

# TE OGH 2003/6/26 6Ob70/03t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.06.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Firmenbuchsache der B\*\*\*\*\*gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in Wien, FN 105933i des Handelsgerichtes Wien und der U\*\*\*\*\*gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in Wien, FN \*\*\*\*\* des Handelsgerichtes Wien, wegen Eintragung einer Verschmelzung, über den Revisionsrekurs der Gesellschaften, beide vertreten durch Dr. Wolfgang Langeder, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 6. Februar 2003, GZ 28 R 164/02x-27, mit dem der Rekurs der Gesellschaften gegen den Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 11. April 2002, GZ 71 Fr 14189/99h, 71 Fr 14190/99i-24, zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird, soweit er sich gegen die Zurückweisung des Rekurses richtet, Folge gegeben. In der Sache selbst wird dahin entschieden, dass den Rechtsmitteln nicht Folge gegeben und damit der Beschluss des Erstgerichtes auf Abweisung der Anträge der Gesellschaften auf Eintragung ihrer Verschmelzung bestätigt wird.

## Text

Begründung:

Die B\*\*\*\*\*gesellschaft m.b.H. (im Folgenden: B\*\*\*\*\*) ist seit 5. 5. 1989, die U\*\*\*\*\*gesellschaft m.b.H. (im Folgenden: U\*\*\*\*\*) seit 22. 1. 1992 im Firmenbuch eingetragen. Als Geschäftsführerin beider Gesellschaften ist Karin B\*\*\*\*\* eingetragen, die an ihnen je zu einem Viertel des Stammkapitals beteiligt ist. Weitere Gesellschafter sind Vladimir M\*\*\*\*\* mit jeweils einem Viertel und Anna Z\*\*\*\*\* mit jeweils der Hälfte des Stammkapitals. Das Stammkapital der B\*\*\*\*\* beträgt 500.000 S, jenes der U\*\*\*\*\* 1 Mio S.

Am 28. 10. 1999 schlossen die beiden Gesellschaften einen notariellen Verschmelzungsvertrag, wonach die U\*\*\*\*\* ihr gesamtes Vermögen einschließlich aller Aktiven und Passiven mit 31. 1. 1999 an die B\*\*\*\*\* unter Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigungen des Art I UmgrStG übertragen sollte. Da die Geschäftsanteile beider Gesellschaften im selben Verhältnis denselben Gesellschaftern gehörten, würde sich durch die Verschmelzung an den Beteiligungsverhältnissen bei der übernehmenden Gesellschaft nichts ändern, weshalb dort keine nominale Kapitalerhöhung vorgenommen werde. Dies wurde damit begründet, dass die Gesellschafter, soweit sie Gläubiger einer der Vertragsteile seien, entsprechende Rückstellungserklärungen abgeben würden, sofern dies nötig sei. Außerdem existierten persönliche Haftungserklärungen der Gesellschafter Karin B\*\*\*\*\* und Vladimir M\*\*\*\*\* hinsichtlich der Bankkredite. Die Mietrechte der übernehmenden Gesellschaft, die nur mehr mit 200.500 S zu Buche stünden, seien im Veräußerungsfall zumindest mit den Anschaffungswerten von 780.000 S anzusetzen. Bei der

Verkehrswertermittlung der übertragenden Gesellschaft seien vor allem die Einkaufs- und Verkaufsmöglichkeiten als Know how anzusetzen. Die dem Verschmelzungsvertrag beiliegenden Bilanzen seien bereits im Hinblick auf den positiven Verkehrswert per 31. 1. 1999 erstellt worden. Am 28. 10. 1999 schlossen die beiden Gesellschaften einen notariellen Verschmelzungsvertrag, wonach die U\*\*\*\*\* ihr gesamtes Vermögen einschließlich aller Aktiven und Passiven mit 31. 1. 1999 an die B\*\*\*\*\* unter Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigungen des Art römisch eins UmgrStG übertragen sollte. Da die Geschäftsanteile beider Gesellschaften im selben Verhältnis denselben Gesellschaftern gehörten, würde sich durch die Verschmelzung an den Beteiligungsverhältnissen bei der übernehmenden Gesellschaft nichts ändern, weshalb dort keine nominale Kapitalerhöhung vorgenommen werde. Dies wurde damit begründet, dass die Gesellschafter, soweit sie Gläubiger einer der Vertragsteile seien, entsprechende Rückstellungserklärungen abgeben würden, sofern dies nötig sei. Außerdem existierten persönliche Haftungserklärungen der Gesellschafter Karin B\*\*\*\*\* und Vladimir M\*\*\*\*\* hinsichtlich der Bankkredite. Die Mietrechte der übernehmenden Gesellschaft, die nur mehr mit 200.500 S zu Buche stünden, seien im Veräußerungsfall zumindest mit den Anschaffungswerten von 780.000 S anzusetzen. Bei der Verkehrswertermittlung der übertragenden Gesellschaft seien vor allem die Einkaufs- und Verkaufsmöglichkeiten als Know how anzusetzen. Die dem Verschmelzungsvertrag beiliegenden Bilanzen seien bereits im Hinblick auf den positiven Verkehrswert per 31. 1. 1999 erstellt worden.

Diese in den Verschmelzungsvertrag aufgenommenen Bilanzen beider Gesellschaften weisen nur deshalb kein negatives Eigenkapital aus, weil dem durch Verlustvorträge erheblich verminderten Stammkapital jeweils ein sogenannter "Umgründungsmehrwert" hinzugeschlagen wurde. Bei der B\*\*\*\*\* sind Verlustvorträge von 2.288.403,41 S und ein "Umgründungsmehrwert" von 3.190.802,12 S ausgewiesen; bei der U\*\*\*\*\* wurden Verlustvorträge von 1.721.438,29 S und ein "Umgründungsmehrwert" von 743.980,79 S angeführt. Der "Umgründungsmehrwert" wurde bei der B\*\*\*\*\* wie folgt aufgeschlüsselt: Rückstehung Frau B\*\*\*\*\* 201.235,03 S; Haftung Gesellsch. Hypo 1.825.328,09 S; aktivierte Mietrechte 579.500 S; aktivierter Umbau 584.739 S. Bei der U\*\*\*\*\* enthält der Umgründungsmehrwert die Positionen "Firmenwert 50.000 S" und "Rückstehung von Gesellschaftern 693.980,79 S".

Der Verschmelzungsvertrag wurde von beiden Gesellschaften in ihrem am 28. 10. 1999 abgehaltenen außerordentlichen Generalversammlungen einstimmig beschlossen. Gemäß Punkt 3. der Tagesordnung wurde die Geschäftsführerin von beiden Gesellschaften ausdrücklich ermächtigt, "den Verschmelzungsvertrag und alle bezughabenden Urkunden zu unterfertigen, obwohl sie dies für beide Vertragsteile tut" Gemäß Punkt 4. der Tagesordnung wurde sie jeweils als Geschäftsführerin abberufen. In zwei am selben Tag aufgenommenen Niederschriften erklärten sämtliche Gesellschafter, auf einen Bericht der Geschäftsführerin und auf eine Prüfung des Verschmelzungsvertrages zu verzichten.

Am selben Tag unterfertigte die Geschäftsführerin notariell beglaubigt die Anmeldung der Verschmelzung zum Firmenbuch. Unter Vorlage der Niederschriften, des Verschmelzungsvertrages und des Protokolls der jeweiligen Generalversammlung beantragte sie einerseits die Eintragung der Auflösung der U\*\*\*\*\* und andererseits die Eintragung der Verschmelzung der B\*\*\*\*\* mit der U\*\*\*\*\* durch Aufnahme.

Das Erstgericht forderte von der B\*\*\*\*\* Aufklärung, woraus sich der Betrag für den Umgründungsmehrwert ergebe bzw was damit gemeint sei. Im Zuge des vom Erstgericht durchgeföhrten Verbesserungsverfahrens legte die Geschäftsführerin noch eine Rumpfbilanz der U\*\*\*\*\* für die Zeit vom 1. 4. 1998 bis 31. 1. 1999 (mit positivem Eigenkapital durch "Umgründungsmehrwert"), den Jahresabschluss der B\*\*\*\*\* zum 31. 1. 1999 (mit negativem Eigenkapital) sowie zwei "Rückstehungserklärungen" je vom 28. 10. 1999 vor. Darin erklärten die drei Gesellschafter der U\*\*\*\*\*, dass sie im Fall einer Veräußerung der Gesellschaft auf die ihnen "gegen die Gesellschaft zustehende Forderung von 700.000 S mehr oder weniger verzichten bzw gegenüber sonstigen Gläubigern zurückstehen" werden. Eine gleichlautende Verzichtserklärung gab Karin B\*\*\*\*\* hinsichtlich einer Forderung von 220.000 S gegenüber der U\*\*\*\*\* ab. Die im Rahmen des Jahresabschlusses erstellte Bilanz der B\*\*\*\*\* enthält im Gegensatz zu der im Verschmelzungsvertrag enthaltenen Bilanz keinen "Umgründungsmehrwert" und weist ein negatives Eigenkapital von 1.771.635,41 S und Verbindlichkeiten von 4.963.939,10 S auf, darunter auch ein "Darlehen B\*\*\*\*\*" von 201.325,03 S. Zur Rumpfbilanz der U\*\*\*\*\* wurde darauf hingewiesen, dass die Gesellschaft zuletzt im Geschäftsjahr 1996/1997 operativ tätig gewesen sei. Aus dieser Zeit stamme ein hoch einzuschätzendes Know how hinsichtlich von

Geschäftspartnern in Fernost, deren Liefermöglichkeiten und deren Preisgestaltung, sodass dieses Know how zumindest einen Wert von 100.000 S darstelle, aus Gründen der kaufmännischen Vorsicht aber nur mit 50.000 S angesetzt werde.

Eine weitere Aufforderung, zur Überschuldung der aufnehmenden Gesellschaft Stellung zu nehmen und eine berichtigte Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft vorzulegen, weil die "Rückstehungserklärungen" keinen unbedingten und unwiderruflichen Verzicht enthielten, blieb unbeantwortet.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Verschmelzungsantrag (und damit auch den Antrag auf Eintragung der Auflösung der U\*\*\*\*\*) ab. Mangels näherer Erläuterungen des angesetzten "Umgründungsmehrwertes" und dessen Werthaltigkeit sei von einem negativen Unternehmenswert beider Gesellschaften auszugehen. Schon allein bei der übertragenden Gesellschaft führe ein solcher zur Unzulässigkeit der Verschmelzung, weil ansonsten das Vermögen der aufnehmenden Gesellschaft beeinträchtigt werde.

Dieser Beschluss wurde beiden Gesellschaften und zusätzlich Karin B\*\*\*\*\*, die bisher im Firmenbuchverfahren für beide Gesellschaften eingeschritten war, am 16. 5. 2002 zugestellt. Am 31. 5. 2002 wurde der dagegen erhobene Rekurs beider Gesellschaften überreicht. Der nunmehr einschreitende Rechtsanwalt berief sich auf die ihm erteilte Vollmacht.

Das Rekursgericht wies den Rekurs als verspätet zurück. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Gemäß §§ 15 FBG, 11 Abs 2 AußStrG bleibe es zwar dem Ermessen des Gerichtes überlassen, auf verspätete Rekurse in denjenigen Fällen Rücksicht zu nehmen, in denen sich der angefochtene Beschluss noch ohne Nachteil für einen Dritten abändern lasse. Eine Berücksichtigung des verspäteten Rekurses würde allerdings auch voraussetzen, dass dieser nicht aus anderen Gründen als unzulässig zurückzuweisen und dass er außerdem inhaltlich berechtigt wäre. Diese Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt. Einerseits lägen konkrete Zweifel an der Erteilung der Vollmacht an den einschreitenden Rechtsanwalt vor, weil die als Geschäftsführerin beider Gesellschaften eingetragene Karin B\*\*\*\*\* in der außerordentlichen Generalversammlung, in der auch die Verschmelzung beschlossen worden sei, abberufen worden sei. Da die Abberufung eines Geschäftsführers mit dem Zugang der Erklärung wirksam werde, sei sie als bereits abberufene Geschäftsführerin nicht berechtigt gewesen, den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung zu stellen. Daran ändere auch die ihr in der Generalversammlung erteilte Ermächtigung nichts, "den Verschmelzungsvertrag und alle bezughabenden Urkunden zu fertigen, obwohl sie dies für beide Vertragsteile tut", weil darin lediglich die erforderliche Genehmigung des Insichgeschäftes, nicht aber eine außerordentliche Vollmacht für das Firmenbuchverfahren zu erblicken sei. Ein Verbesserungsauftrag erübrige sich, weil der Rekurs auch inhaltlich unberechtigt sei. Die Aufnahme eines "Umgründungsmehrwertes" von 743.980,79 S in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft sei gesetzwidrig. Ohne diesen ergebe sich ein negatives Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft von 718.952,29 S. Der "Umgründungsmehrwert" setze sich aus dem mit 50.000 S angesetzten Firmenwert sowie der "Rückstehung von Gesellschaftern" von 693.980,79 S zusammen. Hiezu führten die Rekurswerberinnen aus, dass sie damit eine Korrektur der "üblicherweise auszuweisenden Werte" vorgenommen hätten, um die "materiell richtigen Werte darzustellen". Es sei zB der noch immer vorhandene Wert großer Umbauten vorhanden, der in der Handelsbilanz nicht ausgewiesen werden könne. Da gemäß §§ 96 Abs 2 GmbHG, 220 Abs 3 AktG für die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft die Vorschriften des HGB über den Jahresabschluss und dessen Prüfung sinngemäß gelten würden, habe ein Wert, der nach den Bilanzvorschriften des HGB nicht ausgewiesen werden dürfe, auch in einer aus Anlass einer Verschmelzung aufgestellten Schlussbilanz nichts verloren. Gemäß des Anlagevermögens, die nicht entgeltlich erworben worden seien, ein Aktivposten nicht angesetzt werden, sodass die Aufnahme des Aktivpostens für den Firmenwert von 50.000 S gesetzwidrig sei. Die Aktivierung der "Rückstehungserklärungen" sei schon deshalb nicht zulässig, weil ihr Wortlaut keineswegs eindeutig auf einen Vermögenszuwachs der Gesellschaft schließen lasse. Hätten die Gesellschafter tatsächlich bedingungslos und unwiderruflich auf die ihnen gegenüber der U\*\*\*\*\* zustehende Darlehensforderung verzichtet, müsste sich dies auf der Passivseite in einer Verminderung der Verbindlichkeiten niederschlagen. Tatsächlich hätten die Gesellschafter aber nur erklärt, dass sie im Fall einer Veräußerung verzichten bzw sonstigen Gläubigern zurückstehen würden. Es handle sich also lediglich um eine Ankündigung, bei Eintritt einer bestimmten Bedingungen bestimmte Rechtshandlungen vornehmen zu wollen, wobei durch die Wendung "bzw" völlig offenbleibe, ob nun ein Verzicht gegenüber der Gesellschaft oder eine bloße Rückstehung gegenüber anderen Gläubigern ins Auge gefasst werde. Letztere wäre aber im Ergebnis nichts anderes als eine Stundung und könnte daher keinesfalls zur Erhöhung der Aktivposten in der Bilanz verwendet werden, auch

und gerade dann nicht, wenn deklarierter einziger Zweck einer solchen Erklärung die Bewertung der U\*\*\*\*\* mit einem positiven Verkehrswert sei. Der Versuch, den negativen Verkehrswert der U\*\*\*\*\* mit derartigen "Korrekturpositionen" in den positiven Bereich zu heben, müsse an den gesetzlichen Vorschriften scheitern. Ein negativer Wert des übertragenen Vermögens mache aber die Verschmelzung unzulässig, wie schon das Erstgericht zutreffend erkannt habe. Zudem verfüge die aufnehmende Gesellschaft über ein niedrigeres Stammkapital als die übertragende Gesellschaft und sei, wie in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 6 Ob 4/99b (SZ 72/172) ausgeführt worden sei, nur bei einer Kapitalherabsetzung zur Rücklagenbildung oder entsprechenden Sicherstellung der Gläubiger auf andere Weise zulässig, die hier jedoch nicht erfolgt sei. Der ordentliche Revisionsrekurs sei mangels erheblicher Rechtsfragen unzulässig. Das Rekursgericht wies den Rekurs als verspätet zurück. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Gemäß Paragraphen 15, FBG, 11 Absatz 2, AußStrG bleibe es zwar dem Ermessen des Gerichtes überlassen, auf verspätete Rekurse in denjenigen Fällen Rücksicht zu nehmen, in denen sich der angefochtene Beschluss noch ohne Nachteil für einen Dritten abändern lasse. Eine Berücksichtigung des verspäteten Rekurses würde allerdings auch voraussetzen, dass dieser nicht aus anderen Gründen als unzulässig zurückzuweisen und dass er außerdem inhaltlich berechtigt wäre. Diese Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt. Einerseits lägen konkrete Zweifel an der Erteilung der Vollmacht an den einschreitenden Rechtsanwalt vor, weil die als Geschäftsführerin beider Gesellschaften eingetragene Karin B\*\*\*\*\* in der außerordentlichen Generalversammlung, in der auch die Verschmelzung beschlossen worden sei, abberufen worden sei. Da die Abberufung eines Geschäftsführers mit dem Zugang der Erklärung wirksam werde, sei sie als bereits abberufene Geschäftsführerin nicht berechtigt gewesen, den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung zu stellen. Daran ändere auch die ihr in der Generalversammlung erteilte Ermächtigung nichts, "den Verschmelzungsvertrag und alle bezughabenden Urkunden zu fertigen, obwohl sie dies für beide Vertragsteile tut", weil darin lediglich die erforderliche Genehmigung des Insichgeschäftes, nicht aber eine außerordentliche Vollmacht für das Firmenbuchverfahren zu erblicken sei. Ein Verbesserungsauftrag erübrige sich, weil der Rekurs auch inhaltlich unberechtigt sei. Die Aufnahme eines "Umgründungsmehrwertes" von 743.980,79 S in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft sei gesetzwidrig. Ohne diesen ergebe sich ein negatives Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft von 718.952,29 S. Der "Umgründungsmehrwert" setze sich aus dem mit 50.000 S angesetzten Firmenwert sowie der "Rückstehung von Gesellschaftern" von 693.980,79 S zusammen. Hiezu führten die Rekurswerberinnen aus, dass sie damit eine Korrektur der "üblicherweise auszuweisenden Werte" vorgenommen hätten, um die "materiell richtigen Werte darzustellen". Es sei zB der noch immer vorhandene Wert großer Umbauten vorhanden, der in der Handelsbilanz nicht ausgewiesen werden könne. Da gemäß Paragraphen 96, Absatz 2, GmbHG, 220 Absatz 3, AktG für die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft die Vorschriften des HGB über den Jahresabschluss und dessen Prüfung sinngemäß gelten würden, habe ein Wert, der nach den Bilanzvorschriften des HGB nicht ausgewiesen werden dürfe, auch in einer aus Anlass einer Verschmelzung aufgestellten Schlussbilanz nichts verloren. Gemäß des Anlagevermögens, die nicht entgeltlich erworben worden seien, ein Aktivposten nicht angesetzt werden, sodass die Aufnahme des Aktivpostens für den Firmenwert von 50.000 S gesetzwidrig sei. Die Aktivierung der "Rückstehungserklärungen" sei schon deshalb nicht zulässig, weil ihr Wortlaut keineswegs eindeutig auf einen Vermögenszuwachs der Gesellschaft schließen lasse. Hätten die Gesellschafter tatsächlich bedingungslos und unwiderruflich auf die ihnen gegenüber der U\*\*\*\*\* zustehende Darlehensforderung verzichtet, müsste sich dies auf der Passivseite in einer Verminderung der Verbindlichkeiten niederschlagen. Tatsächlich hätten die Gesellschafter aber nur erklärt, dass sie im Fall einer Veräußerung verzichten bzw sonstigen Gläubigern zurückstehen würden. Es handle sich also lediglich um eine Ankündigung, bei Eintritt einer bestimmten Bedingungen bestimmte Rechtshandlungen vornehmen zu wollen, wobei durch die Wendung "bzw" völlig offenbleibe, ob nun ein Verzicht gegenüber der Gesellschaft oder eine bloße Rückstehung gegenüber anderen Gläubigern ins Auge gefasst werde. Letztere wäre aber im Ergebnis nichts anderes als eine Stundung und könnte daher keinesfalls zur Erhöhung der Aktivposten in der Bilanz verwendet werden, auch und gerade dann nicht, wenn deklarierter einziger Zweck einer solchen Erklärung die Bewertung der U\*\*\*\*\* mit einem positiven Verkehrswert sei. Der Versuch, den negativen Verkehrswert der U\*\*\*\*\* mit derartigen "Korrekturpositionen" in den positiven Bereich zu heben, müsse an den gesetzlichen Vorschriften scheitern. Ein negativer Wert des übertragenen Vermögens mache aber die Verschmelzung unzulässig, wie schon das Erstgericht zutreffend erkannt habe. Zudem verfüge die aufnehmende Gesellschaft über ein niedrigeres Stammkapital als die übertragende Gesellschaft und sei, wie in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 6 Ob 4/99b (SZ 72/172)

ausgeführt worden sei, nur bei einer Kapitalherabsetzung zur Rücklagenbildung oder entsprechenden Sicherstellung der Gläubiger auf andere Weise zulässig, die hier jedoch nicht erfolgt sei. Der ordentliche Revisionsrekurs sei mangels erheblicher Rechtsfragen unzulässig.

Der Revisionsrekurs der beiden Gesellschaften ist jedoch zulässig und insoweit berechtigt, als damit die Zurückweisung des Rekurses als verspätet bekämpft wird, weil der letzte Tag der 14-tägigen Rekursfrist (der 30. 5. 2002) auf einen gesetzlichen Feiertag fiel. Daher ist der am nächsten Tag (31. 5. 2002) überreichte Rekurs noch rechtzeitig erhoben worden (§§ 15 Abs 1 FBG, 7 Abs 1 AußStrG iVm § 126 Abs 2 ZPO)Der Revisionsrekurs der beiden Gesellschaften ist jedoch zulässig und insoweit berechtigt, als damit die Zurückweisung des Rekurses als verspätet bekämpft wird, weil der letzte Tag der 14-tägigen Rekursfrist (der 30. 5. 2002) auf einen gesetzlichen Feiertag fiel. Daher ist der am nächsten Tag (31. 5. 2002) überreichte Rekurs noch rechtzeitig erhoben worden (Paragraphen 15, Absatz eins, FBG, 7 Absatz eins, AußStrG in Verbindung mit Paragraph 126, Absatz 2, ZPO).

### **Rechtliche Beurteilung**

Im Gegensatz zur Ansicht des Rekursgerichtes bestehen auch keine Bedenken gegen die wirksame Vertretung der beiden Gesellschaften im Firmenbuchverfahren durch deren ehemalige Geschäftsführerin und die wirksame Erteilung der Vollmacht an den im Rechtsmittelverfahren einschreitenden Rechtsanwalt. Die vom Rekursgericht vorgenommene Auslegung des in den Generalversammlungsprotokollen vom 28. 10. 1999 festgehaltenen Punktes 3. der Tagesordnung, die der gemäß Punkt 4. abberufenen Geschäftsführerin erteilte Ermächtigung zur Unterfertigung des Verschmelzungsvertrages und aller bezughabender Urkunde bedeute lediglich die Genehmigung des Insichgeschäfts, widerspricht erkennbar dem Parteiwillen, die Verschmelzung durch Firmenbucheintragungen durchzuführen, die aber mangels entsprechender Bevollmächtigung der unter einem abberufenen Geschäftsführerin scheitern müsste. Dazu kommt, dass derselbe Notar, der den Notariatsakt über die Verschmelzungsverträge und die Generalversammlungsprotokolle aufgenommen hat, am selben Tag auch die Echtheit der Unterschrift der Karin B\*\*\*\*\* "als selbständig vertretungsbefugter Gesellschafter" der Gesellschaften auf den Firmenbucheingaben beglaubigt hat. Punkt 3. der Generalversammlungsprotokolle muss daher dahin verstanden werden, dass nicht nur das Insichgeschäft genehmigt wurde, sondern dass die Geschäftsführerin ungeachtet ihrer Abberufung die für die Durchführung des Verschmelzungsvertrages erforderlichen Schritte namens beider Gesellschafter setzen sollte. Damit war sie nicht nur befugt, das Eintragungsbegehren beim Firmenbuchgericht einzubringen und das Eintragungsverfahren zu betreiben, sondern auch, dem Rechtsanwalt Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaften im Firmenbuchverfahren, insbesondere zur Erhebung von Rechtsmitteln zu erteilen, um die Eintragung der Verschmelzung durchzusetzen. Damit erübrigen sich die Bedenken des Rekursgerichtes dahin, dass mangels wirksamer Vertretung der Gesellschaften durch einen Geschäftsführer eine wirksame Bevollmächtigung an den sich auf die erteilte Vollmacht berufenden Rechtsvertreter nicht möglich sei. Auch der Rechtsanwalt, der eine juristische Person vertritt, kann sich auf die ihm erteilte Bevollmächtigung gemäß § 30 Abs 2 ZPO berufen, ohne angeben zu müssen, wer für sie Vollmacht erteilt hat. Aus § 30 Abs 2 ZPO ergibt sich, dass dem Rechtsanwalt oder Notar grundsätzlich vertraut wird, wenn er ein Vollmachtsverhältnis behauptet. Dieses Vertrauen erstreckt sich im Allgemeinen auch darauf, dass die Bevollmächtigung von einer hiezu befugten Person erteilt wurde (SZ 57/131; RIS-Justiz RS0035835).Im Gegensatz zur Ansicht des Rekursgerichtes bestehen auch keine Bedenken gegen die wirksame Vertretung der beiden Gesellschaften im Firmenbuchverfahren durch deren ehemalige Geschäftsführerin und die wirksame Erteilung der Vollmacht an den im Rechtsmittelverfahren einschreitenden Rechtsanwalt. Die vom Rekursgericht vorgenommene Auslegung des in den Generalversammlungsprotokollen vom 28. 10. 1999 festgehaltenen Punktes 3. der Tagesordnung, die der gemäß Punkt 4. abberufenen Geschäftsführerin erteilte Ermächtigung zur Unterfertigung des Verschmelzungsvertrages und aller bezughabender Urkunde bedeute lediglich die Genehmigung des Insichgeschäfts, widerspricht erkennbar dem Parteiwillen, die Verschmelzung durch Firmenbucheintragungen durchzuführen, die aber mangels entsprechender Bevollmächtigung der unter einem abberufenen Geschäftsführerin scheitern müsste. Dazu kommt, dass derselbe Notar, der den Notariatsakt über die Verschmelzungsverträge und die Generalversammlungsprotokolle aufgenommen hat, am selben Tag auch die Echtheit der Unterschrift der Karin B\*\*\*\*\* "als selbständig vertretungsbefugter Gesellschafter" der Gesellschaften auf den Firmenbucheingaben beglaubigt hat. Punkt 3. der Generalversammlungsprotokolle muss daher dahin verstanden werden, dass nicht nur das Insichgeschäft genehmigt wurde, sondern dass die Geschäftsführerin ungeachtet ihrer Abberufung die für die Durchführung des Verschmelzungsvertrages erforderlichen Schritte namens beider

Gesellschafter setzen sollte. Damit war sie nicht nur befugt, das Eintragungsbegehren beim Firmenbuchgericht einzubringen und das Eintragungsverfahren zu betreiben, sondern auch, dem Rechtsanwalt Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaften im Firmenbuchverfahren, insbesondere zur Erhebung von Rechtsmitteln zu erteilen, um die Eintragung der Verschmelzung durchzusetzen. Damit erübrigen sich die Bedenken des Rekursgerichtes dahin, dass mangels wirksamer Vertretung der Gesellschaften durch einen Geschäftsführer eine wirksame Bevollmächtigung an den sich auf die erteilte Vollmacht berufenden Rechtsvertreter nicht möglich sei. Auch der Rechtsanwalt, der eine juristische Person vertritt, kann sich auf die ihm erteilte Bevollmächtigung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, ZPO berufen, ohne angeben zu müssen, wer für sie Vollmacht erteilt hat. Aus Paragraph 30, Absatz 2, ZPO ergibt sich, dass dem Rechtsanwalt oder Notar grundsätzlich vertraut wird, wenn er ein Vollmachtsverhältnis behauptet. Dieses Vertrauen erstreckt sich im Allgemeinen auch darauf, dass die Bevollmächtigung von einer hiezu befugten Person erteilt wurde (SZ 57/131; RIS-Justiz RS0035835).

Hat das Rekursgericht zu Unrecht einen Rekurs zurückgewiesen, kann der Oberste Gerichtshof im außerstreitigen Verfahren - zumindest in Fällen, in denen die Begründung des Zurückweisungsbeschlusses inhaltlich die sachlichen Abweisungsgründe umfasst (EvBl 1993/80 [345]) - selbst in der Sache entscheiden (SZ 71/158 mwN; 2 Ob 182/99z). Das Rekursgericht hat im Sinn des § 11 Abs 2 AußStrG, von dessen Anwendbarkeit es infolge seiner irrtümlichen Annahme, der Rekurs sei verspätet, ausging, die Frage der Berechtigung des Eintragungsbegehrens auch inhaltlich eingehend geprüft. Der Revisionsrekurs nimmt zu dieser Frage ebenfalls Stellung: Es sei die Möglichkeit anzuerkennen, Bilanzen dem jeweiligen Zweck entsprechend zu erstellen. Der Hinweis, dass Werte, die nach den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften nicht auszuweisen seien, auch in einer aus Anlass einer Verschmelzung aufgestellten Schlussbilanz nichts verloren hätten, sei daher unzutreffend. Es müsse vielmehr der Zweck der Bilanz mitberücksichtigt werden. Es seien auch die Argumente des Rekursgerichtes, dass eine Kapitalherabsetzung vorliege, nicht schlüssig. Es werde daher (primär) der Antrag auf Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses und auf meritorische Entscheidung über den Rekurs gestellt. Hat das Rekursgericht zu Unrecht einen Rekurs zurückgewiesen, kann der Oberste Gerichtshof im außerstreitigen Verfahren - zumindest in Fällen, in denen die Begründung des Zurückweisungsbeschlusses inhaltlich die sachlichen Abweisungsgründe umfasst (EvBl 1993/80 [345]) - selbst in der Sache entscheiden (SZ 71/158 mwN; 2 Ob 182/99z). Das Rekursgericht hat im Sinn des Paragraph 11, Absatz 2, AußStrG, von dessen Anwendbarkeit es infolge seiner irrtümlichen Annahme, der Rekurs sei verspätet, ausging, die Frage der Berechtigung des Eintragungsbegehrens auch inhaltlich eingehend geprüft. Der Revisionsrekurs nimmt zu dieser Frage ebenfalls Stellung: Es sei die Möglichkeit anzuerkennen, Bilanzen dem jeweiligen Zweck entsprechend zu erstellen. Der Hinweis, dass Werte, die nach den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften nicht auszuweisen seien, auch in einer aus Anlass einer Verschmelzung aufgestellten Schlussbilanz nichts verloren hätten, sei daher unzutreffend. Es müsse vielmehr der Zweck der Bilanz mitberücksichtigt werden. Es seien auch die Argumente des Rekursgerichtes, dass eine Kapitalherabsetzung vorliege, nicht schlüssig. Es werde daher (primär) der Antrag auf Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses und auf meritorische Entscheidung über den Rekurs gestellt.

Wie das Rekursgericht zutreffend darstellte, sind die §§ 96 Abs 2 GmbHG iVm§ 220 Abs 3 AktG bei einer Verschmelzung für die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft die Vorschriften des HGB über den Jahresabschluss sinngemäß anzuwenden (6 Ob 4/99b, SZ 72/172 = RdW 2000, 1 [Damböck/Hecht] = ecolex 2000, 121 [Georg Nowotny 116] = AnwBl 2001, 78 [Saurer] = GesRZ 2000, 25 = JBI 2000, 188 = NZ 2000, 225 [Fellner]). Damit ist klargestellt, dass nach den Bilanzierungsvorschriften nicht zu aktivierende Posten auch anlässlich eines Verschmelzungsvorganges nicht aktiviert werden dürfen. Auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichtes zum Aktivierungsverbot der "Rückstellungserklärungen" wird verwiesen. Auf die Frage des Aktivierungsverbotes betreffend den Firmenwert (vgl. hiezu 6 Ob 81/02h) kommt es hier infolge der relativen Geringfügigkeit dieses Betrages nicht entscheidend an. Die Bedenken des Erstgerichtes, dass die vorgelegten Bilanzen auf negative Verkehrswerte beider Gesellschaften hinweisen, konnten die antragstellenden Gesellschaften trotz wiederholter Aufforderung zur Aufklärung nicht entkräften. Der angestrebte Verschmelzungsvorgang würde dazu führen, dass eine Gesellschaft mit negativem Verkehrswert als übertragende Gesellschaft von einer Gesellschaft mit ebenfalls negativem Verkehrswert aufgenommen wird, die ein um die Hälfte niedrigeres Stammkapital als die übertragende Gesellschaft aufweist, ohne dass entsprechende Sicherstellungen für die Gläubiger der Gesellschaften vorgesehen wurden. Wie das Rekursgericht zutreffend darstellte, sind die Paragraphen 96, Absatz 2, GmbHG in Verbindung mit Paragraph 220, Absatz 3, AktG bei einer Verschmelzung für die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft die Vorschriften des HGB über den Jahresabschluss sinngemäß anzuwenden (6 Ob 4/99b, SZ 72/172 = RdW 2000, 1 [Damböck/Hecht] = ecolex 2000, 121

[Georg Nowotny 116] = AnwBI 2001, 78 [Saurer] = GesRZ 2000, 25 = JBI 2000, 188 = NZ 2000, 225 [Fellner]). Damit ist klargestellt, dass nach den Bilanzierungsvorschriften nicht zu aktivierende Posten auch anlässlich eines Verschmelzungsvorganges nicht aktiviert werden dürfen. Auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichtes zum Aktivierungsverbot der "Rückstehungserklärungen" wird verwiesen. Auf die Frage des Aktivierungsverbotes betreffend den Firmenwert vergleiche hiezu 6 Ob 81/02h) kommt es hier infolge der relativen Geringfügigkeit dieses Betrages nicht entscheidend an. Die Bedenken des Erstgerichtes, dass die vorgelegten Bilanzen auf negative Verkehrswerte beider Gesellschaften hinweisen, konnten die antragstellenden Gesellschaften trotz wiederholter Aufforderung zur Aufklärung nicht entkräften. Der angestrebte Verschmelzungsvorgang würde dazu führen, dass eine Gesellschaft mit negativem Verkehrswert als übertragende Gesellschaft von einer Gesellschaft mit ebenfalls negativem Verkehrswert aufgenommen wird, die ein um die Hälfte niedrigeres Stammkapital als die übertragende Gesellschaft aufweist, ohne dass entsprechende Sicherstellungen für die Gläubiger der Gesellschaften vorgesehen wurden.

In der Entscheidung 6 Ob 4/99b war zwar der Sonderfall der Zulässigkeit eines sogenannten down stream-mergers zu beurteilen. Die darin enthaltenen Ausführungen gelten jedoch jedenfalls insoweit für alle Verschmelzungsvorgänge, als die Gläubigerschutzbestimmungen der §§ 226 ff AktG keine abschließende Regelung darstellen und jene des § 52 AktG bzw § 82 GmbHG nicht derogieren (zust Saurer, AnwBI 2001, 78; Fellner, NZ 2000, 225). Ob die in der zitierten Entscheidung für die Zulässigkeit einer Verschmelzung down-stream geforderten Voraussetzungen, dass die übertragende Gesellschaft einen positiven Verkehrswert aufweisen müsse und dass bei niedrigerem Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft durchzuführen oder die Sicherstellung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf andere Weise zu gewährleisten sei (kritisch G. Nowotny, ecolex 2000, 116; Saurer, aaO; Damböck/Hecht, RdW 2000, 1), verallgemeinert werden kann, ist hier nicht weiter zu prüfen. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der vorgelegten Bilanzen und der Erklärungen der Gesellschaften davon auszugehen, dass auch die übernehmende Gesellschaft kein hinreichendes Aktivvermögen aufweist, um nach Durchführung der Verschmelzung die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft abzudecken (vgl Koppensteiner, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333, 340). Sie hat - im Gegenteil - nach ihrer letzten Bilanz vor Verschmelzung ein negatives Eigenkapital von 1.771.635,41 S, das durch den behaupteten "Umgründungsmehrwert" und die dort angeführten Positionen nicht neutralisiert wird. Die Verschmelzung kann die Gläubiger sowohl der übernehmenden als auch der übertragenden Gesellschaft gefährden. Die Gläubigergefährdung ist evident, wenn nicht nur die Vermögenslage der übertragenden Gesellschaft auf einen negativen Verkehrswert hinweist, sondern - wie hier - auf Grund der vorgelegten Bilanz der übernehmenden Gesellschaft nahe liegt, dass bei ihr eine Überschuldung besteht. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft behalten zwar auch nach der Verschmelzung ihren Schuldner, doch treten nunmehr neue Gläubiger der übertragenden Gesellschaft hinzu, mit denen die bisherigen Gläubiger konkurrieren. Dies kann zu einer Erhöhung des Risikos dieser Gläubiger führen, weil das im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergegangene Aktivvermögen der übertragenden Gesellschaft diese Schulden nicht abdeckt oder sogar überhaupt kein Aktivvermögen übertragen wird (6 Ob 121/00p). Wie G. Nowotny (ecolex 2000, 118) zutreffend formuliert, ist aus den Grundwerten der Gläubigerschutzregeln der §§ 226 ff AktG sowie aus der Überlegung, dass es dem Gesetzgeber nicht zusinnbar ist, Verschmelzungen zuzulassen, die zu einem insolvenzreifen Gebilde führen, abzuleiten, dass eine Verschmelzung unzulässig ist, wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet ist. Es kann nicht angenommen werden, dass ein Gesetz, dass sich konsequent um die Aufbringung eines dem Stammkapital entsprechenden Vermögens bemüht, gesellschaftsrechtliche Maßnahmen gestattet, die dazu führen, dass weniger Vermögen übrigbleibt, als es der Stammkapitalziffer entspricht. Die Verschmelzung ist daher unzulässig, wenn dies ihr Ergebnis ist (Koppensteiner aaO). In der Entscheidung 6 Ob 4/99b war zwar der Sonderfall der Zulässigkeit eines sogenannten down stream-mergers zu beurteilen. Die darin enthaltenen Ausführungen gelten jedoch jedenfalls insoweit für alle Verschmelzungsvorgänge, als die Gläubigerschutzbestimmungen der Paragraphen 226, ff AktG keine abschließende Regelung darstellen und jene des Paragraph 52, AktG bzw Paragraph 82, GmbHG nicht derogieren (zust Saurer, AnwBI 2001, 78; Fellner, NZ 2000, 225). Ob die in der zitierten Entscheidung für die Zulässigkeit einer Verschmelzung down-stream geforderten Voraussetzungen, dass die übertragende Gesellschaft einen positiven Verkehrswert aufweisen müsse und dass bei niedrigerem Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft durchzuführen oder die Sicherstellung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft auf andere Weise zu gewährleisten sei (kritisch G. Nowotny, ecolex 2000, 116; Saurer, aaO; Damböck/Hecht, RdW 2000, 1), verallgemeinert werden kann, ist hier nicht weiter zu prüfen. Im vorliegenden Fall ist

aufgrund der vorgelegten Bilanzen und der Erklärungen der Gesellschaften davon auszugehen, dass auch die übernehmende Gesellschaft kein hinreichendes Aktivvermögen aufweist, um nach Durchführung der Verschmelzung die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft abzudecken vergleiche Koppensteiner, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333, 340). Sie hat - im Gegenteil - nach ihrer letzten Bilanz vor Verschmelzung ein negatives Eigenkapital von 1.771.635,41 S, das durch den behaupteten "Umgründungsmehrwert" und die dort angeführten Positionen nicht neutralisiert wird. Die Verschmelzung kann die Gläubiger sowohl der übernehmenden als auch der übertragenden Gesellschaft gefährden. Die Gläubigergefährdung ist evident, wenn nicht nur die Vermögenslage der übertragenden Gesellschaft auf einen negativen Verkehrswert hinweist, sondern - wie hier - auf Grund der vorgelegten Bilanz der übernehmenden Gesellschaft naheliegt, dass bei ihr eine Überschuldung besteht. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft behalten zwar auch nach der Verschmelzung ihren Schuldner, doch treten nunmehr neue Gläubiger der übertragenden Gesellschaft hinzu, mit denen die bisherigen Gläubiger konkurrieren. Dies kann zu einer Erhöhung des Risikos dieser Gläubiger führen, weil das im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergegangene Aktivvermögen der übertragenden Gesellschaft diese Schulden nicht abdeckt oder sogar überhaupt kein Aktivvermögen übertragen wird (6 Ob 121/00p). Wie G. Nowotny (ecolex 2000, 118) zutreffend formuliert, ist aus den Grundwerten der Gläubigerschutzregeln der Paragraphen 226, ff AktG sowie aus der Überlegung, dass es dem Gesetzgeber nicht zusinnbar ist, Verschmelzungen zuzulassen, die zu einem insolvenzreifen Gebilde führen, abzuleiten, dass eine Verschmelzung unzulässig ist, wenn die fusionierte Gesellschaft überschuldet ist. Es kann nicht angenommen werden, dass ein Gesetz, dass sich konsequent um die Aufbringung eines dem Stammkapital entsprechenden Vermögens bemüht, gesellschaftsrechtliche Maßnahmen gestattet, die dazu führen, dass weniger Vermögen übrigbleibt, als es der Stammkapitalziffer entspricht. Die Verschmelzung ist daher unzulässig, wenn dies ihr Ergebnis ist (Koppensteiner aaO).

Die Bestimmungen des Umgründungssteuergesetzes haben zwar grundsätzlich nur für das Steuerrecht, nicht aber auch für die Beurteilung des Vorganges nach dem für das Firmenbuch maßgeblichen Handelsrecht Bedeutung. Eine Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes in steuerrechtlicher Hinsicht besteht nicht. Das Firmenbuchgericht hat aber zu prüfen, ob die begehrte Eintragung gegen zwingende handelsrechtliche Normen verstößt, insbesondere, ob der Gläubigerschutz beeinträchtigt erscheint (RIS-Justiz RS0115147; 6 Ob 5/01f). Die Gefahr der Gläubigerschutzverletzung wurde hier von den Vorinstanzen zutreffend erkannt. Das Eintragungsbegehren wurde daher zu Recht abgewiesen.

**Textnummer**

E70394

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0060OB00070.03T.0626.000

**Im RIS seit**

26.07.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

28.05.2014

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>