

B e s c h l u s s

Das Oberlandesgericht Innsbruck hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Hörbiger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Kerl und Dr. Kohlegger als weitere Mitglieder des Senates in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch zu eingetragenen
E **P** **SA**, Zweigniederlassung Österreich,

, über den Rekurs der Gesellschaft sowie der Vorstandsmitglieder durch Dr. Richard Forster, öffentlicher Notar in 6800 Feldkirch, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Feldkirch vom 3.8.2007, 15 Fr 1288/07z-7, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Dem Rekurs wird **F o l g e** gegeben, der angefochtene Beschluss **a u f g e h o b e n** und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung über das Eintragungsgesuch unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund aufgetragen.

Der (ordentliche) Revisionsrekurs ist **z u l ä s s i g**.

B e g r ü n d u n g :

Im Firmenbuch ist zu FN die „E P. SA“ mit Sitz in unter der Geschäftsanschrift, eingetragen. Dabei handelt es sich um eine inländische Zweigniederlassung der „E P SA“, welche im Handelsregister des Fürstentums Liechtenstein unter der Register-Nr. mit Sitz in FL-Schaanwald registriert ist.

Mit dem am 22.5.2007 beim Erstgericht eingelangten Antrag begehren als selbständig vertretungsbefugte Vorstandsmitglieder der E SA die Eintragung der Löschung der E P SA, Zweigniederlassung Österreich, da der Geschäftsbetrieb dieser inländischen Zweigniederlassung eingestellt worden sei.

Aufgrund dieses Antrages wies das Erstgericht die Antragsteller mit Beschluss vom 31.5.2007 darauf hin, dass gemäß § 133 Abs 2 GmbHG die Abwicklung der inländischen Niederlassung unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen über die Abwicklung von Gesellschaften m.b.H. (§§ 89 bis 95 GmbHG) zu erfolgen habe. Für den Fall der nicht entsprechenden Erledigung bzw Antragstellung wurde die Abweisung des Antrages angedroht.

Mit dem bekämpften Beschluss wies das Erstgericht den Antrag auf Eintragung der Löschung ab, da die Durchführung eines besonderen Liquidationsverfahrens trotz entsprechender Aufforderung nicht erfolgt sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Vorstandsmitglieder sowie der E P SA wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss im Sinne einer Bewilligung des erstinstanzlichen Antrages abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Rekurs ist berechtigt.

Die Rekurswerber führen zunächst aus, dass - da es sich bei der E P SA um eine Aktiengesellschaft handle - eine Verweisung auf die §§ 254 Abs 8 iVm 205 ff AktG zur Begründung des Beschlusses entsprechend gewesen wäre. Inhaltlich würden diese Bestimmungen jedoch dasselbe wie die vom Erstgericht herangezogenen Normen anordnen.

Weiters wird geltend gemacht, dass die Bestimmungen der § 254 Abs 8 AktG sowie § 113 Abs 2 GmbHG einen Verstoß gegen die in den Art. 43 und 38 EGV verankerte Niederlassungsfreiheit sowie eine unzulässige Ausländerdiskriminierung darstellen würden, sodass diese inländischen Bestimmungen aufgrund der unmittelbaren Geltung des Art. 43 EGV unanwendbar seien. Da die genannten Gesetzesstellen für die Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften die Durchführung eines formellen Liquidationsverfahrens im Sinne der §§ 205 ff AktG sowie §§ 89 ff GmbHG vorsehen würden, während die Löschung einer Zweigniederlassung einer österreichischen GmbH/AG lediglich die Anmeldung der Schließung der Niederlassung durch die Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder erfordere, ergebe sich die Ausländerdiskriminierung unter Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.

Diesen Ausführungen wird beigetreten.

Gegenständlich handelt es sich um eine inländische Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft E. P, welche ihren Sitz in Liechtenstein hat.

Gemäß § 254 Abs 8 AktG hat die Abwicklung der Geschäfte einer inländischen Zweigniederlassung ausländischer Kapitalgesellschaften unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen über die Abwicklung von Aktiengesellschaften zu erfolgen. Es sind somit die Bestimmungen der §§ 205 bis 215 AktG sinngemäß anzuwenden, welche ein besonderes Liquidationsverfahren erfordern, das der Auflösung, Liquidation und Löschung einer inländischen Gesellschaft nachgebildet ist.

Die herrschende Lehre hält diese Bestimmungen im Verhältnis zu EU- bzw EWR-Gesellschaften für nicht anwendbar, da sie eine unzulässige Ausländerdiskriminierung sowie einen Verstoß gegen die in den Art. 43 und 48 EGV normierte Niederlassungsfreiheit darstellen. Die Niederlassungsfreiheit betrifft die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen. Bestimmungen, die gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen, sind aufgrund der unmittelbaren Geltung des Art. 43 EGV unanwendbar.

Das Fürstentum Liechtenstein ist am 1.5.1995 dem am 1.1.1994 in Kraft getretenen EWR-Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den EFTA-Staaten beigetreten. Seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union am 1.1.1995 ist zwar das EWR-Abkommen im Verhältnis zwischen Österreich und den Mitgliedsstaaten der EU überholt (SZ 68/6); es trat jedoch für Österreich nicht außer Kraft, vielmehr steht das EWRA zwischen den EU-Mitgliedsstaaten einerseits und den EFTA-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen weiterhin in Geltung.

Gemäß Art. 31 des EWR-Abkommens darf die freie Niederlassung von Kapitalgesellschaften, welche nach den Rechtsvorschriften eines EFTA-Staates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Hoheitsgebiet eines EFTA-Staates haben (Art. 34 EWR-Abkommen), ebenfalls nicht durch nationales Recht beschränkt werden. Mit der Übernahme der vier Grundfreiheiten in den Europäischen Wirtschaftsraum wurde der innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft verwirklichte Binnenmarkt auf die EFTA-Staaten ausgeweitet (*Schweitzer/ Hummer/ Obwexer*, Europarecht Rz 1071 ff).

In der Entscheidung SZ 67/160 hat der OGH ebenfalls die Auffassung vertreten, dass die Bestimmungen des EWR-Abkommens in Österreich unmittelbar anzuwenden sind.

Inländische Gesellschaften müssen ihre Zweigniederlassungen nicht (förmlich) liquidieren, es hat bloß die Anmeldung der Auflassung der Zweigniederlassung beim Firmenbuch der Hauptniederlassung zu erfolgen. Die Auflassung der Zweigniederlassung einer Inlandsgesellschaft setzt weder einen Gesellschaftsbeschluss noch eine Gläubigerkonvokation voraus. Ausländische Gesellschaften werden daher durch die vorerwähnten österreichischen Bestimmungen hinsichtlich ihrer inländischen Zweigniederlassungen schlechter behandelt als österreichische. Die Verpflichtung zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens wäre nur zulässig, wenn durch sie ein legitimes Ziel verfolgt wird, das mit dem EGV vereinbar und durch zwingende Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist. Derartige Gründe, welche die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten, sind jedoch nicht ersichtlich.

Die Verpflichtung zur Abwicklung inländischer Zweigniederlassungen von ausländischen Gesellschaften stellt daher eine unzulässige Ausländerdiskriminierung sowie einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar, sodass § 254 Abs 8 AktG kraft des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes auf EU- bzw EWR-Gesellschaften nicht anzuwenden ist. Es besteht somit keine Verpflichtung, Zweigniederlassungen von EU- bzw EWR-Gesellschaften abzuwickeln (OLG Wien 28 R 308/05b; *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 13 HGB Rz 43; *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 254 AktG Rz 23; *Zehetner* in FS Krejci, 389 ff).

Vielmehr genügt es, die Auflassung der Zweigniederlassung zum Firmenbuch anzumelden und die Löschung der ausländischen Gesellschaft (und der Zweigniederlassung) zu beantragen. Weiters ist dem Antrag gemäß § 160 Abs 3 BAO eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes beizulegen (*Zehetner* aaO, 419 ff).

Dem Rekurs war daher Folge zu geben, die bekämpfte Entscheidung aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund aufzutragen.

Rekurskosten wurden nicht verzeichnet, eine Kostenentscheidung hatte daher zu entfallen.

Mangels einer OGH-Judikatur zu der hier zu beurteilenden Rechtsfrage der Anwendbarkeit des § 254 Abs 8 AktG auf inländische Zweigniederlassungen einer

ausländischen AG ist der ordentliche Revisionsrekurs zulässig (§§ 62 Abs 1, 59 Abs 1
Z 2 AußStrG).

Oberlandesgericht Innsbruck

Abt. 3, am 2. Oktober 2007.

Dr. Johann Hörbiger

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the left.