

ALEXANDER SCHOPPER

Liechtensteinische und österreichische Stiftungen im Internationalen Privatrecht

I. Einleitung

Das Internationale Gesellschaftsrecht ist in Europa in Bewegung. Hauptschauplatz dieser dynamischen Entwicklungen war und ist das Kapitalgesellschaftsrecht. Fragen des Internationalen Privatrechts der Stiftungen fristen demgegenüber ein Schattendasein. Gerade auf Grund der Änderungen von rechtlichen Rahmenbedingungen für Privatstiftungen in Österreich stellt sich aber zunehmend die Frage, ob eine Sitzverlegung einer Privatstiftung ins Ausland zulässig ist und welche Vorgaben hierbei einzuhalten sind. Dieser Beitrag widmet sich ausgewählten Fragen des Internationalen Privatrechts in Bezug auf die Privatstiftung österreichischen Rechts und die liechtensteinische Stiftung. Vor allem für die österreichische Privatstiftung wird dabei – soweit ersichtlich – rechtsdogmatisches Neuland betreten.

II. Zum Personalstatut der Stiftung

A. Begriff und Reichweite

Unter dem Personalstatut einer Stiftung (auch »*Stiftungsstatut*«¹) ist das auf eine Stiftung anwendbare Recht zu verstehen. Dem Sitzrecht unterliegen alle Fragen, »*die das Leben der juristischen Person oder Gesellschaft begleiten, namentlich die Bereiche der inneren und äußeren Organisation.*«² Nach dem Personalstatut

1 Siehe etwa *Hofmann* in Richter/Wachter (Hrsg), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007) § 10 Rz 1 ff.

2 Vgl OGH 14. 7. 1993, 8 Ob 634/92, ÖBA 1994, 165 = ZfRV 1994, 79 (*Hoyer*).



wird etwa ermittelt, in welchem Umfang die Stiftung Rechtssubjekt, dh Trägerin von Rechten und Pflichten ist, und ob es sich beim fraglichen Gebilde um eine inländische oder ausländische juristische Person handelt.³ Das Personalstatut entscheidet, nach welchem Recht die Stiftung entsteht und welche konkreten Rechtsakte hierfür erforderlich sind.⁴ Ferner umfasst das Personalstatut einer Stiftung die Einflussmöglichkeiten des Stifters auf die Stiftungsorgane, den Stiftungszweck und dessen Änderungsmöglichkeiten, die Haftung der Stiftungsorgane sowie das Erlöschen und die Liquidation der Stiftung.⁵

B. Österreichische Privatstiftung und § 10 IPRG

Die Privatstiftung nach österreichischem Recht ist gem § 1 Abs 1 PSG ein Rechtsträger, dem Rechtspersönlichkeit zukommt. Als solcher unterliegt die Privatstiftung § 10 IPRG, dessen weiter Anwendungsbereich sich auf alle von der natürlichen Person verschiedenen Teilnehmer am Rechtsverkehr (*»Personen- oder Vermögensverbindungen«*), die Träger von Rechten und Pflichten sein können, erstreckt.⁶

Das österreichische IPRG folgt in § 10 der Sitztheorie. Demnach richtet sich das Personalstatut einer Privatstiftung nach dem Recht des Staates, in dem sie den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung hat. Zur Bestimmung des Sitzes der Hauptverwaltung für Kapitalgesellschaften existiert bereits eine recht umfangreiche Rsp⁷ und Literatur⁸. Der Sitz der Hauptverwaltung stellt einen Bezug zur faktischen Geschäftsführung des jeweiligen Rechtsträgers her. Unter dem tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung ist der Schwerpunkt der körperchaftlichen⁹ Führung zu verstehen.¹⁰ Maßgeblich ist nach der Rsp der Ort, an

3 § 12 IPRG; siehe RIS-Justiz RS0108521 (<ris.bka.gv.at>); *Neumayr* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB³ (2010) § 10 IPRG Rz 2.

4 *Feick/Pawlytta*, Asset Protection und anwendbares Recht in deutsch-liechtensteinischen Fällen, liechtenstein-journal 2009, 71 (73) mwN.

5 Vgl *Hofmann* in Richter/Wachter, Stiftungsrecht § 10 Rz 1; *Feick/Pawlytta*, liechtenstein-journal 2009, 73; allgemein RIS-Justiz RS0077038.

6 *Verschraegen* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ II/2 (2004) § 10 IPRG Rz 1; *Neumayr* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar³ § 10 Abs 1 IPRG Rz 1.

7 Siehe etwa die unter dem Rechtssatz RIS-Justiz RS0077038 angeführten zahlreichen Entscheidungen.

8 Vgl zB die eingehende Analyse bei *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 30 ff.

9 Zu den körperschaftlichen Elementen der Privatstiftung siehe *Zollner*, Die eigennützte Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011) 4 ff mwN.

10 *Verschraegen* in Rummel, ABGB³ II/2 § 10 IPRG Rz 3 mwN.

dem grundlegende Entscheidungen zur Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden (sog »*Sandrock-Formel*«¹¹).¹²

Auch bei der Privatstiftung ist der Sitz der Hauptverwaltung nach diesen Grundsätzen zu ermitteln, allerdings wird es hier wegen § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 PSG (Verbot der gewerbsmäßigen Haupttätigkeit und Verbot der Geschäftsführung einer »Handelsgesellschaft«) auf die faktische Verwaltung der Stiftung ankommen. Nach § 17 Abs 1 PSG verwaltet und vertritt der Vorstand die Privatstiftung und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks. Für die Bestimmung des Sitzes der Hauptverwaltung einer Privatstiftung ist daher grundsätzlich jener Ort maßgeblich, an dem der Vorstand seine Geschäftsführungs- und Vertretungstätigkeit hauptsächlich entfaltet.¹³ Das ist der Ort, an dem der Stiftungsvorstand überwiegend die für die Verwaltung und Vertretung der Privatstiftung relevanten Beschlüsse fasst. Dieser Sitz ihrer Hauptverwaltung (auch »*Verwaltungssitz*«) iSd § 10 IPRG muss nicht mit dem in der Stiftungsurkunde festgelegten und im Firmenbuch eingetragenen Sitz der Privatstiftung übereinstimmen.

Allerdings erfuhr die Bedeutung der Sitztheorie durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Centros*¹⁴ und die dazu ergangene Folgejudikatur eine starke Einschränkung zugunsten der Niederlassungsfreiheit. Konkret tritt der EuGH in dieser Rsp jeglichen Zuzugsschranken für Auslandsgesellschaften aus einem anderen EU- oder EWR-Staat vehement entgegen. Bereits aus *Centros* schloss der OGH zutreffend, dass die Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar ist.¹⁵ Die Folgeentscheidung des EuGH zu *Überseering*¹⁶ bestätigte dies. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vorrangig die Frage, ob sich auch eine österreichische Privatstiftung auf die Niederlassungsfreiheit berufen darf und ob die Judikatur über die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auch für Privatstiftungen gilt. Diese Frage ist einerseits anhand des Art 49 AEUV zu beantworten, der die Niederlassungsfreiheit statuiert, und andererseits anhand des Art 54 AEUV, der »*Gesellschaften*« natürlichen Personen gleichstellt und den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften eröffnet.

11 Vgl *Sandrock*, Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen, in *Sandrock* (Hrsg), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979 (1979) 669 ff.

12 RIS-Justiz RS0108520; ähnlich *Verschraegen* in Rummel, ABGB³ II/2 § 10 IPRG Rz 3; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2007) Einl Rz 31.

13 Vgl zur AG etwa *Heidinger/Schneider* in Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz³ (2011) § 5 Rz 19; zur GmbH ähnlich *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007) § 4 Rz 4.

14 EuGH 9. 3. 1999, C-212/97 *Centros*, Slg 1999, I-1459.

15 OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 124/99z, SZ 72/121; OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 123/99b, RdW 1999, 719; siehe auch RIS-Justiz RS0112341.

16 EuGH 5. 11. 2002, C-208/00 *Überseering*, Slg 2002, I-9919.

C. Österreichische Privatstiftung und unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit

1. Sachlicher Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV)

Zunächst interessiert die Frage, ob die Tätigkeit einer Privatstiftung in den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt. Von der Niederlassungsfreiheit erfasst sind gem Art 49 AEUV »die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen.« Daher liegt es nahe, dass sich diese Frage nur im konkreten Einzelfall – abhängig von der jeweils ausgeübten Tätigkeit – beantworten lässt. Maßgebend ist stets, ob die von der Privatstiftung tatsächlich ausgeübte Tätigkeit eine selbstständige Erwerbstätigkeit oder die Gründung und Leitung von Unternehmen darstellt. Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit iSd Art 49 AEUV ist weit auszulegen und umfasst jede Art der wirtschaftlichen, dh grundsätzlich entgeltlichen Tätigkeit, die in eigener Verantwortung und weisungsfrei erfolgt.¹⁷ Entscheidend ist das äußere Erscheinungsbild der Tätigkeit, nicht die Motive bzw Ziele desjenigen, der sie vornimmt.¹⁸ Ins Gewicht fällt daher im vorliegenden Zusammenhang nicht der Stiftungszweck, der die Ziele vorgibt, an denen sich die Tätigkeit einer Stiftung zu orientieren hat. Nicht nur eine eigennützige, sondern ebenso eine gemeinnützige Privatstiftung kann selbstständige Erwerbstätigkeiten iSd Art 49 AEUV ausüben, denn gemeinnützig orientierte Aktivitäten, die potenziell auch dem wirtschaftlichen Fortkommen dienen könnten, gelten ebenso als Erwerbstätigkeiten im Sinne dieser Bestimmung.¹⁹

Dass eine Privatstiftung gem § 1 Abs 2 PSG nicht eine über eine bloße Nebentätigkeit hinausgehende gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben darf, schließt nicht aus, dass der Tatbestand der Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten dennoch erfüllt sein kann. Art 49 AEUV stellt nicht auf das Ausmaß der selbständigen Erwerbstätigkeit ab und erfasst daher eine solche bereits dann, wenn sie bloß den Umfang einer Nebentätigkeit aufweist.

Das Halten von Anteilen an Unternehmen und die Konzernleitung stellen ein wesentliches Anwendungsfeld von Privatstiftungen in Österreich dar. Wegen des Verbots der gewerbsmäßigen Tätigkeit ist einer österreichischen Privat-

¹⁷ Bröhmer in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 49 Rz 10.

¹⁸ Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (49. Ergänzungslieferung, 2012) Art 49 AEUV Rz 22.

¹⁹ Müller-Graff in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 49 Rz 13; Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art 49 AEUV Rz 22.

stiftung aber nur eine sogenannte »eingeschränkte Leitungsausübung« erlaubt.²⁰ Eine straffe Konzernleitung, die alle wesentlichen Leitungsbereiche umfasst, verstößt gegen § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 PSG. Unzulässig ist ferner die unmittelbare Einbringung eines Unternehmens in eine Privatstiftung, also die unmittelbare Unternehmensträgerstiftung.²¹ Fraglich ist, ob eine solche eingeschränkte Leitungsausübung durch die Privatstiftung den Tatbestand der selbständigen Erwerbstätigkeit oder jenen der Gründung und Leitung von Unternehmen jeweils iSd Art 49 AEUV erfüllen kann. Im Urteil *Stauffer*²² vertrat der EuGH die Ansicht, dass sich eine gemeinnützige Stiftung nach italienischem Recht mit Satzungs- und Verwaltungssitz in Italien nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, wenn sie in Deutschland bloß Einkünfte aus der Vermietung eines Geschäftsgrundstücks erzielt, sonst aber keine Geschäftsräume für die Ausübung dieser Tätigkeit in Deutschland unterhält, sondern die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung des Grundbesitzes von einer deutschen Hausverwaltung erbracht werden. Wesentlich für dieses Ergebnis ist nach der Entscheidungsbegründung des EuGH, dass keine »dauerhafte Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat« (Deutschland) gegeben war und die Verwaltung des im Eigentum der italienischen Stiftung befindlichen Mietobjekts nicht »aktiv« erfolgte, sondern durch eine deutsche Hausverwaltung vorgenommen wurde. Diese Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Stauffer* beziehen sich allerdings weniger auf den Tatbestand der selbstständigen Erwerbstätigkeit, sondern vor allem auf den dazu vorgelagerten Niederlassungsbegriff im Allgemeinen.²³ Der EuGH versagte der italienischen Stiftung die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit, weil die bloße Erzielung von Mieteinkünften aus einer in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Liegenschaft nicht ausreicht, wenn damit keine dauerhafte Präsenz und keine aktive Verwaltung verbunden sind. Den Ausführungen des EuGH lässt sich entnehmen, dass es an einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat (hier: Deutschland) fehlte, die darauf angelegt ist, dauerhaft am Wirtschaftsleben dieses Mitgliedstaats teilzunehmen.

20 OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p, GesRZ 2006, 82; vgl zum Problemkreis auch *Zwick*, Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278 mwN.

21 OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p, GesRZ 2006, 82.

22 EuGH 14.9.2006, C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Slg 2006, I-08203 Rz 14–19.

23 Nunmehr ebenfalls Art 49 AEUV. Allerdings ist einzuräumen, dass der Niederlassungsbegriff und der Tatbestand der selbstständigen Erwerbstätigkeit keine scharf voneinander zu unterscheidenden Tatbestandsmerkmale sind, sondern fließend ineinander übergehen. Der EuGH stellt nämlich beim Niederlassungsbegriff auf das Vorliegen einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat ab, die darauf angelegt ist, dauerhaft am Wirtschaftsleben dieses Mitgliedstaats teilzunehmen. Diese Teilnahme am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats ist freilich ein Element des Niederlassungsbegriffs, das nahtlos zum Tatbestand der selbstständigen Erwerbstätigkeit überleitet.

Entsprechendes gilt für eine österreichische Privatstiftung. Voraussetzung für die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ist auch hier, dass es sich um einen von dieser Grundfreiheit erfassten Niederlassungsvorgang handelt. Der Niederlassungsbegriff ist aber sehr wohl erfüllt, wenn die Privatstiftung ihr in einem anderen Mitgliedstaat belegenes Mietobjekt selbst aktiv verwaltet und hierfür eine dauerhafte faktische Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat erforderlich ist.

Diese Grundsätze gelten mE auch für das Halten von Anteilen an Unternehmen und die Konzernleitung jeweils mit Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat. Um den Niederlassungsbegriff zu erfüllen, wird auch hier eine »dauerhafte Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat« erforderlich sein.²⁴ Ferner muss die Privatstiftung die Anteilsverwaltung bzw die Konzernleitung »aktiv ausüben«. Das heißt allerdings nur, dass sie die damit verbundenen faktischen Tätigkeiten – vergleichbar mit der Betrauung der deutschen Gesellschaft mit Hausverwaltung im Fall *Stauffer* – nicht an einen anderen Rechtsträger übertragen darf, es sei denn, der beauftragte Rechtsträger ist exklusiv oder ganz überwiegend für die Abwicklung der Aufträge der Privatstiftung zuständig und daher im Sinne des so genannten »Versicherungsurteils«²⁵ der Privatstiftung voll zurechenbar. Aus dem Urteil *Stauffer* folgt jedoch nicht, dass eine eingeschränkte Leitungsausübung²⁶ durch eine österreichische Privatstiftung von vornherein keine selbständige Erwerbstätigkeit darstellen oder den Tatbestand der »Gründung und Leitung von Unternehmen« iSd Art 49 AEUV nicht erfüllen kann.

Nach der Mehrwertsteuer-Rsp des EuGH²⁷ und nach einer Entscheidung der Kommission zu italienischen Bankenstiftungen²⁸ übt eine bloße Holdinggesellschaft, deren einziges Ziel im Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen – ohne direkten oder indirekten Eingriff in deren Geschäftstätigkeit – liegt, unbeschadet der Rechte, welche die Holding infolge ihrer Aktionärsstellung hat, keine »wirtschaftliche Tätigkeit« aus. Allerdings ist zu bedenken, dass diese Rsp und die erwähnte Entscheidung der Kommission nicht unmittelbar die hier interessierende Niederlassungsfreiheit gem Art 49 AEUV

24 Vgl dazu etwa die Schlussanträge der GA *Stix-Hackl* vom 15.12.2005, C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer* Rz 50 ff.

25 EuGH 4.12.1986, C-205/84 *Kommission/Deutschland*, Slg 1986, 3755 Rz 21.

26 In einem nach § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 PSG zulässigen Umfang, vgl OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p, GesRZ 2006, 82.

27 Siehe EuGH 20.6.1991, C-60/90 *Polysar Investments Netherlands/Inspecteur der Invoerrechten*, Slg 1991, I-3111; EuGH 22.6.1993, C-333/91 *Sofitam/Ministre chargé du Budget*, Slg 1993, I-3513; EuGH 14.11.2000, C-142/99 *Floridienne e Berginvest/Belgischer Staat*, Slg 2000, I-9567.

28 Entscheidung der Kommission vom 22.8.2002 über die steuerrechtlichen Maßnahmen für Bankenstiftungen, die Italien durchgeführt hat (C 54/B/2000), ABl 2003 L 55/61 Rz 42 ff; dazu auch *Heiss*, Die liechtensteinische Stiftung und die Grundfreiheiten des EWR-Abkommens, LJZ 2007, 1 (5).

und deren Tatbestände der selbständigen Erwerbstätigkeit oder der Gründung und Leitung von Unternehmen betrafen. Selbst wenn man diese Entscheidungen auch in Bezug auf den Niederlassungsbegriff für relevant hält, betrifft dies nur eine Privatstiftung, die abseits der Ausübung ihrer gewöhnlichen Rechte als Gesellschafter keinen – auch keinen eingeschränkten – konzernleitenden Einfluss auf die Tochtergesellschaften ausübt und auch keinerlei sonstige wirtschaftliche (Neben-)Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat entfaltet. Die Voraussetzungen des Art 49 AEUV sind hingegen erfüllt, sobald ein direkter oder auch indirekter Eingriff in die Geschäftstätigkeit der Tochtergesellschaften durch die Privatstiftung erfolgt. Ein solcher Eingriff kann auch im Rahmen einer für die österreichische Privatstiftung zulässigen eingeschränkten Leitungsausübung erfolgen.

2. Persönlicher Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit (Art 54 AEUV)

Vom Niederlassungsbegriff des Art 49 ist die Frage zu unterscheiden, ob eine Privatstiftung als »*Gesellschaft*« iSd AEUV gilt und damit in den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt. Als Gesellschaften gelten gem Art 54 AEUV »*die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.*« Dem Art 54 AEUV liegt ein weiter Begriff der Gesellschaft zugrunde, was sich insbesondere daran zeigt, dass neben demonstrativ aufgezählten Gesellschaftsformen alle »*sonstigen juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts*« erfasst sein sollen.²⁹ Die Privatstiftung ist gem § 1 Abs 1 PSG ein Rechtsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit und wird einhellig als juristische Person angesehen.³⁰ Insoweit kann kein Zweifel daran bestehen, dass die österreichische Privatstiftung unter den Tatbestand der »*sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts*« gem Art 54 AEUV fällt.

Fraglich ist allerdings, ob eine österreichische Privatstiftung einen »*Erwerbszweck*« iSd Art 54 AEUV verfolgen kann. Im Kern geht es beim Tatbestand der Verfolgung eines Erwerbszwecks gem Art 54 AEUV um die beabsichtigte

29 Vgl etwa *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art 54 AEUV Rz 3.

30 Siehe *Arnold*, PSG² § 1 Rz 5; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Privatstiftungsgesetz (1995) § 1 Rz 2; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ I (2006) 69.

Teilnahme am Wirtschaftsleben.³¹ Diese liegt jedenfalls vor, wenn Produkte oder Dienstleistungen grundsätzlich gegen Entgelt angeboten werden bzw. angeboten werden sollen.³² Allerdings ist die Verfolgung eines Erwerbszwecks nicht allzu streng auszulegen. Vom Gesellschaftsbegriff ausgenommen sollen nur rein karitative oder kulturelle Organisationen und insbesondere der sogenannte Idealverein sein.³³ Die Gewinnerzielung muss nicht im Vordergrund stehen.³⁴ Auch eine gemeinnützige Privatstiftung kann daher einen Erwerbszweck verfolgen, wenn sie Tätigkeiten mit einem Erwerbszweck ausübt, mag dies letztlich auch zur Finanzierung des gemeinnützigen Stiftungszwecks erfolgen.

Auch § 1 Abs 2 Z 1 PSG, der einer Privatstiftung die Ausübung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit³⁵ verbietet, sofern diese über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, schließt nicht aus, dass eine Privatstiftung einen Erwerbszweck iSd Art 54 AEUV verfolgt. Da die Gewinnerzielung nicht im Vordergrund stehen muss, kann die Verfolgung eines Erwerbszwecks iSd Art 54 AEUV auch im Rahmen einer gewerbsmäßigen Nebentätigkeit durch eine Privatstiftung erfolgen. Somit erfüllt eine österreichische Privatstiftung, die einer gewerbsmäßigen Nebentätigkeit im Rahmen des § 1 Abs 2 Z 1 PSG nachgeht, bei der sie Produkte oder Dienstleistungen gegen Entgelt am Markt anbietet, den Gesellschaftsbegriff des Art 54 AEUV.

Das führt zur davon zu trennenden Frage, ob die rein vermögensverwaltende Tätigkeit einer nicht gemeinnützigen Privatstiftung für sich genommen – also auch ohne eine gewerbsmäßige Nebentätigkeit – unter den Begriff der Verfolgung eines Erwerbszwecks iSd Art 54 Abs 2 AEUV fällt. Dies wird mE zu bejahen sein, weil die Privatstiftung sich auch im Bereich der Vermögensanlage

31 HL siehe *Bröhmer* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 54 Rz 2; ähnlich *Müller-Graff* in Streinz, EUV/AEUV² Art 54 Rz 3; aA *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art 54 AEUV Rz 4, wonach Art 54 Abs 2 AEUV nicht darauf abstelle, ob die Gesellschaft im Wirtschaftsleben nach außen tätig ist, sondern den Blick auf die »*Binnenstruktur der Gesellschaft*« richte. Demnach wäre eine private gemeinnützige Einrichtung vom Begriff der Gesellschaft ausgenommen und ihr wäre die Berufung auf die Freiheiten zu versagen, unabhängig davon, ob sie tatsächlich Leistungen am Markt anbietet.

32 Vgl etwa *Bröhmer* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 54 Rz 2; ebenso *Müller-Graff* in Streinz, EUV/AEUV² Art 54 Rz 3.

33 *Bröhmer* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 54 Rz 2 mit Hinweis auf EuGH 17.6.1997, C-70/95 *Sodemare SA ua/Regione Lombardia*, Slg 1997, I-3395 Rz 25.

34 *Bröhmer* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁴ Art 54 Rz 2.

35 Da der Gesetzgeber § 1 Abs 2 PSG im Zuge des HaRÄG 2005 (BGBl I 2005/120) zwar an die Terminologie des UGB angepasst hat, den Begriff der gewerbsmäßigen Tätigkeit aber unberührt ließ, liegt nahe, dass dieser nicht mit dem Begriff der unternehmerischen Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 UGB, sondern iSd Gewerbebegriffs der Gewerbeordnung zu verstehen ist; vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/14; *Krejci* in Krejci (Hrsg), Reform-Kommentar UGB/ABGB (2007) § 1 PSG Rz 1; aA *Arnold*, PSG² § 1 Rz 16.

wirtschaftlich betätigt.³⁶ Maßgebend ist, dass die Privatstiftung im Rahmen ihrer Vermögensveranlagung einem Erwerbszweck nachgeht, mag dieser auch nur darin bestehen, die Finanzierung des Stiftungszwecks sicherzustellen. Die eigennützige Privatstiftung wird bei der Vermögensveranlagung natürlich auch die Absicht verfolgen, Gewinne zu erzielen. Gleiches gilt aber auch für eine gemeinnützige Privatstiftung, wenn diese vermögensverwaltende Tätigkeiten vornimmt und dabei Gewinne zur Finanzierung des gemeinnützigen Stiftungszwecks erzielen will. Kein Erwerbszweck liegt demgegenüber bei einer rein gemeinnützigen Privatstiftung vor, die keinerlei Gewinnerzielungsabsichten hat, auch nicht zur Förderung ihrer gemeinnützigen Zielsetzung. In einem solchen Fall, der praktisch die Ausnahme darstellen dürfte, ist der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet. Daher kann sich eine solche »rein gemeinnützige« Privatstiftung nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

D. Liechtensteinische Stiftung

In Liechtenstein regelt Art 232 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) das für ausländische und inländische Verbandspersonen anwendbare Recht. Im Unterschied zu § 10 IPRG folgt diese Bestimmung nicht der Sitz-, sondern der Gründungs- bzw Inkorporationstheorie.³⁷ Das Statut einer Verbandsperson richtet sich primär nach dem Satzungssitz bzw dem Recht, das die Statuten der Verbandsperson jeweils für anwendbar erklären. Nur subsidiär – wenn die Verbandsperson die Voraussetzungen des Art 232 Abs 1 PGR nicht erfüllt – untersteht sie dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wird. Gem Art 552 § 1 PGR ist eine Stiftung ein rechtlich und wirtschaftlich verselbständigtetes Zweckvermögen, welches als Verbandsperson (juristische Person) durch die einseitige Willenserklärung des Stifters errichtet wird. Somit unterfällt die Stiftung dem Art 232 PGR, der das für ausländische und inländische Verbandspersonen anwendbare Recht regelt.

³⁶ IdS auch *Hofmann* in Richter/Wachter, Stiftungsrecht § 10 Rz 51 ff; vgl aber auch die Entscheidung der Kommission vom 22.8.2002 über die steuerrechtlichen Maßnahmen für Bankenstiftungen, die Italien durchgeführt hat (C 54/B/2000), ABl 2003 L 55/61 Rz 63, zur Frage, ob gemeinnützige Stiftungen als Unternehmer iSd Art 87 Abs 1 EGV (nunmehr Artikel 107 AEUV) gelten. In dieser Entscheidung kommt die Kommission zum Ergebnis, dass rein vermögensverwaltende Stiftungen keine Leistungen am Markt anbieten und daher keiner beihilferechtlichen Kontrolle unterliegen. Anderes gelte nach Ansicht der Kommission dann, wenn sich Stiftungen direkt an einer wirtschaftlichen Tätigkeit beteiligen würden. Diese beihilferechtliche Entscheidung ist mE aber nicht auf die Niederlassungsfreiheit zu übertragen.

³⁷ Siehe auch FL-OGH 19.7.2005, 9 CG.2000.137.

Im Zusammenhang mit der Anerkennung einer liechtensteinischen Stiftung in einem anderen EWR-Staat kann sich wie für die österreichische Privatstiftung die Frage erheben, ob sie sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. In der *Ospelt* Entscheidung vom 23.9.2003³⁸ hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass auch eine liechtensteinische Stiftung den Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit genießt. Insoweit kann bereits aus diesem Urteil der Schluss gezogen werden, dass eine liechtensteinische Stiftung grundsätzlich das Recht hat, sich auf die Grundfreiheiten zu berufen. Unter welchen Voraussetzungen das auch für die Niederlassungsfreiheit gilt, ist allerdings höchstgerichtlich noch nicht abschließend geklärt. *Helmut Heiss*³⁹ kommt mit überzeugender Begründung zum Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit auch für liechtensteinische Stiftungen gilt, allerdings nicht uneingeschränkt. Eine liechtensteinische Privatstiftung könne sich nur dann auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn die Stiftung entweder einen Erwerbszweck verfolgt oder zumindest tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt.

Die Niederlassungsfreiheit gilt gem Art 31 EWR-Abkommen⁴⁰ auch für die Angehörigen der EFTA-Staaten. Wie auch gem Art 54 AEUV sind die Gesellschaften den natürlichen Personen gem Art 34 EWR-Abkommen gleichgestellt. Dementsprechend können sich auch liechtensteinische Gesellschaften auf das Recht der freien Niederlassung berufen. Der EuGH betont, dass EWR- und EU-Bestimmungen möglichst einheitlich auszulegen sind.⁴¹ Es sei Sache des Gerichtshofes, »darüber zu wachen, dass die Vorschriften des EWR-Abkommens, die im Wesentlichen mit denen des Vertrages identisch sind, innerhalb der Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden.«⁴² Das gilt auch für den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Auf Grund der Gleichstellung im EWR-Vertrag sind mE daher die Ausführungen zur Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf die österreichische Privatstiftung auch auf die liechtensteinische Stiftung übertragbar. Daher wird mE auch hier im Einzelfall zu prüfen sein, ob die Stiftung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht bzw einen Erwerbszweck verfolgt. Ebenso wie bei der österreichischen Privatstiftung können beide Tatbestandsmerkmale auch durch eine gemeinnützige Stiftung erfüllt werden.

38 EuGH 23.9.2003, C-452/01 *Ospelt/Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Slg 2003, I-9743.

39 *Heiss*, LJZ 2007, 1 (1) mwN.

40 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen), BGBl 1993/909.

41 Vgl zB EuGH 23.9.2003, C-452/01 *Ospelt/Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Slg 2003, I-9743.

42 EuGH 23.9.2003, C-452/01 *Ospelt/Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, Slg 2003, I-9743 Rz 29.

Im Unterschied zur österreichischen Privatstiftung⁴³ unterliegt die liechtensteinische Stiftung keiner uneingeschränkten Registerpflicht. Nur gemeinnützige und solche privatnützige Stiftungen, die auf spezialgesetzlicher Grundlage ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, sind in das Öffentlichkeitsregister einzutragen und erlangen durch die Eintragung Rechtspersönlichkeit.⁴⁴ Andere privatnützige Stiftungen können in das Öffentlichkeitsregister eingetragen werden. Eine Rechtspflicht besteht aber nicht.⁴⁵ Unterliegt eine Stiftung keiner Eintragungspflicht, so ist eine Gründungsanzeige beim Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt zu hinterlegen (*»hinterlegte Stiftung«*).⁴⁶

Nach einer in Deutschland vertretenen Ansicht soll die fehlende Registerpublizität der Stiftung dazu führen, dass für eine Stiftung generell die Sitztheorie gilt und diese nicht durch die Niederlassungsfreiheit überlagert wird.⁴⁷ Dagegen wurde zu Recht eingewendet, dass die Berufung auf die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit schon tatbestandlich gar keine Registerpublizität voraussetzt.⁴⁸ Die fehlende Registerpublizität stellt aber auch keinen Rechtfertigungsgrund dafür dar, die Anwendung der Gründungstheorie auf nicht eingetragene Stiftungen generell auszuschließen und die ausschließliche Geltung der Sitztheorie für nicht eingetragene Stiftungen zu begründen. Bei Anwendung der Sitztheorie wäre im Falle eines Zuzugs einer bloß hinterlegten Stiftung aus Liechtenstein durch Verlegung des Verwaltungssitzes nach Österreich eine Neugründung erforderlich. Das würde – zumindest im Ergebnis – einem generellen Verbot der Verlegung des Verwaltungssitzes in einen EWR-Mitgliedstaat, der als Zuzugsstaat an der Sitztheorie anknüpft, entsprechen. Der EuGH hat zuletzt in der Rs *VALE* nachdrücklich festgehalten, dass eine Regelung, die grenzüberschreitende Umwandlungen generell ausschließt, jedenfalls darüber hinausgeht, was zur Erreichung der Ziele im Allgemeininteresse erforderlich ist.⁴⁹ Das gilt nicht nur für grenzüberschreitende Umwandlungen, sondern auch für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Verlegung des Verwaltungssitzes. Darüber hinaus steht die Anwendung der Sitztheorie auf eine nicht hinterlegte Privatstiftung im Widerspruch zur *Überseering* Entscheidung des

43 Siehe § 13 Abs 1 PSG.

44 Art 552 § 14 Abs 4 PGR.

45 Art 552 § 14 Abs 5 PGR.

46 Art 552 § 20 Abs 1 PGR.

47 Vgl insbes *Kindler* in Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁵ XI (2010) Internationales Gesellschaftsrecht Rz 751; *Jacobs* in Gummert/Beuthien (Hrsg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts³ V: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts (2009) § 119 Rz 9 ff.

48 Vgl etwa *Hoffmann* in Richter/Wachter, Stiftungsrecht § 10 Rz 48.

49 *Schopper/Skarics*, Grenzüberschreitende Umwandlung nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *VALE*, NZ 2012, 321 (323) mwN.

EuGH, in welcher der Gerichtshof davon ausgeht, dass die Weigerung der deutschen Gerichte, einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit zuzuerkennen, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Der EuGH lässt in diesem Urteil ausdrücklich offen, ob zwingende Gründe des Gemeinwohls – wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus – unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können. Solche Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, dass einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird. Die Anwendung der Sitztheorie auf eine hinterlegte liechtensteinische Stiftung würde aber genau zu diesem Ergebnis führen. Denn einer nach liechtensteinischem Recht ordnungsgemäß gegründeten »*Verbandsperson*« spricht man damit in Österreich als Zuzugsstaat generell die Rechts- und Parteifähigkeit ab, indem man pauschal – also ohne eine einzelfallbezogene Prüfung von Rechtfertigungsgründen für eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit – eine Neugründung nach österreichischem PSG verlangt. Ob im Einzelfall zwingende Gründe des Gemeinwohls zu einer Einschränkung der Niederlassungsfreiheit von der hinterlegten Stiftung nach liechtensteinischem Recht führen können, ist nachfolgend noch für die Verwaltungs- und Satzungssitzverlegung gesondert zu prüfen.

E. Zwischenergebnis

Eine österreichische Privatstiftung kann sich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auf die Niederlassungsfreiheit (Art 49 iVm Art 54 AEUV) berufen. Grundvoraussetzung dafür ist, dass die Privatstiftung eine feste Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat unterhält, die darauf angelegt ist, dauerhaft am Wirtschaftsleben dieses Mitgliedstaats teilzunehmen (Erfüllung des Niederlassungsbegriffes). Der Stiftungszweck ist für den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gem Art 49 AEUV hingegen nicht maßgebend, sondern lediglich die von der Privatstiftung tatsächlich ausgeübte Tätigkeit. Nicht nur eine eigennützige, sondern auch eine gemeinnützige Privatstiftung kann eine selbständige Erwerbstätigkeit iSd Art 49 AEUV ausüben. Eine österreichische Privatstiftung, die als reine Holding fungiert und daneben keine sonstigen Tätigkeiten entfaltet, erfüllt mangels selbständiger Erwerbstätigkeit nicht die Voraussetzungen des Art 49 AEUV und kann sich daher nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Wenn eine Privatstiftung als Konzernspitze mit ein-

geschränkter Leitungsmacht ausgestattet ist und so zwar nicht in das tägliche Geschäft der Tochtergesellschaften eingreift, sich aber etwa auf die Bereiche Finanzierung, Investition, Kontrolle und Budgethoheit konzentriert, sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Art 49 AEUV hingegen erfüllt. Ausreichend für Art 49 AEUV ist es, wenn die Privatstiftung im Rahmen ihrer eingeschränkten Leitungsmacht die strategische Gesamtverantwortung über die Beteiligungsgesellschaften wahrnimmt. Ein Erwerbsszweck iSd Art 54 AEUV kann nicht nur von einer eigennützigen, sondern auch von einer gemeinnützigen Privatstiftung verfolgt werden.

Auf Grund der Gleichstellung im EWR-Vertrag gelten für eine liechtensteinische Stiftung mE dieselben Grundsätze, freilich unter Beachtung der Unterschiede im österreichischen und liechtensteinischen Stiftungsrecht. Auch einer nicht in das liechtensteinische Öffentlichkeitsregister eingetragenen Stiftung (hinterlegte Stiftung) steht die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit offen. Die generelle Anwendung der Sitztheorie auf hinterlegte Stiftungen stellt eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

III. Verlegung des Verwaltungssitzes

A. Verwaltungssitzverlegung einer österreichischen Privatstiftung nach Liechtenstein

Der Verwaltungssitz ist wie bereits erwähnt ein faktisches Anknüpfungsmerkmal und hängt daher primär vom Verhalten des Stiftungsvorstands als verwaltungs- und vertretungsbefugtes Organ der Privatstiftung ab.⁵⁰ Maßgebend ist der Ort, an dem der Stiftungsvorstand seine für die Verwaltung und Vertretung der Privatstiftung relevanten Beschlüsse fasst.

Nach § 1 Abs 1 PSG muss eine Privatstiftung ihren Sitz zwingend im Inland haben. Die Materialien⁵¹ führen dazu aus, dass der Sitz im Inland ein »Wesensmerkmal« der Privatstiftung ist. Und weiter: »Verlegt die Privatrechtsstiftung ihren Sitz ins Ausland, so ist dieses Wesensmerkmal nicht mehr gegeben, sie ist aufzulösen (§ 10 Abs 2 FBG).« Daraus wurde abgeleitet, dass die tatsächliche Verwaltung einer Privatstiftung nicht zur Gänze im Ausland geführt werden dürfe, vielmehr

50 Für das Kapitalgesellschaftsrecht siehe *Eckert*, Sitzverlegung nach der Cartesio-Entscheidung des EuGH, GesRZ 2009, 139; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz² I (2012) § 5 Rz 4.

51 Abgedruckt bei Doralt/Nowotny/Kalss, PSG 567.

müsse der Verwaltungsschwerpunkt im Inland liegen, selbst wenn einzelne Entscheidungen im Ausland getroffen werden.⁵² Aus § 1 Abs 1 PSG folgt das mE nicht, weil die Bestimmung unter dem Begriff »Sitz« den in der Stiftungserklärung gem § 9 Abs 1 Z 4 PSG festzulegenden Stiftungssitz und nicht den Verwaltungssitz meint.⁵³ Der Stiftungssitz und der Verwaltungssitz müssen aber nicht ident sein. Die Verlegung des Verwaltungssitzes erfordert im Regelfall auch keine Änderung der Stiftungserklärung, weil aus dieser der Ort, an dem die für die Verwaltung der Privatstiftung maßgebenden Entscheidungen getroffen werden, gar nicht hervorgehen muss. Ein Verwaltungsschwerpunkt im Ausland bereitet daher weder im Lichte des § 1 Abs 1 PSG noch wegen § 9 Abs 1 Z 4 PSG (Angabe des Stiftungssitzes in der Stiftungserklärung) Probleme, solange der in der Stiftungserklärung ausgewiesene Sitz der Privatstiftung im Inland liegt. Diese Ansicht wird auch durch § 15 Abs 1 PSG gestützt. Seit dem 1. Euro-Umstellungsgesetz-Bund⁵⁴ verlangt diese Bestimmung, dass zumindest zwei Mitglieder des Stiftungsvorstands einer österreichischen Privatstiftung ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem EWR-Vertragsstaat haben. § 15 Abs 1 PSG lässt damit zu, dass sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Liechtenstein haben und dass die Verwaltung der Privatstiftung mit Sitz in Österreich von Liechtenstein aus erfolgt.

Teilweise wird in der Literatur bei der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes einer österreichischen AG in einen anderen EWR-Mitgliedstaat verlangt, dass sich am satzungsmäßigen Sitz der AG (Österreich) weiterhin zumindest ein Betrieb befinden muss, um den Vorgaben des § 5 AktG zu entsprechen.⁵⁵ Im Unterschied zu § 5 AktG enthält das PSG aber keine näheren Vorgaben für den Verwaltungssitz. Eine Parallele zum Aktienrecht ist daher für die Privatstiftung mE nicht zu ziehen. Aus Sicht des österreichischen PSG ist es daher nicht erforderlich, dass die nach Liechtenstein wegziehende Privatstiftung in Österreich weiterhin eine Verwaltungstätigkeit entfaltet, im Inland ein Vermögen oder gar einen Betrieb⁵⁶ unterhält. Allerdings könnte es vor dem Hintergrund der Entscheidungen

52 *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 78 auch unter Berufung auf § 15 Abs 1 PSG, der nach der alten Rechtslage für mindestens zwei Vorstandsmitglieder einen Wohnsitz im Inland anordnete; *Gassauer-Fleissner/Grave*, Österreichisches Stiftungsrecht² (2008) § 1 PSG Rz 1 am Ende; aA *Gröhs/Staringer* in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 295.

53 So auch *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 78.

54 BGBl I 2001/98.

55 Siehe etwa *Heidinger/Schneider* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ I § 5 Rz 37f.

56 Siehe dazu auch das Verbot in § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 PSG.

des EuGH in *Cadbury Schweppes*⁵⁷ und vor allem in *VALE*⁵⁸ problematisch sein, wenn eine in Österreich gegründete Privatstiftung zum Gründungsstaat Österreich mit Ausnahme des in der Stiftungserklärung enthaltenen Stiftungssitzes keinerlei Bezug aufweist.⁵⁹ *Cadbury Schweppes* und *VALE* legen nahe, dass in derartigen Konstellationen der Niederlassungsbegriff nicht erfüllt ist und daher die Niederlassungsfreiheit gar nicht zur Anwendung gelangt. Daher könnte sich eine Privatstiftung in einem solchen Fall gegenüber Österreich als Wegzugsstaat auch nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Vor dem Hintergrund der *Cartesio*⁶⁰ Entscheidung des EuGH ist das aber ohnehin unerheblich, weil der EuGH hier festgehalten hat, dass der Wegzugsstaat die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland unter »Mitnahme« des Gründungsstatuts untersagen darf, ohne sich vor der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen zu müssen.

Problematisch ist ein Verwaltungssitz im Ausland auch nicht wegen der in § 10 IPRG statuierten Sitztheorie, die an den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung anknüpft und bei einem im Ausland belegenen Verwaltungssitz – vorbehaltlich einer Rückverweisung⁶¹ – zu einem fremden Stiftungsstatut führt. Verlegt eine österreichische Privatstiftung ihren Verwaltungssitz nach Liechtenstein, enthält das liechtensteinische PGR nämlich eine solche Rückverweisung auf das österreichische Recht. Die zuziehende österreichische Privatstiftung ist eine »ausländische Verbandsperson« iSd Art 232 Abs 1 PGR. Nach dieser Bestimmung ist auf die österreichische Privatstiftung ungeachtet ihres nach Liechtenstein verlegten Verwaltungssitzes nach der Inkorporations- bzw Gründungstheorie das österreichische PSG anwendbar. Die Privatstiftung behält in diesem Fall nach der Stiftungserklärung ihren Stiftungssitz in Österreich bei, was mit § 9 Abs 1 Z 4 PSG vereinbar ist, denn der in der Stiftungserklärung ausgewiesene Sitz der Stiftung muss nicht zwingend mit dem Sitz der Hauptverwaltung übereinstimmen. Nach dem liechtensteinischen Kollisionsrecht für Verbandspersonen erklärt das Statut der ausländischen Verbandsperson ausländisches Recht für anwendbar, was nach Art 232 Abs 1 PGR zur Anwendung des österreichischen Stiftungsrechts auf die nach Liechtenstein zuziehende Privatstiftung führt. Die Privatstiftung behält in diesem Fall ihren Stiftungssitz in Österreich bei und ist daher weiterhin (auch) im österreichischen Firmenbuch registriert.

57 EuGH 12.9.2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Slg 2006, I-7995.

58 EuGH 12.7.2012, C-378/10 *VALE*.

59 Siehe *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 (325 ff).

60 EuGH 16.12.2008, C-210/06 *Cartesio*, Slg 2008, I-9641 Rz 109 f.

61 Siehe dazu *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2009) 42.

Insoweit erfüllt die Privatstiftung auch die ausländischen Publizitäts- und Registervorschriften, was nach Art 232 Abs 1 PGR ebenfalls zur Anwendbarkeit des österreichischen Rechts auf diese Privatstiftung führt.

Verlegt eine österreichische Privatstiftung ihren Verwaltungssitz nach Liechtenstein und behält dabei ihren in der Stiftungserklärung ausgewiesenen Stiftungssitz bei, führt die im liechtensteinischen Kollisionsrecht für Verbandspersonen vorgesehene Rückverweisung dazu, dass auf die Privatstiftung weiterhin österreichisches Recht anwendbar ist. In Österreich ist zumindest für Kapitalgesellschaften überwiegend anerkannt, dass die bloße Verlegung des Verwaltungssitzes in einen EWR-Mitgliedstaat – unter Beibehaltung eines inländischen Satzungssitzes – aus Sicht des österreichischen internationalen Privatrechts zu keinem Wechsel des Personalstatuts führt und österreichisches materielles Recht auf den wegziehenden Rechtsträger anwendbar bleibt.⁶² Gleiches gilt mE für die Privatstiftung.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Liegen die oben unter Pkt II.C. dargelegten Voraussetzungen vor, kann sich die Privatstiftung bei der Verlegung ihres Verwaltungssitzes von Österreich nach Liechtenstein auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Die Niederlassungsfreiheit sorgt dafür, dass Liechtenstein als EWR-Zuzugsstaat an die Entscheidung von Österreich als EWR-Wegzugsstaat, die nach seinem Recht gegründete Privatstiftung trotz Verlegung des Verwaltungssitzes als nach seinem Recht fortbestehend anzusehen, gebunden ist.⁶³ Das ist aufgrund der im liechtensteinischen Kollisionsrecht ohnehin vorgesehenen Rückverweisung auch unproblematisch. Obwohl Österreich als Wegzugsstaat primärrechtlich nicht dazu verpflichtet wäre⁶⁴, lässt das österreichische Recht die Verlegung des Verwaltungssitzes einer Privatstiftung nach Liechtenstein (oder in einen anderen EU- bzw EWR-Mitgliedstaat) zu. Die Verwaltungssitzverlegung erfordert keine Änderung der Stiftungserklärung und auf die nach Liechtenstein wegziehende Privatstiftung bleibt weiterhin das österreichische Recht anwendbar.

B. Verwaltungssitzverlegung einer liechtensteinischen Stiftung nach Österreich

Der BGH hat in einem Urteil aus dem Jahre 1970 noch ausgesprochen, dass sich die Rechtsfähigkeit einer in Liechtenstein gegründeten Anstalt liechtensteinischen Rechts jedenfalls dann nach deutschem Recht bestimme, wenn

62 Siehe bspw *Heidinger/Schneider* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 5 Rz 38.

63 Ebenso für die AG etwa *Heidinger/Schneider* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 5 Rz 38.

64 Siehe EuGH 16.12.2008, C-210/06 *Cartesio*, Slg 2008, I-9641 Rz 109 f.

die juristische Person von vornherein ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland hatte.⁶⁵ Dieses Ergebnis entspricht der in Österreich weiterhin nach § 10 IPRG geltenden Sitztheorie. § 10 IPRG ist grundsätzlich auch auf eine zuziehende liechtensteinische Stiftung anzuwenden, denn es handelt sich um eine Personen- oder Vermögensverbindung, die Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Allerdings kann sich unter den oben unter Pkt II.D. dargelegten Voraussetzungen auch eine liechtensteinische Privatstiftung auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Dies führt bei der Verlegung des Verwaltungssitzes von Liechtenstein nach Österreich dazu, dass auf die liechtensteinische Stiftung weiterhin das Recht Liechtensteins anwendbar ist. Liechtenstein als Gründungsstaat folgt in Art 232 Abs 1 PGR der Gründungstheorie. Entgegen § 10 IPRG, der durch das Unionsrecht überlagert wird, ist daher aufgrund der Niederlassungsfreiheit umfassend an das Gründungsrecht anzuknüpfen. Das gilt grundsätzlich für privatnützige und auch für gemeinnützige Stiftungen, jeweils unter der Voraussetzung, dass die Anwendungsvoraussetzungen der Niederlassungsfreiheit vorliegen. Unzulässig ist es im Übrigen, einer bloß hinterlegten, also nicht in das Öffentlichkeitsregister in Liechtenstein eingetragenen Stiftung, die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit generell zu versagen und auf diese bei Verwaltungssitzverlegung nach Österreich die Sitztheorie anzuwenden.

Allerdings kennt diese Regel auch Ausnahmen. Anderes gilt etwa für den Fall, dass sich die liechtensteinische Stiftung gar nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, etwa weil sie keine selbständige Erwerbstätigkeit iSd Art 31 EWR-Abkommen (Art 49 AEUV) entfaltet oder keinen Erwerbszweck gem Art 34 EWR-Abkommen (Art 54 AEUV) verfolgt. Wie aus den EuGH Entscheidungen *Cadbury Schweppes*⁶⁶ und *VALE*⁶⁷ abzuleiten ist, setzt die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit auch in diesem Fall voraus, dass die in Liechtenstein ordnungsgemäß gegründete Privatstiftung zu ihrem Gründungsstaat einen gewissen Bezug aufweist, sofern sie sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen möchte. Die bloße Nennung des Stiftungssitzes in der Stiftungserklärung ist hierfür nicht ausreichend.

Bei der hinterlegten Stiftung nach liechtensteinischem Recht stellt sich die Frage, ob die fehlende Registerpublizität eine besondere Gefahr für Gläubiger in Österreich darstellt, die es im Fall einer Verlegung des Verwaltungssitzes nach Österreich rechtfertigt, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken.

65 BGH 30.1.1970, V ZR 139/68.

66 EuGH 12.9.2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Slg 2006, I-7995.

67 EuGH 12.7.2012, C-378/10 *VALE*.

Das wird zumindest im Regelfall mE zu verneinen sein, weil auch die hinterlegte Stiftung nach liechtensteinischem Recht zwingenden Vorschriften zum Schutze der Gläubiger unterliegt. Zur Überwachung der Eintragungspflicht und zur Verhütung von Stiftungen mit gesetz- oder sittenwidrigem Zweck sowie zur Vermeidung von Umgehungen einer allfälligen Aufsichtspflicht ist eine Errichtungsanzeige beim liechtensteinischen Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt zu hinterlegen und von einer dafür zugelassenen Person zu bestätigen.⁶⁸ Die hinterlegte Stiftung unterliegt einer Aufsicht durch das liechtensteinische Grundbuchs- und Öffentlichkeitsregisteramt. Die generelle Anwendung der Sitztheorie auf eine nach Österreich zuziehende hinterlegte Stiftung käme einem per-se-Verbot gleich und ist auch durch den Gläubigerschutz nicht zu rechtfertigen. Dessen ungeachtet kann eine einzelfallbezogene Prüfung durchaus zum Ergebnis kommen, dass die hinterlegte Stiftung als Rechtsform in concreto rechts- bzw sittenwidrig verwendet wird. Der Gläubigerschutz oder fiskalische Interessen als zwingende Gründe des Gemeinwohls erlauben dann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch eine Maßnahme, die im Sinne der »Gebhard-Formel« zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.⁶⁹ Das OLG Düsseldorf hat in einem Urteil aus der jüngeren Vergangenheit die Rechts- und Parteifähigkeit einer liechtensteinischen Stiftung nicht anerkannt und sich dabei auf den Ordre Public berufen.⁷⁰ Demnach greift die mit einer liechtensteinischen Familienstiftung⁷¹ verbundene Abschirmungswirkung nicht ein, wenn sie hauptsächlich der Steuerhinterziehung dient.

Steht einer liechtensteinischen Stiftung die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit aus einem der genannten oder einem anderen Grund nicht zu, führt dies in Österreich zur Anwendung des § 10 IPRG auf die nach Österreich zuziehende Stiftung. Demnach wäre österreichisches Recht auf die Stiftung anwendbar, was im Ergebnis bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes nach Österreich eine Neugründung nach österreichischem Recht erforderlich macht, um im Inland Rechts- und Parteifähigkeit zu erlangen.

68 Siehe Art 552 § 20 Abs 1 PGR.

69 Vgl dazu etwa *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 (323) mwN.

70 OLG Düsseldorf, Teilurteil vom 30.4.2010, 22 U 126/06, ZEV 2010, 528.

71 Betroffen war eine Familienstiftung nach der alten Rechtslage vor der Novelle des liechtensteinischen Stiftungsrechts durch LGBl 2008 Nr 220.

IV. Satzungssitzverlegung oder grenzüberschreitende Umwandlung⁷²

A. Grenzüberschreitende Umwandlung einer österreichischen Privatstiftung in eine liechtensteinische Stiftung

Verlegt eine österreichische Privatstiftung ihren in der Stiftungserklärung gem § 9 Abs 1 Z 4 PSG auszuweisenden Sitz vom Inland ins Ausland, ist sie nach hA gem § 10 Abs 2 FBG von Amts wegen im österreichischen Firmenbuch zu löschen.⁷³ Einer Sitzverlegung ins Ausland steht die Anordnung eines Inlandsitzes gem § 1 Abs 1 PSG entgegen. Wie bereits erwähnt handelt es sich dabei nach den Gesetzesmaterialien um ein Wesensmerkmal der österreichischen Privatstiftung.⁷⁴ Außerdem wird in der Literatur hervorgehoben, dass eine Sitzverlegung zudem an den Unterschieden der nationalen Stiftungsrechtssysteme scheitere.⁷⁵

Spätestens seit den Entscheidungen *Cartesio*⁷⁶ und *VALE*⁷⁷ des EuGH stellt sich jedoch die Frage, ob es die Niederlassungsfreiheit gebietet, auch für eine österreichische Privatstiftung eine formwechselnde Umwandlung in einen anderen Rechtsträger unter Wahrung der Identität zuzulassen. Die Frage ist für Österreich bislang noch offen.

Grundvoraussetzung dafür ist zunächst, dass sich die betroffene österreichische Privatstiftung überhaupt auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann.⁷⁸ Sind die Voraussetzungen hierfür gegeben, so könnte Österreich (als Wegzugsstaat) primärrechtlich dazu verpflichtet sein, eine solche Satzungssitzverlegung nach Liechtenstein zuzulassen und diese gerade nicht mit der sofortigen Löschung der Privatstiftung im Firmenbuch zu sanktionieren. Wie nämlich aus dem obiter dictum in der Rs *Cartesio*⁷⁹ hervorgeht, muss eine Sitzverlegung vom Wegzugsstaat zugelassen werden, wenn damit ein Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts einhergehen soll.⁸⁰ Dies soll jedoch nur

72 Die Begriffe »(grenzüberschreitende) Satzungssitzverlegung« und »grenzüberschreitende Umwandlung« werden in der Lehre synonym verwendet; zur Terminologie siehe bspw *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 541.

73 *Arnold*, PSG² § 1 Rz 23; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Privatstiftungsgesetz 44.

74 Abgedruckt bei *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG 567.

75 Siehe *Arnold*, PSG² § 1 Rz 23.

76 EuGH 16.12.2008, C-210/06 *Cartesio*, Slg 2008, I-9641.

77 EuGH 12.7.2012, C-378/10 *VALE*.

78 Siehe dazu oben Pkt II.C.

79 EuGH 16.12.2008, C-210/06 *Cartesio*, Slg 2008, I-9641 Rz 111 f.

80 *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 (324 f); *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht² (2011) Rz 790.

insoweit gelten, als ein solcher Rechtsformwechsel von Seiten des Zuzugsstaats zugelassen wird. Eine Prüfung, inwiefern auch Liechtenstein (als Zuzugsstaat) aus dem EWR-Abkommen verpflichtet ist, eine derartige Satzungssitzverlegung zuzulassen, erübrigt sich, da das liechtensteinische PGR diese in Art 233 PGR ausdrücklich für zulässig erklärt.⁸¹

Für den hier interessierenden Fall einer grenzüberschreitenden Stiftungssitzverlegung (wodurch sich auch das anzuwendende Recht ändern soll) bedeutet dies, dass Österreich – vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigungsgründe – aufgrund der Art 49 und 54 AEUV verpflichtet ist, diese zu gestatten. Im Unterschied zur oben unter Pkt III. behandelten Verwaltungssitzverlegung führt diese zum Wechsel der Rechtsform, weshalb mE zutreffend ebenso von einer grenzüberschreitenden Umwandlung gesprochen werden kann.

Allerdings fehlen gesetzliche Bestimmungen für die Durchführung einer solchen grenzüberschreitenden Umwandlung. Das gilt für das Unionsrecht ebenso wie für das österreichische Recht. Bis zur dringend erforderlichen Schaffung eines Regelungsrahmens für grenzüberschreitende Umwandlungen (bzw Satzungssitzverlegungen) sind die wertungsmäßig durchaus verwandten Bestimmungen des SEG und des EU-VerschG sinngemäß heranzuziehen.⁸² Dabei ist auf Grund der gravierenden rechtsformspezifischen Unterschiede der Privatstiftung eine differenzierte Anwendung geboten. Für eine Barabfindung der Aktionäre gem §§ 6f SEG analog bleibt bei der Privatstiftung, wegen ihres eigentümerlosen Charakters mE kein Anwendungsraum. Demgegenüber wird beispielsweise auch bei der Privatstiftung ein Verlegungsplan im Sinne des § 6 SEG analog zu fordern sein, der vom Vorstand der Privatstiftung zu erstellen ist und sinngemäß die in Art 8 Abs 2 SE-VO aufgezählten Angaben zu enthalten hat. Den Gläubigern der Privatstiftung steht mE ein Sicherstellungsrecht zu, sofern sie nicht bereits Befriedigung erlangen können und sie eine Gefährdung ihres Anspruchs bescheinigen können.⁸³ Zur Sicherung der Interessen der Beteiligten hat anschließend die zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle analog § 15 SEG (§ 14 EU-VerschG) stattzufinden. Hierbei haben die Vorstandsmitglieder der Privatstiftung zunächst die beabsichtigte grenzüberschreitende Umwandlung zum Firmenbuch anzumelden.⁸⁴ Bei Vorliegen aller Voraussetzungen trägt das Firmenbuchgericht

81 Siehe bspw Marxer & Partner (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2009) 153.

82 Vgl dazu bereits allgemein *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 (324 f); nach einem aktuellen Aktionsplan der Europäischen Kommission für 2013 und 2014 sind öffentliche Konsultationen zur Schaffung eines Regelungsrahmens für grenzüberschreitende Sitzverlegungen geplant; siehe *Walch*, Aktionsplan zum Europäischen Gesellschaftsrecht und der Corporate Governance, ÖBA 2013, 164 (165).

83 § 14 SEG.

84 Dazu und zum Folgenden ganz allgemein bereits *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 (331).

sodann die beabsichtigte Umwandlung ein und stellt eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung aus. Hierbei hat das Gericht darauf Bedacht zu nehmen, dass keine wichtigen Gründe gegen die grenzüberschreitende Umwandlung sprechen und dass nach dem Inhalt der Stiftungserklärung dem Willen des Stifters und dem Zweck der Stiftung entsprochen wird.⁸⁵ Mit dieser Bescheinigung kann die Privatstiftung in Liechtenstein als Zuzugsstaat nachweisen, dass die Voraussetzungen zur Loslösung vom österreichischen Recht erfüllt sind und dort die Eintragung im Öffentlichkeitsregister beantragen. Ist die Eintragung im Zuzugsstaat erfolgt, kann die Löschung der Gesellschaft im österreichischen Firmenbuch angemeldet werden. Die Eintragung der Umwandlung (Löschung) im österreichischen Firmenbuch hat bloß deklarative Wirkung – der Zeitpunkt des Wirksamwerdens richtet sich nach dem Recht von Liechtenstein als Zuzugsstaat. Diese Grundsätze müssten mE selbst dann gelten, wenn sich die österreichische Privatstiftung in eine bloß »hinterlegte Stiftung« nach liechtensteinischem Recht umwandeln möchte. Der bloße Umstand, dass für die hinterlegte Stiftung nach liechtensteinischem Recht als Zielrechtsträger keine Registerpflicht besteht, rechtfertigt mE nicht, dass Österreich als Wegzugsstaat einen solchen Vorgang generell verbietet. Der Gläubigerschutz wird aus österreichischer Sicht auch in diesem Fall durch die sinngemäße Anwendung der oben genannten Bestimmungen des SEG und des EU-VerschG grundsätzlich gewährleistet. Es mag sein, dass im Einzelfall davon Ausnahmen zu machen sind.

Wie bereits erwähnt, setzt eine grenzüberschreitende Umwandlung einer österreichischen Privatstiftung in eine liechtensteinische Stiftung eine Änderung der Stiftungserklärung voraus. Nach Entstehen der Privatstiftung ist eine Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter gem § 33 Abs 2 PSG grundsätzlich nur möglich, wenn sich der Stifter ein Änderungsrecht in der Stiftungserklärung vorbehalten hat. Wurde kein Änderungsrecht vorbehalten oder ist der Stifter weggefallen, kann der Vorstand unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen »zur Anpassung an geänderte Verhältnisse« vornehmen. Die Änderung der Verhältnisse muss dergestalt sein, dass die Umsetzung des Stifterwillens nach der ursprünglichen Stiftererklärung vernünftigerweise unmöglich erscheint bzw es muss anzunehmen sein, dass der Stifter unter den geänderten Rahmenbedingungen eine andere Regelung getroffen hätte.⁸⁶ Die grenzüberschreitende Umwandlung muss dem mutmaßlichen Willen des Stifters entsprechen. Das kann im Einzelfall beispielsweise bei einer erheblichen Änderung der (steuer-)rechtlichen Rahmenbedingungen für Privatstiftungen in Österreich der Fall sein.

85 § 38 Abs 2 PSG analog.

86 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 7/81 mwN.

Die mit der grenzüberschreitenden Umwandlung verbundene Änderung der Stiftungserklärung ist zumindest dann keine widerrufsgleiche Änderung, wenn nach der Umwandlung in eine liechtensteinische Stiftung weiterhin kein Widerrufsrecht besteht und auch keine Rechtslage geschaffen wird, die funktional einem Widerruf entspricht.⁸⁷

B. Satzungssitzverlegung einer liechtensteinischen Stiftung nach Österreich

Bei der Satzungssitzverlegung einer Stiftung von Liechtenstein nach Österreich stellt sich ebenso die Frage, ob die Gerichte der beteiligten Staaten aufgrund der Niederlassungsfreiheit gebunden sind, diese zuzulassen. Wiederum wird vorausgesetzt, dass sich die jeweilige Stiftung überhaupt auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann und dass sie sich auch tatsächlich im Aufnahmestaat ansiedelt.⁸⁸

Auch in dieser Konstellation ist zwischen Weg- und Zuzug zu unterscheiden. Aus liechtensteinischer Sicht (Wegzug) dürfte die Satzungssitzverlegung ins Ausland kein Problem sein. Gem Art 234 PGR kann nämlich eine inländische Verbandsperson ihren Sitz mit Genehmigung des Amtes für Justiz ins Ausland verlegen.⁸⁹ Die Voraussetzungen, die das Amt für Justiz an die Genehmigung einer derartigen Satzungssitzverlegung knüpft,⁹⁰ dienen vor allem dem Schutz der Gläubiger der Verbandsperson und sollen eine wirksame Besteuerung der Gesellschaft sicherstellen. Diese Beschränkungen stellen wohl keinen Verstoß gegen das Recht auf freie Niederlassung dar, weil sie im Allgemeininteresse gerechtfertigt sind.

Aus österreichischer Sicht stellt sich die Frage, ob Österreich als Zuzugsstaat verpflichtet ist, die Satzungssitzverlegung zuzulassen. Bei der hier interessierenden Konstellation handelt es sich um eine sogenannte rechtsformkongruente Satzungssitzverlegung, weil sich eine liechtensteinische Stiftung in ihr österreichisches Äquivalent umwandeln möchte. Aus der Entscheidung *VALE*⁹¹ ergibt sich, dass Mitgliedstaaten nur insoweit verpflichtet sind, eine grenzüberschreitende Umwandlung zuzulassen, wie eine solche auf nationaler Ebene zulässig ist. Dass die österreichische Rechtsordnung keine rechtsformkongruente

87 Vgl dazu Art 552 § 30 PGR.

88 Siehe dazu oben Pkt II.C. und Pkt II.D.

89 Siehe bspw Marxer & Partner (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht 153.

90 Siehe dazu Art 234 Abs 2 PGR sowie das Merkblatt des Amtes für Justiz (abrufbar unter <http://www.llv.li/pdf-llv-aju-hr-merkblatt_sitzverlegungen.pdf> [19.4.2013]).

91 EuGH 12.7.2012, C-378/10 *VALE*.

Umwandlung einer Privatstiftung vorsieht, versteht sich von selbst.⁹² Aus diesem Grund ist bei rechtsformkongruenten Satzungssitzverlegungen mE darauf abzustellen, ob die als Zielrechtsträger angestrebte Rechtsform ihrerseits Zielrechtsträger einer Umwandlung nach nationalem Recht sein kann.⁹³ Da die österreichische Privatstiftung gem § 61e VAG⁹⁴, § 27a SpG⁹⁵ sowie gem § 38 PSG Zielrechtsträger einer Umwandlung auf nationaler Ebene sein kann, muss demzufolge auch die Umwandlung einer liechtensteinischen Stiftung in eine österreichische Privatstiftung zugelassen werden. Eine Ablehnung der Satzungssitzverlegung durch österreichische Behörden würde eine unzulässige Diskriminierung iSd oben zitierten Rsp des EuGH darstellen.

V. Zusammenfassung

Für das Personalstatut der österreichischen Privatstiftung gilt gemäß § 10 IPRG die Sitztheorie. Allerdings kann sich eine Privatstiftung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Erfüllung des Niederlassungsbegriffs, selbständige Erwerbstätigkeit, Verfolgung eines Erwerbszwecks) auf die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit berufen. Nicht nur eine eigennützige, sondern auch eine gemeinnützige Privatstiftung kann in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommen. Die Niederlassungsfreiheit gilt infolge der Gleichstellung im EWR-Vertrag auch für die liechtensteinische Stiftung, sofern diese die genannten Voraussetzungen erfüllt. Auch einer nicht in das liechtensteinische Öffentlichkeitsregister eingetragenen Stiftung (hinterlegte Stiftung) steht die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit offen.

Eine Privatstiftung österreichischen Rechts kann sich bei der Verlegung ihres Verwaltungssitzes von Österreich nach Liechtenstein auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sofern die dafür erforderlichen Voraussetzungen (Erfüllung des Niederlassungsbegriffs, selbständige Erwerbstätigkeit, Verfolgung eines Erwerbszwecks) gegeben sind. Die Niederlassungsfreiheit sorgt dafür, dass Liechtenstein als EWR-Zuzugsstaat an die Entscheidung von Österreich als EWR-Wegzugsstaat, die nach seinem Recht gegründete Privatstiftung trotz Verlegung des Verwaltungssitzes als nach seinem Recht fortbestehend anzusehen,

92 Es ginge bei einer solchen rechtsformkongruenten Umwandlung um den Fall, dass sich eine österreichische Privatstiftung in eine andere österreichische Privatstiftung umwandelt.

93 *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321 (328); *Bayer/Schmidt*, Das Vale-Urteil des EuGH, ZIP 2012, 1481 (1489).

94 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), BGBl 1978/569.

95 Sparkassengesetz (SpG), BGBl 1979/64.

gebunden ist. Das ist aufgrund der im liechtensteinischen Kollisionsrecht ohnehin vorgesehenen Rückverweisung unproblematisch.

Verlegt eine liechtensteinische Stiftung unter zulässiger Berufung auf ihre Niederlassungsfreiheit ihren Verwaltungssitz von Liechtenstein nach Österreich, führt Art 232 Abs 1 PGR dazu, dass aufgrund der Niederlassungsfreiheit umfassend an das Gründungsrecht (Liechtenstein) anzuknüpfen ist und § 10 IPRG entsprechend überlagert wird.

Österreich ist als Wegzugsstaat aufgrund der Art 49 und 54 AEUV verpflichtet, eine grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung einer Privatstiftung (wodurch sich auch das anzuwendende Recht ändern soll) zu gestatten. Dies führt im Ergebnis dazu, dass sich eine österreichische Privatstiftung identitätswahrend in eine liechtensteinische Stiftung umwandeln kann. Auch die identitätswahrende Umwandlung einer liechtensteinischen Stiftung in eine österreichische Privatstiftung dürfte aus Gründen der Niederlassungsfreiheit zuzulassen sein. Bis zur dringend erforderlichen Schaffung eines Regelungsrahmens für grenzüberschreitende Umwandlungen (bzw Satzungssitzverlegungen) sind die wertungsmäßig durchaus verwandten Bestimmungen des SEG und des EU-VerschG sinngemäß heranzuziehen, wobei hier ganz besonders auf die Eigenheiten der Stiftung zu achten ist.