzen angewendet, bisher aber noch nie vom Cour de Cassation (Höchstgericht) entschieden. S Rammeloo, Corporations in Private International Law (2001) 195 ff; Pohl-

mann, Das französische Internationale Gesellschaftsrecht (1988) 48 ff; Vlas, Rechtspersonen (2002) 69 f.

39) Art 25 l. 31 maggio 1995, n. 218; grundsätzlich Sitztheorie; das italienische IPR normiert aber für italienische Gesellschaften (Wegzugsfälle) die Gründungstheorie. Verweisung gem art 13 l. 31 maggio 1995, n 218 grundsätzlich iS einer Gesamtverweisung. Das italienische IPRG lässt aber nur die Rückverweisung – auf italienisches Recht – zu. Dh es werden keine Weiterverweisungen akzeptiert. Ist Italien Drittstaat, ist das Recht des Staates maßgeblich, in dessen Hoheitsgebiet das Gründungsverfahren durchgeführt wurde (dh praktisch eine Anknüpfung an das Gründungsrecht). S dazu De Meo, Reform des italienischen Internationalen Privatrechts, ZfRV 1996, 46 ff.

40) Art 33 PBW. Renvoi nur unter bestimmten Voraussetzungen (Art 16-19 PBW); s Riering, IPR-Gesetze in Europa (1997) 109 ff, 117; Rau in Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997) P 55.

41) S Art 9 Abs 11 Código civil; Art 5 Ley de sociedades anónimas LSA (verlangt wird ein Übereinstimmen von Verwaltungs- und Sitzungssitz); s a Keil in Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997) E 51. Gesamtverweisung aber keine Weiterverweisung (nur Rückverweisung); s Art 12 Nr 2 código civil; s Cremades/Maceda, Das neue spanische Internationale Privatrecht, RIW 1975, 375 ff; Riering, IPR-Gesetze in Europa (1997) 271, 275.

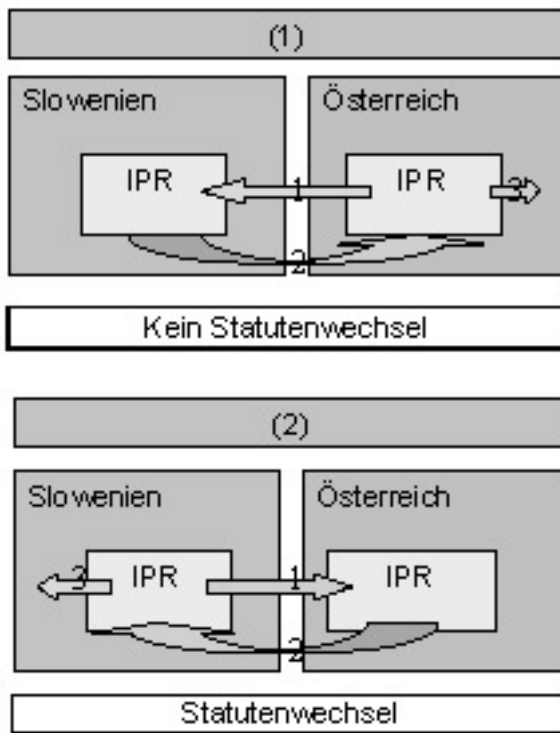
42) Art 10 d griechischen bürgerlichen Gesetzbuchs. Interessanterweise lehnt Griechenland den Renvoi ab, folgt also der Sachnormverweisung (Art 32 griechisches bürgerliches Gesetzbuch); s Riering, IPR-Gesetze in Europa (1997) 21, 27; Diegenopoulos in Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997) GR 51; Kropholler, Internationales Privatrecht⁴ (2001) 158.

43) Gründungstheorie – allerdings mit Einschränkungen (Art 6, sowie Art 17 sl IPRG). S Geč-Korošec in Basedov/Drobnig (ua), Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001) 645; Bruckmüller in Kalss, Centros und die Beitrittswerber (2000) 69.

44) § 22 tsch HGB verweist auf das Gründungsrecht. Die Verweisung ist grundsätzlich Gesamtverweisung (§ 35 G zum internationalen Privat- und Prozessrecht), allerdings mit Einschränkungen. S Buckova, in Kalss, Centros und die Beitrittswerber (2000) 78; Riering, IPR-Gesetze in Europa (1997) 315.

45) § 22 s HGB verweist auf das Gründungsrecht. Die Verweisung ist grundsätzlich Gesamtverweisung (§ 35 G zum internationalen Privat-

Gesamtverweisung. Für österreichische Gesellschaften hat das folgende Konsequenzen: Eine Gesamtverweisung – Einbeziehung auch des österreichischen IPR – auf das Gründungsrecht, führt zu einem Rückverweis (renvoi) auf das Recht des Zuzugsstaats, der von der Zuzugsrechtsordnung angenommen wird. Das bedeutet: Aus Sicht des Zuzugsstaats kommt es zu einem Statutenwechsel, wenn der Wegzugsstaat der Sitztheorie folgt. Da letzteres für Österreich zutrifft, kann eine in Österreich gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht in den betreffenden Staaten nehmen. Die österreichische Gesellschaft wird zwar vor den österreichischen Gerichten nach österreichischem Sachrecht, von den Gerichten des Zuzugsstaats dagegen nach dem Sachrecht des Zuzugsstaats beurteilt:



2.3 Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich daher folgendes feststellen: (1) Nach geltender IPR-Rechtslage kann eine österreichische Gesellschaft ihren Verwaltungssitz problemlos – vorbehaltlich der Existenz von Wegzugsbeschränkungen nach österreichischem Sachrecht, dazu unten (Exkurs) – in jeden Staat verlegen, der der Gründungstheorie mit Sachrechtsverweis folgt (England, Irland, Dänemark, Schweden, Norwegen, Finnland, Schweiz).⁴⁶⁾ Die Gesellschaft wird sowohl in Österreich als auch im Zuzugsstaat nach österreichischem Gesellschaftsrecht behandelt. Das österreichische Gesellschaftsstatut bleibt idR auch dann erhalten, wenn ein Rechtsstreit in einem dritten Staat beurteilt wird.⁴⁷⁾ Einzige

Ausnahme innerhalb Europas ist Griechenland, dessen Gerichte in diesem Fall die Rechtsordnung des Zuzugsstaats als Personalstatut anwenden würden. (2) Folgt der Zuzugsstaat dagegen der Gründungstheorie mit Gesamtverweis, wirft die Verlegung des faktischen Sitzes Probleme auf: Die Gesellschaft wird zwar in Österreich nach ihrem Gründungsrecht – also österreichischem Gesellschaftsrecht – im Zuzugsstaat und den meisten dritten Staaten⁴⁸⁾ hingegen nach dem Gesellschaftsrecht des Zuzugsstaats beurteilt (dh ob die Sitzverlegung einen Statutenwechsel zur Folge hat, hängt davon ab, in welchem Land die konkrete Rechtsfrage zu beurteilen ist). (3) Und schließlich hat der Wegzug in einen Sitztheoriestaat sowohl in diesem als auch in Österreich einen Statutenwechsel zur Folge.

Inwieweit diese Rechtslage mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht oder vom Gemeinschaftsrecht verdrängt wird, wird unten dargestellt.

2.4 Auswirkungen eines Statutenwechsels

Welche Auswirkungen ein Statutenwechsel auf das „rechtliche Schicksal“ der Gesellschaft hat, bestimmt sich nach dem anwendbaren „neuen“ Sachrecht. Das österreichische Recht enthält für den Zuzug ausländischer Gesellschaften und den damit verbundenen Wechsel des Personalstatuts keine besonderen Vorschriften. Kommt österreichisches Sachrecht auf eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft zur Anwendung, hat dies folgende Rechtsfolgen: Dem österreichischen Recht ist der nach ausländischem Recht gegründete Rechtsträger unbekannt. Sofern der ausländische Rechtsträger eine Gesellschaft ist,⁴⁹⁾ liegt nach österreichischem Recht eine Personengesellschaft vor, und zwar – je nachdem, ob die ausländische Gesellschaft den Kaufmannstatbestand nach § 1 HGB erfüllt⁵⁰⁾ – eine OHG oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, womit die persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft verbunden ist.⁵¹⁾ Die Anwendung kapitalgesellschaftsrechtlicher Normen kommt nicht in Betracht, weil

und Prozessrecht), allerdings mit Einschränkungen. S Stessl in Kalss, Centros und die Beitrittswerber (2000) 59 f; Riehring, IPR-Gesetze in Europa (1997) 315.

46) S oben 2.2.2.a.

47) S oben 2.2.2.b.

48) Außer Staaten mit Gründungstheorie und Sachrechtsverweis.

49) Hat die ausländische Gesellschaft nur einen einzigen Gesellschafter, könnte ein Einzelunternehmen angenommen werden.

50) Eine Kaufmannseigenschaft nach §§ 2, 3 HGB kommt mangels Eintragung ins Firmenbuch nicht in Betracht.

51) S Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 50 f; Ratka, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften (2002) 80 f; K Schmidt, Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, ZGR 1999 24 f; Roth, Die Sitzverlegung vor dem EuGH, ZIP 2000, 159 ff; BGHZ 151, 204; s aber OGH RdW 1998, 136 f; OGH 3 Ob 317/98h, ZfRV 1999, 59.

dies die Einhaltung der österreichischen Gründungsbestimmungen und die Eintragung ins Firmenbuch voraussetzen würde. Immerhin wird die Behandlung der ausländischen Gesellschaft als Kapital-Vorgesellschaft diskutiert,⁵²⁾ wenn die ausländische Gesellschaft ihre Satzung den österreichischen Erfordernissen anpasst und eine Eintragung als österreichische Kapitalgesellschaft beabsichtigt ist.⁵³⁾ Eine identitätswahrende „Umwandlung“ der ausländischen Kapitalgesellschaft in eine österreichische ist aber de lege lata wohl nicht möglich, vielmehr muss das Gesellschaftsvermögen im Weg der Einzelrechtsnachfolge in die österreichische Kapitalgesellschaft eingebracht werden. Damit bleibt die Haftung der ausländischen Gesellschafter für die bis zur Übertragung des Vermögens und Eintragung der inländischen Gesellschaft begründeten Schulden weiter aufrecht. Ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland.⁵⁴⁾ Andere Rechtsordnungen berücksichtigen die Möglichkeiten eines Statutenwechsels mit besonderen Vorschriften. So ermöglicht beispielsweise das portugiesische Recht den identitätswahrenden Zuzug unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft auch nach dem Recht des jeweils beteiligten Staates fortbesteht und die zuziehende Gesellschaft portugiesischem Sachrecht angepasst wird.⁵⁵⁾ Auch die luxemburgische und die belgische Rechtsordnung kennen die identitätswahrende „formwechselnde Umwandlung“ in eine inländische Gesellschaft: So wird eine ausländische Gesellschaft mit *wirklichem*⁵⁶⁾ Sitz in Belgien der belgischen Rechtsordnung unterworfen.⁵⁷⁾ Mit dem Grenzübertritt ändert sich für die Gesellschaft zwar die Rechtsordnung, die belgische Rechtsordnung lässt die Gesellschaft jedoch fortbestehen. Ab diesem Zeitpunkt muss die Gesellschaft sich nach belgischem Recht richten, und ihre Satzung gegebenenfalls entsprechend anpassen.

In diesen Fällen kommt es zwar mit grenzüberschreitender Sitzverlegung zu einem Statutenwechsel, dieser führt aber *nicht* dazu, dass die ausländische Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit verliert. Vielmehr ist eine automatische und identitätswahrende „formwechselnde Umwandlung“ in eine inländische Gesellschaft vorgesehen: Die ausländische Gesellschaft wird zwar inländischem Sachrecht unterworfen, bleibt aber weiter bestehen.

Exkurs: Wegzugsbeschränkung durch materielles österreichisches Gesellschaftsrecht?

Unabhängig von der internationalprivatrechtlichen Beurteilung ist der Wegzug österreichischer Gesellschaften nur möglich, wenn ihn das *materielle* österreichische Gesellschaftsrecht zulässt. Mit anderen Worten: Wenn österreichisches Gesellschaftsrecht die Verlegung des Verwaltungssit-

zes – an den § 10 IPRG anknüpft – ins Ausland untersagen würde, nützte es nichts, wenn sie das Kollisionsrecht gestattet. Der Frage wurde in der Diskussion um die „Centros“-Entscheidung des EuGH wenig Beachtung geschenkt, da davon ausgegangen wurde, dass – wenn das österreichische Gesellschaftsrecht eine solche Beschränkung des Wegzugs enthielte – diese ebenso vom Gemeinschaftsrecht verdrängt würde wie kollisionsrechtliche Zuzugsbeschränkungen.⁵⁸⁾ Die neuere Judikatur des EuGH unterscheidet zwischen (in der Regel unzulässigen) Zuzugs- und (in der Regel zulässigen) Wegzugsbeschränkungen.⁵⁹⁾ Im Licht dieser Judikatur gewinnt die Frage an Aktualität.

Mehrfach wird vertreten, dass die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ins Ausland automatisch zur Auflösung der Gesellschaft führt.⁶⁰⁾ Die Darstellung und Verwertung der Diskussion für die hier aufgeworfene Frage bereitet aus mehreren Gründen Schwierigkeiten.

(1) Vielfach wird nicht zwischen sachrechtlichen und kollisionsrechtlichen Beschränkungen der Sitzverlegung unterschieden – was angesichts der oben dargestellten differenzierten kollisionsrechtlichen Rechtsfolgen der Sitzverlegung geboten ist.⁶¹⁾ Vielmehr wird angenommen, dass die Verwaltungssitzverlegung ins Ausland aus *kollisionsrechtlichen* Gründen *in jedem Fall* zum Statutenwechsel und damit zur Auflö-

52) K Schmidt, ZGR 1999, 24 f, 28 f; Bechtel, Grenzüberschreitende Sitzverlegung de lege lata, IPRax 1998, 349.

53) Vgl Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 54 ff.

54) S Kallmeyer, UmwG² (2001) § 1 Rn 10 ff; Lutter, UmwG² (2000) § 1 Rn 6 ff.

55) Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rn 171.

56) Das ist – ähnlich dem Verwaltungssitz des § 10 IPRG – der Ort an dem die Gesellschaft tatsächlich geführt wird.

57) Ausführlich dazu Wymeersch, Die Sitzverlegung nach belgischem Recht, ZGR 1999, 132.

58) S etwa Koppensteiner in Lutter-FS (2002) 144; Bachner/Winner, GesRZ 2000, 80; v Halen, Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH (2001) 167; offen lassend Schwimann, Internationales Privatrecht³ (2001) 57.

59) S unten 3.2.

60) Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 609; Kegel, Internationales Privatrecht⁸ (2000) 508 f; Raape, Internationales Privatrecht⁵ (1961) 223 ff; Doralt in MünchKomm² (2000) § 5 Rn 73; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss AktG (2003) § 254 Rn 38; differenzierend Behrens in Hachenburg³ (1992) Einl Rn 170; einschränkend auf die Fälle des Statutenwechsels Kropholler, Internationales Privatrecht⁴ (2001) 536 (Fn 14); aA Koppensteiner, GmbHG² (1998) § 84 Rn 9; Lüderitz in Soergel KommBGB¹² (1996) Anhang Art 10 Rn 48; Kindler in MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 393 ff; Roth/Altmeppen, jedoch unter Bindung an die Voraussetzungen des § 4a d GmbHG, GmbHG⁴ (2003) § 4a Rn 15; Ebenroth in MünchKommBGB² (1990) Nach Art 10 Rn 221; Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 62 ff; Ebenroth/Auer, Anmerkung zu BayObLG v 7.5.1992, JZ 1993, 375 f; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990) 350 ff.

61) Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 59; Meilicke, Die Niederlassungsfreiheit nach Überseering, GmbHR 2003, 802 f; Behrens in Hachenburg³ (1992) Einl Rn 166.

sung der Gesellschaft führe.⁶²⁾ Dies ist – wie dargestellt – nicht der Fall.

(2) Zudem wird häufig – vor allem in der älteren Literatur – auch nicht zwischen der Verlegung des Satzungssitzes und der Verlegung des Verwaltungssitzes unterschieden. Der Satzungssitz ist gem § 5 Abs 1 AktG der Ort, den die Satzung bestimmt. Entsprechendes gilt für die GmbH. Der Satzungssitz ergibt sich damit aus der Satzung und hat mit dem Verwaltungssitz zumindest nicht unmittelbar etwas zu tun.⁶³⁾ Allerdings enthält § 5 Abs 2 AktG (anders als das GmbHG)⁶⁴⁾ eine – eingeschränkte – *Verknüpfung* von Satzungs- und Verwaltungssitz: Als Satzungssitz ist der Ort zu bestimmen, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat oder an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder an dem die Verwaltung geführt wird. Diese Bestimmung gilt nur, wenn keine wichtigen Gründe für eine Abweichung bestehen.⁶⁵⁾ Das GmbHG enthält keine derartige Verknüpfung zwischen tatsächlichem Sitz und Verwaltungssitz, weshalb der Satzungssitz unabhängig vom Ort der faktischen Tätigkeit gewählt werden kann.⁶⁶⁾

Nach § 4 Abs 4 GmbHG kann als *Satzungssitz* nur ein Ort im Inland gewählt werden, was schon wegen der registergerichtlichen Zuständigkeitsanknüpfung am Satzungssitz erforderlich ist.⁶⁷⁾ Entsprechendes gilt – ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung – für den Satzungssitz der Aktiengesellschaft.⁶⁸⁾ Eine „Verlegung“ des Satzungssitzes ins Aus-

land – dh eine Satzungsänderung dieses Inhalts – ist nicht zulässig und wird als Auflösungsbeschluss gedeutet,⁶⁹⁾ nach anderer Auffassung liegt ein nichtiger Satzungsänderungsbeschluss vor.⁷⁰⁾ Die zitierten Regeln und Aussagen beziehen sich jedoch nur auf den Satzungssitz und enthalten für die Frage, ob das materielle Gesellschaftsrecht die Verlegung des *Verwaltungssitzes* zulässt, keine Aussage.⁷¹⁾

Manche Stellungnahmen beziehen sich allerdings sehr wohl auf die – hier relevante – Frage der sachrechtlichen Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung ins Ausland. Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass die Verlegung des Verwaltungssitzes auch dann zum „Untergang“ der Gesellschaft führt, wenn das ausländische Kollisionsrecht der Gründungstheorie folgt und auf deutsches bzw österreichisches Recht zurückverweist.⁷²⁾ Begründet wird dies mit der „Einbettung der Gesellschaft in das soziale, wirtschaftliche, rechtliche, kulturelle und politische Umfeld“.⁷³⁾ Die Auffassung hat keine positivrechtliche Grundlage. Die wenigen Judikate, die sich mit der Verlegung des Verwaltungssitzes unter Beibehaltung eines inländischen Satzungssitzes beschäftigen,⁷⁴⁾ sehen darin keinen Auflösungsgrund. Auch in der aktuellen deutschen und österreichischen Literatur wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass das österreichische und deutsche Sachrecht (Gesellschaftsrecht) die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland zumindest nicht generell verbietet und mit Auflösung sanktioniert.⁷⁵⁾

62) S zB Roth, Die Rechtsstellung ausländischer Gesellschaften in der EU, GesRZ 1995, 7; Huber, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften (1995) 111 ff.

63) Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 5 Rn 1; s etwa OGH NZ 1980, 46 (zur GmbH); der selbst einen „fingierten“ – dh keinen Bezug zur faktischen Tätigkeit aufweisenden – Satzungssitz zulässt.

64) S aber unten Fn 66.

65) S allgemein Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 5 Rn 1 ff.

66) OGH NZ 1980, 46; gem Art V Entwurf des geplanten Handelsrechts-Änderungsgesetzes (UGB-Entwurf) soll eine dem § 5 Abs 2 AktG entsprechende Bestimmung auch ins GmbH-Recht übernommen werden.

67) Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 63.

68) S Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 5 Rn 7; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ (1993) § 5 Rn 9; RGZ 7, 69 f; RGZ 107, 97; BGHZ 19, 105, BGHZ 29, 328.

69) Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 190; Hämmerle-Wünsch, Handelsrecht II³ (1978) 246; kritisch Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ (1993) § 5 Rn 35 f; Brändel in Großkomm AktG⁴ (1992) § 5 Rn 28; RGZ 7, 69 f; RGZ 88, 54 f; RGZ 107, 97; BGHZ 25, 144. Die genannten Judikate werden vielfach unrichtig als auf den Verwaltungssitz bezogen zitiert (s etwa Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 610; Kindler in MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 393 Fn 856; v Bar, Internationales Privatrecht (1991) Rn 623 Fn 25; Schmidt-Leithoff in Rowedder, GmbHG⁴ (2002) Einl 336 Fn 639). Tatsächlich sah das Reichsgericht – in der einzigen einschlägigen Entscheidung – die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes – unter Beibehaltung des inländischen Satzungssitzes – nicht als Auflösungsstatbestand an, RG JW 1934, 2969.

70) So etwa Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts (1923) 476 f; Gellis, Kommentar zum GmbHG³ (1995) § 4 Rn 7; Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 5 Rn 7; OGH SZ 1/82; OLG ZBI 1920/98, 305; K Schmidt in Scholz, GmbHG⁹ (2002) § 60 Rn 13; Hüffer, AktG⁵, § 5 Rn 12.

71) Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 59 f.

72) S Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 610 ff; was zumindest für einen Wegzug aus der Europäischen Union gelten soll. Rn 617; Kaligin, Das internationale Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, DB 1985, 1455; offen Doralt in MünchKomm² (2000) § 5 Rn 73; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss AktG (2003) § 254 Rn 38; Bachner/Winner, GesRZ 2000, 75; ausdrücklich aA Kindler in MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 393 ff; Westermann in Scholz GmbHG⁸ (1993) Einl Rn 125.

73) Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 610, 618. Als weiteres Argument könnte in Betracht kommen, dass die österreichische Rechtsordnung nur dann ihr Gesellschaftsrecht samt der dazugehörigen Infrastruktur (Firmenbuch) zur Verfügung stellen will, wenn die Gesellschaft auch eine Tätigkeit in Österreich entfaltet. Damit kann aber wohl nicht begründet werden, dass die Gesellschaft ihre Haupttätigkeit in Österreich entfalten muss. Überdies lässt die österreichische Rechtsordnung ganz allgemein die Vereinbarung österreichischen Rechts und auch die Vereinbarung der Zuständigkeit österreichischer Gerichte zu, ohne dass ein Bezug zu Österreich gegeben sein müsste.

74) S etwa RG JW 1934, 2969; BayObLG NZG 2002, 828 ff.

75) S Koppensteiner, GmbHG² (1998) § 4 Rn 4; Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 62 ff; für Deutschland jüngst Triebel/v Hase, Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“, BB

Ist die Verlegung des Verwaltungssitzes nach materiellem Recht zumindest nicht generell verboten, stellt sich doch die Frage, ob zumindest bei der Aktiengesellschaft ein der in § 5 AktG genannten Anknüpfungspunkte im Inland bleiben muss. Liegt einer der Anknüpfungspunkte im Inland, ist die Wahl des Verwaltungssitzes im Ausland jedenfalls zulässig.⁷⁶⁾ Hat die AG weder einen Betrieb, noch die Geschäftsleitung noch die Führung der Verwaltung im Inland, stellt sich immer noch die Frage, ob dies zur Auflösung der Gesellschaft führt.⁷⁷⁾

Ein „nachträglich unrichtig gewordener“ Satzungssitz stellt – zumindest nach der Gesetzeslage – *keinen* Auflösungsgrund dar.⁷⁸⁾ Enthält das Aktiengesetz in dieser Frage eine *Lücke*? Dies ist nicht der Fall, weil dem positiven Recht keine Wertung zu entnehmen ist, dass eine nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaft in Österreich eine Geschäftstätigkeit entfalten oder sonst einen faktischen Bezug zu Österreich aufweisen muss. Im Gegenteil: Die einzige österreichische (Privat-)Rechtsnorm, die sich mit der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Gesellschaften beschäftigt, nämlich § 10 IPRG, setzt dem Wegzug gerade kein zwingendes Hindernis entgegen.

Das Gesetz geht mit Auflösungstatbeständen absichtlich vorsichtig um. Andere gesetzliche Auflösungsstatbestände, zB § 6 Abs 3 BWG, § 86 GmbHG oder auch § 10 Abs 3 FBG, – der der Sache nach einen Auflösungsgrund darstellt – setzen zumindest immer eine behördliche Entscheidung voraus, was wegen der Rechtssicherheit und wegen des tief greifenden Einschnitts in die Mitgliedschaftsrechte geboten ist. Ein Auflösungsstatbestand, der an einem rein faktischen Verhalten des Vorstands anknüpft, ist dem Gesetz fremd.⁷⁹⁾

Entscheidend fällt schließlich folgende Überlegung zur faktischen Verknüpfung des Verwaltungssitzes mit dem Satzungssitz ins Gewicht: §§ 10 Abs 3 FBG, 216 AktG sehen die amtswegige Eintragung der Nichtigkeit bzw die Erhebung der Nichtigkeitsklage (mit der Folge der Auflösung) von Kapitalgesellschaften bei Gründungsmängeln, die sich auf *bestimmte essentielle Satzungsbestimmungen* (keine Firma, kein Unternehmensgegenstand, kein Grundkapital) beziehen, vor. Die Bestimmung bezieht sich gerade *nicht* auf den Satzungssitz – obwohl dieser gleichfalls notwendiger Satzungsbestandteil ist. Dies war nicht immer so. Nach der Rechtslage vor dem EU-GesRÄG 1996 konnte das völlige *Fehlen* eines Satzungssitzes sehr wohl zur amtswegigen Auflösung und auch zur Erhebung der Nichtigkeitsklage führen. Die Einschränkung der Tatbestände war durch die Anpassung an die Art 10 ff der PublizitätsRL geboten. Der in der Pu-

blizitätsrichtlinie vorgesehene Katalog an Nichtigkeitsgründen – dh an Auflösungsgründen, die auf Gründungsmängel zurückzuführen sind – ist abschließend.⁸⁰⁾ Dem hat der österreichische Gesetzgeber durch eine Änderung des § 216 AktG Rechnung getragen.⁸¹⁾ Nach geltender Rechtslage ist die Auflösung auch dann nicht zu verfügen, wenn der Satzungssitz *völlig fehlt*. Dies gilt umso weniger, wenn er keine Verknüpfung mit der faktischen Tätigkeit aufweist oder diese nachträglich verloren hat. Noch weniger kann angenommen werden, dass die Auflösung dann eben einfach ohne behördliche Entscheidung eintritt.

Die Verlegung des Verwaltungssitzes einer Aktiengesellschaft führt somit nach *materiellem* Gesellschaftsrecht dann nicht zur Auflösung der Gesellschaft, wenn einer der in § 5

2003, 2411 f; Kindler, MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 393 ff; Ebert, Die sachrechtliche Behandlung einer GmbH mit ausländischem Verwaltungssitz, NZG 2002, 941 f; Dreissig, Verlegung der Geschäftsleitung einer deutschen Kapitalgesellschaft ins Ausland, DB 2000, 893, 899; Bandehzadeh/Thoß, Die nachträgliche Verlagerung des tatsächlichen Sitzes einer GmbH, NZG 2002, 806, f; Kieninger, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v 26.3.2001, NZG 2001, 610; Emde, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v 26.3.2001, 902 f; Roth/Altmeppen, GmbHG⁴ (2003) § 4a Rn 15; Ebenroth in MünchKommBGB² (1990) Nach Art 10 Rn 221; Knobbe-Keuk, ZHR 1990 (154) 350 ff. Dies kann allerdings nicht mit dem internationalen privatrechtlichen Gebot des internationalen Entscheidungseinklangs begründet werden [so Kindler in MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 394; Schmidt-Leithoff in Rowedder, GmbHG⁴ (2002) Einl 336]. Das Argument trägt deshalb nicht, weil durch einen sachrechtlichen Auflösungsstatbestand der Entscheidungseinklang nicht beeinträchtigt wäre: Die Frage stellt sich nur, wenn der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgt. In dem Fall wird auf deutsches bzw österreichisches Sachrecht zurückverwiesen, was zur Anwendung auch des Auflösungsstatbestands führt. Dh sowohl die Gerichte des Zuzugs- als auch das des Wegzugsstaates würden im Ergebnis zu einer Auflösung der Gesellschaft kommen. 76) S Ebenroth, MünchKommBGB² (1990) Nach Art 10, 221; Roth/Altmeppen, GmbHG⁴ (2003) § 4a Rn 15. Die Stellungnahmen zu § 4a dGmbHG können nicht auf österreichisches GmbH-Recht umgelegt werden, da das dGmbHG – ähnlich und fast wortgleich wie § 5 öAktG – eine Verknüpfung zwischen Satzungssitz und faktischer Tätigkeit enthält. 77) Im Ergebnis Doralt in MünchKomm² (2000) § 5 Rn 73; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 216 Rn 39; Geist in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ (2002) § 216 Rn 11; dies auf Fälle der Sitzverlegung außerhalb der EU/EWR-Mitgliedstaaten einschränkend; vgl aber BayObLG NZG 2002, 828 ff.

78) Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 65 f.

79) Die „automatische“ Auflösung einer AG wird angenommen, wenn die Gesellschaft sämtliche eigenen Anteile erwirbt. S Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) § 1 Rn 7; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ (1993) § 1 Rn 16; der Fall ist jedoch mit dem hier behandelten nicht vergleichbar, weil hier gerade nicht die Rechte der Aktionäre beeinträchtigt werden. Dennoch sollte die Auflösung behördlich verfügt werden müssen.

80) Vgl EuGH v 13.11.1990, Rs C-106/89 (Marleasing), Rn 10, 12; Kalss in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht (1994) 181; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht² (2003) Rn 109.

81) EBRV 32 BlgNR XX GP, S 91; Reich-Rohrwig, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (1996) 243; vgl dazu Kalss in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht (1994) 183 f; Zib, Reformvorschläge für ein ADV-Handelsregister (1990) 47 ff; Brodil in Doralt/Nowotny, Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993) 46 f.

AktG genannten Anknüpfungspunkte im Inland bleibt. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, führt dies nicht zur (automatischen) Auflösung der Gesellschaft, weil dem Gesetz ein derartiger Tatbestand nicht zu entnehmen ist und – zumindest bei ursprünglichem Fehlen der Verknüpfung – auch gegen Richtlinienrecht⁸²⁾ verstoßen würde.⁸³⁾ Die Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH ins Ausland führt umso weniger zur Auflösung, weil das GmbHG keine Verknüpfung des Satzungssitzes mit der tatsächlichen Tätigkeit enthält. Voraussetzung für die Hinausverlegung bleibt aber immer, dass der inländische Satzungssitz aufrechterhalten wird.

3. Niederlassungsfreiheit (Art 43 EG)

Die in Art 43 EGV verankerte Niederlassungsfreiheit soll eine *freie*, nur von ökonomischen Gesichtspunkten geleitete *Standortwahl* ermöglichen.⁸⁴⁾ Die Niederlassungsfreiheit gewährt den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten das Recht, sich im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit und zur Gründung und Leitung von Unternehmen niederzulassen.⁸⁵⁾ Die Niederlassungsfreiheit begünstigt nicht nur natürliche Personen, sondern auch Gesellschaften die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden, wenn sie ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben (Art 48 EG).

Art 43 EG verbietet den Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu setzen, die die Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten durch Angehörige anderer Mitgliedstaaten auf ihrem Hoheitsgebiet erschweren oder weniger attraktiv machen. Der Schutzgehalt des Art 43 EGV geht damit weit über das Gebot der Inländergleichbehandlung hinaus und enthält ein allgemeines „Beschränkungsverbot“.⁸⁶⁾ Das Verbot erfasst alle Arten mitgliedstaatlicher Maßnahmen und damit auch das nationale IPR.⁸⁷⁾

Nationale Anforderungen an die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in den Mitgliedstaaten sind somit – soweit sie die Ausübung des freien Niederlassungsrechts zumindest weniger attraktiv machen – grundsätzlich unzulässig. Maßnahmen, die aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* erforderlich sind, sind unter folgenden Voraussetzungen ausnahmsweise erlaubt: (1) Sie dürfen Angehörige anderer Mitgliedstaaten gegenüber nationalen Rechtsträgern nicht diskriminieren, (2) sie müssen *geeignet* sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles (zwingendes Allgemeininteresse) zu gewährleisten, (3) sie müssen erforderlich sein, um dieses Ziel zu erreichen.⁸⁸⁾ Mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften, die gegen diese Vorgaben

verstoßen, sind *primärrechtswidrig* und werden vom Europarecht verdrängt (Anwendungsvorrang).

3.1 Konflikt zwischen Niederlassungsfreiheit und nationalem Kollisionsrecht

Soweit innerstaatliche Kollisionsnormen die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen und nicht den oben genannten Rechtfertigungskriterien entsprechen, sind sie europarechtswidrig und werden – durch europarechtliche, im Weg der Judikatur gebildete Ersatzregeln – verdrängt. Dies gilt nur insoweit, als die innerstaatlichen Kollisionsnormen eine rechtswidrige Beschränkung darstellen. Entsprechend dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts legt dieses den Rahmen fest, in dem sich nationales Kollisionsrecht bewegen kann.⁸⁹⁾ Innerhalb dieses Rahmens bleiben die nationalen Regeln weiterhin anwendbar. Außerhalb dieses Rahmens stellt das Europarecht Ersatzregeln zur Verfügung. Der Spielraum des nationalen Gesellschaftskollisionsrechts hat sich erst in den letzten Jahren durch die Entscheidungen des EuGH in den Rs Daily-Mail, Centros, Überseering und jüngst Inspire Art herauskristallisiert.

3.2 Judikatur des EuGH

Dass die Sanktionen der Sitztheorie mit den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit (Art 43 u 48 EGV) in Konflikt geraten könnten, ist schon früh erkannt worden.⁹⁰⁾ Rechtsprechung und wesentliche Stimmen der Literatur verteidigten die Sitztheorie aber vehement gegen gemeinschaftsrechtliche Einwände.⁹¹⁾ Dem

82) Allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung *Canaris* in Bydlinski-FS (2002) 49 ff.

83) S *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 65 f.

84) Vgl Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rn 107.

85) S *Bleckmann*, Europarecht⁷ (2002) § 15 II; *Everling*, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, 1853 ff.

86) S Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rn 136 ff.

87) S EuGH v 05. 11. 2002, Rs C-208/00 (*Überseering*), Slg 2002, I-9919, Rn 52, 78 ff.

88) EuGH v 30.11.1995, Rs C-55/94 (*Gebhard*), Slg 1995, I-4165, Rn 37.

89) Dh mitgliedstaatliche Vorschriften werden unanwendbar, soweit sie der Niederlassungsfreiheit entgegenstehen. Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn 114.

90) Vgl etwa *Beitzke*, Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, ZHR 127 (1964) 1 ff; *Drobnig*, Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens, ZHR 129 (1967) 100 f, 117; *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971) 115 f; für Österreich s bereits *Doralt*, JBl 1969, 194 f.

91) Vgl nur *Kegel*, Diskussionsbeitrag in *Großfeld*, Einige Grundfragen des Internationalen Unternehmensrechts (1987) 35 f; *Großfeld* in *Staudinger*, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 121 f, 130 ff; *Kindler* in *Münch-KommBGB*³ (1999) IntGesR, 358 ff, insb 368; *Heldrich* in *Palandt*, KommBGB (2003) Anh zu EBGB 12 (IPR) Rn 2a. Einen kritischen Überblick über die deutsche Diskussion bietet *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand (2001).

Urteil des EuGH in der Rs *Segers*⁹²⁾ wurde weiter keine Beachtung geschenkt und die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs *Daily-Mail* schien die Sitztheorie zunächst zu bestätigen.⁹³⁾ In der Sache ging es um die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit *steuerrechtlicher Wegzugsbeschränkungen* (Liquidationsbesteuerung), denen eine britische Gesellschaft bei Verlegung des Sitzes ihrer Geschäftsleitung in die Niederlande ausgesetzt war. Gegenstand der Entscheidung waren damit keine kollisionsrechtlichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, sondern steuerrechtliche.⁹⁴⁾ Dennoch wurde der Gerichtshof aufgrund einiger sehr allgemein gehaltener Aussagen – zumindest vom deutschsprachigen Schrifttum – dahingehend verstanden, dass die Sitztheorie nicht an den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit zu messen wäre.⁹⁵⁾

Das Urteil in der Rs *Centros* war der Wendepunkt. In dieser Entscheidung beurteilte der EuGH die Weigerung des dänischen Gewerbe- und Geschäftsamts (*Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*) die Zweigniederlassung (mittels der aber die gesamte Geschäftstätigkeit ausgeübt werden sollte) einer in Großbritannien gegründeten Briefkastenfirma einzutragen, als Ver-

stoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Sitztheorie war zwar formal wieder nicht einschlägig,⁹⁶⁾ materiell ging es aber um eine auch für die Sitztheorie wesentliche Frage, nämlich inwieweit das Auseinanderfallen von wirtschaftlichem Schwerpunkt und Gründungsstaat mit rechtlichen Nachteilen sanktioniert werden darf, ohne gegen die Niederlassungsfreiheit zu verstoßen.⁹⁷⁾ Das der Entscheidung in der Literatur folgende Echo war gewaltig,⁹⁸⁾ die Meinungen (in Bezug auf die kollisionsrechtliche Relevanz der Entscheidung) geteilt.⁹⁹⁾

Die nächste Entscheidung des EuGH befasste sich mit der Sitztheorie selbst und prüfte deren Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.¹⁰⁰⁾ Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die *Überseering BV* – eine Gesellschaft niederländischen Rechts – hatte nach Ansicht deutscher Gerichte ihren Verwaltungssitz aus den Niederlanden nach Deutschland verlegt. Unter Zugrundelegung der damals hL¹⁰¹⁾ hatte die Sitzverlegung einen Statutenwechsel und den *Verlust der Rechtsfähigkeit* der Gesellschaft zur Folge.¹⁰²⁾ In seiner Entscheidung beschränkte sich der EuGH nicht darauf, *diese Sanktion* als mit der Niederlassungsfreiheit un-

92) EuGH v 10.07.1986, Rs C-79/85 (*Segers*), Slg 1986, 2375 ff; In dieser Entscheidung verweigerte die niederländische gesetzliche Krankenversicherung, die Erbringung von Leistungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft. Der EuGH stellte fest: Wenn eine Gesellschaft die Voraussetzungen des Art 48 [damals Art 58] erfüllt, ist der Umstand, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit ausschließlich durch eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft betreibt, ohne Bedeutung. EuGH, Rs C- 79/85, Rn 16; s dazu Grothe Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co“, 137 f.

93) AA Halbhuber, Limited Company statt GmbH? (2001) 33 ff.

94) Sowohl die Niederlande als auch Großbritannien folgen der Gründungstheorie. Höfling, Das englische internationale Gesellschaftsrecht (2002) 122 ff; Charisius, Das niederländische Internationale Privatrecht (2001) 131 f, 135 ff.

95) EuGH v 27.09.1988, Rs C-81/87 (*Daily-Mail*), Slg 1988, Rn 23 f; vgl nur Ebenroth/Eyles, Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit?, DB 1989, 413 f, 417; Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 122 ff; krit Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990) 331 ff; Behrens, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, IPRax 1989, 361.

96) Denn Dänemark folgt der Gründungstheorie (in Ausprägung der Inkorporationstheorie), vgl Kuszniér, Dänisches Kapitalgesellschaftsrecht (2003) 20 f.

97) Behrens, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 201.

98) Für Österreich s Koppensteiner, Centros und die Folgen, in VGR Bd 2 (2000) 151 ff; Nowotny, OGH anerkennt Niederlassungsfreiheit für EU/EWR-Gesellschaften, RdW 1999, 697; Korn/Thaler, Das Urteil des EuGH in der Rs Centros: Ein Meilenstein für das europäische Gesellschaftskollisionsrecht?, wbl 1999, 247 ff; Bachner/Winner, GesRZ 2000, 73 ff, 161 ff; Korn, Sitztheorie contra Niederlassungsfreiheit: Die Private Limited Company mit Hauptverwaltung in Österreich, wbl 2000, 56 ff; Greindl, Kapitalgesellschaft ohne Mindestkapital, SWK 1999/29, W 111 (1169); Marschner/Walzel, Gründung einer Kapitalgesellschaft ohne Mindestkapital möglich?, SWK 1999, W 79 (757); Straube in Krejci-FS (2001) 2095 ff; U Torggler, Die Private Limited Company mit Hauptverwaltung in Österreich, GBU 1999/12/04; Schwimann, Gesellschaftsstatut und Europarecht, NZ 2000, 230 ff; Zehetner, Niederlassungsfreiheit

und Sitztheorie, ecolx 1999, 771 ff; ders in Krejci-FS (2001) 389 ff; Roth, § 10 IPRG und die europäische Niederlassungsfreiheit, RdW 1999, 381; Novacek, Zur Niederlassungsfreiheit nach dem Centros-Urteil, ecolx 2002, 515 ff; für Deutschland vgl nur Leible in Michalski, GmbHG (2002) Syst.Darst. Rn 20 ff mwN.

99) Vgl einerseits Behrens, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 331; andererseits Kindler, Das Centros-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, in VGR Bd 2 (2000) 108 f; treffend U Torggler, GBU 1999/12/04.

100) EuGH v 05.11.2002, Rs C-208/00 (*Überseering*), Slg 2002; Winner, Von Centros zu Überseering BV – Der EuGH und das Internationale Gesellschaftsrecht, GeS 2003, 66 ff; Halbhuber, Das Ende der Sitztheorie als Kompetenztheorie – Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-208/00 (*Überseering*), ZEuP 2003, 418 ff; Straube/Ratka, Das „Herkunftslandprinzip“ im EU-Gesellschaftsrecht nach der „Überseering“-Entscheidung, ÖZW 2003, 34 ff; Straube/Ratka, Nach „Centros“ und „Überseering“ folgt nun „Inspire Art“: Nationales Gesellschaftsrecht (fast) chancenlos?, GeS 2003, 148 ff; Biebl, Niederlassungsfreiheit und Zuzug doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften, SWI 2003, 168 ff; Handig, EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, ecolx 2003, 87 ff; Hack, Die Sitztheorie nach dem EuGH-Urteil *Überseering*, GesRZ 2003, 29 ff; Brauneis, EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, GeS 2003, 4 ff; Heiss, „Überseering“: Klarschiff im internationalen Gesellschaftsrecht?, ZfRV 2003, 90 ff; Schindler, „Überseering“ und Societas Europaea: Vereinbar oder nicht vereinbar, das ist hier die Frage, RdW 2003, 122 ff; Nemeth, Das EuGH-Urteil „Überseering“ oder das endgültige Aus der Sitztheorie?, wbl 2003, 149 ff; Petritz, Hat die „Überseering“-Entscheidung Klarheit gebracht?, RdW 2003, 242 f; für Deutschland vgl nur Behrens, IPRax 2003, 193 ff; Leible/Hoffmann, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 ff; Eidenmüller, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233 ff; ForsthoFF, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, DB 2002, 2471 ff; jeweils mwN.

101) S dazu Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 641 f; Kindler in MünchKommBGB³ (1999) IntGesR, Rn 346.

102) Der Verlust der Rechtsfähigkeit ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus der Sitztheorie sondern aus dem durch sie zur Anwendung berufenen materiellen Recht; vgl aber BGH 1.07.2002, BGHZ 151, 204.

vereinbar zu bezeichnen, vielmehr sieht er bereits in der *Anordnung des Statutenwechsels* den Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.¹⁰³) Dies soll allerdings, – so der Gerichtshof ausdrücklich und unter Verweis auf seine Entscheidung in der Rs Daily-Mail – *nur für Zuzugsbeschränkungen* gelten.¹⁰⁴)

Die vorläufig letzte Entscheidung des EuGH erging 2003 in der Rs *Inspire Art*.¹⁰⁵) Sie befasste sich insoweit mit Kollisionsrecht, als das niederländische Recht – das im allgemeinen der Gründungstheorie folgt – verschiedene *Sonderanknüpfungen* für Briefkastengesellschaften vorsieht.¹⁰⁶) Solche Gesellschaften behalten zwar – in Anwendung der Gründungstheorie – ihre Rechtsfähigkeit, sollen aber bestimmten Vorschriften des niederländischen Gesellschaftsrechts unterworfen werden: So zB den niederländischen Bestimmungen über ein Mindestkapital, oder bestimmten Offenlegungs- und Publizitätsvorschriften.¹⁰⁷) Der EuGH erblickte in diesen Anforderungen¹⁰⁸) einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und begrenzt dadurch den nationalen Spielraum für Sonderanknüpfungen auf ein Minimum.¹⁰⁹) Außerdem wurde die Unterscheidung zwischen (zulässigen) Wegzugsbeschränkungen und (unzulässigen) Zuzugsbeschränkungen bestätigt.

Für – die Niederlassungsfreiheit – beschränkende nationale Maßnahmen, bedeutet diese Judikatur wenig Spielraum. Solche Bestimmungen sind zwar auch im Lichte dieser Judikatur theoretisch zu rechtfertigen. Praktisch legt der EuGH aber die Latte hoch. Als Richtschnur für eine mögliche Rechtfertigung dient vor allem¹¹⁰) der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹¹¹) Und dieser hat weder in Centros, noch in Überseering oder Inspire Art zu einer Rechtfertigung nationaler Beschränkungen geführt.¹¹²)

Die Entscheidungen des Gerichtshofs in den Rechtssachen Centros, Überseering und Inspire Art hatten allesamt „Zuzugsfälle“ zum Gegenstand. Aussagen zum Wegzug inländischer Gesellschaften ins Ausland lassen sich diesen Entscheidungen daher nicht unmittelbar entnehmen. In der letzten einschlägigen Entscheidung (*Daily-Mail*) war der Gerichtshof noch – allgemein – davon ausgegangen, dass die *Art 52* [43 EGV] und *58* [48 EGV] *EWG-Vertrag den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht* gewähren, *den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen*.

In Überseering hat der EuGH diesen Aussagen zwar etwas die Schärfe genommen,¹¹³) die Möglichkeit von Wegzugsbe-

103) EuGH, Rs C-208/00, Rn 80 f, 95; vgl Forsthoff, DB 2002, 2474 f; Lutter, „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, 9; krit Leible/Hoffmann, RIW 2002, 928 f; s a Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990) 345; Behrens, IPRax 2003, 194 f; aA zB Zimmer, Wie es euch gefällt?, Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, BB 2003, 3 f; Hack, GesRZ 2003, 32; Handig, ecollex 2003, 88 f.

104) EuGH, Rs C-208/00, Rn 69 f.

105) EuGH v 30.09.03, Rs 167/01 (*Inspire Art*), Slg 2003; vgl dazu Adensamer/Bervoets, RdW 2003, 617 ff; Handig, Das Herkunftslandprinzip im Gesellschaftsrecht – Das EuGH-Erkenntnis „Inspire-Art“, wbl 2003, 561 ff; Ratka, Der dritte Streich – EuGH entscheidet „Inspire Art“, GeS 2003, 432 ff; Reich-Rohrwig/Größ, Inspire Art: EuGH führt Centros und Überseering fort, ecollex 2003, 913 ff; Kersting/Schindler, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und ihre Auswirkungen auf die Praxis, RdW 2003, 621 ff; Greindl, Nochmals: Kapitalgesellschaften ohne Mindestkapital!, SWK 2003, W 161 f; Behrens, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 2004, 20 ff; Leible/Hoffmann, Wie inspiriert ist „Inspire Art“?, EuZW 2003, 677 ff; Eidenmüller, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 24 ff; Sandrock, Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, ZVGIRWiss 102 (2003) 447 ff; ders, Nach Inspire-Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?, BB 2003, 2588 f; Altmeppen, Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97 ff; Spindler/Berner, Inspire-Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, 949 ff; dies, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, 7 ff; Maul/C. Schmidt, Inspire-Art – Quo vadis Sitztheorie?, BB 2003, 2297 ff; Bayer, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357 ff; Triebel/Von Hase, BB 2003, 2409 ff; Veit/Wichert, Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art“, AG 2004, 14 ff; Ziemons, Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, ZIP 2003, 1913 ff; Kleinert/Probst, Endgültiges Aus für Sonderanknüpfungen bei (Schein-) Auslandsgesellschaften, DB 2003,

2217 f; Müller-Bonanni, Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering und Inspire Art“, GmbHR 2003, 1235 ff; Wachter, Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften nach „Inspire Art“, GmbHR 2003, 1254 ff; Meilikke, GmbHR-Kommentar zu C-167/01 (*Inspire Art*), GmbHR 2003, 1271 ff; Wachter, Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung, GmbHR 2004, 88 ff.

106) Nach der Entscheidung des EuGH wird derzeit an einer Novellierung des WFBV gearbeitet. S dazu die Pressemitteilung des Justizministeriums vom 19.12.2003 unter <http://www.justitie.nl/pers/persberichten/archief/Archief_2003/191203-Ministerraad_wijziging_wet_formeel_buitenlandse_vennootschappen.asp>.

107) S EuGH, Rs C-167/01, Rn 22 ff.

108) Soweit sie nicht den Vorgaben der 11. Richtlinie entsprechen, s Adensamer/Bervoets, RdW 2003, 618 f.

109) S Adensamer/Bervoets, RdW 2003, 620.

110) Möglich ist zwar auch eine Rechtfertigung im Lichte des Art 46 EGV (Regelungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit), der Rechtfertigungskatalog ist aber eng auszulegen. Vgl Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union (2001) Art 43 Rn 108 f.

111) Forsthoff, DB 2002, 2477; s a GA Alber, C-167/01, Rn 111 ff.

112) S EuGH, Rs C-212/97, Rn 25; EuGH, Rs C-208/00, Rn 92; Alber, SA, Rs C-167/01, Rn 116 f; EuGH, Rs C-167/01, Rn 136, 139. Vgl a Schön in Wiedemann-FS (2002) 1271 ff.

113) Während der EuGH in Daily-Mail noch – undifferenziert – ausgesprochen hatte, dass die Art 52 [43] und 58 [48] Gesellschaften [...] kein Recht gewähren, *den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Staat zu verlegen* (Rn 24); spricht er in Überseering nur mehr von Möglichkeiten eines Mitgliedstaats, *einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann* (Rn 70). S a GA Colomer, Rs C-208/00,

schränkungen aber ausdrücklich offen gelassen.¹¹⁴) Was bedeutet nun diese „Privilegierung“ des Wegzugsstaats? Kann aus der Judikatur des EuGH gefolgert werden, (1) dass nur Zuzugsbeschränkungen an den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit zu messen sind?¹¹⁵) (2) Oder sind auch Wegzugsbeschränkungen daran gebunden,¹¹⁶) vielleicht aber leichter zu rechtfertigen?¹¹⁷)

(1) Der EuGH selbst hat in Daily-Mail festgestellt, dass die durch die Niederlassungsfreiheit gewährten Rechte sinntleert [wären], wenn der Herkunftsstaat Unternehmen verbieten könnte, auszuwandern, um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen.¹¹⁸) Wie wenig die Differenzierung – zwischen Zuzug und Wegzug – befriedigt, lässt sich gut anhand der Probleme illustrieren, die sich für die grenzüberschreitende Sitzverlegung ergeben: Manchmal ergibt sich – wie oben angeführt – die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht isoliert aus dem (Kollisions-) Recht eines Staates. Hier ist das Wechselspiel zwischen den Kollisionsrechten sämtlicher beteiligter Staaten maßgeblich.¹¹⁹)

Auch anderen Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit lässt sich nicht entnehmen, dass nur der Zuzugsstaat die gemeinschaftsrechtlichen Schranken zu beachten hat.¹²⁰) Schließlich fällt auch ins Gewicht, dass der Sachverhalt von Daily-Mail für eine absolute Wegzugsbeschränkung nicht einschlägig war. Der EuGH hatte damals gerade kein absolutes Wegzugsverbot zu prüfen.¹²¹)

(2) Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass der EuGH ebenso wie beim Zuzug von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit – mit ausnahmsweiser Rechtfertigungsmöglichkeit – nationaler Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ausgehen wird. Ob sein Maßstab bei der Rechtfertigung von Wegzugsbeschränkungen ein weniger restriktiver sein wird,¹²²) bleibt derzeit noch offen.

Abschließend ist festzuhalten, dass zumindest die deutsche Judikatur undifferenziert von einer gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit nationaler Wegzugsbeschränkungen ausgeht.¹²³) Dies ist aber unter Zugrundelegung der österreichischen Rechtslage weniger problematisch, als es auf den ersten Blick den Anschein hat.

3.3 Auswirkungen auf österreichisches Kollisionsrecht

Fasst man diese Entscheidungen zusammen, ergibt sich als Vorgabe für nationales Gesellschaftskollisionsrecht folgendes Bild:

(1) Für den Zuzug gibt das Gemeinschaftsrecht die zwingende Anknüpfung an das Gründungsrecht der Gesellschaft vor. Diese Vorgabe gilt jedenfalls insoweit, als eine Gesellschaft auf Grund des im Zuzugsstaat geltenden IPR und materiellen Rechts ihre Rechts- und Parteifähigkeit verlieren würde. Die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe ist aber nicht auf das Verbot dieser Sanktion beschränkt. Vielmehr sind alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen verboten, nach denen eine zuziehende Gesellschaft anderen gemeinschaftsrechtlichen Regeln unterworfen ist als im Wegzugsstaat.¹²⁴) Damit statuiert der EuGH auf Basis des Primärrechts ein eigenes europarechtliches internationales Gesellschaftsrecht, wonach das Personalstatut von in Europa ansässigen Gesellschaften gemeinschaftsrechtlich zwingend am Gründungsort anzuknüpfen ist (europarechtliche Gründungstheorie),¹²⁵) was im Ergebnis auch der – nach Centros, aber bereits vor Überseering geäußerten – Auffassung des OGH entspricht.¹²⁶) Der Verweis auf die Rechtsordnung des Gründungsstaats ist ein Sachnormverweis, dh ein Verweis auf dessen materielle Bestimmungen, weil sonst der Zweck der Niederlassungs-

Rn 37; der in seinen Schlussanträgen explizit eine unterschiedliche Behandlung des Zu- bzw Wegzugs ablehnte: *Ich halte diese Unterscheidung als Begründung für voneinander abweichende Urteile für künstlich. Außerdem findet sie im Wortlaut der Urteile keinerlei Stütze.*

114) EuGH Rs C-208/00, Rn 69 f.

115) Leible/Hoffmann, RIW 2002, 927 f, 932; Binz/Mayer, Die ausländische Kapitalgesellschaft und Co. KG im Aufwind?, GmbHR 2003, 255; Geyrhaller/Gänßler, Perspektiven nach „Überseering“ – wie geht es weiter?, NZG 2003, 411, 414; Kallmeyer, Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH vom 5.11.2002 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, DB 2002, 2521 f; Lutter, BB 2003, 10; skeptisch Behrens, IPRax 2003, 205; Bayer, BB 2003, 2363; kritisch Forsthoff, DB 2002, 2474; Paefgen, Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht, WM 2003, 568.

116) Eidenmüller, ZIP 2002, 2243; Triebel/v Hase, BB 2003, 2410 f; Meilicke, GmbHR 2003, 802 f; Wagner, „Überseering“ und Folgen für das Steuerrecht; GmbHR 2003, 691 f; Schulz/Sester, Höchststrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“, EWS 2002, 550; Kleinert/Probst, DB 2003, 2218; Handig, wbl 2003, 563.

117) Eidenmüller, ZIP 2002, 2243.

118) EuGH, Rs C-81/87, Rn 16.

119) S dazu unten Fn 127.

120) Vgl etwa EuGH v 15.12.1995, Rs C-415/93 (Bosman), Rn 88-91; s a GA Mischo v 13.03.2003, Rs 9/02, (Hughes des Lasteyrie du Saillant), Rn 48 ff.

121) Triebel/v Hase, BB 2003, 2410.

122) Eidenmüller, ZIP 2002, 2243;

123) S OLG Düsseldorf, RIW 2001, 463 f=ZIP 2001, 790 f; OLG Hamm, GmbHR 2001, 440 f.

124) S EuGH, Rs C-208/00, Rn 80 f, 95; EuGH, Rs C-167/01, Rn 100 f, 104 f.

125) Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 930 f; Weller, Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 209; Paefgen, WM 2003, 566 f.

126) OGH 15.7.1999, 6 Ob 123/99b u 6 Ob 124/99b, RdW 1999, 719 f: „Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der in einem Mitgliedstaat rechtswirksam errichteten ausländischen juristischen Person ist im Zusammenhang mit der Errichtung einer Zweigniederlassung in Österreich nach jenem Recht zu beurteilen, nach dem die juristische Person gegründet wurde, sofern sich ihr satzungsmäßiger Sitz oder die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat befinden.“

freiheit vereitelt würde.¹²⁷⁾ Der Anwendungsbereich dieses eigenen gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsrechts ist aber nicht umfassend, sondern gilt nach der bisherigen Judikatur nur für den Zuzug europäischer Gesellschaften.

(2) Für Wegzugsfälle hat der EuGH in *Überseering* die Zulässigkeit von Wegzugsbeschränkungen seitens des Gründungsstaats – als obiter dictum – ausdrücklich offen gelassen. Die Unterscheidung ist nicht sehr überzeugend und wohl von der Bemühung um Konsistenz zur eigenen früheren Rechtsprechung (*Daily Mail*) getragen.¹²⁸⁾ Dennoch wird vielfach davon ausgegangen, dass das Gemeinschaftsrecht einer Weitergeltung der Sitztheorie – eingeschränkt auf Wegzugsfälle – (vorläufig) nicht im Weg stehe.¹²⁹⁾ Demnach steht es Österreich frei, den Wegzug inländischer Rechtsformen zu verhindern.¹³⁰⁾

Diesen Spielraum nützt Österreich aber schon bisher nicht, da das österreichische IPR den identitätswahrenden Wegzug nicht verhindert. Vielmehr stellt es nur das weitere Schicksal der Gesellschaft in die Disposition des Zuzugsstaats und

überlässt es damit dem Zufall.¹³¹⁾ Der Zuzugsstaat muss die Verweisung nicht annehmen und kann auf österreichisches Recht zurückverweisen (zB Niederlande). Diesfalls bleibt es auch nach dem Wegzug der Gesellschaft bei der Anwendbarkeit österreichischen Gesellschaftsrechts und die Niederlassungsfreiheit wird nicht beschränkt. Wenn der Zuzugsstaat der Sitztheorie folgt und die Verweisung annimmt (zB Deutschland), ergibt sich der Statutenwechsel nicht aus österreichischem IPR, sondern aus den Kollisionsregeln des Zuzugsstaats. Die *Wegzug-* ist also tatsächlich eine *Zuzugs-*beschränkung und als solche primärrechtswidrig. Mit anderen Worten: Dem österreichischen Gesellschaftskollisionsrecht ist eine Wegzugsbeschränkung für inländische Gesellschaften nicht zu entnehmen. Es überlässt die kollisionsrechtliche Beurteilung der Sitzverlegung vielmehr den Zuzugsstaaten. Innerhalb der EU und des EWR sind sie darin aber nicht frei, sondern aufgrund der „europarechtlichen Gründungstheorie“ zu einer Gründungsanknüpfung verpflichtet.¹³²⁾ Es bleibt also bei der Anwendbarkeit österreichischem Gesellschaftsrechts. Die Wegzugsbeschränkungen der Sitztheorie laufen in diesem Fall leer.¹³³⁾

127) So a *Forsthoff*, DB 2002, 2473; dies ist weniger dem Wortlaut der Entscheidung zu entnehmen – der eher für eine Gesamtnormverweisung spricht – sondern ergibt sich aus einer teleologischen Auslegung der Niederlassungsfreiheit [s dazu *Wegener* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV (1999) Art 220 Rn 10 ff]. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Eine österreichische GmbH hat ihren Verwaltungssitz in Deutschland. Geht man von einem Gesamtverweis aus, käme man – aus Sicht des Zuzugsstaates – zu folgendem Ergebnis: Deutschland verweist – unter Anwendung der „europäischen Gründungstheorie“ – auf österreichisches IPR. Da sich die Wirkung der „europäischen Gründungstheorie“ auf den Zuzugsstaat beschränkt, verweist ö IPR unter Anwendung des § 10 IPRG auf deutsches Recht zurück. Diese Rückverweisung würde gem Art 412 EGBGB in einen Verweis auf deutsches Sachrecht umgedeutet – daher deutsches Gesellschaftsrecht auf die ö GmbH angewendet [s allgemein *Kropholler*, Internationales Privatrecht* (2001) 167 f]. Es käme also zu einem Statutenwechsel. Das bedeutet mit anderen Worten: Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit würde sich in diesem Fall aus der Judikatur des EuGH selbst ergeben, das – ausdrücklich – angestrebte Ergebnis der Beurteilung nach dem Sachrecht des Gründungsstaats würde vereitelt. AA *Paefgen*, WM 2003, 568; differenzierend *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 930 f.

128) Dabei ist zu beachten, dass der EuGH in der Rs *Daily Mail* eine steuerrechtliche Wegzugsbeschränkung zu beurteilen hatte, für die aus na-

tionaler Sicht gute Gründe bestehen mögen. Wie dargestellt, ging es um die Offenlegung und Besteuerung stiller Reserven, wenn eine Gesellschaft ihren – für die Besteuerung maßgeblichen – Verwaltungssitz hinausverlegt. Die Besteuerung der stillen Reserven durch den Wegzugsstaat ist wohl weit eher zu rechtfertigen, weil es sich der Sache nach um Gewinne handelt, die bereits vor Verlegung des steuerrechtlichen Anknüpfungsorts entstanden sind und nur in der Rechnungslegung (noch) keinen Niederschlag finden. Aber auch diese Beschränkungen sind an die Rechtfertigungsprüfung des EuGH gebunden. Vgl GA *Mischo v 13.03.2003*, Rs 9/02, (*Hughes des Lasteyrie du Saillant*), Rn 48 ff.

129) *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 927 f.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2242 f, 2244; *Forsthoff*, DB 2002, 2474; *Paefgen*, WM 2003, 568; *Handig*, *ecollex* 2003, 87 f.

130) Ausländische Gesellschaften dürfen auch im Lichte dieser Rechtsprechung nicht am Wegzug gehindert werden: S EuGH, Rs C-208/00, Rn 62, 67, 70; EuGH, Rs C-167/01, Rn 103.

131) Vgl oben 2.2.1.

132) S EuGH, Rs C-208/00, Rn 80 f, 95.

133) Anders stellt sich der Fall dar, wenn der Wegzugsstaat die Sitztheorie mit einer Sachnormverweisung kombiniert, wie das zB bei Griechenland der Fall ist. Diesfalls ergibt sich die Beschränkung direkt aus dem Recht des Wegzugsstaates, das den Statutenwechsel anordnet.

ZUSAMMENFASSUNG

(1) Nach derzeitigem Stand der Jud des EuGH muss Österreich den Zuzug europäischer¹³⁴⁾ Gesellschaften akzeptieren und kann die Verlegung des Verwaltungssitzes dieser Gesellschaften nach Österreich nicht – bzw nur innerhalb der in der Entscheidung Inspire Art gezogenen engen Grenzen¹³⁵⁾ – mit der Anwendung österreichischer gesellschaftsrechtlicher Vorschriften sanktionieren. Dies gilt für „echte“ Auslandsgesellschaften ebenso wie für Briefkastengesellschaften, deren Zweck die Umgehung inländischen Gesellschaftsrechts ist.

(2) Anderes gilt – auf den ersten Blick – für den Wegzug österreichischer Gesellschaften in einen anderen EU-Staat. Nach der EuGH-Judikatur können die Mitgliedstaaten den Zuzug von Gesellschaften aus dem Binnenmarkt zwar nicht verhindern, sehr wohl aber dürfen sie Beschränkungen für den Wegzug vorsehen. Dies gilt auch für Beschränkungen, die sich aus dem IPR des Wegzugsstaats ergeben.

Das österreichische IPR beschränkt den Wegzug nicht selbst, sondern verweist auf das IPR des Zuzugsstaats und überlässt es diesem, einen Statutenwechsel vorzusehen oder österreichisches Recht anzuwenden. Damit liegt der Ball beim Zuzugsstaat, der als Folge der „europäischen Gründungstheorie“ am österreichischen Recht anknüpfen und dieses anwenden muss.¹³⁶⁾ Im Ergebnis ist daher – und trotz der wenig überzeugenden Differenzierung des EuGH zwischen Wegzugs- und Zuzugsbeschränkungen – auch der Wegzug österreichischer Gesellschaften problemlos möglich. Die Praxis hat aber zu beachten, dass sich die-

ses Ergebnis zwar durch Anwendung der bisherigen Judikatur des EuGH ergibt, bisher aber noch nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde.

(3) Im Verhältnis zu Drittstaaten bleibt alles beim „Alten“. Die österreichische Rechtsordnung behindert den Zuzug wie den Wegzug durch § 10 IPRG, der das Gesellschaftsstatut am tatsächlichen Verwaltungssitz anknüpft. Für Wegzugsfälle bleibt aber zu beachten: Zu einem Statutenwechsel kommt es nur, wenn der Zuzugsstaat ebenfalls der Sitztheorie und nicht der Gründungstheorie in Verbindung mit einem Sachrechtsverweis folgt.

Rechtspolitisch sollte man sich zumindest eine Änderung der Rechtslage im Bereich der Wegzugsfälle überlegen. Falls man auf die Sitztheorie für den Zuzug aus Oasenstaaten nicht verzichten will, spricht jedenfalls nichts für die Behinderung des Wegzugs.¹³⁷⁾ De lege lata ist die Möglichkeit des Wegzugs nur gesichert, wenn der Zuzugsstaat der Gründungstheorie mit Sachnormverweis folgt.

134) Dh solche die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gemeinschaftsgebiet haben.

135) Vgl Adensamer/Bervoets, RdW 2003, 619 f.

136) AA iS einer Gesamtnormverweisung auf das Gründungsrecht, Paefgen, WM 2003, 567 f; differenzierend Leible/Hoffmann, RIW 2002, 930 f.

137) So a Koppensteiner, GmbHG² (1999), Allg Einl, Rn 18; ders, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971) 166 ff; Behrens in Hachenburg⁸ (1992) Einl Rn 135; aA zB Großfeld in Staudinger, KommBGB (1998) IntGesR, Rn 608 ff.