

## Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes

§§ 3, 4 FBG;  
§§ 13, 105 UGB

OGH 10. 4. 2014,  
6 Ob 224/13 d

2014/290

1. Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen EWR-Vertragsstaats gegründet wurden, können sich in eine österr Gesellschaft identitätswahrend umwandeln, wenn zugleich der Verwaltungssitz nach Österreich verlegt wird, die Gesellschaft sämtliche Voraussetzungen erfüllt, die nach dem Recht des Wegzugsstaats für eine solche Umwandlung bestehen und die Gesellschaft die Anforderungen an eine österr Gesellschaft (insb in Bezug auf Satzung, Kapitalausstattung, Organbesetzung) erfüllt.

2. Dies gilt auch für eine OG oder KG.

3. Weitere Voraussetzung der Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Österreich ist, dass

die Herkunftsrechtsordnung eine derartige Sitzverlegung ohne Liquidation zulässt.

*Die D\*S.A.S. ist eine Società in accomandita semplice, eine Personengesellschaft nach italienischem Recht. Sie ist beim Unternehmensregisteramt bei der Kammer für Handel Industrie Handwerk und Landwirtschaft (...) von Neapel (...) eingetragen. Der Gesellschafter U\*I\* haftet unbeschränkt, die I\*verwaltung KG haftet nur mit ihrem Geschäftsanteil.*

*Die Gesellschafter der D\*S.A.S. beschlossen am 11. 4. 2013 die Verlegung des Gesellschaftssitzes von „\*“ nach „\*\* (Österreich)“. Sie änderten den den Gesell-*

schaftssitz regelnden Art 2 des Gesellschaftsvertrags und gaben in ihrem Beschluss v 11. 4. 2013 die aktualisierte Fassung des Gesellschaftsvertrags unter Berücksichtigung dieser Änderung sowie eines ebenfalls vereinbarten Verkaufs eines Geschäftsanteils des U\*I\* an der D\* S.A.S. an die I\*verwaltung KG wieder. Art 3 des Gesellschaftsvertrags nimmt erkennbar auf italienische Gesetze Bezug.

Der vorgelegte italienische Registerauszug enthält unter der Überschrift „Status Aktivität“ die Eintragung: „Unternehmen inaktiv“ und unter der Überschrift „Aufschiebende Bedingungen“ folgende Eintragung: „Mit notarieller Urkunde des Notars A\* vom 11. 4. 2013 wurde der Gesellschaftssitz verlegt nach \* (Österreich).“

Am 5. 8. 2013 beantragte U\*I\* als geschäftsführender Komplementär der D\* S.A.S. infolge Sitzverlegung der Gesellschaft die Eintragung der D\* KG als Rechtsnachfolgerin der D\* S.A.S. mit dem Sitz in der Gemeinde K\* und der Geschäftsanschrift \* sowie die weiteren in den §§ 3, 4 FBG vorgesehenen Eintragungen in das FB. Er bringt vor, die Liegenschaft \* stehe in seinem sowie im Eigentum der D\* KG. Die Verlegung des Geschäftssitzes erfolge iZm einer Verlegung sämtlicher Aktivitäten nach Österreich. Es sei nicht nur seine Wohnsitznahme in Österreich, sondern auch eine Konzentration sämtlicher Gesellschaften in \* geplant. Er beabsichtige, nachhaltig auf unbestimmte Zeit im österreichischen Immobilienmarkt zu investieren. Der Gesellschaftssitz in \* verfüge über Büroräume und Einrichtung. Die Entscheidungen der Unternehmensleitung sollten hier effektiv umgesetzt werden. Die Gesellschaft werde somit ihre wirtschaftliche Tätigkeit mittels fester Einrichtung an ihrem Satzungs- und Verwaltungssitz in Österreich ausüben. Die Funktionsweise der D\* S.A.S. solle in der Folge nach österr Recht geregelt werden. Die Gesellschaft verlege daher sowohl ihren Satzungs- als auch ihren Verwaltungssitz von Italien nach Österreich unter Wechsel des anwendbaren Rechts und Umwandlung in die KG. Die Satzung sei mit Beschluss v 11. 4. 2013 den formellen und materiellen Mindestanforderungen des österr Rechts angepasst worden. Die beabsichtigte Fassung des Gesellschaftsvertrags nach Durchführung der Sitzverlegung sehe deshalb in Art 2 den Geschäftssitz in \* mit der Geschäftsanschrift \* sowie die entsprechende Änderung der Firma in D\* KG vor. Das Unternehmensregister Neapel habe die Zulässigkeit der Satzungsänderung nach italienischem Recht festgestellt und werde die Sitzverlegung eintragen, sobald diese im österr FB eingetragen sei. Das Unternehmensregister Neapel bescheinige der Gesellschaft, dass die Interessen der Gläubiger und sonstigen Forderungsberechtigten einschließlich der öffentlich rechtlichen Körperschaften angemessen geschützt seien und dem Wegzug aus Italien keine zwingenden rechtlichen Gründe entgegenstehen.

Die D\* KG berief sich auf die Niederlassungsfreiheit und die Zulässigkeit der begehrten Eintragung im Hinblick auf die E des EuGH v 12. 7. 2012, C-378/10, Vale, und v 16. 12. 2008, C-210/06, Cartesio.

### Aus der Begründung:

1.1. Unter „grenzüberschreitender Satzungssitzverlegung“ ist ein Vorgang zu verstehen, der durch einen Wechsel des anwendbaren Gesellschaftsrechts in ei-

nem geordneten Verfahren gekennzeichnet ist, in dessen Zuge es insb zu einer Löschung der Gesellschaft im Register des Wegzugsstaats und zu einer Neueintragung der Gesellschaft im Register des Zuzugsstaats kommt und bei dem insgesamt die Identität der Gesellschaft vergleichbar einer formwechselnden Umwandlung im nationalen Recht gewahrt bleibt, was insb bedeutet, dass es zu keiner Übertragung des Gesellschaftsvermögens kommt und die Mitgliedschaftsrechte wenn auch regelmäßig mit verändertem Gehalt aufrecht bleiben (Eckert in Kals, Verschmelzung Spaltung Umwandlung<sup>2</sup> EU VerschG Vor § 1 Rz 51).

1.2. Im Europäischen Gemeinschaftsrecht gibt es bislang keine Regelung zur grenzüberschreitenden Verlegung des Satzungssitzes von Gesellschaften ohne Erfordernis einer Liquidation und Neugründung. Eine geplante Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung wurde nicht realisiert (...).

2.1. In der E v 16. 12. 2008, C 210/06, *Cartesio* hatte der EuGH den Fall einer in der Rechtsform einer KG nach ungarischem Recht gegründeten Gesellschaft zu beurteilen, die beim Handelsregistergericht beantragt hatte, die Verlegung ihres Sitzes nach Italien zu bestätigen und die Sitzangabe im Handelsregister entsprechend zu ändern. Der Antrag war mit der Begründung abgelehnt worden, dass eine in Ungarn gegründete Gesellschaft nach geltendem ungarischen Recht ihren Sitz nicht unter Beibehaltung des ungarischen Personalstatuts ins Ausland verlegen könne.

2.2. Der EuGH entschied in diesem Vorabentscheidungsverfahren, dass die Art 43 und 48 EG beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts dahin auszulegen sind, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten. (...)

2.4. Die Entscheidung des EuGH im Fall *Cartesio* betraf zwar keine Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes, sondern des tatsächlichen Verwaltungssitzes (*Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 13 Rz 23). Der EuGH deutete allerdings an, dass die Sitzverlegung unter gleichzeitiger „Umwandlung“ in eine Gesellschaftsform des Zuzugsstaats nicht beschränkt werden dürfe, wenn nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses dagegen sprächen. Der EuGH verwendet im Übrigen nicht den Begriff „Satzungssitz“ oder „Verwaltungssitz“, sondern stellt ganz allgemein darauf ab, dass „eine Gesellschaft (...) verlegt“ werde (...).

3.1 In der E des EuGH v 12. 7. 2012, C 378/10, *Vale* war eine nach italienischem Recht gegründete GmbH zu beurteilen, die im italienischen Handelsregister im Hinblick auf ihre Absicht, ihren Sitz und ihre Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen und ihre Tätigkeit in Italien einzustellen, gelöscht worden war. Da die ursprünglich in Italien nach italienischem Recht gegründete Gesellschaft beschlossen hatte, ih-

ren Sitz nach Ungarn zu verlegen und dort nach ungarischem Recht tätig zu werden, hatten der Geschäftsführer der *Vale Costruzioni* und eine weitere natürliche Person in Italien den Gesellschaftsvertrag der *Vale Építési Kft* (einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungarischen Rechts) geschlossen, um ihre Eintragung in das ungarische Handelsregister zu erwirken.

3.2. Der Vertreter der *Vale Építési* hatte beim ungarischen Handelsregistergericht die Eintragung der Gesellschaft nach ungarischem Recht beantragt und die *Vale Costruzioni* als Rechtsvorgängerin angegeben. Der Zurückweisungsbeschluss des Gerichts erster Instanz war mit der Begründung bestätigt worden, dass eine in Italien gegründete und eingetragene Gesellschaft aufgrund der in Ungarn geltenden Rechtsvorschriften für Gesellschaften ihren Gesellschaftssitz nicht nach Ungarn verlegen und sich nicht in der beantragten Form eintragen lassen könne. Eine nicht ungarische Gesellschaft könne nicht als Rechtsvorgängerin eingetragen werden.

3.3. Der EuGH sprach im über Antrag des ungarischen OGH eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren aus, dass die Art 49 und 54 AEUV im Kontext einer grenzüberschreitenden Umwandlung einer Gesellschaft dahin auszulegen seien, dass der Aufnahmemitgliedstaat befugt sei, das für einen solchen Vorgang maßgebende innerstaatliche Recht festzulegen und somit die Bestimmungen seines nationalen Rechts über innerstaatliche Umwandlungen anzuwenden, die wie alle Anforderungen an die Erstellung einer Bilanz und eines Vermögensverzeichnisses die Gründung und die Funktionsweise einer Gesellschaft regeln. Der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz verwehrten es jedoch dem Aufnahmemitgliedstaat, bei grenzüberschreitenden Umwandlungen die Eintragung der die Umwandlung beantragenden Gesellschaft als „Rechtsvorgängerin“ zu verweigern, wenn eine solche Eintragung der Vorgängergesellschaft im Handelsregister bei innerstaatlichen Umwandlungen vorgesehen sei, und sich zu weigern, den von den Behörden des Herkunftsmitgliedstaats ausgestellten Dokumenten im Verfahren zur Eintragung der Gesellschaft gebührend Rechnung zu tragen (Rz 62). (...)

6. (...) Zusammenfassend können Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen EWR-Vergangsstaats gegründet wurden, sich in eine österr Gesellschaft identitätswahrend umwandeln, wenn zugleich der Verwaltungssitz nach Österreich verlegt wird, die Gesellschaft sämtliche Voraussetzungen erfüllt, die nach dem Recht des Wegzugsstaats für eine solche Umwandlung bestehen, und die Gesellschaft die Anforderungen an eine österr Gesellschaft (insb in Bezug auf Satzung, Kapitalausstattung, Organbesetzung) erfüllt (*Eckert*, GesRZ 2009, 139 [154]; zur Satzungsänderung noch nach ausländischem Recht auch *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 [329]).

7.1. Schon letzteres Erfordernis ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Der Gesellschaftsvertrag einer OG oder KG kann zwar nach österr Recht formfrei, und zwar auch mündlich oder sogar konkludent ge-

schlossen werden. (...) Der Abschluss eines derartigen Gesellschaftsvertrags muss aber konkret behauptet und sofern das Firmenbuchgericht dies im Rahmen seiner umfassenden Prüfungspflicht verlangt auch bescheinigt werden. Der allein vorgelegte Gesellschafterbeschluss v 11. 4. 2013 genügt diesem Erfordernis jedenfalls nicht. Darin wird vielmehr, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannten (§ 510 Abs 3 ZPO), lediglich die Absicht geäußert, dass der Sitz nach Österreich verlegt werden soll. Sonst enthält die Urkunde nur die Veräußerung eines Teils des Geschäftsanteils des U\*I\* an der D\* S.A.S. \*. Die Gesellschafter beziehen sich in Art 3 des Gesellschaftsvertrags evident auf italienische Rechtsvorschriften; außerdem ist die Gesellschaft durchgehend unverändert als „D\* S.A.S.“ bezeichnet. Dem Gesellschaftsvertrag ist nicht ansatzweise zu entnehmen, dass die Gesellschafter bereits mit diesem Vertrag die Umwandlung in eine österr Kommanditgesellschaft (nicht bloß ankündigten, sondern) vornehmen wollten.

7.2. Auch das diesbezügliche Vorbringen ist wie gleichfalls die Vorinstanzen zutreffend erkannten widersprüchlich. Einerseits ist davon die Rede, dass die Satzung hiemit den Mindestanforderungen des österr Rechts angepasst worden sei, andererseits, dass die Funktionsweise der D\* S.A.S. in der Folge nach österr Recht geregelt werden solle und dass die beabsichtigte Fassung des Gesellschaftsvertrags nach Durchführung der Sitzverlegung den Geschäftssitz in \* sowie die entsprechende Änderung der Firma in „D\* KG“ vorsehe. Der Gesellschafterbeschluss v 11. 4. 2013 sei dem Unternehmensregister Neapel mit dem Hinweis überreicht worden, dass die Gesellschaft beabsichtige, sich dem österr Recht zu unterwerfen. Dass die behauptete Satzungsanpassung sowie Firmenänderung bereits erfolgt sei, ist der vorgelegten Urkunde v 11. 4. 2013 in keiner Weise zu entnehmen. (...)

8.1. Weitere Voraussetzung der Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Österreich ist nach dem Gesagten, dass die Herkunftsrechtsordnung eine derartige Sitzverlegung ohne Liquidation zulässt. Nach § 4 Abs 1 IPRG ist zwar das fremde Recht grundsätzlich von Amts wegen zu ermitteln (vgl nur *Verschraegen in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 4 IPRG Rz 1). Allerdings hat der OGH in der E 6 Ob 226/09 t bereits ausgesprochen, dass die Parteien im Firmenbuchverfahren in Ansehung der Ermittlung ausländischen Rechts eine verstärkte Mitwirkungspflicht trifft. Soweit daher im vorliegenden Fall italienisches Recht maßgeblich ist, ist es Sache der Einschreiterin, diesbezügliche Nachweise dem Firmenbuchgericht vorzulegen.

8.2. Nach Auffassung der Vorinstanzen ist nicht nachgewiesen, dass nach italienischem Recht in der vorliegenden Konstellation eine Satzungsitzverlegung ohne Liquidation möglich ist. Die Eintragung der „aufschiebenden Bedingung“ in das italienische Handelsregister unter Anführung von Neapel als Sitz der Gesellschaft reiche allein nicht als Nachweis, dass der Wegzug der Gesellschaft aus Italien ohne Liquidation zulässig ist. Dieser Rechtsansicht tritt der Revisionsrekurs nicht entgegen. (...)

**Anmerkung:**

1. Der OGH konnte – soweit ersichtlich – erstmals zur Frage einer grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung, hier eine sog. „Hereinwanderung“, entscheiden. Bemerkenswert ist mE auch, dass er die hauptsächlich zu Kapitalgesellschaften entwickelte EuGH-Rsp unmittelbar auf Personengesellschaften anwendet. Dem ist voll und ganz zuzustimmen.

Der OGH folgt der durch den EuGH über die Jahre gebildeten Linie zum Europäischen Gesellschaftsrecht mit auf Zitaten aus dieser Rsp; demnach gilt:

Eine Ges kann (freilich nur im Binnenmarkt des – aus der EU plus Island, Norwegen und Liechtenstein bestehenden – EWR)

- identitätswahrend (dh ohne Neugründung) und
  - ohne Liquidation
- ihren Satzungssitz über die Grenze hinweg verlegen und die Eintragung in das Register des Zuzugsstaats begehren. Voraussetzung ist, dass gleichzeitig auch der Ort der Hauptverwaltung verlegt wird.

Dazu muss die Ges

- die nach dem Recht des Wegzugsstaats (hier Italien) für eine solche „Umwandlung“ bestehenden Vorschriften erfüllen (diese sind unionsrechtlich weitestgehend zulässig, vgl EuGH 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*: die Zwangsliquidation darf freilich nicht verlangt werden; zusammenfassend zur Wegzugs-Judikatur des EuGH vgl Brugger in Gruber/Harrer, GmbHG § 107 Rz 125–128, zur Wegzugs-Besteuerung weiters Rz 129 und EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*) und
- im Zuzugsstaat (hier Österreich), der den Zuzug nicht grds verhindern darf (EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, *Vale*; das übersieht das ErstG völlig), die Anforderungen an die strukturell äquivalente Gesellschaftsform (hier S.A.S./KG), insb in Bezug auf Satzung, Kapitalausstattung, Organbesetzung, erfüllen (zusammenfassend zur Zuzugs-Judikatur des EuGH vgl Brugger in Gruber/Harrer, GmbHG § 107 Rz 24–25). Dies ist im Firmenbuchantrag konkret zu behaupten (und, sofern das Firmenbuchgericht dies im Rahmen seiner umfassenden Prüfungspflicht verlangt, auch zu bescheinigen).

2. Im Anlassfall der Sitzverlegung von Neapel nach Kaprun lag genau hier das – nicht rechtliche, sondern – faktische Problem. Denn die S.A.S. änderte den Gesellschaftsvertrag vor der Firmenbuchanmeldung eben nicht dahin, dass sie

- nun KG als Rechtsformbezeichnung im Firmenwortlaut tragen soll und
- nun den Sitz in einem Ort in Österreich habe und
- nun der Gesellschaftsvertrag österr Gesellschaftsrecht unterliege und
- dessen Anforderungen, soweit sie zwingenden Rechts sind, entspreche (keine freie Rechtswahl, vgl Brugger in Gruber/Harrer, GmbHG § 107 Rz 18–19; tw aA Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 232–394).

Vielmehr sollte im Anlassfall nach dem Anmeldevorbringen diese Gesellschaftsvertragsänderung erst nach der Firmenbucheintragung beschlossen werden (arg „beabsichtigte Fassung“ des Gesellschaftsvertrages) und der dem Firmenbuchgericht vorgelegte Gesellschaftsvertrag bezog sich nach wie vor auf italienisches Recht. Aufgrund dieser Umstände konnte die Firmenbucheintragung tatsächlich nicht gelingen. Der E ist somit voll zuzustimmen.

3. Nur die Ansicht des ErstG, die Anmelder hätten nicht (nicht ausreichend) nachgewiesen, dass der Wegzug der Ges aus Italien ohne Liquidation zulässig sei, geht mE ins Leere, denn Italien darf die Zwangsliquidation schon gem EuGH *Cartesio* (dort Rz 113) nicht verlangen. Der OGH geht leider nicht näher darauf ein, sondern verweist nur auf die verstärkte Mitwirkungspflicht der Einschreiter zum Nachweis ausl Rechts und weiters darauf, dass die Einschreiter diese (mE falsche) Rechtsansicht im Revisionsrekurs nicht bekämpft haben. Übrigens kam es bei einem nahezu identen Parallelfall (FN 416543 p, Satzungssitzverlegung einer KG von Südtirol nach Nordtirol) jedenfalls problemlos (auf Basis einer Bescheinigung des italienischen Notars über das italienische Recht) zur Eintragung. Die grenzüberschreitende Sitzverlegung funktioniert also in der Praxis.

Trotzdem gibt es bisweilen den Ruf nach eindeutigen gesetzlichen Normen für die Sitzverlegung, um die (aber mE höchstens punktuell bestehenden) Unsicherheiten zu verringern.

4. Soweit der OGH (in Pkt 1.2. der E) und das von ihm zit ErstG vom „Gemeinschaftsrecht“ sprechen, ist wohl das Unionsrecht gemeint, denn mit dem am 13. 12. 2007 abgeschlossenen Vertrag von Lissabon ist seit 1. 12. 2009 das Gemeinschaftsrecht zum Unionsrecht geworden; nur in früheren Rechtsakten wird daher noch von Gemeinschaftsrecht gesprochen.

Walter Brugger

Hon.-Prof. RA Dr. Walter Brugger ist Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Wien, und im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht tätig.