

**Leitsatz**

Ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen rechtskräftiger Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse nach § 60 I Nr. 5 GmbH aufgelöst, so ist eine Fortsetzung der Gesellschaft auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses nicht möglich. Eine entsprechende Eintragung im Handelsregister kommt auch dann nicht in Betracht, wenn die Anmeldung eine Versicherung nach § 7 II GmbHG enthält.

**Tenor**

Die befristete Beschwerde vom 27.01.2010 gegen den Beschluss der Rechtspflegerin des Amtsgerichts Köln vom 22.01.2010 - 42 HRB 54371 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

**Gründe**

I.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 28.07.2009 - 72 IN 118/09 - wurde der Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Antragstellerin, der Komplementärin der H GmbH & Co. KG, mangels Masse abgelehnt. Am 15.09.2009 wurde ihre Auflösung im Handelsregister eingetragen.

Am 17.11.2009 fassten der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr E C, und Herr D V einen "Gesellschafterbeschluss der H Verwaltungs GmbH", der auszugsweise folgenden Inhalt hatte:

"Sämtliche Gesellschafter der ... "H Verwaltungs GmbH" ... beschließen einstimmig folgendes:

1. Die Gesellschaft wird fortgesetzt.
2. Die Gesellschafter zahlen das Stammkapital erneut in voller Höhe ein.
3. Die kraft Gesetzes ernannten Liquidatoren, nämlich Herr E C und Herr D V werden hiermit abberufen.
4. Herr E C, ..., wird zum Geschäftsführer bestellt.

..."

Mit am 24.11.2009 beim Amtsgericht Köln eingereichtem Antrag vom 17.11.2009 (Urkundenrolle des Notars X ...) ist die Fortsetzung der Antragstellerin zur Eintragung in das Handelsregister beim Amtsgericht Köln angemeldet worden. Beigefügt waren der Gesellschafterbeschluss vom 17.11.2009 und ein Einzahlungsbeleg für das Stammkapital in Höhe von 25.000,- €. Im Antrag hat die Geschäftsführung versichert, dass die Stammeinlagen der Gesellschaft erneut voll eingezahlt worden seien, die von den Gesellschaftern eingezahlten Beträge endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung stünden und das Vermögen der Gesellschaft in Höhe der derzeit noch aktuellen Stammkapitalziffer noch vorhanden und nicht - abgesehen von den Kosten dieser Handelsregisteranmeldung - mit Verbindlichkeiten vorbelastet sei. Nach Hinweis des Registergerichts hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit Schreiben vom 14.12.2009 die Rücknahme der Anmeldung vom 24.11.2009 erklärt.

Mit Schreiben vom 08.01.2010 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin unter Hinweis darauf, dass die GmbH & Co. KG wieder werbende Gesellschaft und dies zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet sei, erneut die Fortführung der Antragstellerin zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Diesen Antrag hat die Rechtspflegerin des Registergerichts mit Beschluss vom 22.01.2010 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, aufgrund der rechtskräftigen Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei die Gesellschaft gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG aufgelöst. Eine Rückverwandlung der Gesellschaft in eine werbende Gesellschaft durch Gesellschafterbeschluss sei in diesem Fall ausgeschlossen; eine Fortsetzung komme auch dann nicht in Betracht, wenn neues Gesellschaftsvermögen zugeführt werde. Der bei solchen Gesellschaften noch vorhandene "leere Mantel" solle nicht durch einen Fortsetzungsbeschluss und Zuführung neuer Mittel in die Lage versetzt werden können, ohne die Kontrolle eines förmlichen Gründungsvertrages wieder am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Diese Kontrolle könne nicht durch eine Kontrolle im Fortsetzungsverfahren ersetzt werden; denn dafür fehle es an genauen gesetzlich vorgegebenen Kriterien. Anders als in den Fällen des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG sehe § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG keine Fortsetzung der Gesellschaft vor.

Gegen diesen ihm am 27.01.2010 zugestellten Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit am 01.02.2010 beim Registergericht eingegangenen Schreiben vom 27.01.2010 Beschwerde mit der Begründung eingelegt, eine Fortsetzung der Gesellschaft sei zulässig.

Der Beschwerde hat die Rechtspflegerin mit Beschluss vom 02.02.2010 nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht vorgelegt.

II.

Das Oberlandesgericht ist für die Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG in Verbindung mit Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG zuständig, da das vorliegende Verfahren nach dem am 1. September 2009 erfolgten Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes eingeleitet worden ist. Hierbei kann dahinstehen, ob auf das Einreichen der Anmeldung vom 17.11.2009 am 24.11.2009 oder aber auf die erneute Antragstellung am 08.01.2010 abzustellen ist.

Aus demselben Grund sind auf den vorliegenden Fall die Verfahrensvorschriften des am 01.09.2009 in Kraft getretenen FamFG anzuwenden.

Die befristete Beschwerde ist statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG) und in richtiger Form und Frist (§ 63 Abs. 1 FamFG) erhoben worden. Auch liegt die erforderliche Beschwerdeberechtigung (§ 59 Abs. 1 FamFG) vor. Die Angabe im Beschwerdeschriftsatz des Notars X vom 27.01.2010, er lege "im Namen der Beteiligten" Beschwerde ein, ist dahingehend auszulegen, dass die Beschwerde im Namen der H Verwaltungs GmbH eingelegt wird. Als Antragstellerin (§ 7 Abs. 1 FamFG) im vorliegenden Verfahren ist die Gesellschaft - vertreten durch ihren Geschäftsführer - anzusehen; diese ist auch beschwerdeberechtigt. Denn mit dem Recht auf Fortsetzung nach Auflösung wird ein Recht der Gesellschaft geltend gemacht. Keiner Entscheidung bedarf es hier daher, ob und in welchen Fällen auf der Grundlage der die Geschäftsführer treffenden Anmeldepflicht (§ 78 GmbHG) daneben auch diese persönlich beschwerdeberechtigt sein können.

In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg.

Zunächst begegnet der angefochtene Beschluss keinen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Zuständigkeit. Nach § 3 Nr. 2 d) RPfIG sind die Handelsregistersachen dem Rechtspfleger übertragen; ein Richtervorbehalt ist in § 17 Nr. 1 a) RPfIG lediglich für die erste Eintragung einer Kapitalgesellschaft vorgesehen. Im vorliegenden Fall greift der Richtervorbehalt nicht ein, da die Fortsetzung einer bereits eingetragenen Gesellschaft zur Eintragung angemeldet ist.

Der Eintragungsantrag ist unbegründet; die beantragte Eintragung der Fortsetzung der Antragstellerin im Handelsregister darf auf der Grundlage der Anmeldung vom 17.11.2009 nicht erfolgen. Denn die Antragstellerin kann auf der Grundlage des Gesellschafterbeschlusses vom 17.11.2009 nicht fortgesetzt werden.

Die Frage, ob eine GmbH fortgesetzt werden kann, wenn sie mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, nach § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG aufgelöst wird, wird nicht einheitlich beantwortet.

In der Rechtsprechung und in einem Teil der Literatur wird die Fortsetzungsfähigkeit einer GmbH im Falle der Auflösung nach § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG (bzw. nach der entsprechenden Vorgängerregelung des § 1 LöschG) abgelehnt (BayObLG NJW 1994, 594; NJW-RR 1996, 417; KG NJW-RR 1994, 229; OLG Düsseldorf ZIP 1993, 214; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 60 Rn. 13 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rasner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 60 Rn. 77; Hess, Insolvenzrecht, 2007, § 26 InsO Rn. 88; Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand Dez. 2009, § 26 Rn. 44; MünchKomm/Haarmeyer, InsO, 2. Aufl. 2007, § 26 Rn. 53; Gehrlein, DStR 1997, 31, 34; Vallender, NZG 1998, 249, 251; Halm/Linder, DStR 1999, 379, 380).

Die Fortsetzungsfähigkeit wird von einem Teil der Literatur bejaht, z.T. unter unterschiedlichen Voraussetzungen insbesondere im Zusammenhang mit einer (erneuten) Kapitalaufbringung (Scholz/Schmidt/Bitter, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 60 Rn. 97, 135; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 60 Rn. 33; Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 60 Rn. 50 ff.; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 60 Rn. 96; Hennrichs, ZHR 159 (1995), 593, 605; Fichtelmann, GmbHR 2003, 67, 71; Kallweit, NZG 2009, 1416, 1419).

Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung.

Die Unzulässigkeit der Fortsetzung einer GmbH nach rechtskräftiger Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens folgt bereits aus einem Umkehrschluss auf der Grundlage des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Sowohl § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG als auch Nr. 5 der Vorschrift sehen die Auflösung der Gesellschaft auf der Grundlage von Entscheidungen des Insolvenzgerichts vor; im einen Fall bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens, im anderen bei Ablehnung der Eröffnung mangels Masse. Nr. 4 der Vorschrift sieht für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit der Fortsetzung vor, wenn entweder das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder aber ein Insolvenzplan bestätigt wird, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht. Diese Konstellationen haben gemeinsam, dass zunächst ein zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausreichendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und nach Eröffnung des Verfahrens vom Insolvenzgericht eine weitere Entscheidung getroffen wird, nämlich über die Einstellung des Verfahrens oder die Bestätigung eines entsprechenden Insolvenzplans. Nr. 5 der Vorschrift regelt den Fall, dass das vorhandene Vermögen voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten eines Insolvenzverfahrens zu decken (§ 26 InsO). Der Umstand, dass in diesem Fall die Vermögensausstattung noch schlechter als im Falle der Nr. 4 der Vorschrift ist und mangels Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch keine nachfolgende Entscheidung des Insolvenzgerichts wie in den beiden Alternativen nach Nr. 4 der Vorschrift mehr stattfindet, steht einer Erweiterung der Fortsetzungsmöglichkeiten auf die Fälle des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG im Wege einer Analogie (so aber Hennrichs a.a.O. S. 595 zu § 1 LöschG) entgegen. Vielmehr ist aufgrund der genannten Unterschiede der Umkehrschluss gerechtfertigt, dass, wenn im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Fortsetzung nur unter bestimmten, gesetzlich geregelten Voraussetzungen möglich sein soll, diese im Falle der Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse nicht zulässig ist. Dem Regelungszusammenhang ist zu entnehmen, dass im Falle der Auflösung auf der Grundlage einer Entscheidung des Insolvenzgerichts eine Fortsetzung ausschließlich unter den in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG aufgeführten engen Voraussetzungen möglich sein soll, in denen nämlich eine weitere Prüfung und Entscheidung durch das Insolvenzgericht - über die Verfahrenseinstellung oder die Planbestätigung - stattfindet. Findet hingegen - wie im Falle der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse - keine weitere Prüfung und Entscheidung des Insolvenzgerichts statt, so fehlt es an einer verfahrensrechtlichen Grundlage für eine Fortsetzung der Gesellschaft. Die Gesetzssystematik lässt den Willen des Gesetzgebers erkennen, nach der Stellung eines Insolvenzantrages die Fortführung der Gesellschaft nur auf der Grundlage einer Entscheidung des Insolvenzgerichts zuzulassen; damit wäre es unvereinbar, in den Fällen des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG eine Fortführung auf der Grundlage einer Prüfung des Registergerichts zu ermöglichen. Vielmehr ist die Tätigkeit des Registergerichts auf die Dokumentierung der Auflösung beschränkt und hat es bei der Auflösung zu verbleiben, die durch die Rechtskraft der Entscheidung des Insolvenzgerichts eingetreten ist.

Dabei darf auch die vom Bundesgerichtshof anerkannte Bereinigungsfunktion der Vorschriften, die eine Auflösung von Kapitalgesellschaften bei Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse vorsehen, nicht unberücksichtigt bleiben; der Bundesgerichtshof hat insoweit ausgeführt, dass Aktiengesellschaften, die nicht einmal mehr die finanziellen Mittel zur Durchführung eines Konkursverfahrens besitzen, im öffentlichen Interesse nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst rasch beendet werden sollen; der nur noch vorhandene leere Mantel solle nicht durch einfachen Fortsetzungsbeschluss und Zuführung neuer Mittel ohne die Kontrolle eines förmlichen Gründungsvertrages in die Lage versetzt werden, wieder werbend am Geschäftsverkehr teilzunehmen (BGHZ 75, 178). Dies

muss auch für die GmbH gelten (BayObLG a.a.O.; KG a.a.O.); § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG enthält eine § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG entsprechende Regelung.

Die damit vom Bundesgerichtshof geforderte Kontrolle eines förmlichen Gründungsvertrages kann nicht durch einen Fortsetzungsbeschluss der Gesellschafter nebst Zuführung neuer Mittel ersetzt werden, weshalb entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Scholz/Schmidt/Bitter a.a.O.; Ulmer/Casper, Großkomm. GmbHG, 2008, § 60 Rn. 148; Hennrichs a.a.O.; Kallweit a.a.O.) im Falle des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG ein gangbarer Weg auch nicht darin gesehen werden kann, die Fortsetzung nebst Kapitalaufbringung einer registerrechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Diese Ansicht will im Anwendungsbereich des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG eine Fortsetzung durch Gesellschafterbeschluss zulassen, wobei eine registerrechtliche Kontrolle nach den Maßstäben stattfinden solle, die der Bundesgerichtshof für eine wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung eines "alten" Mantels einer unternehmenslosen GmbH aufgestellt hat (BGHZ 155, 318); danach solle es genügen, wenn der Geschäftsführer die in § 8 Abs. 2 GmbHG vorgesehene Versicherung abgebe und ein Vermögen in Höhe des im Gesellschaftsstatut festgelegten Stammkapitals vorhanden sei (Ulmer/Caspar a.a.O.; Hennrichs a.a.O.; Kallweit a.a.O.). Eine weitere Auffassung fordert abweichend davon die Beseitigung der Überschuldung bzw. der Zahlungsunfähigkeit (so Scholz/Schmidt/Bitter a.a.O.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek a.a.O., Roth/Altmeppen a.a.O. Rn. 52). Diese Ansätze sind jedoch mit dem vom Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung (BGHZ 75, 178) anerkannten Zweck der Auflösungsvorschriften, nämlich deren Bereinigungsfunktion, nicht vereinbar, weshalb die Grundsätze der registerrechtlichen Kontrolle einer wirtschaftlichen Neugründung unter Verwendung eines "leeren" Mantels auf eine nach § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG aufgelöste Gesellschaft nicht übertragen werden können und eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht zu rechtfertigen vermögen.

Zudem sind Interessen der Gesellschafter, die der Gesellschaft Mittel nicht rechtzeitig zugeführt haben, an einer Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft nicht schutzwürdig; im vorliegenden Fall lag zwischen der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels eines zur Deckung der Verfahrenskosten ausreichenden Vermögens und der Einzahlung des Stammkapitals ein Zeitraum von nicht einmal vier Monaten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen vor. Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung, auch erfordert die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts, da es sich bei der Frage der Fortsetzung einer nach § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG aufgelösten Gesellschaft und deren registerrechtlicher Behandlung um eine für eine Vielzahl von Fällen bedeutsame Rechtsfrage handelt, die höchstrichterlich noch nicht geklärt ist

Geschäftswert des Verfahrens der Beschwerde: 3.000,00 € (§§ 131 Abs. 1, 30 KostO)