meister]; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³, Rz 3 zu § 431 ABGB). Die in diesem Sinn eingeschränkte Kognitionsbefugnis des Grundbuchsgerichtes steht damit der Wahrnehmung von theoretisch möglichen Umständen entgegen, die Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchsstandes begründen könnten.

*

Höhe der zu übernehmenden Einlage bei errichtender Umwandlung

§ 5 UmwG idF ÜbRÄG 2006
§ 226 AktG

1. Das Firmenbuchgericht hat im Rahmen seiner materiellen Prüfpflicht auch die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften zu prüfen.

2. Auch nach § 5 UmwG idF ÜbRÄG 2006 muss bei der errichtenden Umwandlung die Höhe der übernommenen Kommanditeinlagen (Hafteinlagen) die Höhe des entsprechenden Teils des Stammkapitals erreichen. Den Gesellschaftern steht es frei, ob sie sich als Kommanditisten oder als Komplementäre beteiligen. Die Personengesellschaft darf auch mit bloß einem der Gesellschafter der Kapitalgesellschaft gegründet werden, wobei mindestens ein weiterer Gesellschafter hinzutreten muss.

OGH 7.11.2007, 6 Ob 235/07p (OLG Linz 6 R 117/07d; LG Linz 32 Fr 4926/06f); 6 Ob 236/07k (OLG Linz 6 R 116/07g; LG Linz 32 Fr 5421/06h)

Das Stammkapital der im Firmenbuch beim LG Linz eingetragenen GmbH in Höhe von 35.000 Euro wird von einem einzigen Gesellschafter gehalten. Er ist zugleich selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der GmbH. Seine Stammeinlage ist zur Hälfte geleistet. In der Generalversammlung vom 21.9.2006 beschloss der Alleingesellschafter die Errichtung einer GmbH & Co KG durch Übertragung des Vermögens der (umzuwandelnden) GmbH auf eine neu errichtete KG gem § 5 UmwG auf Grundlage der Bilanz zum 31.12.2005 unter Inanspruchnahme der umgründungssteuerrechtlichen Begünstigungen des Art II UmgrStG. Gesellschafter der GmbH & Co KG sind eine in Gründung befindliche Beteiligungs-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und der Alleingesellschafter der (umzuwandelnden) GmbH als Kommanditist. Der Beschlussfassung lagen der Umwandlungsvertrag und der Kommanditgesellschaftsvertrag zugrunde, nach welchem die in Gründung befindliche Beteiligungs-GmbH als Komplementärin ohne Substanzbeteiligung, ohne Gewinn- und Verlustbeteiligung, jedoch mit einem Vorwegbezug als Risikoprämie (Haftungsvergütung) und der Alleingesellschafter der umzuwandelnden GmbH mit einer Kommanditeinlage (Haft- und Pflichteinlage) von 1.000 Euro beteiligt sind.

Am 21.9.2006 wurden die Auflösung und Löschung der GmbH infolge Umwandlung und die Errichtung der GmbH & Co KG als Nachfolgeunternehmen zur Eintragung ins Firmenbuch angemeldet. Unter Hinweis auf das negative Eigenkapital von 409.608,39 Euro in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft forderte das Firmenbuchgericht den Einschreiter zur Vorlage eines Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters zum positiven Verkehrswert der übertragenden Gesellschaft auf. Ein derartiges Gutachten wurde nicht vorgelegt.

Das Erstgericht wies daraufhin mit zwei Beschlüssen die Anträge 1.) auf Eintragung der Auflösung und Löschung der GmbH infolge Umwandlung gem § 5 UmwG und 2.) auf Eintragung der Nachfolgegesellschaft GmbH & Co KG ab.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidungen.

Der OGH gab den Revisionsrekursen von GmbH und GmbH & Co KG nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

1. Nach herrschender Rspr (AnwBl 1998, 288; 6 Ob 27/99k; 6 Ob 317/00m; 6 Ob 174/97z = SZ 70/189; vgl auch *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG, § 15 Rz 22) hat das Firmenbuchgericht im Rahmen der ihm obliegenden materiellen Prüfpflicht auch die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften zu prüfen.

2. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die im Revisionsrekurs anklingende Vorstellung, ein Umgründungsvorgang müsse zwingend zur Verbesserung der Situation der Gläubiger führen, nicht zutrifft. Dies ergibt sich schon aus dem auch im Umwandlungsrecht anwendbaren (§ 5 Abs 5 iVm § 2 Abs 3 UmwG) § 226 AktG, der nach einer (zulässigerweise) durchgeführten Umwandlung den Gläubigern im Fall einer Verschlechterung ihrer Position durch die Umwandlung Sicherstellungsansprüche einräumt. Ginge der Gesetzgeber davon aus, dass die Umwandlung stets zu einer Verbesserung der Situation der Gläubiger führt, wäre dieser Verweis des § 5 Abs 5 UmwG überflüssig (vgl *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG [2004] 315).

3.1. Das Erstgericht hat die Umwandlung als unzulässig angesehen, weil die übertragende Gesellschaft ein negatives Eigenkapital aufweist. Zur Begründung dieser Auffassung berief sich das Erstgericht auf mehrere Entscheidungen des OGH zur Downstream-Verschmelzung und zur Einbringung. Der OGH hat zwar darin, dass durch die Verschmelzung bislang gebundenes Kapital in freies Kapital umgewandelt und dadurch ausschüttbar wird, eine Gefährdung der Gläubigerinteressen erblickt (6 Ob 4/99b). Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch weder um eine Verschmelzung noch um einen verschmelzungsähnlichen Vorgang (verschmelzende Umwandlung).

3.2. Weder nach dem Gesetz noch in der Lehre noch in der Rspr gibt es einen allgemeinen Grundsatz im handelsrechtlichen Umgründungsrecht, dass überschuldete Gesellschaften nicht übertragen oder eingebracht werden könnten (OLG Wien, GesRZ 2004, 201). Sowohl das handelsrechtliche Verschmelzungsrecht (§§ 219 ff AktG) als auch das handelsrechtliche Umwandlungsrecht (UmwG) enthalten zahlreiche und detaillierte Regelungen formeller und materieller Natur, wie und unter welchen Voraussetzungen die betreffende Umgründung durchgeführt werden kann. Weder für die Verschmelzung noch für die Umwandlung statuiert das Gesetz aber, dass die übertragende Gesellschaft einen positiven Wert haben müsse. Dies ist lediglich im Spaltungsrecht in § 3 Abs 4 SpaltG für die Spaltung zur Neugründung vorgesehen. Wenn der Gesetzgeber, der das gesamte handelsrechtliche Umgründungsrecht mit dem EU-GesRÄG 1996, BGBl 1996/304, umfassend neu geregelt hat, bei Verschmelzung und Umwandlung keine Pflicht statuiert hat, dass

die übertragende Gesellschaft einen positiven Wert haben müsse, im Spaltungsrecht jedoch schon, spricht dies eher für einen Umkehrschluss, dass im Verschmelzungs- und Umwandlungsrecht ein derartiges Erfordernis eben nicht besteht (vgl *G. Nowotny*, ecolex 2000, 116 ff; gegen eine Analogie im Umgründungsrecht auch *Koppensteiner*, WBl 1999, 333 [335]).

3.3. Bei der Verschmelzung hat der OGH lediglich für die Downstream-Verschmelzung die Ansicht vertreten, die übertragende Gesellschaft müsse unter Abzug des Beteiligungsansatzes der aufnehmenden Tochtergesellschaft einen positiven Wert haben (6 Ob 4/99b). Ob dies auch bei anderen Arten der Konzernverschmelzung, etwa der Verschmelzung *upstream* oder der Schwesternverschmelzung zu gelten habe, ließ der OGH demgegenüber ausdrücklich offen (6 Ob 70/03d).

3.4. In der neueren Lehre wird im Verschmelzungsrecht etwa eine Upstream-Verschmelzung (Verschmelzung der übertragenden Tochtergesellschaft mit der übernehmenden Muttergesellschaft) auch dann für zulässig erachtet, wenn die übertragende Tochtergesellschaft real (nicht nur buchmäßig) überschuldet ist, sofern die verschmolzene Gesellschaft nicht überschuldet bzw in der Lage ist, sämtliche Gläubiger beider Gesellschafter sicherzustellen (§ 226 AktG) oder zu befriedigen (vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 223 AktG Rz 10 und § 224 AktG Rz 9; *Koppensteiner*, GmbHG[2], § 96 Rz 6; *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG [2000] § 1 Rz 28a; *Hügel*, Umgründungsbilanzen, Rz 264; *G. Nowotny*, ecolex 2000, 116 [117]; *M. Fellner*, NZ 2000, 225 [229]; *Saurer*, AnwBl 2001, 78 f; *Maria Doralt*, Management Buyout [2001] 233; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[4] [2002] § 224 Rz 8 bis 10). Aus der Tatsache als solcher, dass die Gesellschaft nach der Bilanz buchmäßig überschuldet ist, kann daher eine Unzulässigkeit der Umwandlung nicht zwingend abgeleitet werden (vgl in diesem Sinne bereits OLG Wien, GesRZ 2004, 201).

3.5. Auch das Steuerrecht fordert nur bei Einbringung, Zusammenschluss und Realteilung (§ 12 Abs 1, § 23 Abs 1 und § 27 Abs 1 UmgrStG) einen positiven Verkehrswert des übertragenen Vermögens, nicht aber bei Verschmelzung, Umwandlung und Spaltung. Es gibt daher auch im Steuerrecht keinen allgemeinen Grundsatz, dass überschuldete Gesellschaften nicht übertragen werden könnten. Abgesehen davon sind nach der jüngeren Rspr des OGH vom Firmenbuchgericht die Bestimmungen des UmgrStG nicht zu prüfen (6 Ob 70/03d; *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG, § 15 Rz 26 mwN).

3.6. Schließlich ist auch darauf zu verweisen, dass die bilanzmäßige Überschuldung noch keineswegs eine Überschuldung iSd Insolvenzrechtes bedeutet (vgl § 225 Abs 1 Satz 2 UGB). Zudem kann gerade die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft das Mittel sein, um eine drohende Insolvenz wegen Überschuldung abzuwenden. Einerseits könnte wegen der hinzutretenden persönlichen Haftung der Gesellschafter die Überschuldung wegfallen, welchem Gesichtspunkt in der vorliegenden Konstellation freilich nur untergeordnete Bedeutung zukommt; andererseits stellt für Personengesellschaften, bei denen ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, Überschuldung nach § 67 Abs 1 KO keinen Insolvenztatbestand dar. Auch nach *Saurer*, AnwBl 2001, 78 f, können gewichtige Gründe für die Aufnahme einer nicht nur buchmäßig überschuldeten Gesellschaftsprechen.

3.7. Im vorliegenden Fall muss die Frage, ob ein negatives Eigenkapital der errichtenden Umwandlung entgegensteht, jedoch nicht abschließend geklärt werden, weil sich – wie zu zeigen sein wird – die Unzulässigkeit der Umwandlung bereits aus einer anderen Erwägung ergibt.

4.1. § 5 Abs 1 UmwG in der bis zum 19.5.2006 geltenden Fassung lautete wie folgt:

„Die Hauptversammlung (Generalversammlung) einer Kapitalgesellschaft kann die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer eingetragenen Erwerbsgesellschaft und zugleich die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder eingetragene Erwerbsgesellschaft beschließen. An diesen Personengesellschaften müssen Personen, deren Anteilsrechte zumindest neun Zehntel des Grundkapitals (Stammkapitals) der Kapitalgesellschaft umfassen, wieder im gleichen Ausmaß als Gesellschafter beteiligt sein."

4.2. Zu dieser Bestimmung judizierte der OGH in stRspr, dass die sich an der errichteten KG beteiligenden Gesellschafter Kommanditeinlagen übernehmen müssten, die dem Ausmaß ihrer Stammeinlagen in der übertragenden GmbH entsprächen. Es müsse nicht nur das Verhältnis der Beteiligung (die Beteiligungsquote bzw der Prozentsatz), sondern auch die (absolute) *Höhe* der Einlagen gleich bleiben. Dies ergebe sich aus der Bestimmung, dass die Gesellschafter „im gleichen Ausmaß" an der errichteten Personengesellschaft beteiligt sein müssten (6 Ob 335/97a; 7 Ob 38/98h; 6 Ob 27/99k; 6 Ob 317/00m).

4.3. Diese Rspr wurde in der Literatur kritisiert. *Szep* wandte in seiner Entscheidungsanmerkung (ecolex 1998, 560) ein, der OGH lasse bei seinen Gläubigerschutzüberlegungen die im Umwandlungsrecht ohnehin vorgesehenen Gläubigerschutzbestimmungen der §§ 226 ff AktG außer Betracht. Auch aus dem Rechnungslegungsgesetz sei das Erfordernis eines gleich hohen Kommanditkapitals nicht abzuleiten.

4.4. Auch *Ch. Nowotny* (Kapitalerhaltung bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, RdW 1998, 384) vertrat die Auffassung, der OGH habe die seit dem EU-GesRÄG für die Umwandlung analog anzuwendenden Gläubigerschutzbestimmungen des § 226 AktG ebenso wenig berücksichtigt wie den von der Komplementärin als Arbeitsgesellschafterin beigestellten Haftungsfonds.

4.5. Trotz dieser Kritik hielt der OGH in seiner ausführlich begründeten E 6 Ob 27/99k an dieser Rspr fest. Auch in einer weiteren Entscheidung (6 Ob 317/00m) schrieb der OGH diese Judikatur fort.

4.6. In der Folge vertrat *Artmann* (Das „Ausmaß" der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26) die Auffassung, den Gesetzesmaterialien sei nicht zu entnehmen, dass die Kommanditeinlagen in der Nachfolgegesellschaft den bisherigen Stammeinlagen entsprechen müssten. Bei der Personengesellschaft sei die Bindung des Kapitals insgesamt viel schwächer ausgestaltet als bei Kapitalgesellschaften. Der Schutz der Gläubiger werde bei einer OHG oder „echten" KG ausschließlich durch die persönliche Haftung der Gesellschafter gewährleistet; für zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften habe der Gesetzgeber keine Notwendigkeit gesehen. Bei einer GmbH & Co KG im engeren Sinn greife überdies die Ausschüttungsbeschränkung der §§ 82 f GmbHG. Ähnliche Kritik äußerte auch *Schummer* (in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch der Umgründungen, Art II Rz 106 ff).

4.7. Auch *Koppensteiner* (GmbHG[2], Anh § 101 Rz 25) äußerte Zweifel an der Notwendigkeit der Festsetzung der Kommanditeinlagen in Höhe der bisherigen Stammeinlage. An anderer Stelle (Verschmelzung und Vermögensbindung, WBl 1999, 333) vertrat jedoch *Koppensteiner*, dass die Vorschriften der §§ 226 ff AktG über den Gläubigerschutz im Verschmelzungsrecht keine abschließende Regelung darstellten.

4.8. Auch nach *Harrer* (Haftungsprobleme bei der Umwandlung einer GmbH in eine KG, WBl 2001, 342) stellt das umwandlungsgesetzliche Instrumentarium des Gläubigerschutzes keine abschließende Regelung dar. Die Umwandlung von der GmbH in eine KG stelle haftungsrechtlich einen Systemwechsel dar. Die gesetzlichen Gläubigerschutzregeln ließen Schutzdefizite entstehen. Die analoge Anwendung der Regeln über die Kapitalherabsetzung komme als Lösungsmöglichkeit nicht in Betracht. Allerdings gelte das GmbH-rechtliche Auszahlungsverbot zur Sicherung des Haftungsfonds so lange weiter, bis der letzte Altgläubiger befriedigt sei. Auszahlungen und Entnahmen könnten daher so lange nicht erfolgen, als Forderungen von Altgläubigern nicht befriedigt sind.

4.9. Umlauft (Haftungsprobleme bei Umwandlung einer GmbH in eine KG, ecolex 2002, 177) stimmte der Judikatur insofern zu, als die umwandlungsrechtlichen Regelungen des Gläubigerschutzes nicht abschließend seien. Dem Gesetzgeber seien allerdings die unterschiedlichen Haftungsregeln im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht bekannt gewesen, weshalb er die Unterschiede bewusst in Kauf genommen habe. Den Nachfolgegesellschaftern sei es überlassen, zu entscheiden, ob sie in der Nachfolgegesellschaft persönlich haftende Gesellschafter oder Kommanditisten werden. Nur in letzterem Fall komme es auf die Festsetzung der Haftsumme an, wobei diese für die Kommanditisten ihrem Anteil am Stammkapital entsprechen müsse. Verluste und Verlustvorträge dürften aber vom Stammkapital nicht in Abzug gebracht werden, sondern würden für die Kommanditisten anteilig weiter gelten. Kommanditisten dürften Gewinne erst dann haftungsfrei (vgl § 172 Abs 4 Satz 2 HGB) entnehmen, wenn die so übergangenen anteiligen Verluste wieder aufgefüllt seien.

4.10. In der ausführlichsten bisher vorliegenden Untersuchung stimmte *Reich-Rohrwig* (Grundsatzfragen, 314 ff) dem Ergebnis der Rspr zu. Die verschmelzungsrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften könnten nicht als abschließende Regelung des Gläubigerschutzes aufgefasst werden. Die historische Entwicklung des Verschmelzungsrechts bei AG und GmbH sowie jene der Rechnungslegungsvorschriften habe bewirkt, dass bei Einführung gesetzlicher Neuregelungen und Novellen unbeabsichtigte Gesetzeslücken verblieben seien, die eine Bresche in den bei Kapitalgesellschaften sonst mit hohem Stellenwert ausgestatteten Gläubigerschutz schlagen würden. Es könne nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber den Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht in das Belieben der Gesellschafter stellen wolle, weshalb bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten jener der Vorzug gebühre, der dem Gedanken des Gläubigerschutzes besser Rechnung trage, ohne die Ziele der Reform des Umwandlungsrechts, die getrennte Verwaltung des Vermögens der umgewandelten Kapitalgesellschaft und ihres Nachfolgegesellschafters („Vermögensseparation") zu beseitigen, zu gefährden.

Der historische Gesetzgeber habe die Gefahr der Umwandlung für die Kapitalerhaltung nicht erkannt. Dies bestärke das Auslegungsergebnis der Judikatur. IS einer Gesamtanalogie zu den Vorschriften über den Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften und deren Fortwirkung müsse man zu diesem Ergebnis auch dann gelangen, wenn der Gesetzeswortlaut diese Interpretation nicht unmittelbar stützen würde. In der Folge erörtert *Reich-Rohrwig* (aaO, 316) auch die Frage, ob die Kommanditeinlagen niedriger festgesetzt werden dürfen, als es den bisherigen Aktien- oder Stammeinlagen in der Kapitalgesellschaft entspricht, wenn und soweit im Zeitpunkt der Umwandlung Einlagen noch ausständig sind. Diese Frage ist nach *Reich-Rohrwig* „eindeutig zu verneinen" (aaO, 316).

Auch wenn Gesellschafter im Hinblick auf die bei der Kapitalgesellschaft eingetretenen Bilanzverluste ihre Kommanditeinlagen in der Nachfolgegesellschaft gering halten wollten, sei eine Saldierung der Bilanzverluste mit dem Nennkapital der Kapitalgesellschaft nicht zulässig. Vielmehr müsse vor der errichtenden Umwandlung noch in der Kapitalgesellschaft eine förmliche vereinfachte Kapitalherabsetzung (§§ 182 ff AktG; §§ 59 f GmbHG) erfolgen. Dies begründet *Reich-Rohrwig* (aaO, 323) einerseits mit dem Gesetzeswortlaut, der auf das „Ausmaß" der Beteiligung am Grundkapital abstellt, und andererseits damit, dass die förmliche Durchführung der vereinfachten Kapitalherabsetzung für die Gläubiger Sig-

nalwirkung habe und zudem eine Gewinnausschüttungsbeschränkung für die nächsten Jahre bewirke, die dann auch in der umgewandelten Gesellschaft konsequenterweise weiter gelten müsse.

5.1. An der Rechtslage ist mittlerweile jedoch insoweit eine Änderung eingetreten, als § 5 UmwG durch Art 4 Z 4 ÜbRÄG 2006 novelliert wurde. Demnach lautet der weiters durch Art IX Z 4 HaRÄG geänderte § 5 Abs 1 UmwG nunmehr wie folgt:

„Die Hauptversammlung (Generalversammlung) einer Kapitalgesellschaft kann die Errichtung einer offenen Gesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft und zugleich die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die offene Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft beschließen.

An dieser Personengesellschaft müssen Personen, deren Anteilsrechte zumindest neun Zehntel des Grundkapitals (Stammkapitals) der Kapitalgesellschaft umfassen, beteiligt sein; die übrigen Gesellschafter haben einen Anspruch auf Abfindung. Neue Gesellschafter dürfen höchstens im Umfang von einem Zehntel der Anteilsrechte am Grundkapital (Stammkapital) hinzutreten."

In Hinblick auf diese Gesetzesänderung sieht sich der OGH zu einer neuerlichen Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfrage veranlasst.

5.2. Die ErlRV (1334 BlgNR 22. GP, 24) führen hierzu Folgendes aus:

„Abs 1 vorletzter Satz stellt klar, dass die Personengesellschaft auch bloß mit einem Gesellschafter (oder auch dem Alleingesellschafter) der Kapitalgesellschafter [richtig: ‚Kapitalgesellschaft'] gegründet werden darf, wobei freilich mindestens ein weiterer Gesellschafter hinzutreten muss.

Künftig sollen sich die Beteiligungsquoten im Zug der Umwandlung ändern können. Die Übernahme einer Kommanditeinlage in gleicher Höhe wie die Stammeinlage in der GmbH ist daher nicht mehr erforderlich; dem Gläubigerschutz dient vor allem § 226 AktG."

5.3. Der Justizausschuss führte zu dieser Bestimmung – soweit im vorliegenden Fall von Relevanz – Folgendes aus (1382 BlgNR 22. GP, 2):

„Abs 1 wird gegenüber dem geltenden Recht insofern liberaler gestaltet, als das Erfordernis der Beteiligung der bisherigen Gesellschafter an der zu errichtenden Personengesellschaft ‚im gleichen Ausmaß' entfällt. In Summe müssen bisherige Gesellschafter allerdings in Zukunft zumindest mit 90 % an der Personengesellschaft beteiligt sein, weil ein Hinzutreten neuer Gesellschafter weiterhin höchstens im Ausmaß von 10 % zulässig sein soll. Mit dem Wegfall der Beschränkung soll erreicht werden, dass die bisherigen Gesellschafter die Minderheitsanteile des oder der ausscheidenden Gesellschafter in beliebiger Weise ganz oder teilweise selbst übernehmen oder neue Gesellschafter zulassen können. Dadurch wird die Übertragung der Anteile der ausgeschlossenen Minderheit auf den Hauptgesellschafter beziehungsweise die gemeinsam beschlussfassenden Gesellschafter – allenfalls auch nicht proportional – ermöglicht. Im Einklang mit der bisherigen Rechtslage ist eine weitergehende Anteilsverschiebung im Zuge einer errichtenden Umwandlung unzulässig."

6. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich zunächst – entgegen den Materialien (ErlRV zum ÜbRÄG 1334 BlgNR 22. GP, 24) – nicht ausdrücklich, dass die Personengesellschaft auch bloß mit einem Gesellschafter (bzw dem Alleingesellschafter) der Kapitalgesellschaft gegründet werden darf. Dies entspricht allerdings dem in den Gesetzesmaterialien zweifelsfrei zum Ausdruck kommenden Willen des historischen Gesetzgebers. Demnach verfolgte die Änderung des § 5 Abs 1 vorletzter Satz UmwG gerade den Zweck, klarzustellen, dass die Personengesellschaft auch bloß mit einem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft gegründet werden dürfe, wobei freilich mindestens ein weiterer Gesellschafter hinzutreten müsse.

Dieses Ergebnis entspricht auch der bisherigen Praxis und der im Schrifttum vertretenen Auffassung. Die Lehre stimmt darin überein, dass auch eine Einpersonen-Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt werden kann (*Schummer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch, Art II Rz 106 ff; *Fida*, Errichtende Umwandlung einer Einpersonen-Kapitalgesellschaft, GeS 2005, 319).

7.1. Aufgrund der dargelegten Änderung des Gesetzeswortlauts des § 5 UmwG ist das in der bisherigen Judikatur im Vordergrund stehende Wortlautargument („Ausmaß der Beteiligung") weggefallen. Dies ändert aber nichts an der unveränderten Gültigkeit der schon die seinerzeitige Judikaturlinie tragenden teleologischen Überlegungen, die in der Folge von *Reich-Rohrwig* vertieft und verdeutlicht wurden. Hier ist nochmals darauf zu verweisen, dass *Reich-Rohrwig* (Grundsatzfragen, 316) bereits zur Rechtslage vor dem ÜbRÄG 2006 vertrat, dass man iS einer Gesamtanalogie zu den Vorschriften über den Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften und deren Fortwirkung zu diesem Ergebnis auch dann gelange, wenn der Gesetzeswortlaut diese Interpretation nicht unmittelbar stützen würde.

7.2. Die ErlRV beziehen sich ebenso wie der Bericht des Justizausschusses lediglich auf die Beteiligungsquote, nicht auf die Beteiligungshöhe. Demnach sollten künftig Anteilsverschiebungen zulässig sein. In Ermangelung jeglicher Erwähnung der absoluten Höhe der Einlagen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber auch insoweit eine Änderung der bislang geltenden Rechtslage anstrebte, zumal in den Gesetzesmaterialien auf die eingangs zitierte Judikatur nicht Bezug genommen wird. Der Verweis der Materialien auf die Bestimmung des § 226 AktG lässt auch keinen Rückschluss darauf zu, dass der Gesetzgeber bei der Novellierung des § 5 UmwG an die absolute Höhe der Einlagen dachte, weil eine Regelung zum Gläubigerschutz in Anbetracht

möglicher Bonitätsunterschiede zwischen den Gesellschaftern auch bei einer bloßen Anteilsverschiebung mit gleichbleibender Summe der Einlagen sinnvoll sein kann.

7.3. Auch ist aus der Aussage in den Materialien, wonach dem Gläubigerschutz „vor allem § 226 AktG" dienen solle, nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit ableitbar, dass sich der Gesetzgeber die in Teilen der Lehre angestellten Überlegungen zu eigen macht, § 226 AktG (iVm § 5 Abs 5 UmwG) regle den Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht abschließend. Dies muss umso mehr gelten, als – wie ausgeführt – auch zahlreiche Stimmen der Lehre § 226 AktG im vorliegenden Zusammenhang gerade nicht für eine abschließende Regelung halten. Die Formulierung, dass „vor allem" § 226 AktG dem Gläubigerschutz diene (1334 BlgNR 22. GP, 24), spricht sogar eher dafür, dass der Gesetzgeber das Kapitalerhaltungsrecht im Übrigen unangetastet lassen wollte.

7.4. Der OGH schließt sich daher nach neuerlicher Prüfung der Rechtslage der im Vorigen wiedergegebenen Auffassung *Reich-Rohrwigs* ausdrücklich an. Auch nach § 5 UmwG idF ÜbRÄG 2006 muss bei der errichtenden Umwandlung die Höhe der übernommenen Einlagen der Höhe des Stammkapitals entsprechen. Dabei steht es allerdings – entgegen der missverständlichen Formulierung in 6 Ob 335/97a = SZ 71/42 – den Gesellschaftern frei, ob sie sich als Kommanditist oder Komplementär beteiligen (vgl *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen, 315 FN 1465). ...

Anmerkung:

1. In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der OGH vertieft mit zwei Fragen, nämlich einerseits, ob eine überschuldete Gesellschaft umgewandelt werden oder an einer Verschmelzung beteiligt sein kann, und andererseits, ob auch nach § 5 UmwG *idF ÜbRÄG 2006* bei der errichtenden Umwandlung die Höhe der übernommenen Einlagen mindestens der Höhe des Stammkapitals der umgewandelten Kapitalgesellschaft entsprechen muss.

2. Was die Umwandlung bzw Verschmelzung einer überschuldeten Gesellschaft anbelangt, rückt der OGH von seiner früheren, eher restriktiven Haltung (OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; offenlassend jedoch OGH 26.6.2003, 6 Ob 70/03t) ab und nähert sich vorsichtig der in der neueren Lehre (zB *G. Nowotny*, Umgründungsrecht wohin? oder Der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, ecolex 2000, 116 [117]; *M. Fellner*, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, NZ 2000, 225 [229]; *Saurer*, Anmerkung zu OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b – Downstream-merger, AnwBl 2001, 78 ua) und Rspr (OLG Wien 18.2.2004, 28 R 409/03b, GesRZ 2004, 201; 15.11.2004, 28 R 111/04f, 28 R 112/04b, ecolex 2005, 772) vertretenen Position an, wonach bei der Verschmelzung und auch bei der Umwandlung nicht in jedem Fall ein positiver Wert der übertragenden bzw umzuwandelnden Gesellschaft erforderlich sei. Dies ergebe sich insb aus dem Umkehrschluss, wonach ein solches Erfordernis wohl im Spaltungsrecht im § 3 Abs 4 SpaltG für die Spaltung zur Neugründung, nicht jedoch im Verschmelzungs- bzw Umwandlungsrecht vorgesehen sei. Jedenfalls dürfe aber das aus der Verschmelzung bzw Umwandlung hervorgehende Rechtsgebilde keinesfalls insolvenzreif sein (so insb auch *G. Nowotny*, ecolex 2000, 118; OLG Wien, 15.11.2004, 28 R 111/04f, 28 R 112/04b). Endgültig musste diese Frage in der vorliegenden Entscheidung jedoch nicht beantwortet werden, da die Umwandlung aus einem anderen Grund (siehe sogleich) scheiterte. Diese vom OGH angedeutete flexiblere Haltung in dieser Frage ist zu begrüßen: Einerseits hat sie den Gesetzeswortlaut für sich (siehe den soeben erwähnten Umkehrschluss). Andererseits kommen bei Gläubigergefährdung auch die Bestimmungen der §§ 226 ff AktG (allenfalls iVm § 96 Abs 2 GmbHG) zur Anwendung. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass es auch gewichtige wirtschaftliche Gründe für einen solchen Vorgang geben kann (zB positive Synergie-Effekte; Reputationsgründe für solche Vorgänge im Konzern). Wenn in diesen Belangen – durchaus begrüßenswert – eine etwas großzügigere Haltung an den Tag gelegt wird, sind jedoch insb zwei flankierende Maßnahmen zu verlangen:

2.1. Für die übernehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung bzw für den Nachfolgerechtsträger bei der Umwandlung muss eine positive Fortführungsprognose bestehen, was auch eine wichtige Voraussetzung für das Nichtvorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung ist. Wenn an einer Verschmelzung eine überschuldete Gesellschaft beteiligt ist, wird zusätzlich zu fordern sein, dass bei der anderen Gesellschaft eine Sachdividende in Höhe der Überschuldung beschlossen wird (Voraussetzung hierfür ist, dass bei der letztgenannten Gesellschaft Bilanzgewinn bzw Gewinnrücklagen in entsprechender Höhe vorhanden sind).

2.2. Wird eine überschuldete Kapitalgesellschaft unter gleichzeitigem Beitritt einer GmbH (oder AG) als unbeschränkt haftende Gesellschafterin errichtend auf eine Personengesellschaft umgewandelt, so müssen sich auch die Gläubiger der als Komplementärin beitretenden GmbH (bzw AG) auf die Gläubigerschutzvorschriften der §§ 226 ff AktG (allenfalls iVm § 96 Abs 2 GmbHG) berufen können, was vom Wortlaut dieser Gesetzesbestimmungen durchaus gedeckt ist. Eine solche extensive Auslegung ist geboten, um bei Zulassung der Umwandlung überschuldeter Kapitalgesellschaften in keine Wertungswidersprüche bezüglich des Gläubigerschutzes zu geraten.

3. Auch der weiteren Aussage des OGH, wonach durch die durch das ÜbRÄG 2006 erfolgte Novellierung des § 5 UmwG in Bezug auf die Kapitalbindung keine Änderung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage eingetreten sei, ist zuzustimmen. § 5 Abs 1 Satz 2 UmwG idgF bestimmt, dass an den durch die Umwandlung entstehenden Personengesellschaften *„Personen, deren Anteilsrechte zumindest neun Zehntel des Grundkapitals (Stammkapitals) der Kapitalgesellschaft umfassen, beteiligt sein [müssen]; ...*" Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ist in diesem Satz die Wortfolge *„im gleichen Ausmaß"* entfallen. Wie jedoch der OGH unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zutreffend ausführt, sollte damit nur explizit zum Ausdruck gebracht werden, dass die bisherigen Gesellschafter die Minderheitsanteile des bzw der ausscheidenden Gesellschafter in beliebiger Weise ganz oder teilweise selbst übernehmen oder (bis zu 10 %) neue Gesellschafter zulassen können. An der erforderlichen Höhe der Kapitalbindung hat daher die neue Gesetzeslage nichts geändert. Dies ergibt sich laut OGH schon daraus, dass bereits im bisherigen Schrifttum die Meinung, dass der Gläubigerschutz in den §§ 226 ff AktG nicht abschließend geregelt sei, zahlreich vertreten wird (*Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, WBl 1999, 333; *Harrer*, Haftungsprobleme bei Umwandlung einer GmbH in eine KG, WBl 2001, 342; *Umlauft*, Haftungsprobleme bei Umwandlung einer GmbH in eine KG, ecolex 2002, 177; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG [2004] 314). Hätte der Gesetzgeber dem widersprechen wollen, hätte er dies entweder im Gesetz selbst oder explizit in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebracht, was

jedoch nicht erfolgt ist. Zu begrüßen ist, dass der OGH die missverständliche Formulierung in der früheren E 6 Ob 335/97a (= SZ 71/42) dahingehend korrigiert hat, dass es den Gesellschaftern freisteht, ob sie sich als Kommanditisten oder als unbeschränkt haftende Gesellschafter beteiligen wollen. Dies bedeutet, dass nur jener Teil des Stammkapitals, der auf die sich als Kommanditisten beteiligenden Gesellschafter entfällt, der Kapitalbindung unterliegt, indem die Summe der Hafteinlagen dieser Kommanditisten mindestens jenen Teil des Stammkapitals erreichen muss, der ihrer Beteiligungsquote an der Nachfolgegesellschaft entspricht. Für das restliche Stammkapital kann eine Kapitalbindung in der Nachfolgegesellschaft nicht verlangt werden, da dieser Teil auf das Komplementär-Kapital entfällt, wo es eine Kapitalbindung naturgemäß nicht gibt. Bei der OG als Nachfolgegesellschaft kann es demnach zu überhaupt keiner Kapitalbindung kommen (dazu im Detail *Umlauft*, ecolex 2002, 180 ff).

4. Auf einige bei Umwandlungen immer wieder auftauchende Fragen musste der OGH in dieser Entscheidung nicht eingehen. Hierzu sei kurz Folgendes erwähnt:

4.1. Wenn die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft Bilanzverluste aufweist, so ist es jedenfalls unzulässig, dieselben mit dem Nennkapital der Kapitalgesellschaft zu saldieren, um auf diesem Weg zu einer Reduktion der Kommanditeinlagen zu kommen. Mit diesen Bilanzverlusten kann wie folgt „verfahren" werden: Einerseits ist es möglich, vor der errichtenden Umwandlung noch in der Kapitalgesellschaft eine förmliche vereinfachte Kapitalherabsetzung (§§ 182 ff AktG; §§ 59 f GmbHG) vorzunehmen (*Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen, 323). Andererseits besteht die Möglichkeit, die Bilanzverluste stehen zu lassen, sodass diese im Wege der Universalrechtsnachfolge auf den Nachfolgerechtsträger übergehen. Dort sind dann freilich künftige Gewinne zuerst zur Kompensation der Verluste heranzuziehen bzw lebt, soweit dies nicht erfolgt, die Haftung der Kommanditisten wieder auf (*Umlauft*, ecolex 2002, 182).

4.2. Nicht einbezahlte Beträge auf Stammeinlagen bzw Aktien dürfen vom Haftkapital der Nachfolgegesellschaft nicht in Abzug gebracht werden. Sie bewirken, dass das Kapital der Nachfolgegesellschaft in diesem Ausmaß nicht geleistet ist (*Umlauft*, ecolex 2002, 182).

4.3. Bestehen bei der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft Rücklagen, gilt Folgendes: Handelt es sich um freie Rücklagen, so können diese schon bei der Kapitalgesellschaft jederzeit aufgelöst und ausgeschüttet werden. Sie unterliegen keiner Bindung. Bei der Nachfolgegesellschaft können, müssen sie aber nicht weitergeführt werden. Gebundene Rücklagen sind hingegen in der Nachfolgegesellschaft fortzuführen (Universalrechtsnachfolge). Eine Umwandlung in Haftkapital der Nachfolgegesellschaft muss jedoch nicht erfolgen, zumal sie auch in der Kapitalgesellschaft nicht als Nennkapital ausgewiesen waren (*Umlauft*, ecolex 2002, 182).

Manfred Umlauft

Kapitalgesellschaften

Zur Eintragungsfähigkeit von Bildzeichen als Firmenbestandteil

§ 18 UGB
§ 5 Abs 1 GmbHG

Unaussprechbare Bildzeichen, wie etwa ein „*", erfüllen keine Namensfunktion. Wird eine Namensfirma gebildet und enthält die Firma des namensgebenden, in einem Mitgliedstaat der EU protokollierten Gesellschafters derartige Bildzeichen, so ist die Eintragung als Namensfirma zulässig, wenn diese die Firma des Gesellschafters richtig übernimmt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die in der Firma das Gesellschafters enthaltenen Leerzeichen vor und nach dem Bildzeichen weggelassen werden.

OGH 7.11.2007, 6 Ob 218/07p (OLG Linz 6 R 129/07v; LG Wels 27 Fr 1598/07m)

Das Amtsgericht Nürnberg trug im dortigen Handelsregister die Änderung der Firma des einzigen Gesellschafters der (österreichischen) GmbH auf „mister * lady GmbH" ein.

Die Geschäftsführer der (österreichischen) Gesellschaft streben die Eintragung der Änderung von deren Firma auf „mister*lady GmbH" an.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Bildzeichen erfüllten keine Namensfunktion und seien damit im Hinblick auf § 18 UGB nicht kennzeichnungsgeeignet.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Dem Bildzeichen „*" komme Namensfunktion nicht zu; es sei daher nicht eintragungsfähig. Daran ändere im vorliegenden Verfahren auch der Umstand nichts, dass das deutsche Registergericht die geänderte Firma der (deutschen) Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen habe.

Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Gesellschaft nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

1. und 2. ...

3. Allerdings muss die Firma einer GmbH nicht nur dem § 5 GmbHG entsprechen; sie darf nach stRspr des OGH auch nicht den Firmenbildungsvorschriften des HGB zuwiderlaufen (RIS-Justiz RS0059876; 6 Ob 15/85 = NZ 1986, 281 mwN). Daran hat sich durch das HaRÄG und die Neufassung des § 18 (nunmehr) UGB nichts geändert.

4. Nach § 18 Abs 1 UGB muss die Firma zur Kennzeichnung des Unternehmers geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Nach dessen Abs 2 darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Die Frage, ob Bildzeichen Bestandteil einer Firma sein können, ist im Gesetz nicht geregelt.

4.1. Die ErlRV zu § 18 UGB (zitiert bei *Krejci*, Reform-Kommentar [2007] 118) führen unter Hinweis auf die „deutsche HGB-Reform" aus, zulässig seien damit Personen-, Sach- und Fantasienamen oder auch die Verwendung von Geschäftsbezeichnungen; Zeichen oder Buchstabenkombinationen, die unaussprechbar oder sinnlos sind, würden vom Rechtsverkehr dagegen nicht als Fantasiewort aufgefasst; sie seien als Firmenwortlaut daher ungeeignet.

4.2. Diesen Gedanken greift *Dehn* (in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 18 UGB Rz 20) auf und meint, die Verwendung von Bildzeichen wie etwa ein „*", „#", „_" oder