

**Fundstelle:** ecolex 2008, 437 (*Straub*) = ZIK 2007/347, 215 = GeS 2007, 384 =  
= GesRZ 2007, 429 (*Zehetner*)



- 1. Wird die ausländische Gesellschaft (hier: Limited Company nach irischem Recht) in ihrem Sitzstaat im dortigen Register gelöscht, führt dies zur Löschung der Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft sowie deren selbst im österreichischen Firmenbuch.**
- 2. Für die Amtslöschung nach § 10 Abs2 FBG im Fall des Nichtbestehens der ausländischen Gesellschaft in ihrem Heimatstaat gilt § 113 Abs 2 GmbHG. Dieser regelt seinem Wortlaut nach nur die Liquidation der inländischen Zweigniederlassung einer bestehenden ausländischen Gesellschaft.**
- 3. Die Löschung der in ihrem Heimatstaat rechtlich nicht mehr bestehenden ausländischen Gesellschaft setzt nicht das Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 160 Abs 3 BAO voraus. Die Löschungssperre nach dieser Gesetzesstelle bezweckt vor allem, dass bis zur Beendigung des Abgabeverfahrens taugliche vertretungsberechtigte Organe der in Auflösung begriffenen Körperschaft zur Verfügung stehen.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Firmenbuchsache der K\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* mit dem Sitz in D\*\*\*\*\*, Irland, sowie deren inländischer Zweigniederlassung mit der Geschäftsanschrift \*\*\*\*\*, FN \*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs der Gesellschaft, vertreten durch Salpius Rechtsanwalts GmbH in Salzburg, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 24. April 2006, GZ 28 R 280/05k-32, womit über Rekurs der Gesellschaft der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 12. Oktober 2005, GZ 75 Fr 1356/03v-29, mit einer Maßgabe bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **Beschluss**

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

### **Begründung:**

In dem beim Handelsgericht Wien geführten Firmenbuch sind unter FN \*\*\*\*\* die ausländische Firma K\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* (künftig: Gesellschaft) und ihre inländische Zweigniederlassung mit einer Geschäftsanschrift in Wien eingetragen. Die Gesellschaft war unter Nr \*\*\*\*\* beim Companies Registration Office Dublin (kurz: CRO) als limited company (private company limited by shares) nach irischem Recht mit dem Sitz in Dublin eingetragen.

Auf Anfrage des Erstgerichts teilte die österreichische Botschaft in Dublin mit Schreiben vom 13. 5. 2003 mit, die Gesellschaft habe bislang niemals einen annual return bzw account vorgelegt. Bei telefonischer Nachfrage im CRO sei außerdem bestätigt worden, dass im Sinn einer von diesem durchgeführten Kampagne zur besseren Umsetzung der bestehenden Bestimmungen im Handelsrecht damit gerechnet werden könne, dass gegenständliche Unternehmung innerhalb der nächsten Zeit aus dem Firmenregister gestrichen werde.

Am 27. 5. 2003 reichte die Gesellschaft die Jahresabschlüsse der Zweigniederlassung für die Jahre 1999 bis 2001 beim Erstgericht ein.

Am 24. 7. 2003 langte beim Erstgericht ein Telefax von Dr. Peter F\*\*\*\*\* ein, der im Namen der

Gesellschaft mitteilte, bezüglich allfälliger irischer Verpflichtungen habe die Gesellschaft keine annual returns im Sinne von Offenlegungen erfolgen lassen, weil die Firma erklärt habe, in Irland keine Umsätze zu tätigen.

Mit Beschluss vom 30. 10. 2003 forderte das Erstgericht die Geschäftsführerin der Gesellschaft auf, binnen drei Monaten gemäß dem irischen Company Act 1963 jene Unterlagen der Rechnungslegung, die vom Sitz der Gesellschaft in Dublin dem CRO vorzulegen seien, für die Jahre 1999 bis 2002 in deutscher Sprache offenzulegen. In der Begründung gab es den Hinweis, dass im Falle der Nichtentsprechung davon ausgegangen werde, dass die Zweigniederlassung nicht mehr bestehe und das amtswegige Lösungsverfahren gemäß § 10 FBG eingeleitet werde. Der Beschluss wurde der Geschäftsführerin am 3. 11. 2003 zugestellt. Am 12. 1. 2004 legte die Gesellschaft den Jahresabschluss der Zweigniederlassung für 2002 vor und erhob gegen den Beschluss vom 30. 10. 2003 Rekurs, der vom Rekursgericht mit dem in Rechtskraft erwachsenen Beschluss vom 22. 3. 2004 zurückgewiesen wurde.

Am 21. 12. 2004 langte beim Erstgericht ein Auszug aus dem irischen Register betreffend die Gesellschaft ein. Darin ist unter dem Datum 19. 12. 2003 "Designation Dissolved", unter dem Datum 3. 10. 2003 "Strike Off Listed" und unter dem Datum 12. 12. 2003 "Struck Off" eingetragen.

Mit Beschluss vom 12. 10. 2005 sprach das *Erstgericht* aus, dass die im Firmenbuch eingetragene Zweigniederlassung der Gesellschaft mit Rechtskraft des Beschlusses von Amts wegen gelöscht werde. Es verwies auf die mit Wirksamkeit vom 3. 10. 2003 erfolgte Löschung der Gesellschaft im irischen Register. Grundlage für die Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft sei, dass die Gesellschaft am Sitz der Hauptniederlassung bestehe.

Aufgrund der eingeholten amtlichen Auskunft bestehe kein Grund daran zu zweifeln, dass die Gesellschaft nicht mehr existiere. Durch die Löschung der Gesellschaft habe nach irischem Recht die Gesellschaft zu existieren aufgehört. Dies ziehe automatisch den Verlust der Rechtsfähigkeit nach sich. Dadurch werde die Eintragung der Zweigniederlassung automatisch ungültig. In einem solchen Fall sei gemäß § 10 Abs 2 FBG mit amtswegiger Löschung vorzugehen.

Das *Rekursgericht* bestätigte diesen Beschluss mit der Maßgabe, dass es auch die Löschung der ausländischen Gesellschaft im Firmenbuch mit dem Hinweis auf den Lösungsgrund anordnete. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Nach Verneinung der Relevanz der gerügten Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Kausalität eines gerügten Verfahrensmangels für die angefochtene Entscheidung führte es zur Rechtsrüge aus, ob die Gesellschaft nach ihrer Löschung im irischen Register die von Österreich als Mitgliedstaat der Europäischen Union zu achtende Rechtsfähigkeit besitze, sei unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Obersten Gerichtshofs nach irischem Recht zu beurteilen. Gestützt auf sec 310 (1) Companies Act (CA) 1963, sec 311 (8) CA 1963, sec 12B (3) CA (Amendment) 1982 idF CA (Amendment) (No 2) 1999, irische höchstgerichtliche Rechtsprechung, Veröffentlichungen auf der Website des CRO und Literatur zum im gegebenen Zusammenhang vergleichbaren englischen Recht vertrat es die Auffassung, dass mit der Löschung einer Gesellschaft im irischen Register und der darauf folgenden Auflösung nach irischem Recht die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der Gesellschaft erlösche. Die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen eine gelöschte Gesellschaft in das Register wieder eintragen zu lassen, ändere daran nichts, weil diesfalls die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft erst mit der Wiedereintragung ex tunc auflebe. Im Einklang mit der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit folge daraus, dass ein nach dem maßgeblichen Personalstatut des Gründungsstaats nicht rechtsfähiges Gebilde auch keine Zweigniederlassung haben könne. Selbst wenn die Rekursbehauptung, die "Zweigniederlassung" sei voll aktiv, stimmen und Vermögen vorhanden sein sollte, handelte es sich dabei mangels Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nicht um deren Zweigniederlassung.

Für die Eintragung der Gesellschaft und deren Zweigniederlassung fehle es daher seit der Löschung im irischen Register und der darauf folgenden Auflösung an einem "Rechtsträger" im Sinn des § 13 Abs 1 HGB, der eine Zweigniederlassung haben könnte. Bei einer Zweigniederlassung handle es

sich auch nicht um eine "Tochter", die rechtliche Selbständigkeit bzw eigenständige Rechtspersönlichkeit erlangen könnte. Es bestimme sich nach dem Recht des der Zweigniederlassung entsprechenden Sitzstaates, ob einer Zweigniederlassung eigene Rechtspersönlichkeit zukomme. Nach dem hier maßgeblichen österreichischen Recht habe aber selbst die registrierte Zweigniederlassung einer ausländischen Handelsgesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit. Träger der Rechte und Pflichten sei vielmehr die ausländische Gesellschaft. Die im vorliegenden Verfahren verfügte Löschung stütze sich auf § 10 Abs 2 FBG. § 31 Abs 2 HGB sei nicht anzuwenden, weil es mangels Rechtsfähigkeit der Gesellschaft auch an der Vertretungsbefugnis der letzten vertretungsbefugten Organe fehle, weshalb es offenbar an dem zur Anmeldung des Erlöschens der Firma Verpflichteten im Sinne des § 31 Abs 2 HGB mangle. Die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 160 Abs 3 BAO sei nicht notwendig, weil diese Gesetzesbestimmung (nur) österreichische Rechtsformen anspreche und der Normzweck nicht erreicht werden könnte, weil schon seit der Löschung der Gesellschaft im irischen Register die letzten vertretungsbefugten Organe nicht vertretungsbefugt seien.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, welchen Einfluss es auf die Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft sowie deren selbst im österreichischen Firmenbuch habe, wenn die ausländische Gesellschaft in ihrem Sitzstaat im dortigen Register gelöscht sei, nicht vorhanden sei. Es existiere weiters keine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob gegebenenfalls § 10 Abs 2 FBG oder § 31 Abs 2 HGB anzuwenden sei und ob es für die Löschung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 160 Abs 3 BAO bedürfe.

Der gegen diese Entscheidung gerichtete *Revisionsrekurs* der Gesellschaft ist aus den vom Rekursgericht genannten Gründen *zulässig*, aber *nicht berechtigt*.

Die Rechtsmittelwerberin beantragt, den angefochtenen Beschluss ersatzlos aufzuheben und dem Erstgericht aufzutragen, der Einschreiterin gemäß § 31 Abs 2 HGB das Erlöschen der Firma zur Eintragung in das Firmenbuch gegebenenfalls unter Festlegung einer Sanktion gemäß § 24 FBG aufzutragen, allenfalls die Wiedereintragung der Gesellschaft im irischen Register nachzuweisen, allenfalls die Einleitung der Liquidation der österreichischen Zweigniederlassung der Einschreiterin einzuleiten und nach beendeter Liquidation die Löschung der Einschreiterin unter Vorlage der hierfür notwendigen Bestätigungen (§ 160 Abs 3 BAO, Erklärung des Liquidators über die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen und Verteilung des Vermögens) zu beantragen.

**I. 1.** Abgeleitet aus der in Art 43 und 48 EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die in einem Vertragsstaat nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Vertragsstaat - unabhängig von dem Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes - in der Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet wurde (vgl EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs C-208/00, Überseering, Slg 2002, I-9919; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 30.9. 2003, Rs C-167/01, Inspire Art, Slg 2003, I-10155; vgl SZ 72/121; SZ 2004/65; RIS-Justiz RS0087052). Dies gilt selbst dann, wenn die Gesellschaft im Ausland nur ihren gründungs- bzw satzungsmäßigen Sitz hat, während sie von vornherein ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Österreich nimmt, hier auch ihre Geschäfte betreibt und so bewusst die Gründungsvorschriften am Ort ihrer tatsächlichen Geschäftstätigkeit umgeht (vgl EuGH, Urt vom 30. 9. 2003, Rs C-167/01, Inspire Art, Slg 2003, I-10155 Rz 96 f, 137 ff mwN). Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der in einem Mitgliedstaat errichteten Gesellschaft beurteilt sich demnach nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nach dem Gründungsrecht, auch wenn sie im Gründungsstaat nur ihren statutarischen Sitz hat und dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet (SZ 72/121); ihr Gesellschaftsstatut ist das Recht des Gründungsstaates (SZ 2004/65; vgl Kropholler, Internationales Privatrecht 6 579 f mwN; Behrens, IPRax 2004, 20, insb 25 f). Das Gesellschaftsstatut (Personalstatut der Gesellschaft) ist für die Partei- und Prozessfähigkeit, für die Rechte und Pflichten der Organe und deren Vertretungsmacht (SZ 68/181; Verschraegen in Rummel, ABGB3 § 12 IPRG Rz 8 und 12 mwN; Kropholler, Internationales

Privatrecht<sup>6</sup> 581 f; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> 577 ff) und auch für das Ende der Gesellschaft (ihrer Rechtsfähigkeit) maßgeblich; es entscheidet über die mit der Auflösung, Abwicklung und Beendigung der Gesellschaft zusammenhängenden Fragen. Dazu gehören die Gründe, die zur Auflösung führen, sowie die damit zusammenhängenden Wirkungen (SZ 60/192; 1 Ob 537/89; Kalss/Adensamer in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften<sup>2</sup>, 4. Abschnitt, Das österreichische Gesellschaftsrecht, 666 mwN; Verschraegen aaO § 10 IPRG Rz 2, § 12 IPRG Rz 8 mwN). Da die Gesellschaft irischem Recht unterliegt, bestimmt sich - wie von der Rechtsmittelwerberin zugestanden - nach diesem, ob die Gesellschaft erloschen ist und welche im Inland anzuerkennenden Rechtsfolgen dies hat.

2. Die Revisionsrekurswerberin behauptet, die Löschung (strike off) der irischen Gesellschaft im irischen Register sei kein Nachweis für den Verlust ihrer Existenz als juristischer Person, sondern nur ein (widerlegbarer) Nachweis für das Erlöschen der Firma. Der Verlust der Rechtspersönlichkeit trete erst mit dem Hinzutreten der kumulativen Voraussetzung der Auflösung (dissolution) ein. Die Auflösung setze in jedem Fall die Verteilung des Vermögens und die Erfüllung aller Verbindlichkeiten voraus.

Dem ist entgegenzuhalten: Die Rechtsmittelwerberin gesteht zu, dass sie vom Amts wegen (unfreiwillig) im irischen Register gelöscht ("struck off") wurde.

Für die Annahme einer Auflösung durch Gesellschafterbeschluss (voluntary winding up, sec 251 CA 1963) oder auf Grund einer gerichtlichen Anordnung (winding up by the court, sec 212, 213 CA 1963) gibt es keine Grundlage im Akt.

Die Behauptung, eine Auflösung nach irischem Recht könne nicht erfolgt sein, weil die Gesellschaft (in Österreich) Vermögen habe und zwei Mitarbeiter beschäftige, ist unrichtig; die daraus gezogenen Schlüsse sind unzutreffend. Wie das englische Recht kennt das irische Recht eine Beendigung ("dissolution", s Behrens in Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht<sup>2</sup> 888; vgl T. Bachner/J. Schacherreiter, Das rechtliche Schicksal einer Limited nach der Löschung im Heimatregister, GeS 2006, 295; Borges, Der rechtliche Status der im Registerstaat erloschenen Gesellschaft, IPRax 2005, 134 [135]) einer company limited by shares auch ohne Auflösung und Abwicklung:

a) Hat der Registerbeamte Grund zur Annahme, dass eine Gesellschaft ihre Tätigkeit eingestellt hat, so kann er in einem vorgeschriebenen Verfahren feststellen, ob die Gesellschaft tatsächlich ihre Tätigkeit eingestellt hat. Bewahrheitet sich diese Annahme, so wird die Gesellschaft ohne formelle Auflösung und ohne Durchführung eines Abwicklungsverfahrens dadurch beendet, dass sie im Gesellschaftsregister gelöscht wird und die Löschung bekanntgemacht wird (sec 311 CA 1963; Behrens aaO 888). Gesellschafter und Gläubiger können jedoch innerhalb von zwanzig Jahren ab der Bekanntmachung beantragen, dass die Gesellschaft über gerichtliche Anordnung wieder in das Register eingetragen wird (sec 311 (8) CA 1963).

b) Nach einem ähnlich gestalteten Verfahren kommt es zur Beendigung der Gesellschaft ohne formelle Auflösung und ohne Durchführung eines Abwicklungsverfahrens durch Löschung im Register und Bekanntmachung der Löschung, wenn die Gesellschaft mit der Übermittlung eines annual return (gemäß sec 125 oder 126 CA 1963) an das CRO säumig ist (sec 12 CA (Amendment) 1982 idF CA (Amendment) (No 2) 1999) oder wenn die Gesellschaft der Steuerbehörde das gemäß sec 882 Taxes Consolidation Act 1997 vorgeschriebene statement nicht übermittelt (sec 12A CA (Amendment) 1982 idF CA (Amendment) (No 2) 1999, "Revenue strike off").

In beiden Fällen kann es über Antrag eines Anteilseigners, eines Funktionärs ("officer") oder Gläubigers der Gesellschaft, der innerhalb von zwanzig Jahren ab der Bekanntmachung der Löschung zu stellen ist, zu einer Wiedereintragung der Gesellschaft auf Grund einer gerichtlichen Anordnung kommen (sec 12B (3) CA (Amendment) 1982 idF CA (Amendment) (No 2) 1999).

c) Wurde eine Gesellschaft gemäß sec 311 CA 1963, sec 12 oder sec 12A CA (Amendment) 1982 idF CA (Amendment) (No 2) 1999 gelöscht, so kann die Gesellschaft vom Registerbeamten wieder in das Register eingetragen werden, wenn die Gesellschaft dies vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach der Beendigung beantragt (sec 311A CA 1963 idF CA 1990; administrative restoration).

Entgegen der Meinung der Revisionsrekurswerberin hat die Registerlöschung nach irischem Recht

konstitutive Wirkung. Die Beendigung (dissolution) bewirkt, dass die Existenz der Gesellschaft als Rechtsträger (juristische Person) aufhört und die Vertretungsbefugnisse enden (vgl. *Company, Strike off, Involuntary*, veröffentlicht vom CRO unter [www.cro.ie](http://www.cro.ie); zum vergleichbaren [s. Urteil des irischen Supreme Court vom 15. 3. 2002, AZ 169/01, *Deauville Communications Worldwide Ltd., Re [2002] IESC 19*] englischen Rechts s. *Borges aaO 136 f mwN*, T. Bacher/J. Schacherreiter aaO 295 f mwN und die vom Rekursgericht zitierten Belegstellen). Der Registerauszug des CRO ist ein hinreichender Nachweis dafür, dass die Löschung vorschriftsmäßig (vom 19. 12. 2003, s. auch *Iris Oifigiuil* vom 9. 1. 2004, Seite 5) publiziert wurde. Gegenteiliges behauptete die Revisionsrekurswerberin nicht. Ihre Behauptung, mittlerweile ihre Wiedereintragung im irischen Register gemäß *sec 311A CA 1990* oder *sec 12B (3) CA (Amendment) (No 2) 1999* beantragt zu haben, ist eine im Revisionsrekursverfahren unbeachtliche Neuerung (§ 66 Abs 2 *AußStrG*).

Daraus ist aber abzuleiten, dass auch im Zeitpunkt der Entscheidung zweiter Instanz die Gesellschaft im irischen Register gelöscht und beendet (dissolved) war.

3. Aus *sec 311A CA 1963 idF CA 1990* leitet die, Revisionsrekurswerberin ab, dass die Gesellschaft nach der Löschung noch beschränkt parteifähig sei und dies für das vorliegende Verfahren nichts anderes bedeuten könne, als dass dem seinerzeit vertretungsbefugten Organ der Gesellschaft vom Erstgericht ein Auftrag zur Wiedereintragung der Gesellschaft in Irland zum Zweck der Einleitung des Liquidationsverfahrens bzw ein Auftrag zur Löschung der Gesellschaft wegen Erlöschens der Firma gemäß § 31 Abs 2 HGB rechtswirksam zugestellt hätte werden können. In diesem Bezug sei die Rekursentscheidung auch mit dem selbst im Widerspruch. Sei nämlich die Gesellschaft im Verfahren in dem es um ihre Rechts- und Parteifähigkeit gehe, "durch ihre Geschäftsführerin vertretungsbefugt", so könne im Umkehrschluss gemäß § 15 Abs 2 FBG für das Lösungsverfahren nicht anderes gelten.

Dem ist zu erwidern: Es gibt keine Rechtsnorm, die das Firmenbuchgericht zur Erteilung eines Auftrags zur Wiedereintragung der Gesellschaft in Irland berechtigte und verpflichtete. Der in der Nichterteilung eines derartigen Auftrags erblickte Verfahrensmangel ist nicht gegeben. Aus einer für das Wiedereintragungsverfahren vor dem CRO gegebenen Vertretungsmacht des früher vertretungsbefugten Gesellschaftsorgans kann ebenso wie aus jener für das vorliegende Lösungsverfahren gegebenen auf eine zwangsstrafenbewehrte Pflicht zur Anmeldung des Erlöschens der Firma nach § 30 Abs 2 UGB (früher § 31 Abs 2 HGB) nicht begründet geschlossen werden, dient doch die Einräumung der eingeschränkten Vertretungsmacht nur der Wahrung von Verfahrensrechten des betroffenen Rechtsträgers, nicht aber der Aufrechterhaltung von Anmeldepflichten.

**II.** 1. Nach § 12 UGB (vor dem 1. 1. 2007: § 13 HGB) und den kapitalgesellschaftsrechtlichen Spezialbestimmungen § 107 GmbHG und § 254 AktG sind ausländische Rechtsträger bzw GmbH, zu denen eine *private company limited by shares* irischen Rechts zählt (vgl. *Krafka in MünchKomm HGB2*, § 13d Rz 9a, § 13e Rz 4), oder Aktiengesellschaften mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland verpflichtet, bestehende inländische Zweigniederlassungen zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Diese Vorschriften sind auch anzuwenden, wenn die (Schein-)Auslandsgesellschaft ausschließlich im Inland domiziliert (*SZ 72/121*; *Kalss/Adensamer aaO § 671 f*). Die Eintragung im Firmenbuch ist auch in letzterem Fall nur von deklarativer Bedeutung, weil die ausländische Gesellschaft schon mit vollzogener Gründung nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaats rechts- und parteifähig ist (*EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs C-208/00, Überseering, Slg 2002, I-9919, Tz 94*). Die Zweigniederlassung verfügt über keine Rechtsfähigkeit, Träger der Rechte und Pflichten ist die ausländische Gesellschaft (s. *SZ 68/181*; *SZ 47/139*; *Schenk in Straube, HGB3 § 13 Rz 4 mwN*; *Kalss/Adensamer aaO 672 mwN*).

2. Ist oder wird eine Eintragung in das Firmenbuch wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig, so kann sie das Gericht von Amts wegen löschen (§ 10 Abs 2 FBG). Unzulässig ist eine Eintragung insbesondere dann, wenn sie sachlich unrichtig ist oder wenn gesetzliche Erfordernisse für die Eintragung (nunmehr) fehlen, deren Mangel die Beseitigung im öffentlichen Interesse oder im Interesse der Beteiligten geboten erscheinen lässt (*G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 10 FBG Rz 20 mwN*). Die Löschung nach § 10 Abs 2 FBG ist

auch bei nachträglicher Unrichtigkeit möglich (G. Kodek aaO § 10 FBG Rz 22).

§ 113 Abs 1 Z 1 GmbHG in der vor dem GesRÄG 1996 geltenden Fassung sah vor, dass (vom zuständigen Landeshauptmann) die Auflösung der inländischen Niederlassungen einer ausländischen Gesellschaft mbH verfügt werden kann, wenn die Gesellschaft in ihrem Heimatstaat rechtlich zu bestehen aufgehört oder die volle Verfügungs- und Verkehrsfähigkeit hinsichtlich ihres Vermögens verloren hat. Die Abwicklung der Geschäfte der inländischen Niederlassungen hatte in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen über die Liquidation von GmbH zu erfolgen (§ 113 Abs 3 GmbHG aF). Der Gesetzgeber des EU-GesRÄG 1996 hat den in § 113 Abs 1 Z 1 GmbHG geregelten Sondertatbestand für die Auflösung für entbehrlich angesehen, weil er § 10 Abs 2 HGB als ausreichend ansah, nach dem mit Amtslöschung vorgegangen werden könne, wenn die Gesellschaft in ihrem Heimatstaat rechtlich nicht mehr bestehe (ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 111).

Es ist auch herrschende Auffassung in der Lehre, dass der gemäß § 12 Abs 1 UGB (§ 13 Abs 1 HGB) eingetragene ausländische Rechtsträger mit einer Zweigniederlassung im Inland bzw die gemäß § 107 Abs 1 GmbHG oder § 254 Abs 1 AktG eingetragene ausländische Gesellschaft im Firmenbuch gemäß § 10 Abs 2 HGB gelöscht werden kann, wenn diese in ihrem Heimatstaat nicht mehr bestehen (G. Kodek aaO § 10 FBG Rz 22; Koppensteiner, GmbHG2 §§ 107, 112-114, Rz 26; vgl Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser, AktG4 § 254 Rz 5).

Dem ist zu folgen: Ist die rechtliche Existenz (Rechtspersönlichkeit) des eingetragenen Rechtsträgers (der Gesellschaft) erloschen, so gibt es eben keinen Rechtsträger (keine Gesellschaft) mit Hauptniederlassung oder Sitz im Ausland mehr (insbesondere gerade dann, wenn die ausländische Gesellschaft [der ausländische Rechtsträger] nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union wirksam gegründet worden ist und ausschließlich im Inland domiziliert), womit eine wesentliche Voraussetzung der Eintragung weggefallen ist. Die Löschung ist im Interesse des Rechtsverkehrs geboten, der bei einem Aufrechterhalten der Eintragung über das Bestehen des eingetragenen Rechtsträgers (Gesellschaft) getäuscht werden könnte. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 10 Abs 2 FBG sind gegeben.

Für den Fall des Erlöschens einer Firma sieht § 30 Abs 2 UGB (zuvor § 31 Abs 2 HGB) die Einleitung eines Zwangsstrafenverfahrens (gemäß § 24 FBG) vor, wenn die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht vorgenommen wird. Eine amtswegige Löschung ist erst nach Ablauf von zwei Monaten nach Rechtskraft der Verhängung der Zwangsstrafe zulässig. Eine sofortige Löschung unter Umgehung des Verfahrens nach § 24 FBG ist nicht zulässig (G. Kodek aaO § 10 FBG Rz 37). Es muss hier nicht darauf eingegangen werden, ob der Verlust der rechtlichen Existenz eines im Firmenbuch eingetragenen ausländischen Rechtsträgers (Gesellschaft) dem Erlöschen einer eingetragenen Firma im Sinn des § 30 Abs 2 UGB unterfällt oder gleichzuhalten ist. Diese Vorschrift ist - wie das Rekursgericht zutreffend erkannte - im Fall des Erlöschens der ausländischen Gesellschaft (des ausländischen Rechtsträgers) in ihrem (seinem) Sitzstaat jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn mit der Beendigung der Gesellschaft - wie im vorliegenden Fall - auch die Funktion der zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Organe endet.

Dann fehlen nämlich die zur Anmeldung Verpflichteten. Aus diesem Grund ist auch die Behauptung der Revisionsrekurswerberin, das Erstgericht hätte § 34 Abs 1 HGB (jetzt § 34 Abs 1 UGB) berücksichtigen müssen, unzutreffend.

3. Die Löschung des in seinem Heimatstaat nicht mehr bestehenden Rechtsträgers (der Gesellschaft) gemäß § 10 Abs 2 FBG ist bloß deklarativ, setzt sie doch voraus, dass der Rechtsträger (die Gesellschaft) seine (ihre) Rechtspersönlichkeit verloren hat; sie führt den Verlust der Rechtspersönlichkeit und der Funktion der Organe nicht erst herbei.

Im Hinblick darauf, dass die Löschung den Nichtbestand des Rechtsträgers (Gesellschaft) nicht erst herbeiführt, greift sie auch nicht in die Rechtsstellung von Gesellschaftsgläubigern ein. Die Zweigniederlassung selbst hat keine Rechtspersönlichkeit. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist demnach eine Aufrechterhaltung der Eintragung, insbesondere um einen Funktionsverlust der vertretungsbefugten Organe zu vermeiden, nicht geboten. Im Gegenteil:

Die Eintragung könnte den Rechtsverkehr über die tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschaft in die

Irre führen.

4. Die Entscheidung des Firmenbuchgerichts, die Löschung der ausländischen Gesellschaft einzutragen, ist keine Entscheidung über die Durchführung oder Nichtdurchführung einer allenfalls gebotenen Abwicklung in Bezug auf inländisches Vermögen und der Geschäfte der inländischen Zweigniederlassung, auch nicht über eine zwingende Voraussetzung für eine solche. Der Entscheidung des Firmenbuchgerichts könnte die unrichtige Lösung einer für seine Entscheidung wesentlichen Vorfrage höchstens dann anhaften, wenn sich das Gericht über eine ausdrückliche oder auch nur im Weg der Analogie als verbindlich zu erkennende Rechtsnorm hinweggesetzt haben sollte, die eine Löschung erst nach bestimmten Abwicklungsschritten zuließe (vgl 6 Ob 7/85 = NZ 1986, 186). Dies ist hier nicht der Fall:

§ 113 Abs 2 GmbHG bestimmt, dass die Abwicklung der Geschäfte der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen über die Abwicklung von Gesellschaften mbH zu erfolgen hat. Daraus lässt sich im Hinblick auf die Regelung des § 93 Abs 1 GmbHG, wonach die Liquidatoren nach Beendigung der Liquidation um eine Löschung der Liquidationsfirma anzusuchen haben, schließen, dass der Löschung die Liquidation vorausgehen hat. Für die Amtslöschung nach § 10 Abs 2 FBG im Fall des Nichtbestehens der ausländischen Gesellschaft in ihrem Heimatstaat ist dies jedoch nicht abzuleiten. § 113 Abs 2 GmbHG regelt seinem Wortlaut nach nur die Liquidation der inländischen Zweigniederlassung einer bestehenden ausländischen Gesellschaft. Dies ergibt sich auch aus der Änderung des § 113 GmbHG durch das EU-GesRÄG, insbesondere den Entfall des § 113 Abs 1 Z 1 GmbHG aF.

Selbst wenn man im Hinblick auf Vermögen im Inland ein Fortbestehen der Gesellschaft in Österreich als Liquidationsgesellschaft (vgl Kindler in MünchKomm BGB4, Internationales Wirtschaftsrecht, IntGesR Rz 663 mwN) annähme, wäre die Liquidation dieser Gesellschaft gesetzlich nicht geregelt. Die Gesellschaft könnte durch ihre früheren Vertreter nicht handeln, ist ja die rechtswirksame Beendigung von Vertretungsbefugnissen nach den Regeln des Gesellschaftsstatuts zu beachten (Großfeld in Staudinger, BGB13, Intern GesR, Rz 864). Es gibt daher zunächst regelmäßig niemanden, der die Liquidation durchführen könnte. Die unrichtige Eintragung, die den Rechtsverkehr über die wahren Verhältnisse täuschen könnte, bliebe auf unabsehbarer Zeit erhalten. Dies spricht dafür, dass einer Löschung nach § 10 Abs 2 FBG der nach dem Heimatrecht nicht mehr bestehenden Gesellschaft eine Abwicklung im Inland nicht vorausgehen muss.

5. Die Löschung der in ihrem Heimatstaat rechtlich nicht mehr bestehenden ausländischen Gesellschaft setzt nach der zutreffenden Ansicht des Rekursgerichts nicht das Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 160 Abs 3 BAO voraus. Ob diese Bestimmung nur die dort genannten Rechtsformen österreichischen Rechts erfasst, kann offen bleiben. Die Löschungssperre nach dieser Gesetzesstelle bezweckt vor allem, dass bis zur Beendigung des Abgabeverfahrens taugliche vertretungsberechtigte Organe der in Auflösung begriffenen Körperschaft zur Verfügung stehen, weil ansonsten die Erfüllung der abgabenrechtlichen Pflichten der bereits gelöschten Körperschaft mitunter nicht durchgesetzt werden kann (Stoll, BAO 1709). Dieser Zweck ist aber nicht erreichbar, weil die Vertretungsbefugnis der Organe schon mit der rechtswirksamen Beendigung der Gesellschaft im Heimatstaat erlosch.

**III.** Die Rechtsmittelwerberin rügt, dass das Rekursgericht zu Unrecht die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Erstgericht verneint habe. Die Rüge ist unbegründet:

Der von der beabsichtigten Löschung betroffene Rechtsträger ist nach § 18 FBG grundsätzlich zu verständigen. Die Bestimmung dient der Wahrung des rechtlichen Gehörs, soll aber dem betroffenen Rechtsträger gegebenenfalls auch eine Beseitigung des Mangels ermöglichen (G. Kodek aaO § 10 FBG Rz 48). Die Regelung des § 15 AußStrG über das rechtliche Gehör ist gemäß § 18 letzter Satz FBG idF Art IX Z 5 ReLÄG 2004, BGBl I 2004/161, im Regelungsbereich des § 18 FBG nicht anzuwenden.

Das Rekursgericht hat zutreffend ausgeführt, dass das Erstgericht vor der Fassung des Lösungsbeschlusses die Gesellschaft gemäß § 18 FBG davon hätte verständigen müssen, dass auf

Grund der Löschung der Gesellschaft im irischen Register die Löschung der Gesellschaft und ihrer Zweigniederlassung beabsichtigt sei. Dieser Verfahrensmangel führe aber gemäß § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, weil dieses selbst auf Grund der Angaben im Rekursverfahren aus rechtlichen Gründen zur Gänze zu bestätigen sei. Ob darin ein Verfahrensmangel gelegen sei, dass das Erstgericht der Gesellschaft nicht den Nachweis der Wiedereintragung der Gesellschaft im irischen Register binnen einer bestimmten Frist zur Abwendung der beabsichtigten Löschung eingeräumt habe, könne dahingestellt bleiben. Eine Einsichtnahme durch das Rekursgericht in das irische Register am 10. 4. 2006 - also mehr als fünf Monate nach dem angefochtenen Beschluss - habe nämlich ergeben, dass der Registerstand unverändert ist. Selbst im Wissen um die angebliche Möglichkeit der Wiedereintragung habe die Rechtsmittelwerberin diese Möglichkeit nicht ergriffen. Ein Verfahrensmangel wäre somit für eine unrichtige Entscheidung nicht kausal geworden.

Dieser Beurteilung ist nicht entgegenzutreten:

a) Anders als beim Rekurs sind die Revisionsrekursgründe nunmehr in § 66 AußStrG taxativ aufgezählt. Der Anfechtungsgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs findet sich in § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG. Dieser Anfechtungsgrund ist dadurch gekennzeichnet, dass er nicht mehr absolut wirkt, also nicht jedenfalls zu einer Aufhebung führen muss; dies wäre nur dann der Fall, wenn er zum Nachteil des Rechtsmittelwerbers ausschlagen könnte (6 Ob 41/06g mwN). Gemäß § 58 Abs 1 AußStrG ist auch dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der angefochtene Beschluss auch auf Grund der Angaben im Rekurs zu bestätigen ist. Da die Gesellschaft im Zeitpunkt der erstgerichtlichen Entscheidung und jener des Rekursgerichts rechtswirksam beendet war, waren die Voraussetzungen für die Amtslöschung nach § 10 Abs 2 FBG noch bei Fassung des angefochtenen Beschlusses gegeben, der Löschungsbeschluss also zu bestätigen.

b) § 18 FBG sieht eine 14-tägige Mindestfrist zur Äußerung des betroffenen Rechtsträgers vor, die dann zu kurz sein wird, wenn eine Behebung des Mangels in Betracht kommt. Ob das Firmenbuchgericht einen in seinem Heimatstaat rechtlich nicht mehr bestehenden Rechtsträger (Kapitalgesellschaft) auf die nach dem maßgeblichen ausländischen Recht gegebenen Möglichkeiten der Wiedererlangung der Rechtspersönlichkeit hinweisen muss, kann offen bleiben. Aus eigenem hätte die Rechtsmittelwerberin selbst nach ihren eigenen Ausführungen die Wiedereintragung in das irische Register nur nach sec 311A CA 1963 idF CA 1990 erreichen können. Die hierfür offenstehende Frist war jedoch schon verstrichen, als der Auszug aus dem irischen Register beim Erstgericht einlangte, wovon es vom Status des Gesellschaft "dissolved" erfuhr.

Die geltend gemachten Revisionsrekursgründe der Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens sind daher nicht gegeben.

## ***Anmerkung***\*

### **I. Das Problem**

Eine nach irischem Recht errichtete „Limited Company“ („Private Company Limited by Shares“) mit dem Sitz in Dublin, Irland, hatte in Österreich eine Zweigniederlassung errichtet und diese beim Firmenbuch des HG Wien eintragen lassen. Die irische Auslandsgesellschaft hatte es über mehrere Jahre verabsäumt, sowohl in ihrem Sitzstaat Irland als auch in Österreich die erforderlichen Jahresabschlüsse einzureichen. Als Folge davon wurde die irische Auslandsgesellschaft beim zuständigen Handelsregister in Dublin amtswegig gelöscht. Damit verlor sie ihre Rechtspersönlichkeit. Nach Kenntnis dieses Verlustes löschte das zuständige österreichische Firmenbuch die Wiener Zweigniederlassung nach § 10 FBG von Amts wegen. Dagegen erhob die Gesellschaft durch ihren inländischen Vertreter Rechtsmittel.

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Das Höchstgericht hatte sich u.a. mit der Frage zu befassen, welchen Einfluss es auf die Protokollierung einer inländischen Zweigniederlassung, wenn die ausländische Gesellschaft in ihrem Sitzstaat gelöscht würde?

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Höchstgericht bestätigte die Lösungsentscheidung. Aufgrund der Löschung der Auslandsgesellschaft wäre auch die Zweigniederlassung im österreichischen Firmenbuch zu löschen. Der OGH begründete dies damit, dass die Inlandsniederlassung das rechtliche Schicksal der Auslandsgesellschaft teile. Daher war die Zweigniederlassung — selbst wenn sie noch im Inland tätig war und Vermögen besaß — jedenfalls von Amts wegen zu löschen.

## II. Kritische Würdigung und Ausblick

Der wohlbegründeten Entscheidung ist vollinhaltlich beizupflichten. Die Errichtung einer Inlandsniederlassung einer irischen oder britischen Limited Company mit vergleichsweise einfachen Gründungsvorschriften und durchaus attraktiven Kapital- und Übertragungsvorschriften erfreut sich auch in Österreich zunehmender Verbreitung. Die Protokollierung österreichischer Zweigniederlassungen ausländischer EU-Gesellschaften im österreichischen Firmenbuch musste erst vor dem Europäischen Höchstgericht erkämpft werden.<sup>1</sup> Das so durchgesetzte Sitzlandprinzip gilt aber auch – gewissermaßen spiegelbildlich – für die Beendigung der Gesellschaft.

Wer seinen Geschäftsbetrieb allein im Rahmen einer Inlandsniederlassung betreibt, muss sich bewusst sein, dass die Inlandsniederlassung und das rechtliche Schicksal der Auslandsgesellschaft teilt. Daher ist bei solchen Konstellationen tunlichst darauf zu achten, dass die behördlichen Formaliter und abgabenrechtlichen Erklärungspflichten für die Auslandsgesellschaft genau beachtet werden, um im Versäumnisfall nicht mit einer unerwünschten Löschung der Inlandsniederlassung „belohnt“ zu werden. Eine amtswegige Löschung der österreichischen Zweigniederlassung ist auch deshalb so misslich, da nach Ansicht der Höchststrichter mit der Löschung der Auslandsgesellschaft auch die Vertretungsbefugnis der Organe der Auslandsgesellschaft, und somit auch der Inlandsniederlassung weg fällt. Die Abwicklung einer gelöschten Inlandsniederlassung, die zu diesem Zeitpunkt womöglich noch aktiv ist und Vermögen besitzt, kann durch die Löschung – rechtlich zumindest – maßgeblich erschwert werden. Der OGH vertritt außerdem die Ansicht, dass einer amtswegigen Löschung keine Liquidation voraus zu gehen hat.

**Ausblick:** Das Höchstgericht lässt darüber hinaus offen, was nach erfolgter Löschung mit dem allenfalls bestehenden Geschäftsbetrieb oder dem Vermögen der Inlandsniederlassung zu geschehen hat. Es bietet sich dafür die Nachtragsabwicklung nach § 40 Abs 3 FBG an.<sup>2</sup>

Der OGH deutet schließlich am Ende seiner Ausführungen dankenswerterweise an, was die Limited Company bzw. ihre faktisch Handlungsfähigen hätten vornehmen können, um die Löschung zu verhindern, nämlich rechtzeitig die Wiedereintragung im ausländischen Registergericht zu beantragen und so die Handlungsfähigkeit der Organe der Auslandsgesellschaft (und daher auch der Zweigniederlassung) wieder herzustellen.

## IV. Zusammenfassung

Nach zutreffender Auffassung der österreichischen Firmenbuchgerichte ist bei Streichung einer

<sup>1</sup> EuGH 30.9.2003, C-167/01 – *Inspire Art*, GeS 2003, 432 (*Ratka*) = wbl 2003/316, 575 = ecolex 2003/380, 919 = wbl 2003, 561 (*Handig*) = RdW 2003/538, 617 (*Adensamer/Bervoets*) = RdW 2003/539, 621 (*Kersting/Philipp*) = ecolex 2004, 334 = ZER 2004/259, 59; 5.11.2002, C-208/00 – *Überseering*, ZER 2003/307, 60 = GeS 2003, 66 (*Winner*) = GeS 2003, 69 = ZfRV 2003/19, 90 (*Heiss*) = ZfRV 2003/20, 100 = ecolex 2003, 299 = wbl 2003/96, 169 = RdW 2003/197, 242 (*Petriz*) = ÖZW 2003, 34 (*Straube/Ratka*) = GesRZ 2003, 29 (*Hack*) = IPRax 2003, 117 = IPRax 2003/7, 65.

<sup>2</sup> Ebenso *Straub*, Amtswegige Löschung von Inlandsniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften, ecolex 2008, 437, 438 rSp.

irischen (oder britischen) Limited aus dem irischen (oder britischen) Gesellschaftsregister auch deren in Österreich protokollierte Zweigniederlassung von Amts wegen nach § 10 FBG zu löschen.