REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Innsbruck

3 R 8/10s

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. Purtscheller und Dr. Kohlegger als weitere Mitglieder des Senates in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch zu FN zur Eintragung angemeldeten **Sport Stubai OG** mit dem Sitz in 6167 Neustift im Stubaital, Stubaitalstraße 62, über den Rekurs der selbständig vertretungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter 1. Rudolf S und 2. Florian S eide 6165 Telfes, 4, beide vertreten durch Mag. Dr. Ruth Hörtnagl, Rechtsanwältin in 6166 Fulpmes, gegen den Beschluss des Landes- als Handelsgerichtes Innsbruck vom 22.1.2010, 60 Fr 4827/09a-3, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Dem Rekurs wird dahin **F o l g e** gegeben, dass die bekämpfte Entscheidung **a u f g e h o b e n** und die Firmenbuchsache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung unter Abstandsnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund **z u r ü c k v e r w i e s e n** wird.
Der (ordentliche) Revisionsrekurs ist **z u l ä s s i g** .

B e g r ü n d u n g :

Rudolf und Florian Sp brachten am 17.12.2009 beim Erstgericht den Antrag auf Eintragung der Gesellschaft Sport Stubai OG ins

Firmenbuch ein. Als Geschäftszweig führten sie „Sportartikelverleih und -verkauf, Outdooraktivitäten und DVD-Verleih“ an. Der Sitz der Gesellschaft befindet sich in 6167 Neustift. Die Geschäftsanschrift lautet 6167 Neustift, .

Mit Verbesserungsauftrag vom 22.12.2009 teilte das Erstgericht den Antragstellern mit, dass geografische Zusätze nur für führende Unternehmen des angegebenen geografischen Gebietes und Geschäftszweiges zulässig seien. Da im Firmenbuch bereits die Firmen „Sport D e.U.“ mit dem Sitz in Neustift im Stubaital und die „Sport H KG“ ebenfalls mit dem Sitz in Neustift im Stubaital eingetragen seien, müsse der entsprechende Nachweis für die Zulässigkeit des Zusatzes „Stubai“ erbracht werden. Die Branchenbezeichnung „Sport“ ohne den Zusatz „Stubai“ sei mangels Kennzeichnungskraft und Individualisierungswirkung des Unternehmens unzulässig. Der Branchenbezeichnung müsse daher ein Zusatz, etwa ein Name, eine Fantansiebezeichnung oder eine Buchstabenkombination beigefügt werden. Die Antragsteller wurden unter Fristsetzung von drei Wochen aufgefordert, den Firmenwortlaut dementsprechend abzuändern bzw die entsprechenden Nachweise für die Zulässigkeit des Zusatzes „Stubai“ zu erbringen.

Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist wies das Erstgericht mit dem angefochtenen Beschluss den Antrag auf Eintragung der offenen Gesellschaft „Sport Stubai OG“ ab. Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Antragsteller dem Verbesserungsauftrag vom 22.12.2009 nicht entsprochen hätten. Aus den dort angeführten Gründen sei aber die begehrte Eintragung unzulässig.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Antragsteller mit dem Begehren, in Stattgebung des Rekurses den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die beantragte Eintragung

vorzunehmen. Hilfsweise wird der Antrag gestellt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Dazu führen die Rekurswerber aus, im Hinblick auf den Geschäftszweig des einzutragenden Unternehmens werde durch die Verwendung der Firma „Sport Stubai OG“ der Geschäftsverkehr weder über die Bedeutung noch den Umfang der Gesellschaft oder den Standort des Unternehmens getäuscht. Daher sei die Verwendung eines geografischen Firmenzusatzes zulässig. Das Unternehmen „Sport D e.U.“ sei auf den Handel beschränkt und zudem aufgelöst. Die „Sport H r KG“ beschränke sich auf den Verkauf und Verleih von Sportartikeln. Der Geschäftszweig des einzutragenden Unternehmens gehe weit über diese Tätigkeiten hinaus, sodass die Stellung eines führenden Unternehmens in Sachen „Sport“ gegeben sei. Es sei beabsichtigt, im Stubaital noch weitere Zweigstellen zu errichten. Die einzutragende Firma unterscheide sich von allen in der Gemeinde Neustift bereits bestehenden und in das Firmenbuch eingetragenen Firmen deutlich.

Der Rekurs erweist sich aus nachstehenden Erwägungen im Sinne des angeführten Entscheidungstenors als berechtigt:

1.: Für alle geografischen Zusätze gilt, dass sie jedenfalls nur dann in die Firma aufgenommen werden dürfen, wenn zu dem geografischen Begriff überhaupt ein im weitesten Sinne des Wortes realer Bezug gegeben ist (für viele: *Heidinger* in MüKommzHGB² I [2005] § 18 Rz 143). Durch den beabsichtigten Sitz der Gesellschaft fehlt ein solcher realer Bezug der Firmenbezeichnung zur Gemeinde Neustift im Stubaital und allgemein für das Stubaital nicht. Die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bestehende materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts (OLG Wien zB 28 R 121/04a, NZ 2005, F 2) ergibt daher unter dem Blickwinkel des notwendigen realen Bezugs kein Eintragungshindernis (vgl dazu OLG Innsbruck 3 R 69/09k).

2.: Dem Erstgericht ist in der Überlegung beizupflichten, dass auch in jüngerer Zeit der Standpunkt vertreten wurde, das aus dem Grundsatz der Firmenwahrheit abzuleitende Täuschungsverbot des § 18 Abs 2 UGB, das auch auf Gesellschaftsfirmen anwendbar ist, verlange bei geografischen Firmenzusätzen, zB auch bei Bundesländerzusätzen, nicht nur, dass der Rechtsträger im angeführten Gebiet wirtschaftlich tätig werde, sondern darüber hinaus, dass er eine besondere Bedeutung für den jeweiligen Wirtschaftszweig innerhalb des angeführten Raumes hat (6 Ob 67/01y, EvBl 2001/185 = RdW 2001/675 = ÖBA 2002/1027 mwH). Bereits in seinen Entscheidungen 3 R 96/07b und 3 R 69/09k hat aber der Rekurssenat die Ansicht vertreten, dass nach dem zum 1.1.1995 erfolgten Beitritt zur Europäischen Union (EU), nach den Österreich betreffenden beiden Ost- und Südosterweiterungsrunden, nach der ab Ende 2002 ergangenen Rechtsprechung des EuGH in Handelsregister- und Firmenbuchsachen (insbesondere 16.12.2008, Rs C-210/06, *CARTESIO*, Slg 2008, I-00000 [noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht] Tz 107, 109, 122 f; 26.6.2008, Rs C-284/06, *Burda*, Slg 2008, I-00000 Tz 77; 12.9.2006, Rs C-196/04, *Cadburry Schweppes plc* und *Cadburry Schweppes Overseas Ltd*, Slg 2006, I-7995 Tz 41, 50; 1.6.2006, Rs C-453/04, *innoventif Limited*, Slg 2006, I-4929 Tz 38, 42 f; 17.3.2005, Rs C-294/02, *Kion/AMI Semiconductor Belgium*, Slg 2005, I-2175 Tz 60; 30.9.2003, Rs C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155 Tz 97; 5.11.2002, Rs C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919 Tz 70, 81) und nach der jüngsten Firmenliberalisierung durch die Neufassung des § 18 UGB (*Dehn* in *Krejci* Reform-Kommentar UGB/ABGB §18 UGB Rz 1) im Wege des HaRÄG2005, BGBl I 120/2005, dieser Grundsatz mit Wirksamkeit vom 1.1.2007 nicht mehr aufrecht erhalten werden kann:

2.1.: Zunächst ist festzuhalten, dass es bereits im Hinblick auf den Beitritt zur **Europäischen Union**, insbesondere seit den letzten beiden Österreich stark betreffenden Ost- und Südost**erweiterungsrunden** fraglich erscheint, ob die maßgebliche oder besondere Bedeutung eines Unternehmens noch Maßstab für die Berechtigung zur Führung eines geografischen Zusatzes bzw einer Beschränkung der Führung eines solchen Zusatzes sein darf: Denn mit zunehmender Erweiterung und Verflechtung des gemeinsamen Marktes ist ein Bedürfnis auch für kleinere Firmen anzuerkennen, zur Unterscheidung der Nationalität geografische Firmenzusätze bekannter europäischer Mitgliedstaaten oder Regionen wie beispielsweise Vorarlberg, Tirol oder wie Stubai bzw Synonymbezeichnungen wie „*Ländle"* zu führen (für viele: *Heidinger* in MüKommzHGB² I §18 HGB Rz141, 142, 151 mwH).

2.2.: Darüber hinaus würde das Verlangen nach einer besonderen Bedeutung für den jeweiligen Wirtschaftszweig innerhalb des angeführten Raums eine **Inländerdiskriminierung** gegenüber EU-ausländischen Gesellschaften darstellen, die nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und des OGH vermieden werden sollte. Folgt man dieser im Folgenden noch im Einzelnen darzustellenden Ableitung, kann nach Auffassung des Rekurssenats zumindest vorerst auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der OGH die Niederlassungsfreiheit auch im Gesellschaftsrecht übernommen hat (6 Ob 232/07x; 6 Ob 146/06y, NZ 2008/24, 92; RIS-Justiz RS0112341 [insb T3, T4]) zumindest derzeit kein Nachweis der besonderen Bedeutung im erwähnten Sinne von den Rekurswerbern verlangt werden:

2.2.1.: Der erkennende Senat vertritt allerdings nicht die Ansicht, dass die besondere Bedeutung für den jeweiligen Wirtschaftszweig innerhalb des angeführten Raums nicht grundsätzlich - zB für Drittlands- oder Inlandsfälle -

volle Wirksamkeit entfaltet, denn die Voraussetzungen für die Gesellschaftsgründung richten sich nach dem Gründungsstatut (für viele: EuGH 16.12.2008, Rs C-210/06, *CARTESIO*, Slg 02008, I-00000 [noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht] Tz 110 mzwH), hier also nach österreichischem Recht. Das OLG Innsbruck hat jedoch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht seiner Auffassung Ausdruck verliehen, dass

- diese Bedeutung im dargestellten Sinn in anderen firmenbuchliberaleren Mitgliedstaaten - zB in der BRD - nicht verlangt wird (näher unten 2.2.3.);

- diese Bedeutung daher für Gesellschaften, die nach dem firmenbuchliberaleren Gründungsstatut eines anderen Mitgliedstaats gegründet wurden, auch dann zB von österreichischen Gerichten nicht verlangt werden darf, wenn diese (firmenbuchliberaler gegründeten mitgliedstaatlichen) Gesellschaften **in Österreich** in Ausübung ihrer **Dienstleistungsfreiheit** im rechtsgeschäftlichen Verkehr tätig werden (§ 37 UGB; näher unten 2.2.4.) oder in Österreich in Ausübung der **Niederlassungsfreiheit** zB eine **Zweigniederlassung** gründen, weil (und soweit) es ihr **Gründungs**statut nicht verlangt (näher unten 2.2.5.);

- diese **Bevorzugung** gegenüber nach österreichischem Recht gegründeten Gesellschaften zu **vermeiden** ist (näher unten 2.2.6. und 2.2.7.);

- diese Bedeutung im dargestellten Sinn daher von inländischen Gesellschaften (mit Sitz im Inland) - ebenso wie von mitgliedstaatlichen ausländischen Gesellschaften - zur Hintanhaltung einer Inländerdiskriminierung sinnvollerweise nicht mehr zu verlangen ist (näher unten 2.2.8. und 2.2.9. sowie *Kohlegger* Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das Firmenbuchverfahren NZ 2009, 33, 65 [74 f]).

2.2.2.: Die Entscheidung des EuGH in der Rs *CARTESIO* (16.12.2008, Rs C-210/06, *CARTESIO*, Slg 2008, I-00000 [noch nicht in der amtlichen

Sammlung veröffentlicht] Tz) fand allerdings, wie der EuGH in der Rs *CARTESIO* ausdrücklich dargelegt hat (Tz 121) - ebenso wie die beiden älteren Entscheidungen in den Rs *Daily Mail* (27.9.1988, Rs 81/87, *Daily Mail*, Slg 1988, 5483) und *Überseering* (5.11.2002, Rs C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919) - auf einen **Wegzugsfall** und Wegzugsbeschränkungen durch das **Gründungsstatut** Anwendung: Diese E betraf also einen völlig anderen Sachverhalt und ein völlig anderes Rechtsproblem als den für den hier interessierenden gemeinschaftsrechtlichen Teil der Entscheidungsbegründung des OLG Innsbruck in der E 3 R 96/07b tragenden Gedanken, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch unter anderem Gründung von Zweigniederlassungen durch den **Aufnahme**mitgliedstaat nicht in einer nach dem Gründungsstatut unzulässigen Weise beschränkt werden darf. Auch in der Rs *CARTESIO* hat der EuGH übrigens - entgegen der Stellungnahme der Europäischen Kommission (*K*^{ion}) unter Hinweis auf die EWIV-VO (EWG) Nr 2137/85, Societas-Europea-VO (EG) Nr 2157/2001 und Europäische-Genossenschafts-VO (EG) Nr 1435/2003, die auch für diesen Ausnahmefall selbst Wegzugsbeschränkungen durch das Gründungsstatut als prinzipiell unzulässige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nach den Art 43, 48 EG ansieht (siehe die Verweise in Rs *CARTESIO* Tz 115 f) - den Standpunkt eingenommen, dass nur bei (Hauptverwaltungs-)**Sitzverlegung** (dort von Ungarn nach Italien) unter **Wahrung der Rechtspersönlichkeit** gemäß dem **Gründungs**statut nach dem bisherigen Stand des Gemeinschaftsrechts **Wegzug**beschränkungen durch das **Gründungs**statut keinen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen (EuGH Rs *CARTESIO* Tz 99, 107, 110 zweiter Satz, 119; ebenso schon Rs *Überseering* Tz 70). In **allen anderen Fällen** hat der EuGH jedoch selbst Beschränkungen durch das Gründungsstatut als unzulässig angesehen, insbesondere bei

(Hauptverwaltungs-)**Sitzverlegungen** unter **Änderung** der Rechtspersönlichkeit und des anwendbaren Rechts durch zulässige **Umwandlung** in eine zulässige Gesellschaftsform des **Aufnahme**mitgliedstaats (EuGH Rs *CARTESIO* Tz 111 f insb 113; ebenso schon 5.10.2004, Rs C-442/02, *CaixaBank France*, Slg 2004, I-8961 Tz 11). Hingegen wollte der EuGH mit der E in der Rs *CARTESIO* an der prinzipiellen Pflicht jedes Mitgliedstaats, die **Rechtspersönlichkeit** einer in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Rechtsordnung, also nach dem Gründungsstatut wirksam gegründeten **Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat anzuerkennen** (näher unten 2.2.5.) und damit den insoweit in den Rs *Centros* (EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97, *Centros*, Slg 1999, I-1459 Tz 17 ff), *Überseering* (EuGH 5.11.2002, Rs C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919 Tz 82 ff) und *Inspire Art* (EuGH 30.9.2003, Rs C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155 Tz 22 ff) vorgegebenen Grundsätzen nichts verändern (EuGH Rs *CARTESIO*, Tz 121 ff insb Tz 123). **An diesen Prinzipien**, auf die das OLG Innsbruck seine E 3 R 96/07b im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Teils seiner Begründung gestützt hat (siehe dort S 5 ff) ändert die E des EuGH in der **Rs *CARTESIO*** nach wie vor **nichts**.

2.2.3.: In **Deutschland**, dem bevölkerungsreichsten EU-Mitgliedstaat, entspricht es aber modernerer überwiegender Auffassung, dass geografische Zusätze ohne das Erfordernis der besonderen Bedeutung des Unternehmens für diese Region zulässig sind (*Heidinger* in MüKomzHGB² I [2005] § 18 Rz 141 f, 151 mzwH). Auch in Deutschland ist anerkannt, dass im Rahmen der Niederlassungsfreiheit noch liberalere Firmenbildungsvorschriften anzuerkennen und Inländerbenachteiligungen gegenüber sich zweigniederlassenden ausländischen Gesellschaften zu vermeiden sind (*Heidinger* Vor § 17 Rz 71, 76).

2.2.4.: Im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit kann einer ausländischen Gesellschaft nicht verwehrt werden, **Dienstleistungen** in Österreich zu erbringen oder unselbstständige Betriebsstätten bzw Verkaufsstellen im Inland zu errichten. Bei all diesen Tätigkeiten kann sie die nach ihrem Gründungs- oder Sitzstatut zulässige Firma auch dann führen, wenn sie in Österreich anders gebildet werden müsste. In diesen Fällen gelangen die unterschiedlichen Theorien zum Firmen- bzw Gesellschaftsstatut, nämlich Sitz- oder Gründungstheorie zum selben Resultat der Zulässigkeit der Firmenverwendung (*Heidinger* Vor § 17 Rz 75 mwH).

2.2.5.: Das **Firmenstatut**, also die Frage, wie eine Firma zu bilden ist, richtet sich nach dem **Gesellschaftsstatut** (*Heidinger* Vor § 17 Rz 66 mwH; *Verschraegen* in *Rummel* ABGB³ II/6 § 13 IPRG Rz 11). Im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit der Art 43 und 48 EG gilt für die sogenannten *„Zuzugsfälle“*, also zB die Begründung einer Zweigniederlassung in Österreich, nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des EuGH die **Gründungstheorie** und nicht mehr die Sitztheorie als Kollisionsnorm, sodass sich das **Gesellschaftsstatut** nach dem **Gründungsort** der Gesellschaft richtet (*B. Adensamer* Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften [2006] 113, 126, 140, 143; *Heidinger* Rz 66, 68, 71, 76; *Kohlegger* Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das Firmenbuchverfahren, NZ 2009, 33, 65 [41L]; *Verschraegen* § 10 IPRG Rz 5 ff insb 9 S 70, § 12 IPRG Rz 9 aE, 13; EuGH zB 16.12.2008, Rs C-210/06, *CARTESIO*, Slg 2008, I-00000 Tz 107, 109, 122 f; u.a.). Daher sind alle EG-Mitgliedstaaten (und gemäß Art 10 EG ihre Behörden und Gerichte) nach Art 43 und 48 EG dazu verpflichtet, im Fall einer Sitzverlegung oder Begründung einer Zweigniederlassung die Rechts- und Parteifähigkeit einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründeten

Gesellschaft zu beachten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt (EuGH zB Rs *CARTESIO* Tz 111 f, 122 f; Rs *innoventif Limited* Tz 38 f, 42; Rs *Überseering* Tz 58 f, 62, 72 f, 82, insb 95). Darüber hinaus verbietet die Niederlassungsfreiheit auch, die niederlassungsberechtigte Gesellschaft an der Ausübung der Niederlassungsfreiheit in diskriminierender Weise zu behindern oder ihr die Ausübung dieser Freiheit weniger attraktiv zu gestalten (EuGH zB 28.2.2008, Rs C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*, Slg 2008, I-00000 Tz 28; 6.12.2007, Rs C-298/05, *Columbus*, Slg 2007, I-10451 Tz 34; 18.7.2007, Rs C-231/05, *Oy AA*, Slg 2007, I-6373 Tz 39; 13.3.2007, Rs C-524/04, *Test Chaimants in the Thin Cap Group Litigation*, Slg 2007, I-2107 Tz 61, 94; 5.10.2004, Rs C-442/02, *CaixaBank France*, Slg 2004, I-8961 Tz 11; Rs *innoventif Limited* Tz 38; 9.3.1999, Rs C-212/97, *Centros*, Slg 1999, I-1459 Tz 34). Einer Gesellschaft aus dem EU-Ausland muss es ohne jegliche Beschränkung möglich sein, die **geeignete Rechtsform** für eine (Tochter-)Gesellschaft/Zweigniederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat frei zu wählen (EuGH 21.9.1999, Rs C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain*, Slg 1999, I-6161 Tz 43f) oder eine **Zweigniederlassung eintragen** zu lassen, ohne dass vom Gründungsstatut abweichende zusätzliche Anforderungen durch die Gerichte und Behörden der Zweigniederlassung verlangt werden dürfen (EuGH zB Rs *innoventif Limited* Tz 37 ff; Rs *Inspire Art* Tz 97, 101, 104, 105). Der OGH hat aber bereits wiederholt akzeptiert, dass Urteile des Europäischen Gerichtshofs die Gerichte der Mitgliedstaaten, zB Österreichs, auch für alle anderen Fälle binden und subjektives Recht schaffen, also insoweit § 12 ABGB einschränken (RIS-Justiz RS0109592). Dementsprechend ist auch das Firmenstatut am Gründungsort der Gesellschaft anzuknüpfen (*Heidinger* Vor § 17 Rz 68). Entscheidend für die Frage der zulässigen **Bildung einer Firma** ist daher das **Recht des**

Gründungsstaats der Gesellschaft (*Heidinger* aaO). Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit muss daher das österreichische Firmenrecht eventuelle günstigere Firmenbuchsregelungen im Gründungsausland akzeptieren (*Heidinger* Vor § 17 Rz 76).

2.2.6.: Ist das österreichische Firmenrecht daher nicht so liberal wie das Firmenrecht in zumindest anderen bedeutenden europäischen Mitgliedstaaten, ergibt sich daraus eine Inländerbenachteiligung, weil die nach ihrem Heimatrecht zulässige ausländische Firma in Österreich wegen der europarechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit akzeptiert werden muss (*Heidinger* Vor § 17 Rz 71, 76). Zumindest für den deutschen Rechtsbereich (jenes des bevölkerungsreichsten EU-Mitgliedstaats) ist mittlerweile anerkannt, dass die Kennzeichnungs-Eignung und die Unterscheidungskraft nach § 18 Abs 1 dHGB und das Irreführungsverbot nach § 18 Abs2 dHGB das Erfordernis einer besonderen Bedeutung des Unternehmens für die Zulässigkeit eines geografischen Zusatzes zur Firmenbezeichnung nicht mehr erfordern (*Heidinger* § 18 Rz 141, 143, 151). Aus der Anerkennung der Rechte ausländischer (zB bundesdeutscher) Handelsgesellschaften nach deren Gründungsstatut gemäß der dargestellten Judikatur des EuGH ergibt sich aber, wenn man für österreichische Handelsgesellschaften an dem Erfordernis der besonderen Bedeutung für die Zulässigkeit geografischer Firmenbezeichnungszusätze festhält, eine **deutliche Inländerdiskriminierung** (vgl *Heidinger* Vor § 17 Rz 71, 76).

2.2.7.: Wohl ist das Gemeinschaftsrecht in der Frage der Inländerdiskriminierung, das heißt der Benachteiligung von Inländern gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die von ihren Rechten aufgrund des Gemeinschaftsrechts Gebrauch machen, neutral eingestellt und verbietet eine solche Diskriminierung von Inländern durch nationale Rechtsvorschriften nicht; das Gemeinschaftsrecht hindert das nationale

Gericht (Art 10 EG) aber auch nicht daran, die Inländerdiskriminierung etwa am Gleichheitsgrundsatz des nationalen Rechts auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und auf diese Weise zu eliminieren (EuGH zB 13.1.2000, Rs C-254/98, *TK-Heimdienst Sass GmbH*, Slg 2000, I-151 = EuZW 2000, 309 Tz 11 ff; dazu etwa *G. Kohlegger* in *Fasching/Konecny* ZPO² II/2 Anh § 190 Rz 192; RIS-Justiz RS0109593). Sowohl der Verfassungsgerichtshof (5.12.2006, G 121/06, B 98/05 ua; 17.6.1997, B 592/96, ZfVB 1998/950, 952, 967, 970, 994, 997 [*Bapuly/Kohlegger* Die Implementierung des EG-Rechts in Österreich, die Gerichtsbarkeit {2003} 59]) als auch der Oberste Gerichtshof (4 Ob 224/06d; 4 Ob 31/05w; 4 Ob 364/97a, ÖBl 1998, 250 = wbl 1998/208 [*Bapuly/Kohlegger* 422]) haben aber wiederholt ausgesprochen, dass eine **Schlechterstellung österreichischer Staatsangehöriger** gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, insbesondere aufgrund der zu deren Gunsten wirkenden Anwendung von Gemeinschaftsrecht **zu vermeiden** ist. Auch das Rekursgericht muss daher die inländischen Bestimmungen, zB § 18 UGB (der insbesondere auch für die Firmenbildungsvorschriften der GmbH gilt: *Gellis* GmbHG⁶ [2006] 100; 6 Ob 67/01y, EvBl 2001/185 = RdW 2001/675 = ÖBA 2002/1027; 6 Ob 25/95) im Sinn der eingangs dargelegten bindenden Rechtsprechung des EuGH dahin auslegen, dass auch für die Firmenbildung inländischer Gesellschaften im Inland - ebenso wie für EU-ausländische Firmen zB in der BRD, die zB im Inland eine Zweigniederlassung gründen und im Firmenbuch eintragen lassen - das Erfordernis der besonderen Bedeutung des Unternehmens für die Zulässigkeit geografischer Zusätze nicht mehr gilt.

2.2.8.: Diesem Auslegungsergebnis steht auch nicht die ***„ordre-public“***-Klausel des § 6 IPRG bzw Art 16 EVÜ in dem Sinn entgegen, dass Schranken durch das österreichische Firmenbildungsrecht in wenn auch noch sehr eingeschränktem Umfang gegen die europäische Niederlassungsfreiheit

und Freizügigkeit aufrecht erhalten werden könnten (*Heidinger* Vor § 17 Rz 70): Der *„ordre-public“*-Klausel sind zwar die Grundsätze der Firmenunterscheidbarkeit, -wahrheit und -klarheit zugänglich (vgl 6 Ob 211/03b, GesRZ 2004, 129), die Vorbehaltsklausel schützt aber auch in Österreich anwendbares Gemeinschaftsrecht (*Verschraegen* Art 16 EVÜ Rz 10). Die Vorbehaltsklausel schützt die Grundsätze der Firmenunterscheidbarkeit, -wahrheit und -klarheit also nur **mit** den jeweiligen Einschränkungen durch das Gemeinschaftsrecht, zB die Art 43, 48 EG. Abgesehen davon verlangt bereits die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit auch nur in Einzelfällen die **Rechtfertigung** der Einschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die in nicht diskriminierender Weise anzuwenden sind, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist (Allgemein zur Niederlassungsfreiheit zB EuGH 6.12.2007, Rs C-456/05, *K[ion]/BRD*, Slg 2007, I-10517 Tz 49). Diese Vorgaben des EuGH gebieten in der Frage der Firmenbildung eine äußerst restriktive Anwendung der *„ordre-public“*-Klausel (*Heidinger* Vor § 17 Rz 70), die somit eine Inländerdiskriminierung in diesem Fall nicht zu rechtfertigen vermag.

2.2.9.: Auch das Argument, wonach der Grundsatz der **Firmenwahrheit** zumindest ansatzweise in fast allen EU-Mitgliedstaaten besteht und damit in gewisser Weise europäischem Standard entspricht, führt lediglich dazu, dass auch Firmen aus dem europäischen Ausland ihm am Recht ihres Gründungsorts, in mehr oder weniger ausgeprägter Form, unterworfen sind (*Heidinger* Vor § 17 Rz 77). Dadurch wird aber die Gründung (und Firmenbucheintragung) einer österreichischen Zweigniederlassung einer unter ausländischen milderen Firmenbildungsvorschriften - wie zB in Deutschland, wo geografische Zusätze ohne das Erfordernis der besonderen

Bedeutung des Unternehmens für diese Region zulässig sind (*Heidinger* § 18 Rz 141, 142, 151) - gegründeten und am Ort ihrer Gründung in das Firmenbuch/Handelsregister eingetragenen Gesellschaft nicht verhindert. Die Niederlassung von nach milderen Firmenbildungsregeln am Gründungsort eingetragenen ausländischen Gesellschaften in Österreich kann daher auch nicht durch den Hinweis auf eine, wenn auch abgemilderte Geltung des Grundsatzes der Firmenwahrheit in allen EU-Mitgliedstaaten unterlaufen werden.

2.3.: Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die mit 1.1.2007 in Geltung getretene (HaRÄG 2005 BGBl I 120/2005) Firmenliberalisierung durch Änderung des § 18 UGB, insbesondere Reduktion des § 18 Abs 1 UGB auf die Kennzeichnungseignung und die Unterscheidungskraft sowie des § 18 Abs 2 UGB auf das Irreführungsverbot, nun im Wesentlichen der deutschen Rechtslage entspricht (*Dehn* in *Krejci* Reform-Kommentar UGB/ABGB § 18 UGB Rz 2; *Heidinger* Vor § 17 Rz 76 f; 6 Ob 242/08v, GesRZ 2009, 226 [*Birnbaumer*]). Die (firmen)lieberalisierte neue Rechtslage in Österreich kann daher zwanglos wie in der Bundesrepublik Deutschland dahin verstanden werden, dass für geografische Regionalzusätze keine besondere Bedeutung des Unternehmens für den jeweiligen Wirtschaftszweig innerhalb des angeführten Raums mehr erforderlich ist (zur deutschen Rechtslage: *Heidinger* § 18 Rz 141, 142, 151).

3.: Zusammengefasst kann der Rekurssenat daher aufgrund der geänderten wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse, anders als das Erstgericht, für den Zusatz *„Stubai“* **keine besondere Bedeutung** des Unternehmens für den jeweiligen Wirtschaftszweig innerhalb des angeführten Raums **mehr** verlangen, weil anders eine Benachteiligung (Inländerdiskriminierung) österreichischer Gesellschaften gegenüber solchen aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu verhindern ist; denn der EU-Beitritt

Österreichs, die letzten Ost- und Südosterweiterungsrunden des gemeinsamen (EU-) Markts (oben 2.1.), die Rechtsprechung des EuGH zum Gesellschaftsstatut ab Ende 2002, insbesondere die sich daraus ergebende Zulässigkeit der Begründung von Zweigniederlassungen für ausländische Handelsgesellschaften, die nach ihrem Gründungsstatut milderen Firmenbildungsvorschriften unterliegen, in Verbindung mit dem Gebot, inländische Gesellschaften gegenüber diesen europarechtlich begünstigten ausländischen Gesellschaften nicht zu diskriminieren (oben 2.2.) und die Firmenliberalisierung durch das Handelsrecht-Änderungsgesetz (HaRÄG 2005, BGBl I 120/2005; oben 2.3.) legen diesen geänderten Standpunkt nahe.

4.: Im Zentrum der Firmenliberalisierung durch die Handelsrechtsreform 2005 (HaRÄG 2005, BGBl I 2005/120) stand die Neufassung des § 18 UGB (vgl oben 2.3.). Demnach muss die Firma zur Kennzeichnung des Unternehmens geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Gleichzeitig darf die Firma nach § 18 Abs 2 UGB - wie bereits angeführt - keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irre zu führen (6 Ob 242/08v, GesRZ 2009, 226; 6 Ob 188/07a, GesRZ 2008/31 [*Ratka*]).

5.: Die Kennzeichnungseignung ist die erste und selbstverständliche Funktion der Firma. Darunter wird die Eignung zur namentlichen Kennzeichnung eines Unternehmers (Namensfunktion) verstanden. Die Sachfirma kann den Gegenstand des Unternehmens enthalten. Reine Gattungsbezeichnungen oder Branchenangaben sind allerdings mangels Individualisierungswirkung unzulässig. Bilden Gegenstand des Unternehmens Geschäfte, die von mehreren gleichartigen Unternehmen ausgeübt werden oder ausgeübt werden können, so ist es erforderlich, dass das Unternehmen

eine individuelle Bezeichnung führt, die sich von der Gattungsbezeichnung des Gewerbezweiges unterscheidet. Andernfalls bestünde die Gefahr einer Sperrwirkung und Monopolisierung hinsichtlich der Gattungsbezeichnung. Demnach ist es zumindest erforderlich, Gattungsbezeichnungen individualisierende Zusätze hinzuzufügen, um das jeweilige Unternehmen hinreichend zu kennzeichnen (6 Ob 242/08v). Diese Voraussetzungen sind für die einzutragende Firma gegeben, weil der Branchenbezeichnung „Sport“ der nach den vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstandende individualisierende Zusatz „Stubai“ hinzugefügt wurde.

6.: Mit der Kennzeichnungseignung überschneidet sich teilweise das Kriterium der Unterscheidungskraft. Diese bedeutet, dass die Firma geeignet ist, bei Lesern und Hörern die Assoziation mit einem ganz bestimmten Unternehmen unter vielen anderen zu wecken. Die Unterscheidungskraft nach § 18 UGB geht allerdings nicht mehr so weit, dass auch die konkrete Identität eines Unternehmensträgers aus der Firma abgeleitet sein muss. Die Individualisierungseignung muss vielmehr nur generell und abstrakt gegeben sein. Erst wenn die abstrakte Individualisierungsfunktion bejaht werden kann, stellt sich überhaupt die Frage, ob eine Firma konkret mit einer gleichen oder ähnlichen Firma verwechselt werden und deshalb unzulässig sein könnte. An Unterscheidungskraft fehlt es nach herrschender Ansicht reinen Sach- und Gattungsbezeichnungen, aber auch bloß geschäftlichen Bezeichnungen, solange sie nicht Verkehrsgeltung erlangt haben, an welche bei einem entsprechenden Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit allerdings hohe Anforderungen zu stellen sind (6 Ob 242/08v; 6 Ob 188/07a).

Wenn auch der Firmenbestandteil „Sport“ mit zwei bereits in das Firmenbuch eingetragenen Firmen von Unternehmen mit Sitz in Neustift im Stubaital übereinstimmt, wird die Unterscheidbarkeit zu diesen aber doch durch den Zusatz „Stubai“ gewährleistet. Diese Bezeichnung ist geeignet, um

vom Verkehr als individualisierender Herkunftshinweis auf das Unternehmen aufgefasst zu werden. Damit wird auch dem Freihaltebedürfnis des Verkehrs an der Branchenbezeichnung „Sport“ Genüge getan (vgl dazu 6 Ob 242/08v).

7.: In Ergänzung zu Punkt 1. sei abschließend festgehalten, dass die Branchenbezeichnung „Sport“ im Hinblick auf den Geschäftszweig der Gesellschaft ebenfalls zur Irreführung nicht geeignet ist.

Insgesamt zeigt sich daher, dass das vom Erstgericht angenommene Eintragungshindernis nicht besteht.

Daher war die bekämpfte Entscheidung aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund aufzutragen.

Da das Rekursgericht aus den dargestellten Erwägungen von der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes abgewichen ist, wonach für die Zulässigkeit von geografischen Firmenzusätzen verlangt wird, dass dem Unternehmen aufgrund seiner Größe, Wichtigkeit bzw seines Gepräges eine zumindest überdurchschnittliche Bedeutung zukommt, war der ordentliche Revisionsrekurs zuzulassen (§§ 62 Abs 1, 59 Abs 1 Z 2 AußStrG 2003).

Oberlandesgericht Innsbruck
Abt. 3, am 15. Februar 2010

Dr. Johann Hörbiger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG: