

TE OGH 1999/5/20 6Ob330/98t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.05.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Firmenbuchsache der zu FN 125.238z im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien eingetragen gewesenen P***** Gesellschaft mbH i.L. mit dem Sitz in Wien, wegen Bestellung eines Liquidators und wegen Eintragung eines Fortsetzungsbeschlusses, infolge des gemeinsam erhobenen Revisionsrekurses 1. der Gesellschaft, vertreten durch den Gesellschaftergeschäftsführer Dr. Franz J. S***** , 2. des Dr. Franz J. S***** a) als Gesellschafter, und b) als Geschäftsführer der Gesellschaft sowie 3. der Gesellschafterin Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH mit dem Sitz in Wien, diese vertreten durch Dr. Franz J. S***** , gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 12. November 1998, GZ 28 R 98/98g, 28 R 99/98d, womit I. infolge des gemeinsamen Rekurses des 1. Dr. Franz J. S***** und der 2. Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 3. April 1998, GZ 74 Fr 1610/97p-22, bestätigt wurde, und II. infolge Rekurses der 1. Gesellschaft, 2. des Dr. Franz J. S***** und 3. der Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH, alle vertreten durch Dr. Franz J. S***** , Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 24. April 1998, GZ 74 Fr 2636/98g-2, dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge gegeben, der Rekurs des Dr. Franz J. S***** und der Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH aber zurückzugewiesen wurde, denDer Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Firmenbuchsache der zu FN 125.238z im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien eingetragen gewesenen P***** Gesellschaft mbH i.L. mit dem Sitz in Wien, wegen Bestellung eines Liquidators und wegen Eintragung eines Fortsetzungsbeschlusses, infolge des gemeinsam erhobenen Revisionsrekurses 1. der Gesellschaft, vertreten durch den Gesellschaftergeschäftsführer Dr. Franz J. S***** , 2. des Dr. Franz J. S***** a) als Gesellschafter, und b) als Geschäftsführer der Gesellschaft sowie 3. der Gesellschafterin Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH mit dem Sitz in Wien, diese vertreten durch Dr. Franz J. S***** , gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 12. November 1998, GZ 28 R 98/98g, 28 R 99/98d, womit römisch eins. infolge des gemeinsamen Rekurses des 1. Dr. Franz J. S***** und der 2. Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 3. April 1998, GZ 74 Fr 1610/97p-22, bestätigt wurde, und römisch II. infolge Rekurses der 1. Gesellschaft, 2. des Dr. Franz J. S***** und 3. der Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH, alle vertreten durch Dr. Franz J. S***** , Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 24. April 1998, GZ 74 Fr 2636/98g-2, dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge gegeben, der Rekurs des Dr. Franz J. S***** und der Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH aber zurückzugewiesen wurde, den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

I. Hinsichtlich des den Beschluß des Erstgerichtes vom 3. 4. 1998 bestätigenden Beschlusses des Rekursgerichtes wird römisch eins. Hinsichtlich des den Beschluß des Erstgerichtes vom 3. 4. 1998 bestätigenden Beschlusses des Rekursgerichtes wird

1. dem Revisionsrekurs der Gesellschaft in Liquidation nicht Folge gegeben;
2. der Revisionsrekurs der beiden Gesellschafter und der Revisionsrekurs des Geschäftsführers zurückgewiesen;

II. hinsichtlich des Beschlusses des Rekursgerichtes über die Rekurse gegen den Beschluß des Erstgerichtes vom 24. 4. 1998 wird römisch II. hinsichtlich des Beschlusses des Rekursgerichtes über die Rekurse gegen den Beschluß des Erstgerichtes vom 24. 4. 1998 wird

1. dem Revisionsrekurs der Gesellschaft und dem Revisionsrekurs des Geschäftsführers nicht Folge gegeben;
2. der Revisionsrekurs der beiden Gesellschafter zurückgewiesen.

Text

Begründung:

Die P***** Gesellschaft mbH mit dem Sitz in Wien war zunächst unter HRB 11.299a und nach der Umstellung auf das Firmenbuch unter FN 125.238z im Firmenbuch des Erstgerichtes eingetragen. Gesellschafter waren und sind mit gleichem Beteiligungsgrad Dr. Franz J. S***** und die Dr. Franz J. S***** Gesellschaft mbH, deren geschäftsführender Alleingesellschafter Dr. Franz J. S***** ist. In der Generalversammlung vom 25. 2. 1994 beschlossen die Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung des bisherigen Geschäftsführers zum Liquidator. Diese Auflösung und der Firmenzusatz "i.L." sowie der Liquidator wurden am 1. 4. 1994 in das Firmenbuch eingetragen.

Am 16. März 1994 beantragte die Steuerbehörde die Löschung der Gesellschaft gemäß § 2 Abs 1 ALöschG, weil die Gesellschaft mitgeteilt habe, daß sie ihre Geschäftstätigkeit eingestellt habe. Der Liquidator gab dazu die Erklärung ab, daß die Gesellschaft über kein Vermögen verfüge und daß er keine Einwendungen gegen die beabsichtigte amtswegige Löschung habe. Am 16. März 1994 beantragte die Steuerbehörde die Löschung der Gesellschaft gemäß Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG, weil die Gesellschaft mitgeteilt habe, daß sie ihre Geschäftstätigkeit eingestellt habe. Der Liquidator gab dazu die Erklärung ab, daß die Gesellschaft über kein Vermögen verfüge und daß er keine Einwendungen gegen die beabsichtigte amtswegige Löschung habe.

Mit Beschluß des Firmenbuchgerichtes vom 12. 1. 1995 wurde die Löschung der Gesellschaft gemäß § 2 Abs 1 ALöschG verfügt. Die Löschung wurde am 13. 1. 1995 im Firmenbuch eingetragen. Zum Zeitpunkt der Löschung schien im Firmenbuch das Stammkapital der Gesellschaft von 500.000 S als zur Hälfte eingezahlt auf. Mit Beschluß des Firmenbuchgerichtes vom 12. 1. 1995 wurde die Löschung der Gesellschaft gemäß Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG verfügt. Die Löschung wurde am 13. 1. 1995 im Firmenbuch eingetragen. Zum Zeitpunkt der Löschung schien im Firmenbuch das Stammkapital der Gesellschaft von 500.000 S als zur Hälfte eingezahlt auf.

Gegen die Gesellschaft, den Gesellschafter Dr. Franz J. S***** und eine Dritte ist beim Handelsgericht Wien eine auf die Zahlung von 18,408.082,17 S gerichtete Klage anhängig, die von der Klägerin darauf gestützt wurde, daß die Beklagten unter Mißachtung eines Vorkaufsrechts der Klägerin sich einen unrechtmäßigen "Veräußerungsgewinn" von 14,000.000 S verschafft hätten. Die Klägerin beantragte beim Firmenbuchgericht die Bestellung eines Nachtragsliquidators. Die Gesellschaft verfüge über Vermögen. Zur Vermeidung von Vermögensverschiebungen durch den früheren Liquidator, gegen den strafgerichtliche Vorerhebungen anhängig seien, werde die Bestellung eines anderen Liquidators beantragt.

Die Gesellschafter der Gesellschaft äußerten sich zu diesem Antrag der Prozeßgegnerin dahin, daß aus dem von der Klägerin behaupteten Sachverhalt ein Vermögen der Gesellschaft nicht (mehr) resultiere.

Am 3. Dezember 1997 beschlossen die Gesellschafter in Form eines Notariatsaktes:

1. Die Gesellschafter anerkennen die Forderung der Gesellschaft auf die ausstehenden Stammeinlagen gegenüber den Gesellschaftern im Betrag von je 125.000 S und bestätigen hiemit ein Vermögen der Gesellschaft in Höhe von 250.000 S mit dem Hinweis darauf, daß diesem keine Verbindlichkeiten gegenüberstehen.
2. Die ausstehenden Einzahlungen auf die Stammeinlagen von je 125.000

S werden eingefordert. Hiezu erklären die Gesellschafter, daß sie je einen Betrag von 125.000 S auf ein Konto bei der Bank Austria Aktiengesellschaft lautend auf "P*****-Kapitaleinzahlung" einbezahlen, welches Konto zur freien Verfügung von Dr. Franz J. S***** in dessen Eigenschaft als Vertretungsorgan der Gesellschaft steht.

3. Die Reassumierung des Auflösungsbeschlusses vom 25. Februar 1994.
4. Die Fortsetzung der Gesellschaft, sodaß diese in das Stadium einer werbenden Gesellschaft tritt.
5. Die Erteilung der Entlastung des Dr. Franz J. S***** für seine Tätigkeit als Liquidator.
6. Die Enthebung des Dr. Franz J. S***** als Liquidator der Gesellschaft.
7. Die Änderung der Firma der Gesellschaft in P***** GmbH.
8. Die Bestellung des Dr. Franz J. S***** zum alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer der Gesellschaft.

Unter Vorlage dieses Notariatsaktes, einer Gesellschafterliste, einer notariell beglaubigten Firmenzeichnungserklärung des Geschäftsführers und der Belege für die Einzahlung der restlichen Stammeinlage beantragte Dr. Franz J. S***** als Liquidator-Geschäftsführer der Gesellschaft am 4. Dezember 1997 beim Firmenbuchgericht, folgende Eintragungen bei der Gesellschaft vorzunehmen:

1. Der Beschluß des Firmenbuchgerichtes vom 12. Jänner 1995, mit welchem die Löschung der Firma in das Firmenbuch eingetragen wurde, wird aufgehoben.
2. Mit Beschluß der Gesellschafter vom 3. Dezember 1997 wurde unter Reassumierung des Beschlusses über die Auflösung der Gesellschaft vom 25. Februar 1994 die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen.
3. Die Firma der Gesellschaft wurde geändert in: P***** GmbH.
4. Dr. Franz J. S***** wurde zum Geschäftsführer mit selbständiger Vertretungsbefugnis bestellt.

Am 4. Dezember 1997 beantragte die Gesellschaft durch Dr. Franz J. S***** unter Hinweis auf den vorstehenden Antrag die Einstellung des Verfahrens zur Bestellung eines Nachtragsliquidators.

Mit Beschluß vom 3. 4. 1998 bestellte das Firmenbuchgericht Dr. Johannes Peter G***** zum alleinvertretungsbefugten Liquidator der Gesellschaft gemäß § 2 Abs 3 ALöschG. Das Erstgericht nahm als bescheinigtes Vermögen der Gesellschaft einen Geschäftsanteil der Gesellschaft an einem Unternehmen, einen allfälligen Veräußerungsgewinn aus dem Erwerb eines Geschäftsanteils in der Höhe von 14,000.000 S, einen Prozeßkostenanspruch aus einem anhängigen Zivilprozeß und die Forderung auf das restliche, nur zur Hälfte eingezahlte Stammkapital gegen die Gesellschafter an. Die Voraussetzungen für die Ernennung eines Liquidators gemäß § 2 Abs 3 ALöschG seien gegeben. Gläubiger der Gesellschaft seien Beteiligte des Verfahrens und antragsberechtigt. Im Falle der Amtslöschung ende das Amt des Geschäftsführers. Die Gesellschaft habe kein vertretungsbefugtes Organ. Im Hinblick auf die anhängigen zivilrechtlichen Auseinandersetzungen sei die Bestellung eines "gesellschaftsfremden" Liquidators angebracht. Mit Beschluß vom 3. 4. 1998 bestellte das Firmenbuchgericht Dr. Johannes Peter G***** zum alleinvertretungsbefugten Liquidator der Gesellschaft gemäß Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG. Das Erstgericht nahm als bescheinigtes Vermögen der Gesellschaft einen Geschäftsanteil der Gesellschaft an einem Unternehmen, einen allfälligen Veräußerungsgewinn aus dem Erwerb eines Geschäftsanteils in der Höhe von 14,000.000 S, einen Prozeßkostenanspruch aus einem anhängigen Zivilprozeß und die Forderung auf das restliche, nur zur Hälfte eingezahlte Stammkapital gegen die Gesellschafter an. Die Voraussetzungen für die Ernennung eines Liquidators gemäß Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG seien gegeben. Gläubiger der Gesellschaft seien Beteiligte des Verfahrens und antragsberechtigt. Im Falle der Amtslöschung ende das Amt des Geschäftsführers. Die Gesellschaft habe kein vertretungsbefugtes Organ. Im Hinblick auf die anhängigen zivilrechtlichen Auseinandersetzungen sei die Bestellung eines "gesellschaftsfremden" Liquidators angebracht.

Mit dem weiteren Beschluß vom 24. 4. 1998 wies das Erstgericht den Antrag auf Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft sowie des Dr. Franz J. S***** als Geschäftsführer ab. Eine Fortsetzung der Gesellschaft könne nicht mehr wirksam beschlossen werden. Ein nach der Löschung der Gesellschaft hervorkommendes Vermögen sei im Wege der Nachtragsliquidation zu verteilen.

Das Rekursgericht gab 1. dem Rekurs der Gesellschafter gegen den Beschluß vom 3. 4. 1998 nicht Folge und entschied 2. über den Rekurs gegen den Beschluß vom 24. 4. 1998 dahin, daß dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge gegeben, die Rekurse des Geschäftsführers und der Gesellschafter aber mangels Rekurslegitimation zurückgewiesen wurden.

Das Rekursgericht führte in rechtlicher Hinsicht zur Rekurslegitimation aus, daß im Verfahren über die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses die Gesellschaft, vertreten durch den neu bestellten Geschäftsführer rekurslegitimiert sei, nicht aber der Geschäftsführer, der frühere Geschäftsführer oder der frühere Liquidator. Nicht legitimiert sei auch der Gesellschafter.

In der Sache selbst führte das Rekursgericht rechtlich im wesentlichen folgendes aus:

Bei der Löschung einer Gesellschaft mbH wegen Vermögenslosigkeit nach § 2 Abs 1 ALöschG finde eine Liquidation nicht statt. Die Gesellschaft gelte mit der Löschung als aufgelöst. Wenn Vermögen vorhanden sei, so bestehe die Gesellschaft trotz der Löschung weiter. Wenn kein Vermögen vorhanden sei, ende die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft mit ihrer Löschung. Die Löschung bewirke den Wegfall der Vertretungsmacht der bisherigen Geschäftsführer oder Liquidatoren. Wenn sich nach der Löschung Vermögen der Gesellschaft mbH herausstelle, seien Liquidatoren vom Gericht zu ernennen. Hier hätte die Gesellschaft zur Zeit ihrer Löschung ein der Verteilung unterliegendes Vermögen, nämlich jedenfalls die Ansprüche gegen ihre Gesellschafter auf Zahlung der restlichen Stammeinlagen gehabt. Zweite Voraussetzung der gerichtlichen Ernennung von Liquidatoren sei ein Antrag eines Beteiligten. Gesellschaftsgläubiger seien antragslegitimiert. Bei der Löschung einer Gesellschaft mbH wegen Vermögenslosigkeit nach Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG finde eine Liquidation nicht statt. Die Gesellschaft gelte mit der Löschung als aufgelöst. Wenn Vermögen vorhanden sei, so bestehe die Gesellschaft trotz der Löschung weiter. Wenn kein Vermögen vorhanden sei, ende die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft mit ihrer Löschung. Die Löschung bewirke den Wegfall der Vertretungsmacht der bisherigen Geschäftsführer oder Liquidatoren. Wenn sich nach der Löschung Vermögen der Gesellschaft mbH herausstelle, seien Liquidatoren vom Gericht zu ernennen. Hier hätte die Gesellschaft zur Zeit ihrer Löschung ein der Verteilung unterliegendes Vermögen, nämlich jedenfalls die Ansprüche gegen ihre Gesellschafter auf Zahlung der restlichen Stammeinlagen gehabt. Zweite Voraussetzung der gerichtlichen Ernennung von Liquidatoren sei ein Antrag eines Beteiligten. Gesellschaftsgläubiger seien antragslegitimiert.

Für den Wiedereintritt der schon gelöschten, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft mbH in das werbende Stadium komme das amtswegige Lösungsverfahren zur Beseitigung der Löschung der Gesellschaft gemäß 10 Abs 2 FBG nicht in Frage. Bei Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen habe es zwar an der wesentlichen Voraussetzung der Löschung, nämlich der Vermögenslosigkeit, gefehlt. Die Löschung sei aber nicht einfach gegenstandslos, weil für diesen Fall § 2 Abs 3 ALöschG die Liquidation vorsehe. In der deutschen und österreichischen Lehre sei es strittig, ob und unter welchen Voraussetzungen die Fortsetzung einer nach § 2 Abs 1 ALöschG gelöschten, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft mbH möglich sei. Oberstgerichtliche Judikatur dazu liege nicht vor. Das Rekursgericht trete der Meinung bei, wonach die Fortsetzungsmöglichkeit verneint werde, auch wenn sich nachträglich Vermögen herausgestellt habe. Für diese Auffassung spreche der Bereinigungszweck des Löschungsgesetzes. Mit der Löschung werde der Öffentlichkeit gegenüber die Beendigung der Gesellschaft (als vermutet) angezeigt. Die Organisation der Gesellschaft sei offensichtlich so ungenügend gewesen, daß die Amtslöschung nicht habe verhindert werden können. Wer trotz vieler Abwendungsmöglichkeiten zusehe, daß die Gesellschaft gelöscht werde, solle eine neue gründen. Bei Bejahung der Fortsetzungsmöglichkeit stelle sich die Frage, wielange nach der Löschung ein Fortsetzungsbeschluß noch möglich sei. Hier sei die Fortsetzung erst beinahe drei Jahre nach der Löschung beschlossen worden. Die Rechtsklarheit verbiete die Zulässigkeit der Fortsetzung nach einem so langen Zeitraum. Für den Wiedereintritt der schon gelöschten, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft mbH in das werbende Stadium komme das amtswegige Lösungsverfahren zur Beseitigung der Löschung der Gesellschaft gemäß 10 Absatz 2, FBG nicht in Frage. Bei Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen habe es zwar an der wesentlichen Voraussetzung der Löschung, nämlich der Vermögenslosigkeit, gefehlt. Die Löschung sei aber nicht einfach gegenstandslos, weil für diesen Fall Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG die Liquidation vorsehe. In der deutschen und österreichischen Lehre sei es strittig, ob und unter welchen Voraussetzungen die Fortsetzung einer nach Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG gelöschten, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft mbH möglich sei. Oberstgerichtliche Judikatur dazu liege nicht vor. Das Rekursgericht trete der Meinung bei, wonach die Fortsetzungsmöglichkeit verneint werde, auch wenn sich nachträglich Vermögen herausgestellt habe. Für diese Auffassung spreche der Bereinigungszweck des Löschungsgesetzes. Mit der Löschung werde der Öffentlichkeit gegenüber die Beendigung der Gesellschaft (als vermutet) angezeigt. Die Organisation der

Gesellschaft sei offensichtlich so ungenügend gewesen, daß die Amtslöschung nicht habe verhindert werden können. Wer trotz vieler Abwendungsmöglichkeiten zusehe, daß die Gesellschaft gelöscht werde, solle eine neue gründen. Bei Bejahung der Fortsetzungsmöglichkeit stelle sich die Frage, wie lange nach der Löschung ein Fortsetzungsbeschluß noch möglich sei. Hier sei die Fortsetzung erst beinahe drei Jahre nach der Löschung beschlossen worden. Die Rechtsklarheit verbiete die Zulässigkeit der Fortsetzung nach einem so langen Zeitraum.

Die Voraussetzungen für die Ernennung eines Liquidators durch das Gericht gemäß § 2 Abs 3 ALöschG seien gegeben. Gegen die vom Erstgericht bestellte Person des Liquidators sei im Rekurs der Gesellschafter nichts vorgetragen worden. Die Voraussetzungen für die Ernennung eines Liquidators durch das Gericht gemäß Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG seien gegeben. Gegen die vom Erstgericht bestellte Person des Liquidators sei im Rekurs der Gesellschafter nichts vorgetragen worden.

Das Rekursgericht sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs jeweils zulässig sei. Zur gestellten Frage der Fortsetzungsmöglichkeit einer nach § 2 Abs 1 ALöschG gelöschten Gesellschaft mbH fehle eine oberstgerichtliche Rechtsprechung. Das Rekursgericht sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs jeweils zulässig sei. Zur gestellten Frage der Fortsetzungsmöglichkeit einer nach Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG gelöschten Gesellschaft mbH fehle eine oberstgerichtliche Rechtsprechung.

Mit ihrem gemeinsam eingebrachten ordentlichen Revisionsrekurs beantragen die Gesellschaft, der Geschäftsführer (im eigenen Namen und als Mitgesellschafter) und die zweite Gesellschafterin die Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen; dem Firmenbuchgericht möge aufgetragen werden, den Gesellschafterbeschuß vom 3. 12. 1997 im Firmenbuch einzutragen; hilfsweise wird die Abänderung dahin beantragt, daß dem Eintragungsgesuch aufgrund des Gesellschafterbeschlusses vom 3. 12. 1997 stattgegeben und die Eintragung verfügt werde.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der Gesellschaft ist nicht berechtigt.

Der Revisionsrekurs des Geschäftsführers ist teilweise unzulässig, teilweise nicht berechtigt.

Der Revisionsrekurs der Gesellschafter ist unzulässig.

Zur Rekurslegitimation der einschreitenden Revisionsrekurswerber:

Die Anfechtungsbefugnis der Gesellschaft im Eintragungsverfahren ist nicht zu bezweifeln. Auch die Vertretungsbefugnis des für sie einschreitenden Geschäftsführers ist zu bejahen. Wohl endete seine Funktion als Liquidator mit der Eintragung der Löschung der Gesellschaft (was noch näher auszuführen sein wird). Die Gesellschaft wurde durch diese Löschung aber noch nicht voll beendet, ist also als Rechtsperson nicht untergegangen (was ebenfalls noch zu erläutern sein wird). Im Verfahren bis zur Beendigung der Liquidation nach § 2 Abs 3 ALöschG, in dem auch die Frage der Zulässigkeit eines Fortsetzungsbeschlusses zu klären ist, wird die Gesellschaft durch den von ihr mit dem Fortsetzungsbeschluß installierten Geschäftsführer vertreten. Die vom Rekursgericht angenommene Vergleichbarkeit zur Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Eintragungsverfahren bei einer Neugründung ist gegeben. Die Anfechtungsbefugnis der Gesellschaft im Eintragungsverfahren ist nicht zu bezweifeln. Auch die Vertretungsbefugnis des für sie einschreitenden Geschäftsführers ist zu bejahen. Wohl endete seine Funktion als Liquidator mit der Eintragung der Löschung der Gesellschaft (was noch näher auszuführen sein wird). Die Gesellschaft wurde durch diese Löschung aber noch nicht voll beendet, ist also als Rechtsperson nicht untergegangen (was ebenfalls noch zu erläutern sein wird). Im Verfahren bis zur Beendigung der Liquidation nach Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG, in dem auch die Frage der Zulässigkeit eines Fortsetzungsbeschlusses zu klären ist, wird die Gesellschaft durch den von ihr mit dem Fortsetzungsbeschluß installierten Geschäftsführer vertreten. Die vom Rekursgericht angenommene Vergleichbarkeit zur Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Eintragungsverfahren bei einer Neugründung ist gegeben.

Hingegen wurde die Einschreibungsbefugnis der Gesellschafter zu Recht verneint:

Die Bestimmungen der §§ 1 bis 9 AußStrG gelten auch in Firmenbuchsachen. Die Zulässigkeit der Anfechtung von Verfügungen des Firmenbuchgerichtes ist nach § 9 leg cit zu prüfen. Ein Rekursrecht gegen Eintragungsbeschlüsse ist nur bei Verletzung subjektiver Rechte zu bejahen (SZ 68/185; 6 Ob 168/98v mwN). Einem Gesellschafter einer Gesellschaft mbH kommt gegen einen nur die Gesellschaft betreffenden Beschluß des Firmenbuchgerichtes nur dann Rechtsmittelbefugnis zu, wenn damit die firmenbuchrechtliche Rechtssphäre des Gesellschafters berührt wird, etwa

weil es im Sinne des § 5 Z 6 FBG um die Eintragung oder Nichteintragung des Gesellschafters geht (SZ 59/172 uva). Die Beeinträchtigung bloß wirtschaftlicher Interessen begründet kein rechtliches Interesse an der Vornahme oder Beseitigung einer Eintragung (6 Ob 168/98v mwN). An der Vermeidung der Liquidation nach § 2 Abs 3 ALöschG und der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschaft im Firmenbuch haben die rekurrierenden Gesellschafter zwar ein offenkundiges wirtschaftliches Interesse, eine eigene firmenbuchrechtliche Position wird dadurch aber nicht berührt. Die Rekurslegitimation der Gesellschafter ist zu verneinen. Ihr Revisionsrekurs ist jedoch nicht schon aufgrund mangelnder Beteiligtenstellung jedenfalls (absolut) unzulässig, weil es im Rekursverfahren gerade um die Beteiligtenstellung geht und bei einem solchen Verfahrensgegenstand ein weiterer Rekurs an den Obersten Gerichtshof bei Vorliegen erheblicher Rechtsfragen möglich ist. Solche Rechtsfragen liegen hier allerdings nicht vor, weil die Rekurslegitimation der Gesellschafter vom Rekursgericht im Einklang mit der oberstgerichtlichen Judikatur verneint wurde. Die Bestimmungen der Paragraphen eins bis 9 AußStrG gelten auch in Firmenbuchsachen. Die Zulässigkeit der Anfechtung von Verfügungen des Firmenbuchgerichtes ist nach Paragraph 9, leg cit zu prüfen. Ein Rekursrecht gegen Eintragungsbeschlüsse ist nur bei Verletzung subjektiver Rechte zu bejahen (SZ 68/185; 6 Ob 168/98v mwN). Einem Gesellschafter einer Gesellschaft mbH kommt gegen einen nur die Gesellschaft betreffenden Beschluß des Firmenbuchgerichtes nur dann Rechtsmittelbefugnis zu, wenn damit die firmenbuchrechtliche Rechtssphäre des Gesellschafters berührt wird, etwa weil es im Sinne des Paragraph 5, Ziffer 6, FBG um die Eintragung oder Nichteintragung des Gesellschafters geht (SZ 59/172 uva). Die Beeinträchtigung bloß wirtschaftlicher Interessen begründet kein rechtliches Interesse an der Vornahme oder Beseitigung einer Eintragung (6 Ob 168/98v mwN). An der Vermeidung der Liquidation nach Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG und der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschaft im Firmenbuch haben die rekurrierenden Gesellschafter zwar ein offenkundiges wirtschaftliches Interesse, eine eigene firmenbuchrechtliche Position wird dadurch aber nicht berührt. Die Rekurslegitimation der Gesellschafter ist zu verneinen. Ihr Revisionsrekurs ist jedoch nicht schon aufgrund mangelnder Beteiligtenstellung jedenfalls (absolut) unzulässig, weil es im Rekursverfahren gerade um die Beteiligtenstellung geht und bei einem solchen Verfahrensgegenstand ein weiterer Rekurs an den Obersten Gerichtshof bei Vorliegen erheblicher Rechtsfragen möglich ist. Solche Rechtsfragen liegen hier allerdings nicht vor, weil die Rekurslegitimation der Gesellschafter vom Rekursgericht im Einklang mit der oberstgerichtlichen Judikatur verneint wurde.

Zur Legitimation des Geschäftsführers zur Rekurerhebung im eigenen Namen:

Ein selbständiges Rekursrecht des Geschäftsführers wird nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung im Firmenbuchverfahren (früher Handelsregisterverfahren) bejaht, wenn es um die Eintragung von Verhältnissen der Gesellschaft geht, die der Geschäftsführer in persönlicher Verpflichtung (vgl §§ 17, 26, 51 ua GmbHG) anzumelden hat (SZ 52/41; NZ 1989, 268 mwN; SZ 70/151). Dies trifft hier auf den Teil der Sachentscheidung zu, die über das Eintragungsgesuch der Gesellschaft ergangen ist. Hingegen ist die Einschreibungsbeugnis des Geschäftsführers im eigenen Namen gegen die gerichtliche Bestellung eines Liquidators zu verneinen. Diese Bestellung greift nicht in die eigene Rechtsposition des Geschäftsführers ein und betrifft nur die Rechtssphäre der Gesellschaft. Ein selbständiges Rekursrecht des Geschäftsführers wird nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung im Firmenbuchverfahren (früher Handelsregisterverfahren) bejaht, wenn es um die Eintragung von Verhältnissen der Gesellschaft geht, die der Geschäftsführer in persönlicher Verpflichtung vergleiche Paragraphen 17,, 26, 51 ua GmbHG) anzumelden hat (SZ 52/41; NZ 1989, 268 mwN; SZ 70/151). Dies trifft hier auf den Teil der Sachentscheidung zu, die über das Eintragungsgesuch der Gesellschaft ergangen ist. Hingegen ist die Einschreibungsbeugnis des Geschäftsführers im eigenen Namen gegen die gerichtliche Bestellung eines Liquidators zu verneinen. Diese Bestellung greift nicht in die eigene Rechtsposition des Geschäftsführers ein und betrifft nur die Rechtssphäre der Gesellschaft.

In der Sache selbst ist folgendes auszuführen:

Bei der wegen Vermögenslosigkeit auf Antrag der Berufsvertretung oder der Steuerbehörde oder der von Amts wegen erfolgten Löschung einer Kapitalgesellschaft gilt die Gesellschaft als aufgelöst (§ 2 Abs 1 ALöschG). Wenn sich nach der Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch Vermögen der Gesellschaft herausstellt, findet die Liquidation statt (§ 2 Abs 3 leg cit). Es ist dem Revisionsrekurswerber zuzustimmen, daß die Eintragung der Löschung im Firmenbuch nur deklarative Wirkung hat (SZ 58/168; SZ 64/134; zuletzt 9 ObA 17/98k). Die Vollbeendigung der Gesellschaft, also der Verlust der Rechtspersönlichkeit, tritt nach herrschender Meinung nur ein, wenn neben der Löschung im Firmenbuch auch die materielle Voraussetzung der Vermögenslosigkeit gegeben ist. Wenn noch liquides Aktivvermögen der Gesellschaft vorhanden ist, bleibt die Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Firmenbuch aufrecht. Während eines

anhängigen Zivilprozesses geht die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft selbst bei völliger Vermögenslosigkeit nicht unter, was mit dem besonderen Rechtsschutzbedürfnis des Prozeßgegners begründet wird (verstärkter Senat 8 ObA 2344/96 = teilweise veröffentlicht in ecolex 1999/75). Bei der wegen Vermögenslosigkeit auf Antrag der Berufsvertretung oder der Steuerbehörde oder der von Amts wegen erfolgten Löschung einer Kapitalgesellschaft gilt die Gesellschaft als aufgelöst (Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG). Wenn sich nach der Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch Vermögen der Gesellschaft herausstellt, findet die Liquidation statt (Paragraph 2, Absatz 3, leg cit). Es ist dem Revisionsrekurswerber zuzustimmen, daß die Eintragung der Löschung im Firmenbuch nur deklarative Wirkung hat (SZ 58/168; SZ 64/134; zuletzt 9 ObA 17/98k). Die Vollbeendigung der Gesellschaft, also der Verlust der Rechtspersönlichkeit, tritt nach herrschender Meinung nur ein, wenn neben der Löschung im Firmenbuch auch die materielle Voraussetzung der Vermögenslosigkeit gegeben ist. Wenn noch liquides Aktivvermögen der Gesellschaft vorhanden ist, bleibt die Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Firmenbuch aufrecht. Während eines anhängigen Zivilprozesses geht die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft selbst bei völliger Vermögenslosigkeit nicht unter, was mit dem besonderen Rechtsschutzbedürfnis des Prozeßgegners begründet wird (verstärkter Senat 8 ObA 2344/96 = teilweise veröffentlicht in ecolex 1999/75).

Bei Hervorkommen von Vermögen ist eine Nachtragsliquidation durchzuführen, und zwar nach § 93 GmbHG bei einer nach § 84 leg cit erfolgten Auflösung der Gesellschaft sowie nach § 2 Abs 3 ALöschG bei der Auflösung nach Abs 1 leg cit. Bei einigen Auflösungsgründen wird in der Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich die Möglichkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft infolge Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschafter auch im Bereich der Gesellschaft mbH in Analogie zu den im Aktiengesetz normierten Fortsetzungsfällen (§ 215 AktG) bejaht. Die Rekurswerber streben diese Analogie auch hier an und verweisen darauf, daß es den Gesellschaftern unbenommen sei, ihren Auflösungsbeschuß durch contrarius actus (Reassumierungsbeschuß) rückgängig zu machen und die Gesellschaft mit Fortsetzungsbeschuß zu reaktivieren, also die ehemals in Liquidation befindliche Gesellschaft in eine verbende zurückzuführen. Dieser Ansicht könnte durchaus zugestimmt werden, wenn es hier darum ginge, den nach § 84 Abs 1 Z 2 GmbHG gefaßten Auflösungsbeschuß rückgängig zu machen, wie dies bei einem Auflösungsbeschuß der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft dann möglich ist, wenn noch nicht mit der Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre begonnen worden war (§ 215 Abs 1 AktG). Hier geht es aber nicht nur um die Auflösung aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses, sondern auch um die zeitlich nachgelagerte Auflösung als gesetzliche Folge des Lösungsbeschlusses nach § 2 Abs 1 ALöschG. Entscheidend ist die vom Rekursgericht zutreffend behandelte Frage, ob auch in einem solchen Fall die Fortsetzung der gelöschten, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft mbH möglich oder aber zwingend die Nachtragsliquidation durchzuführen ist. Das Rekursgericht hat dazu gegensätzliche Lehrmeinungen aus Österreich und Deutschland (die Rechtslage zum gestellten Problem ist identisch) zitiert und sich der Begründung von Rasner (in Rowedder, GmbHG Rz 19 Anh nach § 60) angeschlossen, der die Auffassung vertritt, daß die Fortsetzung einer erloschenen, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft nicht in Frage komme und hierfür Gründe der "Rechtsklarheit und der Kontrolle" ins Treffen führt. An anderer Stelle betont Rasner, daß die Löschung der Gesellschaft ein deutliches Schlußzeichen setze, die zwar eine Nachtragsliquidation nicht aber eine Fortsetzung der Gesellschaft zulasse. Dies müsse auch für die vermutete Vermögenslosigkeit gemäß § 2 Abs 1 Satz 2 LöschG gelten. Wer so wenig Interesse und Aktivität zeige, daß die Löschung erfolgen könne, solle nicht wieder mit der gleichen Gesellschaft in das Geschäftsleben eintreten (Rasner aaO Rz 54 zu § 60). Bei Hervorkommen von Vermögen ist eine Nachtragsliquidation durchzuführen, und zwar nach Paragraph 93, GmbHG bei einer nach Paragraph 84, leg cit erfolgten Auflösung der Gesellschaft sowie nach Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG bei der Auflösung nach Absatz eins, leg cit. Bei einigen Auflösungsgründen wird in der Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich die Möglichkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft infolge Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschafter auch im Bereich der Gesellschaft mbH in Analogie zu den im Aktiengesetz normierten Fortsetzungsfällen (Paragraph 215, AktG) bejaht. Die Rekurswerber streben diese Analogie auch hier an und verweisen darauf, daß es den Gesellschaftern unbenommen sei, ihren Auflösungsbeschuß durch contrarius actus (Reassumierungsbeschuß) rückgängig zu machen und die Gesellschaft mit Fortsetzungsbeschuß zu reaktivieren, also die ehemals in Liquidation befindliche Gesellschaft in eine verbende zurückzuführen. Dieser Ansicht könnte durchaus zugestimmt werden, wenn es hier darum ginge, den nach Paragraph 84, Absatz eins, Ziffer 2, GmbHG gefaßten Auflösungsbeschuß rückgängig zu machen, wie dies bei einem Auflösungsbeschuß der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft dann möglich ist, wenn noch nicht mit der Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre begonnen worden war (Paragraph 215, Absatz eins, AktG). Hier geht es aber nicht nur um die Auflösung aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses, sondern auch um

die zeitlich nachgelagerte Auflösung als gesetzliche Folge des Lösungsbeschlusses nach Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG. Entscheidend ist die vom Rekursgericht zutreffend behandelte Frage, ob auch in einem solchen Fall die Fortsetzung der gelöschten, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft mbH möglich oder aber zwingend die Nachtragsliquidation durchzuführen ist. Das Rekursgericht hat dazu gegensätzliche Lehrmeinungen aus Österreich und Deutschland (die Rechtslage zum gestellten Problem ist identisch) zitiert und sich der Begründung von Rasner (in Rowedder, GmbHG Rz 19 Anh nach Paragraph 60,) angeschlossen, der die Auffassung vertritt, daß die Fortsetzung einer erloschenen, aber nicht vermögenslosen Gesellschaft nicht in Frage komme und hierfür Gründe der "Rechtsklarheit und der Kontrolle" ins Treffen führt. An anderer Stelle betont Rasner, daß die Löschung der Gesellschaft ein deutliches Schlußzeichen setze, die zwar eine Nachtragsliquidation nicht aber eine Fortsetzung der Gesellschaft zulasse. Dies müsse auch für die vermutete Vermögenslosigkeit gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Satz 2 LöschG gelten. Wer so wenig Interesse und Aktivität zeige, daß die Löschung erfolgen könne, solle nicht wieder mit der gleichen Gesellschaft in das Geschäftsleben eintreten (Rasner aaO Rz 54 zu Paragraph 60,).

Im Ergebnis wird auch in Hachenburg, GmbHG8 die Fortsetzung durch Beschluß der Gesellschafter verneint, selbst wenn die Gesellschaft im Lösungszeitpunkt über Vermögen verfügt habe. Dies ergebe sich aus dem Normzweck des § 2 ALöschG und aus der mit der Löschung verbundenen Umwandlung der Gesellschaft in eine Gesamthand der Gesellschafter (letzte Ansicht vertritt ein Teil der deutschen Lehre). Im Ergebnis wird auch in Hachenburg, GmbHG8 die Fortsetzung durch Beschluß der Gesellschafter verneint, selbst wenn die Gesellschaft im Lösungszeitpunkt über Vermögen verfügt habe. Dies ergebe sich aus dem Normzweck des Paragraph 2, ALöschG und aus der mit der Löschung verbundenen Umwandlung der Gesellschaft in eine Gesamthand der Gesellschafter (letzte Ansicht vertritt ein Teil der deutschen Lehre).

In Mayer-Landrut/Miller/Niehus, GmbH-Gesetz (Rz 29 zu § 60) wird nur kurz ausgeführt, daß für einen Fortsetzungsbeschluß aus Rechtsgründen kein Raum sei, und zwar auch dann nicht, wenn die Löschung erfolge, obwohl noch Vermögen vorhanden sei. Diese Ansicht wird allerdings einleitend auf den Umstand der Vollbeendigung der Gesellschaft infolge der Löschung gestützt. Der Autor zitiert für seine Ansicht eine in RGZ 156, 23 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichtes, in der es ua heißt, daß ein Wiederaufleben einer solchen Gesellschaft, die sich schon durch ihren äußeren Zustand als erloschen darstelle, rechtlich unmöglich sei. § 2 Abs 3 des Lösungsgesetzes sei dahin auszulegen, daß nach der Löschung wegen Vermögenslosigkeit nur noch die dort vorgesehenen Abwicklungshandlungen vorzunehmen seien. Unter Hinweis auf diese Entscheidung lehnt auch Hüffer in Hüffer, AktG2 Rz 6 zu § 274 dAktG die Fortsetzung einer wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Aktiengesellschaft ohne weitere Begründung ab. In Mayer-Landrut/Miller/Niehus, GmbH-Gesetz (Rz 29 zu Paragraph 60,) wird nur kurz ausgeführt, daß für einen Fortsetzungsbeschluß aus Rechtsgründen kein Raum sei, und zwar auch dann nicht, wenn die Löschung erfolge, obwohl noch Vermögen vorhanden sei. Diese Ansicht wird allerdings einleitend auf den Umstand der Vollbeendigung der Gesellschaft infolge der Löschung gestützt. Der Autor zitiert für seine Ansicht eine in RGZ 156, 23 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichtes, in der es ua heißt, daß ein Wiederaufleben einer solchen Gesellschaft, die sich schon durch ihren äußeren Zustand als erloschen darstelle, rechtlich unmöglich sei. Paragraph 2, Absatz 3, des Lösungsgesetzes sei dahin auszulegen, daß nach der Löschung wegen Vermögenslosigkeit nur noch die dort vorgesehenen Abwicklungshandlungen vorzunehmen seien. Unter Hinweis auf diese Entscheidung lehnt auch Hüffer in Hüffer, AktG2 Rz 6 zu Paragraph 274, dAktG die Fortsetzung einer wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Aktiengesellschaft ohne weitere Begründung ab.

In Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz erläutert Hüffer seine ablehnende Haltung näher: Aufgrund der Fiktion des § 2 Abs 1 Satz 1 zweiter Halbsatz Lösungsg seien nur noch die Abwicklungshandlungen vorzunehmen, die sich jetzt als erforderlich erwiesen. Die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister bewirke nach richtiger Ansicht den Untergang als juristische Person. Damit sei die Basis für die Fortsetzung als bloße Zweckänderung entfallen. Die unternehmerische Tätigkeit könne nur noch im Wege einer Neugründung wieder aufgenommen werden, es sei denn, es lägen die Voraussetzungen einer rückwirkenden Amtslöschung (der Löschung) vor. Dies sei nur bei gravierenden Verfahrensfehlern und nicht schon bei irrtümlicher Bejahung der Vermögenslosigkeit der Fall. Hüffer vertritt diese Rechtsansicht nicht nur für den Bereich der AG, sondern auch für die GmbH (Hüffer aaO Rz 17). In Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz erläutert Hüffer seine ablehnende Haltung näher: Aufgrund der Fiktion des Paragraph 2, Absatz eins, Satz 1 zweiter Halbsatz Lösungsg seien nur noch die Abwicklungshandlungen vorzunehmen, die sich jetzt als erforderlich erwiesen. Die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister bewirke nach

richtiger Ansicht den Untergang als juristische Person. Damit sei die Basis für die Fortsetzung als bloße Zweckänderung entfallen. Die unternehmerische Tätigkeit könne nur noch im Wege einer Neugründung wieder aufgenommen werden, es sei denn, es lägen die Voraussetzungen einer rückwirkenden Amtslöschung (der Löschung) vor. Dies sei nur bei gravierenden Verfahrensfehlern und nicht schon bei irrtümlicher Bejahung der Vermögenslosigkeit der Fall. Hüffer vertritt diese Rechtsansicht nicht nur für den Bereich der AG, sondern auch für die GmbH (Hüffer aaO Rz 17).

Schon an dieser Stelle ist kurz darauf zu verweisen, daß die Begründung Hüffers für den österreichischen Rechtsbereich nur dann erörterungsbedürftig und tragfähig sein könnte, wenn man die Auffassung von der bloß deklarativen Wirkung der Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch aufgeben wollte, was eine vom erkennenden Senat aber nicht beabsichtigte Judikaturänderung bedeutete.

In der deutschen Lehre gibt es auch Befürworter einer Fortsetzungsmöglichkeit. Von diesen sind hervorzuheben:

Karsten Schmidt bejaht die Fortsetzungsmöglichkeit in den Fällen, in denen irrig die Vermögenslosigkeit angenommen und deshalb die Löschung verfügt worden war. Erkennbar verlangt dieser Autor keine besonderen Kapitalnachweise als Voraussetzung der Fortsetzung (Karsten Schmidt in Scholz, GmbHG8 Rz 24 Anh 60 mN der gegenteiligen Lehrmeinungen). Die Möglichkeit der Fortsetzung einer als vermögenslos gelöschten, tatsächlich aber nicht vermögenslosen Gesellschaft wird auch in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz14 Rz 35 zu § 60 bejaht. Karsten Schmidt bejaht die Fortsetzungsmöglichkeit in den Fällen, in denen irrig die Vermögenslosigkeit angenommen und deshalb die Löschung verfügt worden war. Erkennbar verlangt dieser Autor keine besonderen Kapitalnachweise als Voraussetzung der Fortsetzung (Karsten Schmidt in Scholz, GmbHG8 Rz 24 Anh 60 mN der gegenteiligen Lehrmeinungen). Die Möglichkeit der Fortsetzung einer als vermögenslos gelöschten, tatsächlich aber nicht vermögenslosen Gesellschaft wird auch in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz14 Rz 35 zu Paragraph 60, bejaht.

Von den österreichischen Lehrmeinungen wird in Kostner/Umfahrer, GmbH5 Rz 765 f die Fortsetzungsmöglichkeit nach Rechtskraft des Beschlusses über die Amtslöschung generell und explizit für den Zeitpunkt nach der Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch verneint.

Reich-Rohrwig vertritt in GmbH-Recht (1. Auflage) die Auffassung, daß der Löschungsbeschluß nicht in materielle Rechtskraft erwachse. Die Amtslöschung bescheinige nur, daß kein Aktivvermögen vorhanden sei. Bei Vorhandensein von Vermögen ordne § 2 Abs 3 ALöschG die Liquidation an, was die Aufhebung der Rechtsfolge des § 2 Abs 1 ALöschG zur Folge habe. Die GmbH sei dann in Liquidation. Dann sei die Verweigerung der Fortsetzung aber nicht mehr zu begründen (Reich-Rohrwig aaO 691). Der Autor fordert aber vor der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses im Firmenbuch den Nachweis, daß die Gesellschaft mbH weder überschuldet noch zahlungsunfähig sei (aaO), wie dies der Oberste Gerichtshof für den Fall der Fortsetzung einer nach § 1 Abs 1 ALöschG aufgelösten Gesellschaft (also nach rechtskräftig abgewiesenem Konkursantrag mangels kostendeckenden Vermögens) verlangt, also den Nachweis eines Vermögensstatus, daß kein Konkursgrund vorliegt (1 Ob 2014/96z mwN). Reich-Rohrwig vertritt in GmbH-Recht (1. Auflage) die Auffassung, daß der Löschungsbeschluß nicht in materielle Rechtskraft erwachse. Die Amtslöschung bescheinige nur, daß kein Aktivvermögen vorhanden sei. Bei Vorhandensein von Vermögen ordne Paragraph 2, Absatz 3, ALöschG die Liquidation an, was die Aufhebung der Rechtsfolge des Paragraph 2, Absatz eins, ALöschG zur Folge habe. Die GmbH sei dann in Liquidation. Dann sei die Verweigerung der Fortsetzung aber nicht mehr zu begründen (Reich-Rohrwig aaO 691). Der Autor fordert aber vor der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses im Firmenbuch den Nachweis, daß die Gesellschaft mbH weder überschuldet noch zahlungsunfähig sei (aaO), wie dies der Oberste Gerichtshof für den Fall der Fortsetzung einer nach Paragraph eins, Absatz eins, ALöschG aufgelösten Gesellschaft (also nach rechtskräftig abgewiesenem Konkursantrag mangels kostendeckenden Vermögens) verlangt, also den Nachweis eines Vermögensstatus, daß kein Konkursgrund vorliegt (1 Ob 2014/96z mwN).

Koppensteiner verlangt in GmbHG2 bei der Fortsetzung einer nach § 2 ALöschG gelöschten Gesellschaft lediglich die Bescheinigung eines den Auflösungsgrund beseitigendes Vermögen, nicht aber die Bescheinigung des Fehlens eines Konkursgrundes (aaO Rz 30 zu § 84). Danach genügte also die Bescheinigung irgendeines Vermögens der Gesellschaft. Koppensteiner verlangt in GmbHG2 bei der Fortsetzung einer nach Paragraph 2, ALöschG gelöschten Gesellschaft lediglich die Bescheinigung eines den Auflösungsgrund beseitigendes Vermögen, nicht aber die Bescheinigung des Fehlens eines Konkursgrundes (aaO Rz 30 zu Paragraph 84.). Danach genügte also die Bescheinigung irgendeines Vermögens der Gesellschaft.

Auch Feil befürwortet in Gellis, GmbHG3 die Fortsetzungsmöglichkeit bis zur Beendigung der Liquidation (aaO Rz 9).

Aus den dargelegten Lehrmeinungen und der oberstgerichtlichen Judikatur kann von folgender im österreichischen Rechtsbereich geltenden Rechtslage (als Zwischenergebnis) ausgegangen werden, die einer gesicherten herrschenden Meinung entspricht:

Der Lösungsbeschluß nach § 2 ALöschG ist deklarativ. Damit wird nach außen die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft kundgetan. Bei vorhandenem Vermögen hat die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nicht verloren. Es ist eine Liquidation durchzuführen. Die Auflösung der Gesellschaft wird mit der Lösung bewirkt. Für die Gesellschaft mbH fehlen Rechtsvorschriften über eine Fortsetzung. Die Regelung des § 215 AktG ist grundsätzlich analogiefähig. Der Fortsetzungswerber hat den Fortfall des Auflösungsgrundes zu bescheinigen. Der Lösungsbeschluß nach Paragraph 2, ALöschG ist deklarativ. Damit wird nach außen die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft kundgetan. Bei vorhandenem Vermögen hat die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nicht verloren. Es ist eine Liquidation durchzuführen. Die Auflösung der Gesellschaft wird mit der Lösung bewirkt. Für die Gesellschaft mbH fehlen Rechtsvorschriften über eine Fortsetzung. Die Regelung des Paragraph 215, AktG ist grundsätzlich analogiefähig. Der Fortsetzungswerber hat den Fortfall des Auflösungsgrundes zu bescheinigen.

Zu untersuchen sind nunmehr die entscheidungswesentlichen, miteinander verbundenen Fragen, 1. ob § 2 ALöschG die Rechtsfolgen der Lösung durch die Anordnung der Liquidation abschließend regelt und nur diese bei nachträglich bekanntgewordenem Vermögen zuläßt, sodaß die Auflösung der Gesellschaft zwingend aufrecht bleibt und 2. ob das Gegenteil mit einer Analogie zu § 215 AktG begründet werden kann. Zu untersuchen sind nunmehr die entscheidungswesentlichen, miteinander verbundenen Fragen, 1. ob Paragraph 2, ALöschG die Rechtsfolgen der Lösung durch die Anordnung der Liquidation abschließend regelt und nur diese bei nachträglich bekanntgewordenem Vermögen zuläßt, sodaß die Auflösung der Gesellschaft zwingend aufrecht bleibt und 2. ob das Gegenteil mit einer Analogie zu Paragraph 215, AktG begründet werden kann.

Der erkennende Senat verneint aus folgenden Gründen die Fortsetzungsmöglichkeit einer im Firmenbuch schon gelöschten Gesellschaft mbH:

Das ALöschG über die Auflösung und Lösung von Gesellschaften und Genossenschaften bezweckt, lebensunfähige Gesellschaften aus dem Rechtsleben zu entfernen. Sie sollen nicht mehr im Firmenbuch aufscheinen, damit nicht Außenstehende über Umfang und Wert des Unternehmens getäuscht werden. Gegen die irrige Annahme der Vermögenslosigkeit steht der betroffenen Gesellschaft das Recht auf Gehör und nach der Lösung das Rekursrecht zu. Sie selbst ist am besten darüber informiert, ob sie noch über relevantes Vermögen verfügt. Es wäre mit dem Gedanken der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn eine Gesellschaft der beabsichtigten Lösung (die Gesellschaft hat hier der von der Steuerbehörde angeregten Lösung sogar zugestimmt) nicht widerspricht, die Lösung im Firmenbuch bestehen läßt und erst nach einem jahrelangen Zeitraum durch die Behauptung und den Nachweis eines (allenfalls sogar ganz geringen) Vermögens die schon eingetretene Wirkung der Auflösung durch einfachen Fortsetzungsbeschluß beseitigen könnte. Hier ist mit dem Rekursgericht der zitierten Lehrmeinung Rasners zu folgen, daß der Wiedereintritt in das Geschäftsleben nur durch Neugründung erfolgen kann. Dies läßt sich auch dogmatisch durchaus mit der im Gesetz allein angeordneten Liquidation für den Fall des nachträglichen Bekanntwerdens von Vermögen der Gesellschaft begründen. Mit der Lösung wird zwar nur die Vermutung der Vermögenslosigkeit ausgedrückt. Die Auflösung der Gesellschaft ist aber gesetzlich angeordnete Folge schon dieser Vermutung. Wohl war die Auflösung der Gesellschaft aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses hier schon am 1. 4. 1994 im Firmenbuch eingetragen gewesen. Diese Auflösung konnte nach dem Vorgesagten durch contrarius actus der Gesellschaft beseitigt werden, nicht aber die mit der Lösung im Gesetz angeordnete Rechtsfolge, daß die Gesellschaft als aufgelöst gilt. Beim gesetzlichen Auflösungsgrund der Lösung nach § 2 ALöschG sieht auch das AktG keine Fortsetzungsmöglichkeit durch Gesellschafterbeschluß vor. Nach Ansicht des erkennenden Senats kann nicht von einer planwidrigen Gesetzeslücke im Gesellschaftsrecht ausgegangen werden, wenn auch im Aktienrecht für den Fall der Auflösung einer AG nach § 2 ALöschG wegen Vermögenslosigkeit die Zulässigkeit eines die Auflösung beseitigenden Fortsetzungsbeschlusses nicht normiert ist. § 215 AktG sieht die Fortsetzungsmöglichkeit nur für den Auflösungsfall infolge Konkurseröffnung und der nachfolgenden Aufhebung des Konkurses nach Abschluß eines Zwangsausgleichs (§ 157 KO) oder mangels Teilnahme oder Vermögens (§ 166 KO) oder mit Einverständnis der Gläubiger (§ 187 KO), in allen Fällen also jeweils im Zusammenhang mit einem Konkursverfahren vor. Diese Fälle sind mit demjenigen des § 2 ALöschG schon deshalb nicht vergleichbar, weil diese Norm zwar die Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der Lösung verlangt und davon ausgeht, gleichzeitig aber den Fall regelt, wie vorzugehen ist, wenn sich nachträglich

Vermögen herausstellt, ohne daß es dabei auf das Vorhandensein von Gläubigern oder einen Konnex mit einem Konkursverfahren ankäme (anders ja § 1 ALöschG). Es ist daher die Rechtsmeinung des Rekursgerichtes zu teilen, daß mit der Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch konstitutiv der Wegfall der organschaftlichen Vertretung der bisherigen Geschäftsführer oder Liquidatoren (GesRZ 1986, 36; SZ 61/38; weiters die vom Rekursgericht zitierten österreichischen Lehrmeinungen), aber auch die Auflösung der Gesellschaft verbunden ist und daß die Liquidation ohne Fortsetzungsmöglichkeit der Gesellschaft zwingend durchzuführen ist. Das ALöschG über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften bezweckt, lebensunfähige Gesellschaften aus dem Rechtsleben zu entfernen. Sie sollen nicht mehr im Firmenbuch aufscheinen, damit nicht Außenstehende über Umfang und Wert des Unternehmens getäuscht werden. Gegen die irrige Annahme der Vermögenslosigkeit steht der betroffenen Gesellschaft das Recht auf Gehör und nach der Löschung das Rekursrecht zu. Sie selbst ist am besten darüber informiert, ob sie noch über relevantes Vermögen verfügt. Es wäre mit dem Gedanken der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn eine Gesellschaft der beabsichtigten Löschung (die Gesellschaft hat hier der von der Steuerbehörde angeregten Löschung sogar zugestimmt) nicht widerspricht, die Löschung im Firmenbuch bestehen läßt und erst nach einem jahrelangen Zeitraum durch die Behauptung und den Nachweis eines (allenfalls sogar ganz geringen) Vermögens die schon eingetretene Wirkung der Auflösung durch einfachen Fortsetzungsbeschuß beseitigen könnte. Hier ist mit dem Rekursgericht der zitierten Lehrmeinung Rasners zu folgen, daß der Wiedereintritt in das Geschäftsleben nur durch Neugründung erfolgen kann. Dies läßt sich auch dogmatisch durchaus mit der im Gesetz allein angeordneten Liquidation für den Fall des nachträglichen Bekanntwerdens von Vermögen der Gesellschaft begründen. Mit der Löschung wird zwar nur die Vermutung der Vermögenslosigkeit ausgedrückt. Die Auflösung der Gesellschaft ist aber gesetzlich angeordnete Folge schon dieser Vermutung. Wohl war die Auflösung der Gesellschaft aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses hier schon am 1. 4. 1994 im Firmenbuch eingetragen gewesen. Diese Auflösung konnte nach dem Vorgesagten durch contrarius actus der Gesellschaft beseitigt werden, nicht aber die mit der Löschung im Gesetz angeordnete Rechtsfolge, daß die Gesellschaft als aufgelöst gilt. Beim gesetzlichen Auflösungsgrund der Löschung nach Paragraph 2, ALöschG sieht auch das AktG keine Fortsetzungsmöglichkeit durch Gesellschafterbeschuß vor. Nach Ansicht des erkennenden Senats kann nicht von einer planwidrigen Gesetzeslücke im Gesellschaftsrecht ausgegangen werden, wenn auch im Aktienrecht für den Fall der Auflösung einer AG nach Paragraph 2, ALöschG wegen Vermögenslosigkeit die Zulässigkeit eines die Auflösung beseitigenden Fortsetzungsbeschlusses nicht normiert ist. Paragraph 215, AktG sieht die Fortsetzungsmöglichkeit nur für den Auflösungsfall infolge Konkursöffnung und der nachfolgenden Aufhebung des Konkurses nach Abschluß eines Zwangsausgleichs (Paragraph 157, KO) oder mangels Teilnahme oder Vermögens (Paragraph 166, KO) oder mit Einverständnis der Gläubiger (Paragraph 187, KO), in allen Fällen also jeweils im Zusammenhang mit einem Konkursverfahren vor. Diese Fälle sind mit demjenigen des Paragraph 2, ALöschG schon deshalb nicht vergleichbar, weil diese Norm zwar die Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der Löschung verlangt und davon ausgeht, gleichzeitig aber den Fall regelt, wie vorzugehen ist, wenn sich nachträglich Vermögen herausstellt, ohne daß es dabei auf das Vorhandensein von Gläubigern oder einen Konnex mit einem Konkursverfahren ankäme (anders ja Paragraph eins, ALöschG). Es ist daher die Rechtsmeinung des Rekursgerichtes zu teilen, daß mit der Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch konstitutiv der Wegfall der organschaftlichen Vertretung der bisherigen Geschäftsführer oder Liquidatoren (GesRZ 1986, 36; SZ 61/38; weiters die vom Rekursgericht zitierten österreichischen Lehrmeinungen), aber auch die Auflösung der Gesellschaft verbunden ist und daß die Liquidation ohne Fortsetzungsmöglichkeit der Gesellschaft zwingend durchzuführen ist.

In der Nachtragsliquidation haben Gesellschaftsgläubiger Antragsrecht (SZ 61/38 uva). Die bekämpfte Bestellung eines Liquidators durch das Firmenbuchgericht erfolgte also auf zulässigen Gläubigerantrag. Der Revisionsrekurs bekämpft die Bestellung des Liquidators primär aus dem Grund, daß eine Liquidation gar nicht stattzufinden hätte. Mit den übrigen Revisionsrekursausführungen sind die Rekurswerber auf die zutreffenden Erwägungen des Rekursgerichtes zu verweisen.

Aus den dargelegten Gründen ist die Bestellung eines Liquidators genauso zu bestätigen wie die Abweisung des Gesuchs auf Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses.

Anmerkung

E54032 06A03308

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1999:0060OB00330.98T.0520.000

Dokumentnummer

JJT_19990520_OGH0002_0060OB00330_98T0000_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at