

Keine verschmelzende Umwandlung nach Konkurseröffnung

§ 84 Abs 1 Z 4 GmbHG, § 1 UmwG, § 10 Abs 2 FBG

OLG Wien 10.05.2001, 28 R 24/01g (rechtskräftig)

1. Da die verschmelzende Umwandlung erst mit der Eintragung bei der übertragenden Gesellschaft wirksam wird, ist davon auszugehen, dass die Umwandlungsfähigkeit des umzuwandelnden Rechtsträgers auch noch zu diesem Zeitpunkt bestehen muß.

2. Die Konkurseröffnung bedingt den Verlust der Umwandlungsfähigkeit der Gesellschaft. Eine Eintragung der Umwandlung in das Firmenbuch ist nicht mehr zulässig bzw von Amts wegen zu löschen.

Aus der Begründung des OLG Wien:

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft bewirkte gemäß § 84 Abs 1 Z 4 GmbHG Kraft Gesetzes deren Auflösung und damit die Beendigung jeder Tätigkeit, die einem anderen Zweck als dem der Befriedigung ihrer Gläubiger und der Verteilung eines allfälligen Überschusses an den Alleingesellschafter diene (vgl SZ 37/137). Die in Österreich hL vertritt ganz allgemein die Meinung, dass – jedenfalls vor ihrer Beendigung und vor Beginn der Verteilung eines Liquidationsüberschusses (*Koppensteiner*, GmbHG², § 92 Rz 16) – auch die Umwandlung einer aufgelösten GmbH zulässig ist, hat dabei aber stets die außerhalb eines Konkurses stattfindende Abwicklung der Gesellschaft vor Augen (*Kalss*, Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung, § 1 UmwG Rz 2; *Koppensteiner* aaO; *Gellis/Feil*, GmbHG⁴, § 92 Rz 8, vgl auch OLG Wien, NZ 1992, 17). Zur Umwandlungsfähigkeit einer **durch Konkurseröffnung** aufgelösten GmbH enthält sie sich einer expliziten Äußerung.

Im Gegensatz zur österr Rechtslage ist das deutsche Umgründungsrecht in einem einheitlichen Gesetz (dUmwG 1994) geregelt. Es sieht die Umwandlung unter anderem durch Verschmelzung vor (§ 1 Abs 1 Nr 1 dUmwG) und umschreibt in § 3 die verschmelzungsfähigen Rechtsträger. Danach ist eine Kapitalgesellschaft uneingeschränkt verschmelzungsfähig und kann an einer Verschmelzung als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger beteiligt sein (§ 3 Abs 1 Nr 2 dUmwG). Eine natürliche Person kann nach Abs 2 Nr 2 nur als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen. Diese – der hier vorliegenden Konstellation vergleichbare – Verschmelzungsform wird in den §§ 120 ff dUmwG näher geregelt. § 3 Abs 3 dUmwG gestattet die Beteiligung eines aufgelösten Rechtsträgers als übertragender Rechtsträger an einer Verschmelzung, sofern die Fortsetzung dieses Rechtsträgers beschlossen werden könnte. Liegt ein besonderer Auflösungsgrund vor, sodass ein Fortsetzungsbeschluß allein nicht genügen würde, fordert die dL überdies die Beseitigung des Auflösungsgrundes, um die Verschmelzungsfähigkeit (wieder) herzustellen. Dies gilt insb im Falle einer gem § 60 Abs 1 Nr 4 dGmbHG durch Konkurseröffnung aufgelösten GmbH für die Dauer des Konkursverfahrens (*Lutter in Lutter, UmwG, § 3 Rz 12; Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG, § 3 Rz 19 mwN*).

Trotz Fehlens einer dem § 3 Abs 3 dUmwG entsprechenden Regelung im österr Umwandlungsrecht sind diese Grundsätze nach Auffassung des erkennenden Senates auf die insoweit vergleichbare österr Rechtslage übertragbar. *Koppensteiner, GmbHG², Anh § 101 Rz 22, und Gellis/Feil GmbHG⁴, § 96 Rz 24*, bejahen die Umwandlungsfähigkeit der aufgelösten GmbH ebenfalls mit der Einschränkung, dass die Fortsetzung der Gesellschaft noch möglich sein muß. Auch nach österr Recht ist die Fortsetzung einer durch Konkurseröffnung aufgelösten GmbH erst nach Wegfall des Auflösungsgrundes möglich (vgl *Koppensteiner, aaO, § 84 Rz 30, RIS Justiz RS0059934*). Da die verschmelzende Umwandlung (wie die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft mit dem Vermögen ihres Alleingeschafters nach deutschem Umwandlungsrecht, vgl hiezu *Marsch-Barner aaO, § 120 Rz 3; Karollus in Lutter aaO, § 120 Rz 19a*, erst mit der Eintragung bei der übertragenden Gesellschaft wirksam wird, ist davon auszugehen, dass die Umwandlungsfähigkeit des umzuwandelnden Rechtsträgers auch noch zu diesem Zeitpunkt bestehen muß. Ist das nicht der Fall, ist nach Meinung des

erkennenden Senates die Eintragung der Umwandlung nicht (mehr) zulässig. Konsequenz dieser Erwägungen ist für den vorliegenden Fall die Unzulässigkeit der mit dem angefochtenen Beschluß bewilligten Eintragungen infolge des durch die Konkursöffnung bedingten Verlustes der Umwandlungsfähigkeit der Gesellschaft. Ohne dass es nach einer detaillierten Auseinandersetzung mit den von der Rekurswerberin in den Vordergrund gerückten Aspekten des Gläubigerschutzes bedürfte, führt diese Beurteilung zum Erfolg des Rekurses, der allerdings im Ergebnis nur in der – von der Rekurswerberin schon mit ihrer Anregung an das Erstgericht angestrebten – amtswegigen Löschung der auf den angefochtenen Beschluß zurückzuführenden Eintragungen gemäß § 10 Abs 2 FBG bestehen kann (OGH JBI 1999, 60).

Anmerkung:

In Unkenntnis der zwei Tage zuvor erfolgten Konkursöffnung hatte das Erstgericht die verschmelzende Umwandlung der Gesellschaft durch Übertragung des Unternehmens auf den Alleingesellschafter durch Eintragung in das Firmenbuch vollzogen. Dagegen erhob die Masseverwalterin der auf diese Weise gelöschten GmbH Rekurs. Die ursprüngliche Anregung der Masseverwalterin, die Eintragung der Umwandlung amtswegig wieder zu löschen, nahm das Erstgericht – wohl auch im Bewußtsein über die Bedeutung der gegenständlichen, bislang noch völlig offenen Problematik – nicht auf, sondern legte den Rekurs dem OLG Wien vor.

Mit der oben wiedergegebenen Begründung (Verlust der Umwandlungsfähigkeit durch Konkursöffnung) wurde dem Erstgericht letztlich doch aufgetragen, gemäß § 10 Abs 2 FBG das Verfahren zur Löschung der mit dem angefochtenen Beschluß bewilligten Eintragungen (verschmelzende Umwandlung der Gesellschaft auf den Alleingesellschafter und Löschung der Gesellschaft) einzuleiten. Die Entscheidung erging in Rechtskraft. Die ordentliche Revision war zugelassen worden.

Wie sich aus der Entscheidungsbegründung ergibt, vertritt das OLG Wien nicht die Auffassung, dass die Umwandlungsfähigkeit der Gesellschaft durch die Konkursöffnung endgültig verloren geht, sondern nur für die Dauer des Konkursverfahrens. Das Erstgericht wird daher, sobald es die Gesellschaft

rückwirkend „wieder eingetragen“ hat, das Firmenbuchverfahren betreffend die verschmelzende Umwandlung mE zunächst nur zu unterbrechen haben, da die Entwicklung bzw der Ausgang des Insolvenzverfahrens nicht von vornherein absehbar ist.

Die vorliegende Entscheidung betrifft zwar konkret eine verschmelzende Umwandlung, man wird aber davon ausgehen können, dass nach Ansicht des OLG Wien auch andere Umgründungen mit Gesamtrechtsnachfolge (zu denken ist vor allem an eine Spaltung) ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht mehr im Firmenbuch eingetragen werden können.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob aus der Entscheidung des OLG Wien auch abzuleiten ist, dass auch Umgründungen (wie zB eine Spaltung), die ganz bewußt aus dem Konkurs heraus, also nach Konkurseröffnung, in Angriff genommen werden, generell unzulässig sein sollen. Gerade eine Abspaltung „aus der Konkursmasse heraus“ - etwa eines lukrativen (Teil-)Betriebes - könnte ein für alle Beteiligten (Gesellschafter, Masseverwalter, Gläubiger) interessantes Verwertungs- bzw Sanierungsmittel darstellen und sollte daher nicht a priori als denkunmöglich von der Diskussion ausgenommen werden. Zwar wäre es nicht unvertretbar zu behaupten, dass sich nach Wirksamwerden einer solchen Umgründung (zB Spaltung) auch die aufnehmende Gesellschaft als Konsequenz der mit der Spaltung verbundenen Gesamtrechtsnachfolge im Konkurs befindet. Diese Frage ist aber, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden und daher jedenfalls vorläufig als offen zu betrachten.