

## B e s c h l u s s

Das Oberlandesgericht Innsbruck hat als Rekursgericht durch den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Kerl als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Kohlegger und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. E. Braunias als weitere Mitglieder des Senates in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch zu FN [REDACTED] eingetragenen K [REDACTED] GmbH infolge Rekurses ihres Geschäftsführers R [REDACTED] K [REDACTED] gegen den Beschluss des Landes- als Handelsgerichtes Innsbruck vom 30.7.2007, 60 Fr 1389/07b-4, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Dem Rekurs wird **F o l g e** gegeben, die bekämpfte Entscheidung **aufgehoben** und die Firmenbuchsache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund **zurückverwiesen**.

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

## B e g r ü n d u n g :

Im Firmenbuch des Landes- als Handelsgerichtes Innsbruck ist unter FN [REDACTED] die Firma „K [REDACTED] GmbH“ mit dem Sitz in 5600 St. Johann im Pongau unter Geschäftsanschrift 5600 St. Johann i.P., [REDACTED] eingetragen. Alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter ist der am 2.1. [REDACTED] geborene R [REDACTED] K [REDACTED]. Das zur Gänze geleistete Stammkapital beträgt EUR 38.000,--.

Mit dem am 22.6.2007 beim Erstgericht eingelangten Gesuch vom 8.5.2007 beantragte der Geschäftsführer R. K., vertreten durch den öffentlichen Notar Mag. Robert Eckschlager, die Eintragung der **Änderung des Firmenwortlauts** in „*Heli Tirol GmbH*“, die **Sitzverlegung** von St. Johann i.P. nach Karres, Tirol und damit verbunden die Änderungen des Gesellschaftsvertrags in den Punkten I. (Firma), II. (Sitz) und III. (Gegenstand des Unternehmens) in das Firmenbuch.

Mit Verbesserungsauftrag vom 26.6.2007 wurde dem Vertreter des Geschäftsführers mitgeteilt, dass geografische Zusätze nur für führende Unternehmen des angegebenen geografischen Gebiets und Geschäftszweigs zulässig sind. Er wurde daher dazu aufgefordert, Nachweise zu erbringen, dass der Zusatz „*Tirol*“ in der Firma der GmbH gerechtfertigt ist bzw. die der Wirtschaftskammer Tirol zur Prüfung des Zusatzes „*Tirol*“ zur Verfügung gestellten Unterlagen vorzulegen.

Am 29.6.2007 legte der Vertreter der Geschäftsführers eine Kopie des Ansuchens an die Wirtschaftskammer Tirol vor.

Mit dem bekämpften Beschluss wies das Erstgericht die Anträge ab. Dazu gelangte das Erstgericht in der Überlegung, dass es in Tirol bereits mehrere Hubschrauberunternehmen mit gleichem oder ähnlichem Unternehmensgegenstand gebe; so die „*HELIAMBULANCE TEAM GmbH*“ (FN 215777w), „*HELIAMBULANCE TEAM GmbH & Co KG*“ (FN 240048m), „*Schider Helicopter-Service GmbH*“ (FN 227160i), „*Helikopter Air Transport Gesellschaft m.b.H.*“ (FN 47437k), „*S.H.S. Helicopter Transporte GmbH*“ (FN 30636d), „*Dolomiten Helicopter GmbH*“ (FN 288313s). Deshalb könne aufgrund der Angaben im Schreiben vom 15.5.2007 an

die Wirtschaftskammer Tirol ohne weitere Urkunden nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Firma „*Heli Tirol GmbH*“ um das führendste Hubschrauberunternehmen in Tirol handle.

Gegen diese Entscheidung wendet sich nunmehr der (rechtzeitige) Rekurs des Geschäftsführers mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung im Sinne einer Bewilligung der erstinstanzlichen Anträge abzuändern (S 2 ON 5).

Der Rekurs erweist sich aus nachstehenden Erwägungen als begründet:

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 *MüKommzHGB*<sup>2</sup> I § 18 Rz 143). Durch die beabsichtigte Sitzverlegung der Gesellschaft fehlt es an einem solchen realen Bezug der Firmenbezeichnung zum Bundesland Tirol nicht mehr. 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.

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 HGB, das auch auf Gesellschaftsfirmen anwendbar ist, verlange bei geografischen Firmenzusätzen zB auch Bundesländerzusätze 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 Raums hat (6 Ob 67/01y, EvBl 2001/185 = RdW 2001/675 = ÖBA 2002/1027 mwH). Diesen

Grundsatz kann der Rekursenat aber 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 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 HaRÄG 2005, BGBl I 120/2005, mit Wirksamkeit vom 1.1.2007 nicht mehr aufrecht erhalten:

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 Südosterweiterungsrunden 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 Tirol zu führen (für viele: *Heidinger* in MüKommzHGB<sup>2</sup> I § 18 HGB Rz 141, 142, 151 mwH).

2.2.: 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).

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* ABGB<sup>3</sup> 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 (EuGH zB 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; unklarer noch 27.9.1988, Rs 81/87, *Daily Mail*, Slg 1988, 5483 Tz 19; in diesem Sinn zB auch *Verschraegen* § 10 IPRG Rz 5 ff insb 9 S 70, § 12 IPRG Rz 9aE, 13). 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 *Überseering* Tz 58 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 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, 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 *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).

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 Abs 2 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).

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 ZPO<sup>2</sup> III/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 31/05w; 8 ObA 238/98b, SZ 71/192; 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 GmbHG*<sup>6</sup> [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, 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.

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). 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 (EuGH zB 13.12.2005, Rs C-411/03, *SEVIC Systems*, Slg 2005, I-10805 Tz 23, 28, 29; 14.10.2004, Rs C-299/02, *Kion/Königreich der Niederlande*, Slg 2004, I-9761 Tz 18; Rs *Inspire* Art Tz 133; Rs *Centros* Tz 34). Diese Vorgaben des EuGH gebieten in der Frage der Firmenbildung eine äußerst restriktive Anwendung der



„ordre-public“-Klausel (*Heidinger* Vor § 17 Rz 70), die eine Inländerdiskriminierung in diesem Fall nicht zu rechtfertigen vermag.

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 mildereren 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 eingetragene Gesellschaft nicht verhindert. Die Niederlassung von nach mildereren 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). Die (firmen)liberalisierte 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 verlangt der Rekursenat daher aufgrund der geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse, anders als das Erstgericht, für den Zusatz „*Tirol*“ **keine besondere Bedeutung** des Unternehmens für den jeweiligen Wirtschaftszweig innerhalb des angeführten Raums **mehr**; denn der EU-Beitritt Österreichs, die letzten Ost- und Südosterweiterungsrunden des gemeinsamen (EU-) Markts, 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 milderer Firmenbildungsvorschriften unterliegen in Verbindung mit dem Gebot, inländische Gesellschaften gegenüber diesen europarechtlich begünstigten ausländischen Gesellschaften nicht zu diskriminieren und die Firmenliberalisierung durch das Handelsrecht-Änderungsgesetz (HaRÄG 2005, BGBl I 120/2005) legen diesen geänderten Standpunkt nahe. Das vom Erstgericht angenommene Eintragungshindernis liegt also nicht vor. Dem kombinierten Antrag der Rekurswerber steht kein Hindernis entgegen. Die drei Anträge sind daher zu bewilligen, ohne dass noch auf die Überlegung zurückzugreifen wäre, dass bei Verbindung mehrerer Eintragungsbegehren bei Vorliegen eines Abweisungsgrunds hinsichtlich einer begehrten Eintragung vor der Abweisung des gesamten Gesuchs ein **Verbesserungsverfahren** einzuleiten ist, um klarzustellen, ob der Einschreiter auch nur eine teilweise Stattgebung seines Gesuchs anstrebt (6 Ob 187/04z, SZ 2004/139 = GesRZ 2005, 44; 6 Ob 342/97f, SZ 70/268; 6 Ob 30/94, wbl 1995, 205; RIS-Justiz RS0109198).

4.: Die bekämpfte Entscheidung war daher aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund aufzutragen.

5.: Eine Kostenentscheidung konnte entfallen, weil bezüglich der Aufwand im Rekurs nicht angesprochen wurde.

6.: Mangels eindeutiger OGH-Judikatur ist der ordentliche Revisionsrekurs zulässig (§§ 62 Abs 1, 59 Abs 1 Z 2 AußStrG 2003).

Oberlandesgericht Innsbruck

Abt. 3, am 5. September 2007.

**Dr. Ewald Kerl**

**Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:**