



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 32/05

vom

16. Oktober 2006

in dem Insolvenzeröffnungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 11 Abs. 1, 2 Nr. 1;  
TreuHG §§ 11 Abs. 3, 19

- a) Eine in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaft ist hinsichtlich des von ihr gebildeten Gesellschaftsvermögens insolvenzfähig i.S. von § 11 Abs. 1, 2 Nr. 1 InsO.
- b) Die rechtsirrigte Eintragung eines - von der gesetzlichen Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft ausgenommenen - ehemals kreisgeleiteten Volkseigenen Betriebs der DDR (§ 11 Abs. 3 3. Spiegelstrich TreuHG) als GmbH i. A. in das Handelsregister führte nicht zur wirksamen Entstehung einer derartigen Gesellschaft.
- c) Wurde in Bezug auf eine derartige "Scheingesellschaft" gleichwohl das sog. Nachgründungsverfahren gemäß § 19 TreuHG durchgeführt, so kann in der in diesem Rahmen erfolgten Feststellung eines GmbH-Gesellschaftsvertrages ein statutarischer Akt liegen, aufgrund dessen die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft zur Anwendung kommen (Abgrenzung zu BGHZ 141, 1, 12).

BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2006 - II ZB 32/05 - LG Dresden  
AG Dresden

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 16. Oktober 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein und Caliebe

beschlossen:

- I. Auf die Rechtsbeschwerde der Schuldnerin wird der Beschluss der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 28. April 2005 aufgehoben.
- II. Die Sache wird zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.
- III. Beschwerdewert: 169.000,00 €

Gründe:

1 I. Die Schuldnerin wendet sich dagegen, dass ihr Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit der Begründung verworfen worden ist, sie sei nicht existent.

2 Die Schuldnerin ist aus dem Volkseigenen Betrieb H. B. (im Folgenden: VEB B. ) hervorgegangen, dessen übergeordnetes Organ der Rat des Kreises B. war. Unter dem 10. Juli 1990 beantragte der VEB B. gemäß § 15 Treuhandgesetz (TreuHG) seine Eintragung

als kraft Gesetzes in eine GmbH umgewandelte Wirtschaftseinheit mit der Firma "H. GmbH". Das Kreisgericht Dresden lehnte den Antrag mit der Begründung ab, der VEB B. habe als sog. örtlich unterstellter Betrieb (§ 11 Abs. 3 TreuhG) nicht einer derartigen gesetzlichen Umwandlung nach § 11 Abs. 2 TreuhG unterliegen. Auf gerichtliche Anfrage teile der VEB B. Ende 1990 mit, dass das zuständige Landratsamt B. nicht den - nur bis 2. Oktober 1990 möglichen - Antrag nach § 7 Kommunalvermögensgesetz (KVG) auf seine Übertragung als örtlich unterstellter Betrieb auf die Kommune gestellt habe und im Übrigen auch nicht an einer Übernahme interessiert sei. Darauf erfolgte im Februar 1991 im Handelsregister des Kreisgerichts Dresden zu HRB Nr. die Eintragung als "H. GmbH B. im Aufbau".

3 Diese Eintragung veranlasste die Treuhandanstalt, gemäß § 19 TreuhG das sog. Nachgründungsverfahren einzuleiten. Im Juni 1991 erklärte sie zu notarieller Urkunde, der VEB B. sei auf der Grundlage des Treuhandgesetzes mit Wirkung vom 1. Juli 1990 eine GmbH im Aufbau, das Stammkapital betrage 50.000,00 DM und werde zu 100 % von ihr, der Treuhandanstalt, gehalten. Gleichzeitig stellte sie den Gesellschaftsvertrag der Schuldnerin fest, vorgesehen sei eine Sacheinlage, die nach der - noch nachzureichenden - DM-Eröffnungsbilanz voll erbracht sei. In Vollzug dieser Urkunde trug das Registergericht die Schuldnerin als "H. GmbH" ein und vermerkte, die Gesellschaft sei durch Umwandlung des VEB H. B. als Gesellschaft mit beschränkter Haftung entstanden.

4 Im Juli 1991 veräußerte die Treuhandanstalt mit schuldrechtlicher Wirkung zum 1. Juli 1990 an die Beteiligten zu 3 und 4 je einen Geschäftsanteil in Höhe von 25.000,00 DM zu einem Kaufpreis von insgesamt 1 Mio. DM.

5

Mit Beschluss vom Februar 1994 sah das Registergericht Dresden von einer - zunächst im Hinblick auf die fehlerhaften Eintragungsvorgänge und die fehlende Verfügungsbefugnis der Treuhandanstalt angekündigten - Amtslöschung der Schuldnerin ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Gesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam entstanden sei. Zugleich wies es darauf hin, dass trotz der wirksamen Entstehung der Gesellschaft der beabsichtigte Vermögensübergang von dem VEB B. nicht stattgefunden habe, da die gesetzlich geregelte Zuordnung des ehemaligen volkseigenen Vermögens und die Verfügungsbefugnis darüber durch eine (fehlerhafte) Registereintragung nicht habe geändert werden können. Die Treuhandanstalt als Gründerin habe bislang die erforderliche Einlage auf das Stammkapital nicht wirksam erbracht, da sie der irigen Annahme gewesen sei, eine solche infolge der Umwandlung geleistet zu haben. Infolgedessen sei die Gesellschaft bislang nicht mit dem erforderlichen Kapital ausgestattet worden.

6

Darauf hin schlossen die Beteiligten zu 5 (Bundesrepublik Deutschland), die Treuhandanstalt, die Schuldnerin sowie die Beteiligten zu 3 und 4 als deren damalige Gesellschafter im November 1994 eine notarielle Vereinbarung, mit der durch eine Vielzahl von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften die Schuldnerin so gestellt werden sollte, als ob die Vermögensübertragung vom VEB B. auf sie bereits mit Wirkung zum 1. Juli 1990 erfolgt wäre.

7

Im Januar 2004 stellte die Schuldnerin und im März 2004 die Beteiligte zu 2 Insolvenzantrag über das Vermögen der Schuldnerin.

8

Das Amtsgericht schloss sich der vom vorläufigen Insolvenzverwalter vertretenen Ansicht, die Schuldnerin sei nicht existent, an und lehnte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Insolvenzunfähigkeit der Schuldnerin ab. Das Landgericht hat die Beschwerde der Schuldnerin zurückgewiesen. Dabei hat es gemeint, die Schuldnerin sei wegen des in § 11 Abs. 3 TreuhG niederge-

legten Umwandlungsausschlusses für örtlich unterstellte Betriebe nicht nach § 11 Abs. 1 und 2 TreuhG kraft Gesetzes durch Umwandlung entstanden. Sie sei auch nicht nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft existent; insoweit fehle es an einem statutarischen Gründungsakt, da die Treuhandanstalt als Nachgründerin von einer Rechtsnachfolge ausgegangen sei und daher keinen Willen gehabt habe, eine juristische Person zu gründen.

9  
10  
Hiergegen wendet sich die Schuldnerin mit der Rechtsbeschwerde.

11  
12  
13  
II. 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i.V.m. §§ 7, 34 InsO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Der Frage, ob die in § 19 TreuhG vorgeschriebene Nachgründung der umgewandelten Kapitalgesellschaft als ein statutarischer Akt anzusehen ist, der die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft zur Anwendung kommen lässt, kommt grundsätzliche Bedeutung zu (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet und führt unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 577 Abs. 4 ZPO).

Die Ansicht des Landgerichts, die Schuldnerin sei rechtlich nicht existent und daher auch nicht insolvenzfähig, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Schuldnerin ist als fehlerhafte Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden und damit als wirksam entstanden zu behandeln; in dieser Eigenschaft ist sie in Bezug auf das von ihr gebildete Gesellschaftsvermögen ohne Zweifel auch insolvenzfähig i.S. von § 11 InsO (h.M.: Kirchhof in Heidelberger Komm.z.InsO 4. Aufl. § 11 Rdn. 9, 14; Schmerbach in Frankfurter Komm.z.InsO 3. Aufl. § 11 Rdn. 20; Ott in MünchKomm.z.InsO § 11 Rdn. 16, 47; Hirte in Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 11 Rdn. 49; Ehrlicke in Jaeger, InsO § 11 Rdn. 21 f., 64; Hess in

Hess/Weis/Wienberg, InsO 2. Aufl., § 11 Rdn. 41; vgl. schon RG Seuff Arch 60 Nr. 216 - zur Konkursfähigkeit).

14

a) Noch zutreffend ist allerdings das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass die Schuldnerin nicht durch gesetzliche Umwandlung des - kreisunterstellten - VEB B. als GmbH entstanden ist.

15

Gemäß § 1 TreuhG war volkseigenes Vermögen zu privatisieren, wobei die Treuhandanstalt Inhaber der Anteile der Kapitalgesellschaften wurde, die durch Umwandlung der VEB entstanden. Einer solchen Umwandlung kraft Gesetzes unterlagen jedoch gemäß § 11 Abs. 3 Spiegelstrich 3 TreuhG nicht die den Kommunen unterstellten VEB. Bei derartigen, örtlich unterstellten VEB - wie hier dem VEB B. - bestand für die Kommunen nach § 7 KVG die Möglichkeit, bis zum 2. Oktober 1990 bei der Treuhandanstalt den Antrag zu stellen, den Betrieb auf die Kommune zu übertragen. Wurde ein solcher Antrag nicht gestellt, fiel das Vermögen der VEB in das Treuhandeigentum des Bundes (Art. 22 EinigVtr). Kam es in diesen Fällen - wie hier - zur Eintragung als GmbH i. A., obwohl die Kommune, welcher der VEB unterstellt war, nicht von der ihr eröffneten Möglichkeit zur Beantragung der Übertragung des Betriebes gegenüber der Treuhandanstalt Gebrauch gemacht hatte, so wirkte die - zu Unrecht erfolgte - Eintragung nicht konstitutiv (BGHZ 141, 1, 12).

16

b) Jedoch ist die in § 19 TreuhG vorgeschriebene und von der Treuhandanstalt im vorliegenden Fall durchgeführte Nachgründung der als "umgewandelte" Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Aufbau im Handelsregister eingetragenen Schuldnerin als ein statutarischer Akt anzusehen, der die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft zur Anwendung kommen lässt.

17

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats setzt die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft einen - wenn auch aus Rechtsgründen nichtigen

oder anfechtbaren - Gesellschaftsvertrag voraus; eine nur tatsächliche Gemeinschaft ohne Rücksicht auf jede Vertragsgrundlage reicht nicht aus (BGHZ 11, 190 f.; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, NJW 1992, 1501, 1502).

18

aa) Bei der Eintragung der Schuldnerin im Februar 1991 im Handelsregister als H. GmbH B. im Aufbau lag allerdings eine solche vertragliche Grundlage noch nicht vor. Die Beteiligten gingen vielmehr rechtsirrig von einer Umwandlung des VEB in eine GmbH im Aufbau kraft Gesetzes gemäß § 11 Abs. 1 und 2 TreuhG aus, indem sie die Reichweite der Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 3 TreuhG, nach der bei kreisgeleiteten VEB eine solche Umwandlungsautomatik nicht bestand, offensichtlich verkannten. In Wirklichkeit war das vom VEB B. betriebene Unternehmen zwischenzeitlich in das Treuhandeigentum des Bundes übergegangen (Art. 22 Abs. 1 S. 1 EinigVtr).

19

bb) Da jedoch die Treuhandanstalt im Nachgründungsverfahren gemäß §§ 19 ff. TreuhG bis auf die Bewertung der Sacheinlage alle Regelungen traf, die auch für eine Neugründung erforderlich sind, insbesondere den Gesellschaftsvertrag feststellte, wurde der GmbH ein detailliertes Statut gegeben, das an sich den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen genügte. Der Gesellschaft wurde damit eine "gesellschaftsvertragliche Grundlage" (BGHZ 11, 190 f.) verschafft.

20

Zwar ging die Treuhandanstalt hierbei irrtümlich von der Annahme aus, die Gesellschaft bestehe bereits - als im Aufbau befindliche - wirksam, so dass die Anstalt nicht den Geschäftswillen hatte, mit ihren Erklärungen im Nachgründungsverfahren überhaupt erst die Voraussetzungen für die Errichtung einer Gesellschaft zu schaffen. Jedoch bestand nach ihren Vorstellungen bis zu ihren Erklärungen die Gesellschaft lediglich als GmbH im Aufbau, so dass ihr Wille

- was in dieser Fallkonstellation zur Bejahung einer fehlerhaften Gesellschaft ausreichte - durchaus auf die Errichtung einer "normalen" GmbH gerichtet war.

21

Der Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft steht nicht entgegen, dass die Treuhandanstalt als (Nach)Gründerin die GmbH deshalb ins Leben rief, um sie für die Wirtschaftseinheit "H. GmbH B." als Unternehmensträger zur Verfügung zu stellen - was, jedenfalls zunächst, mangels unmittelbarer Rechtsnachfolge scheiterte. Zum einen handelt es sich hierbei um einen unbeachtlichen Motivirrtum; ob der mit der Gründung der Gesellschaft angestrebte Zweck erreicht wird, ist für die Anerkennung der (fehlerhaften) Gesellschaft im Rechtsverkehr unerheblich. Zum anderen wurde der Zweck wirtschaftlich sogleich und rechtlich anschließend durch die umfassende Übertragung der Aktiva und Passiva des bis dahin unerkannt als Eigenbetrieb geführten VEB auf die GmbH aufgrund der notariellen Vereinbarung aus dem Jahre 1994 erreicht. In der Folgezeit gingen dementsprechend die Beteiligten zu 5, die Treuhandanstalt, die Beteiligten zu 3 und 4 als Gesellschafter der H. GmbH B., deren Geschäftsführer und ihre sämtlichen Vertragspartner im Geschäftsverkehr von der Unternehmensträgerschaft der GmbH aus.

22

cc) Eine Gleichsetzung der im Nachgründungsverfahren beurkundeten Feststellung des Gesellschaftsvertrages mit der Absicht, eine GmbH zu gründen, scheidet - entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts - auch nicht etwa deshalb aus, weil der Treuhandanstalt bei der Nachgründung nicht bewusst war, dass die GmbH i. A. nicht wirksam entstanden war, und sie daher verkante, dass sie die Privatisierung des VEB B. als eines nach Art. 22 Abs. 1 EinigVtr in das Vermögen des Bundes übergegangenen Betriebes auch durch Veräußerung an jeden anderen Rechtsträger, etwa einen Einzelunternehmer, hätte vornehmen können. Denn diese Fehlvorstellung betrifft die - nachgelagerte - Frage der - in der gewählten Form der Umwandlung freilich nicht



nicht möglichen - Rechtsnachfolge der GmbH in den VEB B. Sie steht jedoch nicht der - hier vorrangigen - Annahme entgegen, dass die "H. GmbH B. " als Rechtsperson, wenn auch als fehlerhafte Gesellschaft, auf der insoweit als "Vertragsgrundlage" ausreichenden Feststellung des Gesellschaftsvertrages im Rahmen des Verfahrens nach § 19 TreuhG geschaffen wurde.

23

dd) Hiervon zu unterscheiden ist die Frage nach dem rechtlichen Schicksal des Unternehmens "H. B. ". Die Wirtschaftseinheit "H. B. " stand zum Zeitpunkt der Nachgründung gemäß Art. 22 EinigVtr schon im Treuhandeigentum des Bundes, der sie eigentlich als Eigenbetrieb hätte führen müssen. Die - fehlerhafte - H. GmbH B. entstand daher von Rechts wegen "ohne Unternehmen" als leerer Unternehmensträger. Das von ihr gleichwohl geführte Unternehmen "H. B. " war ihr rechtlich zunächst nicht zugeordnet; die von ihr für dieses Unternehmen getätigten Geschäfte waren daher insoweit für sie objektiv fremde Geschäfte. Erst die umfassende Übertragung aller für den Eigenbetrieb bestehenden Rechte und Pflichten aufgrund der notariellen Vereinbarung von 1994 wies dem Unternehmensträger H. GmbH das Unternehmen "H. B. ", verstanden als die Gesamtheit der damit verbundenen Rechte und Pflichten, zu.

24

c) Der Senat setzt sich mit der Annahme des Entstehens einer fehlerhaften Gesellschaft im vorliegenden Fall nicht in Widerspruch zu dem o.g. Urteil des VIII. Zivilsenats vom 24. Februar 1999 (BGHZ 141, 1). Denn dort kam eine fehlerhafte Gesellschaft deshalb nicht in Betracht, weil es - anders als hier - am Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages "oder an einem vergleichbaren Entstehungstatbestand" überhaupt fehlte.

25

3. Angesichts der rechtsfehlerhaften Vemeinung der Insolvenzfähigkeit der Schuldnerin durch das Beschwerdegericht war - mangels Endentscheidungsreife (vgl. § 577 Abs. 5 ZPO) - die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht geboten (§ 577 Abs. 4 ZPO). Dieses wird nunmehr - unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zur Insolvenzfähigkeit der Schuldnerin - über den Insolvenzeröffnungsantrag erneut zu entscheiden und dabei insbesondere die bislang - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - unterbliebene Prüfung des Eröffnungsgrundes (§§ 16 ff. InsO) nachzuholen haben.

Goette

Kurzwelly

Kraemer

Gehrlein

Caliebe

Vorinstanzen:

AG Dresden, Entscheidung vom 14.05.2004 - 532 IN 19/04 -

LG Dresden, Entscheidung vom 28.04.2005 - 5 T 548/04 -