vorliege. Diese Auffassung beruht offensichtlich noch auf Vorstellungen zur alten Rechtslage, wonach den Geschäftsführer einer GmbH die ihn persönlich treffende Pflicht traf, dem Firmenbuchgericht im Jänner eines jeden Jahres eine Gesellschafterliste auch dann vorzulegen, wenn eine Änderung im Gesellschafterstand nicht eingetreten war (§ 26 Abs 3 GmbHG aF; OGH 25. 4. 1985, 6 Ob 9/85 SZ 58/66). Dies war wegen der damals noch nicht normierten Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister bedeutsam. Nunmehr scheinen die Gesellschafter im Firmenbuch (§ 5 Z 6 FBG) mit der Rechtsfolge des § 78 Abs 1 GmbHG auf. Der Geschäftsführer hat einen durch Übertragung eines Geschäftsanteils bewirkten Gesellschafterwechsel unverzüglich anzumelden (§ 26 Abs 1 GmbHG), er haftet für die Richtigkeit seiner Angaben nach Schadenersatzrecht (Abs 2 leg cit), allenfalls auch nach der Strafbestimmung des § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG, wenn man im angemeldeten Gesellschafterwechsel eine Vermögensangabe erblickt. Eine Anmeldungspflicht über den Umstand, dass sich im Gesellschafterstand nichts geändert habe, besteht nicht mehr. Schon daraus ist ersichtlich, dass die Änderung des Namens eines Gesellschafters ein von einem Gesellschafterwechsel zu unterscheidender eigener anmeldungspflichtiger Tatbestand ist (beides wird im § 26 GmbHG angeführt) und dass die Erklärung des Geschäftsführers über eine Namensänderung nicht auch die Erklärung inkludiert, es habe keine Änderung im Gesellschafterstand stattgefunden. Dass der Geschäftsführer für die Richtigkeit der angemeldeten Namensänderung eines Gesellschafters auch nach der Strafbestimmung des § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG hafte, kann dem Gesetzeswortlaut nicht entnommen werden, der auf eine unrichtige Wiedergabe der Vermögenslage abstellt. Damit ist aber der tragenden Begründung des Rekursgerichtes zur gebotenen einschränkenden Auslegung des § 11 FBG zur Wahrung einer verstärkten Richtigkeitsgewähr der Boden entzogen. Die Anmeldung der Änderung des Namens des Gesellschafters kann vom Geschäftsführer in der vereinfachten Form des § 11 FBG vorgenommen werden (*Santner* Kap 5.2.3. S 1 f).

Bei einer persönlichen Anmeldung genügt die einfache Fertigung des Organs der Gesellschaft. Das Erfordernis der bloßen Schriftlichkeit bedeutet noch nicht den Ausschluss des Handelns durch einen Vertreter. Die Anmeldung ist nicht vertretungsfeindlich. Die Vollmacht ist schriftlich zu erteilen, sie bedarf nicht der öffentlich beglaubigten Form (*Santner* Kap 5.2.3. S 3). Damit stellt sich nur mehr die Frage, ob der einschreitende Notar sich auf eine Vollmachtserteilung durch den Geschäftsführer ohne Vorlage der schriftlichen Vollmacht berufen durfte. Die Frage ist nach herrschender Meinung zu bejahen. Rechtsanwälte und Notare können sich ohne urkundlichen Nachweis auf eine erteilte Vollmacht berufen (§ 30 Abs 2 ZPO; § 8 Abs 1 RAO; § 5 Abs 4a NO). Dies gilt auch für das außerstreitige Verfahren (OGH 19. 11. 1986, 8 Ob 588/86 EFSlg 52.497/8; OGH 13. 5. 1997, 4 Ob 128/97w EFSlg 85.556; *Oberhammer,* Erlauben § 30 Abs 2 ZPO, § 8 Abs 1 RAO und § 5 Abs 4a NO eine konkludente Berufung auf die erteilte Vollmacht? RdW 1994, 271) und damit auch im Firmenbuchverfahren (*Santner* Kap 5.2.4.2.).

Die Vorinstanzen haben das Eintragungsgesuch aus dem formellen Grund der fehlenden Einschreitungsbefugnis des Notars abgewiesen. Die Abweisung bedeutet inhaltlich eine Zurückweisung des Gesuchs. Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren darüber unter Abstandnahme vom angenommenen Zurückweisungsgrund zu entscheiden haben. *Jud*

§§ 142, 202 HGB; §§ 6a, 52 Abs 6, § 81 GmbHG – *Einbringung des Unternehmens einer GmbH & Co KG in die Komplementär-GmbH*

1. Die Einbringung des Unternehmens einer GmbH & Co KG in die eigene Komplementär-GmbH ist nicht nur im Wege der Singularrechtsnachfolge, also durch Einbringen des Unternehmens als solches, möglich, sondern es können auch sämtliche Kommanditanteile eingebracht werden. Letzteres führt dazu, dass die Kommanditisten ausscheiden und das Unternehmen in Analogie zu § 142 HGB im Wege der Universalrechtsnachfolge der Komplementär-GmbH als einziger verbleibender Gesellschafterin anwächst.

2. Wenn die Komplementär-GmbHG reine Arbeitsgesellschafterin und somit nicht am Kapital der GmbH & Co KG beteiligt ist, kann das Stammkapital der Komplementär-GmbH im Zuge der Einbringung erhöht werden. Dies stellt keinen Verstoß gegen die zwingenden Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbHG dar.

3. Wenn die Voraussetzungen des § 6a Abs 2 GmbHG (iVm § 52 Abs 6 GmbHG) vorliegen, ist eine Gründungsprüfung für diese Kapitalerhöhung nicht erforderlich. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass nicht das Unternehmen als solches (Singularrechtsnachfolge), sondern die Kommanditanteile (Universalrechtsnachfolge) eingebracht werden.

OGH 13. 4. 2000, 6 Ob 8/00w (OLG Innsbruck 30. 11. 1999, 3 R 194/99z-22; LG Feldkirch 21. 10. 1999, 15 Fr 7403/99d-18)

Eine GmbH ist Komplementärgesellschaft der im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaft mbH & Co. Die Komplementärgesellschaft meldete unter Vorlage zweier Notariatsakte Folgendes zur Eintragung im Firmenbuch an:

1. Die Einforderung des restlichen Stammkapitals;
2. die Erhöhung des Stammkapitals;
3. die Änderung des Gesellschaftsvertrages auf Grund des Gesellschafterbeschlusses auf Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft;
4. den Übergang des Unternehmens der Gesellschaft mbH & Co im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Gesellschaft mbH;

Mit dem Beschluss der Gesellschafter sei unter anderem die Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft beschlossen worden. Die Gesellschafter hätten auf die Kapitalerhöhung gemäß § 6a GmbHG iVm § 52 Abs 6 GmbHG jeweils ihre Kommanditbeteiligung an der Gesellschaft mbH & Co eingebracht. Es handle sich um eine Einbringung gemäß Art III UmgrStG.

Das Erstgericht wies das Eintragungsgesuch zur Gänze ab. Die Kapitalerhöhung durch Einbringung von Kommanditanteilen sei unzulässig, weil sie aus Vermögen finanziert werde, an dem die Gesellschaft mbH schon vorher beteiligt gewesen sei, sodass von einer Verbesserung der Vermögenslage der Gesellschaft keine Rede sein könne. Es sei auch nicht die erforderliche Gründungsprüfung iS des § 6a Abs 4 GmbHG durchgeführt worden.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Gesellschaft und der Geschäftsführer nicht Folge. Dem Einwand, die Gesellschaft mbH sei bloße Arbeitsgesellschafterin der KG gewesen, sei entgegenzuhalten, dass nach herr-

schender Ansicht das Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft im Gesamthandeigentum der Gesellschafter stehe. Demnach stehe auch der Komplementärgesellschaft mbH als Gesellschafterin der KG gesamthänderisches Miteigentum am Vermögen der KG zu. Unabhängig davon, ob die Komplementärgesellschaft mbH eine Arbeitsgesellschaft sei oder nicht, sei die Gesellschaft am Vermögen der KG beteiligt. Davon ist auszugehen, weil keinerlei gesellschaftsvertragliche Regelungen behauptet worden seien, dass die Gesellschaft mbH vom Vermögen der KG ausgeschlossen wäre. Die im Wege einer Sacheinlage durch Einbringung des Unternehmens beabsichtigte Kapitalerhöhung erfolge zumindest zu einem Teil aus dem eigenen Vermögen der Gesellschaft mbH. Bei einer effektiven Kapitalerhöhung nach § 52 GmbHG müsse der Gesellschaft aber neues Kapital von außen zugeführt werden, was hier zumindest zum Teil nicht der Fall wäre. Die Firmenbuchanträge seien aus diesem Grund zu Recht abgewiesen worden. Auf die Rekursausführungen zur Gründungsprüfung nach § 6a Abs 4 GmbH sei nicht mehr einzugehen. Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der ordentliche Revisionsrekurs der Gesellschaft und ihrer Geschäftsführer mit dem Antrag auf Abänderung, dass die begehrten Firmenbucheintragungen bewilligt werden, hilfsweise wird die Aufhebung zur Verfahrensergänzung beantragt.

Der Revisionsrekurs ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrages auch berechtigt.

Den rechtlichen Erwägungen von *Umlauft*, Zulässigkeit der Einbringung einer Kommanditgesellschaft in die eigene Komplementär GmbH gegen Kapitalerhöhung? NZ 2000, 65 ist zuzustimmen:

Die OHG und die KG sind nach herrschender Auffassung keine juristischen Personen. Das Gesellschaftsvermögen ist ein Sondervermögen, das den Gesellschaftern („als Gruppe") zugeordnet wird, und zwar als ungeteiltes Ganzes. Das Vermögen der KG steht im Gesamthandeigentum der Gesellschafter, auch der Kommanditisten (Art 7 Nr 9 EVHGB; OGH 5. 7. 1979, 7 Ob 36/79 SZ 52/112; OGH 14. 5. 1980, 1 Ob 590/80 GesRZ 1980, 212; OGH 26. 3. 1996, 1 Ob 2002/96k GesRZ 1997, 98 uva; *Koppensteiner* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch[2] [1995] § 161 Rz 4 mwN). Aus dieser gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens hat das Rekursgericht geschlossen, dass die Komplementärgesellschaft beim beabsichtigten Vermögensübergang durch Betriebseinbringung im Wege der Kapitalerhöhung den Vermögenszuwachs teilweise selbst finanzierte. Dies sei bei der effektiven Kapitalerhöhung nach § 52 GmbHG unzulässig. Diese auf die Lehrmeinung *Koppensteiners* (GmbH-Gesetz § 81 Rz 17) gestützte Ansicht ist durchaus schlüssig, setzt aber voraus, dass die Komplementärgesellschaft tatsächlich am Vermögen der KG gesamthänderisch beteiligt ist. Die Beteiligung des Gesellschafters wird durch seinen Kapitalanteil bestimmt. Dazu gelten für die KG gemäß § 161 Abs 2 HGB die gesetzlichen Bestimmungen über die OHG (§§ 120 bis 122 HGB), ergänzt durch die besonderen Bestimmungen der §§ 167 bis 169 HGB. Das Gesetz definiert den Kapitalanteil nicht, sondern setzt ihn voraus. Nach der herrschenden Lehre (*Koppensteiner*, GmbH-Gesetz § 120 Rz 9) und der oberstgerichtlichen Rsp (OGH 3. 11. 1982, 1 Ob 643/82 SZ 55/163 uva) versteht man unter dem Kapitalanteil eine Bewertungsgröße (Wertziffer), die das Ausmaß der gesellschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters ausdrückt. Der Kapitalanteil wird buchhalterisch auf dem Kapitalkonto erfasst. Er hat für die Frage der Gewinnverteilung (§§ 120, 167 HGB), für die Höhe der zulässigen Entnahmen (§§ 122, 169 HGB) und für das Auseinandersetzungsguthaben (§ 155 HGB) Bedeutung (OGH 3. 11. 1982, 1 Ob 643/82 SZ 55/163). Der Kapitalanteil setzt sich zusammen aus den Einlagen, die der Gesellschafter tatsächlich geleistet hat, ferner aus den gutgeschriebenen Verlustanteilen vermindert um die davon abgeschriebenen Verlustanteile und die zulässigen Entnahmen (*Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB[2] § 167 Rz 3). Die gesetzlichen Bestimmungen über die Beteiligung (den Kapitalanteil und seine Rechtsfolgen) sind dispositiv (OGH 3. 11. 1982, 1 Ob 643/82 SZ 55/163 ua). In der Lehre (ua *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] [1990] 161) und der oberstgerichtlichen Rsp wird ein sogenannter Arbeitsgesellschafter, der am Vermögen der Gesellschaft nicht beteiligt ist, für zulässig erachtet. Arbeitsgesellschafter sind gerade im Bereich der Gesellschaft mbH & Co KG häufig anzutreffen. Die Gesellschaftsform stellt ihrerseits eine Besonderheit im Gesellschaftsrecht dar (dazu *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz § 161 Rz 14). In der Entscheidung OGH 22. 12. 1976, 1 Ob 797/76 SZ 49/163 wurde der Eintritt einer Gesellschaft mbH als bloße Arbeitsgesellschafterin ohne Kapitaleinlage in eine Gesellschaft mbH & Co KG für zulässig erachtet, wenn die GmbH für ihre Tätigkeit und Aufwendungen eine angemessene Vergütung erhält und auch ihr unbeschränktes Haftungsrisiko bei der Gewinnverteilung unter Bedachtnahme auf die Höhe der Eigenmittel entsprechend berücksichtigt wird. In der Entscheidung OGH 9. 7. 1996, 4 Ob 2147/96f SZ 69/157 wurden Minderheitsrechte in einer Gesellschaft mbH & Co KG zwar nach dem Charakter der KG (kapitalistisch geprägte KG oder eine dem Leitbild der Personengesellschaft entsprechende KG) beurteilt. Die Minderheitsrechte richteten sich „ferner nach den Beziehungen des Gesellschafters zur Gesellschaft (zB Arbeitsgesellschafter oder Kapitalist) und zu den anderen Gesellschaftern". Von dem auch in der Rsp anerkannten Institut eines Arbeitsgesellschafters (vgl dazu auch die Judikatur des VwGH 16. 12. 1999, 99/16/0205 ecolex 2000, 256) ausgehend zieht der erkennende Senat nicht in Zweifel, dass eine Gesellschaft mbH als Komplementärgesellschaft einer KG eine „reine Arbeitsgesellschafterin" sein kann, die über keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügt. Die Rekurswerber weisen zutreffend darauf hin, dass in diesem Fall keine Bedenken gegen eine tatsächlich effektive Aufbringung des Kapitals durch die eintretenden neuen Gesellschafter der Gesellschaft mbH bei der beabsichtigten Einbringung im Wege der Kapitalerhöhung bestehen, genauso wenig wie aus dem Grund des Verbots des Erwerbs eigener Anteile (§ 81 GmbHG). Unter der nicht festgestellten Voraussetzung, dass die Gesellschaft mbH hier tatsächlich eine reine Arbeitsgesellschafterin sein sollte, läge der vom Rekursgericht angenommene Abweisungsgrund nicht vor. Dabei handelt es sich zumindest auch um Tatfragen, die der OGH nicht zu entscheiden hat, weil er nicht Tatsacheninstanz ist. Aus dem vorgelegten Firmenbuchakt der Kommanditgesellschaft, dem der Gesellschaftsvertrag nicht einliegt, kann der erforderliche Sachverhalt für eine Qualifikation der Gesellschaft mbH als reine Arbeitsgesellschafterin nicht entnommen werden. Der Gesellschaftsvertrag wäre die verlässlichste Quelle für die erforderli-

che Feststellung. Wenn das Erstgericht an den Angaben der Beteiligten im Einbringungsvertrag und der dort vorgenommenen Qualifikation Bedenken hegte, hätte es von Amts wegen den Sachverhalt zu erheben (§ 2 Abs 2 Z 5 AußStrG) und gegebenenfalls iS des § 17 FBG vorzugehen gehabt.

Für die im zweiten Rechtsgang erforderliche Verfahrensergänzung zur Frage, ob die Komplementärgesellschaft reine Arbeitsgesellschafterin der KG war, und für den Fall der Bejahung dieser Frage werden die übrigen Voraussetzungen der effektiven Kapitalerhöhung zu prüfen sein. Dazu sind schon an dieser Stelle folgende Rechtsfragen zu behandeln und den Vorinstanzen die Rechtsansichten über das Nichtvorliegen bestimmter Abweisungsgründe zu überbinden:

1. Zur Zulässigkeit des gewählten Weges der Einbringung der Kommanditanteile der drei Kommanditisten zur Erreichung der angestrebten Gesamtrechtsnachfolge iS des § 142 HGB:

Im Revisionsrekurs und der schon zitierten Publikation des Rechtsvertreters der Rekurswerber werden durchaus taugliche Gründe angeführt, dass eine Sacheinlage nicht nur durch Einbringung des Unternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfolgen kann, wie dies für eine Einbringung nach Art III StruktVG judiziert wurde (OGH 25. 4. 1991, 6 Ob 537/91 WBl 1991, 367 = ecolex 1991, 539; auch dort war die Komplementärin eine reine Arbeitsgesellschafterin und nicht am Vermögen beteiligt). Schon in der Entscheidungsanmerkung zu dem in RdW 1991, 264 veröffentlichten Leitsatz dieser Entscheidung wurde auf die Möglichkeit einer vertraglich gestalteten Anwachsung in Anlehnung an § 142 HGB hingewiesen. Die Anwachsung sei als Einlage anzusehen, wenn kein anderer Gesellschafter mangels Vermögensbeteiligung einen Abfindungsanspruch hätte. Das gesetzliche Übernahmerecht des einzigen verbliebenen Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft geschieht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (*Koppensteiner,* GmbH-Gesetz § 142 Rz 10 mwN; OGH 26. 3. 1996, 1 Ob 2002/96k GesRZ 1997, 98 mwN). § 142 HGB ist nicht zwingend. Möglich ist auch ohne gesellschaftsvertragliche Bestimmung eine Übernahmevereinbarung zu Gunsten eines Gesellschafters (*Koppensteiner,* GmbH-Gesetz § 142 Rz 14 mwN aus der Rsp). *Reich-Rohrwig,* Das österreichische GmbH-Recht I² [1997] Rz 1/386) hält eine vertragliche Herbeiführung der Gesamtrechtsnachfolge mittels eines Einbringungsvertrages durch Einbringung von Gesellschaftsanteilen an einer Personengesellschaft als Sacheinlage für möglich. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Der Einbringungsvertrag ist nach dem Grundsatz der Privatautonomie zulässig und verstößt mit seinem angestrebten Zweck nicht gegen zwingendes Recht. Durch die Einbringung ihrer Anteile scheiden die Kommanditisten aus der KG aus. Die vereinbarte „Anwachsung" ist in ihren Rechtsfolgen ein analoger Anwendungsfall des § 142 HGB, wie dies auch in der Literatur zur steuerrechtlichen Beurteilung nach dem UmgrStG anerkannt wird (*Wundsam/Zöchling/Kuhn/Huber,* Handkommentar zum Umgründungssteuergesetz² [1995] § 19 Rz 34 bis 37). Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn nur das gesetzliche Übernahmerecht nach § 142 HGB als Universalrechtsnachfolge aufgefasst wird, die auf dasselbe Ergebnis gerichtete Vereinbarung über das Ausscheiden der Gesellschafter und die Geschäftsübernahme des einzigen verbliebenen Gesellschafters aber anderen Regeln unterworfen wird. Die analoge Anwendbarkeit des § 142 HGB auf den Einbringungsvorgang wurde erst jüngst in einem vergleichbaren Fall vom OGH bejaht (OGH 16. 3. 2000, 2 Ob 54/00f).

2. Die Rekurswerber relevieren abschließend das Problem, ob die Einbringung einer Gründungsprüfung iS des § 6a Abs 4 GmbHG zu unterziehen sei, und verweisen dazu auf die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung nach Abs 2 leg cit. Dem ist zuzustimmen:

Vom Grundprinzip des § 6a Abs 1 GmbHG, dass mindestens die Hälfte des Stammkapitals durch bar zu leistende Stammeinlagen voll aufgebracht werden muss, macht Abs 2 leg cit die Ausnahme, dass bei Gründung einer Gesellschaft zum ausschließlichen Zweck der Fortführung eines schon 5 Jahre bestehenden Unternehmens und unter der weiteren Voraussetzung, dass der letzte Inhaber des Unternehmens und seine im Gesetz genannten Verwandten Gesellschafter werden, das Barerfordernis hinsichtlich des anzurechnenden Unternehmenswertes entfällt. § 6a Abs 4 GmbHG ordnet zwar für die nach dem Gesellschaftsvertrag nicht bar zu leistenden Stammeinlagen die Anwendung der aktienrechtlichen Gründungsbestimmungen der §§ 20, 24 bis 27, 29 Abs 2 und 4, §§ 39 bis 44 sowie § 25 Abs 4 des Aktiengesetzes 1965 an (also unter anderem die Verpflichtung zur Erstattung des Gründungsberichtes und die Gründungsprüfung durch sachverständige Dritte). Diese Gründungsprüfung von Sacheinlagen ist nach Auffassung des erkennenden Senats aber nicht auf die im Abs 2 leg cit geregelte Sacheinlage eines Unternehmens anzuwenden. Der Gesetzgeber fördert mit dem UmgrStG Umgründungen steuerlich und unterstützte dies auch handelsrechtlich unter anderem mit der Neufassung des § 202 HGB, der die Buchwertfortführung wahlweise gestattet. Bei der Einbringung eines bilanzierenden Unternehmens, das schon 5 Jahre besteht, ist eine gewisse Gewähr für die Vollwertigkeit der Sacheinlage gegeben. Es kann daher der Lehrmeinung *Reich-Rohrwigs* (GmbH-Recht I² Rz 1/221) gefolgt werden, dass § 6a Abs 4 GmbHG auf den Ausnahmefall nach Abs 2 leg cit nicht anzuwenden ist. Dieser liegt auch dann vor, wenn – wie hier – nicht ein Unternehmen selbst, sondern die Geschäftsanteile der Mitunternehmer eingebracht werden. Auch Beteiligungen sind zulässige Sacheinlagen (*Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht I² Rz 1/205; *Wiesner,* Einbringung nach dem Umgründungssteuergesetz auf dem Prüfstand II, RdW 1992, 282). Bei Anteilen an Personengesellschaften muss aber wegen des Erfordernisses der Übertragbarkeit die Zustimmung der Mitgesellschafter vorliegen (*Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht I² Rz 1/277). Diese Voraussetzung ist hier, weil ja alle Kommanditisten betroffen sind, gegeben.

3. Abschließend ist noch die Frage zu klären, ob das Firmenbuchgericht im Rahmen seiner materiellen Prüfungspflicht den Wert des Unternehmens unter dem Gesichtspunkt der realen Kapitalaufbringung zu prüfen hat oder ob es sich in jedem Fall bei einer Buchwertübernahme nach dem UmgrStG mit der Bilanz des übernommenen Unternehmens begnügen darf. Der erkennende Senat hat schon ausgesprochen, die Rechtsansicht, dass die Ablehnung der Registrierung einer Kapitalerhöhung mittels Einbringung eines Unternehmens, dessen negatives Kapitalkonto durch Aktivierung eines Firmenwertes beseitigt wurde, sei nicht offenbar gesetzwidrig (OGH 30. 5. 1988, 6 Ob 11/88 NZ 1989, 78). In einer jüngeren Entscheidung (OGH 25. 9. 1997, 6 Ob 264/97h RdW 1998, 72) war die Einbringung einer atypischen stillen Beteiligung als Sacheinlage zu beurteilen. Dort wurde auf die Gefahr der Überbewer-

tung einer Sacheinlage für die Gesellschaftsgläubiger und den zu ihren Gunsten zwingenden Charakter der gesetzlichen Bestimmungen über das Stammkapital hingewiesen. Das Gesetz fordere einen realen Befriedigungsfonds für die Gläubiger. Diese sollten über die Kapitalausstattung der Gesellschaft informiert werden. Es gelte der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, insbesondere auch bei Kapitalerhöhungen. Bei unzulässigen wertlosen Sacheinlagen sei das Eintragungsgesuch abzuweisen (im Anlassfall hatte nach der letzten Bilanz und dem vorliegenden Gutachten des Steuerberaters der Gesellschaft der eingebrachte Mitunternehmeranteil keinen positiven Verkehrswert). Auch *Koppensteiner* verweist auf die für die Gesellschaftsgläubiger durch eine Überbewertung der Sacheinlage ausgehende Gefahr. Die Gesellschaft sei an die Bilanzansätze des Einbringers nicht gebunden. Es bestehe keine sichere Gewähr, dass die Schlussbilanz des einbringenden Unternehmens den wahren Wert zum Ausdruck bringe (*Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 6a Rz 13). Nach den übereinstimmenden Lehrmeinungen und der oberstgerichtlichen Rsp besteht eine Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts immer dann, wenn Zweifel an der korrekten Bewertung von Sacheinlagen auftreten (*Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 6a Rz 10f mwN). Daran ist festzuhalten.

Bei der erforderlichen Verfahrensergänzung (zur Feststellung, ob die Komplementärgesellschaft eine reine Arbeitsgesellschafterin war, und zu den übrigen Voraussetzungen der Kapitalerhöhung nach § 6a Abs 2 GmbHG) werden zusammengefasst folgende Rechtsgrundsätze zu beachten sein:

1. Die Einbringung von Kommanditanteilen aller Kommanditisten einer Gesellschaft mbH & Co KG in die Komplementärgesellschaft gegen Übernahme von Geschäftsanteilen kann eine zulässige Sacheinlage sein.

2. Diese Einbringung ist der Einbringung eines Unternehmens gleichzuhalten. Wenn die übrigen Voraussetzungen des § 6a Abs 2 GmbHG vorliegen, ist bei der Kapitalerhöhung eine Gründungsprüfung nach § 6a Abs 4 GmbHG nicht erforderlich.

3. Die Einbringung eines Unternehmens in der Form der Einbringung sämtlicher Kommanditanteile der Kommanditisten einer GmbH & Co KG in die Komplementärgesellschaft bewirkt Gesamtrechtsnachfolge iS des § 142 HGB.

4. Das Verbot des § 81 GmbHG, dass eine Gesellschaft mbH keine eigenen Geschäftsanteile erwerben darf, und das Gebot der realen Kapitalaufbringung (§§ 6 und 6a GmbHG) stehen einer Einbringung der Kommanditanteile der KG in die Komplementärgesellschaft dann nicht entgegen, wenn die Gesellschaft mbH reine Arbeitsgesellschafterin ohne eigenen Kapitalanteil an der KG war.

5. Bei einer auch nach Handelsrecht zulässigen buchwertfortführenden Einbringung (§ 202 Abs 2 HGB) eines Unternehmens als Sacheinlage hat das Firmenbuchgericht im Zweifelsfall die korrekte Bewertung zu prüfen. Für den Fall der im zweiten Rechtsgang festgestellten Zulässigkeit der Kapitalerhöhung werden auch die übrigen begehrten Eintragungen zu prüfen sein. Sollte danach dem Gesuch stattgegeben werden können, wird das Firmenbuchgericht darauf hinzuwirken haben, dass mit der Eintragung der Umgründungsmaßnahme bei der Gesellschaft mbH auch die Löschung der durch die Übernahme nach § 142 HGB bewirkten Auflösung und Beendigung der KG beantragt wird und erfolgt. *Jud*

Anmerkung:

Dem Erkenntnis ist vollinhaltlich zuzustimmen, da der in dieser Entscheidung gebilligte Umgründungsvorgang bei richtigem Verständnis der Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Gesetzes keinen Verstoß gegen dieselben darstellt.

Zu einer ebenfalls zu diesem Problemkreis gehörenden Frage hat der OGH nicht ausdrücklich Stellung genommen: Es kommt in der Praxis gelegentlich vor, dass die Komplementär-GmbH nicht reine Arbeitsgesellschafterin ist, sondern beispielsweise mit 10% am Vermögen der Kommanditgesellschaft beteiligt ist. Auch in diesem Falle ist mE die Kapitalerhöhung bei der Komplementär-GmbH im Zuge der Einbringung zulässig, soweit diese nicht am Vermögen der GmbH & Co KG beteiligt ist. Lediglich im Ausmaß der bestehenden Beteiligung der Komplementär-GmbH an der GmbH & Co KG dürfen keine neuen Gesellschafterrechte an der Komplementär-GmbH gewährt werden (Umlauft, NZ 2000, 67 und einem bestätigenden Vergleich mit den Verschmelzungsgrundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts). Auch in diesem Falle sind die Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Gesetzes eingehalten. ME ergibt sich dies (auch) aus der konsequenten Anwendung jener Grundsätze, die der OGH in der vorstehenden Entscheidung dargelegt hat.

Dr. *Manfred Umlauft*, öffentl Notar, Dornbirn

§ 830 ABGB; § 2 Abs 2 Z 2 WEG; § 351 EO – *Umfang der Entscheidungspflicht über Teilungsbegehren*

1. Das Teilungsverfahren des § 830 ABGB ist dreistufig:
a) Geltendmachen des Teilungsanspruchs durch Klage,
b) richterliche Rechtsgestaltung durch Urteil,
c) Vollzug der Teilung, allenfalls im Exekutionsverfahren.
2. Erst der Vollzug der Teilung hat das endgültige Erlöschen des Miteigentums zur Folge.
3. Es reicht aus, wenn das Urteil auf körperliche Teilung lautet, es kann aber nähere Angaben darüber enthalten, an die auch das Exekutionsgericht gebunden ist.
4. An Teilungsvorschläge der Parteien ist das Gericht nur insoweit gebunden, als es eine Verhandlung darüber und Entscheidung nicht ablehnen kann. Ein vom Kläger gemachter Teilungsvorschlag stellt dennoch kein echtes Klagebegehren dar.
5. Dem Beklagten im Teilungsstreit steht kein Anspruch auf Entscheidung über seinen Teilungsvorschlag zu.

OGH 13. 7. 2000, 5 Ob 23/00 v (OLG Innsbruck 5. 11. 1999, 4 R 230/99 a; LG Innsbruck 18. 6. 1999, 17 Cg 99/96 t)

Einer gegen das Eventualmehrbegehren auf Teilung in bestimmter Weise (nicht gegen die Abweisung des Hauptbegehrens) gerichteten Ber der klP gab das Gericht II. Inst nicht Folge und bestätigte das angef U mit der „Maßgabe", dass der das Eventualmehrbegehren abweisende Teil ersatzlos aufgehoben wurde.

Eine von den Bekl gegen das U I. Inst gerichtete Ber wies das Gericht II. Inst als unzulässig zurück, soweit die Ber eine Bekämpfung der KostenE enthalte, werde sie als Kostenrekurs als verspätet zurückgewiesen.

Zunächst bestünden keine Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 2 Abs 2 Z 2 WEG, die nur dem Bekl im Teilungsprozess, nicht aber auch dem Kl die Möglichkeit einräume, Realteilung